

## MOTIVOS REFERENTES A OIL-DOR

***SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de derecho por indebida aplicación del art. 248 del Código Penal y habiendo vulnerado el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.***

1.- Señala la parte recurrente que el motivo discurre por términos idénticos a los que se han propuesto en el motivo primero, relacionado con la operación Centro Comercial Concha Espina, a cuya argumentación se remite, si bien quiere hacer constar que, con respecto a la operación Oil Dor, en el hecho cuarto de la sentencia constan determinados párrafos, de los que se demuestra que concurría el autoengaño impune y que fue Arturo Romaní, quien formalizó los contratos de compraventa de las acciones de Oil Dor y ordenó el pago del precio.

2.- Como reconoce el propio recurrente, se trata de una cuestión repetitiva que ya ha sido abordada en motivos anteriores. Si bien hemos admitido que efectivamente el acusado Romaní tuvo una misión específicamente asignada por la Comisión Ejecutiva de la Corporación Banesto, ello no quiere decir que toda la responsabilidad criminal sobre la acción realizada recaiga exclusivamente sobre su persona. Está perfectamente relatado en el hecho probado, que tanto el recurrente como los otros dos acusados, gestaron el plan, lo diseñaron y lo llevaron a efecto actuando conjuntamente en la Comisión Ejecutiva, de la manera dolosa y fraudulenta que ya ha quedado reiteradamente expuesta.

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

***OCTAVO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ, y 849.2º de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba con respecto a la existencia de engaño, lo que viola el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la Constitución, e infringiéndose por aplicación indebida el art. 248 del Código Penal.***

1.- Vuelve a reproducir lo alegado respecto de D. Cesar Albiñana Cilveti sosteniendo que no era vocal o consejero de la Corporación Industrial, sino Secretario.

Cita el acta de la sesión celebrada el día 2 de Abril de 1.992 que se refiere a la composición de la Comisión Ejecutiva, de la que se desprende que no es cierta la afirmación de la sentencia, de que los acusados no constituían la mayoría suficiente para la adopción válida del acuerdo.

2.- El motivo insiste en cuestiones anteriormente respondidas y que como se dice en el apartado 1, hacen referencia a la condición personal de Cesar Albiñana y al contenido del acta de la sesión de la Comisión Ejecutiva celebrada el día 2 de Abril de 1.992. Ya se ha reiterado que ambas circunstancias, aún admitiéndolas en el sentido alegado por la parte recurrente no enervan la existencia del engaño suficiente, como elemento sustancial del delito de estafa por el que ha sido condenado. Los documentos que nuevamente se invocan, no tienen entidad suficiente para alterar la narración del hecho probado y por consiguiente, mantenida ésta, el elemento culpabilístico del engaño, existe acreditado por prueba suficiente para enervar los efectos protectores de la presunción de inocencia.

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

***NOVENO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ., y del 849.2º de la LECrim., por estimar que la sentencia ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, al declarar probada la existencia del perjuicio patrimonial, lo que determina la indebida aplicación del art. 248 del Código Penal.***

1.- Según el informe de FG Inversiones Bursátiles (obrante al tomo 27, folio 8.532 y ss) considera que es absolutamente errónea, la afirmación de la Sala respecto de la existencia de un perjuicio patrimonial. Estima que la sentencia se equivoca al confundir los beneficios teóricos correspondientes a los activos de una multinacional petrolera, lo que sería un beneficio “ordinario” con los beneficios “extraordinarios” calculados para la

explotación de las gasolineras, que se estimaron entonces en cifras más modestas y con referencia a distintas variables.

Acude de nuevo al acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación de 2 de Abril de 1.992 en la que se habla de unas posibilidades de negocio, derivadas de distintas variables ( evolución de precios y márgenes comerciales, escasa reacción de los distintos agentes, insuficiente cobertura de estaciones de servicio).

Se remite también a la carta de 30 de Diciembre de 1.994 remitida al recurrente por D. Julián Delgado, Presidente de Oil Dor, nombrado por los nuevos administradores de Banesto y que obra en las actuaciones al tomo 28, folios 9.154 y ss, de la que resulta que a dicha fecha había 70 puntos de venta funcionando o en distintas fases de construcción u organización. Sostiene que es absolutamente errónea la afirmación que vierte la sentencia, de que las valoraciones tomaban como punto de partida un endeudamiento cero de la sociedad. Tampoco es cierto que los accionistas no cumplieran sus compromisos de capitalizar Oil Dor, remitiéndose de nuevo al acta de la sesión de 2 de Abril de 1.999, en la que se dice que la incorporación de Corporación Banesto en la estructura accionarial de Oil Dor, se materializará mediante una fórmula mixta de capitalización de la propia sociedad y del pago a sus actuales accionistas.

También considera erróneas las afirmaciones fácticas sobre el informe de American Apraissal

La bondad de los dictámenes de valoración de FG Inversiones Bursátiles (17.500.000 millones) y de American Apraissal (14.621.000 millones) resulta de los informes de auditoría de las cuentas de la Corporación, correspondientes al ejercicio de 1.992 en que se realizó la operación, y de las cuentas de Oil Dor relativas al ejercicio de 1.993, que se emite cuando ya se han consumado la intervención de Banesto y han sido sustituidos sus administradores. Asimismo se apoya en el recurso de Arthur Andersen contra la resolución del ICAC, con motivo del expediente tramitado a Arthur Andersen, en relación

con la auditoría de las cuentas anuales individuales y consolidadas a la corporación Banesto, así como de otras pruebas periciales existentes en las actuaciones.

Concluye afirmando que en la operación de Oil Dor, no se produjo ningún perjuicio patrimonial a costa y en perjuicio de la Corporación Banesto, por lo que no concurre el perjuicio patrimonial exigido por la estafa.

2.- El motivo, de mayor extensión que otros de los demás acusados que insisten sobre el mismo tema, es objeto de un amplio desarrollo realizando citas documentales que ya han sido objeto de valoración, al abordar las alegaciones de los otros dos acusados.

Los informes periciales citados, en modo alguno acreditan el error del juzgador, ya que las pruebas practicadas han servido para demostrar que hubo engaño y que se trataba de valoraciones realizadas en interés del comprador, como reconoció el propio Francisco González en el juicio oral (folio 6.413), al admitir que partía de que la deuda con los bancos sería de cero pesetas, cuando este dato no respondía a la realidad.

Por lo que respecta al informe de American Appraisal España, se trata, en gran parte, de una reproducción literal del informe de Inversiones Bursátiles FG y según se desprende de la declaración testifical de los representantes de esta Entidad, que figuran en el acta del juicio oral a los folios 6.368 y 6.556, ya se ponía de manifiesto el incumplimiento del plan de desarrollo establecido, lo que aminoraba sustancialmente el valor de las acciones de Oil Dor.

3.- En relación con las acciones, resulta llamativo y ciertamente escandaloso, el hecho de que el acusado, al igual que los otros dos coacusados, interviniese a través de sociedades que dominaba comprando acciones a 10.000 pesetas cuando posteriormente serían vendidas a la Corporación Industrial Banesto a 300.000 pesetas. Según se afirma el beneficio que obtuvo el recurrente de tal operación fue de 638.000.000 de pesetas.

A la vista de estos datos no creemos que pueda sostenerse la inexistencia de perjuicio patrimonial para la entidad y queda también paladinamente acreditado, que el engaño realizado tuvo como objeto obtener un lucro propio a costa del patrimonio de la entidad que administraba.

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

***DECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., por estimar que se ha aplicado indebidamente el art. 248 del Código Penal al estar ausente uno de los elementos de la descripción típica el ánimo de lucro injusto con violación del principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 de la Constitución.***

1.- Argumenta que las sociedades citadas, después de haber realizado la venta por la que transmitieron a la Corporación parte de las acciones que tenían en Oil Dor, lejos de realizar el beneficio y hacerlo suyo, lo reinvertieron en la propia entidad, dando cumplimiento a la obligación de capitalizar en los términos convenidos en la cláusula 11ª de los contratos de compraventa de acciones concertados con la Corporación (Tomo VII del rollo de sala, folios 3.030 a 3.093). Denuncia que estos contratos son criminalizados a los efectos de la presente operación, a pesar de que la Corporación nunca ha pretendido ni ha formulado acción judicial, para exigir su cumplimiento conforme a las garantías establecidas contractualmente a tal fin (cláusula 6ª).

En su opinión, todo ello prueba que tales contratos y operaciones nunca pueden entenderse como constitutivos de engaño y como muestra de dolo o mala fe por parte de las sociedades vendedoras, pues lo que hicieron fue cumplir escrupulosamente las obligaciones que asumieron en dichos contratos de compraventa, por lo que no concurre el elemento subjetivo del injusto.

2.- En este punto reproduce cuestiones ya planteadas en motivos anteriores, concretamente en el motivo cuarto. El sustento de las alegaciones se basa en el hecho de haber mantenido en su poder parte de las acciones de Oil Dor y de haber adquirido otras,

acudiendo a una posterior ampliación de capital lo que, en su opinión, evidencia su falta de dolo y de ánimo de lucro. Sin perjuicio de hacer notar que el desembolso por acción fue ciertamente inferior al que se hizo pagar a la Corporación para la adquisición de las mismas, lo cierto es que, como se señala en la sentencia recurrida, el perjuicio se produce en el momento mismo en que se abona un precio superior al debido, por lo que el desplazamiento patrimonial realizado merma correlativamente el patrimonio de la sociedad perjudicada. La suerte ulterior del negocio recibido como contraprestación, es ya irrelevante para la tipicidad de la estafa.

Contestando a las alegaciones del recurrente se sostiene, con argumentos que hacemos nuestros, que el comportamiento ulterior de los acusados y el destino dado a los fondos indebidamente recibidos y el hecho de que se hayan reinvertido parte de las ganancias en el mismo negocio que se utilizó para procurarse el ilícito beneficio, es un comportamiento posterior a la consumación del delito y que puede obedecer a distintos motivos, ninguno de los cuales es ya relevante a efectos de la existencia de la responsabilidad penal.

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

***UNDECIMO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ, en relación con los arts. 24.1 de la Constitución y 849.2º de la LECrim., al considerar que la sentencia recurrida incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba al estimar la presencia de ánimo de lucro injusto, violando el principio de presunción de inocencia y aplicando indebidamente el art. 248 del Código Penal.***

1.- Señala que la sentencia, no valora los dictámenes periciales existentes a las actuaciones y que el recurrente no podía adivinar que los nuevos administradores de Banesto, designados por el Banco de España, iban a paralizar el proyecto de la Empresa de Oil Dor, para vender la mayor parte de sus activos por 2.150.000.000 de pesetas, menos de la mitad de su valor en libros, que estaba fijado en 5.788,4 millones de pesetas (Tomo 28, folios 9.106 y ss).

