

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

1.- Señala que los hechos se cometieron bajo la vigencia del derogado Código penal de 1.973 que, en su opinión, era más favorable, según se desprende de una sencilla comparación de las penas respectivamente previstas, en los artículos de una parte, 529.7ª, en relación al 528 del CP de 1.973 y, de otra en los arts. 250.6ª y 7ª con relación al art. 248 del actual Código Penal, aun cuando se estime muy cualificada la circunstancia agravante 7ª del artículo 29, con relación al 528 del CP, texto refundido de 1.973, lo que no se cuestiona en el presente motivo. Señala que, en todo caso, si como entiende con buen criterio la sentencia recurrida, no puede aplicarse al supuesto de autos la agravante específica 8ª del artículo 529 del derogado Código Penal texto refundido de 1º.973, es más obvio aún la mayor benignidad de las penas establecidas para el delito de estafa en el código Penal texto refundido de 1.973.

Por ello la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 25, en relación con el art. 9.3 de la Constitución Española, que prohíbe la aplicación retroactiva en perjuicio del reo, de leyes, como las penales, que limitan o restringen derechos fundamentales del individuo.

2.- El motivo se refiere exclusivamente a la operación Centro Comercial Concha Espina, lo que nos obliga a recordar que la sentencia recurrida ha considerado que estos hechos, por su homogeneidad, han sido calificados, conjuntamente con la operación Oil Dor, como un delito continuado de estafa.

Cualquier valoración que pueda hacerse sobre la mayor o menor benignidad del Código derogado de 1.973 sobre el vigente, tiene que partir de la aplicación íntegra de uno u otro texto legal sin que sea posible construir una figura mixta, compuesta por preceptos de uno y otro Código ya que ello entraría en contradicción con la Disposición Transitoria Segunda del Código de

1.995 y así se ha declarado por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en la sentencia de 30 de Octubre de 1.998.

La sentencia recurrida, después de calificar los hechos como constitutivos de un delito de estafa, en el momento de la individualización de la pena, tiene en cuenta que forma parte de una relación de continuidad, cuyo tratamiento penológico debe determinarse conforme al artículo 74.1 del Código Penal, atendiendo a los datos relativos a la gravedad del hecho y culpabilidad de los autores.

3.- Aplicando el Código de 1.973 la pena básica, según el artículo 528, era la de arresto mayor que, en el caso de concurrir una circunstancia muy cualificada del artículo siguiente (art. 527.7ª), nos llevaría a la prisión menor en toda su extensión. La aplicación de la continuidad delictiva que estaba regulada en el antiguo artículo 69 bis, eleva la pena hasta el grado medio de la pena superior, es decir, hasta diez años de prisión mayor.

Si nos trasladamos al Código vigente, el artículo 249 establece una pena básica de seis meses a cuatro años de prisión, que se eleva a una pena de un año a seis años, cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 250, como sucede en el caso presente. Ello nos sitúa en una pena máxima de seis años de prisión, que aplicando el mecanismo penológico del artículo 74.1, por tratarse de un delito continuado, permite individualizar la pena en la cota máxima de seis años, como ha hecho la sentencia recurrida, que impone además una multa de doce meses con una cuota diaria de 50.000 pesetas.

Realizada una comparación entre ambas opciones punitivas y aún teniendo en cuenta la posibilidad de reducir penas por el trabajo con arreglo al antiguo Código, resulta más beneficiosa la aplicación de la legalidad vigente.

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

SEXTO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho a la presunción de inocencia, en relación con la “operación Cementeras”.

1.- Sostiene que, para llegar a una resolución condenatoria, la sentencia lleva a cabo una valoración de la prueba, que comporta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, toda vez que la prueba de cargo tomada en consideración, resultaba manifiestamente insuficiente para desvirtuar aquella presunción, al tiempo que la sentencia no apreció múltiples elementos de prueba de descargo. Realiza un análisis de la prueba y denuncia que, ante la falta de un testimonio directo de quien protagoniza los hechos, la sentencia utiliza, como prueba de cargo, las declaraciones prestadas por distintas personas, que de una forma claramente marginal habían tenido participación en los hechos.

Señala que, más adelante, en un motivo decimocuarto por error de hecho se abordará con más detalle la equivocación sufrida por el juzgador. Si bien anticipándose a esta cuestión señala el documento obrante a los folios 2941 a 2.943 del tomo XI como base acreditativa del error del juzgador.

2.- Por razones sistemáticas y lógicas analizaremos, en este punto, solamente lo alegado en relación con la presunción de inocencia, que afecta exclusivamente al apartado de hechos probados conocidos como “Operación Cementeras”.

De lo enunciado en el apartado anterior, se desprende que la propia parte recurrente reconoce la existencia de prueba pero considera, por su parte, que resultaba manifiestamente insuficiente y que estaba desvirtuada por numerosos elementos de descargo.

Resulta imposible acceder a la petición de la parte recurrente, si se realiza una lectura pormenorizada de la sentencia recurrida. El análisis probatorio resulta abrumador y se concentra, a modo de conclusión, en un apartado 7, en el que se resume el proceso seguido por la Sala sentenciadora,

para llegar a su convicción sobre la intervención culpable de los acusados, entre los que se encuentra el recurrente.

Se han tomado en consideración testimonios válidos, que corroboran la tesis de que las hormigoneras fueron adquiridas para cuadrar o ajustar los valores asignados a las sociedades y para lograr el equilibrio de las contraprestaciones. Además de la prueba testifical, la operación de ajuste resulta asimismo de las conclusiones periciales. La coartada o tesis de la defensa ha sido estimada de gran fragilidad y no se ha logrado una explicación razonable, para justificar que las cantidades que finalmente no fueron a parar a Banesto, se emplearon para el pago de una importante retribución a un tercero. Las sociedades Gay Cordón y Data Transmision System, a través de las cuales se canalizaron los 1.556 millones de pesetas, son sociedades vinculadas al recurrente. Se afirma que el acusado ha utilizado en su propio beneficio los fondos que proceden de la “Operación Cementeras”, en ocasiones en forma de préstamo, en otras mediante la aplicación directa en la adquisición de bienes y no se conoce el destino último de los fondos, si bien está acreditado que no han sido reintegrados a Banesto y no existe prueba de que efectivamente pasasen al patrimonio de un tercero con derecho a comisión.

3.- Damos por reproducido, por su pormenorización y detalles la impugnación de este motivo que realiza el Ministerio Fiscal, acudiendo a testimonios concretos prestados en el momento del juicio oral con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción. En definitiva, ha quedado acreditado que las cantidades manejadas para cuadrar la división efectuada del Grupo Cementero, no llegaron a Banesto ni tuvieron ningún otro destino justificado.

4.- Superada la fase en la que, la voluntad de los jueces era omnímoda para establecer conclusiones condenatorias, carentes de un debido sustento probatorio, la proclamación del principio constitucional de presunción de inocencia, exige una doble tarea, por un lado la utilización exclusiva de pruebas válidamente obtenidas y que no puedan ser expulsadas del proceso por tener un origen viciado de carácter constitucional o legal, y por otro, que su

contenido, ofrezca un perfil inculpatario que permita llegar a una convicción condenatoria. En la depuración del concepto constitucional de pruebas inculpativas, se ha considerado incluso suficiente el testimonio único de la víctima, medida que, en este caso, ha sido abrumadoramente superada por las numerosas pruebas testificales, documentales y periciales que se reseñan a lo largo del análisis probatorio realizado.

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

SEPTIMO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del precepto constitucional en particular el art. 24.2 de la Constitución por lesión del derecho a la presunción de inocencia en relación con la operación “Cementerías” (falta de participación en la operación y en el destino de los fondos).

1.- Señala que la autoría la sitúa la sentencia, en una doble circunstancia fáctica: el uso del poder de administración del recurrente para que cantidades destinadas a Banesto ingresaran a favor de las sociedades ajenas a su grupo y, en segundo lugar, el hecho de que los fondos así obtenidos tuvieran al recurrente como destinatario.

En relación con ambas circunstancias, pone de manifiesto que la sentencia ha llevado a cabo un pronunciamiento condenatorio, sustentado en una falta de elementos probatorios, descartándose en la misma una voluminosa actividad probatoria directa de descargo.

Sostiene que no ha existido, en el juicio oral, prueba suficiente para entender que el recurrente realizara algún acto o diera instrucción en contra del interés de Banesto y en su propio beneficio o de un tercero, abusando de sus facultades de administración.

Realiza un análisis de la prueba e insiste en la conclusión de que el recurrente, nunca ha tenido relación con las sociedades que se dice utilizadas para la distribución de los fondos, ni nunca fue destinatario de dichas partidas.

2.- La sentencia recurrida afirma tajantemente, en el inicio del relato de hechos, dedicado a lo que se denomina “Operación Cementeras”, que todas las operaciones que se describen detalladamente en los apartados siguientes se originaron a partir de la decisión, conjuntamente adoptada por Banesto y por la familia Serratosa, de escindir el mencionado grupo cementero, mediante la división y adjudicación recíproca de las sociedades que lo componían, transmitiendo el Grupo Banesto a la familia Serratosa, las acciones que el primero tenía en la sociedad matriz Valenciana de Cementos, dividiéndose el resto del grupo entre ambos.

Asimismo se sienta como hecho probado, que los acusados Mario Conde y Arturo Romani, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las hormigoneras para hacer llegar, determinados fondos, que de no intervenir los anteriores, en uso de las facultades de administración que tenían encomendadas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito. Dichos fondos llegaron a las sociedades Gay Cordón y Data Transmission System; vinculadas a los anteriores y adquiridas con ese fin.

De forma clara y terminante está afirmada la participación del recurrente en la “Operación Cementeras” y en la apropiación de los fondos obtenidos, que, como se ha dicho con anterioridad, sólo deberían haber ido a parar al Banco Español de Crédito.

3.- La sentencia dedica de forma ordenada y sistemática un apartado expreso a la valoración probatoria efectuada, para llegar a establecer la forma en que se desarrolló la operación entre la familia Serratosa y el Banco Español de Crédito y utiliza, como soportes probatorios, las declaraciones de los acusados, la testifical, la prueba pericial, folios 10.723 y siguientes de los peritos designados por el Banco de España.

En definitiva las tesis de las acusaciones y de las defensas coinciden en que los millones de pesetas de beneficios no llegaron a la entidad

bancaria. La defensa del recurrente sostiene que no era una cantidad que debiera percibir Banesto, sino que los fondos, en los que supuestamente se perjudicó y que motivan la acusación por apropiación indebida o estafa, proceden del patrimonio de la familia Serratosa y que su destinatario era un tercero, como retribución de una comisión por la intervención en la división del Grupo Cementero.

Es incuestionable que si esta versión es la única posible, el recurrente habría quedado al margen de la operación y del aprovechamiento de los fondos.

Sin embargo, la sentencia insiste, basándose en un abundante material probatorio, válidamente obtenido y suficientemente contrastado en el juicio oral, en que las plusvalías generadas por la operación no pasaron a Banesto como le correspondía, sino que una cantidad fue desviada a la Sociedad Gay Cordón, que fue el cauce para que el recurrente y Arturo Romani obtuvieran la disponibilidad de aquellas sumas.

Por si había alguna duda se vuelve a ratificar que la escisión del Grupo Cementeras no benefició a Banesto, por lo que la relación jurídica que surge del acuerdo entre la familia Serratosa y la entidad financiera, debía desembocar, cualquiera que fuesen sus vicisitudes, en una recíproca aportación de contraprestaciones entre ambos protagonistas, sin que pueda justificarse la existencia de terceros beneficiarios.

Con objeto de evitar excesivos alargamientos en la contestación al motivo, nos remitimos y hacemos nuestro el proceso valorativo realizado por la sentencia recurrida.

4.- Como señala el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, ajustándonos a la congruencia exigible en el trámite del recurso de casación, lo determinante del motivo es dar por sentado, sí ha habido actividad probatoria suficiente para acreditar que el recurrente participó en la operación Cementeras y se benefició económicamente de sus resultados.

El hilo conductor que permite establecer estas conclusiones, con pruebas sólidas e incontrovertibles, pasa por sentar las vinculaciones directas del recurrente y de Arturo Romaní con las sociedades que intervienen en el curso de las operaciones (Gay Cordón y Data Transmission System) y que sirvieron para desviar los importantes beneficios económicos generados, gracias a su dominio y dirección de las Sociedades mencionadas.

En relación con la Sociedad Gay Cordón, se puede afirmar que como dice la sentencia recurrida, su estructura de capital se compone de un grupo de sociedades que, aunque sin actividad, pertenecen al recurrente, mas un grupo de sociedades vinculadas a Arturo Romaní y en las que aparece como administradora única, la Secretaria de este último y en la que participan personas de su confianza.

Por lo que se refiere a la Sociedad Data Transmission System, ha quedado acreditado que se trataba de una sociedad controlada en su gestión por Arturo Romaní y que los poderes de administración conferidos eran meramente formales.

La estructura de capital de ambas sociedades directa o indirectamente puede ser asociada al recurrente y a Arturo Romaní. Lo verdaderamente esencial para el proceso penal que busca la verdad material, por encima de cortinas y veladuras que tratan de enmascararla, es el real dominio de la sociedad y de la capacidad de su utilización para la consecución de unos determinados fines, en este caso ilícitos.

5.- La actividad probatoria utilizada para llegar a la conclusión básica que pretende combatir el recurrente, parte de dos documentos de carácter objetivo, que han tenido como base el rastreo de los sucesivos pagos que se describen en el apartado fáctico y el seguimiento del curso de las cantidades entregadas en cada operación. La Sala se apoya y así lo dice en el apartado 6 de la fundamentación jurídica dedicada a este hecho, en el informe realizado por el miembro de la policía judicial nº 13.627 que obra a los folios

9,743 y siguientes del Tomo XXXIII, pieza principal, ratificado posteriormente en el acto del juicio oral (págs. 6472 y ss del acta) en el que compareció en calidad de testigo, pues así se propuso por alguna de las partes.

En los folios 9.743 y ss de las actuaciones figura un informe de la Unidad Central de Policía Judicial sobre las operaciones en el Grupo Cementero y más concretamente en relación con el papel jugado por Data Transmission System S.A y Gay Cordon S.L. Después de hacer un examen metódico y exhaustivo de las cuentas corrientes utilizadas y de los cheques expedidos establece como conclusión final que los fondos recibidos por Data Transmission System S.A y Gay Cordon S.L no han tenido como beneficiario persona física o jurídica de nacionalidad panameña, ni se deduce una intención de poner a disposición de “los panameños” tales fondos.

Como puede verse se trata de una prueba válida, sometida a contraste en el juicio oral y que tiene entidad suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia invocado por el recurrente.

6. Para combatir las alegaciones esgrimidas, creemos que es procedente reproducir los datos que el Ministerio Fiscal recoge en su escrito de impugnación.

Parte de los fondos que se encontraban en la Sociedad Data Transmission System, S.A. (esta sociedad había adquirido el 10 de Mayo de 1.990 de la Sociedad Gay Cordon, las acciones de las otras dos hormigoneras: Hormifasa y Prebetong Aragón, S.A.), los utilizó el Sr. Conde con cargo a la cuenta 99-X de esta entidad (Data), emitiéndose por un importe total de 170 millones, cheques con fechas de: 26-7 y 10-10 de 1.990 y 1-3-91 (40, 60 y 70 millones), el fin fue la financiación de la finca “Los Carrizos”, de su propiedad, y la adquisición de otra finca: “El Cuarto del Rincón”.

Consta a través del mismo medio probatorio, otra remesa de talones (3), por importes de 150, 175 y 205 millones que, según se desprende de los razonamientos lógicos y contundentes del juzgador (F.182 y siguientes de los

fundamentos jurídicos), fueron utilizados por los acusados Conde y Romaní, como pago en dinero “B” de la denominada “Hacienda de los Melonares” propiedad de Sociedades pertenecientes a la familia Quesada. La sentencia señala la falta de verosimilitud de los testigos pertenecientes a la familia Quesada y destaca los datos que corroboran la tesis del negocio simulado.

Se ha podido determinar la existencia de ingresos cuantiosos (455.000.000) procedentes de Gay Cordón y Data Transmisión System, en la cuenta corriente de la Sociedad Apolo Inversiones y Servicios, S.A., esta sociedad tenía su domicilio social como Data y Montilsa, en la C/ Pedro Romero nº 8 de Madrid y era controlada por ambos acusados Romaní y Conde. La justificación de tal ingreso, fue la ampliación de capital de la sociedad que lo recibió y su objeto fue la adquisición de fincas que eran propiedad de D^a M^a Lourdes Arroyo Botana, cónyuge del acusado Mario Conde, situadas en Pollensa (Baleares) que recibió 420.000.000 de pesetas cuyo origen estaba en la Sociedad Data.

A pesar de la venta y el pago, la Sra. Arroyo continuó con el disfrute de la finca.

En suma, hay prueba suficiente para enervar el derecho invocado en cuanto al extremo que contiene el recurso, relativo a la participación del recurrente.

El acusado era Presidente y Administrador de la entidad de la que sustrajo las sumas señaladas, a través de sociedades relacionadas con él y Romaní, desde las que, con nuevas transmisiones del montante de los fondos de referencia, canalizaron el dinero, hasta que en base a simulados préstamos o por compra de bienes, dispusieron de los mencionados fondos aunque no haya sido posible conocer su destino total.

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

OCTAVO.- Aunque los motivos octavo, noveno y décimo hacen referencia a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la ilicitud de la operación denominada “Concha Espina”, la participación del recurrente y su falta de intervención en la disposición de los fondos, los trataremos por separado comenzando por la cuestión inicial.

1.- Sostiene que, de la prueba practicada, se desprende que el recurrente nunca utilizó la sociedad Gestiesa para adquirir parte del negocio del Centro Comercial Concha Espina, a través de cuentas en participación. El motivo reproduce todo lo alegado en el motivo cuarto, en orden a los documentos que se manejaron por la sentencia en lo relativo a la identidad y titularidad de la citada sociedad. De lo que se trata en el presente motivo, es poner de manifiesto que, en contra de lo afirmado por la sentencia, la prueba obrante en las actuaciones evidencia que nunca se produjo tal adquisición.

Insiste de nuevo en que la postura del Tribunal está inspirada en el informe de la Agencia Tributaria, al que ya se ha hecho referencia.

Mezclando de nuevo el concepto de error de hecho con el de presunción de inocencia, cita una factura, la número 01/91 expedida por Montilsa S.L que se encuentra incorporada a las actuaciones al tomo 109-3 de la pieza documental folio 30.577 y además fue objeto de exhibición en el juicio oral con ocasión de la prueba testifical. Transcribe la factura y señala que de su texto se desprende la inexactitud del informe de la Agencia Tributaria y por consiguiente el error de la sentencia.

