

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

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

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

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

2.- Estimamos conveniente llamar la atención sobre las insuficiencias, connaturales a cualquier investigación que pretenda abarcar, de

una manera exhaustiva, la compleja maraña de la crisis de una entidad financiera, que tenga las dimensiones que presenta la causa, que se nos ha planteado por la vía del recurso de casación.

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

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

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

3.- En casos como el presente, podría haberse tenido en cuenta lo establecido en la sentencia de esta Sala de 5 de Marzo de 1.993 que distingue entre una conexidad necesaria y una conexidad de conveniencia, que daría lugar a la formación de piezas separadas. Se decía en la mencionada resolución

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

4.- En los casos de delincuencia económica compleja, cometida a través de elaboradas y artificiosas maniobras contables, realizadas por sociedades que, cumpliendo las formalidades legales, se utilizan como instrumentos de encubrimiento o difuminación de actividades delictivas, la concentración de la investigación en un solo proceso, dificulta, en ocasiones, la tarea de apurar todas las posibilidades probatorias y deja fuera, como ya hemos indicado, a personas que pudieran haber sido inculcadas en alguna de las actividades que han sido calificadas como delictivas. Por ello y sin perjuicio de

la necesidad y conveniencia de mantener los actuales esquemas competenciales, en aquellos asuntos que afectan de manera grave a la economía nacional, se debe valorar, en cada caso concreto, la posibilidad del tratamiento autónomo y separado de aquellas operaciones que, por su configuración, permiten un enjuiciamiento por separado.

II. RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL.

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

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

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

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

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

3.- Esto es lo que sucede en este supuesto concreto, ya que la redacción de la narración histórica de lo acontecido ya recoge, de forma suficiente, lo que el Ministerio Fiscal pretende que se integre en el hecho probado. Sin modificar el contenido del relato fáctico, se constata que hubo dos salidas de fondos, que están salvaguardadas por los correspondientes recibos. A los efectos de la posterior calificación jurídica de los hechos, resulta indiferente que la cancelación parcial de la suma que fue retirada de caja, se haga a una de las salidas parciales de 150 millones de pesetas o a la totalidad de la suma extraída que fue de 300 millones de pesetas, porque en definitiva, el perjuicio que pudiera derivarse para la entidad bancaria hay que computarlo sobre la totalidad de la cantidad extraída. En consecuencia, se estima que los datos que

se desprenden de los documentos citados, no entran en colisión con los términos en que se expresa la convicción del juzgador, sobre la forma en que se ejecutó la denominada retirada de caja de 300 millones de pesetas, por lo que no existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

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

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

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

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

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

2.- La Sala sentenciadora estima que Mario Conde no toma dos decisiones de acción, por lo que solo existe un hecho, sin que tenga relevancia

jurídica la circunstancia de que se materialice la decisión en dos acciones separadas, desde el punto de vista naturalístico.

Considera, no obstante, que ha existido un perjuicio patrimonial, ya que ha salido del patrimonio del Banco una cantidad de trescientos millones de pesetas y no se ha acreditado que de ello haya resultado un beneficio para la entidad. Tampoco estima acreditado que la disposición de dichos fondos, produjera resultados satisfactorios para la entidad bancaria Banesto, derivados de la ruptura del proyecto de fusión con el Banco Central en la que estaba inmersa. La sentencia declara que los hechos que han quedado probados son subsumibles en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1.973.

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

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

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

Parte de la doctrina acude a lo que se denomina la concepción natural de la vida, para decidir si ha habido una unidad natural de la acción, que integra un solo hecho delictivo, mientras que otros sectores sostienen que la valoración unitaria de la acción tiene que hacerse desde una perspectiva jurídica y no social.

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

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

4.- Ahora bien, una situación distinta, es la que se produce cuando nos encontramos ante una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En estos

supuestos no hay unidad natural de la acción, sino diversas actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, que ha sido consagrada legalmente en el artículo 69 bis del Código de 1.973 y reiterada en el artículo 74 del Código vigente.

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

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

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

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

La ejecución del plan preconcebido, que aisladamente considerado integraría dos delitos de apropiación indebida, se ha realizado de forma lo suficientemente separada en el tiempo –más de dos meses-, como para que sea imposible considerarlas integradas en una sola acción delictiva. Por el contrario, el diverso modo de proceder y la forma de disposición del dinero, en dos fracciones de ciento cincuenta millones de pesetas, podría llevarnos a un

concurso real, si no hubiera existido el plan preconcebido o un sólo designio, del que nos habla el hecho probado, de cuyo contenido no podemos apartarnos.

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

5.- La alegación efectuada por la representación del acusado, sobre la unidad de acción, manteniendo que la ejecución fraccionada de su decisión fue tomada unilateralmente por el Director General de la Banca Comercial, no encuentra su apoyo en el hecho probado ya que se afirma tajantemente que, “la disposición efectiva de la suma de 300 millones de pesetas, una vez preparada la cantidad para ello, se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones de pesetas cada una”.

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

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

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

1.- El Ministerio Fiscal parte de lo que considera un error de derecho, al no aplicar la figura del delito continuado, por lo que estima que

existe un nuevo error sustantivo, al decidir, indebidamente, la prescripción del delito. Sostiene que, tanto en el caso de que se aplique el derogado como el nuevo texto penal, entre el hecho delictivo y la interposición de la querrela, no ha transcurrido el plazo previsto para la extinción de la responsabilidad criminal.

Señala que la pena que se podía imponer conforme al artículo 69 bis del anterior Código, podría llegar hasta la prisión mayor por lo que, conforme al artículo 113.2 de dicho texto, el plazo de prescripción sería de diez años. Cita en su amparo el acuerdo de la Sala General de esta Sala de 29 de Abril de 1.997. En principio sostiene que se llega a idéntica solución, aplicando el actual artículo 74, ya que por aplicación de los artículos 248, 249 y 250.6 del nuevo Código Penal nos llevaría a una pena de prisión de uno a seis años de prisión y multa. La aplicación del artículo 74.2 del Código Penal permitiría superar el límite máximo de seis años de prisión, relacionando ésta pena con los artículos 131.1 y 33 del Código Penal, nos llevaría nuevamente a un plazo de diez años.

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

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

del anterior Código ya que, en su opinión, no ha quedado demostrada la relación directa entre la apropiación de trescientos millones, que pertenecen al patrimonio de un Banco y la producción de un perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas.

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

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

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

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

La sentencia califica los hechos, como ya se ha dicho, integrándolos en un delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código

Penal de 1.973 en relación con la circunstancia 7ª del artículo 529, que estima como muy cualificada a los efectos de penalidad lo que nos sitúa, según el artículo 528, en una pena de prisión menor que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 bis del Código derogado, permitía llegar hasta el grado medio de la pena de prisión mayor, es decir, hasta los diez años de prisión mayor.

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

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

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

En consecuencia y descartada la posibilidad de aplicar el artículo 74 del Código Vigente, (que tampoco autorizaría la prescripción), la estimación del delito de apropiación indebida como continuado por la vía del artículo 69

bis del Código de 1.973, impide la entrada en juego de los plazos extintivos de la responsabilidad criminal.

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

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

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

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

Como datos para sostener su postura destaca y señala que, la querrela del Fiscal de 14 de Noviembre de 1.994, hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, aunque sin conocer su identidad. Destaca que uno de los querrellados, Arturo Romani, al declarar como imputado el 14 de Diciembre de 1.994, menciona de manera expresa, la intervención directa de Jacobo Hachuel. Asimismo existen las

manifestaciones de Mario Conde (19 de Diciembre de 1.994) y Rafael Pérez Escolar (4 de Enero de 1.995). En ésta última se afirma que, a juicio del declarante, el pago debió corresponder al ajuste que pudieran haber efectuado Air Products con el Grupo Hachuel. A la vista de estas manifestaciones se cita como testigo, a Jacobo Hachuel (31 de Enero de 1.995).

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

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

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

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

aparecían indicios suficientes, para que se le hubiese tomado declaración como imputado.

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

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

Resulta además de un valor relevante, que la propia querrella del Ministerio Fiscal en el apartado 8 (pagina 38), se refiere a operaciones anómalas que se pueden haber producido en el grupo Hachuel, lo que evidencia la intervención de la persona a la que se refiere el presente motivo. En este mismo apartado y más adelante se hace referencia a las relaciones del grupo

Hachuel con la entidad Banesto y la obtención, por parte de aquél, de importantes financiaciones para la adquisición de sociedades.

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

La jurisprudencia, tradicionalmente hasta los años 1.991 y 1.992, ha venido entendiendo que el procedimiento se dirige contra el culpable, desde el momento en que se inicia, para averiguar tanto el delito como la identidad de los delincuentes y esta línea jurisprudencial se ha venido manteniendo en Sentencias de 6 de Julio de 1.994, 1 de Marzo de 1.995 y 13 de Junio de 1.997. Dice esta última citando literalmente otras muchas, que "la prescripción no necesita para interrumpirse, actos de inculpación o imputación formal, pues basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho o de sus posibles autores".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.- La pretensión del Ministerio Fiscal es que se hagan constar las irregularidades apreciadas en el primer trimestre de 1.993 y que afectaban al cierre del ejercicio del 92 en las cantidades de 71.508 millones y 44.413

millones, montante que no se refiere al déficit del Banco a 30 de Junio de 1.994, como erróneamente expone la sentencia, sino déficit adicionales que no pudieron ser incluidos en el plan de saneamiento aprobado por el Banco de España en el año 92, al haber sido ocultados por los Administradores de Banesto.

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

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

Los documentos invocados han de guardar una directa relación con el pasaje o pasajes del hecho probado que se considera erróneo, de tal manera que, aceptando su contenido, las afirmaciones realizadas serían sustancialmente distintos y repercutirían de modo directo sobre la calificación jurídica de los hechos y como es lógico, en el fallo de la sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

También incluye en el contenido del motivo, la operación de compra de acciones de Asturiana de Zinc y la opción ofrecida por Corporación Banesto al Bank of América, sobre las acciones que fueran propiedad de este último, señalando que en las cuentas de la Corporación Banesto en el año 1.992, no se hizo provisión de cantidad alguna por esta operación que fue consultada, en los aspectos contables, a los auditores del Banco. Por último y en relación con una operación relacionada con la compañía eléctrica Fecsa, señala que las operaciones de amortización de deudas, no se contabilizaron como pérdidas, ni se hicieron las correspondientes provisiones por los servicios de contabilidad del Banco.

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

El Ministerio Fiscal considera que, el juicio de inferencia o de valor, que contiene el relato histórico y que reitera la fundamentación jurídica, no se ajusta a la realidad fáctica y mantiene que los acusados actuaron consciente y dolosamente, dando instrucciones y ocultando intencionadamente a la

Inspección del Banco de España, las circunstancias que hubieran revelado, la necesidad de un plan de saneamiento de mayor envergadura, utilizando para ello mecanismos falsarios, lo que supone el planteamiento de cuestiones que escapan a la presunción de inocencia y que son revisables en casación por la vía del error de derecho.

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

En su opinión, la base para calificar el razonamiento, sobre la inexistencia del dolo, como ilógica y arbitraria, radica en los puntos siguientes: 1º. Que la formulación de las cuentas es responsabilidad de los administradores, según la ley de Sociedades anónimas, siendo ésta indelegable, como expresa la sentencia al folio 271. 2º. Que todas las alteraciones contables se referían a operaciones de excepcional importancia para los resultados del Banco que afectaban de forma directa a la Corporación Industrial Banesto. 3º. Es de destacar que la mayoría de ellas se realizaban los últimos días del ejercicio correspondiente. 4º. Las citadas operaciones eran aprobadas por los máximos órganos de dirección y gestión del Banco. 5º. Los únicos que podían tener interés en la confección de artificios contables, con el fin de que se desconociera la situación real de la entidad financiera eran los acusados; 6º. La propia sentencia excluye que la situación creada, se debiera a una deficiente organización al señalar, en la pág. 272, la pluralidad de mecanismos de control de la contabilidad.

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

3.- Ciñéndonos exclusivamente a la cuestión planteada, que no es otra que la actuación dolosa de los acusados, en los denominados artificios contables, tenemos que acudir necesariamente a la sentencia recurrida para

establecer si, sus inferencias sobre este punto son lógicas o bien resultan irracionales y arbitrarias, como pretende el Ministerio Fiscal.

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

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

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

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

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

6.- El extenso relato dedicado a los artificios contables nos pone en antecedentes sobre la existencia de déficit de provisiones correspondientes a créditos de dudoso cobro, que dieron lugar a un plan de saneamiento establecido por el Banco de España. Asimismo existieron auditorías que no presentaron reparos a las cuentas anuales, considerando que reflejaban la imagen de la sociedad, según los acuerdos obtenidos en el plan de saneamiento de 1.992.

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

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

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

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

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

En el apartado 7, en relación con las operaciones relacionadas con la Unión y el Fénix Español y las sucesivas adquisiciones y préstamos realizados, se afirma que la operación de venta a Reve Holding fue aprobada por el consejo de administración de La Unión y el Fénix, no adoptándose decisión alguna en el Consejo de Administración de Banesto, ni en su Comisión Ejecutiva.

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

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

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

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

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

saneamiento, lo que demuestra que estaba al tanto y que tenía que tener conocimiento de la verdadera realidad contable de la Entidad Financiera.

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

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

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

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

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

Sostiene, por tanto, que ha existido error de derecho y que el artículo 290 del nuevo Código Penal, puede ser aplicado a conductas realizadas

con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1.995, sin que ello signifique quiebra del principio de legalidad.

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

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

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

Destaca que respecto de los gestores o administradores de Bancos o entidades de crédito, la obligación de decir verdad. El deber de veracidad, no concurre de una manera simplemente genérica, sino que está especialmente reforzado. No sólo porque lo impongan con carácter general todas las leyes mercantiles – Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, de Responsabilidad limitada o Plan General de Contabilidad, sino porque en el caso de la Banca, la trascendencia de la información contable, no es sólo para los accionistas, sino para toda la sociedad y la economía. Por eso, existe incluso una regulación especial que disciplina la intervención de las entidades de crédito, como la Ley 26/98 de 29 de Julio.

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

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

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

III. RECURSO DE LAS ACUSACIONES POPULARES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.- Al contestar al planteamiento realizado por el Ministerio Fiscal, en torno a los plazos de prescripción de los delitos continuados, ya expusimos la postura de esta Sala sobre el cómputo de los plazos en relación con la pena el abstracto, correspondiente al delito cuya prescripción se solicita o se estima. Reproducimos todo lo anteriormente mantenido.

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

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

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

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

2.- Los razonamientos son semejantes a los utilizados por el Ministerio Fiscal, al sustentar la misma postura en el motivo correspondiente, por lo que damos por reproducido lo expuesto, en su momento, para dar respuesta positiva a esta pretensión.

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

B) RECURSO DE LA FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS. Acusación Popular. Tomo III. Folios 1051 a 1.057.

PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.1° de la LECrim., y en relación con la operación retirada de caja de 300.000.000 por estimar que infringe el art. 69 bis del Texto Refundido del Código Penal de 1.973 y el art. 74.1 del Código Penal de 1.995.

1.- La cuestión, como puede verse, es reproducción de idénticas cuestiones suscitadas, sobre la continuidad delictiva, en la operación que se denomina como “retirada de caja de 300 millones”.

