

OPERACIÓN COMERCIAL CENTRO CONCHA ESPINA.

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

1.- Se cita, a efectos documentales, los folios 91 y ss de los Tomos 41 a 43 de la Pieza Documental, donde consta el acta de la sesión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, celebrada en fecha 26 de Septiembre de 1.991, asimismo se apoya en el contenido de los folios 10.237 a 10.244 de la Pieza Documental, en los que se contiene el contrato suscrito entre la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A y Dorna S.A, de fecha 25 de octubre de 1.991. También se acude al contenido de los certificados aportados por la parte recurrente en el turno de intervenciones establecido al amparo del art. 793.2 de la LECrim., y en concreto el certificado del Corredor de Comercio Colegiado D. Santiago Travesedo y Colón de Carvajal, que acredita que Montilsa entra en la esfera de administración del recurrente con fecha 25 de octubre de 1.991. Acude también al contenido de los folios 30.577 y ss de la pieza documental, donde figura el contrato de fecha 5 de Noviembre de 1.991, mediante el que Dorna S.A., compra a Montilsa el 29% de las cuentas en participación. Termina afirmando que por la documental citada anteriormente, se acredita que a la fecha 26 de Septiembre de 1.991, esto es cuando por parte de la corporación Industrial y Financiera de Banesto, se toma la decisión de comprar el 48% de la participación en la esquina del Bernabeu, el recurrente ni ninguna empresa a él vinculada, ostentaba ninguna participación dentro de la referida esquina del Bernabeu.

2.- Todo el desarrollo del motivo está encaminado a tratar de demostrar que el juzgador se ha equivocado, al afirmar que el acusado, antes de la reunión de 26 de Septiembre de 1.991 tenía participación en el negocio conocido como esquina del Bernabeu, lo que impediría que pudiera ser artífice

de cualquier maniobra engañosa, ya que no existía un interés propio ni, en su opinión, conocía que el resto de los acusados condenados pudiera tenerlo. En definitiva sostiene que su intervención en todas las operaciones que se describen, es posterior al acuerdo de 26 de Septiembre.

3.- En realidad, para contestar a estas objeciones nos bastaba con remitirnos a la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora, en cuanto que dedica una especial atención al examen y análisis de los documentos alegados por la parte recurrente. En virtud de esta valoración, que no podemos considerar errónea, la Sala da por probado que la Sociedad Gestiesa, sobre cuyo funcionamiento tenían pleno dominio el recurrente y el otro acusado, disponía de una cuota del 29% de las cuentas en participación. Sobre esta base fáctica se inician una serie de transmisiones, en cuyo intermedio aparece la Sociedad Apolo Inversiones, que posteriormente cede a Montilsa ese 29% antes mencionado de las cuentas en participación y que, es precisamente esta Sociedad, la que las vende, a través de Dorna, a la Corporación Industrial Banesto.

La realidad material, que debe buscarse en el curso de la investigación y enjuiciamiento de los hechos penales, está por encima de la apariencia formal de determinados documentos que, sin fiabilidad ni veracidad plena, afirman que efectivamente la Sociedad Montilsa, entra en la esfera de la administración del recurrente el 25 de Octubre de 1.991, es decir, en fecha posterior a la adopción del acuerdo de compra de las cuentas en participación por parte de la Comisión Ejecutiva. Lo verdaderamente relevante no es el juego, que puede ser perfectamente maquillado, de las fechas, sino el hecho incuestionable de que el acusado disponía, antes del mencionado acuerdo, de las cuentas en participación a través de Gestiesa y Apolo y que esas cuentas en participación se adquirieron a título gratuito por Montilsa, para su posterior venta a título oneroso y a un precio altamente remunerativo a Dorna, que es finalmente la entidad que se las vende a la Corporación, consumándose de esta manera el lucro ilícito mencionado.

En definitiva, sea cual sea la fecha real de la entrada del recurrente en Montilsa, lo cierto es que el proceso seguido para la ejecución del beneficio y que se describe en el relato de hechos probados, no resulta desmentido por el contenido de los documentos invocados.

4.- Encontrándonos, como sucede en el caso presente, ante un supuesto de error de hecho, no puede olvidarse que nuestro sistema no solamente limita su posible estimación a la vía exclusiva de la aportación documental, sino que es muy estricto en cuanto al contenido de los documentos y admite la posibilidad de que existan otras pruebas de carácter personal, pericial o documental, que pueden contradecir el contenido, más o menos consistente, de determinados documentos, remitiéndonos expresamente al apartado b) de la valoración jurídica de la prueba realizada por la Sentencia y que figura en el folio 200 y 201 de la misma.

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

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

1.- Se citan los documentos contenidos en los folios 383 a 409 de la pieza principal, las actas de la Comisión Ejecutiva de Corporación Industrial Banesto, contenidas en el tomo 41 de la pieza documental, las actas de la comisión ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, contenidas en el tomo 42 de la Pieza Documental y los folios 117 a 134 del Tomo 42 de la Pieza Documental.

Trata de combatir la afirmación de la sentencia, en la que se dice que el engaño inherente al delito de estafa concurre en la decisión de inversión en el Centro Comercial Concha Espina, que se toma en la sesión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, celebrada en la fecha 26 de Septiembre de 1.991. Partiendo de dicha acta, combate la afirmación de

la sentencia que considera como sujeto pasivo de dicho engaño, a los restantes miembros de la comisión ejecutiva de la referida corporación.

Sostiene que de los documentos citados, se desprende que el recurrente y el otro acusado Mario Conde, tenían amplios poderes de administración para obligar a dichas entidades y para haber decidido legítimamente, en el seno de sus poderes de administración, la inversión en el Centro Comercial Concha Espina, sin tener que pasar por el seno de la Comisión ejecutiva, que para nada era preceptiva.

2.- Sobre la base documental anteriormente mencionada, se pretende acreditar que dada la posición dominante del recurrente y de otros acusados, en las reuniones de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto que decidieron la inversión en el Centro Comercial Concha Espina, no existe base fáctica para construir el engaño inexcusable para la existencia del delito de estafa.

Los documentos que se mencionan, reflejan una realidad introducida en su texto por los redactores de los mismos y en principio no existe obstáculo alguno para admitir, que lo que en ellos se relata responde a la realidad de lo acontecido, hasta tal punto, que es necesario llamar la atención sobre el hecho de que, el relato fáctico, no se aparta en nada sustancial, respecto del contenido de los documentos, por lo que difícilmente se puede mantener la existencia de un error de hecho.

Damos por supuesto que las reuniones existieron y se desarrollaron en los términos que se desprenden de los documentos mencionados.

Ahora bien, en nada contradicen las afirmaciones que en la Sentencia se hacen, sobre el alcance jurídico de los acuerdos adoptados y de las respectivas facultades que correspondían a cada uno de los componentes de la Comisión Ejecutiva de la Corporación.

Lo realmente significativo, a los efectos que verdaderamente nos interesan, en relación con la más adecuada y acertada calificación jurídica de los hechos, es que las operaciones se llevaron a efecto, los perjuicios para la entidad o grupo Banesto fueron reales y efectivos y que el recurrente y los otros acusados, ocultaron en dicha reunión, datos sustanciales, que de ser conocidos hubieran impedido la adopción de los acuerdos.

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

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

1.- Sostiene que los hechos probados no se corresponden con la realidad y que, por ello, no pueden adoptarse como prueba de cargo válida para enervar la presunción de inocencia. Combate varias afirmaciones de la sentencia que estima carentes de prueba, como la relativa a la utilización de una Sociedad denominada Gestión de Títulos y Servicios S.A, que con posterioridad se convertiría en Apolo Inversiones y Servicios S.A, para la adquisición de un 29% de las cuentas en participación, cediendo posteriormente esa participación a la Sociedad Montilsa. Asimismo estima que no hay prueba, respecto de las afirmaciones, en relación con que las cuentas de participación es una fórmula que no produce o puede producir tantos beneficios como adquisición de acciones de la sociedad titular del negocio. Tampoco ha resultado acreditado que la conducta del recurrente produjera un perjuicio patrimonial a la sociedad administrada. Por último, combate la afirmación relativa a que el recurrente no informó a los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación, con fecha 26 de Septiembre de 1.991, y que los acusados vendieron las participaciones que hubieran adquirido ocultando su interés en el negocio.

2.- El motivo utiliza la vía de la vulneración de derechos fundamentales, para denunciar que los hechos probados no se corresponden con la realidad, en este caso, por insistencia de prueba de cargo respecto de las imputaciones que se le hacen en relación con el Centro Comercial Concha Espina.

La valoración de la prueba realizada por la Sala Sentenciadora, y a la que ya hemos hecho referencia en anteriores motivos, pone de relieve la existencia de una prueba válidamente obtenida y sólidamente asentada, sobre elementos probatorios incorporados a las actuaciones y desarrollados en el momento del juicio oral.

El artificioso camino seguido para transmitir las participaciones de unas sociedades a otras, ya ha quedado desmontado por las valoraciones probatorias racionales, lógicas e incontrovertibles, realizadas por la Sala sentenciadora, por lo que el resto de las alegaciones sobre la existencia o no de un perjuicio para la sociedad administrada, el carácter de la información facilitada a los componentes de la Comisión Ejecutiva y las ventajas o desventajas derivadas de que, la transmisión a la Entidad Banesto, fuese de cuentas en participación y no de acciones, es un tema que más que impugnar la realidad de lo afirmado por la Sentencia, entra en valoraciones que corresponderían a la calificación jurídica de los hechos, de tal manera que, puede observarse, por el desarrollo del motivo, cómo después de combatir la realidad fáctica, se termina argumentando que no ha existido engaño y solicitando la absolución. En definitiva, suscita temas de fondo y no desmonta la valoración probatoria que realiza la Sala sentenciadora.

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

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

1.- Estima que no existen los elementos configuradores del delito de estafa, que exigen necesariamente un engaño, que provoque un error en otro, que le conduce a realizar una disposición patrimonial, en su propio perjuicio o en el de un tercero. Señala que el engaño ha de ser capaz, idóneo o bastante, por lo que sin engaño no hay error ni conducta fraudulenta alguna y estima que, en este caso, el engaño no es capaz de causar error, por las circunstancias concretas que rodean el hecho. Tampoco existe un pretendido perjuicio para la Corporación Industrial Banesto y un correlativo beneficio ilícito de unos determinados administradores, entre los que se encuentra el recurrente.

Señala que las acusaciones optaron por la calificación de los hechos como delito de estafa, cuando la esfera de tipicidad, más cercana a esta pretensión acusatoria, la ofrece el art. 295 del Código Penal de 1.995 (administración desleal), inexistente en el momento de los hechos y de imposible aplicación retroactiva contra el reo.

Por último y a efectos dialécticos, admite, como alegación subsidiaria o alternativa, que hubiera existido un abuso de funciones en determinados administradores de la Corporación Industrial Banesto, al ostentar una pretendida doble posición societaria, en cuyo caso procedería la aplicación retroactiva favorable al reo del art. 295 del Código Penal vigente, que habría venido a descargar de funciones incriminadoras al delito de estafa. A la vista de ello, se solicita la imposición de la pena de un año de prisión, ya que con respecto al art. 295, no operan los tipos agravados del art. 250 del Código Penal.

2.- La cuestión de fondo que se plantea en el presente motivo ya ha sido abordada en anteriores apartados, por lo que, en lo sustancial, la daremos por reproducida. Es evidente que no puede establecerse un paralelismo entre el delito de estafa y el de administración desleal, por lo que cualquier pretensión de aplicar criterios de especialidad o alternatividad carece de viabilidad en el supuesto presente.

Como puede observarse, no se hace referencia, en este punto, a la continuidad delictiva aplicada por la Sala sentenciadora, al amparo del artículo 74 del Código Penal de 1.995, por lo que no es necesario entrar en valoraciones sobre esta posición jurídica adoptada por la Sala sentenciadora.

En relación con las circunstancias de agravación específica del artículo 250 del Código Penal y que han sido aplicadas en la sentencia, debemos señalar que, por lo que se refiere a la especial gravedad, derivada del valor de la defraudación y la entidad del perjuicio, no cabe discutir que, aunque la sociedad afectada tuviese una relevante posición económica, el elemento determinante de su aplicación viene marcado por el valor objetivo del hecho delictivo, que se imputa a los acusados y que en el caso presente alcanza la considerable cifra de 1.776 millones de pesetas.

Por lo que respecta a la circunstancia séptima, que se refiere al abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador, estimamos que nos encontramos ante un supuesto paradigmático, tal como han sido relatados los hechos por la Sala sentenciadora, ya que el protagonismo delictivo corresponde a unos administradores, que ocupaban una posición dominante y relevante, dentro de la entidad financiera, que se aprovechan de ella para poder montar todo el entramado que constituye el engaño determinante de la estafa y que, además, desarrollan una actividad principal, en función, no sólo de su posición institucional, sino también desde su dominio de hecho, en el funcionamiento del complejo financiero, de cuya administración eran responsables.

No por ello, se puede confundir esta conducta con la de administración desleal, ya que en este caso, la trama engañosa estaba directamente encaminada a conseguir un lucro o beneficio propio para el recurrente y los otros acusados, lo que excluye la figura de la administración desleal que se basa en el perjuicio, a las terceras personas que se describen en el artículo 295 del Código Penal.

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

OPERACIÓN OIL DOR.

DECIMOSEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 de la Lecrim, por haber existido error en la apreciación de la prueba.