Considera que la sentencia no ha valorado correctamente los contratos, por los que la corporación Banesto adquirió el 50% de las acciones de Oil Dor que obran al Tomo VII del rollo de sala, Folios 3030 a 3.093, expresamente designados a efecto de casación. Por lo que respecta al recurrente, señala que a pesar de que no le alcanzaba la obligación contractual de capitalizar la empresa, acudió a la ampliación de capital acordada el 20 de Septiembre de 1.993 y cerrada el 23 de Noviembre del mismo año en la que suscribió y desembolsó acciones por un nominal de 4.220.000.000 de pesetas y que las cuatro sociedades pertenecientes a su familia, no sólo suscribieron las acciones que les correspondían sino que tomaron tres veces más, concretamente un 8,8%.

Por último considera que es significativo, que los nuevos administradores de Banesto nombrados por el Banco de España, mantuvieron al recurrente en un cargo de confianza como es el de Vocal del Consejo de Oil Dor durante más de un año, después de la intervención del Banco, a pesar de que Banesto tenía el control absoluto de Oil Dor.

2.- Como se desprende de la lectura del apartado anterior, los documentos invocados ponen de relieve datos, elementos o circunstancias que en ningún momento han sido contradichos frontalmente por la relación fáctica de la sentencia, por lo que sería suficiente con esta argumentación, para rechazar las pretensiones de la parte recurrente en torno a la apreciación de un error de hecho en la valoración de la prueba.

El acusado realiza una valoración de los hechos, que utiliza como argumento para impugnar la calificación jurídica realizada pero, una vez más hemos de señalar que el núcleo esencial de la estafa lo sitúa a la sentencia en el momento de la ocultación de los datos a la Comisión Ejecutiva y sobre todo en la circunstancia relevante del elevadísimo precio pagado, en relación con el valor de adquisición de las acciones. Una vez que se ha consumado y perfeccionado la estafa, el comportamiento posterior carece, como ya hemos dicho, de relevancia a los efectos de desvirtuar la existencia de la conducta delictiva. La prueba documental, a la que hemos de ceñirnos por la propia elección que el recurrente hace de la misma, mantiene intacto el relato de hechos probados y no constituye una base para

declararlo erróneo, por lo que la virtualidad probatoria de los mismos no afecta a la existencia del hecho delictivo.

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

***DUODECIMO.- Al amparo de los art. 5.4 de la LOPJ, y art. 849.2º de la LECrim., por estimar que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba y por tanto en violación del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución por aplicación indebida de los arts. 28 y 248 del Código Penal.***

1.- Considera absolutamente erróneo atribuir al recurrente, la propiedad o el dominio de las sociedades, a las que la sentencia denomina su grupo familiar, según se deriva de los folios que cita a continuación.

Del acta de la Comisión Ejecutiva de la Corporación de 2 de Abril de 1.992 no resulta, en su opinión, que el recurrente presentase la operación de Oil Dor a la aprobación de dicha comisión, pues en el acta no se le cita para nada cuando se describe lo acaecido en la sesión.

De los contratos de 18 y 26 de Junio y 1 de Julio de 1.992 resulta que, en ninguno de ellos, intervino el recurrente, ni para representar a tales sociedades ni a la Corporación Banesto.

En consecuencia, considera que no se le puede calificar como autor de los actos ejecutivos típicos de la estafa.

2.- Siguiendo una técnica casacional, que reitera a lo largo de diversos motivos, entremezcla cuestiones relativas al error de hecho con las del error de derecho, por lo que una estricta aplicación de los ritos casacionales, hubiera dado lugar a la inadmisión del motivo. No obstante y teniendo en cuenta que se ha superado dicho trámite, entramos en la valoración de las cuestiones suscitadas.



Según los documentos invocados, la participación accionarial del acusado en la empresa Oil Dor, a través de sociedades de su entorno familiar, coinciden con el contenido de los documentos que pretenden sustentar el motivo. La relación de parentesco con los socios y administradores de dichas sociedades y el factor protagonista que el acusado tenía sobre ellas, ha quedado demostrado, según la prueba utilizada por la sentencia. Más adelante, al abordar los motivos relacionados con la responsabilidad civil subsidiaria de estas sociedades, entraremos en el análisis de la verdadera titularidad de las mismas, lo que de alguna manera confirma la versión de los hechos dada por la sentencia recurrida.

3.- Al realizar la valoración de la prueba, la decisión judicial explica suficientemente no sólo el mecanismo del engaño, sino la forma en que se materializó el perjuicio patrimonial. Entrando en el análisis de las manifestaciones de Carlos García Pardo (pág. 6.565 del Acta del Juicio Oral), acerca de no haber permitido la suscripción de la ampliación de capital a la Corporación, porque estaba reservada a antiguos accionistas, eran evidentemente falsas, porque la realidad demuestra que permitió que entrasen en la Sociedad, no solamente las sociedades Montilsa y Servicios y Recursos, sino que el propio recurrente aumentara su participación a través de sociedades familiares. De esta circunstancia, la sentencia extrae la conclusión fundada, de que la ampliación de capital tuvo como finalidad crear el cauce para que los acusados realizaran el plan delictivo. No vamos a insistir de nuevo en la diferenciación entre el momento consumativo del engaño y la disposición posterior del beneficio obtenido, por lo que nos remitimos a todo lo anteriormente expuesto.

4.- En otro punto del motivo, se vuelve a insistir en las circunstancias concurrentes en la reunión de la Comisión Ejecutiva de la Corporación, celebrada el día 2 de Abril de 1.992, debiéndose señalar nuevamente, que el acta no entra en contradicción insalvable con lo afirmado por la sentencia, toda vez que lo verdaderamente esencial, a los efectos de la calificación jurídica, es que el recurrente no solamente asistió sino que omitió a los demás miembros de la Corporación su participación en el accionariado de Oil Dor. La circunstancia de que los nuevos administradores de Banesto, le mantuvieran como Vocal del

Consejo de Oil Dor, durante más de un año después de la intervención del Banco, para nada afecta a la realidad de la operación realizada y que contó con el voto favorable del acusado.

En relación con las valoraciones jurídicas, realizadas al amparo de la denuncia de un error de hecho, nos remitimos a lo anteriormente expuesto al contestar a la cuestión de fondo.

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

#### **MOTIVOS RELACIONADOS CON CARBUROS METALICOS.**

***DECIMOTERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la Lecrim., al considerar que la Sentencia ha aplicado indebidamente el art. 535 del Código Penal de 1.973 violando al propio tiempo la legalidad penal amparada por el artículo 25.1 de la Constitución.***

1.- Sostiene que la dinámica comisiva que se describe en el hecho probado, no coincide con la configuración típica de la apropiación indebida, porque en este delito no hay engaño para obtener “la cosa o los efectos” correspondientes. Por el contrario esta figura penal, parte de la posesión lícita de esos mismos elementos por lo que la lesión al patrimonio ajeno, se fundamenta en el abuso de confianza derivada de la ruptura del título por virtud del cual el autor poseía la cosa o los efectos, produciéndose después el acto de distracción, o lo que es lo mismo el acto de incorporación indebida al patrimonio del que se los apropia.

En la apropiación indebida, la cosa o los efectos apropiados han de hallarse previamente en poder del sujeto activo, por haberlos recibido del sujeto pasivo, en virtud de un título que le obliga a entregarlos o devolverlos.

La transferencia de la cantidad que constituye el objeto de la supuesta apropiación indebida, no se produce desde el patrimonio de Banesto, en el que nunca llegó a ingresar, sino desde el patrimonio Air Products, sobre todo teniendo en cuenta que la causa

eficiente del acto dispositivo está vinculada al error padecido por Air Products, que resulta engañada y lo transfiere a Mariella, lo que provoca su reiterada insistencia en obtener de la corporación un justificante de lo pagado a esa sociedad por Jacques Hachuel.

Como complemento de su argumentación, el recurrente sostiene que sólo existiría el ilícito penal, si el dinero se hubiera transmitido desde Air Products hasta la Corporación Industrial Banesto. En su opinión el relato de hechos probados, en todo caso, solamente podría constituir un delito de estafa, lo que vulneraría el principio acusatorio y además desviaría el engaño hacia Air Products y no a la Corporación.

2.- Tratándose de la vía del error de derecho, debemos ajustarnos a la literalidad del relato de hechos probados. Su lectura nos pone de relieve, a través de las complejas operaciones realizadas para conseguir los fines delictivos que los acusados Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar habían planificado, según expresión literal del hecho probado, que Air Products adquirió de Banesto el derecho a poder comprar acciones de Carburos Metálicos al precio de 10.230 pesetas por cada acción, estipulándose como precio por unidad de opción, el de 200 pesetas, lo que hacía en total una cantidad de 1.344.000.000 de pesetas, que es precisamente la suma a la que se refiere el punto 3 de la sentencia, al imputar a Arturo Romaní y Pérez Escolar el ánimo apropiatorio, por haber planificado, que no debían ingresar en Banesto, sino quedar a su disposición en Suiza.

Estos datos resultan inmodificables por la vía del error de derecho, por lo que las maniobras realizadas en contacto con el también acusado Jacques Hachuel, a fin de que este recibiera el pago de Air Products en Suiza, a través de una sociedad de Hachuel, no son más que manejos y ardidés, que tratan de encubrir la esencia del hecho delictivo, que no es otro que, una cantidad que pertenecía a la entidad Banesto, pasó al patrimonio del acusado y Arturo Romaní, para lo cual se valieron de su condición de administradores y representantes de Banesto.

3.- La Sala sentenciadora considera que la conducta imputable, es la de distracción de dinero, a la que se refiere el tipo de la apropiación indebida. Sin perjuicio de

mantener la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 7 y 14 de Marzo de 1.994 y 26 de Febrero de 1.998, no debe olvidarse que la conducta que se describía en el artículo 535 del Código Penal de 1.973 hacía referencia a dos comportamientos semejantes, empleando para evitar redundancias las expresiones “apropiarse o distraer”, que producían como consecuencia final que el dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se había recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, habían pasado al patrimonio del gestor, fuese cual fuese la maniobra material realizada para conseguir este propósito. Las consecuencias posteriores, solamente afectaban a la responsabilidad civil, ya que en la eventualidad de que se recuperasen los efectos, nos encontraríamos ante un supuesto de restitución previsto en el art. 101 del antiguo Código Penal y si por el contrario, no apareciera rastro, ni del dinero ni de los efectos, la consecuencia sería la indemnización de perjuicios. Por ello estimamos, que no tiene una mayor transcendencia, la diferencia de conductas del administrador, ya que ambas integran el tipo de la apropiación indebida, que ha sido correctamente aplicado por la Sala sentenciadora.