Al mismo tiempo introduce, de forma inadecuada, la cuestión relativa a la prescripción del delito, que debió ser objeto de tratamiento independiente.

2.- Ambos temas los damos por contestados remitiéndonos a lo que hemos argumentado al contestar a estas cuestiones.

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

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender en lo que se refiere a la operación Carburos Metálicos y en lo que respecta a Jacobo Hachuel Moreno, que se ha infringido por indebida aplicación el art. 113 del Código Penal de 1.973 y 131 del Código Penal vigente.

1.- El motivo se refiere a la indebida aplicación a la prescripción delictiva a los hechos que se imputan a Jacobo Hachuel, en relación con la operación Carburos Metálicos.

2.- La tesis sobre cuando debe entenderse realizada una imputación formal o los efectos de interrumpir el plazo de la prescripción, son análogas a las que se esgrimieron en los motivos anteriores, por lo que damos por reproducido todo lo que venimos tratando.

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

C) RECURSO DE LA FEDERACION DE SERVICIOS DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT). Acusación Popular. Tomo III. Folios 1.156 a 1.168.

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por inaplicación del art. 69 bis del Código Penal de 1.973 o del art. 74 del Código Penal de 1.995, no habiendo apreciado la continuidad delictiva en la denominada operación retirada de caja de 300.000.000 de pesetas.

1.- Incide en la cuestión, tan repetida, de la existencia de un delito continuado, en la operación denominada de retirada de caja de 300 millones, en cuanto que existe un plan preconcebido, la homogeneidad e identidad de los

hechos y la identidad del sujeto pasivo, lo que constituye una unidad típica bajo la figura del delito continuado.

2.- No existe ninguna aportación nueva, sobre las consideraciones que las diversas partes recurrentes han realizado en torno a la calificación jurídica de la operación de retirada de caja de 300 millones, por lo que nos remitimos a las anteriores consideraciones.

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

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, por inaplicación del art. 113 del Código Penal de 1.973.

1.- Sobre la base de la existencia de un delito continuado, se sostiene de nuevo, que los plazos de prescripción se amplían por encima de los valorados por la Sala sentenciadora.

Como cuestión complementaria añade que, aún admitiendo el plazo de cinco años que computa la sentencia recurrida, discrepa de su medición, ya que habiéndose iniciado el cómputo el 6 de Abril de 1.989, señala que por la Fiscalía General del Estado se iniciaron Diligencias de investigación con fecha 10 de Enero de 1.994, como fruto de una denuncia del Sindicato de Comisiones Obreras y cita en su amparo la sentencia del Tribunal Supremo de 1.992, dice recaída en el caso Filesa.

2.- Las diligencias de investigación que puede practicar el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 5 de su Estatuto Orgánico y del artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son previas a cualquier actuación procesal, como pone de relieve el propio texto de los artículos mencionados. En el caso de que el Fiscal decrete el archivo de las actuaciones, por estimar que los hechos no son constitutivos de delito, lo pondrá en conocimiento de quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. Precisamente el párrafo tercero del artículo 785 bis.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para zanjar

cualquier discusión sobre la naturaleza de estas actuaciones, ordena que el fiscal cesará en sus diligencias tan pronto como conozca que existe un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, lo que evidencia que todo lo actuado en la sede de Fiscalía, tiene un carácter preparatorio o previo a la existencia de un procedimiento judicial. En consecuencia no se puede estimar que estas actuaciones tengan virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción.

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

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 894.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infringir la sentencia impugnada el art. 114 del Código Penal de 1.973 en cuanto estima la prescripción respecto de Jacks Hachuel en la denominada operación carburos.

1.- Entiende la parte recurrente que respecto del cómputo y de la interrupción de la prescripción no es necesaria la identificación nominal de los responsables penales, bastando para ello con la posibilidad de su posterior individualización mediante determinados elementos de referencia, siempre y cuando, los actos dirigidos a la investigación del delito y de su autor, no sean de mero trámite.

Vuelve a recordar que la persona afectada por la prescripción, fue implicada directamente en la Operación Carburos Metálicos, antes de producirse su imputación formal en el procedimiento.

2.- Como puede observarse, la cuestión es idéntica a la planteada por anteriores acusaciones, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto, para contestar a la presente pretensión.

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

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infringir el art. 14 del Código Penal de 1.973 (art. 28 del Código de 1.995), al aplicar en su lugar el art. 16 del Código Penal de 1.973 (art. 29 del Código de 1.995) y en lo relativo a la participación de Rafael Pérez Escolar en la denominada Operación Carburos Metálicos.

1.- En su opinión, del contenido del relato de hechos probados, se deduce que la participación de Rafael Pérez Escolar en la operación denominada Carburos Metálicos, es asimilable a la del también condenado Arturo Romani, por lo que debió ser condenado a título de autor y no como cómplice, ya que su actuación tiene carácter claramente decisorio y no complementario o accesorio, como se deduce de la resolución recurrida.

Para sostener su pretensión, se basa sustancialmente en que en el hecho probado, se hace referencia continua a una planificación previa entre ambos acusados, sobre el destino que había que dar a la cantidad convenida, como precio de las opciones y que todo lo actuado con posterioridad, se fue desarrollando conforme a lo pactado entre ambos.

2.- La sentencia recurrida al hacer una valoración probatoria de todos los elementos disponibles, parece dar un mayor protagonismo a la persona que ha sido condenada como autora (Arturo Romani), destacando que el pago se hizo en Suiza siguiendo instrucciones de este último. Más adelante, el razonamiento jurídico, refiere expresamente que el acusado Arturo Romani, actuó con la cooperación de los acusados Rafael Pérez Escolar y Jacobo Hachuel, si bien añade que Arturo Romani llevó a cabo la ejecución del plan delictivo, asumiendo la representación de Banesto en la operación y dio las instrucciones concretas, para que se borrara del contrato la mención al precio de la opción, con la clara finalidad de no dejar vestigio documental del precio pagado por Airs Products.

En relación con Rafael Pérez Escolar, al que afecta el motivo, se dice que su participación aparece acreditada al intervenir en las negociaciones iniciales de Enero y Febrero de 1.990 con representantes de Airs Products, poniendo de relieve que es designado Presidente de Carburos Metálicos, tras

esas negociaciones. Afirma, que conoció los detalles de la operación y estuvo presente en la firma del acuerdo de Abril de 1.990, en el que se propone por Romaní, borrar la referencia al precio de la opción. También conoció que el pago se realizó a un tercero distinto de Banesto y colaboró en la ocultación del hecho, mediante la confección de propuestas de recibo, que no se correspondían con la realidad.

La sentencia a pesar de todo lo que anteriormente ha quedado expuesto, considera que Rafael Pérez Escolar debe ser considerado como cómplice que no requiere, como es lógico, el dominio del hecho, sino comprobar sólo que se ha favorecido el mismo con un aporte objetivo no esencial. Según la resolución recurrida, no existen razones suficientes por las que su cooperación pueda ser tenida como necesaria, en cuanto era sustituible sin que se desbaratase el plan delictivo, pues el éxito de éste no dependía probablemente de forma sustancial de la intervención de este acusado, aunque su contribución sí lo favoreció.

3.- Para decantarnos por alguna de las alternativas contempladas entre la decisión de la sentencia y la planteada por la acusación popular que promueve el presente motivo, tenemos que ajustarnos estrictamente al contenido del hecho probado, para comprobar si se contienen y perfilan los elementos fácticos necesarios, para calificar la conducta del recurrido como autoría o como complicidad.

Si tenemos en cuenta que la Sala sentenciadora ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, resulta especialmente significativo, el apartado 3 del relato fáctico, en el que se dice textualmente que: “Los acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar habían planificado que la cantidad convenida como precio de las opciones, que ascendía a 1.344 millones de pesetas, no debían ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza”.

Más adelante se añade que: “conforme a lo planificado, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar se pusieron en contacto con el también acusado

Jacobo Hachuel, a fin de que éste recibiera el pago de Airs Products en Suiza a través de una Sociedad de Hachuel”.

Se relata la intervención, en la referencia a las 2.000 pesetas por opción, volviendo a insistir en que el resto de lo actuado se hizo “de acuerdo con lo planificado por los acusados Rafael Pérez Escolar y Arturo Romani”.

Por último se hace una mención explícita al hecho de que los representantes de Airs Products, intentaron reiteradamente obtener un recibo justificativo de ambos acusados y que éstos, con la finalidad de que no se hiciera público el pago de Airs Products, se negaron sistemáticamente ofreciendo en su lugar un documento preparado por Rafael Pérez Escolar, en el que apareciese solamente la relación de dicha entidad con un bufete extranjero que había actuado de intermediario.

4.- Según el derogado artículo 14.1 del anterior Código Penal, tenían la consideración de autores, entre otros, todos los que toman parte directa en la ejecución del hecho, situándose en la misma escala de responsabilidad criminal, los inductores y los cooperadores necesarios. El actual artículo 28 del Código Penal vigente haciéndose eco de un sector de la doctrina que propugnaba la distinción entre autores directos y partícipes, hace unas matizaciones semánticas, en orden a los que se puede considerar como “autores auténticos” (los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirve como instrumento), de los que también pueden ser considerados como autores, que un sector de la doctrina denomina “autores asimilados” (los inductores y los cooperadores necesarios).

De acuerdo con la doctrina tradicional de esta Sala, la complicidad concurre allí donde se da una colaboración o ayuda útil y operante en la ejecución del delito, permitiendo que esa ejecución sea más rápida y eficaz. Se exige también que se trate de una conducta subalterna o periférica, que de alguna manera relevante, contribuya a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, pero siempre de carácter accesorio.

5.- En el caso presente y con los antecedentes fácticos que han quedado reseñados, se pone de relieve que ambos acusados y concretamente el recurrido, estuvo presente en todo el proceso delictivo y que tuvo un especial protagonismo o si se quiere un suficiente dominio del hecho, para que las cosas pasaran tal como han quedado descritas. No se trata solamente de que exista, como ha quedado incuestionablemente fijado, un plan o designio previamente trazado y diseñado entre ambos acusados, sino que la participación del recurrido, no se limita a diseñar la elaboración del plan, sino que se integra y participa directamente en la ejecución de cada una de las fases principales, por las que pasa la consumación del hecho delictivo. Interviene en cada momento, no sólo como cotitular de la decisión común de realizar la operación delictiva, ostentando un permanente dominio del hecho sin que, en ningún momento, haya un desfase o pérdida de contacto entre ambos partícipes. Es decir, que tanto en la dicción del antiguo artículo 14.1, “toma parte directa en la ejecución del hecho”, como en la actual redacción del artículo 28, “realiza directamente el hecho” en conjunción con el otro acusado, por lo que ni siquiera cabe hablar de autoría por cooperación necesaria.

En consecuencia estimamos que, los datos fácticos consolidados, que constituyen la esencia o punto de partida necesario para calificar la conducta, nos llevan a considerar que el recurrido participó a título de autor en los hechos que se le imputan.

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

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infringir la sentencia por inaplicación los artículos 303 en relación con el 302.4º del Código Penal de 1.973 (art. 290 del Código Penal de 1.995).

1.- Estima la parte recurrente que, en relación con el apartado que se denomina artificios contables, existe una falsedad documental integrada por la concurrencia del elemento objetivo consistente en la mutación de la verdad

por alguno de los procedimientos previstos en la norma sustantiva del antiguo artículo 302 del Código Penal y por el elemento subjetivo o dolo falsario.

Combate la tesis de la sentencia que afirma que la falsedad ideológica del particular, no era punible ni antes ni después de la reforma penal de 1.995 y que el delito societario del artículo 290 no tiene naturaleza falsaria y sostiene que, en definitiva, la falsedad ideológica cometida en documento mercantil resultaba castigada por el artículo 303 en relación con el apartado 4 del artículo 302 del Código Penal de 1.973 y en la actualidad está comprendida en el artículo 290 del Código Penal y vigente.

2.- La cuestión ya ha sido mencionada al contestar a análogos planteamientos realizados por el Ministerio Fiscal, por lo que nos remitimos a lo expuesto con anterioridad para responder a este motivo.

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

IV. RECURSOS DE LAS ACUSACIONES PARTICULARES.

A) RECURSO DEL FONDO DE GARANTIAS DE DEPOSITOS EN ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.

PRIMERO.- El motivo primero se interpone al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 69 bis del Código Penal de 1.973 en relación con los artículos 535, 528 y 529.7ª del citado texto punitivo en lo que se refiere al hecho delictivo que la sentencia define en el Hecho Probado I como “Retirada de caja de 300 millones de pesetas”.

1.- La tesis de la parte recurrente, coincide sustancialmente con la mantenida por el Ministerio Fiscal en su motivo segundo, y pasa por sostener la existencia de un delito continuado de apropiación indebida, ya que la disposición de la cantidad sustraída, se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones de pesetas cada una, separadas por un lapso de tiempo apreciable –

alrededor de dos meses- por lo que no puede estimarse, que existió una acción única sino dos acciones unidas a través de un nexo de continuidad.

Mantiene que, tanto desde el punto de vista naturalístico de la concepción natural de la vida, como del normativo del sentido de la tipicidad, los hechos que la Sala de Instancia declara probados en el relato fáctico de la sentencia, no pueden entenderse constitutivos de una única acción delictiva, sino que aparecen netamente definidos como integrantes de dos acciones penales claramente diferenciadas, unidas por un solo lazo jurídico de continuidad delictiva.

2.- Para evitar repeticiones damos por reproducida la contestación, que se dio a la misma cuestión suscitada por el Ministerio Fiscal y otras partes acusadoras.

Como dato complementario, podemos añadir que, en el desarrollo del motivo, se insiste en la existencia de la ejecución fraccionada de una sola voluntad, que es precisamente lo que constituye la esencia del delito continuado, citando en apoyo de su tesis varias sentencias de esta Sala.

Termina exponiendo que, en el caso de estimarse la postura que plantea, considera más favorable la aplicación del Código Penal de 1.973, vigente al tiempo de cometerse los hechos, por la posibilidad de acogerse al régimen de redención de penas por el trabajo, si bien no descarta la posibilidad de aplicar el Código vigente. Esta cuestión ya ha sido abordada anteriormente por lo que nos remitimos a lo ya razonado.

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

SEGUNDO.- El motivo segundo se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 113.4º y falta de aplicación del párrafo 3º de ese mismo artículo, ambos del Código Penal de 1.973 vigente al cometerse el hecho e iniciarse el

procedimiento, en relación al hecho relativo a la Retirada de Caja de 300 millones.

1.- La fundamentación se centra en sostener que, si prospera la tesis del delito continuado, la pena aplicable excedería de seis años, por lo que el plazo de prescripción, conforme al párrafo 3º del artículo 113 del Código Penal de 1.973, sería de diez años, plazo no transcurrido entre la consumación del delito y la fecha de presentación de la querrela que inicia esta causa y la imputación de ese delito al acusado.

Señala que el delito de apropiación indebida, quedó consumado el 6 de Abril de 1.989 y la querrela del Ministerio Fiscal en que se perseguía ese delito, imputándolo a Mario Conde, se presentó el 14 de Noviembre de 1.994 siendo admitida a trámite el siguiente día 15, y, a su vez oído como imputado, el 14 de Diciembre siguiente.