2.- La cuestión está en estrecha relación con la abordada en el motivo cuarto. Resulta incontrovertible, a la luz de la actividad probatoria válidamente desarrollada, que fue la Sociedad Montilsa la que el recurrente, junto con otro de los acusados, utilizó para materializar el beneficio derivado de la venta a la Corporación Industrial Banesto del 29% de la cuenta en participación que Mario Conde y Arturo Romaní habían adquirido, como ha quedado probado, sin abonar cantidad alguna por dicha adquisición.

Fue la sociedad Montilsa S.L, última cesionaria de las cuentas en participación, la que vendió a Dorna S.A el porcentaje del 29% en el precio de 1.103.218.928 de pesetas, de las que 118.202.029 pesetas correspondían al IVA, consiguiendo un beneficio de 985.016.900 de pesetas en cuanto que habían obtenido gratuitamente la participación en el negocio.

Toda esta operación se realiza ocultando a la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, a la que se convenció para entrar en la “estructura accionarial” del Centro Comercial Concha Espina, silenciando a sus componentes que el acusado tenía intereses directos en la venta.

3.- Todo lo expuesto ha sido acreditado por una abundante actividad probatoria, que no aparece desvirtuada por ninguna otra contraprueba, con entidad suficiente para anular la fuerza incriminatoria de los elementos utilizados por la Sala sentenciadora.

La sentencia sistematiza su análisis probatorio y lo expone con absoluta claridad al sentar, entre otras afirmaciones, que ha quedado plenamente acreditado, por la abundante prueba practicada (documental, prueba testifical y prueba pericial) en la forma en que se irá concretando sobre cada extremo, que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, a través de la sociedad Montilsa que dominaban, adquirieron un porcentaje en las cuentas en participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina, sin contraprestación, es decir, gratuitamente, así como la realización de todas las actividades anteriormente descritas hasta la consumación del beneficio en su propio interés.

La resolución desmenuza, con gran precisión, todos los elementos probatorios que acreditan su dominio sobre la sociedad Montilsa S.L, basándose en la prueba documental a la que hace referencia, en el informe pericial de la policía judicial, en la propia declaración de un testigo y en el reconocimiento del recurrente de haber recibido un préstamo de 140 millones de pesetas procedentes de Montilsa S.L y que fue ingresado, junto con otro, en la cuenta de crédito nº 3000275.1 abierta en el Banco Urquijo a nombre de

Mario Conde. Se declara asimismo de forma tajante, que no se ha acreditado que esa cantidad haya sido devuelta a Montilsa, ni que se hubieren pagado intereses como precio del préstamo.

Toda esta prueba, lícitamente obtenida y de incuestionable condición inculpatoria, pone de relieve que se han respetado los presupuestos básicos que impiden la entrada en juego de los efectos protectores de la presunción de inocencia.

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

NOVENO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24 de la Constitución en lo referente a la presunción de inocencia del recurrente en relación con la operación Centro Comercial Concha Espina (falta de participación).

1.- El motivo se concreta al planteamiento de la vulneración de la presunción de inocencia, en relación con la falta de toda prueba inculpativa del recurrente en cuanto a su participación, en cualquiera de las fases constitutivas de la Operación Concha Espina.

A tal fin señala que, no ha existido otra prueba que la que acredita que el recurrente tenía la condición de Presidente de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto y que participó en la sesión de 26 de Septiembre de 1.991, votando en idéntico sentido al que lo hicieron todos los demás miembros presentes, debiendo recordarse que la autorización para la inversión en el Centro Comercial Concha Espina, fue acordada por unanimidad. Pone énfasis en que ni antes de esa sesión, ni con posterioridad a la misma, el recurrente desplegó actividad alguna referida a esa inversión.

A continuación analiza la prueba que en su opinión acredita lo anteriormente afirmado.

2.- Para sustentar su posición casacional, acude a una serie de

testimonios vertidos durante la celebración del juicio oral y las actas de la Comisión Ejecutiva de fecha 10 de Julio de 1.991 y 26 de Septiembre de 1.991 (Tomo 41 de la prueba documental de la instrucción, pág. 73 a 75 y 91 a 93).

En su opinión no existe un solo elemento probatorio, que permita corroborar la afirmación de la sentencia, en el sentido de que el acusado ocultó su interés en el negocio y que se valió de la colaboración de los titulares de la empresa Dorna S.A.

También acude al testimonio de personas relacionadas con la Sociedad Montilsa que, según su criterio, acreditan que el recurrente no tuvo ninguna relación con dicha entidad, que según afirma, funcionaba con arreglo a las instrucciones que impartía el otro acusado Arturo Romaní, y así lo manifestó éste, en el acto del juicio oral. No obstante admite y reconoce que hubo relación entre la sociedad y el recurrente, a través de un contrato de préstamo de 17 de Marzo de 1.994. Insiste en las manifestaciones de Arturo Romaní en el acta del juicio oral.

Entrando, en el fondo de la calificación jurídica de los hechos, combate la postura de la sentencia recurrida, sobre su participación en los hechos que se le imputan.

Se remite al motivo décimo y cita varias sentencias del Tribunal Constitucional sobre el contenido y alcance de la presunción de inocencia.

3.- Conviene recordar que existe una abundantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, que han puesto reiteradamente de relieve, que toda condena debe de ir precedida siempre de una actividad probatoria, lo que supone que no se puede condenar sin pruebas lícitamente obtenidas y con suficiente entidad incriminatoria, pudiéndose valorar no sólo las pruebas producidas durante las sesiones del juicio oral, sino también las existentes en las actuaciones que hayan sido introducidas, por los diversos medios previstos en la ley, en el debate contradictorio y público del plenario.

4.- La fundamentación jurídica y los razonamientos desplegados por la Sala sentenciadora, para valorar todo el material probatorio disponible, justifica suficientemente la denegación de las pretensiones de la parte recurrente.

En relación con el punto concreto que plantea el presente motivo, que no es otro que la participación del recurrente en el delito de estafa, la sentencia recurrida desgrana de manera metódica, la actividad probatoria que ha utilizado y que se sistematiza fundamentalmente en las páginas 198 y siguientes, que damos por reproducidas.

Como dato complementario, podemos citar las objeciones realizadas por el Ministerio Fiscal para impugnar el motivo, destacando especialmente la existencia de unas relaciones que, pudiéramos denominar preferenciales, del Banesto que presidía y dirigía el acusado, con el Grupo Dorna, integrado por la diversidad de sociedades gestionadas por los hermanos García Pardo, que dio lugar, entre otros, al contrato de Banesto con “Consultores Asociados” (pág. 6566 y siguientes) y al contrato de fiducia, en relación con la tenencia de acciones de determinados medios de comunicación a través de la filial Publicaciones y Proyectos.

Para acreditar la participación del recurrente, se ha contado con la declaración de los Hermanos García Pardo y el Director General de la Corporación, que figuran en el acta del juicio oral.

Se dispuso también del contrato suscrito entre el Real Madrid y una Sociedad de los Hermanos García Pardo (Inmobiliaria Blasco de Garay). A los folios 10.219 y siguientes de la documental, consta el contrato de cuentas en participación entre las sociedades, ambas del Grupo Dorna, Inmobiliaria Blasco de Garay y Dorna S.A.

De nuevo debemos remitirnos a la abundante prueba documental, testifical y pericial, que acreditan el protagonismo del recurrente en la sociedad

Montilsa y la adquisición del porcentaje de cuentas en participación cifrado en un 29%.

5.- El proceso valorativo realizado por el órgano juzgador debe considerarse como racional, lógico y adecuado al contenido de los documentos, testimonios y pericial de que se ha dispuesto. No es necesario que el impacto probatorio sea, en todos los casos, directo y personal, siendo suficiente con su entidad indiciaria, siempre que se reúnan las exigencias jurisprudenciales para su efectividad probatoria y que se dan en el caso presente. Pluralidad de signos indiciarios derivados de prueba directa, enlace lógico y racional entre todos ellos de manera que la conclusión obtenida, sobre la autoría y participación del recurrente, no resulta arbitraria e incompatible radicalmente con el elenco probatorio disponible.

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

DECIMO.- Se formaliza al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por vulneración de precepto constitucional, en particular del art. 24 de la Constitución por lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, en relación con la operación Centro Comercial Concha Espina (falta de intervención en la disposición de los fondos).

1.- Señala que la sentencia impugnada, condena al recurrente como autor de un delito continuado de estafa, para cuya comisión habría sido determinante la utilización de sociedades mercantiles dominadas por él, como sucede en la operación Concha Espina con la intervención de Gestiesa y Montilsa. Sin embargo la prueba practicada revela, en su opinión, que no ha tenido, en momento alguno, ni el dominio fáctico de las citadas sociedades mercantiles, ni de los fondos de los que éstas hubieran dispuesto.

Según su criterio, resulta llamativa la ausencia de elementos probatorios, en lo relativo a la relación del recurrente con las empresas mencionadas, de tal manera que no existiendo una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, el resultado de las pruebas

practicadas confirmaba de manera rotunda la vigencia de ese derecho fundamental. La sentencia ha ignorado esa ingente prueba y con ello ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

Denuncia además la existencia de un error de hecho, que será objeto de un motivo posterior.

2.- En este punto concreto, se trata de demostrar la falta de intervención del recurrente en la disposición de los fondos procedentes de la operación denominada Centro Comercial Concha Espina.

El motivo es una variante específica de los anteriores, con la pretensión concreta de que se declare la inexistencia de dominio fáctico alguno, sobre las sociedades mercantiles que se utilizaron para ingresar los beneficios derivados de la venta de las cuentas en participación y en consecuencia que, tampoco tuvo disposición de los fondos obtenidos.

Debemos insistir en que la sentencia recurrida, ha dispuesto de prueba válidamente obtenida y de contenido incriminatorio, también sobre este punto concreto y que ha consistido fundamentalmente en el informe pericial de la policía judicial, debidamente contrastado y la declaración de la testigo, que figura como administradora única, de alguna de las sociedades que se utilizaron para la disposición de los fondos procedentes de la operación a la que venimos refiriéndonos.

En consecuencia todo el sustento del motivo, que debe circunscribirse exclusivamente a la existencia o inexistencia de actividad probatoria suficiente para superar las barreras protectoras de la presunción de inocencia, se ve desvirtuado por el análisis probatorio realizado por la Sala sentenciadora, por lo que nos remitimos a lo expuesto con anterioridad, para establecer, como conclusión, que tampoco en este caso, se ha vulnerado el principio constitucional de presunción de inocencia.

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

UNDECIMO Y DUODECIMO.- Examinaremos conjuntamente los mencionados motivos que se plantean al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ., por vulneración del precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia en relación con la operación Oil-Dor (falta de participación), y al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ., por vulneración del precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia en relación con la operación Oil-Dor (falta de participación en el destino de los fondos).

1.- Señala que la sentencia vulnera el derecho de la presunción de inocencia al condenarle como autor de un delito continuado de estafa, a pesar de la falta de prueba sobre la participación del recurrente en la operación, que sólo indiciariamente se justifica, sin prestar atención a la abundante prueba directa de descargo.

Da por reproducidos muchos de los argumentos del anterior motivo y reitera, que se han practicado numerosas pruebas directas de descargo, que se contraponen de forma abrumadora, a los someros indicios empleados en la sentencia para alcanzar un fallo condenatorio.

Señala que la sentencia dedica varios párrafos, a expresar el criterio judicial utilizado para atribuir al recurrente el control de las repetidas mercantiles y de los fondos manejados por éstas. Sin embargo, en tales párrafos, se echa en falta un detalle, cuáles han sido los elementos de prueba que han permitido llegar a esa conclusión. Señala que esta ausencia de referencia probatoria, resulta llamativa cuando en relación con esos puntos se han producido una intensa actividad probatoria a lo largo del juicio oral, que ha sido ignorada por la Sala sentenciadora.

2.- Los motivos, como puede verse, invocan la aplicación del efecto exculpatario de la presunción de inocencia, en relación con la participación directa del recurrente en los hechos, que sirven de sustento a la calificación delictiva realizada por la Sala sentenciadora y proclama la ausencia de intervención alguna, en el reparto de los beneficios ilícitos que se derivan de

la operación Oil Dor, que se considera como constitutiva de un delito continuado de estafa, en relación con lo sucedido en el Centro Comercial Concha Espina.

3.- Ajustándonos, una vez más, a los términos estrictos en que debe sustanciarse cualquier debate, sobre la existencia o inexistencia de actividad probatoria que pudiera resultar bastante para sostener una postura inculpativa, frente a la tesis exculpativa del acusado, debemos consignar que, para desmontar la postura de la defensa del recurrente, basta con examinar si la sentencia ha manejado elementos probatorios de cargo.

La propia parte recurrente admite, que el órgano juzgador ha fundamentado su decisión sobre pruebas válidas existentes en las actuaciones, pero considera que debe darse un valor prevalente e indiscutible a las manifestaciones del acusado, frente a las conclusiones obtenidas en la sentencia recurrida.

4.- La Sala sentenciadora ha realizado sus afirmaciones en orden a la participación del recurrente, basándose en una serie de pruebas que ha manejado de forma racional, lógica y alejada de cualquier vestigio de arbitrariedad o irracionalidad.

Nadie ha discutido que, como se afirma en la declaración de hechos probados, la sociedad Oil Dor se constituyó el día 6 de Marzo de 1.991, con un capital social de 10.000.000 de pesetas, que de manera directa o indirecta o a través de otras participaciones, tenían los hermanos García Pardo.

Tampoco se discrepa de la afirmación relativa a las relaciones existentes entre los hermanos García Pardo, el recurrente y otros dos acusados.

Existe constancia de las negociaciones, realizadas en el último trimestre del año 1.991, para la entrada de la Corporación Industrial Banesto en Oil Dor. También se dispone de prueba que acredita que, la valoración dada al negocio de dicha entidad, para concretar la entrada de la Corporación, fue

asumida acríticamente por los acusados, sin tener en cuenta la realidad económica de la empresa, que en lugar de los beneficios gratuitamente calculados, arrojaba unas importantes pérdidas. Sobre esta base, la sentencia establece una conclusión irrefutable y contundente, derivada de estos hechos indiscutiblemente probados, en la que se afirma que resulta irracional que el recurrente y los otros acusados, asumieran la valoración dada a Oil Dor, faltando al deber de diligencia que tenían como administradores de la entidad, que iba a realizar la adquisición de acciones.

5.- También ha quedado acreditado, que tras la aprobación por la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto de la propuesta de invertir en Oil Dor, en la que tuvo una decisiva intervención el recurrente, éste llegó a un acuerdo con los hermanos Pardo para planear una ampliación de capital en el que Conde y Romaní suscriben 3.532 acciones por 33.300.000 a través de la Sociedad Montilsa y más de 100 acciones por 1.000.000 de pesetas a través de Servicios y Recursos (Apolo). Como señala el Ministerio Fiscal, el precio de la acción, hasta que las compró la Corporación Industrial Banesto era de 10.000 pesetas y que si, en ese momento, como parecía adecuado, el recurrente hubiera acordado la entrada de Banesto en Oil Dor, se hubiera adquirido el 50% en sólo 200 millones y no en 6.000.000.000 como resultó.

Es también un hecho incontrovertido que el recurrente ocultó a los demás miembros de la Corporación, que había tomado parte en la ampliación de capital de Oil Dor.

También se relata, con arreglo a una valoración probatoria lógica y racional, que el recurrente se valió de sociedades interpuestas que dominaba, consiguiendo junto con otro acusado, un beneficio personal de 866 millones de pesetas.

6.- Las afirmaciones que hemos venido consignando, se basan en inducciones valorativas ajustadas a las más estrictas reglas del análisis racional y lógico de los elementos probatorios, indiscutiblemente válidos, que ha manejado la Sala sentenciadora, por lo que no podemos, sino compartir las

conclusiones fácticas establecidas sin que las argumentaciones vertidas por la parte recurrente, tengan consistencia suficiente, para anular lo decidido.

Los órganos juzgadores no gozan de una absoluta e incontrolable capacidad valorativa de las pruebas y, al mismo tiempo tienen la obligación de motivar y fundamentar sus conclusiones finales, ajustándose a lo que se deriva de la prueba disponible. En esta ocasión se ha ajustado de forma irreprochable a estos presupuestos y sus afirmaciones finales, sobre la participación del recurrente en la maniobra engañosa y en la disposición de los beneficios ilícitamente obtenidos, están avaladas por la prueba existentes y por las racionales valoraciones realizadas.

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

DECIMOTERCERO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de precepto constitucional en particular del art. 24.2 de la Constitución por la lesión del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, en relación con la operación Oil-Dor (calificación de la operación como de alto riesgo).

1.- Señala que la sentencia lesiona el derecho del recurrente a la presunción de inocencia, al declarar infundadamente que el negocio adquirido por la Corporación Industrial Banesto, veía mermado su valor en razón de su carácter arriesgado. Tal pronunciamiento se lleva a cabo, en su opinión, de forma gratuita, sin justificar en modo alguno el iter lógico seguido para llegar a esa conclusión, despreciando los numerosos elementos probatorios que han acreditado el valor empresarial del negocio.

Discrepa de la evaluación del negocio de Oil-Dor realizada por la Sala sentenciadora, sobre la base de una foto-fija del mismo, influida por la contabilización formulada por los nuevos administradores de Banesto. Hace un análisis de los informes de valoración existente y considera que, sólo tienen virtualidad probatoria aquellos que son favorables a sus pretensiones.

2.- En este punto, la vulneración de la presunción de inocencia se centra exclusivamente en una declaración concreta de la sentencia, que afirma que la operación relativa a Oil Dor, cuyas vicisitudes han quedado transcritas en la resolución recurrida, era de alto riesgo, lo que tiene relevancia sobre la calificación jurídica de los hechos.

Sostiene que no existen elementos probatorios para declarar la operación de Oil Dor de “alto riesgo” y que los documentos que esgrime, deben prevalecer sobre los elementos probatorios utilizados por la Sala sentenciadora.

3.- Los datos fácticos que se incluyen en el apartado correspondiente a esta operación, ponen de relieve, de forma incuestionable, que, dada la realidad negocial y financiera de la entidad Oil Dor y sus perspectivas de futuro, cualquiera que se integrase en su accionariado asumía un alto riesgo.

Existen elementos probatorios sólidos e incontrovertibles para afirmar, como hace la sentencia recurrida, que las valoraciones del negocio realizadas a través de FG Inversiones Bursátiles, se realizaron por encargo de sus principales titulares y con vistas a la entrada de la Corporación Industrial Banesto. Todos los cálculos, excesivamente optimistas, se vinieron abajo y al final del ejercicio de 1.992 se contabilizaron pérdidas de 315 millones de pesetas.