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

***DECIMOCUARTO.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 849.1º de la LECrim., y 5.4 de la LOPJ., por estimar que la sentencia ha aplicado indebidamente el art. 29 del Código Penal.***

1.- Considera que a pesar de que ha sido condenado como cómplice, la sentencia no describe la conducta que le atribuye, ni ninguna aportación objetiva y accesoria favorecedora del injusto, lo que además genera indefensión, por imposibilitar su control en este trámite casacional y supone una presunción contra reo, que viola el art. 24.2 de la Constitución.

2.- El motivo, una vez más, está incorrectamente planteado, ya que entra en contradicción con el relato de hechos probados, cuando se ha elegido la vía del error de derecho. Los razonamientos de la sentencia recurrida, a los que nos remitimos para evitar

innecesarias repeticiones, ponen de relieve que las afirmaciones respecto de la participación del recurrente en los hechos que se le imputan están perfectamente acreditados.

3.- La consideración del recurrente como cómplice, en la operación denominada Carburos Metálicos, ha sido abordada al analizar el motivo cuarto interpuesto por la Acusación Popular, encarnada en la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores UGT y habiéndose estimado las argumentaciones vertidas en el mismo, esta Sala ha llegado a la conclusión de que, sin necesidad de modificar ninguno de los elementos fácticos que aparecen en la sentencia recurrida, la participación del acusado debía ser la de coautor y no la de cómplice, lo que dió lugar a la estimación del motivo.

Resulta por tanto innecesario abordar el tema que se plantea bastando para desestimarlos en la remisión al motivo anteriormente citado.

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

***DECIMOQUINTO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por considerar que la sentencia recurrida incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba, infringiéndose así lo preceptuado en el art. 29 del Código Penal.***

1.- La decisión de la Sala, al subsumir la conducta del recurrente en el art. 29 del Código Penal, se haya en contradicción con lo que manifiesta el Informe de la Policía Judicial sobre Carburos Metálicos, de 21 de Diciembre de 1.995 (obrante al Tomo 33, folio 9.829 a 9.856).

En su opinión, dicho documento no describe conducta alguna del recurrente, por la que se demuestre que haya intervenido en la fase ejecutiva de dicha operación. A lo que se debe añadir de manera complementaria, aunque no tenga carácter documental a efectos casacionales, las declaraciones prestadas por uno de los policías que redactó el informe y el Jefe de la Asesoría Jurídica de Air Products.

2.- Una más adecuada ordenación sistemática, hubiera aconsejado que este motivo se colocase precediendo al anterior, pero ello no es obstáculo para entrar en su análisis.

No vamos a entrar en la valoración de la calificación jurídica, sino simplemente en el hecho de la trascendencia que puede darse al documento que, según el recurrente, acredita el error del juzgador y que no es otro que el “Informe de la Policía Judicial sobre Carburos” de 21 de Diciembre de 1.995 (obrante al Tomo 33, folio 9.829 al 9.856).

3.- La lectura que realiza la parte recurrente respecto de dicho informe, que trata de complementar con las manifestaciones testificales del Presidente de Banesto, realizadas en el momento del Juicio Oral, no sirve para desvirtuar la relación de hechos probados.

Para que tuviese virtualidad probatoria a efectos de acreditar el error de hecho en la apreciación de la prueba, era necesario que el documento invocado contuviese datos de veracidad incuestionable, que acreditaran que el acusado, no intervino en ninguna de las fases de las operaciones que le atribuye la sentencia recurrida. El Informe policial sólo hace una serie de valoraciones genéricas e indeterminadas, sobre el contenido de la operación, sin que en, ningún momento, afirme que el recurrente no tuvo ninguna intervención en los hechos, por lo que el resto de las valoraciones realizadas por la Sala sentenciadora sobre el material probatorio disponible permanecen incólumes.

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

#### **MOTIVO REFERENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

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

1.- Estima que la sentencia recurrida confiere erróneamente la acción y el derecho a la indemnización por responsabilidad civil, a quien no ha sufrido el supuesto perjuicio, esto es, al Banco Español de Crédito S.A., a pesar de referirse reiteradamente como perjudicada a la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A. La Corporación, en parangón con el Banco, es una entidad con personalidad jurídica distinta, con razón y objeto social distintos, con domicilio distinto, con accionistas distintos y con órganos de representación y de gestión distintos. Tan distinta considera la Corporación del Banco, que hace notar que no se ha personado ni ejercitado la acción civil en la presente causa y, que con respecto a la cual, tanto la acusación pública como la privada no han interesado pronunciamiento alguno en su favor.

2.- En realidad el motivo se extiende en dos cuestiones diferentes. Por un lado, lo que considera la diferente personalidad jurídica del Banco Español de Crédito y de la Corporación Industrial, y por otro, la inexistencia de petición de indemnización para Banesto por parte de las acusaciones.

En relación con la primera cuestión debemos señalar que el Banco Español de Crédito S.A, era la entidad matriz de la cual formaban parte numerosas sociedades filiales. Por si quedaba alguna duda, la propia compañía Banco Español de Crédito S.A, al firmar la póliza de Responsabilidad Civil profesional de Consejeros y Directivos con la Unión y el Fénix Español, manifiesta, en el apartado relativo a las definiciones y concretamente a la consideración del tomador del seguro, que se considerará como tal el Banco Español de Crédito S.A y todas sus sociedades filiales, ya sean participadas directa o indirectamente. A continuación y manteniendo esta circunstancia esencial y haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad, incluye en la póliza, de manera expresa, a alguna de sus fundaciones y excluye a otras, como la Corporación Industrial y Financiera Banesto S.A. Ello quiere decir, y así puede leerse en el folio 16.433 del Tomo 52 de las Diligencias Previas, que todas ellas tenían la consideración de Sociedades Filiales, por lo que la petición de indemnización a favor de Banesto, que realiza la propia entidad personada resulta perfectamente justificada.

Con ello queda también desmentido el hecho de que ninguna acusación, formulase petición respecto de la responsabilidad civil, por lo que el motivo carece de fundamento.

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

## **VI. RECURSO DE LAS SOCIEDADES DECLARADAS RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIAS.**

### **A) ENFOQUE PREVIO DE LOS DIFERENTES RECURSOS.**

1.- Como se desprende de la lectura de los diversos motivos articulados, en relación con la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, el núcleo principal de los argumentos, pasa por sostener que las sociedades implicadas, eran entidades autónomas y completamente desligadas, de las personas que han sido condenadas por los diversos delitos, que se consignan en el fallo o parte dispositiva de la sentencia.

Se esgrime la apariencia formal y, en algunos casos registral, de las sociedades, para mantener que la intervención que se les atribuye, como instrumentos al servicio de los intereses de los acusados, no sólo constituye un error que debe ser corregido, sino que además conculca los presupuestos legales y jurisprudenciales, establecidos para determinar la responsabilidad civil subsidiaria.

Repasando el extenso relato de hechos probados, se observa que las operaciones que se consideran delictivas, han tenido como denominador común, la utilización instrumental de sociedades, cuyo dominio efectivo correspondía a alguno de los acusados. La maraña tejida para tratar de disimular operaciones apropiatorias o defraudatorias, se ha confeccionado con la abundante y, a veces vertiginosa, intervención de sociedades que, en ocasiones, en horas veinticuatro, adquirían y vendían acciones y participaciones y realizaban negocios que tenían como finalidad, dificultar el seguimiento de importantes sumas de



dinero que, perteneciendo a la entidad financiera Banesto de la que eran Presidente y Administradores, pasaron a engrosar sus propios patrimonios.

2.- Esta forma de actuar no es extraña ni desconocida en el mundo de las relaciones financieras y comerciales, por lo que, cuando el tráfico económico trata de presentarnos una fachada o apariencia de legalidad formal, es necesario profundizar en la verdadera situación de la entidad societaria, para hacer aflorar y sacar a la luz la realidad subyacente. La tarea se conoce en otros ámbitos del derecho, como el civil y laboral, con el literario nombre del “levantamiento o rasgamiento del velo” que cubre la apariencia formal, para llegar a conocer la verdadera situación o entramado de la sociedad y actuar en consecuencia.

La tarea está incluso más justificada, en el campo de la investigación criminal, ya que el proceso penal tiene, como finalidad primordial e ineludible, la búsqueda de la verdad material.

En el campo de las sociedades financieras, industriales o empresariales, de gran volumen negocial, la repercusión que pueda tener sobre la economía nacional es un elemento más, a tomar en consideración, para establecer y dilucidar las verdaderas responsabilidades, por encima de la envoltura exterior que trata de difuminarlas.

3.- Esta técnica investigadora ha sido utilizada inicialmente por la jurisprudencia angloamericana, penetrando los jueces sin tener en cuenta la legal apariencia, en el sustrato de la sociedad, averiguando la personalidad de sus componentes y desmontando los abusos que, con evidente fraude de ley, se habían cometido o se estaba en trance de llevar a efecto.

Estos supuestos, como se ha dicho, no pueden ser tolerados por el ordenamiento jurídico. Quien abusa de la persona jurídica, está desvalorizando e incluso despreciando la institución. Si los elementos directivos de las personas jurídicas, violan los límites que ha fijado el ordenamiento jurídico, la radical separación entre la sociedad y los socios, pierde toda su razón de ser.

La jurisprudencia española dispone de abundantes resoluciones, en las que se ha puesto en marcha el mecanismo del levantamiento del velo de las sociedades, saltando por encima de las ficticias protecciones que pudiera proporcionar el formalismo legal. No es necesario recoger todo el elenco de sentencias dictadas en todos los órdenes jurisdiccionales, para justificar la postura adoptada por la sentencia recurrida, en relación con las afirmaciones que se refieren a la verdadera y auténtica dirección y disponibilidad del organismo societario involucrado en los hechos delictivos. Se puede establecer una indiscutible responsabilidad civil subsidiaria, cuando la configuración de las diversas apariencias contractuales, pueden entenderse como constitutivas de un negocio simulado o ficticio, que constituye un verdadero fraude de ley. En todo caso la relación entre los acusados y las sociedades declaradas responsables civiles subsidiarias, está plenamente acreditada a lo largo de la sentencia, por lo que, como veremos más adelante, les alcanzan los efectos económicos indemnizatorios que se señalan.

#### **B) RECURSO DE DATA TRANSMISIONS SYSTEM Y MONTILSA.**

- **RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS**
- **TOMO II FOLIOS 811 A 844.**

***PRIMERO.- Se renuncia a su formulación.***

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

1.- Combate la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida, en relación con la Operación Cementeras, que se contiene en los folios 167 y 168 de la sentencia.