En consecuencia y no habiendo transcurrido el plazo legal para declarar prescrito el delito, procede dictar segunda sentencia, imponiendo la pena solicitada en su escrito de conclusiones (nueve años de prisión mayor).

Subsidiariamente, pone de relieve que para el caso de que se considere más favorable la aplicación de los artículos 252 en relación con el 250.6º del nuevo Código Penal, tampoco procedería la prescripción del hecho, pues al estar castigadas las apropiaciones indebidas cualificadas con la pena fijada en el artículo 250 y al ser esa pena de uno a seis años (imponible además en su mitad superior, por imperio del artículo 74.1 del citado Código), la regla de prescripción aplicable, sería la del artículo 131.1 párrafo tercero, que impone el plazo de 10 años para la prescripción de los delitos castigados en la ley, con pena máxima de prisión por más de cinco años y menos de diez, como es el caso.

2.- El motivo no introduce novedades sobre las cuestiones análogas ya examinadas, por lo que nos remitimos al contenido de las respuestas anteriores.

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

TERCERO.- El motivo tercero se ampara en el artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 114.2 del Código Penal de 1.973, vigente al cometerse los hechos e iniciarse el proceso, en relación con el artículo 113 párrafo 4° del mismo texto legal. El motivo se relaciona con el hecho probado IV “Carburos Metálicos” en lo que se refiere al acusado Jacobo Hachuel Moreno.

1.- Impugna la absolución del acusado Jacobo Hachuel, del delito de apropiación indebida, del que era acusado como coautor por su participación en la “Operación Carburos Metálicos”, al considerar que, en la fecha en que se toma declaración como imputado, no había transcurrido el plazo de prescripción.

Insiste en que, tanto en la fecha de presentación de la querrela, de cuyos hechos podía deducirse la participación del acusado en dicho delito, como en la primera declaración del acusado Arturo Romani, que le cita como vinculado al percibo del dinero apropiado, como en la fecha de la primera declaración como testigo de Jacobo Hachuel, en la que reconoce la percepción de la suma objeto del delito, el plazo de prescripción no había transcurrido.

Señala, como dato a valorar, que el retraso en recibir declaración al acusado se debió a un criterio personal y, a su juicio, erróneo del Instructor, que mantuvo inicialmente el secreto de las actuaciones y posteriormente denegó las peticiones, en tal sentido de las acusaciones. Este criterio hubo de ser modificado por la vía del recurso, por lo que, de surtir efecto la dilación, se lesionaría el derecho fundamental de tales acusaciones, a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución.

2.- El tema de la prescripción aplicada al acusado recurrido, ya ha sido abordado, por lo que nos remitimos en lo esencial a lo en su momento, expuesto.

Se acude a la cita de una variada doctrina jurisprudencial de esta Sala, decantándose por la línea mayoritaria, que sitúa la interrupción del plazo de prescripción, desde el momento en que se inicia la averiguación, de cómo ocurrieron los hechos y paralelamente o a continuación, de quiénes pudieron ser sus autores, de tal forma que no es necesario indicar “ab initio” las personas posiblemente inculpadas. En el mismo sentido, se entiende interrumpida la prescripción, en los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aún cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan perfectamente definidas.

Especial mención merece la sentencia 1/1.997 de 28 de Octubre (Causa Especial 880/1991) en la que se dice que, lo trascendente no es la forma en que se preste declaración (como imputado o como testigo), sino el que, al declarar, dentro del plazo prescriptivo, el que después es encontrado culpable de los hechos, lo haga manifestándose libremente en cuanto a los hechos en sí, que es lo básico e importante a los efectos de la incriminación.

Reconociendo que el recurrido no declaró como imputado hasta el 30 de Noviembre de 1.995, por lo que se declara prescrito el delito, es lo cierto que en la querrela del Ministerio Fiscal, se señalaba la existencia de un pago a un despacho de abogados suizos y en las declaraciones de un coacusado querrellado, hecha antes de vencer el plazo de prescripción, se vinculaba ese despacho al acusado Hachuel.

También resulta relevante señalar que, ante la denegación del Juez Instructor para que el recurrido declarase como inculpado, se interpuso recurso de queja que fue resuelto por Auto de 18 de Junio de 1.996 por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el que se dice como colofón que, a la vista de las alegaciones y planteamientos, no resulta procedente descartar anticipadamente una posible responsabilidad delictiva.

Dando por reproducidas anteriores consideraciones sobre este tema, tenemos por contestado el motivo.

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

CUARTO.- Se formaliza al amparo del número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basada en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador.

1.- Como particulares de los documentos en que basa el error, cita el escrito del Banco de España de 6 de Septiembre de 1.993 (folios 665 y ss de la pieza separada formada por la documentación remitida por el Banco de España). Particulares que, en su opinión, revelan el error del juzgador, al señalar en el hecho probado el destinatario de dicho documento, así como en la fijación de la naturaleza concreta y alcance económico, de las irregularidades descritas de forma pormenorizada en el cuerpo de dicho documento.

El documento invocado, consiste en un escrito dirigido al Sr. Presidente del Consejo de Administración del Banco Español de Crédito, que a la sazón era el acusado Mario Conde Conde, en el que se hacen referencias parciales el hecho probado IX (artificios contables de la sentencia recurrida), lo que da contenido de veracidad y autenticidad al documento, al ser tenido como tal por la Sala, a la vez que permite acreditar mejor el error de hecho del juzgador, al contrastar lo que éste dice sobre el contenido y documento con su contenido real y literal.

El documento acredita que éste iba dirigido al Presidente del Consejo de Administración del Banco Español de Crédito, esto es al acusado Mario Conde y no a los Gestores de Banesto, como se dice en el hecho probado. Asimismo el documento acredita que los hechos puestos de relieve, fueron descubiertos por la Inspección del Banco de España y determinados en julio de 1.993, comunicándose al Presidente del Consejo de Administración de Banesto el 6 de Septiembre de 1.993, por lo que la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida deberá acomodarse a esa realidad documental. También resulta de ese documento, que las irregularidades puestas de manifiesto, tuvieron trascendencia en los resultados y recursos propios consolidados al cierre del ejercicio de 1.992, lo que es distinto a lo que la sentencia dice, al

señalar que en Junio de 1.993, existían déficits de provisiones por créditos morosos. Por último señala, que dicho documento refleja la existencia de importantes cantidades, que deben ser minoradas en las cuentas que se mencionan, apartándose así significativamente del reflejo de la imagen fiel del Banco Español de Crédito.

Considera que la estimación de este motivo, tiene trascendencia para el fallo, como se argumentará en los razonamientos de fondo.

2.- Ajustándonos a los términos en que ha sido planteado el motivo, debemos resaltar que el escrito del Banco de España de 6 de Septiembre de 1.993, no entra en contradicción insalvable con el contenido del hecho probado, ni acredita un error evidente del juzgador, que obligue a la modificación del relato fáctico.

No discutimos su carácter netamente documental, a efectos casacionales, pero insistimos en su irrelevancia, a la hora de acreditar un error en la apreciación de la prueba. Los puntos que resalta la parte recurrente, están en cierta medida incorporados a la narración de lo acontecido, por lo que no se observa como necesario la modificación de la misma.

La sentencia afirma que el Banco de España comunicó a los gestores de Banesto el 6 de Septiembre de 1.993 los déficits apreciados, lo que implica que se le comunicó también al Presidente del Consejo de Administración, condición que ostentaba el acusado Mario Conde y que se declara en el apartado I de la sentencia, al referirse a la operación de retirada de caja de 300 millones de pesetas.

La situación de irregularidad de la entidad bancaria, se refleja de forma clara y meridiana en el relato de hechos probados, resultando indiferente a los efectos de la calificación jurídica, la determinación exacta de las fechas en que se estiman detectadas. La propia parte recurrente admite, que es cierto que se determinó que, en Junio de 1.993, existían déficits de provisiones por créditos morosos.

En definitiva la situación de irregularidad contable, la existencia de defectos de provisiones por créditos morosos, la minoración de los resultados consolidados y de los recursos propios computables, son datos que están incorporados a la descripción de los hechos que realiza la sentencia, por lo que las diferencias de criterio en orden a la redacción de los desfases y desajustes no constituyen un error sustancial del juzgador que deba ser corregido.

3.- El error de hecho, supone que el juzgador no ha tomado en consideración documentos obrantes en la causa, que evidencia de forma inequívoca e incuestionable una equivocación, que trasciende a la calificación jurídica de los hechos y por traslación a la parte dispositiva de la sentencia.

No existe error, en tanto en cuanto que el contenido de los documentos invocados para sustentar el motivo, ha sido tenido en cuenta de forma sustancial y autónoma por el órgano juzgador, aunque la parte recurrente estime que debe dárseles otra lectura distinta o interpretación diferente.

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

QUINTO.- Se formaliza al amparo del número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, que resultan de los particulares de los documentos que se citan en el extracto de este motivo.

1.- Se apoya de nuevo en el documento citado en el motivo anterior y sostiene que, los resultados que se hacían constar en las cuentas anuales de Banesto correspondientes al ejercicio de 1.992, deberían haber sido deducidas en 4.027.000.000 de pesetas, así como debieron ser incrementados los recursos propios computables, en 1.538.000.000 de pesetas correspondientes a los resultados negativos de la Sociedad Inversiones Iberia LTD.

Según la parte recurrente, determinados particulares del documento antes citado, ponen de relieve que la no inclusión de la sociedad filial

Inversiones Iberia LTD, en los estados consolidados de las cuentas de 1.992 provocaron una sobrevaloración de los resultados del Banco en 4.027.000.000 de pesetas y un incremento de los recursos propios, computables a los efectos de las obligaciones, en orden a la determinación del coeficiente de recursos propios impuesto por la normativa bancaria de 1.538.000.000 de pesetas.

Se cita también como documento la “certificación del Registro Mercantil de Madrid referentes a las cuentas anuales de 1.992 del Banco Español de Crédito” y pretende utilizar los particulares referentes a las páginas 63 y 64, certificadas por el Registro mercantil, que contienen la relación de las sociedades del Grupo Consolidadas por Integración Global.

Del examen del documento resulta que Inversiones Iberia LTD presenta resultados negativos en el ejercicio de 1.992, que debieron ser recogidos en las cuentas anuales consolidadas de ese ejercicio, disminuyendo así el saldo positivo que se hacía figurar en tales cuentas.

Considera que lo anterior es relevante para el enjuiciamiento, pues acredita una voluntad consciente y deliberada de ocultar a los destinatarios de las cuentas anuales, esa información trascendental, así como no incluir en los resultados contables unas cifras negativas computables procedentes de la operación de la Compra del Banco del Pacífico y la transferencia de las pérdidas a la Sociedad Inversiones Iberia participada al 99,99% por Banesto, todo lo cual era conocido por el Presidente de Banesto, Mario Conde cuando aprobó y firmó esas cuentas anuales, dándoles así estado jurídico.

2.- Los errores que denuncia la parte recurrente, se consideran relevantes para acreditar la voluntad consciente y deliberada de los administradores de derecho de la entidad bancaria, de ocultar en los resultados contables, unas cifras negativas computables, procedentes de la operación de compra del Banco del Pacífico y la transferencia de las pérdidas de la Sociedad Inversiones Iberia participada al 99’99% por Banesto, lo cual era conocido por el Presidente de esta entidad, cuando aprobó y firmó las cuentas anuales.

Debemos insistir en que, todos los datos relativos a los déficits, irregularidades, alteraciones contables, están recogidos en el relato fáctico y fueron los que llevaron a que el Consejo Ejecutivo del Banco de España acordase, el 28 de Diciembre de 1.993, la sustitución de todos los miembros del Consejo de Administración de Banesto y el nombramiento de un equipo gestor provisional.

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

En todo lo demás, nos remitimos a lo expuesto con anterioridad al contestar al motivo del Ministerio Fiscal, en relación con la autoría de los acusados Mario Conde y Enrique Lasarte en las falsedades contables a cuya calificación nos referiremos más adelante.

3.- Como se ha dicho en reiteradas sentencias de esta Sala (entre otras 8-6-98; 30-1-98; 28-2-98 y 27-4-98), para dar paso al error de hecho y a la consiguiente modificación del relato fáctico, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado, sea relevante en cuanto, que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal condición. El motivo no puede prosperar, pues el recurso se da fundamentalmente contra el fallo y no contra los argumentos de hecho y de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo, por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación de extremos sustanciales.

Parece que no tiene mucho sentido casar y anular parcialmente una sentencia, para corregir aspectos fácticos de la misma, que después carecerían de efecto sobre la calificación jurídica y el fallo.

En todo caso, subrayaremos que los documentos citados no entran en contradicción insalvable con el relato que se contiene en el apartado denominado artificios contables.

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

SEXTO.- El motivo sexto se formaliza al amparo del número 2º del art. 849 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de los particulares de los documentos obrantes en autos que se señalan y analizan en el desarrollo del motivo.

1.- Vuelve a citar el documento, ya invocado, del escrito de 6 de Septiembre de 1.993 dirigido por el Banco de España al presidente de Banesto.

A su vez cita el documento consistente en “nota para D. Enrique Lasarte como Consejero Delegado” obrante a los folios 9.899 y ss, del “expediente administrativo” que figura incorporado a la causa en la pieza separada que lleva por título “documentación remitida por el Banco de España” que, en su opinión, acredita la práctica de consignar datos contables alternativos, según decisión de los Gestores y la conveniencia de no revelar resultados negativos de la gestión.

Por último acude al documento, aportado por fotocopia con la querrela del Fiscal bajo el nº 98 (así lo designa el fundamento jurídico X de la sentencia) e incorporado en su forma original firmada a los folios 1.148 y 1.172 y que está constituida por el “informe correspondiente a la auditoría operativa y financiera al 31 de Mayo de 1.993” llevada a cabo en la sucursal de Londres. Señala los particulares referentes al apartado octavo que recoge las deficiencias encontradas, que figuran en las páginas 7 a 9 de su anexo II y que

acredita la existencia de instrucciones y prácticas de ocultar datos negativos para Banesto.

El documento del Banco de España tiene interés, ya que resalta que “mención especial merece la existencia de sociedades interpuestas no incluidas en los estados consolidados, que impiden un reflejo fiel de la situación patrimonial y financiera del Grupo Banesto y dificultan su supervisión”, y acredita que el hecho de ocultar a los auditores externos y a la inspección del Banco de España datos importantes, que afectaban a aspectos negativos de las operaciones de Banesto, era una práctica establecida.

2.- El motivo se apoya en los mismos documentos precedentemente esgrimidos, con las adiciones que han quedado transcritas en el anterior apartado. Volvemos a repetir que dichos documentos no entran en confrontación irreductible con la redacción del relato fáctico y ni siquiera con las valoraciones probatorias que realiza la sentencia recurrida.

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

SEPTIMO, OCTAVO Y NOVENO.- Trataremos conjuntamente los motivos séptimo, octavo y noveno. El motivo séptimo, se formaliza al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 303, en relación con el art. 302.4 y el art. 69 bis todos ellos del Código Penal de 1.973 vigente al tiempo de cometerse los hechos. El motivo octavo se formaliza al amparo del nº 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 392 del CP de 1.995, en relación con los artículos 390.1 nº 1 y 74.1 del citado texto punitivo, caso de estimarse más favorable al reo la penalidad resultante de estos preceptos de la que resultarían de estimarse el motivo precedente que aplica el código derogado vigente al cometerse el delito. El motivo noveno se formaliza al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 290.1 y 2 del Código Penal de 1.995 como subsidiario del anterior.