La nueva valoración del negocio realizada por American Appraisal, se basó igualmente en la información de los gestores de Oil Dor, mientras que la realidad era muy diferente. El número de gasolineras que estaban previstas construir era mucho menor al de las proyectadas. Las previsiones de deuda bancaria cero, estaban tan alejadas de la realidad, que no contaban con la existencia de unos riesgos asumidos con los bancos de 4.000 millones de pesetas, de los que correspondían al Grupo Banesto 2.333 millones de pesetas.

En cuanto al cálculo de recursos propios, que habían sido reflejados por American Appraisal en 2.514 millones de pesetas, eran a finales de 1.992, de 36 millones de pesetas. Ello obligó a tener que realizar una ampliación de capital de 7.000 millones de pesetas, de los que la Corporación Industrial suscribió el 83% mientras que los demás accionistas, representantes del 50% de la entidad, sólo desembolsaron el 17% de la ampliación, pese a lo cual al 31 de Diciembre, los recursos propios habían disminuido hasta 5.600 millones de pesetas.

4.- Parece indiscutible que, con estos antecedentes, un mínimo rigor analítico de los datos económicos de que disponía el recurrente, hubiera aconsejado que la entidad que representaban y dirigía, se abstuviese de entrar en el accionariado de una empresa que presentaba un cuadro tan negativo.

Ahora bien, sin entrar a valorar su conducta en este punto concreto, ya que no es objeto del debate, lo que nos corresponde afirmar tajantemente, es que la afirmación fáctica de la sentencia, al calificar la operación de entrada de la Corporación Industrial en el accionariado de Banesto estaba correctamente evaluada como de “alto riesgo”. En todo caso, esta apreciación forma parte de toda una descripción de acontecimientos encadenados que, por sí solos, son suficientes para realizar una adecuada calificación jurídica de los hechos que se imputan al recurrente.

En definitiva ha existido prueba válida y suficiente para incluir, en el hecho probado, el carácter arriesgado de la operación, por lo que no puede prosperar la pretensión esgrimida por la parte recurrente.

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

DECIMOCUARTO.- Por infracción de ley a tenor del art. 849.2º de la LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que se designarán más adelante, en relación con la denominada operación Cementeras (configuración como ajuste de cierre).

1.- Señala que, en las actuaciones existen documentos, que cita expresamente, que ponen de manifiesto el error de la sentencia al afirmar que el presupuesto de la operación Cementeras se basaba en que las sociedades hormigoneras fueran objeto de transmisiones, que permitieran cuadrar las diferencias producidas en los precios de las sociedades Cementeras que se habían repartido Banesto y la familia Serratosa.

En apoyo de su postura cita los folios 2.940 a 2.945 del Tomo XI de la pieza principal, los documentos obrantes al folio 2.971 (balance abreviado del ejercicio 1.990 de Prebetong del Este, en particular en cuanto a la indicación de los resultados del ejercicio de 1.998, con pérdidas por importe de 39.662.137 pesetas y de los resultados del ejercicio de 1.990 con pérdidas por importe de 52.442.245 pesetas), el folio 2.973 (memoria de Prebetong del Este, en particular el apartado 5 en la descripción de los fondos de dicha sociedad), el folio 2.977 (desglose del pasivo del balance de la sociedad Arids Hormigons S.A, en el particular de las pérdidas y ganancias correspondientes al ejercicio 1º.989 por un importe de 41.763.774 pesetas) y los folios 2980-2981 (memoria de Arids Hormigons S.A. en particular el apartado 6 en la descripción de los fondos propios de dicha sociedad).

2.- Los documentos invocados y que hemos reseñado con anterioridad, tienen el carácter de tales a efectos casacionales, por lo que pueden ser válidamente esgrimidos, con la pretensión de acreditar el error que se atribuye al juzgador.

El documento casacional, no sólo debe acreditar de forma indubitada el error del juzgador, sino que debe afectar a aspectos esenciales del relato fáctico, de tal manera que su variación o supresión, lleve aparejado un cambio efectivo en la calificación jurídica realizada por la Sala sentenciadora.

Al mismo tiempo, el documento debe servir para evidenciar el error del juzgador y no aparecer desmentido, matizado o corregido por otras pruebas de carácter contradictorio.

3.- Los documentos en los que se recoge el acuerdo entre las partes intervinientes, en la denominada Operación Cementeras, sólo sirven para acreditar la voluntad de ambos contratantes (familia Serratosa y Banesto), para proceder a la división y compensación entre los Grupos intervinientes, sin que sea prueba indiscutible e indiscutida de los saldos que originaba a favor de la última de las entidades citadas.

Puede admitirse, en función de los documentos citados, que Prebetong Este, en lo que reflejan el balance abreviado del ejercicio de 1.990 y en particular el reflejo de los resultados negativos del ejercicio de 1.989 tenía pérdidas, así como el resultado de las pérdidas y ganancias del balance de Arids Hormigons.

4.- Ahora bien, el núcleo de la cuestión debatida, es si estos documentos sirven para acreditar el error que se atribuye por la parte recurrente al juzgador, al declarar que ambos acusados se apropiaron de una cantidad cifrada en 1.556 millones de pesetas, que pertenecían a Banesto como beneficio de la división del grupo cementero y las operaciones relativas a las hormigoneras.

5.- Si lo que se pretende demostrar es únicamente el punto, por otro lado circunstancial, de que el presupuesto de la operación Cementeras, se basaba en que las sociedades hormigoneras fueran objeto de transmisiones que permitieran cuadrar las deferencias producidas en los precios de las Sociedades Cementeras que se habían repartido Banesto y la familia Serratosa, la Sala acude a varios testimonios que avalan las tesis de las acusaciones, según las cuales, el precio de la operación de recompra debía ingresar en Banesto.

Considera la sentencia, que las tesis de la acusación se encuentran avaladas por varios testimonios que, a juicio de la Sala, son verosímiles y revestidos de la objetividad necesaria para su valoración como prueba. No es tarea de este recurso reproducir su contenido, sino constatar que la valoración es correcta y adecuada.

Además resulta inobjetable, que los valores dados a las sociedades hormigoneras, completan la operación, de tal manera que los netos resultantes se aproximarán a la cantidad de sesenta mil millones de pesetas.

En definitiva y a pesar de las operaciones sucesivas y a la intervención de sociedades intermedias, lo cierto e indiscutible es que la cantidad procedente de la plusvalía de 1.224 millones de pesetas, debían haber sido recibidas por Banesto y no por la sociedad Gay Cordon, que fue el cauce por el que el recurrente y el otro acusado obtuvieron la disponibilidad de las sumas mencionadas.

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

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

1.- De estimarse el precedente motivo decimocuarto desaparecería el presupuesto lógico e imprescindible para la tipificación de los hechos constitutivos de la operación Cementeras, como integrados en el tipo de la Apropiación Indevida.

2.- El motivo, como se desprende de su enunciamiento está enteramente subordinado al resultado del anterior, por lo que mantenida la relación fáctica, la calificación jurídica de los hechos debe permanecer inalterable.

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

DECIMOSEXTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por entender que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en las actuaciones y que se designan más adelante en relación con la denominada operación Cementeras.

1.- Combate la afirmación de la sentencia, en la que se señala que el recurrente habría dispuesto de fondos de la sociedad Data Transmission System, a través de un cheque emitido con fecha 26 de Julio de 1.990 por importe de 40.000.000 de pesetas. El destino de esa cantidad habría sido la adquisición de la finca denominada “El Cuarto del Rincón”. A partir de esa declaración, la sentencia acuerda el comiso de la mencionada finca.

Acude a documentos que han sido designados en el momento oportuno y que demuestran, a su juicio, el error en que incurre la sentencia, al considerar que el 26 de Julio de 1.990 fue cobrado ese cheque para con su importe darle el destino señalado. A esos efectos los documentos determinantes, que acreditan tal error serían los obrantes a los folios 29.555 y 29.556 del tomo 107 de la pieza separada documental de la Instrucción (que recoge la transferencia realizada del 27 de Julio de 1.990 por importe de 80.000.000 de pesetas), el documento obrante en el folio 29.557 en el tomo 107 de la pieza separada documental de la Instrucción (que recoge la presentación al cobro de distintos cheques, en particular la fecha de presentación al cobro del cheque del Banco de Progreso por importe de 40.000.000 de pesetas que tuvo lugar el día 30 de Julio de 1.990).

2.- Con los documentos invocados, se pretende demostrar la existencia de un error en el relato fáctico, al afirmar que se dispuso de los cheques el día 27 de Julio de 1.990, cuando en realidad se presentaron al cobro el siguiente día 30.

A pesar de su postura reconoce que, existe prueba contradictoria que, en nuestra opinión, permite sostener lo declarado en la sentencia. Se dispuso del informe pericial de la policía judicial y además la declaración testifical del Director General de Banesto en Andalucía, en la que manifiesta que el día 27 de Julio de 1.990 recibió una transferencia telefónica desde la oficina principal de Banesto (Castellana 7), por un importe de 80 millones de pesetas, que debía preparar para su disposición en cheques de suma inferior a 500.000 pesetas (pág. 5.540 y siguientes del juicio oral). Estos cheques se

entregaron a Gonzalo del Río que sirvió de contacto, junto con el recurrente, para adquirir la llamada finca del “Cuarto del Rincón”.

De todas formas se ha reiterado por la jurisprudencia de esta Sala, que el error derivado del contenido de documentos contradictorios esgrimidos por la parte recurrente, tiene que ser relevante y esencial para la calificación del hecho jurídico, lo que no sucede en el caso presente.

3.- La sentencia dedica una especial atención a este punto, en el apartado 6 de la valoración de los elementos probatorios de que dispuso, en relación con toda las operaciones complejas que concurrieron en la denominación Operación Cementeras. Se basa para establecer sus conclusiones, en el informe de la Policía Judicial, cuyo miembro con carnet 13.627, compareció en calidad de testigo pues así se propuso por alguna de las partes (El informe obra a los folios 9743 y siguientes del Tomo XXXIII principal, ratificado posteriormente en el acto del Juicio Oral, pág. 6472 y siguientes del acta).

No vamos a reproducir íntegramente el razonamiento valorativo realizado extensamente por la sentencia recurrida, pero llamaremos la atención sobre la existencia de una abundante prueba documental y testifical, que corrobora y reafirma la declaración de hechos probados, frente a las alegaciones de error formuladas por el recurrente.

Se resalta que el informe policial ha realizado un seguimiento de los cheques, a pesar de que aparecían confundidos con otros, con la finalidad de ocultar su procedencia.

También se hace una detallada mención a los documentos acreditativos de que el recurrente y otro acusado, utilizaron cheques, cuyas fechas y cantidades se detallan, procedentes de la cuenta corriente de la Data Transmission System, que se utilizaron para pagar parte del precio convenido con los vendedores por la finca conocida por la Hacienda de los Melonares. Se destaca que, cuando un pago se hace con dinero “B”, que se mueve en la

clandestinidad, no es extraño que las partes puedan simular un negocio jurídico, en este caso un contrato de opción, que dé cobertura meramente formal al pago. Se pone de relieve que la tesis de la simulación contractual recobra fuerza, según el informe de la policía judicial que nos venimos refiriendo.

La Sala duda, en el uso de sus facultades de análisis racional de la prueba, de las versiones de los vendedores sobre la devolución de la cantidad de dinero (530 millones de pesetas) procedentes de la cuenta corriente de Data Transmission System.

Después de ocho páginas de la sentencia, dedicadas al examen exhaustivo de las pruebas disponibles, la afirmación de que el recurrente y el otro acusado se aprovecharon de los fondos que procedían de la operación cementeras, resulta incontrovertible e inatacable.

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

DECIMOSEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., como correlativo del motivo decimosexto denunciando la indebida aplicación del art. 127 del vigente Código Penal.

1.- La argumentación se basa en el error denunciado en el motivo anterior consistente en vincular la adquisición de la finca “El cuarto del Rincón” con fondos procedentes de la sociedad Data Transmision System y obtenidos en virtud de la denominada operación Cementeras. Estima que habiendo quedado acreditado, a través de los documentos indicados en el motivo anterior, que tal conexión no se da, desaparece el presupuesto sobre el que la sentencia acordó el comiso de la mencionada finca.

2.- La cuestión, que aparece estrechamente vinculada con la anterior, se plantea por la vía del error de derecho, por lo que, descartada la modificación del hecho probado en los términos que han sido anteriormente expuestos, permanece intacta e intangible la afirmación fáctica en la que se declara (apartado 9 del relato de la operación Cementeras), que los acusados

Mario Conde y Arturo Romani, se aprovecharon en su propio beneficio de fondos depositados en cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon.

Es necesario respetar íntegramente el hecho probado, por lo que no pueden alterarse las afirmaciones fácticas desarrolladas minuciosamente por la sentencia a lo largo de los números 1 a 7 del apartado 9 referido a la operación denominada Cementeras y que insisten, con profusión de detalles, en que la adquisición de la finca, “El Cuarto del Rincón”, única sobre la que recae el motivo, fue adquirida, con dinero procedente del delito de apropiación indebida, por el que condena la sentencia recurrida.

En los razonamientos jurídicos, se afirma que hay pruebas y así se declara, que las fincas agrupadas bajo la denominación “La Hacienda de los Melonares” y “El Cuarto del Rincón”, son bienes adquiridos con el producto del delito, por lo que procede el comiso.

Sin entrar de momento, en el fondo de la cuestión relativa a las consecuencias accesorias de la pena, que originan la pérdida de los efectos que provengan de los delitos y faltas, así como de las ganancias que hayan podido derivarse de las acciones penalmente ilícitas, cualquiera que hayan sido las transformaciones que hubieren podido experimentar, tenemos que hacer constar que, en relación con los términos estrechos en que se plantea este motivo existen, como ha quedado expuesto, las basas fácticas para acordar esta medida accesoria de la pena.

Se han relatado los elementos fácticos que permiten establecer una relación causal entre el delito calificado y el bien decomisado por lo que, desde la exclusiva perspectiva del error de derecho planteada por la parte recurrente, la decisión adoptada es ajustada a los presupuestos fácticos establecidos.

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

DECIMOCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.2º de la Lecrim., por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que se designarán más adelante, en relación con la denominada operación Centro Comercial Concha Espina.

1.- Combate la afirmación de la sentencia en la que se establece, en relación con la operación Concha Espina, que el recurrente, adquirió en un primer momento, el 29% de las cuentas en participación sobre el citado negocio inmobiliario a través de la sociedad Gestiesa. En el presente motivo se fundamenta en el documento nº 1 de los aportados con escrito de fecha 28 de Noviembre de 1.997 por la representación del acusado Arturo Romaní Biescas, al amparo del artículo 792.1º de la LECrim., consistente en un contrato de compraventa de acciones, de fecha 25 de Octubre de 1.991, entre GV Gestión S.A y Veliades Holding AG.

Señala que la sentencia no ha concretado la fecha de la adquisición inicial que lleva a cabo Gestiesa, ni la de la posterior cesión por ésta a favor de Montilsa y sostiene que obran en la causa, distintos elementos probatorios, que permiten poner en cuestión que tanto una como otra operación realmente sucedieran. Se apoya también en los informes periciales emitidos por los peritos del Banco de España (sin perjuicio de la alegación de nulidad expuesta en el motivo segundo) y por los peritos del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

2.- Como puede comprobarse por la lectura del apartado que antecede, el error de hecho se fundamenta esencialmente en el documento que, como número uno, acompaña al escrito de calificación y que lleva fecha 28 de Noviembre de 1.997. El documento contiene un contrato de compraventa de acciones que se celebra el día 25 de Octubre de 1.991 y por el que la Sociedad GV.GESTION (que había participado en la constitución de la Sociedad Montilsa SL el 31 de octubre de 1.990) vende, en la fecha anteriormente indicada, la totalidad del capital social de Montilsa S.L.

En consecuencia, estima que no puede ser cierta la afirmación fáctica, en la que se da por sentado que el día 5 de Noviembre de 1.991 (una

vez que la Corporación Industrial había ya acordado la entrada en la estructura accionarial constituida en torno a la operación conocida como Centro Comercial Concha Espina), la Sociedad Montilsa SL, controlada por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, vendió el 29% que toma en las cuentas en participación a Dorna S.A., generando un beneficio al recurrente y al otro acusado de 985.016.900 millones de pesetas.

3.- Según el recurrente el documento, tantas veces citado, acredita el error del juzgador al declarar que Gestiesa adquirió el 29% de las cuentas en participación, sin desembolsar cantidad alguna por la cesión. No puede olvidarse que esta Sociedad Gestiesa, cedió posteriormente esta participación a Montilsa que es el último eslabón que materializa la venta y el beneficio antes aludido.

Esta tesis no puede prosperar, ya que el contrato que se invoca y que constituye el eje sobre el que se trata de construir el error de hecho del juzgador, no tiene entidad suficiente en sí mismo para sustentar de manera firme, inequívoca e incontrovertida, un error del juzgador.

Las cláusulas relativas a la inactividad de la sociedad, la entrega de 500.000 pesetas y a su retirada por la parte vendedora el día del contrato, no son más que manifestaciones de las partes contratantes que, en ningún momento tiene el valor necesario para fundamentar un error.

No deja de llamar la atención el hecho de que, sin razones económicas sólidas que lo justifiquen mínimamente, se produzca una frenética actividad creadora de documentos que, como pone de relieve la propia sentencia, se presentan con posterioridad al escrito de conclusiones, en el que se plasma la posición defensiva del recurrente.

Por último no puede olvidarse, que existen elementos probatorios válidos, tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora, que evidencian que las afirmaciones fácticas combatidas son correctas y responden a una realidad que se induce de la valoración lógica y racional de la prueba manejada.

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

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

1.- El presente motivo se plantea para el supuesto de que el precedente resultara estimado, por apreciarse error de hecho en la sentencia, al no haber tomado en consideración que Montilsa se encontraba totalmente inactiva hasta el 25 de octubre de 1.991, por lo que resultaba imposible cualquier acuerdo de cesión con Gestiesa materializado con anterioridad a esa fecha.

2.- El motivo decimonoveno tiene carácter subordinado y dependiente del anterior y si bien se plantea por la vía del error de derecho, tiene como objetivo fundamentar la equivocación sufrida por la Sala sentenciadora, al calificar como estafa, la intervención del recurrente en la denominada operación Centro Comercial Concha Espina.

Una vez que hemos mantenido en su integridad el relato fáctico, la adecuación de la respuesta jurídica que se da a las afirmaciones de la sentencia las trataremos cuando se nos plantee, en su integridad, la cuestión de fondo que afecta a la esencia de la modalidad del delito de estafa apreciado por la Sala sentenciadora.

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

VIGESIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por entender que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designarán más adelante en relación con las denominadas Operación Centro Comercial Concha Espina.

1.- Señala que el pronunciamiento condenatorio en la Operación Concha Espina se basa en la composición de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto y sobre la afirmación de que la conducta del recurrente habría producido un engaño suficiente, a efectos de la tipificación de dicha operación como una estafa. Frente a dicha afirmación se pone de manifiesto el error de hecho por medio del acta de la comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto de 26 de Septiembre de 1.991 (pieza separada documental de la instrucción tomo 41, folios 91 a 93).