Cita como documentos que acreditan el error del juzgador los que figuran a los folios 2.940 a 2.951 de la pieza principal, que documenta el intercambio de acciones de las cementeras y que, a su juicio, demuestran que las hormigoneras no pudieron servir para los fines de compensación o ajuste que se pretenden en la sentencia. En su opinión, con la prueba documental aportada, no se puede sostener la tesis mantenida por la acusación particular, representada por Banesto, que mantiene que, las operaciones de las hormigoneras, se hicieron para hacer ajustes, ni la tesis del Ministerio Fiscal que sostiene que sirvió para realizar compensaciones por las diferencias de valor.

Según los documentos que analiza, no puede sustentarse que el dinero de las operaciones realizadas con las hormigoneras debía ingresar en Banesto.

Por ello cobra especial relevancia la argumentación, que esta parte ha sostenido a lo largo del presente procedimiento y que, no era otra, que el importe se destinó al pago de una comisión personalizada, en el propietario de las sociedades recurrentes.

Sostiene que el reparto de las Cementeras fue altamente beneficioso para Banesto, tanto desde el punto de vista económico como mercantil, significando a renglón seguido que la venta final a CEMEX de las empresas cementeras, que quedan del lado de Banesto en el reparto antedicho, generó para dicha entidad bancaria, altas rentabilidades e ingresos monetarios.

En consecuencia estima, que no ha existido delito de apropiación indebida, ni por tanto responsabilidad civil que les afecte.

2.- El motivo, reproduce, por este nuevo cauce, la cuestión planteada en el motivo decimocuarto del acusado Mario Conde y octavo de Arturo Román, por lo que la respuesta tiene que ser análoga a la que se formuló en dichos apartados.

El documento invocado es el acuerdo de 27 de Marzo de 1.990, en el que se desarrolla, según la tesis de la parte recurrente, la forma en que se lleva a cabo la escisión y

el reparto de las sociedades, que aparecen englobadas bajo la rúbrica de Operación Cementeras.

Pretende que su contenido, refleja la única e incontrovertible realidad, sin tener en cuenta que se trata de una mera expresión bilateral de la voluntad de las partes intervinientes, que no impide que su contenido, sea cuestionado por la existencia de otras pruebas de carácter contradictorio, que lleven al juzgador a conclusiones diferentes, de las sostenidas por las sociedades que se declaran responsables civiles subsidiarias.

3.- La sentencia, después de relatar los antecedentes y los motivos de la operación, declara probado que se realizaron intercambios de acciones, cuya extensión y complejidad no es necesario reproducir, para terminar afirmando, de forma tajante, que los acusados Mario Conde y Arturo Romani, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio aprovecharon la Operación Hormigoneras, para hacer llegar determinados fondos, que de no haber intervenido los anteriores en uso de las facultades de administración que tenían concedidas en la entidad, deberían haber ingresado en las cuentas del Banco Español de Crédito, a las Sociedades Gay Cordon y “Data Transmission System, vinculadas con los anteriores y adquiridas con ese fin”.

4.- La Sala ha valorado ampliamente esta circunstancia y le dedica una especial atención, en el apartado relativo a la valoración de la prueba. La tesis que sostiene la parte recurrente, la rechaza rotundamente la sentencia, apoyándose en varios testimonios que, a su juicio, son verosímiles y revestidos de la necesaria objetividad para su valoración como prueba. Hace un recorrido por las diversas manifestaciones que figuran en el acta del juicio oral que no estimamos necesario reproducir y que sirve de fundamento para obtener conclusiones irrefutables.

Asimismo, acude a la prueba derivada del informe pericial de los peritos del Banco de España y a otro dictamen elaborado por un perito particular.

En definitiva los documentos invocados por la sociedad recurrente están contradichos por otros elementos probatorios, por lo que no resultan idóneos para acreditar que el juzgador se ha equivocado, al afirmar que los beneficios generados por la escisión de las Cementeras correspondía a Banesto.

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

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

1.- El motivo combate la valoración de la prueba, realizada en la página 171 de la sentencia, en la que se llega a la conclusión de que la plusvalía de 1.224 millones de pesetas debía ser recibida por Banesto y no por la Sociedad Gay Cordón, y la afirmación de que, el hecho penalmente relevante, se encuentra entonces, no en la venta a Portland, sino en la transmisión de las sociedades hormigoneras citadas de Beta 0 a Gay Cordón por el mismo precio de adquisición.

Para sostener el error se apoya en los folios 2.944, 2945 y 2.925 y ss; 1.885 a 1.887 y 10.820, todos ellos de la pieza principal, de los que infiere, de modo directo, que Beta 0, no fue la destinataria de las acciones de las hormigoneras. Asimismo tales documentos prueban, en su opinión, que la venta de las hormigoneras no pudo constituir un medio para proporcionar dinero a Banesto, de modo que se verificó directamente, desde el Grupo Valenciana a la sociedad Gay Cordón. De todo ello se deriva que Beta 0 no era, en ningún caso, la destinataria de las acciones de las hormigoneras. Que la venta de las hormigoneras no era tampoco un medio de dar dinero a Banesto y que la venta como fruto económico, va directamente del Grupo Valenciana a la Sociedad Gay Cordón. Del manejo de todo el acervo documental llega a la conclusión, de que las operaciones efectuadas en torno a las hormigoneras, se produjeron por causa del pago de una comisión a D. Jaime Domingo Cedeño, cuya causalización ya ha explicado en el motivo anterior.

2.- El motivo es una prolongación del anterior y se apoya, en parte, en los mismos documentos, añadiendo otros con los que pretende demostrar que la Sociedad Beta O no fue la destinataria de las acciones de las hormigoneras.

En este punto, se reproducen algunas cuestiones que fueron suscitadas en los motivos segundo y tercero del recurso formalizado por el acusado Arturo Romaní. La sentencia, después de una profunda disección de las diversas operaciones y teniendo en cuenta, alguno de los elementos probatorios, a los que hemos hecho referencia y manejando otros nuevos, establece de forma tajante, que el hecho penalmente relevante se encuentra no en la venta a Portland, sino en la transmisión de las sociedades hormigoneras de Beta Cero a Gay Cordon. No puede olvidarse, que la sentencia afirma y la parte recurrente no lo niega, que la sociedad Beta Cero S.A., estaba participada mayoritariamente por Banesto, que era la entidad destinataria de la plusvalía.

Como se afirma por la sentencia, sin que exista prueba documental que lo contradiga, cuando se lleva la operación para su aprobación a Portland Ibérica, se había ya producido la transmisión de Beta O a Gay Cordon, por lo que Banesto no recibió el importe de la plusvalía, como le correspondía, sino que esta cantidad fue derivada a la Sociedad Gay Cordon, que fue el cauce para que los acusados Mario Conde y Arturo Romaní obtuvieran las disponibilidades de aquellas sumas.

3.- La tesis de los acusados y de la sociedad ahora recurrente, admite de forma indirecta que la operación generó un beneficio con cargo a la familia Serratosa, pero sostiene que lo fue para el pago de una comisión a Jaime Cedeño, de nacionalidad panameña, por su intermediación en la división del grupo.

Los documentos invocados carecen de virtualidad para mantener esta afirmación y, como recoge la sentencia, existen abundantes instrumentos probatorios que lo desmienten, como el testimonio de Emilio Serratosa, que niega en su declaración que pagase comisión alguna a un intermediario panameño.

La sentencia pone de relieve, todos los esfuerzos desplegados para que compareciese el panameño Jaime Cedeño y considera, sin que exista contradicción documental valorable, que el documento público producido extrajudicialmente en Panamá, no puede sustituir la ausencia de un testimonio directo de quien lo suscribió. Dicho documento no puede tener más valor probatorio, que uno de igual naturaleza otorgado conforme al derecho español, es decir prueba su fecha y el motivo de su otorgamiento (art. 1218 del Código Civil).

Dando por reproducidos los argumentos de la sentencia recurrida, estimamos que los documentos invocados, no tienen entidad probatoria suficiente para acreditar el error del juzgador, ya que existen elementos probatorios de entidad y signo contrario que los desvalorizan.

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

***CUARTO Y QUINTO.- Se renuncia a su formulación.***

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

1.- Con este motivo se pretende combatir la afirmación de la sentencia en el apartado de hechos probados (pág. 72), en los que se declara que “la Sociedad Data Transmision System S.A., domiciliada como la Sociedad Montilsa S.A y Apolo Inversiones y Servicios S.A en la C/ Pedro Romero nº 8 de Madrid, fue adquirida el 7 de Mayo de 1.990 por Arturo Romaní Biescas, aunque formalmente aparecía como compradora la Sociedad Selino”.

También se combate la afirmación relativa a que Peter Schwartz era el administrador de la Sociedad Veliades.

Se apoya para ello en la prueba documental aportada por la defensa de Arturo Romaní Biescas, en el momento del juicio oral, al amparo de lo dispuesto en el art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se acredita de forma fehaciente, en su opinión, que la sociedad Selino Stablistment es propietaria de Data y tanto ésta como la otra así como Veliades Holding, son propiedad de D. Jaime Domingo Cedeño.

Como documentos concretos, cita los certificados originales expedidos por D. Peter Schwartz, en relación con las sociedades Selino Stablistment , Veliades Holding y Montilsa S.L. También cita los certificados originales expedidos por D. Hans Gassner, en relación con Selino Stablistment. Por último cita el certificado original del registro Mercantil del cantón Thurgau, a través del cual se acredita la pertinente autorización de firma de D. Peter Schwartz como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad Veliades Holding. Con todo ello quiere acreditar que Arturo Romaní, no ha tenido ninguna participación, ni es propietario de las mencionadas sociedades, sino que su único propietario es D. Jaime Domingo Cedeño.

2.- En relación con estas alegaciones, conviene reproducir las consideraciones generales realizadas sobre el levantamiento del velo de las entidades societarias, sin perjuicio de recordar que el documento invocado, carece de virtualidad probatoria y de entidad fáctica suficiente como para acreditar un error inequívoco del juzgador. En el contrato en el que figura la adquisición de Data Transmission System S.A por Silino, se contienen manifestaciones de las partes intervinientes, que no hacen fe contra terceros y que todavía son más inoperantes en un proceso penal, cuando se enfrentan a otros elementos probatorios que son analizados por la Sala sentenciadora y debidamente ponderados en los fundamentos jurídicos de la sentencia. Manejando todo el caudal probatorio resulta acreditado, que la empresa a donde van a parar definitivamente los fondos de la operación, es una sociedad que dominan los acusados, como consta abrumadoramente acreditado, hasta el punto de que disponen de los fondos libremente y a su antojo, para satisfacer sus necesidades personales.