1.- Señala que, en el apartado IX del relato fáctico de la sentencia, se desprende la existencia de una serie de hechos que producen, como resultado, que las cuentas anuales consolidadas del Grupo de Sociedades

dominadas por el Banco Español de Crédito correspondientes al ejercicio de 1.992, estuvieron falseadas en su partida de pérdidas y ganancias y cuentas de resultado, de modo deliberado y ocultando tal falseamiento tanto a los servicios del Banco de España, como a los auditores externos de Banesto, auditoría que llevaba a cabo Price Waterhouse. Asimismo se desprende de dichos hechos probados, que las expresadas cuentas anuales de 1.992, presentaron, pese a ello, unos resultados alterados en su cuantía y aparentemente inferiores a los reales, en virtud de la no contabilización de datos significativos, recogidos en el apartado fáctico de la sentencia recurrida, los que por haber sido ocultados al Banco de España, a la auditoría externa y no descubiertos hasta el verano de 1.993, no pudieron ser tenidos en cuenta ni por las autoridades del Banco de España, ni por los auditores externos, cuando aprobaron el referido plan de actuaciones e informaron las cuentas anuales respectivamente, por lo que ni la aprobación del plan, ni el informe, sin reparos, de las cuentas anuales pueden eliminar las falsedades ocultas, ni sanar su carácter delictivo.

2.- Afirma, que el número 1º del art. 390.1 del Código vigente contempla una modalidad de falsedad, de nueva formulación que, en caso de concurrir en algún supuesto de hecho concreto, como es el que es objeto de este motivo de recurso, que, en principio serían subsumibles en el antiguo nº 4º del art. 302, los absorbería, siendo aquél de aplicación preferente por su especialidad y homogeneidad y referirse a hecho que son idénticos y atentan al mismo bien jurídico. Señala la naturaleza documental, a la luz de la definición auténtica del art. 26 del CP de 1.995 y de la doctrina jurisprudencial producida bajo el código derogado, que es propia tanto de las cuentas anuales como de los balances que se tachan de falsos.

Sostiene que el nº 1º del art. 390.1 al referirse a “alterar” un documento en uno de sus elementos o requisitos esenciales, no se circunscribe solo a la mutación material de documentos preexistentes o ya producidos, sino también a la alteración ideológica de un elemento esencial del documento que se está emitiendo. Esta postura queda esclarecida con sólo plantearnos el supuesto de la modificación de la fecha, cuando esta es significativa para los efectos jurídicos del documento.

Estima que la cuenta de resultados, es un elemento esencial del documento mercantil, en que se recoge por la obligatoriedad jurídica de su inclusión, como uno de sus componentes necesarios. Las cuentas anuales forman una unidad pero están integradas por una serie de documentos parciales. Asimismo las cuentas anuales tienen como finalidad, el reflejar la imagen fiel de la entidad mercantil y por esa razón el art. 34.2 del C de Comercio impone, no sólo que las cuentas anuales se redacten con claridad, sino que muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales, lo que repite el art. 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3.- Sostiene que el legislador de 1.995 ha singularizado, respecto a los documentos mercantiles, ciertas falsedades ideológicas, que reúnen un contenido de lesividad típica, por representar una quiebra del deber de veracidad del emisor de los documentos y afectar al desarrollo de la actividad económica y la confianza que en el seno social, las personas tienen en la veracidad y certeza de aquellas declaraciones documentadas que se efectúan, precisamente para que lleguen al conocimiento de esos terceros. La Sentencia del TS de 30 de Septiembre de 1.997, cita como supuestos en que la falsedad ideológica se tipifica expresamente, “en determinados documentos mercantiles”, los arts. 261, 290 y 310.

En su opinión, se trata de conductas que eran punibles en la legislación derogada y continúan siendo punibles en la nueva legalidad, por lo que en ningún momento dejaron de ser ilícitas.

Por último pone de relieve que el principio de legalidad, obliga al juzgador a aplicar el precepto que acoja más fielmente el castigo de un hecho ilícito penal, aunque no sea el mismo que fue invocado por la acusación, siempre que entre uno y otro supuesto típico, exista homogeneidad y no se produzca una agravación en la pena, por lo que no se vulnera el principio acusatorio, ni se produce indefensión.

4.- La sentencia recurrida, considera que la falsedad ideológica del particular, no era punible antes ni después de la reforma penal de 1.995 y que el delito societario del artículo 290 del nuevo Código no tiene naturaleza falsaria y, en todo caso, es posterior a los hechos enjuiciados.

Afirma que la mentira documentada, sólo es típica si el documento se ve afectado en alguna de sus funciones esenciales, en concreto la función de servir como medio de prueba. Añade más adelante y declara, que lo relevante es si la conducta inveraz determina que se altere su función probatoria, porque la falsedad ideológica va indisolublemente unida a esa concreta eficacia que el ordenamiento atribuye a los documentos. La función probatoria del documento, de acuerdo con la mejor doctrina, debe concebirse como capacidad del documento, para ser utilizado como prueba en un eventual procedimiento judicial. En su opinión, el documento contable no prueba la situación económica de la empresa, que deberá acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sino sólo prueba que el empresario, ha emitido una declaración sobre la situación de la sociedad bajo el deber de veracidad.

Termina su razonamiento, sentando que, el actual artículo 290 del Código Penal, no protege la fe pública asociada a las funciones de un documento, sino que, como delito societario, tutela que la información societaria sea lo más correcta posible para garantizar los derechos de la propia sociedad, de los socios o de terceros (entidades de crédito, inversores), que operan en el sector económico amparados en la confianza que resulta de las cuentas de una empresa. Desde este punto de vista, es indiferente que los libros de comercio hagan o no fe de su contenido, porque como delito societario, no como delito de falsedad documental, es indiferente que el comportamiento afecte o no a la función probatoria del documento.

5.- No podemos compartir las tesis expuestas por la sentencia recurrida, en orden a la inexistencia de una falsedad en documento mercantil, ni a la naturaleza del falseamiento de las cuentas anuales y otros documentos societarios.

En primer lugar hemos de sentar que, siguiendo la jurisprudencia tradicional de esta Sala, los balances y otros documentos que reflejan la situación de una empresa, cualquiera que sea su entidad y complejidad, son verdaderos documentos mercantiles, que no sólo sirven para dar cuenta de la marcha de la empresa, sino que tienen una incuestionable vocación probatoria si la entidad en cuestión se ve abocada, por ejemplo, a un expediente administrativo o un litigio contencioso, en el que se discutan el pago a tributos a la Hacienda Pública, estatal, autonómica y foral.

El propio Código Penal vigente, en el artículo 305, al regular los delitos contra la Hacienda Pública, las califica de verdaderas falsedades al establecer que: “las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales” que se utilicen para cometer los fraudes, quedarán exentos de responsabilidad penal, por razones indudables de política criminal. Ahora bien, el legislador afirma tajantemente que las irregularidades contables son verdaderas y auténticas falsedades.

La misma consideración tenían en el Código de 1.973 (artículo 349). Las alteraciones contables, no sólo introducen elementos documentales falsos en una actividad que debe desarrollarse con arreglo a la ley, sino que inducen a error a los destinatarios de información sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo empresarial.

6.- El interés evidente, de que la actividad mercantil, en todas sus facetas, refleje la realidad de la situación económica de las empresas, es algo más que un mero formalismo. Importantes sectores doctrinales, no han dudado nunca en incluir las falsedades, en el grupo de infracciones contra la comunidad social. El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor, no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba.

Esta valoración cobra una especial singularidad, cuando nos encontramos ante los balances de entidades financieras, cuya repercusión en la

economía nacional, es de tal intensidad que, sus crisis pueden afectar seriamente a la estabilidad económica del sistema.

Por ello, como apunta certeramente la parte recurrente, gran número de disposiciones legales, cuidan especialmente de que estos documentos mercantiles reflejen de manera exacta y fiel la vida económica de la empresa.

El Código de Comercio (artículo 42) y las leyes de Sociedades anónimas (art. 171, 189 y Sección Quinta del capítulo IV de la ley) y de Responsabilidad limitada (art. 84) establecen los criterios de formulación de las cuentas anuales y balances. Su consideración como instrumentos de publicidad frente a terceros, se recoge en el Capítulo III, del Título III del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 329 a 342.

De manera más concreta y específica, se impone la remisión o comunicación de Balances periódicos, que reflejan la situación patrimonial contable de la sociedad a las autoridades monetarias y del mercado de valores (Capítulo III. Sección Segunda de la Circular 4/91 del Banco de España y en especial la norma cuadragésima novena, Orden Ministerial de 18 de enero de 1.991).

Existe una especial preocupación, como ya se ha señalado, porque las cuentas anuales de las empresas, reflejen su imagen fiel, en orden a su situación patrimonial, sus operaciones financieras y los resultados de su actividad empresarial (art. 34.2 del Código de Comercio; art. 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada).

Refuerza esta exigencia, la Ley sobre la Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en cuyo artículo 4.f), se considera infracción muy grave, el hecho de “carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales que le impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad”.

La misma ley, en su art. 4.i), hace referencia a la falta de veracidad en los datos o documentos, que deban remitirse o sean requeridos por la autoridad administrativa y concede una especial importancia, en el artículo 4.j), al incumplimiento del deber de fidelidad informativa debida a los socios, depositantes, prestamistas y al público en general, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante.

Como se ha señalado por un sector de la doctrina, corresponde al derecho penal la protección del tráfico jurídico documentado y de los intereses patrimoniales de las sociedades, los socios y de quienes se relacionan con aquellas. Es necesario además, proteger otros intereses estrechamente relacionados con los anteriores y que afectan al propio sistema financiero y a la estabilidad de las bases de la economía nacional.

Nos encontramos ante incuestionables falsedades documentales, que merecen una especial sanción, bien en el campo genérico de los delitos falsarios o en el más específico de los delitos societarios.

7.- La fidelidad de los balances y cuentas, no sólo es una exigencia legal, sino una obligación profesional de los titulares y responsables de las empresas, que se ve reforzada en los tiempos actuales por la libertad de mercados y por la libre competencia. Tienen por objeto salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los sectores sociales y financieros, interesados en la realidad de la situación económica de las empresas, con las que establecen relaciones comerciales.

Se ha dicho, que una sistemática distorsión de la información, constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Por ello creemos que la intervención del derecho penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que

alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos, dicho afecta a los intereses de la comunidad.

8.- La legislación derogada castigaba, sin ningún género de dudas, la falsedad ideológica en documento mercantil y sobre todo cuando el documento, era elaborado o producido por la persona o entidad, que hacía constar en él o incorporaba a su contenido como ciertos, hechos que no lo son. Las varias sentencias que se citan por la parte recurrente para confirmar esta tesis, ponen de relieve que la alteración de la veracidad o autenticidad del documento, produce la lesión de la confianza pública en su realidad y altera sustancialmente la credibilidad del tráfico mercantil.

9.- Trasladando estas conductas al vigente Código Penal, observamos que el legislador ha querido destipificar algunas actividades falsarias, cometidas por particulares, como las que se derivan de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sin que dicha conducta pueda extenderse a todos los supuestos en los que el mismo sujeto, es a la vez el confeccionador y redactor íntegro del documento.

Ahora bien, esta postura que se refleja en el artículo 392 del Código Penal, no supone una derogación general de la falsedad ideológica, sino que refleja la aceptación de una línea doctrinal y jurisprudencial que, en los supuestos clásicos y genéricos de la falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, manifestando a un tercero encargado de la redacción del documento datos inexactos, propugnaba y propugna reducir el radio de acción de la respuesta penal. Sin embargo se mantiene la punición de aquellos casos en los que la verdad, incide sobre bienes jurídicos transcendentales que el legislador ha querido tutelar de una manera específica.

En el artículo 290 del Código vigente se recoge de manera específica, una modalidad de falsedad incuestionable, que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la

situación jurídica o económica de la sociedad, que es lo que ha sucedido en el caso que estamos examinando.

La protección de los intereses superiores del tráfico económico financiero, ha impulsado al legislador a salvaguardar a la entidad societaria, a los socios o a terceros frente a las maniobras falsarias en la documentación que deba reflejar la situación económica o jurídica de la sociedad, llegando a imponer la pena (uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses) en su mitad superior, si se llegase a causar un perjuicio económico.

Como ya se ha dicho, a lo largo del Código vigente, se mantienen una serie de conductas que se sitúan, en algunos casos, fuera del título de las falsedades y que constituyen verdaderas modalidades falsarias, en que su componente esencial es el de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin el propósito de agotar el tema, dada la extensión del motivo, podemos señalar la referencia que se hace en el artículo 261, al regular las insolvencias punibles, a la presentación a sabiendas de datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente una declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos. Del mismo modo, en el artículo 382, que se incluye dentro de los delitos relativos al mercado y los consumidores, se castiga a los que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas, sobre los productos o servicios que ofrecen en sus campañas de publicidad. Por último, haremos referencia al artículo 326 que, al referirse a los delitos contra los recursos naturales o al medio ambiente, establece, como agravante específica, que permite imponer la pena superior en grado, el falseamiento u ocultación de información, sobre los aspectos ambientales de una instalación o industria. Con ello no agotamos todas las modalidades de falsedad ideológica o mudamiento de la verdad, que se recogen a lo largo del texto del nuevo Código Penal.

10.- No obstante existen dificultades técnicas para admitir, como postula la parte recurrente, la continuidad delictiva, tanto si consideramos aplicable el antiguo Código, como el vigente artículo 290 del Código Penal, ya que la propia decisión de alterar o falsear la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, supone la existencia de un previo plan o diseño de

ejecución que va implícito en la conducta típica. Asimismo la actividad falsaria necesita, indispensablemente, de una pluralidad de hechos que forman parte del fin último de los sujetos activos (administradores de hecho o de derecho) y que, por su necesaria complejidad, exigen una pluralidad de actuaciones que ya están embebidas en el tipo.

La propia parte recurrente ha reconocido y sostiene, que el balance contable constituye, en sí mismo, una unidad que absorbe las variadas alteraciones documentales que es preciso realizar para presentar la situación aparente de una empresa.

En resumen, los hechos, en su identidad sustancial, estaban penados en el antiguo artículo 303 en relación con el artículo 302.4º y 6º del Código Penal, pues se trata de una alteración originada por no reflejar la veracidad de la situación económica de la Empresa. Ahora bien, como ya hemos dicho, nos encontraríamos ante una manipulación falsaria de carácter unitario que, de conformidad con lo establecido en el artículo 303, nos llevaría a una pena básica de prisión menor y multa, cuya individualización se hará al dictar la segunda sentencia.