En su opinión la contundencia de este documento, evita tener que profundizar en la exposición del error advertido en la sentencia. Este mismo error de hecho se reitera por la sentencia en relación con la operación Oil Dor, lo que da lugar al motivo vigesimocuarto.

2.- Centrándonos en los efectos que el documento invocado pudiera tener en relación con el relato de hechos, que afecta exclusivamente a la operación Centro Comercial Concha Espina, analizaremos lo que es más importante, es decir, su influencia sobre la calificación jurídica.

En el apartado 9 del relato fáctico correspondiente a este punto, se configura la composición personal de la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, celebrada el 26 de Septiembre de 1.991.

No conviene olvidar que esta reunión, como pone de relieve la impugnación del Fondo de Garantías de Depósitos, estuvo precedida por otra celebrada el día 10 de Julio del mismo año, en la que se realizó una presentación engañosa de la operación en relación con el esquema de acuerdo alcanzado con los hermanos García pardo, lo que constituye un antecedente probatorio que pudo ser evaluado conjuntamente por la Sala sentenciadora.

3.- Por lo que respecta al punto concreto de la composición de la Comisión Ejecutiva, en la reunión de 26 de Septiembre de 1.991, debemos declarar que la relación de las personas intervinientes, no es relevante ni trascendente en lo que se refiere al hecho esencial de la existencia de un

engaño, cometido a través de la ocultación de los intereses personales que el recurrente y otros acusados, tenían en la operación al ser titulares ocultos de porcentajes en las cuentas en participación.

Aun admitiendo la alegación fáctica del recurrente, en el sentido de que el Vicepresidente de la Comisión Ejecutiva había delegado en el acusado su representación, lo que no ha podido demostrar es que el representado tuviera conocimiento exacto de las operaciones, a las que se han hecho referencia, y que otorgara su consentimiento, a sabiendas de este dato, para que se consumase la participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina.

El engaño, a pesar de lo alegado por el acusado, es patente y resulta inamovible e inmodificable, que los acusados y entre ellos el recurrente, consiguieron la aquiescencia de todas las personas, que según el hecho probado, asistieron a la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación del día 26 de Septiembre de 1.991, ocultando que la inversión se haría adquiriendo cuentas en participación y no mediante la forma acostumbrada de adquisición de acciones.

En consecuencia no nos encontramos ante un autoengaño impune, sino ante un comportamiento falaz, respecto de los componentes de un órgano ejecutivo de una entidad financiera, para que se conformase una decisión inducida por el comportamiento de los acusados, que aparentaron una situación distinta de la que efectivamente representaba la realidad, consiguiendo, a consecuencia de ésta añagaza, el beneficio o lucro económico que se señala en el relato fáctico.

Es evidente que si los acusados hubieran mostrado y expuesto verazmente su posición en torno al Centro Comercial Concha Espina, la decisión no hubiera prosperado, ya que, en todo caso, hubiera puesto en marcha las previsiones del artículo 115 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ocasionando su nulidad por tratarse de un acto que lesiona, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, lo que trataron de evitar los acusados, con su maniobra de ocultación.

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

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley al tenor del párrafo 1º del art. 849 de la LECrim, denunciándose indebidamente aplicado el art. 250.6ª y 7ª con relación al art. 248 del Código penal vigente.

1.- El motivo se plantea para el supuesto de que prospere el precedente, en el que se denunciaba un error de hecho referido a la composición de la composición ejecutiva de Corporación Banesto.

2.- El motivo tiene un alcance limitado y está subordinado al resultado del anterior, considerando que la modificación del hecho solicitada y que ha sido rechazada, daría lugar a la inexistencia del delito de estafa del artículo 250.6ª y 7ª en relación con el artículo 248 del Código Penal vigente que ha sido finalmente la calificación jurídica adoptada por la Sala sentenciadora. No entramos en este momento en la cuestión de fondo sobre la tipificación más adecuada para los hechos que se han descrito con anterioridad, ya que este punto concreto se plantea, más adelante, en el motivo trigesimosegundo.

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

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por entender esta parte que ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante en relación con las denominadas operación Centro Comercial Concha Espina y en relación con la operación Oil-Dor.

1.- Afirma que la sentencia incurre en error cuando establece, en relación con la operación Cementeras, que el recurrente se lucró con los fondos obtenidos en la operación en virtud del préstamo que recibió el 17 de Marzo de 1.994 de la Sociedad Montilsa por importe de 140.000.000 de pesetas al afirmar que no se ha acreditado el reembolso del principal intereses del préstamo.

Como documentos acreditativos del error señala el documento n° 38 aportado con el escrito de defensa del recurrente (Tomo XLV folios 13.989 a 13.996) de fecha 19 de Julio de 1.996 en el particular obrante al folio 13.993 correspondiente al modelo 193 acreditativo de liquidación de retenciones por pago de intereses entre otros a las sociedades Montilsa y Gay Cordon S.L.

Estima que este error en la apreciación de la prueba tiene especial importancia, en relación con la condena que se impuso al recurrente por las denominadas Operación Concha Espina y Oil-Dor.

2.- En relación con las Operaciones Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, la sentencia afirma tajantemente, por lo que respecta a la primera, que el recurrente y Arturo Romaní vendieron a través de este último, el 29% de las cuentas en participación a Dorna S.A por un precio de 1.103.218.928 de pesetas, de las que 118.200.029, correspondían al IVA. Declara asimismo que los dos acusados mencionados, a través de Montilsa, consiguieron un beneficio de 985.016.900 pesetas en cuanto habían obtenido gratuitamente la participación en el negocio.

Por lo que se refiere a la Operación Oil Dor, después de relatar minuciosamente todas las vicisitudes de su participación en los hechos, declara de forma clara y contundente que “de acuerdo con el plan establecido por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, el 30 de Junio de 1.992, la Sociedad Montilsa vendió a la Sociedad Redivere, de la familia García Pardo su participación en Oil Dor, a un precio de 270.000 pesetas la acción (en total 899.640.000 pesetas). De este modo los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, a través de Montilsa, obtuvieron un beneficio de 866 millones de pesetas”.

3.- Lo que se pretende acreditar con el documento invocado, es que la entrega de 140 millones de pesetas por Montilsa al recurrente, lo fue en calidad de préstamo, lo que desvirtúa, en parte, lo anteriormente relatado.

La sentencia reconoce que de la Sociedad Montilsa salieron 140 millones de pesetas, en forma de préstamo, a la cuenta abierta a la Sociedad Mobiliaria de Castilla, más otros cuarenta millones de pesetas procedentes de Gay Cordon. Este dinero habría sido ingresado en una cuenta corriente abierta en el Banco Urquijo a nombre de Mario Conde.

En el apartado 12 del relato de hechos, referente a la operación Concha Espina, después de admitir como probado que dos cheques de un importe conjunto de 140 millones de pesetas, procedentes de Montilsa fueron ingresados en la cuenta corriente 00001501844 del Barclays Bank, abierta a nombre de Sociedad Mobiliaria de Castilla S.L., sociedad propiedad de Mario Conde, también declara probado que otros tres cheques, que ascienden a 180 millones de pesetas, fueron recibidos por Mobiliaria de Castilla, procedentes de Gay Cordon y Montilsa y, que posteriormente se dispuso de esa cantidad mediante un cheque que fue ingresado en la cuenta de crédito 3000275.1 abierta en el Banco Urquijo a nombre de Mario Conde.

4.- A continuación afirma la sentencia que no se ha acreditado que esta cantidad hubiera sido devuelta a Montilsa, ni que se hubieran pagado intereses como precio del préstamo.

Admitiendo el carácter documental, a efectos casacionales, del instrumento al que alude el recurrente, resulta evidente que, el examen de su contenido, nos permite afirmar tajantemente, que no tiene virtualidad probatoria de suficiente entidad como para evidenciar el error del juzgador.

El documento consiste en un impreso de declaración a la Hacienda Pública (modelo 193) de fecha de 19 de Julio de 1.996, es decir, muy posterior a los hechos que se trata de combatir, e incluso a la fecha de incoación de esta causa.

En dicho documento la Sociedad Mobiliaria Castilla que, como se ha dicho, era propiedad del recurrente, hace la mencionada declaración, deduciendo el pago de los intereses del préstamo que el recurrente afirma que

había recibido de Montilsa. Aun admitiendo en parte y de forma hipotética la realidad de su contenido, lo que no se puede sostener, es que dicho impreso demuestre inequívocamente que la cantidad prestada fue devuelta.

Por otro lado, no se puede olvidar que se trata de una declaración de parte interesada a la Hacienda Pública, que ésta dio por buena sin realizar ninguna averiguación sobre su realidad. Una vez más hemos de repetir que, documentalmente no sólo no evidencia de forma incontrovertible el error del juzgador, sino que debemos añadir que existe un gran cúmulo de pruebas de sentido contradictorio, que han sido tenidas en cuenta por la Sala sentenciadora, como el informe de la policía judicial, la declaración testifical de Elena García Baquedano, persona de confianza de Arturo Romaní y la propia manifestación del recurrente, admitiendo haber recibido las cantidades anteriormente mencionadas.

Si lo que se pretende acreditar es que no es cierta la afirmación de que el acusado, tenía el dominio efectivo y real de las Sociedades Montilsa y Gay Cordon, el documento invocado resulta totalmente inoperante, ya que para nada afecta a este punto, y por otro lado, existen multitud de pruebas indiciarias que, racionalmente valoradas, han llevado a la Sala sentenciadora a declarar de forma irrefutable que no sólo existía esta titularidad real, sino que se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Montilsa.

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

VIGESIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., denunciando la indebida aplicación de los artículos 250.6ª y 7ª en relación con el art. 348 del vigente Código Penal (Operación Concha Espina) y del art. 529.7ª con relación al art. 528 del derogado Código Penal texto refundido de 1.973 (Oil-Dor).

1.- Se remite al precedente motivo en el que, en su opinión, se ha acreditado que la sociedad mobiliaria de Castilla satisface las cantidades correspondientes al préstamo que con fecha 17 de Marzo de 1.994, recibe de

Montilsa S.L, dado que ese préstamo es la única cantidad que la sentencia declara que había sido recibida por el recurrente de los fondos procedentes de la operación Concha Espina y de la operación Oil-Dor. En su opinión el hecho de que el recurrente restituyera ese préstamo, descarta la concurrencia de un delito continuado de estafa, para cuya realización, el dominio por parte de Mario Conde, de Montilsa S.L habría sido un elemento decisivo.

2.- La parte recurrente vuelve a insistir en que no participó en todos los momentos de la operación penalmente relevantes, debido a la ausencia total de participación en relación con la adquisición de cuentas en participación o de acciones a través de la Sociedad Montilsa, con la finalidad de su posterior venta a la Corporación Banesto.

En consecuencia, estima que no tiene responsabilidad en la causación de eventuales perjuicios derivados de ambas operaciones a dicha entidad y que además no ha existido enriquecimiento ilícito, ni del acusado ni de personas físicas o jurídicas vinculadas con el mismo a través de Montilsa.

Por ello, estima que no existen los elementos básicos que integran la figura de estafa como delito patrimonial y se remite a lo expuesto en el motivo decimotercero, insistiendo en que, la concurrencia del perjuicio en el sujeto pasivo debe producirse necesariamente como consecuencia directa del engaño, entendido siempre de acuerdo con una causación mixta; el ánimo de lucro; y, como es lógico, la participación del sujeto activo en la ejecución del comportamiento típico descrito en el delito patrimonial examinado.

3.- El motivo, a pesar de canalizarse por la vía del error de derecho, introduce una serie de variantes en la declaración del relato fáctico, lo cual podría haber dado lugar a su inadmisión, pero una vez superado este trámite, debemos contestar que se dan los elementos necesarios para la existencia del delito de estafa, no solamente por la maniobra engañosa que constituye la esencia de esa figura delictiva y que aparece inequívocamente descrita, sino también por la participación directa y principal del recurrente en toda la secuencia de la operación, desde su puesta en marcha hasta la obtención del

beneficio personal, que ha quedado perfectamente materializado al estudiar el anterior apartado.

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

VIGESIMOCUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que se designan más adelante en relación con la denominada operación Oil-Dor.

1.- Señala que la sentencia impugnada lleva a cabo un pronunciamiento condenatorio en la Operación Concha Espina sobre la base de que, en razón de la composición ejecutiva de la Corporación Banesto, la conducta del recurrente habría producido un engaño suficiente a efectos de la tipificación de dicha operación como una estafa. Frente a dicha afirmación, se señala el acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto de 2 de Abril de 1.992 (pieza separada documental de la Instrucción Tomo 41, folios 136 a 138), como documento acreditativo del error en que ha incurrido la Sentencia en dicho apartado.

2.- La cuestión ya ha sido planteada en el precedente motivo vigésimo y hace referencia a la composición de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, en la reunión celebrada el 2 de Abril de 1.992. Se vuelve a insistir en considerar, como error esencial, la atribución al Sr. Albiñana la condición de miembro de la Comisión Ejecutiva, cuando realmente era Secretario y Letrado asesor de la misma. Se trata de demostrar que a la reunión asistió un total de cinco Consejeros, siendo mayoría los tres acusados y condenados, añadiendo además que el recurrente llevaba la representación del Sr. Masaveu y de los Consejeros Sres. Albaitua y Lasarte, lo que en su opinión significa que eran mayoría a la hora de votar en sentido favorable al acuerdo autorizando la inversión en Oil Dor S.A, solicitando la corrección del relato fáctico en el sentido indicado.

3.- El documento aportado no introduce ninguna variante esencial, que obligue a modificar el relato de hechos probados, ya que su contenido mantiene sustancialmente el sustento fáctico que ha servido para la calificación de los hechos como un delito de estafa.

La Sala sentenciadora dispuso de una abundante prueba que permite mantener, en sus mismos términos, el relato de hechos probados, entre ellos, el acuerdo de aprobación de la incorporación de la integración de la Corporación Banesto en la estructura accionarial de Oil Dor, acordada el 12 de Mayo de 1.992, así como de actas posteriores, en las que consta una composición mayoritaria de vocales, que no participaron en la maniobra engañosa.

En todo caso, la determinación de la existencia del engaño, no viene condicionada por la composición de la Comisión Ejecutiva, sino por las afirmaciones mendaces y los datos falsos que se proporcionan a dicho órgano con objeto de que no surgieran problemas, en orden a la aprobación de lo que se presentaba como una operación beneficiosa por parte de los acusados, que silenciaban su interés personal y el lucro propio que les proporcionaba.

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

VIGESIMOQUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., como correlativo del motivo vigésimocuarto, denunciándose la infracción del art. 529.7ª con relación al artículo 528 del derogado Código Penal, texto refundido de 1.973 que se estima indebidamente aplicado.

1.- Partiendo del error de hecho anteriormente invocado, sostiene que la composición numérica del comité ejecutivo de la Corporación Banesto, permitía a los acusados, personalmente a través a través de la representación de otros, la posibilidad de adoptar un acuerdo válido.

2.- Sustancialmente se trata de sostener que el engaño tiene una estructura bilateral, es decir, presupone la nítida distinción, e incluso contraposición, de las dos partes, el sujeto activo y el sujeto pasivo. No habría engaño, ni, por tanto delito de estafa, si falta tal alteridad, puesto que nadie puede ser a la vez sujeto activo y pasivo, y nadie puede engañarse a sí mismo, vuelve a insistir que los acusados contaban con la mayoría social necesaria para adoptar el acuerdo que autorizó la inversión en Oil Dor en la sesión del día 2 de Abril de 1.992 de su Comisión Ejecutiva. Desaparecida la tipicidad por la inexistencia del autoengaño quedan excluidos también el error, el acto de disposición y el perjuicio que exige el tipo penal.

3.- Manteniéndonos en la integridad del hecho probado por no afectar, como ya hemos dicho a cuestiones sustanciales, la tesis jurídica que se sostiene por la parte recurrente respecto de la atipicidad de la conducta por la inexistencia de un engaño suficiente de carácter bilateral, será contestada al abordar el fondo de la cuestión que, de una manera más específica, se plantea en el motivo 32.

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

VIGESIMOSEXTO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de ley, estimándose indebidamente aplicado el art. 535 del Código Penal de 1.973, con relación a los arts. 529.7ª y 528 del derogado Código Penal.

1.- El motivo se refiere fundamentalmente a la Operación Cementeras y sostiene que el tipo penal de la apropiación indebida exige, en cuanto a su dinámica comisiva, la previa tenencia o posesión del objeto material por parte del infractor que ha de recibir éste de la persona del sujeto pasivo del delito, en virtud precisamente de alguno de los títulos jurídicos que obliga a entregar o devolver según establece el art. 535 del Código Penal de 1.973.

En su opinión, ninguna de las dos exigencias se cumplen en el caso de autos, en relación con el recurrente, en cuanto que la previa posesión del objeto material por parte del sujeto activo no se da en ninguna de las dos fases de la controvertida operación Cementeras. En efecto, en el primer momento de la operación, el acusado no recibe de Banesto los fondos o efectos distraídos para su administración, sino que Gay Cerdón compra a Beta Cero las cuatro sociedades hormigoneras, lo que implica que las adquiere en propiedad por un título que transmite el pleno dominio y no obliga desde luego a entregar y devolver las mismas.

También señala que, en la segunda fase, las Sociedades Gay Cerdón y Data Transmission Systems reciben determinados fondos de terceros – no de Banesto- y materializan las correspondientes plusvalías con cargo también al patrimonio de éstos terceros, no de Banesto. Son pues el grupo Valenciana y Portlan Iberia, -no Banesto ni Beta Cero-, quienes generan los sobrepuestos y plusvalías, de quienes reciben los fondos Gay Cerdón y Data Transmission System y quienes hacen frente al pago de aquellas.

Por lo que se refiere a la intervención del recurrente en los hechos constitutivos del delito de apropiación indebida, el relato de hechos probados de la sentencia que se impugna, no permite fundamentar la misma al no constar en absoluto su participación personal y establecer la propia sentencia que quien tenía el control efectivo de las sociedades Gay Cerdón y Data Transmission System, era el otro acusado Arturo Romaní.

2.- En un solo motivo se plantean dos diferentes cuestiones, una la relativa a la existencia del delito de apropiación indebida y, otra, relacionada con la directa participación del recurrente en los hechos constitutivos del mencionado tipo delictivo. Parece que, con ello se viene a admitir dialécticamente, la existencia de la figura delictiva si bien, se contraargumenta sosteniendo que el autor era el otro acusado, Arturo Romaní, que tenía el control efectivo de las sociedades Gay Cerdón y Data Transmission System. Asimismo sostiene que no ha habido empobrecimiento del sujeto pasivo, por lo

que al no existir perjuicio, carece también de tipificación la conducta atribuida al recurrente.