1.- Se designan, como documentos acreditativos del error los folios 383 a 409 de la pieza principal, las actas de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, contenidas en el tomo 41 de la pieza documental, las actas de la Comisión Ejecutiva de Corporación Industrial Banesto, contenidas en el Tomo 42 de la pieza documental y los folios 117 a 134 del Tomo 42 de la pieza documental.

Combate la afirmación de la sentencia, en la que se dice que el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto, de fecha 2 de Abril de 1.992, sólo pudo ser alcanzado por el concurso de todos los asistentes, pues los acusados por esta operación (Arturo Romani, Mario Conde y Rafael Pérez Escolar) no constituían la mayoría suficiente, para la adopción válida de la prueba; ya se ha dicho, en otra ocasión que, tanto el recurrente como los otros acusados, tenían amplios poderes de administración, para obligar a dicha entidad y, por tanto, para haber decidido, legítimamente, en el uso de sus facultades de administración, la inversión en Oil Dor, sin tener que pasar por el seno de la Comisión Ejecutiva, que para nada era preceptiva, lo cual tiene un significado suficiente para modificar el sentido del fallo.

En su opinión queda claro que no pueden existir engañados y por tanto no existen los sujetos pasivos del delito de estafa.

2.- El motivo reproduce anteriores argumentos, ya esgrimidos en relación con la operación Concha Espina y se centra, fundamentalmente, en la innecesariedad de que la inversión en Oil Dor pasara por la Comisión Ejecutiva.

Como puede verse se trata de un razonamiento o valoración jurídica, que nada tiene que ver con un motivo por error de hecho, ya que la realidad incontestable de la redacción fáctica, es que la Comisión Ejecutiva se reunió el día 2 de Abril de 1.992 y, en dicha reunión, se acuerda autorizar la inversión mencionada, facultando al Presidente, para realizar todas las gestiones relacionadas, con la incorporación de la Corporación Industrial a la estructura accionarial de la citada entidad.

Por tanto, todo lo que se afirma en el relato de hechos probados, no está en contradicción con los documentos invocados, por lo que no puede prosperar la pretensión de que se rectifique. Cuestión distinta, es la relativa al fondo del debate, en relación con la existencia o inexistencia del engaño, como elemento esencial y determinante de la concurrencia de un delito de estafa.

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

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

1.- Cita como documento, el acta de la Comisión Ejecutiva de 2 de Abril de 1.992, obrante al folio 136 del Tomo 41 de la Pieza Documental.

Considera que la sentencia incurre en error al contar el voto de D. Cesar Albiñan Cilbeti, por cuanto como Secretario de la Comisión Ejecutiva, no tenía voto limitándose únicamente sus funciones, a las de reflejar, en el acta, lo que allí se expuso. Por lo que vuelve a reproducir lo alegado anteriormente, en el sentido de que el recurrente y los otros dos acusados, constituían la mayoría suficiente para adoptar válidamente el acuerdo.

2.- La cita documental que se ha mencionado en el anterior apartado, tiene como objeto demostrar que la sentencia, es errónea al contar con el voto de la persona que sólo ostentaba la condición de Secretario de la

Comisión Ejecutiva y que no podía participar en la configuración de la decisión adoptada.

El motivo pretende acreditar que, en función de la mayoría de que disfrutaban los acusados, podían, sin obstáculo alguno, llegar a un acuerdo, admitiendo dialécticamente que, en todo caso, pudiera haber autoengaño impune, cuestión que ya ha sido planteada con anterioridad, por lo que nos remitimos a la contestación dada sobre este punto.

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

DECIMONOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., y en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución Española así como del art. 6.2 del Convenio Europeo, para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

1.- Estima que no existe prueba de cargo válida, para enervar la presunción de inocencia y entiende, por el contrario, que el recurrente, en el momento de la adopción del acuerdo de inversión en la sociedad Oil Dor (2 de Abril de 1.992), no tenía ningún interés personal en el negocio, por lo que poco podía informar a la Comisión. Tampoco ocultó la marcha del negocio a los restantes miembros de la Comisión y, por último, no ha quedado en modo alguno acreditado, que el precio pagado por la Corporación fuera excesivo, en cuanto al negocio adquirido, puesto que ello supondría poner en duda, los informes de FG Inversiones Bursátiles y de American Apraissal.

Asimismo niega que, el informe de American Apraissal, se asentara sobre datos falsos, lo cual no ha quedado acreditado en modo alguno, deduciéndose de la propia sentencia, que los informes presentados, se realizaron de cara a la maximización del precio para el vendedor.

2.- Por la vía de la presunción de inocencia, se pretende acreditar que no ha habido actividad probatoria, para acreditar los elementos fácticos que

sustentan la calificación realizada por la Sala sentenciadora, que considera estos hechos, en unión de los que relata en relación con la operación Concha Espina, como constitutivos de un delito de estafa.

En esencia, viene a sostener que, la actividad probatoria sobre la ocultación del interés personal que el acusado tenía en la operación, es insuficiente y sostiene, que tampoco hay prueba bastante, para acreditar que los objetivos comerciales marcados, eran, cuando menos ilusorios, y que el precio pagado resultaba notoriamente excesivo.

3.- La cuestión ya ha sido planteada con anterioridad y bastaría con remitirnos a los razonamientos que se incorporan en la Sentencia recurrida, para declarar, de forma tajante, que ha existido actividad probatoria válida y suficiente para acreditar todos y cada uno de los extremos que la parte recurrente impugna.

Como señala el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, la prueba documental manejada acredita que la Sociedad Oil Dor S.A, constituida el 6 de Marzo de 1.991, estaba participada fundamentalmente por los hermanos García Pardo a través de sociedades suyas o de personas vinculadas. También se ha acreditado, que la operación para que la Corporación entrara en Oil Dor, comienza en el último trimestre de 1.991 y que se actúa sobre unas valoraciones realizadas por FG Sociedad de Valores y Bolsa y American Appraisal, que toman como referencia las manifestaciones de los interesados en la venta, sin que conste ningún análisis crítico de dichas informaciones.

Todo el recorrido posterior, desde el 2 de Abril de 1.992, en que se acuerda autorizar la inversión por parte de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, se realiza con la intervención directa y principal del recurrente y de otro acusado. Estos intervienen y participan en la ampliación de capital de Oil Dor adquiriendo acciones al precio de 10.000 pesetas de valor nominal. También resulta acreditado que, al final, los acusados, a través de la Sociedad Montilsa, venden las acciones que habían adquirido a 10.000 pesetas por 270.000 pesetas cada una, a una sociedad perteneciente a los hermanos

García Pardo y que esta sociedad posteriormente vende las acciones de la Corporación al precio de 300.000 pesetas.

Como puede verse la operación reportó importantes y lucrativos beneficios al recurrente y a los demás acusados, a costa de los intereses de la Corporación Banesto.

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

VIGESIMO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por haberse infringido por la Sala sentenciadora los arts. 528 en relación con el art. 529.7 del Código Penal de 1.973 y solicita con carácter subsidiario o alternativo la aplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

1.- Igual que en motivos anteriores, sostiene que existe identidad entre el que engaña y quien realiza el acto de disposición y que el engaño, no es bastante para inducir a error y producir el desplazamiento patrimonial, por lo que no existe perjuicio alguno.

Por último renuncia expresamente a la parte del motivo que plantea con carácter alternativo, esto es a la indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.

2.- Como puede verse por lo anteriormente expuesto, la cuestión de fondo es sustancialmente idéntica a la planteada en otros apartados, sobre la inexistencia del engaño y la concurrencia de la agravante específica del artículo 529.7 del Código Penal de 1.973. Todo lo relativo a la existencia del autoengaño y a la inexistencia del delito de estafa, por ostentar la mayoría del Consejo de Administración, ya ha sido respondido por lo que nos remitimos a lo allí manifestado para impugnar también este motivo. Insistimos en que el valor de la defraudación, era de tal entidad, que resulta perfectamente justificada, la aplicación de la agravante mencionada.

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

OPERACIÓN CARBUROS METALICOS.

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ., en base a la infracción del art. 24.1 en relación con el art. 118 ambos de la Constitución.

1.- En definitiva denuncia la vulneración del derecho subjetivo a una tutela judicial efectiva y concretamente en la operación Carburos Metálicos, por existir un proceso civil que pende ante un órgano de la jurisdicción Civil en el estado de Liechtenstein, entre la entidad Banco Español de Crédito y la Sociedad Mariella Real State Holding Establishment, en el que se discute la titularidad del importe de 1.344 millones de pesetas, que motivó la acusación, en relación a dicha operación y que ha dado lugar a la condena del recurrente.

Estima que la existencia de un título de propiedad, a favor de Banesto respecto de los 1.344 millones de pesetas pagados por la mercantil Air Products, resulta previo e indispensable a los efectos de la determinación del delito de apropiación indebida.

Reconoce que esta cuestión, ya fue expuesta al inicio del acto del juicio oral, solicitándose la suspensión del mismo o la no inclusión de la operación de referencia, a través del planteamiento de una cuestión prejudicial devolutiva y el presente motivo casacional se plantea precisamente por causa de la denegación de dicho planteamiento.

En síntesis, la parte recurrente sostiene, que se ha afectado el principio de seguridad jurídica, establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, ya que el debate sobre la pertenencia o titularidad de los 1.344 millones de pesetas que se extrajeron de la operación Carburos Metálicos, está pendiente de un proceso civil en el estado de Liechtenstein, entre el Banco Español de Crédito y la Sociedad Mariella Real State Holding Stableismen

2.- Como puede verse, si se hace un repaso de las actuaciones, este tema fue planteado como cuestión previa y resuelto por auto de la Sala de 9 de

Marzo de 1.998, a cuyos razonamientos nos remitimos sustancialmente. Conviene recordar que el sistema de cuestiones prejudiciales, inicialmente regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha sido complementado por el art. 10 de la Ley 6/1.985 del Poder Judicial, que autoriza a cada orden jurisdiccional, para conocer de los asuntos que no le están atribuidos privativamente. En todo caso la jurisdicción penal, a los efectos de la averiguación de la verdad material y de la construcción de los elementos integrantes del hecho delictivo que enjuicia, goza de autonomía y ha dispuesto de prueba necesaria, para dilucidar el debate que, por otro lado y de manera sorpresiva ha quedado despejado en la vista de este Recurso de Casación, al manifestarse por dos de los Letrados intervinientes, que la cantidad en litigio había sido entregada recientemente a Banesto, desistiéndose del procedimiento civil al que se hace mención. Esta declaración no ha sido desmentida por ninguno de los letrados que intervinieron en la vista oral.

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

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., en relación al art. 5.4 de la LOPJ y en base a la infracción del art. 24.2 de la Constitución, así como del art. 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

1.- En definitiva, esgrime la presunción de inocencia, por considerar que no existe prueba respecto de la afirmación de la sentencia de que el recurrente y otro de los acusados, se puso en contacto con el acusado Jacques Hachuel. Asimismo considera que no existe prueba alguna, respecto de la afirmación de que existiese una prima de 2.000 pesetas por unidad de opción, ya que el contrato fechado el 4 de Abril de 1.990, a través del cual la mercantil Air Products adquiere 672.000 Warrants no contiene referencia alguna a ese precio de opción.

Estima que no pueden esgrimirse, como pruebas de cargo, las declaraciones de algunos de los miembros de Air Products, ya que se hallan repletas de contradicciones. Sostiene que el fax de fecha 16 de Marzo de 1.990,

no es prueba de cargo, ya que la firma en dicho fax ha sido negada por el recurrente y no se ha efectuado prueba alguna encaminada a demostrar su autenticidad.

Por último, considera que no se puede dar carácter de prueba documental a los faxes unidos a la causa.

Por consiguiente mantiene, que no se puede afirmar de forma válida, que el importe de la transferencia efectuada a D. Jacques Hachuel fuera propiedad o estuviera destinada a Banesto o a Corporación Industrial y Financiera Banesto, por lo que no ha existido apropiación indebida, en los términos fijados por el art. 535 del Código Penal de 1.973.

2.- En realidad y dado los términos en que está planteado el motivo, nos bastaba con hacer una referencia al último extremo a que nos hemos referido anteriormente, para descartar la pretensión impugnatoria.

No puede olvidarse que todo el esfuerzo argumental y toda la invocación de documentos y pruebas y la valoración personal que de las mismas hace el recurrente, está encaminada, en definitiva, a demostrar que el importe de la transferencia efectuada a Jacques Hachuel, le pertenecía a éste en comisión y no estaba destinada a Banesto o a la Corporación Industrial y Financiera Banesto, lo cual, a su juicio, eliminaría el delito de apropiación indebida. Además de los razonamientos valorativos que se hacen por la sentencia recurrida y de las detalladas alegaciones que el Ministerio Fiscal realiza al impugnar este motivo y que hacemos nuestras, lo cierto es que, como se reconoció en la vista del presente recurso, el dinero ha sido reintegrado finalmente a Banesto, aunque renunciando éste a los intereses que le eran debidos, lo que acredita que hubo una incuestionable maniobra apropiatoria.

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

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

1.- Estima que no está verificado el dato, que viene a constituir el presupuesto conceptual de la conducta típica de la apropiación indebida, esto es la propiedad de Banesto sobre los referidos 1.344 millones de pesetas, que constituye un presupuesto fáctico jurídico de naturaleza civil, que condiciona toda posibilidad de criminalización de los hechos, a los efectos del delito de apropiación indebida.