Como dice la sentencia y hacemos nuestro, cuando la titularidad se atribuye a un tercero que no viene a juicio y no puede ser interrogado y el capital de la Sociedad Data Transmission, está integrado por sociedades extranjeras domiciliadas en “paraísos fiscales” y registradas a nombre de personas, que ostentan titularidades formales, existen dificultades para pronunciarse sobre la real titularidad, pero insistimos en que lo relevante es que la sociedad que sirve para canalizar el lucro obtenido se encuentra en la esfera de dominio de los acusados.

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

***SEPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los arts. 535, 528 y 529.7ª del Código Penal de 1.973; del artículo 295 del Código Penal de 1.995, así como el artículo 25 de la Constitución Española del principio de legalidad penal y del principio de vigencia de las normas.***

1.- El presente motivo parte de la consideración esencial de que no ha quedado acreditado, el presupuesto esencial para la subsunción típica de los hechos en el delito de apropiación indebida, señalando que la tesis acusatoria, arranca de una petición de principio indemostrada, cual es que la cifra de 1.556 millones de pesetas formaba parte del precio de ajuste de la operación relativa a la escisión del Grupo Cementeras.

Más adelante, olvidándose del cauce casacional elegido, sostiene que esa afirmación no está basada en criterios probatorios de carácter económico o comercial ni en testimonios directos fiables. Manteniendo la postura de la inadecuación de la calificación de los hechos como apropiación indebida, sostiene, a efectos dialécticos, que la previsión típica más cercana a la criminalización de la denominada Operación Cementeras sería la de administración desleal del art. 295 del Código vigente, que no puede ser aplicado retroactivamente.

2.- Resulta inadecuado casacionalmente, que la parte considerada como responsable civil subsidiaria, ataque la calificación jurídica de los hechos que se imputan a

los acusados. De todas formas, no habiéndose inadmitido el motivo, contestamos a sus pretensiones recordando la doctrina mantenida, al contestar a los motivos de los acusados, relativa a la distinción entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal.

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

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

1.- Combate las páginas 198 y 199 de la Sentencia en las que se hace una valoración probatoria respecto a la forma en que los acusados Mario Conde, Arturo Romaní y Rafael Pérez Escolar adquirieron el porcentaje de las cuentas en participación de la operación del Centro Comercial Concha Espina.

Cita como documentos los Tomos íntegros 41 a 43 de la Pieza Documental, los certificados aportados por la defensa de Arturo Romaní en el turno de intervenciones establecido al amparo del art. 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el contenido del folio 30.577 de la Pieza Documental.

2.- Con todo este bagaje documental pretende acreditar que ni Arturo Romaní ni la sociedad Montilsa ostentaban participación alguna en el negocio relativo a la denominada Esquina del Bernabeu. Para ello se ampara en el certificado original expedido por el corredor de comercio colegiado D. Manuel Cartagena Fernández que acredita la autenticidad de la póliza de operaciones al contado adjuntada al mismo de fecha 7 de Noviembre de 1.991, en la cual se reconoce a la Sociedad Veliades Holding participaciones sociales de la Mercantil Montilsa S.L, las cuales fueron adquiridas mediante contrato de fecha de 25 de Octubre de 1.991. Con ello pretende acreditar que el acuerdo de inversión en el Centro Comercial Concha Espina, es de 26 de Septiembre de 1.990 y es el 25 de Octubre de 1.991, cuando se adquiere la Sociedad Montilsa y el 5 de Noviembre de 1.991, cuando se produce la adquisición del 29% de las cuentas en participación por parte de Dorna.

3.- Con dichos documentos pretende acreditar, que según se desprende del particular que hace referencia a las fechas en que se toma por la Corporación Industrial Banesto, la decisión de comprar el 48% de las cuentas en participación del Centro Comercial Concha Espina (26 de Septiembre de 1.991), ni Arturo Romaní ni Montilsa ostentaban la titularidad de participación alguna en dicha operación.

Una vez más, nos encontramos ante un intento de hacer prevalecer la apariencia formal, sobre la realidad contrastada e inamovible, resultante de la totalidad de la actividad probatoria manejada por la Sala sentenciadora.

El hecho cierto y no desmentido, ya esgrimido frente a otras pretensiones casacionales, es que fue la Sociedad GESTIESA la que formaba parte de un entramado formal en el que se entremezclan participaciones sucesivas de la Sociedad Apolo Inversiones y Servicios S.A., la Sociedad Trycoun, Veliades Holding y Servicios y Recursos S.A. Lo que verdaderamente interesa a los efectos de la responsabilidad civil subsidiaria, es que tanto GESTIESA como MONTILSA eran las sociedades que ostentaban la titularidad de las cuentas en participación a través de sucesivas transmisiones y sin que hubiera desembolsado cantidad alguna por dicha titularidad. Dichas sociedades son las que se instrumentalizan para disponer, por parte de los acusados Conde y Romaní, de los fondos obtenidos ilícitamente.

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

***NOVENO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 24.2 de la Constitución.***

1.- Combate la página 89 de la sentencia en el apartado concreto (11), en que se afirma que “la Corporación Banesto resultó perjudicada en la suma de 1.776 millones de pesetas”.

En realidad toda la argumentación se basa en desmentir la realidad de los hechos, cuestión que ya ha sido planteada en motivos anteriores.

2.- El motivo se refiere de manera más específica, a la operación relacionada con el Centro Comercial Concha Espina y a la obtención de un lucro personal a través de la venta de los porcentajes de las cuentas en participación, que se habían adquirido sin obtener contraprestación alguna.

El motivo se canaliza por la vía del error de derecho y al invocar la vulneración de preceptos constitucionales no precisa exactamente cual considera lesionado. No obstante, y por si se tratase de la invocación de la presunción de inocencia, nos remitimos a lo que se razona en la sentencia sobre el perjuicio patrimonial derivado de la maniobra engañosa, cuya autoría se imputa a los acusados Conde, Romaní y Pérez Escolar. Este dato es inamovible y partiendo de todas las pruebas que se han utilizado para darlo por sentado, resulta indiscutible que el lucro patrimonial se canaliza hacia los acusados a través de la Sociedad Montilsa, controlada por los acusados Mario Conde y Arturo Romaní que vendió a Dorna sus participaciones en las cantidades que se mencionan en el apartado de hechos probados.

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

***DECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido por indebida aplicación los artículos 248 y 250.6º y 7º del Código Penal de 1.995 y con carácter alternativo y subsidiario por indebida inaplicación del art. 295 del mismo texto legal.***

1.- El motivo se refiere al Centro Comercial Concha Espina y está relacionado con el siguiente, que se refiere a la Operación Oil Dor.

Considera que no concurren los elementos constitutivos del delito de estafa, por no haber engaño bastante protagonizado por determinados administradores de la Corporación Industrial Banesto y proyectado sobre otros compañeros de la Comisión Ejecutiva de la misma Corporación que la Sentencia presenta, pretendidamente como

víctimas del engaño. En su opinión no hay conducta activa o mendaz, que incorpore un ardid o engaño bastante, cuya adecuación subjetiva y objetiva en el contexto de los hechos, permita superar la cautela o la autoprotección puesta por los destinatarios de esa conducta mendaz.

Finalmente y a efectos dialécticos mantiene que la pretendida doble posición societaria de los acusados, por lo demás negada por esta defensa, tan sólo encontraría ámbito de especulación hermeneutica incriminadora, en relación con el art. 295 del Código Penal de 1.995 de imposible aplicación retroactiva contra el reo.

2.- Como puede observarse la parte recurrente entra en el fondo de la calificación jurídica de los hechos que se imputan a los acusados y, suplantando su posición procesal alega la inexistencia de los elementos constitutivos del delito de estafa en cuanto que considera que el engaño no es bastante y al mismo tiempo se infringieron los deberes de cuidado y autoprotección por parte de los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Corporación Industrial Banesto. Añade también, que el comportamiento es meramente omisivo y que por tanto carece de entidad típica.

La cuestión ya ha sido planteada por los acusados y contestada, entre otros en el motivo decimocuarto del acusado Romaní, por lo que, sin perjuicio de insistir en la irregularidad casacional advertida, damos por contestada la pretensión impugnatoria de las entidades declaradas responsables civiles subsidiarias.

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

***MOTIVO UNDECIMO.- Se renuncia expresamente a su formulación.***

***MOTIVO DUODECIMO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por haberse infringido los artículos 528 en relación con el 529.7º del Código Penal de 1.973 y con carácter subsidiario o alternativo se formula la indebida inaplicación del art. 295 del Código Penal de 1.995.***

1.- El motivo se refiere a la operación Oil Dor e insiste en alegaciones idénticas a las anteriormente formuladas, admitiendo también el encaje típico en el art. 295 del Código Penal de 1.995 de imposible aplicación retroactiva contra el reo.

2.- La única variante respecto del motivo anterior, consiste en hacer una valoración interpretativa de la forma en que tenían que computarse los votos delegados y el número de Consejeros que asistió a la reunión de la Comisión Ejecutiva, insistiendo en que no se debió computar el voto del Sr. Albiñana.

La cuestión ya ha sido abordada en motivos anteriores, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto para rechazar estas pretensiones. Todo ello sin olvidar que se trata de materia de fondo que afecta exclusivamente a los acusados.

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

**D) RECURSO DE LAS ENTIDADES CIFUENTES 2000 S.L., LAS JARAS DE SAN LUIS, S.A., SANTA CRUZ DE BUJEDO, S.A., SAN ANTON DEL ESPINO S.A., Y APROVECHAMIENTOS AGROPECUARIOS LAS JARAS DE SAN LUIS, S.L, declaradas responsables civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar. Tomo III folios 969 a 1022.**

*PRIMERO.- El motivo primero se formaliza por infracción de ley, en nombre de Cifuentes 2000 S.L., al amparo de los arts. 849.1 de la Lecrim., y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por haberse declarado la responsabilidad civil subsidiaria de dicha entidad en las operaciones atribuidas a Rafael Pérez Escolar y que se denominan como Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor.*

1.- Sostiene que Cifuentes 2.000 S.L, no fue citada a declarar durante toda la instrucción sumarial a través de sus administradores o representantes, ni siquiera en calidad de testigos, ni nadie tampoco, a título de administrador o representante suyo, fue imputado en las diligencias previas correspondientes a la sentencia que ahora se recurre en casación.

Por tanto, ningún administrador o representante pudo asumir consecuentemente el status de responsable civil, ni tuvo ocasión de defender a la sociedad de una eventual reclamación por responsabilidad civil subsidiaria con respecto a cualquier imputado concreto, porque nadie llegó a declarar, a lo largo del dilatado sumario, en concepto de administrador o representante de dicha sociedad.