3.- La sentencia recurrida, en el apartado relativo a la operación Cementeras, después de realizar un minucioso y cronológico relato de todas las operaciones que llevaron a la división y adjudicación del grupo y a la participación de Banesto en el precio total satisfecho por la compra, afirma de manera tajante y clara que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las Hormigoneras, para hacer llegar determinados fondos, que de no intervenir los anteriores en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito a las Sociedades Gay Cordon y Data Transmission System, vinculadas con los anteriores y adquiridas con ese fin. Continúa relatando las sucesivas transmisiones y en el apartado 9, de forma también concluyente, afirma que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní se aprovecharon en propio beneficio de fondos depositados en cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon, describiendo minuciosamente la forma en que se dispuso de esas cantidades por el recurrente.

4.- Conviene resaltar, una vez más, que el recurrente, según se dice entre otros en el apartado primero del relato de hechos probados, era Presidente del Banco Español de Crédito S.A y tenía facultades de disposición concedidas por razón de su cargo, lo que le atribuye sin lugar a dudas, la condición de Administrador de todos los bienes que por unas u otras razones, entrasen en la entidad bancaria, aunque dada la complejidad de una entidad de estas características, existieran muchas otras personas que tuviesen como función realizar materialmente la gestión directa de los bienes.

En consecuencia el precio derivado de la opción de recompra de las sociedades Ariforsa y Prebetong Este, que había adquirido inmediatamente antes por un precio mayor que el de adquisición, ingresó en el patrimonio de Beta Cero S.A, en el mismo momento en que se materializó dicha opción y no puede olvidarse que según el relato de hechos probados, Beta Cero S.A., era

una sociedad participada en un 88% por Banesto y en el resto por la Sociedad Lombardía y Lacaci, luego resulta incontrovertible que se trataba de un patrimonio que pasaba a ser administrado por el recurrente en su condición de Presidente y Administrador de Banesto, por tanto las operaciones realizadas por Gay Cordon al comprar de Beta Cero las cuatro sociedades Hormigoneras y el derecho de opción de recompra ya ejercitado, lo que hacen es extraer de una sociedad controlada y dirigida en todo por Banesto y por tanto por el recurrente, una serie de beneficios que pasan también a otra sociedad distinta, pero de la titularidad y control del acusado y Arturo Romaní, consumándose de esta forma la apropiación de los fondos.

5.- En relación con la participación del recurrente en los hechos, que como ya hemos dicho se admiten como delictivos, no se puede olvidar que la sentencia afirma reiteradamente que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní actuaron con el propósito de procurarse un ilícito beneficio y que se aprovecharon de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon.

Desde una perspectiva dogmática, ello supone que esta conducta puede ser incluida tanto en el art. 14.1 del Código Penal de 1.973 en el que se consideraba como autor a los que tomaban parte directa en la ejecución del hecho, como en el art. 28 del Código Penal vigente, en el que se hace referencia a realizar el hecho conjuntamente.

Con arreglo a la teoría del dominio funcional del hecho, es evidente y así se desprende, no solamente del relato de hechos que describe la operación concreta que estamos examinando, sino de todas las referencias que a lo largo de las diferentes operaciones examinadas, ponen de relieve las estrechas relaciones personales entre ambos acusados. Desde una perspectiva formal y en atención a la realidad aparente, que se derivaba de la instrumentalización documental y registral de las sociedades, pudiera afirmarse que el ejecutor material de los últimos detalles, fuese el acusado Arturo Romaní, pero desde la búsqueda de la verdad material a la que nunca debe renunciar el proceso penal, por ser la esencia de su naturaleza, no cabe ninguna duda de que el recurrente

tenía, no sólo el dominio funcional, sino incluso la capacidad y autoridad necesaria para que los planes delictivos, no se hubieran llevado a efecto, y no solamente no actuó así, sino que como ya se ha dicho, participa de manera clara en el lucro derivado de la operación relatada.

6.- En relación con las alegaciones relativas a la inexistencia de empobrecimiento en el sujeto pasivo, debemos consignar, como se hace en la impugnación realizada por el Fondo Nacional de Garantías, que es necesario distinguir entre el momento consumativo de la apropiación indebida y el agotamiento del delito, ya que el efecto sustancial de la apropiación se produce cuando los administradores y responsables de Beta Cero S.A (entre los que se encuentra el acusado), ordenaron la venta a Gay Cordon de las Sociedades Hormigoneras, por un valor convencional inferior al del mercado, siendo posteriormente en la fase de agotamiento cuando el acusado rentabiliza en provecho propio la operación al vender las hormigoneras a Portland Iberica. De esta manera se genera una plusvalía para Data Transmision y en consecuencia para los acusados, que utilizaban esa sociedad como pantalla, de 1.224.500.000.000 de pesetas.

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

VIGESIMOSEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la Lecrim., denunciándose la aplicación errónea del art. 535 en relación a los arts. 529.7ª y 528 del Código Penal y consiguiente inaplicación del art. 546 bis a) del mismo texto legal (art. 298.1 del vigente Código Penal) solicitando la aplicación del delito de receptación.

1.- Sostiene que la narración de hechos probados sólo hace constar la existencia de un plan o acuerdo previo entre el recurrente y Arturo Romani, sin relatar la concreta participación de Mario Conde en la ejecución del común concierto, bien personal, bien a través de sociedades instrumentales que pudiera controlar. La sentencia describe la intervención exclusiva del otro acusado Arturo Romani, quien según el relato fáctico interviene personalmente o a través de sociedades cuyos administradores siguen instrucciones del mismo,

en todas las fases de la operación Cementeras, objeto del presente motivo de casación, en las negociaciones, en la adopción de las pertinentes decisiones, en la materialización e instrumentalización de éstas.

En su opinión, la conducta del recurrente, descrita en el relato de hechos probados de la sentencia, constituye antes bien un delito de receptación, penado en el art. 546 bis a) del Código Penal de 1.973 (art. 298.1 del Código vigente), delito por el que no fue acusado.

2.- Se respeta el relato de hechos probados que han llevado a la Sala sentenciadora al calificar las afirmaciones fácticas sobre la operación Cementeras, como un delito de apropiación indebida, pero carga toda la responsabilidad penal a título de autor sobre el otro acusado Arturo Romaní, sosteniendo, como alternativa, que el recurrente sólo puede ser considerado como sujeto activo de un delito de receptación, penado en el artículo 546 bis a) del Código Penal de 1.973 (artículo 298.1 del Código vigente), delito por el que no fue acusado y, por tanto no puede ser condenado sin vulnerar el principio acusatorio.

3.- El delito de receptación, en su versión derogada del artículo 546 bis a) del Código Penal de 1.973, centraba el núcleo del tipo delictivo en el hecho de aprovecharse de los efectos provenientes de un delito contra los bienes, siempre que el sujeto activo tuviere conocimiento de su procedencia, sin que fuera necesario que supiese todos los antecedentes y detalles del hecho delictivo contra la propiedad del que procedían los bienes.

El vigente artículo 298.1 introduce algunos matices, aludiendo a un evidente ánimo de lucro, que estaba implícito en la anterior versión, añadiendo como conductas típicas, la ayuda a los responsables del delito para que se aprovechen de los efectos del mismo, así como la recepción, la adquisición o la ocultación de los efectos procedentes, tanto de delitos contra el patrimonio como contra el orden socioeconómico.

Como elemento negativo del tipo, exige que se trate de una persona que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice.

4.- Como ya hemos indicado, al contestar a motivos anteriores, el sustento fáctico de la sentencia, que sirve de apoyo para imputar al recurrente el delito de apropiación indebida a título de autor, no deja resquicio alguno para incluir los hechos en la figura secundaria y residual de la receptación.

El recurrente era el Presidente y responsable máximo de la gestión de Banesto, que fue la entidad que llegó a un acuerdo con la familia Serratosa sobre la escisión del grupo Cementero, mediante la división y adjudicación recíproca de las sociedades que lo componían. De ello resulta que su protagonismo, no sólo fue directo y decisivo desde los comienzos de las complicadas operaciones que consuman el delito de apropiación indebida, sino que continuó a lo largo de todos los intercambios y ventas de acciones, a través de las numerosas sociedades instrumentales, que tratan de difuminar el seguimiento del dinero que le correspondía a Banesto.

La participación del recurrente a título de autor, que excluye por tanto la posibilidad de considerarle como un receptor, aparece reflejada, como ya se ha dicho, en afirmaciones tajantes del relato fáctico que le atribuyen, junto con Arturo Romani, el propósito de aprovecharse de la operación de las hormigoneras, para procurarse un ilícito beneficio. No es necesario insistir en que se le atribuye de manera directa el aprovechamiento, en propio beneficio, de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon.

En consecuencia su intervención y participación ha sido indiscutiblemente como autor, en la ejecución material del hecho delictivo que se le imputa.

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

VIGESIMOCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., estimándose infringido el art. 24 del Código Penal de 1.973 (art. 2.2 del Código Penal vigente) con relación al art. 295 del Código Penal de 1.995 indebidamente preterido al aplicar la sentencia el art. 535 del Código Penal de 1.973.

1.- El motivo sostiene la tesis de que entre dos preceptos de muy distinto ámbito temporal, como lo son el art. 535 (Código Penal de 1.973) y el art. 295 (Código Penal de 1.995), sólo cabe suscitar el problema de la sucesión en el tiempo de los respectivos tipos penales que, excepto en el caso de la ultractividad de las leyes temporales (art. 2.2 del vigente Código Penal), nuestro Código resuelve a favor de la ley penal posterior más benigna, si se dan los supuestos de la retroactividad (art. 24 del Código Penal de 1.973 y art. 2.2 del Código Penal vigente).

Señala que al no subsumirse la conducta imputada al recurrente en el presupuesto de hecho del art. 535 (Código Penal de 1.973) y sí por el contrario en el art. 295 (Código Penal vigente), procede la aplicación retroactiva de éste último por ser Ley posterior más favorable al reo a tenor de lo dispuesto en el art. 24 del Código Penal de 1.973 y 2.2 del vigente.

2.- La sentencia recurrida condena al recurrente por un delito de apropiación indebida previsto en el art. 535 del Código Penal de 1.973 en relación con los arts. 529.7ª y 528 del mismo texto legal. En su razonamiento mantiene que los hechos de autos podrían calificarse, tanto con arreglo al art. 535 como al 295, no obstante, al tratarse de un concurso de leyes aplica el precepto más severo (art. 535 del Código Penal texto refundido de 1.973) a tenor de lo dispuesto en la regla IV del artículo 8 del Código Penal vigente (relación de alternatividad).

Desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas.

Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

3.- La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de Febrero de 1.998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso Argentia Trust y en ella se afirma, que ha de tenerse en cuenta que el viejo artículo 535, no ha sido sustituido por el nuevo artículo 295, si no por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud, -e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada-, que tenía en el Código Penal de 1.973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

4.- Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquél caso concreto a la cuestión planteada, creemos que debe hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las

diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triple de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5.- Por último cuando el administrador, prevaleciéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6.- Resumiendo todo lo anteriormente expuesto afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal, reúnen, como único factor común la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser

necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado.

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

VIGESIMONOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha interpretado erróneamente a los efectos agravatorios la circunstancia 7ª del art. 529 en relación con el art. 528 del Código Penal de 1.973 vigente al momento de los hechos enjuiciados.

1.- Rechaza la aplicación de la circunstancia agravante específica 7ª del art. 529 del Código Penal, texto refundido de 1.973, por la que la sentencia impugnada, al no concurrir circunstancia genérica modificativa alguna de la responsabilidad criminal, aplica la pena de prisión menor en su grado medio. Esto es la pena máxima que podía imponer de acuerdo con la regla 4ª del art. 61 del mencionado Código Penal.

Considera que tal interpretación vulnera el tenor literal del art. 528 del Código Penal ya que el efecto agravatorio que el juzgador de Instancia otorga indebidamente a la regla 7ª del artículo 29, debe entenderse reservado en que concurren “dos circunstancias agravantes o una muy cualificada” lo que no sucede en el caso de autos.

2.- El delito de apropiación indebida, así como el de estafa, contempla la posibilidad de la concurrencia de determinadas circunstancias que en atención a la naturaleza de los bienes afectados, a la clase de actividad realizada, a las circunstancias personales de la víctima y al valor de la defraudación o apropiación, permiten la agravación de la pena básica, pudiéndola imponer en el grado superior si concurren dos o más circunstancias o una sola muy cualificada.

Para aplicar la modalidad agravada, es necesario que en el relato fáctico, existan datos suficientes para que la evaluación de una cantidad apropiada o estafada como muy cualificada, responda a una incuestionable entidad del beneficio propio obtenido por el delito.

Al encontrarnos con una indeterminación cuantitativa por parte del legislador, la jurisprudencia ha tenido que ir ajustando sus resoluciones en función de diversos parámetros, entre ellos los indicadores económicos del momento en que los hechos se hayan cometido. Ello ha llevado a una línea doctrinal en la que, sin desconocer los factores subjetivos del hecho, dan una especial relevancia a la cuantía de lo apropiado en cuanto que ello supone un enriquecimiento ilícito del sujeto activo.

3.- La sentencia recurrida, afirma y esta declaración resulta inmodificable, que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní se aprovecharon en propio beneficio de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon. A continuación y de manera minuciosa, va relatando cómo los acusados materializaron ese beneficio por medio de sucesivas emisiones de cheques, adquisiciones e ingresos en otras sociedades.

Sumando todos los beneficios obtenidos la sentencia, en los razonamientos jurídicos, llega a la conclusión de que la cantidad apropiada ha llegado hasta la suma de 1.556 millones de pesetas, lo cual debe tenerse en cuenta, como es lógico, a la hora de fijar la pena.

Si tenemos en cuenta la jurisprudencia de esta Sala que por esas fechas establecía la agravación muy cualificada en 6.000.000 de pesetas y que se ha mantenido sin prácticamente variaciones, no existen dudas ni dificultades para estimar que, en el caso que nos ocupa, la estimación de la concurrencia de la circunstancia 7ª del artículo 529, en relación con el artículo 528 del Código Penal de 1.973 y su aplicación para subir la pena básica en un grado está perfectamente justificada.

Si tomamos como referencia la actual redacción del artículo 250.6ª y consideramos también la situación económica en que se deja a la víctima, también llegaríamos a la misma conclusión ya que estas y otras operaciones, que han sido objeto de enjuiciamiento, colocaron a la entidad bancaria al borde de su desaparición.

Como dice acertadamente la sentencia recurrida, debe tenerse en cuenta que el perjuicio afecta no sólo a un patrimonio individual o colectivo, sino que de forma expansiva lesionó el orden económico y el normal desarrollo del sistema financiero, fallando además a los deberes de lealtad que le correspondían como Presidente de una entidad bancaria.

En consecuencia y por aplicación de lo establecido en la regla 4ª del artículo 61 del antiguo Código Penal y en atención a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, la pena de prisión menor en su grado medio, está correctamente establecida.

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

TRIGESIMO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de ley denunciándose la interpretación errónea del art. 14.1º del Código Penal de 1.973 en relación con los arts. 528, 529.7ª y 535 del mismo texto legal (art. 28 en relación con los arts. 250 y 252 del vigente Código Penal) y la indebida inaplicación del art. 16 del Código Penal (hoy artículo 29).

1.- Sostiene que la conducta del recurrente, tal como se describe en el relato fáctico, sólo puede constituir un supuesto de complicidad o cooperación no necesaria al delito de apropiación indebida y no de coautoría, como erróneamente decide la sentencia recurrida. En su opinión el protagonismo y la intervención exclusiva pertenece al otro acusado Arturo Romani, quien interviene de forma personal en la negociación y desarrollo de todas las operaciones controvertidas y controla, siempre según el fallo que se impugna, las sociedades a través de las cuales se distrajeron los fondos e hicieron posible la ilícita disposición de los mismos.

En su opinión, la mera existencia de un concierto o acuerdo previo, no puede determinar la condición de coautor, cuando la contribución personal a la ejecución del delito de apropiación indebida, carece de la relevancia causal necesaria para merecer tal rango.

2.- El motivo es una variante de una cuestión anterior que, admitiendo la existencia de un delito de apropiación indebida, sostenía que la participación del recurrente lo había sido a título de receptor.

En el motivo presente la alternativa consiste en mantener que su intervención en los hechos, debe ser considerada como de mero cómplice o cooperador no necesario.

Volviendo a remitirnos al preciso y detallado contenido del relato fáctico para evitar innecesarias repeticiones, encontramos datos y afirmaciones incontrovertibles que ponen de relieve el protagonismo decisivo del recurrente en todas las maniobras consumativas de la apropiación indebida, no sólo por su condición de Presidente de la entidad bancaria que intervenía en la operación de escisión y división de la Cementeras, sino por su vinculación y estrecho acuerdo con la persona que, siendo su subordinado, iba a intervenir, en nombre del banco, en todo el proceso de negociación con la otra parte interviniente utilizando además sociedades instrumentales que dirigía y controlaba, para la materialización de la apropiación definitiva de los beneficios generados para el banco.

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

TRIGESIMOPRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por infracción de ley denunciándose la infracción de la regla 4ª del art. 61 del Código Penal de 1.973 erróneamente interpretada por el Tribunal “a quo”.

1.- Reconoce que el fallo impugnado calificó la apropiación indebida con arreglo a la circunstancia 7ª del art. 529 en relación con el 528 en consideración a la especial gravedad atendido el valor de la defraudación. Sin embargo discrepa al señalar que, la regla 4ª del art. 61 del Código Penal, hace depender, en términos preceptivos, la imposición del grado mínimo o máximo de la pena de “la menor o mayor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente” esto es, confiere al juzgador unas facultades “regladas en orden a la individualización de la pena cuyo ejercicio puede revisarse en casación a tenor de la más reciente doctrina jurisprudencial.

2.- Como puede verse en este punto concreto plantea la incorrecta interpretación de la regla 4ª del artículo 61 del Código Penal de 1.973.

Estima que las facultades de individualización de la pena son regladas, por lo que cabe su revisión en casación. No se discute que el precepto mencionado establece diversos parámetros para la fijación de la pena, fijando un tope máximo para su determinación, que no puede pasar del grado medio de la señalada por la ley.

La evaluación de estas circunstancias corresponde, en exclusión al órgano juzgador, que puede moverse dentro de los márgenes marcados por el precepto. La tarea de individualización de la pena no puede realizarse de manera arbitraria e inmotivada ya que es una obligación constitucional la motivación de las resoluciones judiciales.

No sólo desde un punto de vista de legalidad ordinaria sino también desde la perspectiva constitucional, resulta evidente e incuestionable que la decisión se ha razonado y justificado de forma impecable, remitiéndonos a todo lo expuesto con anterioridad al contestar al motivo vigesimonoveno de este recurrente.