Recuerda que el delito de apropiación indebida, es un delito especial a los efectos de la autoría y que el recurrente no puede ser autor, porque no detentó la posesión del dinero con la obligación de entregar o devolver a Banesto.

Como argumento final, vuelve a repetir, con carácter subsidiario y alternativo, que la calificación de los hechos podría hacerse al amparo del art. 295 del Código Penal, pudiéndose imponer una pena de 6 meses a 4 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, solicitando una pena de un año de prisión.

2.- La cuestión reproduce otras argumentaciones deslizadas anteriormente, sobre la calificación jurídica de los hechos y sobre la posibilidad alternativa de aplicar el artículo 295 del vigente Código Penal que tipifica el delito de administración desleal.

Una vez más, hemos de insistir que una cosa es la maniobra apropiatoria, realizada a través del apoderamiento físico y material de la cosa mueble o de la distracción del dinero, en provecho propio y exclusivo del autor material de ambas conductas y otra distinta la gestión o comportamiento desleal, a través de actividades fraudulentas o negocios perjudiciales que van en detrimento de los componentes de la sociedad y que se consuman, sin necesidad de que exista acreditado un beneficio económico para su autor, que

proceda de los bienes de la sociedad, siendo suficiente conque se constate el perjuicio económico a las personas que se describen en el art. 295 del vigente Código Penal.

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

C) RECURSO DE FERNANDO GARRO CARBALLO.

PRIMERO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho fundamental al Juez Ordinario predeterminado por la ley según el art. 24.2 de la Constitución.

1.- La cuestión es idéntica a la planteada por el recurrente Mario Conde y ha sido contestada al responder a la cuestión preliminar segunda.

SEGUNDO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta por la sentencia recurrida, el derecho fundamental a un proceso público y con todas las garantías.

1.- Enlaza con el motivo anterior y añade que, dado lo anómalo del nombramiento del magistrado Instructor, nos encontramos ante un Juez, que no es ajeno a los intereses de las partes en litigio, por lo que no ofrece una apariencia de imparcialidad.

Cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, afirmando que la imparcialidad consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. De ello depende la confianza, que los Tribunales de una sociedad democrática, deben inspirar a los justiciables y especialmente a los procesados.

2.- El planteamiento es una variante del tema ya resuelto, con carácter general, sobre las vicisitudes surgidas con motivo del nombramiento

del Juez Instructor del presente procedimiento. Nos remitimos a lo anteriormente expuesto para mantener, una vez más, la regularidad de su nombramiento y el escrupuloso respeto al principio del Juez Ordinario predeterminado por la Ley, sin que pueda ponerse en cuestión su imparcialidad.

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

TERCERO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, a que se refiere el art. 24.2 de la Constitución, en relación con el de obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión, (artículo 24.2 de la Constitución y art. 11.1 de la LOPJ).

1.- Sostiene que no se ha respetado lo dispuesto en el art. 118 de la LECrim., en materia de derecho de defensa, ya que no se ha puesto en conocimiento del recurrente la existencia de imputación sobre el hecho supuestamente punible a que se refiere la operación “Locales Comerciales”, ni las actuaciones procesales que se estaban llevando a cabo, por tal razón, a sus espaldas, lo que sin duda supone la vulneración constitucional de referencia.

Cita la cronología de los acontecimientos que, según su versión, comienza el 7 de Noviembre de 1.994 y señala que hasta el 11 de Enero de 1.995 no comparece a prestar declaración en concepto de imputado, a tenor de los hechos que se le atribuyen en la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal. En su opinión cuando todavía el procedimiento no se sigue contra él, porque no se ha presentado ampliación de la querella por el tema “Locales Comerciales” y sin habérselo advertido, de que podía ser objeto de persecución o de instrucción, se le interroga a presencia judicial por el Ministerio Fiscal.

En conclusión, sostiene que, desde hacía cuatro meses, se venían llevando a cabo actuaciones judiciales, por razón de la operación “Locales Comerciales”, sin que fuese puesto en conocimiento por nadie hasta el 16 de Marzo de 1.995.

2.- La propia secuencia de las vicisitudes procesales, que asume la parte recurrente y que está corroborada por el contenido de las actuaciones, pone de relieve que no se le ha causado indefensión.

Ya se ha aludido, en el apartado correspondiente a las especiales características de la presente causa y a las consecuencias procesales, que pueden derivarse de lo que, en la terminología científica y jurisprudencial, se ha dado en denominar como maxiprocesos.

Es evidente que en la querrela del Ministerio Fiscal, que da lugar al comienzo de las presentes actuaciones, no se hace referencia a los “Locales Comerciales”, si bien se realiza una previa descripción, de los antecedentes que han llevado a la acusación pública a investigar primero, en fase procesal y posteriormente a ejercitar la acción penal por medio de la querrela.

Según los datos que se manejan, todo surge con ocasión de una decisión del Banco de España, de intervenir la entidad financiera Banesto relevando a sus directivos. La razón de esta intervención administrativa, se basaba en la existencia de un desajuste económico, de proporciones tales que comprometían seriamente la viabilidad de la sociedad bancaria e incluso la estabilidad de todo el sistema financiero.

Las investigaciones administrativas tenían que ser necesariamente complejas y no podía aflorar, en un solo instante, toda la realidad de la causa que había originado el desequilibrio económico. Como es lógico, del examen de la numerosa documentación, que servía de sustento para tomar la decisión mencionada, debía ser escalonadamente examinada y así fueron surgiendo, datos reveladores de actividades irregulares, que no sólo tenía ribetes delictivos, en sí mismas, sino que había sido el motivo del desastre económico final.

El Ministerio Fiscal, impulsado por la necesidad de poner cuanto antes en marcha un procedimiento de investigación criminal de los hechos, incluyó en su querrela aquellos datos que, de alguna manera, ya habían sido

constatados por los inspectores del Banco de España, en el inicio de las investigaciones llevadas a cabo en el expediente administrativo.

En el desempeño de esta tarea que, como ya hemos dicho exigía tiempo, se detectan las operaciones relacionadas con los “Locales Comerciales”, lo que da lugar a que el Ministerio Fiscal, profundice en la querrela y abra la posibilidad de que las averiguaciones se encaucen ampliando su campo de acción, a la investigación del papel que el recurrente haya tenido en dichas actividades.

3.- No puede olvidarse que, durante un determinado período, las actuaciones fueron declaradas secretas y que, una vez que la investigación perfila los hechos, sobre la operación conocida como “Locales Comerciales”, se le toma declaración sobre los mismos.

El transcurso de un plazo razonable de tiempo, entre la aparición de indicios y datos sobre la existencia de un delito y la toma de declaración a la persona o personas que aparezcan, a primera vista, como posibles imputados a título meramente material y no formal, no produce, por sí misma, indefensión, si se comprueba, como sucede en el caso presente, que el afectado tuvo oportunidad sobrada de plantear su defensa y valerse de todos los medios probatorios necesarios para desmontar las imputaciones iniciales. No puede sostenerse, que toda la investigación se llevase a espaldas del acusado, cuando lo que sucede, como ya se ha visto, es que el progreso, necesariamente lento y trabajoso de una investigación de esta naturaleza, va haciendo aflorar nuevos hechos, que es necesario valorar y depurar, antes de tomar la decisión de citar a una persona en concepto de posible autor y responsable.

No es posible, porque sería prematuro e improcedente, citar de manera infundada e inmediata, a una persona que aparece involucrada en una operación compleja, de las características de las que se reflejan en el hecho probado, sin tomar un tiempo de valoración y reflexión, sobre el alcance del resultado de las investigaciones y de su posible participación.

No es racional pretender que, en una causa de miles de folios y de abundantísima prueba documental, se materialice la actividad procesal del investigador de manera instantánea, sin una previa depuración y análisis de los elementos que tiene entre manos.

4.- Cuando comparece a prestar declaración, según su cómputo, cuatro meses después de haberse iniciado la investigación, se le otorga la posibilidad de dar su versión de los hechos, manteniéndosele intactas sus posibilidades de defensa, ya que el plazo de demora, no sólo ha sido razonable, sino que está totalmente justificado por las características de los hechos que han sido objeto de investigación. A partir de ese momento, dispuso de la posibilidad de esgrimir todos los elementos probatorios que estimase pertinentes para su descargo y ha podido interrogar y hacer interrogar tanto a los testigos de cargo como de descargo.

5.- Finalmente y, en relación con el aspecto concreto que se refiere a la impugnación de la prueba derivada de las averiguaciones de los inspectores del Banco de España, por considerarla viciada y prohibida, debemos recordar que esta alegación ha sido reiterada a lo largo de los diversos motivos y ha sido contestada, como cuestión previa y general, en el apartado correspondiente, al que nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

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

CUARTO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo previsto en el art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión contempladas en el art. 24.1 de la Constitución.

1.- Advierte que, en el relato fáctico de la sentencia, se recogen una serie de afirmaciones, en algunos casos ciertamente tajantes, respecto de las cuales no se ha hecho mención alguna acerca de su fundamento probatorio, por lo que es absolutamente desconocido, cual haya podido ser la fuente de la que se ha formado la convicción de la Sala sentenciadora.

A continuación hace un relato de las afirmaciones de hecho a las que se refiere y mantiene que, ninguna de estas declaraciones es verdad, si bien matiza que, en algunos casos es una verdad a medias.

Estima que no puede acudir al art. 849.2 de la Lecrim., para combatir las afirmaciones que considera equivocadas.

2.- Como puede observarse y así lo expresa de forma directa la parte recurrente, no nos encontramos ante un supuesto de error de hecho, ya que no se acude a ningún instrumento documental, que pueda servir de apoyo para declarar la existencia de una equivocación del juzgador, al relatar el hecho probado.

En realidad se manejan e invocan vulneraciones de derechos fundamentales, por denegación de la tutela judicial efectiva, con la consiguiente causación de indefensión, aunque también pudiéramos entender que sugiere el desconocimiento del principio de presunción de inocencia.

3.- El apartado relativo a la denominada operación de “Locales Comerciales” es amplio y detallado. Permite a la parte recurrente impugnar todas y cada una de las adquisiciones que se le imputan, y esgrimir pruebas contradictorias o denunciar su insuficiencia, en relación con los extremos que se declaran probados. La fundamentación y valoración de la prueba disponible, se ha realizado por la Sala sentenciadora, de manera suficiente, agrupando e interrelacionando los elementos probatorios de carácter documental y testifical, que le han permitido llegar a establecer unas determinadas conclusiones. Es admisible su alegación sobre la no especificación separada sobre cada una de las nueve operaciones, que se detallan, pero ello no supone una falta de tutela judicial efectiva, ni le ocasiona indefensión porque siempre tienen abierta la posibilidad, de utilizar elementos documentales contradictorios o invocar la tutela que se deriva del principio constitucional de presunción de inocencia, que en este caso aparece descartada por la simple lectura del relato de hechos y los razonamientos probatorios utilizados.

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

QUINTO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ, al no haberse respetado el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías a que se refiere el art. 24.2 de la Constitución, en relación con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión.

1.- Entiende que existe una vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, vinculado, en el presente caso, a la prueba realizada por los peritos inspectores del Banco de España Srs. Román Quiñones y Monje García, cuyo contenido se acepta por la sentencia para fundamentar el fallo, aunque no se cite, sirviendo además de modelo que ha sido seguido por otras instancias intervinientes en la prueba, de manera absolutamente idéntica y que sí se citan como prueba de convicción.

Insiste en combatir el auto del Tribunal, de fecha 4 de Noviembre de 1.997, que resuelve negativamente el incidente de recusación de los Peritos, considerando que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías.

Afirma que todo se inicia por una solicitud al Fiscal General del Estado, para que averigüe si las actuaciones de los gestores de Banesto, pudieran ser constitutivas de delito, lo que considera que, en realidad, se trata de la solicitud de la formación de una causa general, lo cual es una actitud que parece chocar con lo que el Tribunal Constitucional, ha llamado sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. En su opinión los que han puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal la noticia críminis, actúan posteriormente como peritos, lo cual compromete su imparcialidad.

2.- En este apartado se hacen una serie de consideraciones, sobre el papel desempeñado por los peritos del Banco de España, que llevaron a efecto la inspección acordada ante la situación económica de la entidad financiera Banesto. Reitera las mismas consideraciones que se han realizado por otros recurrentes, sobre la imparcialidad de los mismos y su posibilidad de ser utilizados como peritos de la acusación.

Sin perjuicio de dar por reproducido todo lo expuesto con carácter general sobre este punto, conviene precisar que, en el caso concreto, que afecta al presente recurrente y concretamente en todo lo relacionado con la operación “Locales Comerciales”, la Sala expone de manera expresa, que sus convicciones se han asentado sobre otras pruebas periciales, que menciona en la sentencia y que, en principio, nada tienen que ver con los dictámenes periciales a los que hace referencia. No es obstáculo para esta afirmación, el hecho de que el material documental manejado y las valoraciones iniciales de los peritos del Banco de España, hayan estado presentes en el momento de elaborar sus conclusiones por los peritos del ICAC, pero ello no los contamina ni los invalida, ya que constituyen conclusiones autónomas, de las que se hacen responsables sus redactores. También se ha tenido en cuenta otros informes periciales, sin descartar los presentados por las defensas. En todo caso conviene recordar que los peritos no han sido los denunciados.

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

SEXTO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse tenido en cuenta el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución.