Asimismo los hechos, estarían también penados en el artículo 390.1º en relación con el 392 del vigente Código Penal como falsedades de particulares, a los que está señalada una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

11.- En una Junta General de esta Sala celebrada el día 26 de Febrero de 1.999, se abordó el alcance de la Reforma del Código Penal de 1.995 en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares. En este punto ya una Sentencia de 13 de Junio de 1.997, en relación con unas facturas falsas, se dijo que además de vulnerar la norma que prohíbe poner en circulación documentos en los que la declaración contenida en ellos no corresponde al que la asume, nos encontramos ante un documento inauténtico. También se afirma la existencia de falsedad cuando en un documento mercantil se atribuye a personas jurídicas o físicas unos datos que

no se corresponden con la realidad, produciendo una falsedad material por simulación, que puede ser subsumida en el artículo 390.1.2° del Código Penal. Asimismo se puede valorar la existencia de una modalidad de alteración en elementos o requisitos esenciales de un documento (art. 390.1.1° CP), cuando se introducen en el mismo datos inexactos.

De todo ello se desprende que la conducta que se refleja en el apartado de Artificios Contables, era delito de falsedad en el Código de 1.973 y lo sigue siendo en el actual.

12.- Ahora bien, no podemos olvidar que, en materia de falsedades contables, el código vigente, en el artículo 290, castiga de manera específica y por tanto preferente, por aplicación del principio de especialidad, el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, contemplando una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, que se impondrán en la mitad superior si se causare un perjuicio económico importante.

De la conjugación de todas estas posibilidades penológicas, se llega a la conclusión de que la disposición más favorable para los acusados, sería la contemplada en los artículos 303 en relación con el 302.4° y 6° del Código Penal de 1.973 que, además era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, por lo que sin perjuicio de las posibilidades que nos proporciona el nuevo Código, debemos atenernos a su contenido.

13.- Ya hemos expuesto la trascendencia y relevancia que para la economía nacional tiene la fiabilidad, veracidad y transparencia del funcionamiento de las sociedades, si bien debemos reconocer que sus repercusiones sobre la vida económica de un país, no son las mismas en una sociedad de pequeño volumen que, en una entidad financiera o industrial de las características o importancia que tiene, la que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

Por ello estimamos y así lo sugerimos, que sería conveniente una modificación del artículo 290 vigente, estableciendo una franja punitiva que partiendo del mínimo actualmente señalado (un año de prisión) pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, con objeto de individualizar, más adecuadamente, la pena y de ajustarse al principio de proporcionalidad, en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional.

La necesidad de contemplar las múltiples variantes, está reconocida de manera indirecta, en el artículo 296 del actual Código. Al referirse a la persecución de esta clase de delitos, establece, con carácter general, que sólo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Ello implica que nos encontramos ante un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. Esta postura pudiera tener su justificación, en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable, no sea relevante para la economía nacional, sin olvidar que, como señala algún sector de la doctrina, en los supuestos en que no se produzca la persecución, pudiera producirse la situación que, en la doctrina alemana, se conoce como “vuelta a la vida” y que haría entrar en juego a los preceptos genéricos de la falsedad y fundamentalmente al artículo 390.1º del Código Penal en relación con el 392.

De manera expresiva, el propio legislador en el artículo 296.2, elimina el requisito de la denuncia previa, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que evidencia que nos encontramos ante una situación, con perfiles y trascendencia diferente, que debería ser objeto de una punición más elevada que la que se contempla en el actual artículo 290 del Código Penal.

Por último quisiéramos hacer referencia a que, si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en

acontecimientos muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados.

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

DECIMO.- El motivo décimo se formaliza al amparo del número 1º del art. 849 de la LECrim., por no aplicación del art. 14 nº 1 del Código Penal de 1.973, vigente al cometerse los hechos, en relación con los arts. 303 y 302.4º de ese Código y subsidiariamente y de ser más favorables al reo el art. 28 párrafo 1º en relación con el artículo 392.1 o alternativamente el 290 del Código Penal de 1.995.

1.- Afirma que de los hechos que declara probados, resalta claramente el dolo con el que actuaron los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Enrique Lasarte en el momento en que aprobaron y firmaron las cuentas anuales de Banesto en el ejercicio de 1.992, así como Mario Conde y Enrique Lasarte al remitir al banco de España, la Asociación Española de la Banca privada y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los balances periódicos preceptivos de 1.993. De la aprobación, firma y emisión de estos documentos, eran responsables, conforme lo dispuesto en el art. 171.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y sin posibilidad de delegación (art. 141.1 de la Ley de sociedades Anónimas), siendo ese el momento de la consumación de la falsedad.

Invoca la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala que viene manteniendo que el delito de falsedad, no es un delito de “propia mano”, de manera que no se exige para ser considerado autor del mismo, que la persona acusada haya realizado materialmente la alteración documental, sino que es suficiente que contribuya a la producción del delito promoviendo la emisión final del documento falso, mediante el dominio funcional del hecho.

2.- Como ya hemos expuesto, al resolver análoga cuestión planteada por el Ministerio Fiscal, sobre la autoría y participación en las falsedades contables, del relato de hechos probados, al que debemos ajustarnos en función de la vía casacional elegida que no es otra que la del error de derecho, la determinación de la autoría aparece específicamente fijada en los acusados Mario Conde y Enrique Lasarte.

Remitiéndonos en todo a lo anteriormente, expuesto damos por contestada la cuestión que ahora se nos plantea.

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

UNDECIMO.- El motivo undécimo se ampara en el art. 849.1º de la Lecrim, por inaplicación del art. 104, en relación con el 19, ambos del CP de 1.973, vigente al cometerse los hechos.

1.- Pone de relieve que en sus escritos de acusación provisional y definitiva reclamaba, como reparación de los perjuicios causados a consecuencia de los hechos delictivos narrados en el mismo y muy especialmente en su apartado H) al Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios “FGD”, en los importes que en el apartado I) del citado escrito se detallaban en su cuantía y modo de originarse, que los acusados, como autores responsables del delito indemnizasen por iguales cuotas y solidariamente en 192.541.352.124 pesetas al citado FGD. De esa suma deberían responder también directamente y en las cuantías que en su escrito se especificaban, los acusados Rafael Pérez Escolar, Fernando Garro Carballo y Jacobo Hachuel Moreno, en cuanto a los perjuicios causados al Banco Español de Crédito, por los delitos en que habían participado o eran autores, cantidades que habían sido asumidas por el FGD restableciendo el equilibrio patrimonial de Banesto, que resultó lesionado por tales perjuicios.

2.- Señala la parte recurrente que la sentencia reconoce que el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, tuvo una pérdida de 192.541.352.124 pesetas, como consecuencia de la no recuperación

de los perjuicios causados a Banesto, por la actuación de los acusados. La sentencia no condena a los en ella declarados responsables penales de los delitos objeto de acusación por la parte recurrente, sin que en ningún punto de sus fundamentos jurídicos, se hayan motivado las razones que llevan a la Sala a tal dimisión y denegación implícita del derecho a la indemnización reclamada.

Advierte que nos encontramos ante una incongruencia omisiva, que legitimaría a la parte para interesar su casación formal al amparo del artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero la buena fe procesal aconseja, no provocar una anulación de la sentencia que sólo conduciría a nuevos retrasos en la producción de una resolución definitiva.

Invoca en apoyo de su postura el RD Ley 4/1.980 de 28 de Marzo que en su artículo 12 dispone: que el Fondo “tendrá como objeto garantizar los depósitos en establecimientos bancarios en la forma y cuantía que el gobierno establezca, así como realizar cuantas actuaciones estime necesarias para reforzar la solvencia y funcionamiento de los bancos, en defensa de los intereses de los depositarios y del propio Fondo”.

Recuerda que el Fondo escogió la vía de sanear el Banco, subrogándose en los perjuicios causados a Banesto, al mismo tiempo que se reponía la verdad de la contabilidad, que había sido alterada por los artificios y ocultaciones contables que narra la sentencia.

En su función de saneamiento, consiguió evitar la quiebra del Banco y estableció la veracidad de los resultados contables de la entidad que pasaron así a reflejar la imagen fiel de Banesto.

Sostiene que, no sólo asumió los perjuicios sufridos por los artificios contables, sino también el perjuicio derivado de los delitos singulares que han sido también objeto de acusación y produjeron la condena, declarada en la sentencia, perjuicio cuya indemnización reconoce el fallo de la sentencia a favor de Banesto y no a favor del Fondo de Garantía que repuso al Banco de tales perjuicios.

Estos datos están plenamente acreditados, en su opinión y el propio Tribunal de Cuentas en el “Informe de Fiscalización del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios” publicado en la Resolución de 13 de Abril de 1.999, que fue aportada y que no se recoge en la sentencia, confirma las pérdidas asumidas por la parte recurrente.

Sostiene su condición de tercero agraviado y cita dos sentencias de esta Sala de 5 de Febrero y 10 de Febrero de 1.965 en las que se declara que el derecho a ser indemnizado un Banco, que reintegra a la cuenta del cliente las cantidades que habían sido cargadas a causa de una operación defraudadora.

Por último afirma que, en caso de no reconocerse su condición de tercero perjudicado se originaría un enriquecimiento injusto para Banesto.

3.- La cuestión relativa a la indemnización viene condicionada por la propia postura de la parte recurrente, que vincula sustancialmente su petición a la existencia de delito falsario en lo que denomina los artificios contables, si bien lo extiende a los delitos singulares que han sido objeto de acusación y condena.

Sin perjuicio de las peculiaridades que se han reseñado sobre la naturaleza jurídica de la institución del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, lo cierto es que desde una perspectiva puramente penal y material y manteniendo la exigencia de que debe existir una relación de causalidad entre el hecho punible y el perjuicio ocasionado, lo verdaderamente determinante para atender las pretensiones de la parte recurrente sería establecer una conexión clara, precisa y nítida entre las operaciones que se reseñan en el apartado de los artificios contables y la situación económica, que determina la intervención de la entidad bancaria por el Banco de España, así como su repercusión por vía penal sobre la entidad recurrente.

La lectura de la sentencia, que no se debe olvidar que es el objeto exclusivo de este recurso, pone de relieve que la situación económica de la entidad bancaria, viene originada, no exclusivamente por los denominados artificios contables, sino por la serie de operaciones que se recogen en otros apartados y que constituyen delitos de apropiación indebida o de estafa.

4.- La condición de tercero perjudicado no puede predicarse extensivamente, a cualquier persona o entidad, que de manera más o menos indirecta, haya sido afectada por el hecho delictivo.

Como ha señalado la doctrina de esta Sala, entre otras la sentencia de 13 de Febrero de 1.991, terceros sólo son los que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo, y no los titulares de la acción de repetición, ni los que están enlazados con relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible, y que, en realidad, no devienen de él sino de la sentencia condenatoria.

En el caso presente estimamos que la posición del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, pudiera ser equiparada, con todos los matices diferenciales necesarios, a una compañía aseguradora, que no tiene la condición de tercero perjudicado, pero que sí ostenta la facultad de repetir para recuperar, si lo estima oportuno, aquellas cantidades que ha tenido que desembolsar como consecuencia de la crisis de la entidad financiera Banesto, en la que indudablemente han influido los hechos delictivos que han sido objeto de persecución en la presente causa, en confluencia con otras circunstancias cuya naturaleza delictiva no está determinada, y que aparecen reflejadas en el apartado que se conoce como Artificios Contables.

La misma parte recurrente, reconoce que su personación en las presentes actuaciones, se hizo a instancia de la Comisión de Investigación creada en el Congreso de los Diputados. Si ponemos en relación este dato con la naturaleza jurídica del Fondo, podemos afirmar que no puede ser indemnizado como tercero perjudicado, sino que debe buscar las posibles compensaciones fuera del marco del proceso penal.

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

DUODECIMO.- El motivo duodécimo se formaliza al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción por su falta de aplicación del art. 76 de la Ley 50/1.980 de 8 de octubre de contrato de seguro, en relación con el art. 104 del CP de 1.973.

1.- Señala que el art. 76 de la Ley 50/80 del contrato de seguros, en los contratos de seguro de responsabilidad civil, concede al perjudicado acción directa contra el asegurador, para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño o perjuicio causado por el asegurado, acción que cubre las indemnizaciones por la conducta dolosa de dicho asegurado, sin perjuicio del derecho del asegurador de repetir contra aquél. Esa acción directa es, por imperativo del propio art. 76 citado, inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. Tampoco pueden afectar a un tercero, ajeno al contrato de seguro, las condiciones limitativas pactadas entre las partes y que vengán a privarle de un derecho que le ha sido concedido por la ley o a limitar el contenido o ejercicio, pues los contratos, por imperativo del art. 1.275 del Civil sólo producen efectos entre las partes y no pueden establecer cláusulas que perjudiquen los derechos de terceros, en especial las que contengan la exclusión voluntaria de la ley aplicable (art. 6.2 del C Civil). Por ello la naturaleza dada a un contrato de responsabilidad civil de “pólizas de grandes riesgos” por el acuerdo de las partes y que las autoriza a separarse en sus relaciones de lo establecido imperativamente en la ley, no permite considerar suprimidos los derechos de los terceros perjudicados, ajenos al contrato, derechos que tengan su fuente en una ley, que de forma expresa los reconozca, como ocurre con el citado artículo 76.

Estima por ello que los fundamentos de la exclusión de la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora AGF-La Unión y el Fénix, vulnera los preceptos citados y debe casarse la sentencia declarando, su responsabilidad directa en virtud de la acción ejercitada contra ella por esta

parte, dentro de los límites del importe del capital asegurado, conforme a la petición de nuestro escrito de acusación.

2.- Exige la responsabilidad directa de la Unión y el Fénix por las consecuencias derivadas de los artificios contables. La sentencia recurrida pone de relieve al contestar a esta pretensión, que las acusaciones han establecido, de forma imprecisa, en cuanto a su alcance, la responsabilidad civil de la compañía AGF Unión y el Fénix S.A. En unos casos se pide la cobertura de la responsabilidad civil solamente para alguno de los hechos imputados y en otros, como en la acusación del Fondo de Garantía de Depósitos, se hace extensiva esa responsabilidad a todos los delitos que han sido objeto de enjuiciamiento.

La póliza suscrita por la Unión y el Fénix, obra como se dice en la sentencia a los folios 16.428 y ss del Tomo 52 de la Pieza principal y en ella se incorpora un contrato de seguro de los denominados de “grandes riesgos”, cubriendo la responsabilidad de los Consejeros o altos cargos asimilados y concretamente la de Mario Conde, Arturo Romaní, Rafael Pérez Escolar, Enrique Lasarte, Fernando Garro, Ramiro Núñez y Juan Belloso.

Conviene, antes de entrar en otras valoraciones, recordar el contenido de dicha Póliza ya que, aparte de su consideración como de “Gran riesgo” (folio 16.431) y la delimitación temporal de la cobertura, en base a la cláusula “Claims made basis”; en el apartado 2º relativo a las definiciones, se excluye de manera expresa a la Corporación Industrial y Financiera Banesto y la Unión y el Fénix Español S.A, y a sus respectivas sociedades filiales, señalando que la presente póliza cubre solamente a aquellas personas jurídicas que formen parte de la definición de “la compañía”, es decir, Banco Español de Crédito S.A, Fundación Cultural Banesto y la Asociación Deportiva Banesto. Se considera como siniestro, todo acto erróneo del que pueda resultar legalmente responsable el asegurado y que se derive necesariamente del riesgo concreto objeto del seguro, excluyéndose expresamente del seguro las reclamaciones surgidas como consecuencia de actos delictivos que sean fraudulentos o dolosos por parte del asegurado.