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

TRIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denunciándose la aplicación indebida del art. 250 6ª y 7ª en relación con el 248 del Código Penal vigente.

1.- Sostiene que no consta el engaño en el caso de autos desde el momento en que las personas que llevan a cabo la maniobra o puesta en escena resueltamente mendaz, son las mismas que realizan el acto de disposición perjudicial con lo que nos encontramos ante un autoengaño atípico.

La sentencia recurrida no describe maniobra engañosa alguna, atribuible al recurrente, que afecte a los intereses patrimoniales de la Corporación Industrial Banesto, sino a ocultaciones de su interés personal en el negocio, que no pudieron influir en la adopción del acuerdo inversor, ni en la mayor o menor onerosidad del negocio mismo que sólo afectan, en su caso al deber de lealtad del administrador, ajeno al núcleo del delito de estafa.

Asimismo señala que del relato fáctico, tampoco se desprende la efectiva causación de un perjuicio a la Corporación Industrial Banesto, sino el lucro obtenido entre otros por el recurrente. La resolución impugnada confunde, en su opinión, lucro y perjuicio y al identificar ambos, supone erróneamente que las cuentas en participación vendidas por los acusados a la Corporación Industrial Banesto, “y que adquirieron de forma gratuita”, tenían un valor cero, lo que no se ajusta a la realidad que se deriva del informe pericial de American Appraisal, que en este particular no cuestiona la propia sentencia recurrida, por lo que los hechos no pueden ser calificados de estafa.

2.- En relación con la concurrencia del elemento típico y esencial del engaño es evidente, que la relación de hechos probados, a la que debemos ajustarnos para contestar a las pretensiones esgrimidas por la parte recurrente, nos proporciona elementos fácticos suficientes para acreditar su existencia.

La estructura de la estafa se apoya sobre la utilización de un engaño por el sujeto activo que por su naturaleza, entidad y circunstancias, sea suficiente para producir un error en el sujeto pasivo, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. A su vez es necesario que entre el engaño y el acto de disposición exista un enlace causal de tal manera que haya sido el desencadenante del comportamiento del engañado y el causante del perjuicio originado.

3.- La lectura de los apartados correspondientes del relato fáctico nos va proporcionando, elementos suficientes para construir, desde su inicio hasta su consumación, la trama engañosa.

Los precedentes de las relaciones entre Dorna Promoción del Deporte S.A., y Banesto, a través de la Corporación Industrial ya ponen de relieve la existencia de determinados detalles que sugieren que el acusado, como Presidente de Banesto, que actuaba representado por Arturo Romani, querían favorecer económicamente a los titulares de la entidad Dorna, aún a costa de perjudicar los intereses del Banco. Basta el detalle que se reseña referente a que Banesto al adquirir el 50% de Dorna pagó un precio de 201.235 pesetas por acción, aunque el precio fijado a las mismas por un experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil fue de 1.100 pesetas por acción.

Este dato hay que enlazarlo con las vicisitudes posteriores por las que pasa la Operación Centro Comercial Concha Espina. Resulta altamente significativo la cesión, sin contraprestación alguna del 19% de las cuentas en participación que Dorna tenía en el negocio al acusado Rafael Pérez Escolar. Más adelante consta como probado que Mario Conde y Arturo Romani,

utilizando una sociedad denominada GESTIESA, que con posterioridad se convirtió en Apolo Inversiones, adquirieron un 29% de las citadas cuentas en participación, sin que abonaran cantidad alguna por la cesión.

4.- Acreditado el interés del recurrente en que la Corporación Industrial Banesto, que presidía y dirigía, también se considera probado que el recurrente, junto con otros acusados ocultaron la realidad de su interés personal a otros componentes de la Comisión Ejecutiva, obteniendo de esta forma la autorización para la inversión con el consiguiente beneficio y lucro personal del acusado Mario Conde.

5.- Desde un punto de vista semántico, engaño es hacer creer a alguien con palabras o de cualquier manera, una cosa que no es verdad. Desde una perspectiva jurídica, lo verdaderamente relevante no es si el sujeto activo, desarrolla una conducta activa u omisiva, sino su idoneidad para producir el resultado lucrativo buscado. Es su eficacia real en el caso concreto lo que determina la aparición de la figura típica de la estafa. Es evidente que la provocación del error en las personas afectadas puede conseguirse, tanto por medio de una conducta activa o bien a través de ocultaciones de la realidad, que provocan la captación de la voluntad del engañado, llevándole a realizar un acto que no hubiera cometido si hubiese conocido la realidad escondida.

Reflejando y valorando adecuadamente todo el entramado engañoso que culmina con la decisión de la Comisión Ejecutiva autorizando la entrada en Dorna, la Sala sentenciadora afirma con razonamientos, que hacemos nuestros, que los miembros de dicha Comisión podían racionalmente creer, porque ello sería lo normal en el tráfico y actuación de los responsables de la administración y gestión de la sociedad, que ninguno de los acusados tenía interés en el negocio y que la operación se haría adquiriendo acciones de la sociedad.

En definitiva el montaje, minuciosamente planeado para consumir el lucro ilícito perseguido, se componía de elementos muy directos y complejos, activos y omisivos que configuran un engaño eficaz.

Precisamente la jurisprudencia de esta Sala no distingue entre comportamientos activos u omisión, cuando el sujeto activo tiene, además, un deber de lealtad y sinceridad con las personas y entidades a las que trata de perjudicar.

6.- Los razonamientos teóricos que contiene el motivo chocan con la realidad del hecho probado. Ya hemos dicho que si el recurrente y los demás acusados hubieran facilitado todos los datos reales subyacentes en la operación, los miembros de la Comisión Ejecutiva no hubieran votado a favor de la operación falsamente presentada y, en todo caso, se habría frustrado al ser patente su nulidad, conforme ya hemos expuesto.

Por otro lado la alegación relativa a que la Comisión Ejecutiva facultó a Arturo Romaní para negociar las condiciones más convenientes, lo que le permitía sustituir la adquisición de acciones por las cuentas en participación, no tienen un reflejo correlativo en el hecho probado, ya que lo que en realidad se autoriza del Consejero Delegado es a que proceda a negociar, en los términos más convenientes, con el Centro Comercial Concha Espina S.A., la entrada de la Corporación Banesto en su estructura accionarial, en igual proporción, a la que detenta en Dorna Promoción del Deporte.

Se señala también que los otros miembros de la Comisión Ejecutiva que no estaban en la trama, manifestaron no haberse sentido engañados. Esta confesión, que no fue frontal sino matizada, debe ser interpretada como una postura, personalmente explicable, de reafirmación de sus conocimientos técnicos y de la profesionalidad de su actuación, frente a posibles imputaciones de descuido o incumplimiento de sus funciones de solicitar información y ejercer un control efectivo de las decisiones a través de su voto, pero no excluye la realidad y efectividad del engaño.

Sin embargo, como señala la sentencia, la realidad que resulta de las actas de la Comisión Ejecutiva y de las demás pruebas practicadas, nos lleva a una versión más acorde con lo afirmado en el hecho probado, que

resulta inmodificable en el apartado que afirma, la ocultación de los intereses personales del recurrente y de los demás acusados en el negocio.

7.- Otra de las alegaciones que se acumulan en el presente motivo hace referencia a que nos encontramos ante un autoengaño atípico ya que no existe confrontación, sino confusión, entre el sujeto activo y el pasivo.

En primer lugar debemos hacer constar que el autoengaño resulta atípico, en determinadas circunstancias, cuando la identidad entre el sujeto activo y pasivo, hace que el traspaso de los bienes no produzca perjuicio apreciable para nadie.

No se puede confundir la inexistencia de engaño con la inexistencia de engañados. El recurrente pretende englobar y difuminar su actuación personal, individual e insustituible, en el complot corporativo que constituye la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, considerándola como único sujeto que podía asumir u ostentar a la vez la doble condición de engañador y engañado.

Es evidente que los sujetos pasivos del engaño fueron el resto de los componentes de la Comisión ejecutiva que votaron a favor del acuerdo, pero inducidos a error, por la ocultación de datos e informaciones esenciales para configurar una decisión válida. Admitir las tesis del recurrente nos llevaría a pensar que todo acuerdo tomado mayoritaria o unánimemente, en el seno de una corporación nunca puede ser delictivo.

No puede olvidarse que los órganos de una sociedad anónima y más concretamente los encargados de su administración o los Consejos de Administración representan los intereses de los accionistas y que están sujetos a las acciones de responsabilidad que se contemplan en los artículos 134 y 135, así como queda abierta la posibilidad de impugnar sus acuerdos art. 143, todos ellos del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. No puede pretender el recurrente tener facultades omnímodas y supraindividuales que le convierta a su vez en engañador y engañado, como si fuera el único titular del

patrimonio del Banco del que puede disponer sin traba alguna con olvido e incluso desprecio de los intereses de los accionistas.

8.- Haremos una última referencia al planteamiento que se realiza sobre la determinación del perjuicio causado y la indemnización señalada.

Como señala acertadamente la sentencia recurrida la responsabilidad civil derivada del delito debe establecerse en el momento de su consumación, no en el momento ulterior. Todas las argumentaciones deslizadas en la fundamentación jurídica justifican sólidamente la afirmación de que la Corporación ha resultado perjudicada al menos en la cantidad en la que se lucraron indebidamente los acusados.

Está claro que toda la trama, desde su inicio, estaba orientada a decidir la entrada de la Corporación en una sociedad que había recibido un trato de favor por parte del recurrente y que en compensación les entregó gratuitamente un determinado porcentaje de las cuentas en participación que constituían el soporte económico de la operación Centro Comercial Concha Espina y que fueron adquiridos, con engaño, por decisión de la Comisión Ejecutiva de Banesto. Es evidente que el perjuicio fue directamente ocasionado a Banesto, ya que en condiciones distintas a las relatadas nunca hubiera entrado en la operación.

Perjuicio que, como se dijo en la vista oral de este recurso, todavía continúa, ya que el Centro Comercial sigue generando pérdidas. Esta afirmación no fue desmentida por ninguno de los letrados de los acusados y los responsables civiles subsidiarios.

En contrapartida el lucro obtenido por el recurrente y los demás acusados fue a costa de las arcas sociales, por lo que la indemnización está correctamente acordada.

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

TRIGESIMOTERCERO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de ley denunciándose la aplicación indebida del art. 250.6ª y 7ª del Código Penal vigente y la inaplicación del art. 546 bis a) del Código Penal de 1.973 (hoy art. 298 delito de receptación).

1.- El motivo vuelve a insistir en que la intervención principal la realizó el acusado Arturo Romaní y que la conducta del recurrente debió subsumirse en el delito de receptación y no en el de estafa, pues aunque este último no precise la ejecución personal del engaño, según razona la sentencia, sí requiere al menos la correalización de actos ejecutivos de esta figura delictiva que puede encardinarse en alguna de las modalidades típicas previstas en los arts. 27 y 28 del Código Penal vigente (arts. 14 y 16 del Código Penal de 1.973).

2.- Como puede observarse, el planteamiento del motivo obedece a las mismas directrices, que ya se habían planteado con anterioridad en otro de los hechos delictivos. Los hechos probados que constituyen el eje inamovible a lo largo del cual debemos deslizarnos no proporcionan elementos que permitan sustentar la tesis de la receptación.

En motivos anteriores, hemos destacado la participación activa del recurrente en el delito de apropiación indebida en el que ahora pretende, de forma alternativa, que se le considere como simple receptor.

Su dominio del complejo hecho delictivo en todas sus fases de ejecución y su obligación inexcusable de velar por los intereses de la entidad bancaria, le convierten en un protagonista principal y directo que no puede ser relegado a una intervención a posteriori limitada al aprovechamiento de los beneficios económicos obtenidos por el su actividad ilícita.

Una vez más debemos descartar la petición formulada ya que su intervención como autor le impide recibir el tratamiento de encubridor.

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

TRIGESIMOCUARTO.- Al amparo del n° 1° del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, estimándose infringido el art. 2.2 del Código Penal vigente (art. 24 del Código Penal de 1.973), al aplicar la sentencia recurrida el art. 2650.6ª y 7ª con relación al art. 248 del actual Código Penal en lugar del art. 295 del vigente Texto Punitivo.

1.- Se remite al motivo de casación precedente en el que se argumentó la improcedencia de la condena por estafa, al no concurrir los requisitos típicos del engaño y el perjuicio, requeridos por aquella figura delictiva. No obstante, aun si se entendiera que concurren en el supuesto de autos, los elementos de la apropiación indebida, por la naturaleza subsidiaria de este tipo penal respecto al de estafa, debiera haberse aplicado, retroactivamente, el artículo 295 del vigente Código Penal (delito de administración desleal), ya que es más favorable al reo y no habría obstáculo alguno para subsumir la conducta del acusado en este tipo penal como reconoce explícitamente la sentencia recurrida.

Señala por tanto que al calificar los hechos con arreglo al art. 250 del vigente Código Penal ha aplicado la ley penal posterior más desfavorable incumpliendo el mandato del art. 2.2 del Código Penal vigente.

2.- El planteamiento se refiere, como ya ha quedado expuesto, a los hechos que se recogen bajo la rúbrica de operación Centro Comercial Concha Espina. La calificación jurídica que ha otorgado la Sala sentenciadora a estas actividades ha sido la de estafa, aplicando la normativa vigente (artículos 250.6 y 7 en relación con el artículo 248) por estimar que resultaba más favorable que los preceptos del Código de 1.973, vigentes en el momento de la comisión de los hechos.

La parte recurrente rechaza la calificación de los hechos como un delito de estafa y admite dialécticamente que pudieran encontrarse los elementos necesarios para considerar que nos encontramos ante una apropiación indebida, lo que daría lugar a un posible concurso de normas con

el artículo 295 del vigente Código Penal que tipifica la conducta de administración desleal.

Ya hemos expuesto nuestra opinión sobre las características respectivas de los delitos de apropiación indebida y de administración desleal y a ello nos remitimos.

Ahora bien, en ningún caso puede hablarse de un concurso de normas entre la administración desleal y la estafa, ya que en esta última figura delictiva el elemento nuclear es la puesta en marcha de una maniobra engañosa en beneficio propio y perjuicio ajeno, mientras que en la administración desleal lo verdaderamente esencial y a lo que ha querido dar respuesta y relevancia penal es a la ruptura de los vínculos de fidelidad y lealtad que el administrador debe a la sociedad que administra. Es evidente que este comportamiento no contiene el elemento esencial de la estafa que es, como se ha dicho el engaño antecedente y causalmente determinante de la entrega de la cosa por parte del engañado.

Por consiguiente, descartando la hipótesis de la calificación de los hechos como un delito de apropiación indebida, es evidente que además de por las razones expuestas con anterioridad, no es posible aplicar el tipo de la administración desleal como norma alternativa.

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

TRIGESIMOQUINTO.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose la aplicación indebida del art. 28 del Código Penal vigente (art. 14 del Código Penal de 1.973 en relación con los arts. 250.6ª y 7ª y 248 del Código vigente).

1.- Con carácter alternativo se plantea la cuestión relativa a la participación del acusado, que en su opinión debió ser condenado como cómplice por la menor relevancia objetiva de su contribución causal a la ejecución del delito.

El acusado se limitó a votar a favor del acuerdo inversor de la Corporación Industrial Banesto en el Centro Comercial Concha Espina, como los demás miembros de la Comisión Ejecutiva, ocultando, eso sí, su interés personal en el negocio, pero no tuvo intervención alguna en la ejecución de dicho acuerdo y en el decisivo proceso de negociación entre la corporación y el Centro Comercial cometido en la Comisión Ejecutiva encomendó al también acusado Arturo Romaní, consejero Delegado de la Corporación industrial Banesto y que éste desempeñó con absoluto protagonismo.

2.- El motivo reproduce tesis anteriormente mantenidas en relación con la Operación Cementeras y que ahora sustenta en relación con el delito continuado de estafa relacionado conjuntamente con las operaciones Concha Espina y Oil Dor. Solicita que su actuación sea valorada, unánimemente, como una aportación a título de cómplice ya que, en su opinión, su intervención no ha sido lo suficientemente relevante para ser catalogada como autoría.

Volvemos a insistir, como ya se ha dicho en motivos anteriores, que el recurrente ostentaba la condición de Presidente de la entidad bancaria y tenía amplias facultades ejecutivas y capacidad de decisión, de tal manera que sin su intervención era prácticamente imposible que los hechos hubieran podido realizarse. Por otro lado la intervención más del otro acusado, Arturo Romaní, no elimina, según el relato fáctico, la aportación relevante y directiva del recurrente que le constituye en un protagonista decisivo y principal que ha sido considerado acertadamente como autor directo y principal.

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

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

1.- No comparte el criterio de la sentencia recurrida que condena a los acusados Mario Conde y Arturo Romaní como autores de un delito continuado de estafa, al deber de indemnizar solidariamente al Banco Español de Crédito en la cantidad de 985.016.900 pesetas y en el momento de establecer las respectivas cotas internas, asigna a cada coautor idéntico porcentaje al 50%. Sostiene que el criterio del Tribunal es erróneo y no se ajusta a derecho ni parece equitativo porque en el quantum de la responsabilidad civil ex delicto, no puede prescindirse del beneficio efectivamente obtenido por cada partícipe y en el caso de autos, siempre según el relato de hechos probados el acusado, Mario Conde se enriqueció en 140 millones del total de 985 millones que la Sociedad Montilsa consiguió de ilícita ganancia.

2.- El planteamiento del motivo confunde el lucro personal, efectivamente conseguido como consecuencia del reparto de los beneficios obtenidos por medio de un hecho delictivo contra el patrimonio o la propiedad y la obligación de indemnizar al perjudicado que se deriva de la participación en el hecho delictivo. La referencia que el antiguo Código Penal hacía en su artículo 106, a la fijación de la cuota de responsabilidad civil cuando hubiese dos o más responsables civiles, era incompatible con la regla más precisa de la responsabilidad solidaria entre los autores de un hecho delictivo, de tal manera que la fórmula general que se derivaba del tenor literal del artículo 107 del Código derogado, era la de declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de los autores cómplices y encubridores, cada uno dentro de su respectiva esfera. La determinación de la responsabilidad civil ajustada estrictamente a la cuantía del beneficio obtenido, sólo estaba prevista (artículo 108 del Código derogado), a los participantes a título lucrativo que sólo estaban obligados al resarcimiento hasta la cuantía de su participación, lo que no deja lugar a dudas sobre la responsabilidad compartida y solidaria de todos los que no sean participantes a título lucrativo.

La imputación solidaria y conjunta de la responsabilidad obedece a la condición de coautor del delito al que se refiere el motivo, por lo que se le hace responsable de todo el perjuicio originado a la entidad afectada en su

patrimonio. Los repartos del lucro obtenido a consecuencia del hecho delictivo son una cuestión interna que afecta exclusivamente a la voluntad de los participantes pero la responsabilidad es y debe ser solidaria y total.