1.- En relación con la operación “Locales Comerciales”, señala que el Ministerio Fiscal amplió la querrela, a partir de un informe de la Subdirección General de Auditoría Interna de Banesto de fecha 8 de Enero de 1.992 y considera que no se trata de una prueba documental, sino de una denuncia que no está firmada y cuya autoría nadie quiere reconocer, por lo que resulta que es una denuncia anónima y además de anónima es falsa. Cita la Ley de Enjuiciamiento Criminal y una instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 3/1993 de 16 de Marzo, que admite que una denuncia anónima pudiera ser un vehículo transmisor de la noticia criminal, pero que no se le puede dar valor probatorio. También menciona una sentencia del Tribunal Supremo del 6 de Octubre de 1.997 que veda que, en el proceso penal, tenga validez la

declaración del testigo anónimo, y en ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Señala que los informes de los Inspectores del Banco de España referidos a los ejercicios de los años 1.992 y 1.993, que se citan como antecedentes y fundamento del acuerdo de intervención del banco, no mencionan, para nada, el problema de los locales comerciales, ni la existencia del informe de la auditoría interna de 1.992. Rechaza la veracidad de todos los informes, si bien reconoce que los de Americam Appraisal, son posteriores a esa fecha de 8 de Enero de 1.992, pero son muy anteriores al uso que luego se hace de este documento.

Admite que el informe que ha llegado a la causa, habla de seis operaciones y que el informe del que se habla, con carácter oficial, por el Consejero Delegado, se refiere no solamente a seis locales, sino a más operaciones. Termina su alegato, realizando un extensísimo análisis del contenido del acta del juicio oral.

2.- Por esta vía se introduce el debate concreto, sobre la presunción de inocencia, basándose en que la ampliación de la querrela del Ministerio Fiscal, se basó en un informe de la Subdirección General de la Auditoría interna de Banesto. Considera que dicho informe, más que un documento, es más bien una denuncia anónima que resulta inválida e ilícita como prueba sustentadora de las afirmaciones fácticas de la sentencia.

Desde un punto de vista general y teórico, podemos compartir las consideraciones que se hacen, sobre los peligros que pueden derivarse de la existencia de una denuncia anónima. En el caso presente esta característica, no concurre en cuanto que está perfectamente identificado el organismo del que procede el informe, que ha permitido a la policía judicial iniciar una compleja y difícil tarea de hacer un seguimiento de los talones bancarios que tienen su origen en las operaciones sobre locales comerciales.

La utilización, como punto de partida para una investigación criminal, de una denuncia anónima debe ser ponderada y examinada con cautela, analizando no sólo su contenido, sino también la naturaleza de los hechos que se trata de poner en conocimiento de la policía judicial o de los órganos judiciales encargados de la instrucción de un determinado asunto (Ver sentencias de 18-2-2002 y 23-3-1.999 TS y 111/99 del TC).

La parte recurrente abre además otro flanco y califica el informe de falso. Esta rotunda afirmación carece de cualquier sustento probatorio, que pueda acreditar este extremo. Se podría dudar de su contenido, pero atribuirle una falsedad que pudiera tener ribetes delictivos, carece de fundamento sólido.

3.- A efectos dialécticos, podríamos admitir que algunas afirmaciones del relato fáctico, respecto al cargo real que el recurrente ocupaba en el organigrama del Banco, no son enteramente exactas, pero su inexactitud carece de relevancia sustancial, a la hora de calificar los hechos que son objeto de impugnación.

Como señala el Ministerio Fiscal, es cierto que inicialmente el acusado ocupó el puesto de Director General de Relaciones Externas y Régimen Interior y que no existía la Dirección General de Servicios, de la que se haría cargo el 17 de Julio de 1.989, sin embargo lo verdaderamente importante no es la denominación del cargo, sino las facultades que el recurrente ostentaba, para realizar las operaciones que le son imputadas. Este dato aparece acreditado por las declaraciones testificales de varios empleados de Banesto y aparecen corroborados por hechos tan concluyentes, como la aparición de sus firmas en los contratos, que contenían las adquisiciones y la puesta del Visto Bueno tal como se deduce de las pruebas practicadas.

Estas facultades decisorias son las que sustentan la calificación jurídica de los hechos, realizada por la Sala sentenciadora y está perfectamente acreditado, por los informes de la policía judicial existentes en los autos y ratificados en la causa. Dichos informes sirven para probar que las decisiones de comprar, las directrices sobre la forma de realizar la operación y el manejo de los fondos generados por las adquisiciones procedían y emanaban, de forma

directa y personal, del acusado, sin perjuicio de que pudieran existir otras personas que estuvieran al tanto de sus actividades.

4.- Los informes periciales a los que hemos hecho referencia con anterioridad, sientan las bases probatorias necesarias para establecer, como conclusión fáctica incontrovertible, que el acusado dispuso, a través de intermediarios de 1.387 millones de pesetas, por medio del Banco de Comercio y de 102,5 millones, a través del Banco de Sabadell.

La sentencia realiza también una suficiente valoración probatoria, en relación con dos operaciones concretas que el recurrente rechaza e impugna y que hacen referencia a una opción de compra, sobre un almacén en el valle Torregrosa y sobre la justificación de un pago de cuatrocientos cincuenta millones de pesetas, como retribución de unos estudios medioambientales del corredor del Henares, relacionados con la compra de un local en Azuqueca de Henares. Los informes de los peritos del Colegio de Economistas y el hecho llamativo, de que se pagase más por un informe técnico sobre el medio ambiente, que por el propio inmueble, son datos que avalan las afirmaciones de la sentencia recurrida.

5.- En relación con el seguimiento de los talones, que constituyen una verdadera rueda prácticamente inacabable de emisiones sucesivas, ha sido objeto de seguimiento por la policía judicial y después de profundizar en la complicada madeja generada por la afluencia masiva de cheques bancarios, se llega a la conclusión evidente y no desvirtuada por otros elementos probatorios, que del beneficio obtenido por los sobrepagos pagados por Banesto, han sido canalizados a favor del acusado, por las vías y procedimientos que se relatan en el hecho probado.

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

SEPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por no haberse respetado el derecho

fundamental a la tutela judicial, efectiva consagrada en el art. 24.1 de la Constitución en relación con el 9.3 del Texto Constitucional en materia de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

1.- El motivo se plantea con carácter alternativo al anterior, ya que estima que tanto de las premisas fácticas de la sentencia hoy recurrida, como su estimación o valoración, no responden a las exigencias que impone el art. 741 de la Lecrim., ya que no se advierte un razonamiento lógico, por el que se haya llegado a la fijación de las mismas, señalando que no basta con juzgar en conciencia, sino que es necesario razonar cómo se ha llegado a formar esa conciencia. Termina afirmando que son erróneas, las afirmaciones respecto de la participación del recurrente, en las operaciones relacionadas con los locales comerciales.

2.- La parte recurrente lleva a cabo una reelaboración de todo el material probatorio existente y que ha sido manejado por la Sala sentenciadora, reconociendo de este modo su existencia, pero no sólo lo contrapone a otros datos probatorios que considera más relevantes, sino que extrae conclusiones totalmente divergentes de las obtenidas por el juzgador, al realizar su juicio lógico inductivo y plasmarlo en la sentencia.

Se vuelve a insistir en el tema de las competencias que, según su opinión, tenía realmente el acusado, y, al mismo tiempo otorga un sentido radicalmente distinto a la actividad desplegada en el curso de las operaciones relacionadas con el otorgamiento del visto bueno y discrepa, también, de las valoraciones dadas a los inmuebles que constituyen el entramado del relato fáctico.

3.- Con ello pretende acreditar que el juzgador ha procedido arbitrariamente, vulnerando las prescripciones del artículo 9.3 de la Constitución. El análisis del juicio de inferencia, que se incorpora a la fundamentación jurídica de la sentencia como expresión del convencimiento del juzgador, resulta perfectamente lógico y racional. Podrá discreparse de sus conclusiones, pero de ninguna manera puede ser considerado como absurdo y arbitrario. Está basado en la valoración de diversos testimonios y asentado

sobre el contenido, de alguna de las pericias existentes en la causa, por lo que se ha respetado escrupulosamente el principio de tutela judicial efectiva y se ha ajustado el razonamiento a las declaraciones lógicas de su contenido probatorio.

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

OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la Lecrim., por estimar que ha existido error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en las actuaciones y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

1.- Desarrollando el motivo, sostiene que no es cierto que el recurrente haya sido nunca Director General de Banesto y no existe en la causa ni un solo documento que acredite ésta afirmación. Afirma que no es cierto que el recurrente, por sus funciones, estuviese relacionado, ni de hecho ni de derecho, con ningún aspecto relativo a la compraventa de inmuebles, habiéndose limitado a ser Director de Relaciones Externas, encargado de las relaciones públicas del Banco con la prensa e instituciones, excepción hecha del Banco de España.

Tampoco son ciertas, las dependencias jerárquicas que establece la Sala, ya que dependía directamente de Presidencia, como así lo acredita el documento obrante al folio 2.686 tomo IV de la pieza separada de la documental aportada por Banesto.

Asimismo el visto bueno, no tiene ese valor de autorización que la sentencia le atribuye y así se acredita por los documentos obrantes a los folios 61 a 68 del Tomo I de la pieza separada de la documental aportada por Banesto.

No es cierto asimismo que el recurrente autorizara cada una de las operaciones, ya que cuando se realizaron las tres primeras, no era Director General de Servicios y en consecuencia no pudo autorizarlas, no obstante lo cual las operaciones se realizaron (cita los folios en que apoya su afirmación). Sostiene por último, que habiendo quedado acreditado documentalmente que

no es el recurrente quien genera los fondos, queda desmentido que sea quien ha dispuesto de los mismos, según la inferencia que realiza la sentencia. Cita las actas de la Agencia Tributaria y el acta del juicio oral.

2.- Realizaremos un análisis concreto, de cada uno de los documentos esgrimidos por la parte recurrente para sostener que el juzgador, ha incurrido en error al hacer determinadas afirmaciones fácticas. Nos encontramos, en primer lugar, con el documento en el que se apoya para rechazar que el acusado ostentase la condición de Director General de Servicios. Tal documento, sitúa el nombramiento del acusado, como Director General de Servicios, el 17 de Julio de 1.989. Cualquiera que sea la fecha en que surtió realmente efecto, lo verdaderamente relevante, a los efectos de la afirmación fáctica y de sus consecuencias jurídicas, es si la declaración de la sentencia, afirmando que el acusado ocupaba “desde 1989 el cargo de Director General del Banco Español de Crédito”, está en flagrante e insalvable contradicción, con el pasaje mencionado. Estimamos que del examen comparado entre el documento y la afirmación fáctica, no se desprende la existencia, de un error que tenga que ser necesariamente salvado.

3.- Por otro lado, se pretende sustentar el error del juzgador sobre la existencia de un listado de llamadas y otra serie de datos que considera como elementos irrefutables, a la hora de mantener que el acusado tenía plenas facultades de gestión y ejecución sobre la adquisición de inmuebles. Todas las valoraciones particulares y el alcance que se quiere dar al contenido de dichos documentos, esta contradicción con el proceso valorativo que realiza la sentencia, basándose en pruebas válidas y de contenido incriminatorio, sobre el protagonismo del recurrente en los hechos que le imputa.

En relación con la dependencia, que se dice que tenía con la Presidencia del Banco, nada tenemos que objetar, ya que dicha afirmación parece plausible según todos los datos concurrentes en la causa, pero en nada influyen en las responsabilidades que personalmente le afectan, sin que podamos realizar otras valoraciones extensivas por no estar incorporadas al hecho probado, ni haber sido objeto de calificación jurídica. El organigrama

del Banco, que se pretende acreditar por el testimonio documentado de uno de los empleados de la entidad financiera, entra en contradicción con otras pruebas concluyentes de signo contrario, que se manejan en la valoración probatoria de la sentencia y que resultan absolutamente convincentes.

4.- La parte recurrente, centra su esfuerzo impugnativo, en torno al valor del Visto Bueno que se ponía en las autorizaciones para realizar las adquisiciones de inmuebles. Para ello se toma, como elemento significativo, el dato de que en otra resolución judicial sobre hechos análogos a los que se le imputan en la presente causa, se haya llegado a conclusiones distintas sobre el alcance y valor de tal diligencia. No podemos olvidar que las valoraciones efectuadas por un Tribunal, en función de las especiales y específicas pruebas que haya manejado en la resolución de un caso, no puede tener una expansión universal, salvo el efecto de cosa juzgada, que no concurre en la presente causa, y no puede privar al órgano juzgador, que conoce de unos hechos análogos pero situados en un contexto probatorio distinto, llegue a conclusiones diferentes.

Los elementos probatorios manejados por la Sala sentenciadora y detalladamente expuestos en la sentencia, permiten mantener como dato fáctico inatacable, que cuando aparece la mención a la autorización del Director General se está refiriendo, al acusado, por encima de cualquier documento que además de no ser absolutamente inobjetable, está contradicho por otros elementos probatorios. La autorización atribuida al acusado de cada una de las operaciones que se reseñan en el relato fáctico, está sólidamente basada en un conjunto de pruebas, que descartan la viabilidad del error de hecho esgrimido en este motivo.

5.- Por último y en relación con la generación de fondos y su manejo por el recurrente, se apoya en el archivo de las Diligencias Previas 101/98 del Juzgado de Instrucción Central nº 3 y en las actas de la Agencia Tributaria que tienen su origen en las mencionadas Diligencias Previas.