Por otro lado, la cobertura de la póliza, según se desprende del apartado 8, se encuentra delimitada temporalmente, comprendiendo “hechos o actuaciones realizados antes o durante la vigencia de la póliza, siempre que el asegurado no tuviera conocimiento, con anterioridad al 11 de Febrero de 1.991, de cualquier incidencia o circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación”. En virtud de esta cláusula, la sentencia declara excluidos los hechos relativos a la Operación Cementeras, la de Carburos Metálicos y la Operación Locales Comerciales por haber sido realizadas en un momento anterior al periodo de cobertura. Se basa para ello en el principio de libertad de pacto, previsto en el artículo 1255 del Código Civil.

La sentencia señala que, sólo los hechos relativos al Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, tuvieron lugar dentro del período de cobertura de la póliza, pero en estos casos sostiene que, según las cláusulas, el asegurador excluye de su cobertura las reclamaciones causadas por el hecho de que el asegurado haya obtenido un beneficio o remuneración al cual no tenía derecho, aprovechándose de su cargo, aunque no haya incurrido en ninguna acción delictiva o surgida de actos delictivos que sean fraudulentos o dolosos por parte del asegurado.

Por último proclama que, tratándose de un contrato de grandes riesgos, el artículo 44 de la Ley 50/88, tras la modificación operada por Ley 21/1990 de 19 de Diciembre, posteriormente modificada por la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, declara no imperativas las disposiciones de la ley del contrato de seguro, remitiéndose a la voluntad contractual de las partes, dada la circunstancia de que el perjudicado es Banesto que fue el tomador del seguro, por lo que las excepciones oponibles fueron expresamente pactadas con su intervención. Por otro lado señala que no consta que se notificase al asegurador, la reclamación dentro del período de vigencia de la póliza, por lo que éste puede oponer las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura aceptadas especialmente por Banesto.

3.- Como hemos visto las referencias que la sentencia hace a la responsabilidad de la compañía aseguradora AGF La Unión y el Fénix, se contienen en el contexto de la póliza suscrita entre la entidad Banesto y la Compañía Aseguradora.

Consideramos que no es aplicable al caso, la reciente jurisprudencia de esta Sala, que pudiéramos concentrar en la Sentencia de 8 de Abril de 2002, sobre la responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros, por los daños causados dolosamente con un vehículo robado, sean extensibles a otros casos de responsabilidad criminal dolosa. En apoyo de esta tesis podemos aportar el Acuerdo de la Junta General celebrada el 14 de diciembre de 1.994 y otro posterior de 6 de Marzo de 1.997, en el que se pone de relieve que si bien el dolo del asegurado no debe exonerar de responsabilidad directa al asegurador, esto se limita a los supuestos de hechos referentes a hechos relacionados con el ramo del automóvil y ocasionados con motivo de la circulación.

Cualquiera que sean las consideraciones que podamos hacer en torno a la naturaleza específica de esta póliza denominada de alto riesgo y al contenido del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguros, lo cierto es que no puede incluirse válidamente en la cobertura de la responsabilidad civil la ocasionada por hechos delictivos fraudulentos o dolosos, aunque hayan sido aceptadas por el asegurador, ya que es un principio general no discutido el de la no asegurabilidad del dolo criminal, pues sería contrario a la moralidad y la ética, que la gente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le puedan derivar de sus propios comportamientos delictivos.

En todo caso, como señala el Ministerio Fiscal, el seguro cuya vigencia regía en los llamados artificios contables, entre Banesto como tomador del seguro y la entidad AGF La Unión y el Fénix, es un seguro de responsabilidad civil no creado por obligación legal, como sucede en el seguro obligatorio del automóvil, sino por voluntad de los contratantes y para asumir grandes riesgos. Siguiendo con los argumentos del Ministerio Fiscal, el hecho concreto de los artificios contables no está cubierto por el seguro establecido,

excluyendo a la compañía aseguradora de la obligación de pago en base a la carencia objetiva de cobertura, lo que equivale a lo que algunos llaman “inexistencia del seguro”. No solo estamos ante una delimitación de derechos, como indica la sentencia de esta Sala 14 de Noviembre de 1.998, sino que al mismo tiempo estamos ante una limitación de derechos y que, consecuentemente, debe regir respecto de las mismas el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Por último y volviendo al principio, no podemos olvidar que en el motivo que estamos examinando nos encontramos ante una petición, de una entidad o institución pública, que tiene como misión acudir en auxilio de las entidades bancarias que se encuentran en una difícil situación económica, con independencia de cual haya sido el origen de la misma, por lo que no puede ser equiparada a una víctima o perjudicado por un hecho delictivo doloso, sin perjuicio de su posible acción de repetición por los desembolsos efectuados.

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

B) RECURSO DE FRANCISCO CARDIN GONZALEZ, MARIA JOSEFA CARDIN GONZALEZ, MARIA COVADONGA MATA CARDIN Y AMALIA CUBILLO DE CARLOS. Acusaciones Particulares, accionistas de Banesto. Tomo III. Folios 1.174 a 1.208.

CUARTO Y QUINTO.- Examinaremos en primer lugar por razones legales y sistemáticas los mencionados motivos que se plantean por la vía del artículo 851 apartados 1º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.- A pesar de la elección de la vía del quebrantamiento de forma, denuncia la no aplicación del artículo 450 del anterior Código Penal y 284 del vigente, tal como se postulaba en el escrito de conclusiones definitivas.

Centrándose en las exigencias casacionales de los motivos por quebrantamiento de forma, sostiene que existe falta de claridad en los hechos que declarados probados, contradicción entre los mismos, así como

predeterminación del fallo, a la hora de examinar el delito de falsedad y no integrarla dentro del delito de maquinaciones y estafa.

Entienden además que no hubo pronunciamiento, respecto de los delitos de maquinaciones y estafa, por lo que la impugnación de la sentencia se extiende a la vulneración de la tutela judicial efectiva.

2.- El planteamiento de ambos motivos resulta técnicamente inadecuado y argumentalmente incongruente. Si tomamos como punto de referencia, la alegación de defectos formales en la redacción del hecho probado, debemos recordar, una vez más, que la falta de claridad debe justificarse, especificando de forma precisa cuáles son los pasajes concretos y seleccionados que incurren en oscuridad, insuficiencia o ambigüedad. No se puede proponer, la alegación en bloque de la inconcreción de un relato de hechos tan extenso, como el que constituye la base fáctica de la sentencia que ha sido recurrida. La discrepancia con lo afirmado en el apartado fáctico de la sentencia, no es base suficiente para proceder a su modificación.

3.- También se alega la existencia de contradicción entre los hechos probados, sin precisar, de manera clara y concreta cuáles son los aspectos del amplísimo relato de hechos probados, que resultan incompatibles, entre sí, con el consiguiente efecto sobre la coherencia interna del relato. No podemos dar una contestación congruente a la pretensión impugnatoria, porque no nos proporciona las claves necesarias para que podamos establecer términos comparativos, que nos permitan analizar si existe la contradicción apuntada y, por tanto, se debe proceder a la anulación de las expresiones incompatibles con el consiguiente efecto sobre la calificación jurídica de los hechos. No se dan ninguno de los presupuestos que la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo para que se proceda a la anulación de la sentencia.

4.- En esta misma línea, los recurrentes alegan, en el mismo motivo, que se han utilizado conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo. El planteamiento resulta nuevamente incorrecto, porque no se nos dice

cual es la expresión o expresiones concretas en las que radica el vicio formal denunciado.

Parece que todo su esfuerzo impugnativo, se centra en torno al apartado fáctico en el que se relatan las maniobras que han sido denominadas como “artificios contables”.

Las discrepancias se extienden en torno a la calificación jurídica de los hechos y su inclusión o no dentro de determinadas figuras delictivas. La forma correcta de enfrentarse a esta cuestión es la vía del error de derecho, tal como se hace en el motivo primero de este recurso.

5.- Por último acuden a la invocación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, anudándola a la fórmula tradicional de la incongruencia omisiva. Es evidente que la mayor parte de los defectos formales, que tradicionalmente tenían la vía del quebrantamiento de forma, tienen su proyección en principios y garantías constitucionales.

La tutela judicial efectiva, exige que las resoluciones judiciales deben responder a las cuestiones que constituyen el objeto del proceso y del debate interno, que conlleva necesariamente una contienda sometida a la decisión de los órganos jurisdiccionales.

Para satisfacer esta exigencia constitucional no es necesario, cómo se ha dicho por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, que se agoten minuciosamente toda y cada una de las cuestiones jurídicas suscitadas, siendo suficiente con una respuesta congruente, que satisfaga las pretensiones de la parte que las formula.

La sentencia dedica un apartado al tema de la existencia de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, por lo que no puede sostenerse la postura mantenida por los recurrentes.

Por otro lado la resolución judicial, se posiciona sobre los artificios contables, afirmando que se trata de conductas atípicas por lo que de manera clara descarta implícitamente que puedan ser consideradas, como constitutivas de un delito de estafa o de maquinación para alterar el precio de las cosas.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser **desestimados**.

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber infringido el art. 540 del Código Penal de 1.973 o 284 del Código Penal vigente.

1.- Sostiene que alguno de los hechos constituyen un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el que el bien jurídico infringido es el intentar alterar los precios que habrían de resultar de la Ley de concurrencia de los títulos y acciones objeto de contratación. Para este delito es necesario que se realicen otras operaciones, como difundir noticias falsas, empleando la violencia, amenaza o engaño, posiblemente con falsedad para tal engaño, conduciendo a error, por lo que se desprende que es un delito complejo o amplio, compuesto de otros delitos como medios o instrumentos para producir la alteración y por tanto, tiene que servir como criterio para seleccionar los hechos constituyentes del tipo, aunque se penen los distintos delitos (otros tipos) componentes por separado. Estima que los hechos son subsumibles en los artículos citados y debió elegirse dichos artículos, por aplicación del art. 8.3 del Código actual, en el que se indican que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones cometidas en aquél.

Por último señala que, la sentencia condenatoria excluye el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y el de estafa, condenando en parte por otros delitos que no han sido objeto de acusación por la parte recurrente.

El motivo se refiere fundamentalmente a los casos Dorna y Oasis y Artificios Contables.

2.- Los recurrentes pretenden que, alguno de los hechos que se declaran probados y a los que se ha hecho mención en el apartado anterior, son constitutivos de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, previsto en el artículo 540 del Código Penal de 1.973 o en el artículo 284 del Código Penal vigente.

El Código derogado incluía las diversas modalidades de maquinaciones para alterar el precio de las cosas en el Título XIII dentro de la rúbrica general de delitos contra la propiedad. El vigente Código, incluye también esta modalidad delictiva en el Título XIII pero con la extensión de la protección jurídica al patrimonio y al orden socioeconómico, encuadrando el artículo 284 en la sección correspondiente a los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

En la redacción de ambos tipos se observan algunas modificaciones o adiciones. Se mantiene, como denominador común de la actuación delictiva, la difusión de noticias falsas y el empleo de violencia, amenaza o engaño, pero mientras el Código derogado añadía una cláusula analógica de cierre, excesivamente genérica: “usando de cualquier otra maquinación”, el Código vigente, con acertado criterio, la elimina e introduce como forma comisiva, la utilización de información privilegiada.

3.- Ahora bien, el problema doctrinal subyacente es el de la determinación del bien jurídico protegido. Así por algún sector se habla de la protección del “patrimonio personal de los ciudadanos”. También se sitúa la protección sobre los precios que resultarían en un sistema económico de libertad de mercado y de libre competencia.

No faltan referencias a la libertad de contratación y al libre juego de los tráficos económicos.

Posiciones mixtas conjugan la protección del propio patrimonio con valores de más compleja caracterización y de cierta naturaleza comunitaria.

Desde una perspectiva economicista, se habla de la protección de la libre competencia y de la garantía de una concreta política de precios.

La escasísima jurisprudencia sobre esta materia en relación con el anterior Código, hacía una referencia significativa a la distinción entre los precios naturales de los precios artificiales fijados por la Administración. (STS 11 de Noviembre de 1.983).

Actualmente el delito tiene un perfil más amplio y se centra en torno a la protección del mercado y los consumidores como bienes relevantes, que tienen incluso un reflejo constitucional en los artículos 38 y 51. Así se destaca en la Sentencia de esta Sala de 26 de Abril de 1.997.

4.- Las actividades que se describen en relación con los denominados artificios contables o con las operaciones relacionadas con Dorna y Oasis no encajan en las previsiones del tipo de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, ni en su anterior versión ni en la presente.

El tipo objetivo, exige la puesta en marcha de una serie de medios que son en sí mismos delictivos. La violencia o amenaza, tienen una entidad propia, que de ninguna manera aparecen configurados en los hechos que se consideran probados. Pudieran ser detectados la concurrencia de información falsa y el uso de información privilegiada, pero resulta evidente que no se encuentra el dolo directo y específico de forzar al alza o a la baja los precios, ya que la finalidad perseguida por los que aparecen como autores de los hechos por los que han sido acusados, ha sido la de enriquecerse personalmente, por lo que falta uno de los elementos esenciales del tipo.

No se observa la existencia de maniobras especulativas, dirigidas directamente a alterar el precio de las acciones, en consecuencia no cabe hablar de formas de concurso ya que, como se ha dicho, lo únicamente detectado es la existencia de delitos patrimoniales en sus modalidades de apropiación indebida o estafa y también pudiera hablarse, como ya ha quedado expuesto, de falsedades documentales en cuentas y balances.

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

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

Siguiendo con la ordenación sistemática del recurso examinaremos a continuación el motivo segundo en el que, por la vía del error de hecho del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que el juzgador se ha equivocado en la apreciación de la prueba.

1.- El motivo se refiere a la ampliación de capital de 1.993 y a los préstamos a empleados y clientes. Cita como documentos, el folleto informativo para la ampliación del capital aprobada el 22 de Mayo de 1.993.

Asimismo señala:

a) El informe o memoria del Banco de Santander a la Comisión del Mercado de Valores con ocasión de la oferta pública de venta de acciones de Banesto, en la medida que se recoge la existencia de préstamos concedidos por Banesto a empleados influyentes, para la adquisición de acciones del propio Banesto.

b) El informe anual del año 1.992 del Banco Español de Crédito.

c) El informe anual del año 1.993 del Banco Español de Crédito y que consta en los Tomos 102 y 108 de la documental.

d) La sentencia dictada en el mes de noviembre de 1.996, por el Tribunal Federal de 1ª Instancia de Estados Unidos, distrito Sur de Nueva York en el asunto Carlisle Ventures Inc, contra Banco Español de Crédito de Nueva York, aportada con fecha 1 de Diciembre en el juicio y que obra en el expediente.

e) Informe de la visita de Inspección realizada sobre estados financieros en fecha 30 de Junio de 1.993, acompañada al acta de intervención del Banco de España, páginas 37 a 41 relativas a Política Accionarial y Control de Cartera, folios 156 a 160 del Tomo II de la Querella del Fiscal, especialmente los cuadros 13 y 14 sobre manipulación de las propias acciones de Banesto por la propia entidad.

f) Pólizas de crédito personal suscritas por clientes de la entidad, en cuanto fueron suscritas para la adquisición de acciones por el propio Banco.

g) El anexo I del informe facilitado a los principales accionistas y clientes del Banco, incorporado al peritaje emitido por D. Enrique Roldua en el acto del juicio oral, así como el informe presentado por Patrick Maunder en relación con el patrimonio neto positivo.