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

TRIGESIMOSEPTIMO.- Al amparo del n° 1° de 849 de la LECrim., por infracción de ley, estimándose indebidamente aplicado el art. 529.7ª en relación con el 528 del Código Penal de 1.973.

1.- El motivo es correlativo al que se articula con idéntico fundamento en relación con la denominada operación Centro Comercial Concha Espina, e insiste en que no hubo engaño ni lucro.

2.- El motivo, en este caso se refiere a la indebida aplicación de la agravante específica de la estafa, derivada de la importancia y gravedad del perjuicio causado, si bien se refiere exclusivamente a la operación denominada Oil Dor. Nos remitimos a los argumentos expuestos al responder a idéntica cuestión suscitada con motivo de la pena impuesta por la operación Concha Espina que ha sido considerada como constitutiva de un delito continuado de estafa.

Nos remitimos a todo lo expuesto en el motivo correlativo al que hemos hecho referencia.

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

TRIGESIMOCTAVO.- Al amparo del art. n° 1° del 849 de la LECrim., por infracción de ley, denunciándose la violación del art. 2.2 del vigente Código Penal (art. 24 del Código Penal de 1.973) en relación con el art. 295 del vigente Código Penal inaplicado por la sentencia.

1.- El motivo se refiere a la operación Oil-Dor y considera que debió aplicarse el art. 295 del Código vigente que regula la administración desleal y no la figura de estafa que indebidamente aplica el Tribunal de Instancia.

2.- Del mismo modo que se hizo con la operación Concha Espina, se plantea ahora la aplicación más beneficiosa del artículo 295 del vigente Código Penal a los hechos relacionados con la operación Oil Dor y que fueron calificados como un delito continuado de estafa. Ya hemos señalado y nos remitimos a lo expuesto, la absoluta imposibilidad de un concurso de normas entre la administración desleal y la estafa, por lo que reproducimos lo anteriormente expuesto.

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

TRIGESIMONOVENO.- Al amparo del número 1º del artículo 849 de La LECrim, por infracción de ley estimándose indebidamente interpretado el art. 74.1 del Código Penal vigente, con relación a los artículos 529.7ª del Texto refundido de 1.973 y 250.6ª y 7ª del Código Penal de 1.995.

1.- El motivo trata de fundamentar que incluso reputando más beneficioso el régimen de la continuidad delictiva del art. 74 del vigente Código Penal, el Tribunal a quo no debió partir del marco penal previsto en el artículo 250.6ª y 7ª con relación al 248, que es ley posterior más severa, no vigente en el momento de la comisión de los hechos, sino de la pena prevista para el delito de esta en el artículo 529.7ª con relación al artículo 528; esto es de la pena de prisión menor en sus grados mínimo a medio y no de la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

El artículo 74.1, in fine, preceptúa la aplicación de la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, lo que no autoriza, dicho sea con todos los respetos, a aplicar la ley más severa si es posterior y no estaba vigente en el momento de los hechos (art. 9.3 de la Constitución); si no la pena más severa contemplada en la ley que deba aplicarse en el caso de autos. El artículo 529.7ª con relación al 528 del Código Penal, Texto refundido de 1.973 vigente en el momento de los hechos.

2.- Como pone de relieve la representación del Fondo Nacional de Garantías de Depósitos Bancarios lo que se pretende, en definitiva, es que, admitiendo la continuidad delictiva en los delitos de estafa relacionado con el Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, se aplique la pena establecida en el artículo 528 del Código Penal de 1.973 (tipo básico de la estafa), pero fijando la pena en función de lo dispuesto en el actual artículo 74.1 del Código vigente que fija la pena en la mitad superior de la infracción más grave por estimarla más favorable. Sostiene además que dicha norma, deroga parcialmente las previsiones penológicas del delito continuado que contemplaba el antiguo artículo 69 bis y que permitían elevar la pena hasta el grado medio de la pena superior.

La valoración y mediciones realizadas por la parte recurrente sobre la duración de la pena con uno u otro precepto, son correctas pero se olvida de la barrera infranqueable que se alza frente a su pretensión por la Disposición Transitoria Segunda del vigente Código Penal que contemplando supuestos de combinación de preceptos procedentes de uno y otro Código, para llegar a la solución más favorable, establece de forma tajante que para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con aplicación completa de uno u otro Código.

La posición adoptada es tajante y elimina complejas valoraciones en las que entrarían en juego criterios personales y no siempre ajustados al principio de legalidad, por lo que se prohíbe de forma expresa la formación de una especie de Código mixto en que se entremezclasen y confundiesen los preceptos del derogado y del vigente.

En todo caso la opción elegida por la sentencia recurrida ha sido la más favorable al recurrente ya que con la legislación antigua aplicada en su integridad se hubiera podido llegar a una pena de diez años y cuatro meses de prisión mayor, mientras que con el Código nuevo se le han impuesto seis años de prisión.

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

B) RECURSO DE ARTURO ROMANI BIESCAS.

PRIMERO.- (Relativo a la Operación Cementeras). La interpone por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la Lecrim., por existir manifiesta contradicción entre los hechos que se declaran probados.

1.- La contradicción radica, en opinión de la parte recurrente, en que la sentencia afirma que las operaciones de división de las sociedades Cementeras, se complementaron con la adquisición, por parte de Banesto, de cuatro sociedades hormigoneras, con la finalidad de que, con esta operación, Banesto recibiera los fondos precisos con cargo al patrimonio de la familia Serratosa, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados en las participaciones.

Señala que en la sentencia se explica a continuación que esa pretendida operación de cuadro, sin que en realidad se lleguen a cuadrar las cifras, lo cual supone una manifiesta contradicción en los hechos declarados probados.

2.- Como ha venido reiterando una constante doctrina jurisprudencial de esta Sala, el defecto o vicio formal de la sentencia, que radica en la existencia de contradicción de hechos probados, requiere la concurrencia de una serie de requisitos. En primer lugar, la contradicción debe ser interna, esto es tienen que darse entre los pasajes del hecho probado, pero no entre estos y los fundamentos jurídicos. En segundo lugar ha de tratarse de un error gramatical y no conceptual, ya que para corregir tal contradicción existen otros cauces impugnativos. Es necesario que la disimilitud de las diversas expresiones, provoque su anulación o eliminación, originando el consiguiente vacío que deje al fallo sin sustento fáctico necesario. Se exige además que sea manifiesto e insubsanable, de manera que no sea posible conseguir la armonización del relato fáctico acudiendo a otros pasajes de la narración histórica de lo acontecido. Por último, como ya se ha dicho, tiene que ser esencial, de tal manera que afecte, de forma directa al fallo.

En algún supuesto, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de complementar el sentido e interpretación de los hechos probados, acudiendo a los aspectos fácticos, que algunas veces, de manera no demasiado correcta, se deslizan en los fundamentos de derecho.

3.- La contradicción se centra en torno a lo que afirma la sentencia, en relación con que, las operaciones de división de las Cementeras, se complementaron con la adquisición, por parte de Banesto, de cuatro sociedades hormigoneras, con la finalidad de que la entidad financiera, recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratosa, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones.

A pesar de la discrepancia de la parte recurrente y ciñéndonos exclusivamente al contenido de los hechos probados, observamos que la operación se describe, de forma clara y no contradictoria, en el relato de hechos probados. El número de participaciones comprendidas y los nombres de las cuatro hormigoneras, se detallan con precisión, fijándose la suma total pagada y afirmándose que, el precio fue desembolsado por Banesto y contabilizado en sus cuentas, sin que se practicase anotación contable alguna en las cuentas de la Sociedad Beta Cero, participada mayoritariamente por Banesto.

La afirmación incontrovertible y que en absoluto resulta contradictoria con otras declaraciones del hecho probado es que, como se ha dicho, la operación de la compra de las cuatro hormigoneras, tenía como finalidad cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y los valores dados a las participaciones. Hay que tener en cuenta que los valores dados a las acciones de la Cementeras para el intercambio, no fueron valores de mercado, excepto los correspondientes a Valenciana de Cementos y Sanson, cotizadas en bolsa, sino que se asignó un valor equivalente, por debajo del real, con la finalidad de conseguir ahorro fiscal.

4.- La sentencia, entrando en la valoración de la prueba utilizada para hacer la afirmación que combate la parte recurrente, pone en contradicción o enfrenta a las tesis mantenidas por la acusación y por las defensas, llegando a la conclusión fáctica ya mencionada, después de una sólida y minuciosa valoración de las pruebas testificales y periciales disponibles.

Limitando, en este momento, nuestra contestación a la cuestión formal planteada, tenemos que señalar que lo realmente pretendido por la parte recurrente es señalar un posible error de hecho en la apreciación de la prueba, que debe tener otros cauces casacionales, pero en ningún momento ha conseguido acreditar la pretendida contradicción entre los hechos probados. La afirmación de que el dinero resultante de toda la operación lo debía recibir Banesto y no un tercero, como supuesta retribución por una comisión por su intervención en la división del Grupo Cementero, no sólo es el resultado de la prueba, sino que en ningún momento, resulta contradictoria con otros pasajes del hecho probado.

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

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la Lecrim., por estimar que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

1.- Se designan como documentos indebitados, los que aparecen a los folios 2.240 a 2.951 de la pieza principal.

Señala que, según se decide en la sentencia, a través de la venta de las sociedades hormigoneras, se generan las plusvalías que fueron objeto de apropiación indebida por parte del recurrente, por lo que es importante acreditar cual era la función de la venta de esas hormigoneras.

La sentencia no llega a determinar esa función, por las razones de la intervención de las hormigoneras en la venta global de las Cementeras, por lo que entiende que, el error de la apreciación alegado, contiene significación

suficiente para modificar el sentido del fallo, puesto que para poder determinar que ha existido apropiación indebida, debe probarse primero que el importe en cuestión iba destinado, era propiedad o debía ser ingresado en Banesto.

Considera importante recordar que, con el reparto de las Cementeras, se aportaban también, las filiales que colgaban de cada una de ellas. Estima que, teniendo en cuenta que, en Prebetong Aragón, Hormifasa, Prebetong del Este y Ariforsa, un 30% de participación, pertenecía a Cementos del Mar, de conformidad al acuerdo alcanzado, deberían haber quedado en dicha entidad, o lo que es lo mismo del lado de la familia Serratosa, sin necesidad de hacer operación alguna de transmisión de acciones.

Añade, en apoyo de sus tesis, declaraciones testificales a las que se refiere la sentencia.

2.- El papel que desempeñaban las hormigoneras en la operación denominada Cementeras, aparece perfectamente diseñado en el relato fáctico, sin que resulte desvirtuado por la aportación documental que, la parte recurrente, hace en el desarrollo del motivo. No hay ningún elemento probatorio, de carácter documental, que contradiga la afirmación de que, las ganancias generadas por la venta de las hormigoneras pertenecían a Banesto, por lo que su desviación o incorporación a patrimonios diferentes, era constitutiva, como dice la sentencia, de un delito de apropiación indebida.

La realidad que se desprende del hecho probado permanece inalterable y se mantiene la afirmación de que la finalidad de que Banesto adquiriera las hormigoneras, no era otra que la entidad financiera recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratosa, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y los valores dados a las participaciones.

3.- La parte recurrente, apoyándose en la documentación que cita realiza unas valoraciones propias e interesadas de las operaciones de escisión y cuadre con las que pretende demostrar el error del juzgador.

Es importante para desmontar esta apreciación unilateral, tener en cuenta que, como ya se ha dicho, en el relato fáctico, las sociedades que cotizan en bolsa se vendían por su precio real, mientras que al resto se les asignó un valor por debajo del real con la finalidad de conseguir un ahorro fiscal. Esto hacía que, si se tomaba en cuenta el valor nominal que figuraba en el acuerdo que cristaliza la operación, se produjese un evidente e inexplicable desajuste, entre las recíprocas prestaciones, que fue equilibrado con la compra de las hormigoneras, sobre las que además se estableció una opción de recompra que ejercitada en el acto, sirvió para compensar a Banesto, del desequilibrio originado por la utilización de precios inferiores al del mercado.

Es evidente que al tratarse de precios al margen del real en el mercado, entraban en juego tasaciones de los expertos, que no podían ajustarse milimétricamente, a las necesidades originadas por los desequilibrios a los que hemos aludido con reiteración.

Ahora bien, lo verdaderamente esencial, a los efectos de configurar una base fáctica para la construcción de un delito de apropiación indebida, era que la plusvalía que origina la operación y nadie discute, fuese a parar a Banesto, a través de su sociedad instrumental Beta Cero, cuando en realidad esta sociedad, que no había contabilizado la compra de las hormigoneras, ni abonado su precio, vendió a la Sociedad Gay Cerdón, la totalidad de las acciones de las cuatro sociedades hormigoneras, por el mismo precio que las compró de 229.747.500 pesetas que había sido desembolsado por Banesto. Después de relatar, como Gay Cerdón realiza a su vez la venta de estas acciones a través de diversas operaciones, que ahora no son de interés, se afirma tajantemente que, el 72% de esta Sociedad pertenecía a Mario Conde por medio de numerosas sociedades interpuestas y que el resto, también por medio de sociedades participadas, eran en realidad propiedad de Arturo Román. Posteriormente para conseguir la finalidad de que los fondos resultantes de la operación con las sociedades hormigoneras, fueran a parar a manos de los acusados, interviene también la sociedad Data Transmission System y, entre ambas, se materializa, a través de cheques los beneficios

ilícitos que utilizaron el recurrente y Mario Conde para adquirir una serie de fincas que se describen en el relato fáctico.

4.- Frente a las realidades inconcretas, que puedan derivarse de la existencia de una compleja documentación, que tiende a difuminar una operación, que necesariamente debió ser más transparente y menos artificiosa, lo cierto es que la Sala sentenciadora, ha buscado la verdad material, a través de un análisis de las pruebas disponibles, para sustentar, por un lado, la tesis acusadora, que es la que resulta verdaderamente acreditada, y por otro los argumentos de la defensa. La valoración que se incorpora al hecho probado, no es arbitraria ni inconsistente y se basa en el análisis real de las pruebas testificales y periciales, a las que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

Entre los documentos contrastados, la Sala se decanta por el informe de los peritos designados por el Banco de España y la documental que le sirve de soporte, por lo que, desde una perspectiva puramente casacional, que es lo que ahora nos interesa, tenemos que declarar tajantemente que los documentos esgrimidos por la parte recurrente, que nadie discute su valor casacional, están totalmente contradichos por otros elementos probatorios, por lo que no puede prosperar la pretensión de que exista un error de hecho en la narración fáctica.

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

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Se designan como documentos, los que aparecen en los folios 2.944, 2.945, 2.925 a 2.927 y ss, 1.885 a 1.895 y 10.820, todos ellos de la pieza principal.

Trata de combatir la afirmación de la sentencia, en la que se dice que se transmitieron las sociedades hormigoneras de la sociedad Beta Cero a Gay Cordón por el mismo precio de adquisición.

De los documentos anteriormente citados, estima que está acreditado que Beta Cero no era, en ningún caso, la destinataria de las acciones de las hormigoneras, que la venta de las hormigoneras no eran tampoco un medio de dar dinero a Banesto, y que la venta, como flujo económico, va directamente del grupo Valenciana a la Sociedad Gay Cordón.

Considera que todo ello, tiene significación suficiente para modificar el sentido del fallo, puesto que para poder determinar que ha existido apropiación indebida, debe probarse que el importe en cuestión, iba destinado, era propiedad o debía ser ingresado en Beta Cero, como sociedad perteneciente al grupo Banesto.

2.- El motivo es, en parte, una reproducción del anterior, ya que sustancialmente los documentos invocados, son los mismos que en el motivo precedente, si bien añade otros que no fueron señalados en la preparación del recurso. Rompiendo los antiguos y rígidos formalismos casacionales, admitiremos también esta nueva aportación documental, aunque en el fondo su efecto para acreditar el error del juzgador es nulo. Ya hemos dicho que la Sala sentenciadora, apoyándose en una sólida prueba testifical y pericial, avalada por numerosos documentos, establece como conclusión incontrovertible, que el dinero, originado por la operación, a través inicialmente de la sociedad Beta Cero, pasó a manos del recurrente y otro acusado, cuando el verdadero destinatario, que resultó perjudicado, era la entidad Banesto.

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

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

1.- Se designan como documentos acreditativos del error del juzgador los folios 29.460 a 29.546 de la pieza documental, que, en su opinión, entran en contradicción con la valoración de la prueba que realiza la sentencia, al establecer que el recurrente aprovechó parte de los fondos de esa operación para la adquisición de la finca conocida como Hacienda Los Melonares, cuando del contenido de los documentos obrantes en los folios antes citados se deduce, que ello no es cierto. Añade que a tenor de dichos folios, se acredita que el importe de 530 millones de pesetas que salieron de la cuenta de la Sociedad Data, y que según la sentencia fueron utilizados para adquirir la finca antes mencionada, fueron devueltos íntegramente, junto con sus intereses, a la mencionada sociedad, por lo que es obvio que nunca pudieron servir para esta adquisición.

2.- Como puede observarse el motivo tiene como finalidad impugnar la realidad de la afirmación fáctica de la sentencia, en la que se dice que el acusado recibió, junto con Mario Conde, de la cuenta de Data Transmision System y Gay Cordon, la cantidad de 530 millones de pesetas que dedicaron a la adquisición de un complejo de fincas conocidas como la “Hacienda de los Melonares”. El dinero procedía de los beneficios ilícitos, obtenidos por el acusado en la Operación Cementeras.

Ya hemos advertido, con carácter general, las características que debe reunir un documento para que pueda ser considerado como elemento casacional con objeto de poder debatir, si efectivamente tiene virtualidad y entidad suficiente, para acreditar un posible error del juzgador.

La entidad documental de los folios citados y su contenido intrínseco, han sido objeto de un examen minucioso por parte de la Sala sentenciadora y sería suficiente con señalar que, frente a la materialidad de su contenido, se alza frontalmente el informe prestado por el policía judicial número 13.627, que obra a los folios 9.743 y ss del Tomo XXXIII de la pieza principal, ratificado en el acto del juicio oral, (páginas 6472 y ss del acta del juicio oral), en el que compareció en su condición de testigo, pues así se propuso por alguna de las partes.

En relación con el punto concreto que es el objeto de este motivo, se ha dispuesto además de los tres cheques procedentes de la cuenta corriente de Data Transmission System, cuyos importes y fechas se precisan. Dichos talones fueron entregados a la familia propietaria de la finca, conocida como la “Hacienda de los Melonares” y constituían parte del precio de su adquisición.

La sentencia valora y admite la existencia de testimonios procedentes de personas relacionadas con la familia Quesada (vendedores de la finca), pero estima, después de un análisis de los contratos de opción de compra sobre los que se sustenta la tesis de la procedencia del dinero, que nos encontramos ante un supuesto de un negocio jurídico simulado, que trata de dar cobertura formal al pago.