Estas vicisitudes procesales y administrativas, en absoluto son incompatibles con las afirmaciones fácticas realizadas por la Sala

sentenciadora sobre este extremo, ya que los elementos probatorios utilizados son de naturaleza distinta. En este caso existe una prueba pericial válida e inatacable que, como ya se ha dicho, ha realizado una tarea minuciosa y dificultosa, para hacer un seguimiento de la ingente cantidad de talones bancarios generados por estas operaciones, cuya descripción se realiza siguiendo todos los pasos dados, para enmascarar el origen y destino de los mismos. Si se compara la acusación del Ministerio Fiscal y el resultado de la valoración de la prueba realizada por el órgano juzgador, podemos convenir en que la posición de la Sala, ha sido procesalmente y constitucionalmente impecable, recogiendo solamente aquellas operaciones y cantidades, que estimó sólidamente probadas, descartando otras compras que también fueron objeto de imputación por la acusación pública.

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

NOVENO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del n° 1° del art. 851 de la LECrim., por estimar que la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

1.- Considera que el relato de hechos, ha incidido en oscuridad y falta de claridad, toda vez que algunos particulares, imprescindibles para la comprensión de aquellos, han sido omitidos, así como que de su literal redacción, no se entiende el silogismo jurídico, empleado en relación con la posición jerárquica del recurrente y las funciones que por la misma le correspondía.

2.- La decisión de acudir a un motivo de quebrantamiento de forma, en los estrictos términos que impone su naturaleza y contenido, nos obliga a examinar únicamente si, como pretende el recurrente, los hechos probados de la sentencia, que le afectan, no son claros ni terminantes.

El defecto procesal se produce, cuando su contenido es oscuro o ininteligible, en su totalidad o en alguna de sus partes trascendentales y con influencia para la adecuada calificación jurídica de los hechos imputados.

Cuando nos encontramos ante hechos de la complejidad y variedad de los que constituyen el contenido de la sentencia recurrida, lo verdaderamente importante, a efectos de mantener la validez de la resolución, es que su lectura proporcione de manera clara y comprensible, los elementos fácticos necesarios para sostener la calificación jurídica.

Situándonos en el marco delimitado por los términos del propio recurso, tenemos que rechazar las alegaciones relativas a la omisión de datos fácticos que se consideran importantes, ya que para conseguir este objetivo, la vía adecuada es la del error de hecho.

3.- La afirmación sobre las funciones del recurrente como Director General del Banco Español de Crédito, desde 1.989, ya fue discutida y valorada en su momento, pero de ninguna manera se puede considerar como oscura, ininteligible o ambigua. Cuando la sentencia declara que el acusado estaba autorizado por el Banco para aprobar operaciones de adquisición de inmuebles y ordenar los pagos correspondientes, tampoco incurre en expresiones incomprensibles para un lector de la resolución recurrida. El resto del relato, que imputa al acusado la intención de obtener un beneficio económico, a través de la operación de contabilizar en el Banco un precio que no se correspondía con el realmente estipulado en cada compraventa (que era notoriamente inferior), refleja de manera exacta y comprensible una operación de la que se podrá discrepar, pero que no puede ser tachada de indeterminada y oscura. En definitiva es comprensible que, en el ejercicio de su derecho de defensa, manifieste su disconformidad con lo que se declara probado, pero en ningún momento puede ser tomada en consideración como un vicio formal de la sentencia, que de lugar a su anulación.

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

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

1.- Remitiéndose al motivo anterior y dando por reproducida la doctrina allí expresada, afirma que la falta de claridad concierne a la totalidad del relato de hechos, en la medida en que el mismo se desarrolla a lo largo de continuas lagunas y saltos en el vacío, “vacío fáctico” con lo que se nos hace incomprensible y por ende ininteligible y de ahí inauténtico por imposible.

2.- Como puede comprobarse, por el resumen que se hace de los planteamientos casacionales que esgrime la parte recurrente, nos encontramos ante una reproducción, por vía diferente y alternativa, de lo expuesto en el anterior motivo. Por ello no vamos a extendernos en consideraciones, que no harían sino reproducir lo ya expuesto, remitiéndonos a las consideraciones generales sobre el alcance del vicio de forma que se denuncia por la parte recurrente.

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

UNDECIMO.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el n° 1° del art. 851 de la LECrim., por estimar que la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

1.- Alega que existen omisiones, que hubiera sido necesario conocer, para pronunciarse con fundamento acerca de la concurrencia de la totalidad de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida, considerando que esta calificación adolece de un insuperable vacío fáctico, en lo que se refiere a la constancia de elementos típicos fundamentales.

2.- Una vez más, se reproduce una cuestión análoga, a la que se ha desarrollado a lo largo de los dos motivos anteriores, acudiendo a la variante de impugnar la calificación jurídica sobre la base de la discusión del contenido de hecho probado. El relato fáctico, necesariamente largo, debido a las numerosas operaciones consignadas, proporciona de forma clara y tajante, los elementos necesarios para sentar las bases de la calificación jurídica, estimada por la Sala sentenciadora.

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

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

1.- Considera que las afirmaciones, respecto del precio de los locales contabilizado en el Banco y la ocultación del coste a dicha entidad, así como el número de operaciones realizadas y la afirmación de que la diferencia de precio entre el realmente abonado y lo escriturado se contabilizó en el banco suponen declaraciones de carácter contradictorio.

2.- Existe una abrumadora y constante jurisprudencia de esta Sala que ha sentado y perfilado las bases para valorar, en qué supuesto nos encontramos ante una verdadera contradicción en los hechos probados. Para que se produzca el vicio que se denuncia en la resolución recurrida, es necesario que la relación fáctica incluya uno o varios pasajes que resulten absolutamente contradictorios e incompatibles entre sí, de tal manera que sea imposible mantener la vigencia de los extremos contrapuestos, sin incurrir en una insoportable antinomia e incongruencia, cuya lectura produzca perplejidad o desorientación.

Los extremos que la parte recurrente considera insoportablemente contradictorios, no son tales y no se encuentran en la literalidad del hecho probado, por lo que, cualquier discrepancia sobre los razonamientos jurídicos o la valoración de la prueba, tienen que ser necesariamente desviados hacia otros cauces casacionales.

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

DECIMOTERCERO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del n° 1° del art. 851 de la LECrim., por estimar que se han consignado como

hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo.

1.- Entiende que se ha transvasado al relato histórico conceptos como “distraer”, que debían haberse utilizado en otro momento posterior (el de los razonamientos jurídicos) pero no en la relación de hechos.

2.- El vicio formal denunciado, se produce cuando el relato fáctico sustituye la necesaria descripción gramatical de los hechos que considera probados, por elementos definitorios y característicos del tipo penal que finalmente se aplica, de tal manera que si eliminamos la locución indebidamente empleada, la descripción o narración de los hechos quedaría privada de un sustento suficiente, como para construir la base de una calificación jurídica debidamente coherente con los antecedentes fácticos.

Si examinamos el relato fáctico y nos fijamos en el núcleo de la afirmación que sirve para considerar los hechos, como constitutivos de un delito de apropiación indebida, podemos observar que el juzgador, con impecable corrección técnica, afirma que la suma de, al menos 1.550 millones de pesetas, no fue recibida por los vendedores de los locales y que quedó a disposición del acusado y más adelante describe detalladamente la forma en que determinadas cantidades fueron ingresadas y empleadas, generándose una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por el acusado.

En consecuencia, no se observa la introducción en el relato fáctico de ninguna expresión o concepto jurídico, que contamine la validez formal de la sentencia.

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

DECIMOCUARTO.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim., por haberse consignado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

1.- En este caso la frase que incurre en el vicio formal, es la que afirma que el recurrente tomó decisiones en relación con las “cantidades ilícitamente obtenidas en estos hechos”, lo que supone consignar, como hecho, un concepto jurídico que implica adelantar la calificación jurídica a un momento procesalmente inoportuno.

2.- La referencia a que determinadas cantidades habían sido ilícitamente obtenidas, tampoco constituye un concepto jurídico predeterminante del fallo, ya que no incide sobre la validez e integridad del hecho probado. Por otro lado, la sentencia se limita a señalar, por la vía de valoración de las prueba, que existe una procedencia ilícita de determinados fondos, sin que ello afecte a la corrección formal del relato de hechos probados.

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

DECIMOQUINTO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., al no haberse respetado la prohibición de indefensión a que se refiere el art. 24.1 de la Constitución.

1.- El motivo es una versión constitucional de lo argumentado en relación con la predeterminación del fallo o del uso del verbo distraer.

Entiende además que se ha producido, la infracción del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, que se contempla en el art. 24.1 de la Constitución remitiéndose a las circunstancias anteriormente tenidas en cuenta al argumentar en torno a la “predeterminación del fallo” derivada del uso del verbo distraer en el hecho histórico.

2.- El motivo no puede prosperar ya que en definitiva, como se ha dicho anteriormente, supone la denuncia de la vulneración de un derecho fundamental que se concreta en la tutela judicial efectiva, que, como puede comprobarse por la lectura de la resolución recurrida y de todos los antecedentes de la causa, ha sido escrupulosamente respetada. La inclusión de

la expresión distraer, ya se ha dicho que no implica por sí misma y en relación con todo el contexto de la narración fáctica, ningún vicio de forma que pueda dar lugar a la anulación de la sentencia y, por otro lado, se ha razonado de forma suficiente y exhaustiva, sobre las circunstancias valorativas que han llevado al órgano juzgador, a introducir dicha expresión en el contenido, mucho más amplio, del relato fáctico.

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

DECIMOSEXTO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, en relación con la prohibición e indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la Constitución.

1.- El motivo es la versión constitucional de la predeterminación del fallo, anteriormente utilizada en relación con la expresión “ilícitamente”. Vuelve a insistir en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y considera que ésta se ha originado en torno a la “predeterminación del fallo”, en referencia al uso en la redacción del hecho de la expresión calificadora “ilícitamente”. Considera que dicha técnica genera indefensión, por coartar o aminorar las posibilidades negatorias de determinadas conductas y actuaciones, no descritas en la resolución judicial que han reemplazado el relato puro y aséptico del hecho por su significación.

2.- La respuesta debe ser idéntica a la que se ha dado al abordar el anterior motivo, ya que de la lectura del relato fáctico se desprende que se ha dado un razonamiento preciso y determinado, en relación con la conducta que se atribuye al acusado, por lo que la tutela judicial efectiva ha sido respetada.

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

DECIMOSEPTIMO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por no haberse respetado el derecho fundamental a un proceso público y con todas las garantías.

1.- Vuelve a insistir en cuestiones anteriores y en este punto sostiene que tanto el vacío fáctico, como las contradicciones, como la predeterminación del fallo, supone despojar al justiciable de las garantías procesales que le corresponden, aunque no estén nominalmente recogidas en la Constitución.

Admite que, desde un punto de vista constitucional, se distingue entre indefensión procesal e indefensión material, atribuyendo aquella transcendencia sólo a la última, que no nace de la simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, sino que es necesario que tenga una significación material o que produzca un efectivo y real menoscabo o limitación del derecho de defensa.

Complementa su alegación, con una abundante cita de resoluciones del Tribunal Constitucional, para terminar sosteniendo que debe efectuarse una exhaustiva narración de los hechos, acotados tras la práctica de las diligencias de investigación, lo que no se ha producido, en su opinión, en el caso presente.

2.- En definitiva lo que se produce es una nueva discordancia con la relación de hechos probados, que se incorporan en la sentencia recurrida, al describir la conducta imputada al recurrente. Ya hemos dicho, al abordar las denuncias por vicios de quebrantamiento de forma, que éstos no se han producido y que la narración fáctica podrá o no ser acorde con la posición impugnatoria del recurrente, pero su combate debe realizarse o bien por la vía del error de hecho o bien, entrando en el fondo de la cuestión, discrepando de la calificación jurídica formulada.

En modo alguno, puede decirse que se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías, cuando se puede comprobar que ha tenido oportunidad amplia de defender su posición procesal, presentar la prueba contradictoria pertinente y realizar las alegaciones necesarias para contradecir las tesis acusatorias.

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

DECIMOCTAVO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por no haberse tenido en cuenta las exigencias del principio de legalidad al hilo de lo dispuesto en el art. 9.3, 24.2 y 25.1 de la Constitución en relación con el art. 1 de la LECrim.

1.- El motivo es una reproducción del tema planteado sobre el Juez ordinario predeterminado por la ley y considera que ha existido una vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de garantía jurisdiccional constitucionalmente establecida. Insiste en que no se puede imponer pena alguna (o medida de seguridad) por la comisión de un hecho punible, sino en virtud de sentencia firme dictada en un proceso penal, seguido conforme a las disposiciones de la ley, ante el órgano jurisdiccional competente.

Señala que el artículo 117.1 de la Constitución establece las notas características de la posición del juez, a la hora de solucionar los conflictos y que son la sumisión a la ley, la independencia (a la que hay que añadir la imparcialidad como nota autónoma) la inamovilidad y la responsabilidad. Añadiendo que si falta alguna de ellas no existe verdadera función jurisdiccional.