2.- Como puede observarse por la lectura de los antecedentes fácticos de la sentencia recurrida, muchos de los documentos citados por los recurrentes han sido incorporados al relato de hechos probados, por lo que la discrepancia, parece radicar más en la calificación jurídica de los hechos que en la redacción de los mismos.

Ya se ha dicho que, para que pueda prosperar la pretensión ahora esgrimida, es necesario que los documentos se refieran a aspectos sustanciales de la narración histórica, cuya alteración afecte a la calificación jurídica de los hechos que constituyen la base de la imputación.

Los propios recurrentes, al establecer un apartado previo que denomina como antecedentes de hecho, en los que se incluye el relato de hechos probados, muestra su conformidad con alguno de los apartados que constituyen el relato fáctico de la sentencia, añadiendo algunos comentarios, que, para nada afectan a la veracidad de lo relatado. Así están de acuerdo con lo que se dice sobre la operación de retirada de caja de trescientos millones, Operación Cementeras, Operación Centro Comercial Concha Espina y Artificios Contables.

Al desarrollar el motivo acudiendo a documentos concretos y numerados, mantienen, en lo sustancial, los apartados del relato fáctico, volviendo a insistir que la calificación jurídica adecuada, es la de maquinación para alterar el precio de las cosas o el delito de estafa.

3.- Los documentos uno, tres y cuatro, no sólo no acreditan error fáctico alguno sino que reflejan datos que han sido tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora. El documento nº 3 se refiere a préstamos a empleados y clientes de Banesto para la adquisición de acciones del propio Banesto afirmándose que dichos préstamos han sido concedidos con engaño e incluso a algunos empleados con intimidación, aspecto que en absoluto debe considerarse como probado.

En relación con el documento nº 5 que recoge la sentencia dictada por un Tribunal de los Estados Unidos, aún considerando su veracidad, para nada afecta al contenido sustancial de los apartados fácticos que se citan por los recurrentes.

Los documentos relativos a la inspección realizada por el Banco de España, también han sido recogidos por la sentencia y no se observan errores evidentes e insalvables. Las valoraciones efectuadas por los recurrentes reflejan una postura y un análisis técnico que no puede afectar a los hechos probados.

En consecuencia, los documentos invocados no constituyen una base sólida e incontrovertible para variar la redacción del relato fáctico. Su incidencia no es sustancial para abordar la calificación jurídica de los hechos y así lo reconocen, de forma expresa, los propios recurrentes que, partiendo del respeto íntegro de los hechos mantienen que, sobre esa base fáctica, la verdadera calificación debió ser la de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y estafa.

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

TERCERO.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración de derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la Constitución.

1.- A través de este motivo se pretende impugnar la no resolución de la inclusión del Banco Español de Crédito como responsable civil subsidiario, y la no inclusión en el fallo de la sentencia de la condena o absolución por los delitos de maquinaciones del art. 540 del anterior Código Penal (284 del vigente) y del delito de estafa del art. 528 (248 del vigente), que han sido objeto de pretensión punitiva al haberse solicitado en el escrito de conclusiones definitivas que, el Banco Español de Crédito fuese considerado como responsable civil subsidiario, pero la Sala ignoró esta petición.

Finalmente reconoce que la sentencia, en cierto modo, sí abarca lo relativo al delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y al delito de estafa, pero que no se pronuncian sobre la responsabilidad subsidiaria de Banesto.

2.- La parte recurrente presenta una amalgama de cuestiones casacionales incorrectamente acumuladas. Denuncia, al mismo tiempo, la vulneración del principio de tutela judicial efectiva, una posible incongruencia omisiva, la vulneración de los artículos 247 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la redacción de las sentencias, incluyendo además una posible vulneración del principio de legalidad, art. 9 de la Constitución y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1.950.

Tal forma de proceder hubiera merecido la inadmisión a trámite del motivo, pero no obstante y habiendo superado dicha fase procesal, entraremos en la cuestión sustancial, que no es otra que la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Español de Crédito.

3.- La posición de las partes en el proceso, tiene que estar delimitada con anterioridad al comienzo de las sesiones del juicio oral y sólo

excepcionalmente puede ser alterada, en función de que surjan revelaciones o retractaciones inesperadas que produzcan alteraciones sustanciales en los juicios.

En los casos en que se sigue por el Procedimiento Abreviado, el artículo 790.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impone al Juez de Instrucción resolver sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas por el Ministerio fiscal o por la acusación particular, tanto en relación con el acusado, como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza en los términos del artículo 615 de dicha Ley.

El sistema que establece nuestro modelo procesal, es el de exigir una expresa declaración de responsabilidad civil de terceras personas, en la fase de instrucción, como pone de relieve los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de reproducir la pretensión en el juicio oral. El artículo 793.2 de la Ley Procesal Penal contempla un turno de intervenciones previas, en las que las partes pueden exponer diversas cuestiones, como las relativas a la competencia del órgano judicial, la vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. Sólo por la vía de la tutela judicial efectiva y por supuesto con la suspensión del juicio se podría abrir, excepcionalmente, un incidente sobre adjudicación a alguien la condición de responsable civil subsidiario.

La actuación procesal de la parte recurrente, hace inviable su pretensión, pues no puede olvidarse que en la fase de instrucción ya había formulado una petición respecto a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de Banesto. Tal petición fue desestimada, sin que se realizase actividad procesal alguna para tratar de corregirla.

Llegado el momento de las cuestiones previas ni era el momento adecuado para reproducir la cuestión, por no estar prevista en el art. 793.2 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni consta en el auto dictado por la Sala sentenciadora de 9 de Marzo de 1.998 que se hubiera planteado alguna petición en este sentido. La propia coherencia con sus actos procesales y la imposibilidad de causar indefensión a alguna de la partes intervinientes, hace imposible atender a la petición formulada, sin perjuicio de las razones que se contienen en el apartado siguiente.

4.- Al no haberse estimado el motivo de fondo sobre la existencia del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, la única alternativa que nos queda por examinar es si, a la vista de los hechos probados, el Banco Español de Crédito ostenta la condición de responsable civil subsidiario de los delitos por los que se ha formulado condena, es decir, apropiaciones indebidas y estafas, en relación con diversos acusados.

Los delitos se han cometido contra los intereses económicos y financieros del Banco Español de Crédito, prevaleciendo los acusados de su posición dominante en los órganos de dirección, ocultando las actuaciones al Consejo de Dirección y colocando a la entidad en una situación de crisis, que pudiera ser calificada de quiebra técnica y que obligó a la intervención del Consejo Ejecutivo del Banco de España que acordó la sustitución de todos los miembros del Consejo de Administración y el nombramiento de un equipo gestor provisional. Todo ello obligó también, a una operación de saneamiento del Banco, con objeto de no afectar seriamente al sistema financiero y con la finalidad de salvaguardar, en lo posible, los intereses de los accionistas.

En consecuencia no hubo culpa in vigilando o in eligendo que pudiera ser imputada a los órganos gestores del banco ya que éstos estaban integrados en la misma trama delictiva que lesiona los intereses de la entidad financiera.

Se admitió, en su momento la personación del Banco Español de Crédito como perjudicado y así se le han reconocido sus derechos a ser indemnizado en la parte dispositiva de la sentencia.

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

C) RECURSO DE EDUARDO PEREZ RUBIO, CONCEPCION INSA FUSTER Y MANUEL RABADAN. Accionistas de Banesto. Acusación Particular. Tomo III. Folios 1.227 a 1.246.

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 540 del Código Penal de 1.973 o 284 del Código Penal vigente.

1.- Considera que los hechos declarados probados son subsumibles en el art. 540 actual 284 del Código Penal y que debió elegirse precisamente dicho artículo por ordenarlo así el artículo 8.3 del Código Penal actual, en el que se indica que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las actuaciones cometidas en aquél.

El motivo plantea las mismas cuestiones que las del Recurso de Francisco Cardín González, Tomo III. Folio 1.174 a 1.208.

2.- Damos por reproducido lo contestado al motivo análogo de los anteriores.

Aquí se añade que en el caso Dorna, Banesto hace una inversión en dicha empresa adquiriendo participaciones a sus propietarios. La mitad de esta inversión se realiza pagando a los accionistas de Dorna con acciones de Banesto, procediendo de una disimulada autocartera de 5.400 millones de pesetas. Este dato para nada afecta a la existencia del posible delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, cuya aplicación propugnan los recurrentes.

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

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la LECrim., por estimar que los hechos declarados probados en la sentencia son equivocados.

1.- El motivo es idéntico al formalizado por los recurrentes anteriormente mencionados.

Hace una referencia al Documento 1º Folleto informativo para la ampliación de capital aprobado el 22 de Mayo de 1.993 aportado como documento nº 1 por la parte y solicitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que consta en autos al Tomo XXV folio 7241, en cuanto se pone de relieve una ampliación de capital y en los balances se indican un patrimonio positivo de capital más primas de emisión y reservas.

Se valora la acción contable de Banesto en la cantidad de 2460 pesetas. En el Balance de 31 de diciembre de 1.993 el valor de la acción es negativo. Tan sólo han transcurrido seis meses desde la publicación del folleto.

2.- El motivo es análogo al que plantearon en su momento las acusaciones particulares encabezadas por Francisco Cardín González, por lo que la respuesta debe ser semejante ya que los únicos documentos que se añaden en relación con los anteriormente citados, no entran en contradicción insalvable con el relato de hechos probados, que se refiere fundamentalmente a todo lo que se relata en el apartado que se conoce bajo la denominación de Artificios Contables. Todo lo relativo a desajustes contables, aparece sustancialmente recogido en el relato de hechos y su calificación ya ha sido realizada al contestar a los motivos planteados por el Ministerio Fiscal y el Fondo Nacional de Garantías de Depósitos Bancarios, lo que nos exime de hacer ahora nuevas consideraciones.

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

TERCERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., y art. 24 de la Constitución Española, por vulneración de derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la Constitución.

1.- El motivo es idéntico al formalizado por los recurrentes mencionados.

2.- Plantea la no resolución de la petición de inclusión del Banco Español de Crédito como responsable civil subsidiario y la no condena por maquinaciones para alterar el precio de las cosas y estafa.

Al repetir cuestiones ya contestadas, nos remitimos a lo expuesto con anterioridad para contestar a estas cuestiones.

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

CUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1.- El motivo es idéntico al de los recurrentes anteriormente mencionados.

2.- Nos remitimos a lo contestado con anterioridad sobre este tema.

Los recurrentes afirman en el inicio de su escrito que formulan cinco motivos, pero en realidad sólo se formalizan cuatro.

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

D) RECURSO DE MARIA VICTORIA DE LA MUELA MIALDEA Y PATRICK HENRRY MAUNDER. Accionistas Acusación Particular. Tomo III. Folios 1.260 a 1.300.

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por estimar que la sentencia recurrida infringe por falta de aplicación el artículo 24.1 de la Constitución Española, causando una evidente indefensión a esta parte.

1.- Señala que solicitó durante la instrucción de la causa la responsabilidad civil del propio Banco Español de Crédito S.A (Banesto),

solicitud reiterada en el trámite del art. 793.2 de la LECrim., y no resuelta ni siquiera en la sentencia, habiéndose producido, de este modo, una actuación arbitraria tanto en la instrucción como en la resolución de las cuestiones previas en el juicio oral y en la propia sentencia, todo lo cual es causa de indefensión para la parte recurrente.

2.- La cuestión es idéntica a la suscitada por la Acusación Particular que encabeza Francisco Cardín en su motivo tercero por lo que damos por reproducida la contestación allí formulada.

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

SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma amparado en el art. 850.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber omitido la citación de Banesto como Responsable Civil Subsidiaria para su comparecencia en el acto del juicio oral.

1.- El motivo es una reproducción por otra vía de la cuestión anteriormente planteada.

2.- Nos remitimos a todo lo expuesto con anterioridad para dar por contestado este motivo.

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

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 540 del anterior Código Penal y art. 284 del nuevo Código Penal, en relación con los artículos 15 bis del anterior Código Penal y 31 del nuevo Código Penal.

1.- El motivo reproduce una cuestión anteriormente planteada, en torno a la inaplicación del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y considera que todos, sus elementos constitutivos, aparecen reflejados en la declaración de hechos probados.

2.- Como en motivos anteriores de análogo contenido, la impugnación se centra en invocar que, los llamados artificios contables, constituyen un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, por lo que considera irracionales los juicios de valor efectuados por el órgano juzgador.

Sin perjuicio de la contestación dada a la pretensión del Ministerio Fiscal y del Fondo Nacional de Garantía de Depósitos Bancarios sobre naturaleza jurídica de los hechos que se recogen en el apartado IX bajo la rúbrica de Artificios Contables, debemos insistir en que no existe base fáctica ninguna ni elementos documentales probatorios, que pongan de relieve la existencia de maniobras específicamente especulativas y destinadas a alterar el precio de las cosas.

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

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Cita como documentos los que han sido invocados por los otros accionistas recurrentes.

De manera más concreta alude al que contiene la “presentación a Patrick Mander facilitado al actor el 15-1-93, incluido en el peritaje de Enrique Roldua, anexo I, que según su tesis destaca el incremento de los beneficios de la entidad, así como el importante volumen de los recursos propio de Banesto que se estima un 16% superior al exigido por el Banco Internacional de Pagos de Basilea, tal y como se recoge en la página 50 de la memoria o informe anual de 1.992.

2.- Desde la perspectiva de la existencia ya declarada de falsedades contables, los documentos invocados no añaden ningún dato relevante que

puede influir en la calificación jurídica de los hechos ya que el informe pericial citado no puede tomarse como base para la construcción de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

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

QUINTO.- Al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que existe error de hecho derivado de documentos que obran en las actuaciones.

1.- Señalan que existen documentos que acreditan que los acusados intervinieron en la desfiguración de la situación económica de Banesto y centra la acusación en Mario Conde y Arturo Romaní, el primero como Presidente de Banesto y Banesto Corporación y el segundo Consejero Ejecutivo para el área Industrial y de Empresas participadas, Consejero Delegado de la Corporación y posterior Presidente de la misma.

Citan la Carta del Presidente, Tomo 102 y 108 documental pág 7 a 10, en la que se destaca la existencia de un importante nivel de beneficios en el banco, del que dice estar perfectamente preparado para afrontar el futuro, aprovechando la ocasión para resaltar la ampliación de capital que iba a tener lugar por importe de 130.000.000.000 de pesetas. Dichos documentos están incluidos en el informe anual del año 1.992.

Posteriormente se remite a la resolución de fecha 28 de Diciembre de 1.993 del Consejo Ejecutivo del Banco de España, por medio de la cual se procedió a la sustitución del Consejo de Administración de Banesto y en la que se hace referencia a un agujero patrimonial de 503.000.000.000 de pesetas, lo que acredita que la situación del banco era conocida por los Administradores del mismo y que por lo tanto fue imputada dolosamente a los inversionistas.

Finalmente acude a manifestaciones de testigos que comparecieron en el acto del juicio oral y cuyo contenido, como es evidente no constituye documento a efectos casacionales.