Frente a esta realidad, que la sentencia considera aparente, no existe ningún documento consistente y fehaciente, que demuestre que la Sociedad Data Transmission System tuviera en su objeto social estas actividades, y el vendedor no pudo afirmar o confirmar, que algún representante de la empresa, visitara los terrenos que pretendía adquirir, ejercitando el contrato de opción.

En pocas ocasiones nos encontramos ante una sentencia, que haga un examen tan minucioso de todos los elementos probatorios, que tienden a acreditar lo afirmado en el hecho probado, por lo que, sin perjuicio de realizar más adelante otras valoraciones y ciñéndonos al punto concreto sobre el que versa el motivo y el error imputado a la sentencia, debemos confirmar, que existen elementos documentales, periciales y testificales que contradicen la realidad que pretende extraerse de los documentos esgrimidos por la parte recurrente.

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

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

1.- Sostiene que se ha llevado a cabo una pesquisa general o “inquisitio generalis” prohibida, por el sistema, en aras de la consecución de una condena o de un resultado condenatorio.

Entiende que, con el contenido de la sentencia dictada, se han infringido los más elementales principios del derecho penal garantista propio del Estado de derecho, al ampliar, en dos ocasiones, las solicitudes contenidas en los escritos de conclusiones definitivas, tanto del Ministerio Fiscal como de las Acusaciones Particulares, representadas por el Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios y Banesto.

Alega que se ha producido una ampliación del relato fáctico, por parte de la Sala sentenciadora, lo cual se deduce del contenido del apartado correspondiente de los hechos que se declaran probados en torno a esta operación.

En definitiva, lo que pretende la parte recurrente, después de hacer un análisis amplio de los hechos y de citar algunas sentencias, como precedente jurisprudencial, es que se declare la vulneración de derechos fundamentales y se proceda a dictar nueva resolución, en la que por una parte, no se tenga en cuenta, en ningún caso, los hechos relativos a las Sociedades Ariforsa-Prebetong del Este y, por otra, se deje sin efecto el comiso decretado en torno a la finca “La Hacienda de los Melonares”, basándose en los mismos argumentos realizados por la sentencia recurrida respecto de la finca “Los Carrizos de Castillblanco S.A”.

2.- Por lo que respecta a la vulneración del principio acusatorio, que se centra en la llamada operación Cementeras y que hace referencia a la inclusión de las Hormigoneras Ariforsa y Prebetong del Este, damos por

reproducido todo lo que ya se ha expuesto anteriormente, con carácter general, respecto de la misma cuestión alegada también por el recurrente Mario Conde.

En relación con el comiso de la Finca denominada “La Hacienda de los Melonares”, debemos hacer constar que, sin perjuicio de la respuesta concreta que se dé en su momento a la pretensión esgrimida por la entidad Longanor S.A respecto de la titularidad de la misma, se trata de una cuestión que debe de ajustarse al contenido de los hechos probados, en los que se pone de relieve que la adquisición de la finca mencionada por el recurrente, se realizó utilizando sociedades instrumentales en las que, su apariencia externa, sólo servía para encubrir la verdadera titularidad y dominio de las mismas por parte del acusado.

Asimismo debemos hacer constar que los argumentos utilizados por la sentencia, respecto de la finca “Los Carrizos de Castellblanco S.A”, no tienen nada que ver con el supuesto que se plantea en el presente motivo, ya que la entidad Longanor S.A, no ha sido declarada responsable civil, sino que ha sido considerada como titular aparente y formal de una finca, que ha sido adquirida de manera clara y terminante, según el hecho probado, con dinero y ganancias procedentes del delito de apropiación indebida que se imputa al recurrente.

Como precisaremos con más detalle en su momento, toda la cuestión relativa a la adquisición de la finca decomisada, las operaciones realizadas para su compra y la intervención de las personas que representaban los intereses exclusivos del acusado, fue objeto de debate durante el juicio oral, por lo que difícilmente se puede sostener la existencia de indefensión y la falta de garantías.

Por último y en relación con la alegación inicial de la existencia de una pesquisa general, debemos reiterar, como ya se ha dicho en las cuestiones previas, que quizá debió escindirse esta causa en varias actuaciones independientes, pero ello no justifica la alegación formulada sobre una “inquisitio generalis”, ya que en el relato de hechos probados y en la

fundamentación de la sentencia, se especifican y separan nítidamente, las diversas operaciones que fueron objeto de acusación y respecto de las cuales tuvo el acusado oportunidad de defenderse.

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

SEXO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., por infracción del art. 24.2 de la Constitución y el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio de Roma.

1.- Mantiene que se han forzado interpretativamente los arts. 468.2 y 723 de la Lecrim., hasta el límite de su práctica derogación implícita, habiéndose tenido en cuenta la pericial de los llamados peritos del Banco de España D. Juan Sebastián Román Quiñones y D. Juan Carlos Monje García en las operaciones que han venido denominándose Cementeras, Centro Comercial Concha Espina, Oil Dor y Carbueros Metálicos, cuando al parecer del recurrente, dicha prueba debió ser expulsada del proceso, tal como se solicitó, en aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Termina señalando, que traspola todo el presente alegato a los efectos que en el relato de hechos, tuviera en cuenta todas y cada una, de las operaciones descritas en la sentencia.

Se hace una referencia al Auto de 4 de Noviembre de 1.997, dictado en el incidente de recusación de los peritos y se insiste en que la prueba derivada de sus valoraciones y manifestaciones, debe ser expulsada del proceso.

En defensa de su postura cita una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de Mayo de 1.985, en el asunto BÖNIHS conforme a la cual concluye que la utilización de dichas pericias, conculca el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia, produciéndose una conexión de antijuricidad con las pruebas

derivadas de dicha pericia, que llevan, en su opinión, a la anulación de todo el proceso.

2.- Esta cuestión ya ha sido abordada con carácter preliminar y además alegada específicamente por el anterior recurrente, por lo que nos remitimos a lo expuesto en dichos apartados, para dar contestación a las pretensiones planteadas por el acusado.

La utilización de peritos por parte de las acusaciones, ante un Tribunal imparcial, que no ha participado ni está contaminado por la instrucción de la causa, es perfectamente válida con arreglo a nuestro sistema procesal, ya que no priva a las partes acusadas de nombrar expertos que puedan contradecir las conclusiones de los presentados por la acusación. Se mantiene el principio de igualdad de armas procesales y pertenece exclusivamente a la valoración de la Sala, la decisión sobre cual de las pericias utilizadas (que en el caso presente han sido numerosas) estima más ajustada a la realidad de los hechos que considera probados.

Como se pone de relieve en el escrito de impugnación del Fondo de Garantías de Depósitos, en el supuesto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido anteriormente citada, se había vulnerado el derecho de contradicción y defensa, habiéndose conculcado además la igualdad de armas procesales, lo que, como ya se ha dicho, no sucede en el caso presente.

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

SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación al art. 5.4 de la LOPJ en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española y art. 6.3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

1.- Entiende que ha existido una quiebra del principio acusatorio, en cuanto que en el relato de hechos de la sentencia, así como en la calificación jurídica de los hechos relativos a dicha operación y en la responsabilidad civil “ex delicto” derivada de ésta, y, por supuesto, en la condena impuesta al

recurrente, se han tenido en cuenta también los hechos relativos a las hormigoneras Ariforsa y Prebetong del Este, cuando es evidente que, en los autos de apertura del juicio oral, estos extremos no eran objeto de debate procesal acusatorio.

Como puede verse, se vuelve a insistir en la conculcación del principio acusatorio y se solicita, que no se tenga en cuenta la ampliación del hecho por parte de la Sala sentenciadora, al haber incluido las operaciones relacionadas con las Hormigoneras Ariforsa-Prebetong del Este, lo cual incidiría también en la responsabilidad civil.

2.- El motivo es idéntico no solamente al formulado en el apartado quinto del mismo recurrente, sino al planteado con anterioridad por el otro acusado, así como con todo lo expuesto sobre la vulneración del principio acusatorio.

Debemos insistir en que todo lo relacionado con las Hormigoneras anteriormente mencionadas, fue objeto de acusación, se introdujo en el debate del juicio oral, fue objeto de contradicción y prueba y por tanto las partes tuvieron oportunidad de defenderse de este aspecto de los hechos, sin que se les haya producido indefensión, ni se hayan visto sorprendidos por una ampliación indebida de los términos de la acusación.

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

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española y art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

1.- Considera, en relación a los hechos que se declaran probados, que no existe una correspondencia con la realidad probatoria y que no se ha dispuesto de prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia.

Este motivo casacional se centra en la afirmación, que se hace en el folio 67 de la sentencia, al señalar que las operaciones de división de las Cementeras, se complementaron con las de las hormigoneras, con la finalidad de que con esta forma de actuar, Banesto recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratoso, con el fin de cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones.

Estima que estos hechos, no han sido probados en modo alguno y vulneran el principio de presunción de inocencia.

Reconoce que algunos aspectos del presente motivo, ya han sido abordados en los ordinales primero y segundo del presente recurso de casación, por la vía del quebrantamiento de forma y el error de hecho. Insiste ahora en la insuficiencia e inexistencia de actividad probatoria de cargo, de significación incriminatoria e impugna la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora y más concretamente la que figura al folio 168 de la Sentencia.

Frente a las tesis de las acusaciones, basadas en que la utilización de las Hormigoneras tenía como finalidad cuadrar el importe neto de los cobros y pagos de los valores pactados, la parte recurrente insiste en que la suma generada, era una forma de habilitar una comisión para un tercero, en pago de una serie de servicios que se describen, amplia y detalladamente, en el escrito de conclusiones de la parte recurrente, solicitando en consecuencia la absolución por estos hechos.

2.- Como puede observarse por la lectura del anterior apartado, el propio recurrente admite que ha existido un debate probatorio, sobre las dos opciones alternativas mantenidas por la acusación y por la defensa y que la propia Sala sentenciadora, ha tenido en cuenta la actividad probatoria disponible para decantarse por la decisión que transcribe en el hecho probado.

De manera clara y terminante, la Sentencia recurrida, en el último párrafo de la página 168, afirma que la tesis que sostiene la acusación se encuentra avalada por varios testimonios, que, a juicio de la sala son verosímiles y revestidos de la necesaria objetividad para su valoración como

prueba. Se basa para ello no solamente en los testimonios escuchados durante la vista oral, cuya valoración detalla en cada uno de los supuestos, sino también del informe de los peritos designados por el Banco de España y de toda la prueba documental, que sirve de soporte incuestionable a dicha pericia.

No es tarea de esta Sala, proceder a una reelaboración total de las pruebas esgrimidas, sino comprobar, en virtud del principio de presunción de inocencia esgrimido, si la prueba utilizada es válida, desde el punto de vista de su inclusión en el proceso y si arroja conclusiones lógicas y acordes con la valoración que la Sala ha efectuado. Del examen de la sentencia se deduce que, efectivamente se han respetado los presupuestos básicos de la presunción de inocencia y que las conclusiones contrarias a las pretensiones de la parte recurrente, están sólidamente fundadas en la prueba que se analiza en los folios 168 a 170 de la Sentencia recurrida.

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

NOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, así como del art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

1.- Vuelve a insistir en la inexistencia de prueba, sobre la cuestión relativa a que Banesto recibiera los fondos precisos, con cargo al patrimonio de la familia Serratosa, para cuadrar las cifras resultantes del acuerdo de escisión y de los valores dados a las participaciones.

Hace una extensa revisión probatoria, de las declaraciones prestadas sobre este punto a lo largo de las actuaciones.

De manera más concreta el motivo que, como ya hemos dicho, es una variante del anterior, insiste en que las manifestaciones testificales, utilizadas como elemento probatorio por la Sentencia recurrida, están en

contradicción con otros elementos probatorios que, según el recurrente, ponen de relieve, que las diferencias de precio generadas por la operación, estaban destinadas a una Comisión para un tal Jaime Cedeño, de nacionalidad Panameña, que no ha sido posible traer a juicio, pero cuyo acuerdo, se elevó a público, con base en la minuta elaborada por un Abogado Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá.

La parte recurrente, realiza un análisis de la prueba existente en las actuaciones y de la realizada en el acto del juicio oral, reproduciendo incluso las preguntas y respuestas formuladas en su momento, estableciendo como conclusión que, algunos de los testigos, mintieron, según su opinión y que los cálculos realizados en la Sentencia, respecto de las compensaciones de los precios, carecen de rigor, solicitando finalmente, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, la absolución del delito de apropiación indebida.

2.- En definitiva el motivo, con muchos más detalles y exhaustividad, vuelve a insistir en el tema de la presunción de inocencia, sobre la base de realizar un análisis probatorio de carácter parcial e interesado, que pretende superponer a la valoración realizada por la Sala sentenciadora y que ya ha sido expuesta en anterior ocasión. No podemos admitir, por la vía de la presunción de inocencia, unas alegaciones que ya han sido debidamente confrontadas en el trámite probatorio y que han sido analizadas profundamente, por la Sala sentenciadora, sobre la base de pruebas lícitamente obtenidas y cuyo sentido incriminatorio, a la vista de sus razonamientos resulta incuestionable.

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

DECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ y en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, así como del art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

1.- En este punto, combate la afirmación de la sentencia, sobre la atribución al recurrente de la titularidad de la sociedad Longanor S.A., cuando estima que no sólo no ha sido probada en modo alguno, sino que nunca podría haber sido acreditado porque no es cierto, lo cual seguramente resulta más importante. Insiste en que el recurrente, nunca ha ostentado una sola acción de dicha sociedad, desde su constitución hasta hoy, ni tampoco ha tenido cargo o facultad de administración de cualquier tipo sobre la misma. Señala también, que durante toda la tramitación de esta causa, no se adoptó ninguna medida respecto de la misma.

En su opinión, no existe prueba alguna practicada en el juicio oral e incluso durante la instrucción de la causa, ni documento alguno que permita afirmar que la Sociedad Longanor S.A, ni es ni ha sido nunca propiedad del recurrente, ni siquiera parcialmente.

Afirma que no se ha aportado a la causa, el historial registral de la Sociedad, ni se ha tomado declaración a ningún accionista ni representante de la misma, y sin embargo se procede al comiso de la finca propiedad de dicha sociedad denominada “La Hacienda de los Melonares”, sin que haya sido parte en el juicio, citando en apoyo de su tesis, varias sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

2.- Sin perjuicio de reiterar una vez más que se hará una referencia expresa al tema de la constitución formal de la Sociedad Longanor S.A, respecto de la finca decomisada al examinar los motivos planteados por la misma, lo cierto es que las afirmaciones fácticas de la Sentencia, en relación con la titularidad y dominio de la misma por parte del recurrente, resultan no sólo inamovibles por la vía del error de derecho, sino que están sólidamente asentadas sobre pruebas existentes en las actuaciones.

A pesar de la titularidad formal de las acciones, en la fecha de la compra de la “Hacienda de los Melonares”, lo cierto es que resulta indiscutible e inatacable por esta vía que, como señala el Ministerio Fiscal, dicha sociedad fue beneficiaria de las ganancias ilícitas originadas por las operaciones Cementeras y Concha Espina y que se canalizaron por sociedades interpuestas

como Montilsa, Apolo Inversiones y Servicios, Gay Cordon y Data Transmission, según se desprende del informe de la Agencia Tributaria de Julio de 1.998.

Es un dato objetivo y revelador, que no ha podido ser contradicho por ningún documento concluyente, que acredite el error del juzgador, que la Sociedad Longanor S.A tenía su domicilio social en el despacho del acusado y que la administradora única, así como de otras sociedades dominadas por Arturo Romaní, era su Secretaria Elena García Baquedano.

Asimismo existe prueba testifical y documental, que acredita que dicha sociedad, suscribe una ampliación de capital de inversiones Rondonópolis, que también era de Romaní desembolsando un capital de 171.000.000 de pesetas, que en 1.994 transmitió a sus hijos, transfiriéndoles la participación en la Sociedad.

Por todo ello las afirmaciones de la Sala sentenciadora en relación con la verdadera titularidad y dominio de la Sociedad Longanor S.A, están sólidamente asentadas y responden a una prueba, que fue debatida en el acto del juicio oral y que permitió a la Sala sentenciadora llegar a una conclusión sobre este extremo.

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

DECIMOPRIMERO.- Por infracción de ley del art. 849.1º de la Lecrim., por haberse infringido los arts. 535, 528 y 529.7º del Código Penal de 1.973 al verificarse su indebida aplicación así como el art. 25 de la Constitución y con carácter subsidiario alternativo la indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

1.- Aunque el motivo se plantea por la vía del error de derecho, en realidad todo su desarrollo, se centra en combatir las afirmaciones fácticas de la sentencia, si bien al final admite dialécticamente que si se hubiera acreditado perjuicio, lo más que podría haberse esgrimido sería una acción social de

responsabilidad y no es posible aplicar retroactivamente el delito de administración desleal del art. 295 del Código Penal actual, que no estaba vigente en el momento de la comisión de los hechos.

A pesar de lo expuesto, finalmente y con carácter subsidiario y alternativo, sostiene que es más beneficioso para el reo el Código de 1.995 ya que las penas del art. 295, son de prisión de 6 meses a 4 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Solicita, la condena a la pena de prisión de un año quedando, como facultad discrecional del Tribunal, la imposición alternativa de una pena de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

2.- Ajustándonos a la literalidad del hecho probado, a lo que nos obliga la invocación del art. 849.1º y la denuncia de la infracción de determinados preceptos penales sustantivos, no podemos sustraernos al contenido del relato fáctico, en el que se afirma que el recurrente y el otro acusado Mario Conde, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio, aprovecharon la operación de las Hormigoneras, para hacer llegar determinados fondos a las sociedades Gaya Cordon y Data Transmission System vinculadas con las anteriores y adquiridas con ese fin, que de no intervenir los anteriores, en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito.

La narración fáctica describe minuciosamente todo el entramado instrumental y la utilización de sociedades interpuestas, para conseguir los fines anteriormente descritos, precisándose en el apartado 9, de forma detallada, cual fue el mecanismo para el aprovechamiento, en propio beneficio, de los fondos depositados en las cuentas corrientes de Data Transmission System y Gay Cordon, así como su utilización, a través de sociedades para adquirir determinados bienes.

3.- Dando por reproducidos razonamientos que ya hemos deslizado en anteriores motivos, que versaban sobre estos mismos hechos, debemos insistir en que la disyuntiva entre la opción por el delito de apropiación

indebida del artículo 535 del antiguo Código Penal de 1.973 y la posible alternativa de reconducir los hechos al actual artículo 295 del Código Penal, debe ser descartada ya que se trata de figuras delictivas diferentes, que no plantean problemas de concurso de normas.

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

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

1.- El motivo ha sido renunciado por lo que nada hay que manifestar sobre este punto.