2.- Ya se ha contestado con anterioridad al tema, en el que vuelve a insistir el recurrente, desde la perspectiva de la existencia, no sólo de un juez predeterminado por la ley, sino del estricto cumplimiento de los principios rectores de su actuación. Nos remitimos a todo lo expuesto, para confirmar de nuevo, que no hubo alteración de las exigencias constitucionales y que, además, durante la tramitación del procedimiento, se respetaron todos los presupuestos básicos, que no sólo exige la legislación ordinaria, sino que también está prevista en los textos constitucionales. Por ello la sentencia responde de manera escrupulosa a los presupuestos básicos del estado de derecho y las posibles discrepancias que se tengan respecto de su contenido, deben ser encauzadas por otras vías diferentes.

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

DECIMONOVENO.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ., por entender infringido el art. 24.2 de la Constitución que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

1.- Señala que de la simple lectura de los hechos probados y de los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida, se infiere necesariamente, la vulneración del derecho constitucional del recurrente a la tutela judicial efectiva al habersele condenado por la imputación de unos hechos, cuya existencia resultó negada en otro procedimiento.

Estima sorprendente, que puedan sustanciarse, en paralelo, dos procedimientos cuyo objeto es idéntico y aumenta dicha sorpresa cuando el paralelismo se torna en divergencia: mientras en uno se instruye, en el otro se juzga, con la solemnidad propia del plenario las mismas acciones y resultados.

Se refiere a las diligencias practicadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 3, que estima que versan sobre los mismos hechos y respecto de las cuales el juzgado instructor, decretó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones manifestando en su Auto de fecha 16 de Julio de 1.999, que el resultado de tales pruebas lleva nuevamente a estimar la inconsistencia de mantener abierto este proceso, por cuanto, no se ha revelado, ni siquiera a título indiciario, la atribución penal que se viene haciendo a los imputados.

2.- A la vista de lo que antecede, parece que la parte recurrente pretende construir una especie de contradicción que, sin llegar a identificarla con la cosa juzgada, la equipara en cuanto a sus consecuencias y efectos. Ahora bien, los datos facilitados y que se contienen en el desarrollo del motivo, al que hemos hecho referencia anteriormente, ponen de relieve que el supuesto que estamos examinando, no implica contradicción alguna por parte del juzgador.

Efectivamente el juzgado Central de Instrucción nº 3, incoó las diligencias previas 101/98 como consecuencia de la deducción del testimonio que interesó, no solamente el Ministerio Fiscal sino también otras partes y que fue acordado por la Sala. Este era un dato absolutamente relevante, en el juicio oral, para averiguar la posible participación en el hecho que es objeto de impugnación por la parte recurrente, de terceras personas, que inicialmente no habían sido acusadas en la causa principal, por lo que era necesario depurar su posible responsabilidad. Estas diligencias terminaron con una resolución del instructor de sobreseimiento y archivo, por considerar que no existían datos que permitiesen sustentar una imputación penal exclusivamente contra las personas que no estaban implicadas en el procedimiento principal.

Como puede verse de lo anteriormente expuesto, no existe la contradicción pretendida y, por otro lado conviene señalar que en todo caso la decisión solamente afectaba a personas distintas del recurrente y además, tiene un carácter provisional, lo que permite mantener incólume el relato de hechos que se realiza en la sentencia ahora impugnada. No nos encontramos, por tanto ni ante un supuesto de “non bis in idem” ni mucho menos ante una posible existencia de cosa juzgada.

Los hechos que la sentencia recurrida declara probados en relación con la persona del acusado y que define como constitutivos de un delito de apropiación indebida, no aparecen negados ni contradichos por las diligencias previas anteriormente mencionadas en las que, como se ha dicho con anterioridad, sólo se tomó declaración a dos personas que en principio, pudieran aparecer relacionadas con las operaciones principales que se imputan al acusado y que no habían sido objeto de acusación concreta en la presente causa.

Conviene por último resaltar, que dicha resolución, como ya se ha dicho, no es firme y que incluso fue recurrida por una de las acusaciones pero, en todo caso para nada afectan a la realidad de los hechos definidores de la apropiación indebida por la que se condena al recurrente.

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

VIGESIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por estimar que se ha aplicado indebidamente el art. 252 del vigente Código Penal.

1.- La sentencia recurrida peca de inexactitud y de ausencia de rigor, cuando trata de describir los pasos dados con el dinero que, según dice fue indebidamente sustraído por nuestro recurrente.

Considera que los hechos probados, no pueden ser subsumidos en dicho precepto, al no quedar suficientemente acreditado el destino otorgado a los fondos. En consecuencia, sostiene que fueron empleados en un ámbito ajeno, al objeto social del Banco Español de Crédito.

2.- Como puede verse por el apartado que antecede, a pesar de haber denunciado la indebida aplicación del artículo 252 del vigente Código Penal y de haber utilizado la vía del error de derecho, entra en debate con la realidad del hecho probado.

La sentencia recurrida, en su apartado VI dedicado a la operación que se denomina Locales Comerciales, establece inicialmente no sólo que el acusado ocupaba desde 1.989 el cargo de Director General del Banco Español de Crédito, sino que estaba autorizado por el Banco, para aprobar operaciones de adquisición de inmuebles y ordenar los pagos correspondientes. Se afirma a continuación, y este dato es incontestable, en función de la vía casacional adoptada, que “aprovechando tales facultades planeó obtener un beneficio económico con ocasión de determinadas adquisiciones de locales para uso comercial y naves para almacén”.

Después de relatar la forma en que se realizaba cada una de las compraventas y de afirmar que se efectuaron en total seis operaciones de adquisición de locales entre los meses de febrero de 1.989 y diciembre de 1.990, se declara tajantemente que “al menos la cantidad de 1.550.000.000 de

pesetas no fue recibida por los vendedores de los locales y aquella suma quedó a disposición del acusado”.

Con objeto de precisar exhaustivamente, cual fue el mecanismo apropiatorio la Sentencia recurrida dice más adelante, en el folio 113, que “con las sucesivas inversiones se generó una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por Fernando Garro en la forma que sigue”. A continuación relata la utilización de numerosos cheques que identifica con sus números y entidades bancarias en las que estaban residenciados, precisando la forma en que se realiza la apropiación. No nos encontramos por tanto, ante la modalidad apropiatoria de carácter alternativo que establece el Código Penal bajo la fórmula de distracción de dinero, efectos o valores, sino ante una verdadera acción directa de apropiación en cuanto que se declara terminantemente y sin lugar a dudas, que una parte importante de los fondos generados por las operaciones a las que se refiere la sentencia, se destinó a satisfacer deudas personales del recurrente y a realizar adquisiciones en su propio beneficio.

Con estos datos, tenemos diseñada de forma completa y suficiente, la figura de la apropiación indebida, sin que sea necesario ningún aditamento o referencia posterior para establecer, sin lugar a dudas, que el comportamiento que se imputa al recurrente es constitutivo de dicho delito. Las derivaciones finales de las cantidades apropiadas, no tienen incidencia a los efectos de la existencia de la figura delictiva aplicada y sólo tendrá relevancia, como se verá más adelante, a los efectos de establecer las posibles derivaciones en torno a la restitución, responsabilidad y comiso de los bienes adquiridos o las cantidades ilícitamente obtenidas.

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

VIGESIMOPRIMERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por estimar indebidamente aplicado el art. 28 del Código Penal en relación con el 250 del vigente Código Penal.

1.- Sostiene que, de la lectura del hecho probado, se colige que el recurrente no puede ser considerado autor del delito continuado de apropiación indebida, por el que resulta condenado, al no quedar acreditado que, como “intraneus”, realizase las conductas nucleares del tipo penal en el que se subsume su conducta.

Analiza cada una de las operaciones que se describen en el relato de hechos probados y pone de relieve, que los ingresos realizados a través de los cheques a los que se ha hecho referencia en el motivo anterior, no coinciden, ni en la cantidad, ni en la numeración con los que fueron ingresados, según la sentencia en las cuentas del Banco del Progreso.

En este punto reconoce que del acusado sólo se indica que autorizó, ordenó, conoció o consintió las operaciones y el modo de ser ejecutadas, pero en contra de dicha afirmación sostiene que, quien realiza la conducta considerada típica y punible es un “extraneus” de aquella relación y lo identifica en la persona de Tomás Allende Milans del Bosch. A continuación hace una serie de consideraciones sobre la naturaleza del delito de apropiación indebida y llega a la conclusión de que, sólo puede ser autor quien incumpla la obligación de entregar o devolver la cosa, no así aquella persona a quien no le incumbe. En este punto se remite a una afirmación que se contiene en la página 248 de la sentencia y en la que se admite, que no ha podido determinarse la parte en la que Fernando Garro se benefició personalmente de las disposiciones realizadas por Tomás Allende con su connivencia. Conviene señalar que no termina la cita y que no completa el razonamiento que a continuación realiza la sentencia recurrida. Sostiene asimismo, que el acusado no ostentó el dominio del hecho ni el dominio de la acción, ni el dominio funcional, centrando la responsabilidad en la persona de Tomás Allende. En consecuencia, termina denunciando la indebida aplicación del art. 28 del Código Penal, en relación con el art. 252 del mismo Texto Legal.

2.- Como ya hemos señalado, parte de las alegaciones del recurrente se sustentan no en los hechos probados, sino a los razonamientos jurídicos incorporados en la sentencia que, en algunos casos pueden ser

considerados como complementos del hecho. Admitiendo con reservas y cautelas esta circunstancia, conviene resaltar de inmediato, que en la cita realizada por el recurrente, se omite que a pesar de la afirmación relativa a las disposiciones realizadas por Tomás Allende en connivencia con el acusado, dicha circunstancia no es esencial para la existencia de un delito de apropiación indebida por parte del acusado, ya que existe la prueba de un aprovechamiento personal que ha quedado plenamente acreditado. La sentencia, afirma que Fernando Garro distrajo de la Sociedad la cantidad de 1.550.000.000 de pesetas que fueron entregadas a su colaborador Tomás Allende.

El artículo 28 del vigente Código Penal, que se dice infringido, considera autor no solamente a quien realiza el hecho directa, exclusiva y materialmente, sino también a quien lo ejecuta, por medio de otro del que se sirve como instrumento. Los propios razonamientos de la parte recurrente que han sido anteriormente transcritos, ponen de relieve que los actos materiales de ejecución, se realizaron de forma conjunta y en todo caso con un condominio funcional del acto. Lo verdaderamente sustancial, tal como se afirma en el relato fáctico, es que el planeamiento de las operaciones de apropiación, se llevó a cabo por el acusado, resultando por tanto, a estos efectos indiferente qué instrumentos mediatos o qué personas interpuestas se utilizaron para la ejecución material de los hechos.

Como ya se ha dicho con anterioridad, existen datos fácticos incontestables, que permiten sostener que el acusado autorizó cada una de las compraventas, ordenó a los apoderados correspondientes la emisión de cheques al portador con la finalidad de ocultar la identidad del receptor y del destino último de los fondos. Nadie discute la colaboración de Tomás Allende, que ha quedado al margen de las actuaciones seguidas en la presente causa y de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su conducta, pero ello no es obstáculo para mantener que el dominio y dirección de los actos materiales correspondió, en todo momento, al acusado que no sólo estuvo al tanto de las operaciones, sino que las consintió, las alentó y finalmente se benefició del producto de las mismas.

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

VIGESIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1° de la LECrim., por estimar indebidamente aplicadas las normas previstas en los artículos 61.4° en relación con el 69 bis, 535 y 529.7ª del Código Penal de 1.973 y todos ellos interpretados a la luz del art. 25 de la Constitución y art. 2 del Código Penal vigente.

1.- Señala que la individualización de la pena efectuada por el Tribunal, con arreglo a las prescripciones del Código Penal vigente, es más desfavorable que la que le correspondería de haberse aplicado los preceptos del derogado Código Penal bajo cuya vigencia ocurrieron los hechos.

En definitiva, solicita la reducción de la extensión de la pena impuesta, para lo cual realiza una comparación entre la determinación de la pena conforme al texto del Código Penal vigente y la procedente en aplicación de las normas del derogado. Partiendo de la aplicación conjunta de los artículos 252 y 250.6° y la entrada en juego de lo dispuesto en el art. 74.1° (delito continuado), todos ellos del Código Penal vigente, llega a la conclusión de que la pena a imponer, iría de 3 años y 6 meses a 6 años de prisión. Estima que la valoración que realiza la Sala en función de las circunstancias concurrentes y del perjuicio total causado a la entidad perjudicada y su relación con la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, no autorizan la imposición de la pena en el máximo previsto legalmente.

Trasladándose al Código Penal de 1.973, que era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, combina la aplicación de los artículos 535, 529.7ª y 69 bis (delito continuado). Barajando todas las posibilidades punitivas, llega a la conclusión que resultaría más favorable el tratamiento otorgado por el texto punitivo de 1.973, que permitiría la imposición de diez años de prisión mayor. Haciendo una serie de consideraciones, que no es necesario repetir, termina sosteniendo que la pena a imponer por el delito de apropiación indebida y con la concurrencia de una atenuante, no podrá exceder del grado máximo de la prisión menor de acuerdo con la regla 1ª del artículo 61 del Código anterior. Termina invocando el principio de proporcionalidad y

solicitando la pena de prisión menor, en la extensión mínima de su grado máximo, que considera más beneficiosa, que los seis años de prisión impuestos en la sentencia que se recurre.

2.- La determinación de la pena más favorable cuando, como sucede en el caso presente pudieran entrar en juego dos textos punitivos, uno vigente en el momento de la comisión de los hechos y otro posterior, plantea siempre cuestiones concretas que es necesario resolver, no sólo acudiendo a criterios estrictamente legales, sino valorando circunstancias personales e incluso la propia posición del afectado, cuando ya existe una resolución condenatoria previa (disposición transitoria 2ª del Código de 1.995).