Cuanto antecede viene refrendado en el auto de derivación de procedimiento abreviado que dictó el instructor el 8 de abril de 1.996, cuya resolución no se refirió a la entidad recurrente, ni siquiera aludió a ella, con la transcendental consecuencia de no valorar en cualquier forma su eventual participación en los presuntos delitos objeto de instrucción, en las condiciones que exigen inexcusablemente los arts. 120 y 122 del Código Penal para extender la responsabilidad civil a quienes no hayan participado de manera directa en los hechos objeto de la denuncia.

2.- La propia parte recurrente reconoce que el instructor en el auto de 27 de mayo de 1.996 por el que acordó la apertura del juicio oral, incluyó por primera vez y, por tanto en su opinión de forma sorpresiva a la entidad Cifuentes 2.000 S.L, como responsable civil subsidiaria y lo hizo según sostiene, sin expresar los fundamentos fácticos ni los fundamentos jurídicos en que ineludiblemente debían asentarse esa atribución de responsabilidad civil. Y añade que el citado auto tan sólo se acordó de Cifuentes 2.000 para la adopción de cautelas patrimoniales, por lo que en el proceso, se ha lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión.

La resolución judicial fue recurrida en reforma y mantenida por el Juez de Instrucción. La parte recurrente vuelve a reproducir su postura en el trámite de cuestiones previas, una vez abierto el juicio oral, y la Sala, en la extensa y detallada decisión que se contiene en el auto de 9 de Marzo de 1.998, motiva suficientemente su postura sobre la responsabilidad civil de la entidad recurrente y recuerda, citando una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Diciembre de 1.996, que el derecho a la tutela judicial efectiva “no incluye el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de omisiones evidentes”.

De forma detallada, el auto de la Sala explica con claridad y precisión, que es distinta la posición del imputado y del presunto responsable civil, hasta tal punto, que la incomparecencia a juicio de este último no constituye una causa de suspensión de la vista de conformidad con lo establecido en el artículo 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sostenemos como hace el auto recurrido, que el ejercicio de la acción civil ex delicto, se encuentra sujeto al principio dispositivo y corresponde promoverla a las partes acusadoras y actores civiles, las que pueden hacerlo en el mismo momento de formular acusación, de modo que si antes de ese momento procesal no ha habido ejercicio de la acción civil, el Juez de Instrucción no puede, de oficio, citar en concepto de responsables a persona física o jurídica frente a la cual no se ha ejercitado aún pretensión civil alguna.

Centrándonos en la verdadera esencia de lo que plantea la parte recurrente debemos afirmar que no ha existido indefensión material alguna, ya que el artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concede la posibilidad de proponer prueba que contrarreste la pretensión de responsabilidad civil ejercitada. Habiéndosele dado traslado de los escritos de acusación en los que aparece de forma explícita los hechos en que se fundamenta la responsabilidad civil subsidiaria, la parte recurrente no solamente ha podido contestar en sus conclusiones provisionales y definitivas, sino también en el informe oral después de haberse practicado todas las pruebas que estimaron procedentes.

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

***SEGUNDO.- El motivo segundo se formula en nombre de Cifuentes 2.000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A., y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por considerar que la sentencia recurrida infringe el art. 24.2 de la Constitución al incidir en violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al declararlas responsables civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar sin que las acusaciones hayan establecido en su pretensión las circunstancias determinantes de dicha responsabilidad.***

1.- Sostiene que los perjuicios, a cuyo pago se condena a las entidades anteriormente mencionadas, no se han determinado de manera directa y ni siquiera



indirectamente mediante, la exposición de las bases para hacer su cálculo, supliendo así el Tribunal de Instancia de oficio e indebidamente, las omisiones padecidas por las acusaciones. Por lo que al vulnerar los principios de rogación y dispositivo, que rigen en el ejercicio de la acción civil e incluso del Código Penal, la sentencia ha violado el derecho fundamental de las recurrentes a la tutela judicial efectiva. Pone de relieve que tanto el Ministerio Fiscal, como los presuntos perjudicados, el Banco Español de Crédito S.A y el Fondo de Garantías de Depósitos, que se han disputado entre sí esa condición sin serlo efectivamente ninguno de ellos, han debido ejercer en forma –y no lo han hecho- la pretensión indemnizatoria que acoge inexplicablemente la sentencia recurrida, al condenar a las sociedades mencionadas como responsables civiles de Rafael Pérez Escobar. Tampoco han cuantificado el importe de las responsabilidades civiles que reclaman, y aunque alguna de ellas ha pedido que se determine en ejecución de sentencia, puestos a extremar su pasividad motivada por la absoluta inexistencia de perjuicio han adoptado manifiestamente esa postura, sin establecer siquiera las bases para ello, limitándose a solicitar como importe, la cantidad en la que se han lucrado los acusados.

Por otra parte para que el cálculo del supuesto perjuicio sea real, también habría que tener en cuenta las cantidades desembolsadas en efectivo para la suscripción de las acciones de Oil Dor, ya que Pérez Escolar y las sociedades de su familia no las adquirieron a título gratuito.

El Tribunal que, de oficio, suple indebidamente las carencias padecidas en las pretensiones de la parte, deja por definición de ser imparcial y en el presente caso ha generado una grave indefensión a las sociedades, infringiendo el art. 24.2 de la Constitución Española de obligada observancia en todo proceso.

2.- Es suficiente con la lectura de la sentencia para llegar a la conclusión contraria a la pretendida por la parte recurrente. Al reseñar en la página 23, la acusación formulada por el Fondo de Garantía de Depósitos, termina precisando que las indemnizaciones a las que se refiere el amplio escrito de esta acusación, que afecta a todos

los acusados y a las Sociedades que ahora recurren, precisa y especifica cuáles son las sumas por las que cada una de ellas debe responder.

Carece por tanto de realidad, la afirmación de que no se habían fijado las bases necesarias para determinar la responsabilidad civil que se solicitaba, resultando, por el contrario, acreditado que se cumplieron las previsiones establecidas en los artículos 108 del Código Penal de 1.973 y 122 del Código Penal de 1.995.

La cuantificación no solamente cumple con los principios de rogación y dispositivo, que rigen el ejercicio de la acción civil, sino que ha proporcionado a las entidades recurrentes la posibilidad de impugnar las diferentes partidas y denegar la cuestión de fondo relativa a la existencia de responsabilidad civil subsidiaria por parte de las mismas, por lo que, en ningún momento, se le ha privado de la tutela judicial efectiva.

3.- En relación con la posición procesal del Banco Español de Crédito S.A y del Fondo de Garantía de Depósitos, no cabe discutir que a lo largo de las actuaciones han ostentado la condición de parte y que han esgrimido los derechos que consideraba que le pertenecían, todo ello sin perjuicio de las matizaciones que se han realizado y que damos por reproducidas, respecto de la condición de perjudicado del Banco Español de Crédito y de las posibilidades de repetición que ostenta el Fondo de Garantía de Depósitos respecto de las cantidades entregadas para reflotar el banco.

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

***TERCERO.- El motivo tercero se formula en nombre de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de Las Jaras de San Luis S.L, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que la sentencia recurrida incurre en violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión.***

1.- El motivo se refiere a las responsabilidades civiles subsidiarias de Rafael Pérez Escolar, por las operaciones denominadas Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, por estimar que en la sentencia, no se motiva de forma alguna el fallo, al omitir tanto el hecho de que se deriva la atribución del Responsable Civil Subsidiario, como la norma jurídica que se estima aplicable, lo que ha infringido por violación, el art. 24.1 de la Constitución Española y el artículo 115 del Código Penal.

Cita en apoyo de su tesis, varias sentencias del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, cuya doctrina compartimos y más adelante, señala que la propia sentencia, en relación con las Operaciones Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, reconoce que no se ha cuantificado el importe de las responsabilidades civiles o que han existido imprecisiones sobre este punto.

2.- El artículo 120 del Código Penal vigente y el artículo 22 del Código de 1.973, anudaban la responsabilidad civil subsidiaria derivada de los delitos o faltas cometidos en el seno de las personas jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, a las actividades delictivas que hubieran cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios. Por tanto, para determinar si está correctamente conectada la responsabilidad penal de los acusados con la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas a las que se le imputa la indemnización, es suficiente con el análisis de los hechos probados ya que establecidos los sustentos fácticos de la conexión, la responsabilidad surge por imperativo legal, sin que sea necesario que la resolución que la impone agote, de manera exhaustiva, los razonamientos o argumentos que le llevan a establecerla.

3.- En relación con el supuesto que nos ocupa, la sentencia recurrida afirma y considera como probado que el acusado Rafael Pérez Escolar, vendió a la Sociedad Dorna S.A el 2 de Octubre de 1.991, antes de la efectiva adquisición por la Corporación Industrial Banesto, un 4,5% del total del 9% de “cuentas en participación” que dominaba a través de su Sociedad Cifuentes 2000, determinándose el precio pagado por la Operación. La anterior afirmación se refería a la Operación del Centro Comercial Concha Espina, pero más

adelante al describir los hechos relacionados con la Operación Oil Dor, se declara también, que Rafael Pérez Escolar no sólo suscribió la parte proporcional a la participación accionarial que tenía asumida, sino que la aumentó hasta el 12% de la Sociedad, suscribiendo las acciones sociedades de su “entorno familiar”: San Antón del Espino suscribió 500 acciones por 5.000.000 de pesetas; Santa Cruz de Bujedo 650 acciones por 6.500.000 pesetas; Las Jaras de San Luis 450 acciones por 4.500.000 pesetas y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis 800 acciones por 8.000.000 de pesetas.

4.- En consecuencia y de conformidad con lo establecido por la sentencia de esta Sala de 24 de Julio de 2000 y otras varias, que no sólo permiten sino que aconsejan complementar los razonamientos deslizados en las sentencias recurridas, estimamos que la conexión entre las afirmaciones fácticas reseñadas y las que manifiestan que el acusado Pérez Escolar obtuvo una participación de las cuentas en participación de forma gratuita, conectadas con lo anteriormente dicho, permiten declarar la responsabilidad civil subsidiaria de Cifuentes 2000 S.L por haber sido utilizadas por el acusado como medio para procurarse el ilícito beneficio, ratificándose la suma señalada en la sentencia por la que debe responder la mencionada sociedad.