2.- En relación con la pretensión concreta que se produce en el presente motivo, ya hemos declarado con anterioridad que efectivamente el acusado Mario Conde y el Consejero Delegado Enrique Lasarte, son los responsables principales de la desfiguración de la situación económica de Banesto, pero ello constituye exclusivamente un delito de falsedad documental contable, sin que existan elementos de hecho que acrediten suficientemente la existencia de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

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

E) RECURSO DE LA ASOCIACION PARA LA DEFENSA DEL ACCIONISTA, CREACIONES BERBEGAL S.A Y UNA SERIE DE ACCIONISTAS. Acusación Particular. Tomo IV. Folios 1373 a 1.413.

*** El recurso es idéntico al formulado por Eduardo Pérez Rubio y otros que figura al Tomo III, folios 1.227 a 1.246, por lo que damos por reproducidas las contestaciones a las cuestiones planteadas.**

F) RECURSO DEL BANCO ESPAÑOL DE CREDITO.

*** Acusación Particular. Tomo III. Folios 1.301 a 1.324.**

PRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido el art. 69 bis del Código Penal de 1.973 (artículo 74 del Código Penal de 1.995) por su no aplicación al no apreciar la continuidad delictiva en la denominada Operación de Retirada de Caja de 300.000.000 de pesetas.

1.- El motivo es repetición de lo suscitado por el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantías de Depósitos y otras acusaciones, por lo que nos remitimos a la contestación dada en los correspondientes apartados.

2.- Se da por reproducida la contestación dada a idéntica cuestión ya abordada.

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

SEGUNDO.- Por infracción de al amparo del n° 1° del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber infringido el art. 113 del Código Penal de 1.973 (y en su caso el art. 114 del Código vigente), al aplicarlo incorrectamente en la Operación Retirada de Caja de 300.000.000 de pesetas.

1.- El motivo se plantea, aún para el supuesto de que no se estime la existencia del delito continuado y pone de manifiesto que, según consta en la propia querrela del Ministerio Fiscal, con fecha 10 de Enero de 1.994 se incoan en la Fiscalía General del Estado diligencias de investigación en función de la denuncia presentada por la Federación Estatal de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras, por lo que, en su opinión, todavía no había transcurrido el plazo de 5 años, señalado por la sentencia, ya que el cómputo para la prescripción comienza a correr el 6 de Abril de 1.989.

Entiende que no puede considerarse un acto de mero trámite la presentación de una querrela por el Ministerio Fiscal, e incluso llega a sostener que la denuncia presentada por la Federación de Banca y Ahorro de Comisiones Obreras ante la Fiscalía General del Estado, ya interrumpía la prescripción y ello porque el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye a dicho Ministerio Público el carácter de autoridad.

2.- Se da por reproducida la contestación formulada a las mismas cuestiones planteadas por el Ministerio Fiscal y otras acusaciones.

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

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del nº 1º del art. 849 de la LECrim., por haberse infringido el art. 114 del Código Penal de 1.973 en relación con el 113 del propio texto, referente a la participación de Jacks Hachuel en la operación denominada Carbueros que considera prescrita.

1.- El motivo coincide con idéntica cuestión planteada por el Ministerio Fiscal, el Fondo de Garantía y otras acusaciones. Cita la sentencia de 26 de Julio de 1.999 en la que se señala que recogiendo la doctrina de la Sentencia de esta Sala de 25 de enero de 1.994, aunque no haya existido una resolución judicial que recogiendo algún dato incriminatorio, cite como imputada a una persona (o acuerde las diligencias necesarias para su plena identificación), ha de entenderse que el procedimiento ya se está dirigiendo contra el culpable. Como ocurre también cuando un imputado o testigo, en su declaración implica a otra persona, que para nada figuraba antes en las actuaciones, poniendo en conocimiento del juzgador un determinado comportamiento punible, pues desde ese momento en que el dato incriminador se introduce en el procedimiento penal, sin necesidad de ulterior resolución judicial, ya queda interrumpida la prescripción.

2.- Se reproduce la respuesta dada anteriormente a esta cuestión.

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

V. RECURSO DE LOS CONDENADOS.

A) RECURSO DEL ACUSADO MARIO CONDE CONDE.

SEGUNDO.- El motivo primero ya ha sido tratado como cuestión previa, y el segundo, se formaliza al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ., por vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, en razón de la falta de imparcialidad de los peritos designados por el Juez, previsto en el art. 24.2 de la Constitución.

1.- En su opinión, la prueba pericial practicada por los Inspectores del Banco de España, durante la instrucción y reproducida en el juicio oral y de la cual ha hecho uso la sentencia, en la fundamentación jurídica condenatoria,

vulnera el derecho fundamental del recurrente a un proceso público con todas las garantías, toda vez que dentro del contenido mínimo del proceso penal, figura la exigencia de que la pericia se realice por expertos imparciales, objetivos e independientes, como garantía ineludible en toda diligencia pericial ordenada por el órgano jurisdiccional.

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

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

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

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

La recusación ya se planteó ante el Juez de Instrucción que la denegó, reiterando esta decisión la Sala, resolviendo un recurso de queja por extemporáneo. Compartimos plenamente la cita que hace la parte recurrente, respecto de que toda persona tiene derecho a recusar a jueces y peritos y que la razón del sistema es muy clara, ya que el perito es un auxiliador del juez. Se debe partir de la imparcialidad y de la objetividad de quienes asesoran a los Tribunales, aunque sus opiniones no vinculen y por ello, cuando en el perito concurre una causa de recusación (parentesco con el querellante o el reo, interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante, amistad interna o enemistad manifiesta), cualquiera de las partes puede advertir esta tacha legal, para mejor preservar la justicia de la decisión judicial. La imparcialidad y la objetividad son denominadores comunes, con las correspondientes matizaciones, de jueces y peritos.

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

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

4.- Dadas las características del caso que nos ocupa, se presenta como perfectamente lógico, que el Juez de Instrucción solicitara del Banco de

España la designación de técnicos especializados, para desentrañar las complejas operaciones que eran objeto de investigación.

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

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

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

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

independientemente de cual pueda ser su efectividad o virtualidad en otros ámbitos ajenos a la causa penal.

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

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

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

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

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

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

El Fondo es una institución creada por Real Decreto Ley 4/1.980 de 28 de Marzo que la atribuye una personalidad jurídica pública, con plena capacidad para el desarrollo de sus fines, en régimen de derecho privado y con sujeción a normas reguladoras de las Entidades Estatales autónomas y de las sociedades estatales.

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

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

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

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

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

TERCERO.- Se formaliza al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración de precepto constitucional al haberse lesionado el contenido esencial del artículo 24.2 de la Constitución por infracción del principio acusatorio.

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

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

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

Estima que esta actuación no tiene cabida en el margen reconocido por el art. 793.7 de la Lecrim., para las conclusiones definitivas. Señala que,

como es sabido, la posibilidad de cambios o modificaciones queda reducida a la tipificación penal de los hechos, a la apreciación de un mayor grado de participación o ejecución o a la concurrencia de circunstancias de agravación de la pena.

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

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

2.- La sentencia recurrida, al abordar las cuestiones previas, trata la alegación formulada por el recurrente, en el sentido de haber sufrido indefensión con ocasión de haberse incorporado a la acusación dentro de la Operación Cementeras, los hechos relativos a las hormigoneras Ariforsa y Prebetong Este, circunstancia que, según expone, fue conocida por el acusado en el trámite de conclusiones definitivas y que, por esa razón no fue planteada antes en el debate preliminar previsto en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

En relación con el contenido de la acusación, es una doctrina reiterada a lo largo de los tiempos, que el auto de procesamiento constituye una resolución motivada y provisional, por la que se declara a una persona concreta

como formalmente imputada, al tiempo que se le comunica la existencia de una determinada imputación fáctica para que pueda defenderse de ella, con plenitud de medios. En definitiva, se trata de una decisión interna o provisional que, de alguna manera, al establecer la legitimidad pasiva de la persona procesada o imputada representa, al ser requisito indispensable y previo de la acusación, una medida protectora del mismo, evitando así que la voluntad de quien acusa sea requisito suficiente para abrir el juicio.

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

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

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

Contra el auto de apertura del juicio oral, no se concede recurso alguno, porque se considera como una mera decisión formal habilitante de celebración del mismo, en cuyas sesiones tendrá lugar el debate sobre el

verdadero objeto del proceso, y que incluso puede ser modificado a tenor del resultado de las pruebas.

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

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

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

Como señala la sentencia recurrida, la operación Cementeras, debe calificarse como un solo hecho, en sentido jurídico-penal, luego las circunstancias relativas a las dos hormigoneras mencionadas, forman parte de la total dinámica comisiva que se imputa a los acusados.

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

CUARTO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución en cuanto que no se le ha reconocido el derecho a un proceso con todas las garantías.

1.- El motivo se refiere a la operación “Centro Comercial Concha Espina” y estima que se ha fundamentado la condena en elementos probatorios inexistentes, ya que no ha existido una prueba válida sobre la que asentar la intervención o utilización, en esta operación, de la sociedad Gestión de Títulos y Estudios S.A., (en adelante GESTIESA).

Señala que la prueba utilizada por el Tribunal para recoger la intervención de la Sociedad GESTIESA es una prueba inexistente. Admite y reconoce que la sociedad GESTIESA ha sido objeto de invocación por el Ministerio Fiscal, cuyos representantes, tanto en su escrito de conclusiones como en el trámite del informe oral, trajeron a colación la intervención de GESTIESA como adquirente del 29% de las cuentas en participación sobre el negocio inmobiliario, vinculado con la esquina del Bernabeu.

Pone de relieve que el Ministerio Fiscal basó su actividad probatoria, sobre un informe remitido al Juzgado de Instrucción nº 3 por la Agencia Tributaria en Junio de 1.998. La incorporación a las actuaciones, siempre a tenor del informe del Ministerio Fiscal, se habría producido a través de la pieza de investigación patrimonial del acusado Arturo Romani, y considera que ese informe de la Agencia Tributaria e incorporado por el Ministerio Fiscal, no es una prueba que pudiera tomar en consideración el Tribunal. En su opinión, los informes de la Agencia Tributaria no constituyen una prueba documental con valor probatorio y no ha sido una prueba practicada

en el juicio oral, ni han sido ratificadas, por no haber comparecido ninguno de los firmantes de dichos informes.

Por todo lo anterior, termina solicitando la declaración de nulidad de la condena por la operación Centro Comercial Concha Espina, toda vez que la misma se fundamentó exclusivamente en informes de la Agencia Tributaria, que no constituyen prueba válida y que al haber sido tomados en consideración por el Tribunal sentenciador provocaron la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

2.- El motivo está formulado de forma incorrecta y ambigua. Su enunciado se centra en la denuncia de la vulneración de derecho a un proceso con todas las garantías, lo que implica una formulación genérica, que después concreta en la inexistencia de elementos probatorios válidos para fundamentar la intervención o utilización en la operación “Centro Comercial Concha Espina” de la Sociedad de Gestión de Títulos y Estudios S.A. (GESTIESA). De esta manera parece que debía orientar el motivo hacia la existencia de un error de hecho, en la apreciación de la prueba o hacia la presunción de inocencia.

Reconoce la existencia de un informe de la Agencia Tributaria, realizado con ocasión de la investigación patrimonial del acusado Arturo Romani, en el que constan detalles y circunstancias que se incorporan al hecho probado, pero sostiene que dicha prueba es nula, lo que lleva aparejada, en su opinión, la nulidad de la condena que se le ha impuesto por la operación antes citada.

3.- El informe de la Agencia Tributaria sobre el patrimonio de Arturo Romani, figura en la pieza separada relativa a este acusado. En la sentencia se dice que, el recurrente Mario Conde y Arturo Romani, utilizando una sociedad denominada Gestión de Títulos y Servicios S.A. (GESTIESA), que con posterioridad se convirtió en Apolo Inversiones y Servicios, adquirieron un 29% de las cuentas en participación, sin que se abonare cantidad alguna por la cesión. Esta sociedad GESTIESA, cedió con posterioridad esa participación del 29% a la Sociedad MONTILSA. Más

adelante se afirma rotundamente en la sentencia que, el recurrente y Arturo Romaní tenían a su disposición los fondos que llegaron a esta sociedad MONTILSA procedentes de la operación del Centro Comercial Concha Espina.

4.- Del examen de las actuaciones no se desprende la existencia de vulneración de precepto constitucional alguno, en cuanto que las afirmaciones fácticas que han quedado transcritas se derivan de una prueba válida, practicada fundamentalmente durante el juicio oral, con las debidas garantías de publicidad, oralidad y contradicción.

Es cierto, y así lo señala el Ministerio Fiscal, que el informe de la Agencia Tributaria utilizado por la acusación pública, no fue objeto de traslado a las partes, pero no puede negarse que fue debatido en el juicio oral y que no constituía un dato que fuera desconocido a la parte recurrente. La cuestión estuvo presente a través del interrogatorio a numerosos testigos, cuyas manifestaciones figuran en los folios del acta del juicio oral, citados por el Ministerio Fiscal y además fue tratado en sus informes por los peritos del ICAC.

Asimismo el tema de GESTIESA fue introducido en el objeto de la causa, a través del escrito de conclusiones provisionales de Arturo Romaní en el que se pone de relieve, todo el proceso seguido desde el momento en que José Contreras Torres, en nombre de la Sociedad mencionada, suscribe un contrato de cuentas en participación con Manuel García Pardo, el día 19 de Julio de 1.989.

5.- Lo verdaderamente esencial a los efectos que pretende el recurrente, es sí las afirmaciones fácticas que se recogen en la sentencia, responden a una prueba válida manejada en el procedimiento, en condiciones que permitieran a la parte afectada su contradicción, o si se trata de pruebas ocultas de las que no ha podido defenderse ocasionándole indefensión. Ya se ha dicho que se realizó prueba sobre estos extremos y que la sentencia recurrida, afirma que el recurrente y Arturo Romaní obtuvieron su ilícito beneficio a costa de la Corporación Banesto, a través de la Sociedad Montilsa que tenían en su esfera de dominio. Así se acredita y motiva en dos apartados

de los folios 199 y ss de la sentencia, en los que va desgranando toda la prueba valorada incluyendo las manifestaciones del propio recurrente. Con objeto de no reiterar argumentos de la sentencia recurrida, damos por reproducido el contenido de los diferentes y abundantes puntos dedicados al análisis de la prueba, lo que permite prescindir del informe de la Agencia Tributaria, impugnado por la parte recurrente.

6.- También se desprende de la sentencia que, en el tramo final ejecutivo del delito de estafa que se le imputa al recurrente, la Sociedad que recibe los ilícitos beneficios no es ya GESTIESA sino MONTILSA, a la que la primera había cedido su titularidad del 29% de las cuentas en participación de la operación relacionada con el Centro Comercial Concha Espina. Con ello se pone también de relieve que, el error que se imputa a la sentencia sobre la suma total de los porcentajes en las cuentas en participación, no existe ya que es un dato evidente e incontrovertible, como ha quedado expuesto, que la Sociedad MONTILSA recibió de GESTIESA el 29% de la cuenta en participación, por lo que esta última desaparece del negocio y es sustituida por la primera, sin que por tanto sea correcto sumar dos veces el porcentaje de las cuentas.

En consecuencia, estimamos que no se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que las afirmaciones fácticas de la sentencia, se han obtenido a través de pruebas válidas, contrastadas y suficientemente conocidas por la parte recurrente por lo que no se le ha causado indefensión.

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