En el caso presente, no se daba esta circunstancia, sino que la Sala sentenciadora se enfrentaba a la alternativa de elegir entre dos textos legales y valorar cual de ellos sería más favorable a los intereses del recurrente. Ello exige un proceso valorativo y razonador, que justifique la opción que finalmente adopte la Sala sentenciadora que se encuentra ante este dilema.

3.- La sentencia recurrida explica, en el apartado 1 de la calificación jurídica, las razones por las que opta por el Código vigente. Considera que esta calificación resulta más favorable al acusado que la aplicación del código de 1.973, porque el marco penal establecido en su artículo 69 bis, para el delito continuado, permite la exasperación de la pena hasta límites mucho más graves, que los que se derivan de la aplicación del vigente artículo 74, que contempla el delito continuado.

En definitiva de todo lo expuesto se deduce que el recurrente, si la Sala sentenciadora se hubiera movido en las cotas bajas de la pena de prisión que permite el artículo 74 (es decir de tres años y seis meses a seis años de prisión), nada tendría que objetar en cuanto a la favorabilidad del código vigente. Lo que verdaderamente discute es la individualización de la pena, en función de las circunstancias personales, la gravedad del hecho y la cuantía del perjuicio. También discute que la elevada cuantía de lo defraudado, que no se puede confundir con el perjuicio causado y el enriquecimiento propio, tenga

virtualidad para individualizar la pena llevándola al máximo permitido, en cuanto que ya se ha tenido en cuenta al aplicar la circunstancia 6ª del artículo 250, que se refiere a la especial gravedad del delito de apropiación indebida atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

4.- La sentencia, en el punto 2, explica suficientemente por qué ha utilizado el marco penal que establece en la parte dispositiva de la sentencia y destaca, de manera totalmente convincente, que cada uno de los hechos en su individualidad es ya subsumible en el tipo agravado, por lo que esta circunstancia debe ser apreciada respecto del delito unificado por aplicación de la figura del delito continuado. Vuelve a insistir en que cada una de las operaciones de adquisición de locales, reviste especial gravedad, atendiendo al montante económico de lo apropiado, por lo cual considera justificado que se opte por la opción máxima dentro del marco permitido por la aplicación del art. 74 del Código Penal vigente. Con ello estimamos que no se vulnera el principio de proporcionalidad y, en todo caso consideramos que la aplicación del Código de 1.973 nos llevaría hasta el grado medio de la pena de prisión mayor que, con los razonamientos anteriormente mencionados y que resultarían totalmente válidos, darían lugar a la aplicación de una pena de diez años de prisión mayor.

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

VIGESIMOTERCERO.- Se interpone por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se han aplicado indebidamente las normas previstas en los artículos 66.1ª en relación con el 74, 252 y 250.6º del vigente Código Penal.

1.- El motivo es complementario del anterior y se articula ad cautelan por si fuese desestimado.

2.- En definitiva viene a reproducir íntegramente lo expuesto en el motivo anterior y a insistir en la total falta de motivación de la

individualización de la pena, por lo que considera que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

Ya ha quedado expuesto, que la Sala sentenciadora razona suficientemente las causas y los datos que ha tomado en consideración para imponer la pena en la cuantía elegida. Por si los razonamientos no parecieran suficientes, no debemos olvidar, como ya se ha hecho referencia en motivos anteriores, la posición que ocupaba el recurrente dentro de la estructura de la entidad financiera y que, como se dice en el apartado primero, era la de Director General. También es un dato a evaluar todo lo referente al aprovechamiento en beneficio propio de funciones y cometidos que le fueron asignados por el Banco, rompiendo de esta manera la situación de confianza y de responsabilidad, no sólo respecto a los órganos directivos del Banco, sino en relación con todos los accionistas que formaban la masa social.

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

RECURSO DE RAFAEL PEREZ ESCOLAR. Tomo II. Folios 347 a 505.

MOTIVOS RELATIVOS AL CENTRO COMERCIAL CONCHA ESPINA.

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

1.- Estima que en los hechos que se declaran probados, está ausente uno de los elementos esenciales de la descripción típica “-la relación causal legalmente exigida entre el engaño, el error y el acto de disposición-“ al resultar del hecho probado, la ausencia absoluta de la necesaria identidad entre el sujeto pasivo del engaño (los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A (que asistieron a la sesión de 26 de Septiembre de 1.991) y el sujeto autor del acto de disposición (el Consejero Delegado de dicha Corporación Arturo Romani, presunto engañador

y por tanto ajeno al error). Aparece así la disposición patrimonial, sin relación causal alguna con el pretendido engaño, al ser el sujeto “disponente” persona distinta de los “engañados” por lo que la sentencia incide en infracción por inaplicación indebida del art. 248 del Código Penal y la violación del principio de legalidad.

El planteamiento del motivo, está salpicado de abundantes citas jurisprudenciales y reproduce, en parte, los hechos y fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, afirmando que el acto de disposición, aunque mediase engaño, se realizó por el Administrador Sr. Romaní y no por el órgano Colegiado, La Comisión ejecutiva, que le había encomendado el mandato “para la conclusión del negocio”, estableciendo que todo el iter para la consumación del tipo penal fue desarrollado exclusivamente por Arturo Romaní.

Considera que la conclusión a la que llega la sentencia, es arbitraria e ilógica por lo que ha aplicado indebidamente el art. 248 del Código Penal, pues la conducta enjuiciada, nunca podría ser subsumida en el delito de estafa, al haberse realizado el acto de disposición, en el ámbito relativo a las facultades de administración del disponente.

2.- La cuestión ya ha sido abordada, al contestar a alguno de los motivos de los anteriores recurrentes, por lo que, en lo sustancial, nos remitimos a lo ya expuesto. El elemento esencial del delito de estafa, que no es otro que el engaño bastante para inducir a otra persona a error y mover su voluntad para realizar un acto de disposición, concurre plenamente en el caso que nos ocupa. Es evidente que la noción de la decisión de realizar un acto de disposición, se lleva a efecto bajo el error provocado por el engaño, por lo que carece de trascendencia que el acto lo ejecute por sí mismo el sujeto pasivo engañado, o bien delegue, autorice o encomiende a otro la ejecución de la formalización o realización efectiva de la disposición patrimonial causante del perjuicio.

3.- La vía casacional elegida, obliga a ajustarse estrictamente a la relación fáctica y en ella se pone de relieve que los acusados, con la finalidad

de obtener un beneficio patrimonial acordaron vender a la Corporación Industrial Banesto las respectivas participaciones que tenían en el negocio del Centro Comercial y que habían recibido gratuitamente y sin contraprestación alguna. El elemento clave que produce el engaño, es precisamente la ocultación de esta circunstancia ya que, como se ha dicho, su conocimiento por parte del resto de los componentes de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, habría impedido que, tanto la autorización para negociar los términos de la ejecución del acto de disposición ya decidido, como este mismo acto, hubieran podido llevarse adelante.

4.- En relación con la actuación del actual recurrente, la propia sentencia, en la página 87, afirma que una vez adoptado el acuerdo de la Corporación de entrar en el negocio del Centro Comercial y conocido por el acusado, el precio autorizado para la adquisición, vendió a la Sociedad Dorna S.A el 2 de Octubre de 1.991, antes de la efectiva adquisición por la Corporación, un 4,5% del total del 9% de "Cuentas en participación", que dominaba a través de su Sociedad CIFUENTES 2000. El precio pagado por ésta última ascendió a 178.155.000.000 pesetas. La Sociedad PUERTACERRADA S.A, también vendió a Dorna S.A, el 7 de Octubre de 1.991, el 4% que tenía de "Cuentas en Participación" por un precio de 150.000.000 de pesetas. Esta posición le obligaba, por un deber mínimo de lealtad, a informar a los componentes de la Comisión Ejecutiva de los intereses personales y lucrativos que tenía en la Operación. Al no hacerlo así provocó, un engaño básico y suficiente en la voluntad de los mismos que, por el desconocimiento de la realidad, no tuvieron objeción alguna a la autorización de las negociaciones y al pago de las cantidades mencionadas en el relato de hechos probados.

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

SEGUNDO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ, y 849.2 de la LECrim., por considerar que la sentencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al estimar que en la conducta enjuiciada existe el "engaño" como elemento determinante del

desplazamiento patrimonial. Añade que viola también el derecho fundamental de la presunción de inocencia reconocida en el art. 24 de la Constitución y vuelve a insistir que se infringe por aplicación indebida el art. 248 del Código Penal.

1.- El error radica, según su criterio, en atribuir a Cesar Albiñan Cilveti, asistente a la reunión de la comisión Ejecutiva de la Corporación celebrada el 26 de Septiembre de 1.991, el carácter de Consejero o Vocal de la entidad, cuando lo cierto es que entonces no desempeñaba ese cargo sino que tan solo era Secretario. Dicho error se desprende, según alega, de la declaración del mencionado en el juicio oral y del acta de la Sesión de 26 de Septiembre de 1.991 celebrada por la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, obrante al Tomo 41 folio 92.

Pretende desmentir la afirmación de la sentencia, referente a los votos emitidos con engaño, sosteniendo que en sólo cuatro de ellos pudo formarse el “error”, lo que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, no constituye mayoría, pues ésta la formaban los otros cuatro votos correspondientes a los presuntos “engañadores” quienes sumaban a su voto, el que había delegado el Sr. Masaveu en el Presidente y el voto de calidad que correspondía a este para dirimir los empates. En consecuencia estima que ha existido autoengaño impune.

Refuerza su argumentación sobre la existencia de error en el hecho de que la sentencia atribuye a Cesar Albiñana Cilveti, la condición de Consejero Vocal de la Entidad cuando lo cierto es que en la fecha de la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación celebrada el 26 de Septiembre de 1.991 tan sólo era Secretario. Jugando con este dato y con otros derivados de la representación que el Presidente ostentaba del voto delegado del Sr. Masaveu y su voto de calidad, no podía existir engaño ya que era imprescindible, para tomar el acuerdo por mayoría, los votos de los presuntos engañadores, que así resultarían autoengañados.

2.- En realidad se entremezclan dos cuestiones diferentes, por una misma vía casacional. Por un lado, la posible existencia de un error de hecho

en la apreciación de la prueba, que considera trascendente a los efectos de su pretensión impugnatoria y por otro lado, la vulneración del principio fundamental de presunción de inocencia. Para acentuar todavía más la incorrecta formulación del motivo, termina invocando la indebida aplicación del artículo 248 del Código Penal, cuestión a la que ya hemos hecho referencia en el motivo anterior.

3.- El documento que se invoca, no tiene la trascendencia probatoria que pretende darle la parte recurrente. En primer lugar, no existe una contradicción insalvable entre los hechos probados y su contenido, ya que el acta de la reunión de la Comisión Ejecutiva se refiere en principio a los asistentes, sin hacer una referencia pormenorizada a cada uno de ellos en relación con si tenían o no la facultad de voto. En segundo lugar el Sr. Albiñana, según consta en el acta del juicio oral, nada manifestó sobre si tenía o no la facultad de voto, pero aún situándonos en la hipótesis más favorable a las tesis del recurrente, esta circunstancia carece de relevancia sobre la existencia del elemento básico del engaño.

4.- En relación con la presunción de inocencia, es evidente que teniendo en cuenta las razones anteriormente mencionadas y volviendo a insistir en que no existe inconveniente para admitir que Cesar Albiñana, fue nombrado Consejero de la Corporación Industrial en Diciembre de 1.992, debemos hacer constar que existe una prueba abundante, cuya validez no ha sido impugnada por la parte recurrente, que pone de relieve las maquinaciones previas a la entrada en la Corporación Banesto en el negocio del Centro Comercial Concha Espina y a la actitud engañosa de los otros acusados y del propio recurrente por las razones que ya hemos expuesto y que no vamos a repetir.

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

TERCERO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., y 849.2º de la LECrim, por considerar que la sentencia recurrida ha

incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al referirse erróneamente en los hechos que declara probados, a la existencia de “perjuicio patrimonial”. Añade que ha existido una interpretación arbitraria de la prueba que vulnera los artículos 9.3 (interdicción de la arbitrariedad) y 24.2 (derecho a la presunción de inocencia) ambos de la Constitución y supone la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal.

1.- Sostiene que la afirmación de que la Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1.776 millones de pesetas, no está respaldada en ninguna prueba, ni siquiera indiciaria, que permita sustentar un juicio tan tajante y extremo.

Hace una serie de valoraciones sobre el criterio seguido por la Sala sentenciadora para determinar el perjuicio sufrido, pero no cita documento alguno que contradiga lo afirmado por el hecho probado, salvo el contrato de 23 de Diciembre de 1.994 (obrante al tomo 24 de la documental, folios 7.275 a 7.285) formalizado ante las empresas del Grupo García Pardo (Centro Comercial Concha Espina S.A, Dorna S.A, Dorna Promoción del Deporte S.A y Gestión de Soportes publicitarios S.A.) y el Grupo Banesto (Banco Español de Crédito S.A., Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, Banesto Leasing S.A. y Banco de Victoria). De este contrato, en opinión del recurrente, resulta con toda evidencia y de forma directa la inexistencia de perjuicio para la corporación Banesto. Asimismo se designa el contrato de 9 de Febrero de 1.995 (obrante en las actuaciones al tomo 25 en la pieza separada de prueba de D. Rafael Pérez Escolar, folios 17.344 a 17.348). Mediante este contrato la sociedad “Informática, Servicios y productos S.A (Infosa) adquirió a Banesto, los derechos derivados del contrato con el Real Madrid referidos al Centro Comercial Concha Espina por el precio de 3.800.000.000 de pesetas.