En relación con Oil Dor, la Sala reconoce que se encuentra con dificultades por la imprecisión de las acusaciones para determinar exactamente la responsabilidad civil, si bien establece que, en todo caso, ésta alcanza a la diferencia entre el precio de la acción de Oil Dor (10.000 pesetas) y el precio abonado por la Corporación Industrial Banesto (300.000 pesetas). En relación con Rafael Pérez Escolar afirma que si bien pudiera haber reinvertido parte de la ganancia en el mismo negocio, es un comportamiento posterior a la consumación del delito y no excluye el dato irrefutable de que utilizó las Sociedades mencionadas para procurarse un ilícito beneficio, con lo que, sin necesidad de mayores razonamientos y remitiéndonos a los preceptos indicados, debemos declarar que no se ha infringido ni la tutela judicial efectiva, ni se ha producido indefensión alguna.

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

***CUARTO.- El motivo cuarto se formula en nombre de Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de las Jaras de San Luis S.L, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 109 del Código Penal, al declarar la sentencia recurrida la Responsabilidad Civil Subsidiaria de las mencionadas Sociedades condenándolas a indemnizar al Banco Español de Crédito S.A., siendo así que en esta entidad bancaria no concurre la condición de perjudicada y por tanto carece del derecho a la reparación y a la acción dirigida a obtenerlo.***

1.-. Pone de relieve que las pretensiones indemnizatorias se han formulado por las acusaciones en beneficio exclusivo del Banco Español de Crédito S.A y ninguna de las partes personadas en la causa ha ejercido pretensión alguna a favor de la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, una entidad con razón social, personalidad jurídica y objeto social distintos, accionistas distintos y órganos de administración y gestión distintos.

La Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, no se ha personado a la causa ni ha ejercitado pretensión indemnizatoria alguna, por lo que la sentencia atribuye exclusivamente el carácter de perjudicada a la Corporación, Sociedad distinta del Banco, que es la que ostentaría entonces el derecho a la reparación del daño de conformidad con el art. 109 del Código Penal.

2.- Parece evidente, a estas alturas de la Sentencia, que todas las operaciones que se persiguieron en la presente causa y que se reseñan en el relato de hechos probados contribuyeron, de alguna u otra manera a la desestabilización económica y financiera de la entidad matriz que no era otra que el Banco Español de Crédito.

A pesar de lo afirmado por la parte recurrente, cuya legitimidad para invocar la vulneración del art. 109 es cuestionable, lo cierto e incontrovertible es que la entidad en cuyo auxilio tiene que acudir el Fondo de Garantía de Depósitos, debido a los agujeros y desfases contables derivados de la conducta de los acusados, no es otra que el Banco Español de Crédito S.A, teniendo todas las demás, entre ellas la Corporación Industrial y Financiera de Banesto S.A, la condición de Sociedades Filiales. Por si existiese alguna duda,

en el folio 16.433 que figura al Tomo LII de las actuaciones y en el que consta la entidad tomadora del Seguro con la Compañía La Unión y el Fénix se dice claramente que el tomador del seguro es el Banco Español de Crédito S.A y sus sociedades filiales, ya sean participadas directa o indirectamente, que se mencionan en la póliza.

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

***QUINTO.- Se formula en nombre de Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de las Jaras de San Luis S.L, por infracción de ley al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 849.1 de la L.E.Crim., por haberse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución.***

1.- Se basa el motivo, en que dichas sociedades han sido declaradas responsables civiles subsidiarias, sin que hayan tenido oportunidad de defenderse, en la fase de diligencias previas, al no haberse instado la acción civil por ninguna acusación, ni haberse propuesto, en tal concepto de responsables civiles, la declaración de cualquier administrador o representante suyo y al haber sido dichas traídas sorpresivamente al proceso, por el auto de aclaración dictado por el Juzgado de Instrucción Central nº 3 de fecha 4 de Junio de 1.996, que modificó esencialmente el autor de apertura del juicio oral, con infracción del principio de inmodificabilidad de las sentencias y autos definitivos establecido en el art. 267 de la LOPJ.

El auto de derivación a procedimiento abreviado no menciona a las entidades antes mencionadas. El auto apertura de juicio oral de 27 de Mayo de 1.996 tampoco las incluía o mencionaba y su aparición, en este proceso, se produjo, por primera vez en el Auto de Aclaración de 4 de Junio de 1.996.

2.- La cuestión viene a reproducir los mismos argumentos que con anterioridad, en el motivo primero se utilizaron en relación con la Sociedad Cifuentes 2000 S.L y ya fueron abordados en el Auto de la Sala de 9 de Marzo de 1.998 al que nos hemos referido.

En relación con la diferente posición procesal del imputado o acusado y del responsable civil, damos por reproducido todo lo anteriormente expuesto, y por lo que se refiere a la mención expresa al Auto de Aclaración del Juez de Instrucción de 4 de Junio de 1.996, hacemos nuestros los razonamientos de la Sala Sentenciadora y volvemos a citar la Sentencia de 17 de Diciembre de 1.996 del Tribunal Constitucional, en la que se declara que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de omisiones evidentes. En el caso de no haberse producido la aclaración solicitada, el Fondo de Garantía de Depósitos hubiera visto vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al no existir pronunciamiento sobre una petición que había formal y válidamente realizado.

Tampoco se afecta a la inmutabilidad de las resoluciones judiciales y al principio de la seguridad jurídica, ya que no se alteran de manera sustancial los presupuestos básicos de la posición de las partes en el proceso y de las peticiones realizadas, por lo que nos encontramos ante una simple aclaración o subsanación a la que no se le puede dar la transcendencia que pretende la parte recurrente.

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

***SEXTO.- Cifuentes 2000 S.L, Las Jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A, San Antón del Espino S.A y Aprovechamientos Agropecuarios de las Jaras de San Luis S.L, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, al considerar que la sentencia recurrida ha incurrido en error en la apreciación de la prueba con respecto a las operaciones del Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor, al condenar a las entidades como responsables civiles subsidiarias sobre la base fáctica de que pertenecen a Rafael Pérez Escolar.***

1.- Al fundamentar el motivo añade que la sentencia ha infringido, por aplicación indebida, el art. 120 o el art. 122 del Código Penal, aunque no es posible precisar si uno o el otro, puesto que la sentencia, en su evidente falta de motivación, no cita ninguno de ellos como soporte de la responsabilidad civil subsidiaria.

Las menciones a la pertenencia de dichas sociedades a Rafael Pérez Escolar, como sociedades de su entorno, son muy imprecisas y son de todo punto inadmisibles al formularse en unos hechos probados.

Como documentos en los que apoya el error que imputa a la sentencia, cita sustancialmente las anotaciones del Registro Mercantil, relativas a las aprobaciones de las cuentas anuales de las diversas sociedades, y en relación con la Sociedad Santa Cruz de Bujedo S.A., considera que la documentación aportada por la Agencia Estatal de Administración de Tributos (Tomo 36, folios 10.676 a 10.711), demuestran que tampoco pertenece al acusado Pérez Escolar. En este punto concreto reconoce y admite, por exigencias de la buena fe procesal, que no se ha señalado esa documentación al formalizar el recurso.

2.- Ateniéndonos estrictamente a la modalidad casacional elegida por la parte recurrente, no haremos ninguna referencia a la supuesta infracción de los artículos 120 o 122 del Código Penal, ya que no tienen encaje en un motivo por error de hecho y, por otro lado, la correcta aplicación de los mismos, ya ha sido declarada en un anterior motivo.

Ciñéndonos a los documentos invocados, ninguno de ellos tiene virtualidad suficiente para acreditar un error palmario del juzgador que al relatar las diferentes operaciones que imputa al acusado Pérez Escolar y concretamente la cesión del 19% de las Cuentas en Participación relativas a la Operación Concha Espina, declara que la Sociedad Cifuentes 2000 S.L., era del grupo familiar del acusado Pérez Escolar, afirmación que también se repite en la página 97 de la Sentencia, al referirse al resto de las sociedades que ahora aparecen como recurrentes.

Los documentos presentados pueden servir para acreditar que el acusado no constaba como socio o administrador formal de las sociedades, pero no tiene entidad suficiente para demostrar, de forma irrefutable, que no tuviese el dominio de las mismas y que no las utilizase para canalizar los beneficios obtenidos de las operaciones que se le



imputan. No tendría ninguna justificación el adjudicar a dichas Sociedades los beneficios declarados, si en realidad no perteneciesen a Pérez Escolar.

Para cerrar este grupo de alegaciones, nos remitimos al encabezamiento en el que hacíamos referencia a la necesidad de averiguar la verdadera realidad o sustrato de las sociedades y la inobjetable aplicación de la teoría del levantamiento del velo.

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

## **VII. RECURSOS DE LAS SOCIEDADES QUE ALEGAN SER TITULARES DE BIENES SOBRE LOS QUE SE HA ORDENADO EL COMISO.**

### **A) CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DEL COMISO.**

El Código de 1.973 incluía el comiso en el Título de las Penas y dentro de Sección 3ª, que se refería a las penas que llevan consigo otras accesorias. El artículo 48 establecía como consecuencia obligada de la pena, el comiso tanto de los efectos que provinieren del delito, como de los instrumentos con que se hubieren ejecutado, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito.

Como puede observarse, el afectado directamente por el comiso era el condenado y por tanto, con su presencia en el proceso y con la petición expresa de que se llevase a efecto esta consecuencia accesoria de la pena, se cubrían todos los presupuestos y garantías procesales.

El Código Penal de 1.995, que según la mayoría de la doctrina se inspira en el Código Alemán, dedica el título VI de su libro I (art. 127 a 129), a las que denomina consecuencias accesorias, sin hacer mayores precisiones, si bien parece que trata de distinguirlas de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil ex delito. Esta postura legal ha originado un debate doctrinal importante, en torno a su verdadero carácter,

manteniéndose diversas posturas y no faltando quienes sostienen que tiene una naturaleza análoga a las medidas de seguridad, o bien un carácter administrativo.

Ahora bien, cualquiera que sea la postura que se adopte, y según la redacción actual del art. 127 es necesario que el juzgador se pronuncie sobre la procedencia o no del comiso. Sólo se debe descartar la medida si se acredita la pertenencia de las cosas a terceros de buena fe, lo cual constituye un elemento del debate procesal que necesariamente debe ser objeto, primero de alegación y después de prueba.

El artículo 128 establece una diferencia sustancial, en relación con la regulación del Código derogado, ya que concede al juzgador la posibilidad de que, valorando las circunstancias del caso y en función del principio de proporcionalidad, pondere la naturaleza o gravedad de la infracción penal, pudiendo, en atención a estas circunstancias, no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, alternativa de la que no se disponía en el Código anterior.