En este punto, amplía la contradicción, esgrimiendo, contra la realidad del hecho probado, el informe de la investigación análisis y costes derivados del informe de American Appraisal, considerando que no es cierta la afirmación del hecho probado, en la que se dice que todos los datos habían sido confeccionados sobre la base de la información facilitada exclusivamente por la parte vendedora. Mantiene que la sentencia, no motiva en forma alguna su parecer, cuando atribuye a las cuentas en participación menor valor que las

acciones y refuerza su argumentación acudiendo al apartado de la sentencia, en el que se reconoce que las acusaciones no han cuantificado el importe de las responsabilidades civiles, lo que le sirve para sostener que no ha existido perjuicio para la Corporación Banesto. Termina, una vez más, afirmando que se ha aplicado indebidamente el art. 248 del Código Penal vigente, que tipifica el delito de estafa.

2.- El hecho determinante e incontrovertible que da vida al delito de estafa, estimado por la Sentencia recurrida, es la existencia de un perjuicio patrimonial indiscutible para la Corporación Banesto, como se desprende del propio acta de la Comisión Ejecutiva de 26 de Septiembre de 1.991, en donde ha quedado perfectamente determinado que se adquirieron Cuentas en Participación, que como ya se ha dicho ningún derecho político otorgaban a los adquirentes en lugar de acciones, que era la fórmula habitual de participación de la sociedad de Banesto. Por ello debemos señalar, una vez más, la inexistencia de elementos documentales, que sirvan por su entidad, contenido e irrebatibilidad, para mantener la existencia de un error de hecho en la valoración de la prueba.

La Sala mencionada afirma, en el apartado de hechos probados, que la Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1.776.000.000 de pesetas, aún teniendo en cuenta que la Sociedad del Centro Comercial Concha Espina, hubo de ceder a Banesto, para saldar las deudas que tenía contraídas, el contrato concertado con el Real Madrid, lo que suponía una dación en pago. En todo caso y a pesar de esta realidad, lo cierto es que la cuantía del desplazamiento patrimonial puede verse reducida, a efectos de cuantificar el perjuicio, en la medida en que lo recibido haya procurado alguna utilidad al sujeto pasivo. Si nos atenemos a lo manifestado en la vista del presente recurso por el Letrado que llevaba la representación de Banesto, los beneficios han sido cero y todavía el negocio produce pérdidas. Esta afirmación no fue desmentida por ninguno de los letrados intervinientes.

3.- En relación con la presunción de inocencia, a la que se vuelve a acudir en el presente motivo, es evidente que existe una abundante actividad

probatoria que se recoge en el epígrafe A de la Sentencia recurrida, en todo lo relativo a la valoración de la prueba relacionada con el Centro Comercial Concha Espina. Los razonamientos probatorios se basan, no sólo en lo que resultó acreditado del Plenario en relación con las particulares y privilegiados contactos entre Banesto y el Grupo Dorna, sino también por los testimonios de los hermanos García Pardo, el acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación de 28 de Septiembre de 1.990, los folios 3.150 y siguientes de la pieza documental y la declaración testifical del Sr. Eizmendi, página 10.570 y siguientes del acta del juicio oral. Asimismo se apoya la resolución condenatoria, en la abundante prueba practicada (documental, prueba testifical y prueba pericial) que va concretando en los siguientes folios 198 a 205 y que no es necesario reproducir, por razones obvias, en este momento. Se trata de pruebas perfectamente válidas, obtenidas con arreglo a las formalidades legales y que, por tanto, son suficientes para enervar el efecto protector de la presunción de inocencia y justificar la condena impuesta.

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

CUARTO.- Por infracción de ley al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ, y 849.2 de la LECrim., por estimar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al apreciar que la conducta del recurrente está presente el ánimo de lucro injusto. Añade la violación del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución y la aplicación indebida del art. 248.

1.- Sostiene que no se ha valorado por la sentencia, ninguna prueba directa, ya documental, ya testifical o de cualquier otra clase, de la que pueda extraerse con la calidad de prueba de cargo, el hecho de que Rafael Pérez Escolar y por cesión de las sociedades San Antón del Espino y Cifuentes 2000, adquirieron gratuitamente las cuentas en participación en el negocio del Centro Comercial Concha Espina, puesto que no cita o analiza ninguna prueba que posea carácter directo para fundamentar lo que declara probado. Señala que no se ha tenido en cuenta el contrato de 1 de Noviembre de 1.990 (que obra al tomo 24 folios 7.242 y ss) en el que se manifiesta con toda claridad, que la

causa de la cesión de las cuentas son unos servicios jurídicos prestados por el recurrente al grupo de los hermanos García Pardo.

Reconoce que, aunque no tengan carácter documental, existen manifestaciones de las personas que encargaron directamente esos trabajos que acreditan la existencia de la minuta de honorarios. Cita como documento la estipulación primera del contrato de 23 de Diciembre de 1.994, que ya fue designado con anterioridad y el expositivo 4º del propio contrato, en cuanto prueba que los nuevos administradores designados por el Banco de España, siguieron concediendo financiación a la Sociedad Centro Comercial Concha Espina en cantidades importantísimas.

Considera que las afirmaciones de la Sentencia, sobre la inexistencia de una minuta profesional que justificase la cesión de las cuentas en participación, es arbitraria e injusta ya que el hecho de que el pago se hiciera a una Sociedad de su grupo familiar solamente tenía como finalidad evitar que el tipo tributario no fuese el del 56% sino el del 35%, aplicable al impuesto de sociedades.

2.- Una vez más hemos de repetir que nos encontramos ante la invocación del error de hecho, combinado con la presunción de inocencia y la inaplicación del art. 248 del Código Penal.

Estimamos que lo sustancial es, el punto relativo a la adquisición por parte del recurrente del 19% de las cuentas en participación. El contrato de 1 de Marzo de 1.990, (folio 7.242 Tomo 24), esgrimido por el recurrente, no tiene virtualidad probatoria suficiente como para acreditar el error del juzgador y no puede desmentir de forma irrefutable que la cesión del 19% de las Cuentas en Participación se hiciese, con fecha 12 de Julio de 1.989, sin contraprestación a la Sociedad Cifuentes 2000 e Inversiones Sanfergo. Existe una cláusula adicional al contrato de 12 de Julio de 1.989, firmado por los interesados el 4 de Febrero de 1.991, en el que ni siquiera se hace mención al documento de 1 de Marzo de 1.990. Si a todo esto unimos lo ya argumentado por el recurrente, en relación con la finalidad de desviar el pago de la minuta hacia sociedades

personales, nos encontramos con que la valoración realizada por el juzgador no puede ser refutada con los documentos invocados.

3.- La sentencia razona de manera concluyente, que no puede ser explicada la ausencia de minuta y de contabilización de la contraprestación recibida, en la forma pretendida por uno de los peritos presentados por la defensa del acusado.

Lo cierto y determinante, es que no consta una minuta efectiva de prestación de servicios profesionales. No aparece acreditado el servicio prestado. No se tributó a Hacienda por esos honorarios y, como se ha dicho, el supuesto pago no fue al abogado que teóricamente prestó sus servicios profesionales, sino a una sociedad de su grupo familiar.

De todo lo anterior resulta, como afirma tajantemente la sentencia recurrida y no ha sido desmentido por documento alguno, que el acusado obtuvo su porcentaje de las cuentas de participación de forma gratuita.

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

QUINTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho al apreciar en la conducta del recurrente la presencia del dolo, produciéndose así la aplicación indebida del art. 248 del Código Penal.

1.- Considera que el elemento intencional del delito de estafa, está ausente, ya que la explicación dada por la sentencia, resulta enteramente infundada. Señala que aparece independientemente y sin ninguna vinculación entre ellas, la fase que la sentencia califica de “toma de posición” y la fase posterior de venta a la Corporación de aquella posición negocial, desapareciendo la “intencionalidad ilícita” que la sentencia pretende dar a ambas fases.

Manejando en su interés, las fechas en que se adquieren las cuentas en participación y el momento de la venta a la Corporación Industrial Banesto, mantiene que el elemento intencional está ausente y sin dolo, la conducta incriminada deja de tener relevancia jurídico penal, al faltar el elemento subjetivo del tipo, por lo que se produce en la sentencia la infracción que se denuncia, por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal.

2.- No se puede olvidar que el delito de estafa presenta una variadísima multiformidad, de tal manera que, en algunos casos, se trata de un acto simple y casi instantáneo, en el que coinciden, en un mismo momento temporal, la maniobra engañosa y la defraudación, y, en otros, como sucede en el caso presente, nos encontramos ante una estructura compleja, que tiene sus orígenes en un momento anterior a la perfección del hecho delictivo, pero que se consuma cuando el engaño surte el efecto de desplazamiento patrimonial buscado.

En el caso presente, nadie discute que el acusado se hizo con las cuentas en participación el 12 de Julio de 1.989 cuando no existía la Corporación Banesto y que esta entidad las adquirió el 25 de Octubre de 1.991. Ahora bien, esta circunstancia cronológica no es en absoluto obstáculo, para afirmar que no sólo ha existido dolo, sino que se ha producido un perjuicio patrimonial perfectamente evaluado. No podemos fijar exactamente cual es el momento en el que surge en la mente del acusado la idea de realizar la operación engañosa, porque es un dato que pertenece a su íntima subjetividad, pero lo que resulta incuestionable es que, en un momento determinado, surge un plan defraudatorio que se pone en marcha a través de los elementos fácticos que aparecen perfectamente descritos en la sentencia y que se consuman en el instante en que el acusado, junto con otros también condenados, participan en la reunión de la Comisión Ejecutiva, tantas veces citada, ocultan su interés personal en la operación de adquisición del negocio del Centro Comercial y obtienen la aquiescencia para que se lleve a efecto, en detrimento de la entidad y en beneficio propio.

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

SEXO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., y 849.2º de la LECrim., por considerar que la sentencia incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba al entender que el recurrente participó en concepto de autor material, por lo que se viola además el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, infringiéndose así por indebida aplicación los arts. 28 y 248 del Código Penal.

1.- Estima que es erróneo atribuir al recurrente la titularidad dominical, en concepto de socio, y la disponibilidad, en concepto de administrador o gestor, de la empresa Cifuentes 2000, por estar en abierta contradicción con los certificados del Registro Mercantil correspondiente al depósito de las cuentas de 1.991 y 1.992 aprobadas por dichas sociedades. El titular es D. Luis Alejandro Pérez Escolar Hernando al que pertenece el 100 por 100 del capital y es su administrador único.

También es errónea la afirmación de que el recurrente vendió a Dorna, como sociedad interpuesta el 4,5 % de las cuentas en participación que dominaba a través de su sociedad Cifuentes 2000. Así se acredita por el contrato de 2 de Octubre de 1.991 del que resulta que el recurrente no participó, bajo ningún concepto, en representación de Cifuentes 2000.

El resto del desarrollo del motivo, se dedica a la contradicción del hecho probado y a negar la autoría del recurrente, destacando como significativo que tanto Banesto como la Corporación, no han aportado a los autos pruebas de que existiesen pérdidas en el negocio.

2.- En definitiva el motivo es una variante de las anteriores y en él se viene a sostener, también por la vía del error de hecho y de la presunción de inocencia, que el recurrente no ha tenido participación en los hechos por los que ha resultado condenado.

La conclusión incriminatoria que establece la sentencia, se deriva de una serie de datos y pruebas de carácter directo o indiciario que sustentan suficientemente la afirmación fáctica.

A estos efectos resulta indiferente que la sociedad San Antón del Espino, constituida el 26 de Abril de 1.990, esté a nombre del hijo del acusado, accionista único, y que éste figure como administrador junto a dos personas que tienen vínculos parentales muy próximos. Como se dirá más adelante al abordar todo el tema relativo a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de determinadas sociedades, lo que realmente interesa al proceso penal es la realidad material y no la apariencia formal que puede derivarse de un documento e incluso de una inscripción registral.

3.- Como ya hemos dicho, resulta irrefutable que el acusado recibió el 19% de las Cuentas en Participación y que la cesión instrumental a la Sociedad antes mencionada, cuyo titular registral era su hijo, se produce el mismo día de la suscripción de las cuentas. El propio acusado reconoce en el acto del juicio oral, que la utilización de este mecanismo, se hizo para aminorar los efectos fiscales. Asimismo existe constancia de que hay una sucesiva transmisión a empresas familiares y que existe una venta a la Sociedad Dorna.

4.- De todo ello resulta que el juicio valorativo realizado por la Sala sentenciadora, responde a los más elementales reglas de la lógica y de la razón y que, para poder consumir el beneficio propio y el perjuicio correlativo a la entidad financiera, la intervención del acusado fue decisiva ya que si, como se ha dicho reiteradamente, tanto el recurrente como los demás partícipes hubieran manifestado y expuesto con lealtad y buena fé que tenían interés personal en la adquisición del Centro Comercial Concha Espina, la operación nunca habría llegado a buen término y por tanto no se habría consumado el hecho delictivo de la estafa, que se produce en el momento en que la Corporación realiza el acto de disposición.

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