Cuando, como sucede en el caso presente, la decisión de comiso se toma ante la necesidad de evitar que los condenados, se aprovechen de las ganancias ilícitas procedentes directamente del delito, con objeto de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícita, la decisión se pudiera enmarcar más en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, que de la responsabilidad penal. En todo caso es necesario una condena previa que lleve aparejada la imposición de una pena, por lo que la inexistencia de ésta, por ejemplo en los casos de prescripción, haría inviable el comiso. En los supuestos en que concurra alguna causa de imposibilidad de ejecución de la pena, por ausencia o muerte sobrevenida del reo, no existen en cambio obstáculos para decretar el comiso, ya que la pena formalmente se mantiene.

Desde una perspectiva jurisprudencial, se ha dicho en la sentencia de esta Sala de 23 de Noviembre de 2000, por tanto posterior a la vigencia del nuevo Código Penal, que para ordenar el comiso es necesario, como sucede en el caso presente, determinar el origen

del dinero con el que se han adquirido los bienes cuya expropiación se ordena, revelando con ellos su procedencia ilícita. En otra sentencia posterior de 6 de Marzo de 2001, se exige que su planteamiento y debate se haga en el juicio oral, por medio de petición expresa hecha al respecto por alguna de las partes acusadoras en sus escritos de calificación, para que el acusado pueda defenderse también de esta cuestión. En una sentencia anterior de 20 de Enero de 1.997, se contempla la posibilidad de que la persona que dice ser titular del bien decomisado y que no haya intervenido como parte en el proceso, se le conceda la opción de ejercitar los recursos pertinentes, como ha sucedido en el caso presente, con objeto de darle oportunidad de ser escuchada.

A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir, en relación con el presente caso, que nos hallamos ante reclamaciones presentadas por sociedades que dicen ser titulares de los bienes decomisados, lo que permite aplicar también la teoría del levantamiento del velo a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, cuando de la realidad procesal y de las pruebas practicadas se desprenda claramente, que la titularidad de las fincas es un mero decorado que se utiliza para presentar una realidad que no se corresponde con la verdadera situación de los bienes. En todo caso y estando vinculada la decisión del comiso a la conducta de los condenados, no existe inconveniente para que estas sociedades, que ya han tenido posibilidad material de exponer sus puntos de vista en el proceso, a través de sus verdaderos protagonistas, puedan reproducir sus pretensiones en el procedimiento correspondiente, alegando la titularidad de los bienes decomisados, de conformidad con lo establecido en el artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con carácter general y como respuesta a todas las cuestiones que se plantean a continuación, conviene recordar que la institución del comiso, tiene un gran arraigo en todos los sistemas jurídicos. De los instrumentos internacionales, el más importante es el Convenio Europeo 141, relativo al blanqueo, investigación, incautación y decomiso de productos del delito, de 8 de Noviembre de 1.990. España si bien lo firmó el 8 de Noviembre de 1.990, no lo ratificó hasta el año 1.998 y no entró en vigor hasta el 1 de Diciembre del mencionado año. En el citado convenio, se admitían reservas para limitarlo

de manera específica y exclusiva al tráfico de drogas, pero España no ha hecho uso de esta facultad, por lo que se extiende a toda clase de delitos.

En el preámbulo de dicho Convenio se dice que los Estados Miembros del Consejo de Europa, convencidos de la necesidad de una política penal común para proteger a la sociedad en los casos de criminalidad grave, estiman necesario implantar métodos modernos y eficaces para privar al delincuente de los productos de su delito.

En el artículo 1º se define la confiscación (comiso), como una pena o una medida, ordenada por un Tribunal como consecuencia de un proceso seguido por una infracción penal y que supone la privación permanente de un bien. En el artículo 2, se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas y otras que resulten necesarias, para permitirles confiscar los instrumentos y los productos del delito.

Así como las previsiones de carácter sustantivo, aparecen homogéneamente recogidas en la mayor parte de los textos legales, las normas procesales carecen de uniformidad, por lo que deben aplicarse las que están vigentes en cada uno de los países. Ajustándonos a nuestro sistema y valorando en su integridad las disposiciones de carácter constitucional y de legalidad ordinaria, podemos afirmar que no existe indefensión, en los casos en que no hay citación formal de una sociedad al proceso, cuando nos encontramos ante una persona jurídica o mera razón social, cuya única razón de existir es la de encubrir la verdadera titularidad de los bienes.

Si de la instrucción de la causa, como sucede en el caso presente, se evidencia que los efectos procedentes del delito han sido registrados por los imputados a nombre de personas jurídicas, con la finalidad de sustraerlos a la acción de la justicia, resultaría un contrasentido afirmar, al mismo tiempo, que la titularidad es ficticia y que, no obstante serlo, atribuye derechos a ese titular. La condición de testafierro no puede generar ningún derecho legítimo, que el ordenamiento deba reconocer como tal.

Por otro lado y en relación con las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes, no quedan absolutamente cercenados ya que, al no haber sido parte en el proceso, la sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de la cosa juzgada y pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del art. 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, además, han tenido la posibilidad de acceder al Recurso de Casación y de reproducir, como podrá verse más adelante, los argumentos que ya fueron esgrimidos y suficientemente debatidos en la anterior instancia.

En este contexto y para terminar, podríamos mencionar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera e Internacional, del que España forma parte y que está constituido en el seno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y que recomienda a los países, adoptar las medidas necesarias para prevenir el uso ilícito y abusivo de sociedades manifiestamente ficticias, que no pueden ostentar ningún derecho ni pueden alegar que actúan de buena fe.

**B) RECURSO DE LA ENTIDAD MERCANTIL LONGANOR S.A. Tomo III, folios 1.337 a 1.354.**

- **Responsable Civil se acuerda el comiso de una finca de su titularidad.**

***PRIMERO.- Al amparo del art. 850.2º de la Lecrim., por violación del art. 24.1 de la Constitución por haber sido objeto efectivo de condena por indefensión total sin haber sido citada ni emplazada de forma alguna en el proceso.***

1.- Sostiene que la entidad recurrente tiene personalidad distinta de los condenados y declarados responsables en el proceso y su principal bien es el decomisado en el fallo de la sentencia. Señala que no ha tenido parte alguna en el procedimiento, no habiendo sido emplazada de forma directa ni indirecta, no ha participado en la discusión procesal y no ha tenido oportunidad alguna de ejercitar sus derechos de contradicción, prueba y defensa, con infracción patente y manifiesta del art. 24.1 de la Constitución, produciéndosele una completa indefensión material y formal.

Advierte que no puede alegarse ninguna negligencia por parte de la entidad recurrente, pues aunque tuviera un genérico conocimiento de la existencia del proceso penal en curso, como los demás ciudadanos, desconocía por completo que existiera esta pretensión y que pudiera dictarse tal fallo. La indefensión es total y la sentencia, en la parte que declara el comiso de la finca propiedad de la entidad recurrente, debe sin duda ser casada y anulada.

2.- Ya hemos aludido, en el apartado previo a las cuestiones relacionadas con el comiso, que la institución presenta unas características que la diferencian radicalmente de la responsabilidad civil. Lo verdaderamente sustancial en este caso no es el quebrantamiento de forma del art. 850.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal derivado de la omisión de la citación del procesado, del responsable civil subsidiario, de la parte acusadora o del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, ya que lo verdaderamente sustancial que se aborda en este proceso, es la posible indefensión que pudiera derivarse de su falta de personación y actuación a lo largo de la fase de investigación y en el momento del juicio oral.

Es evidente que la entidad recurrente cuyos bienes se decomisan, no podía ser considerada ni como responsable civil ni como partícipe a título lucrativo, ya que ninguna de las acusaciones le adjudicó esta condición.

La sentencia recurrida ha considerado que las fincas de las que dice es titular la Sociedad Longanor S.A., eran el producto directo de una acción ilícita cometida por uno de los acusados que había utilizado los beneficios ilícitamente adquiridos, a través de un delito de apropiación indebida, para adquirir los bienes que posteriormente son decomisados.

Nos encontramos, por tanto, ante ganancias provenientes directamente del delito y que se tratan de encubrir o disimular bajo la apariencia formal de una sociedad que no es más que una pantalla o cobertura, utilizada para tratar de eludir las consecuencias derivadas de su procedencia ilícita.

La sentencia declara probado, con arreglo a la abundante prueba practicada, que la Sociedad Longanor S.A pertenecía a Arturo Romaní, que la dominaba y la manejaba a través de su secretaria Elena García Maquedano que figuraba como Administradora única, teniendo el domicilio social en la C/ Conde de Aranda nº 14, donde tenía su oficina el acusado Romaní.

3.- La sentencia, ajustándose a la realidad probatoria y levantando el velo puramente formal que pretendía enmascarar la verdadera situación, utilizando como pantalla a la Sociedad Longanor, declara que el acusado adquirió, con dinero procedente del delito de apropiación indebida cometido con ocasión de la Operación Cementeras, un complejo de fincas en unión de otro de los acusados. El órgano juzgador no alberga la más mínima duda sobre el hecho de que se adquirieron a sabiendas de la ilícita procedencia del dinero pagado, se agruparon y posteriormente se dividieron, adjudicándose a Longanor la finca rústica, Hacienda de los Melonares Altos con 1.247 Has, a la que se asignó un valor de 301.380.365 pesetas.

Con ello queda acreditado que la intervención de Longanor, se realiza con posterioridad a la materialización de los hechos que constituyen la base del comiso, ya que tanto en su redacción del Código de 1.973 (art. 48), se trataba incuestionablemente de efectos que provenían de un hecho delictivo y según la concepción del comiso con arreglo al nuevo Código Penal constituye una consecuencia accesoria, y que lleva aparejada la pérdida de los efectos procedentes del delito así como las ganancias delictivas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. La única excepción para el comiso surge de la existencia de un tercero de buena fe no responsable del delito, que haya adquirido legalmente los bienes. En el caso presente está acreditado que este tercero de buena fe no existe, ya que la identidad entre el acusado Romaní y Longanor es plena e indiscutible.

4.- En atención a todo lo expuesto resulta claro que la entidad Longanor no tenía por qué haber sido llamada al proceso, ya que el acusado Arturo Romaní era el único y verdadero titular de la misma y desde el momento en que se formuló acusación y se solicitó

el comiso, tuvo oportunidad no solamente de defender su postura respecto del hecho delictivo, sino de demostrar de forma convincente y sin lugar a dudas que Longanor S.A era un tercero de buena fe, cuestión imposible ya que Longanor era el propio Arturo Romaní. El artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya citado, deja abierta la posibilidad de una tercería de dominio o mejor derecho, pero conviene recordar que los elementos probatorios serían los mismos que se han utilizado en el presente proceso.

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

***SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por incongruencia procesal, por ultrapetita, con violación del art. 120 y 24.1 y 2 de la Constitución Española, ya que, como consecuencia de lo anterior, la relación del patrimonio de la entidad recurrente y de ella misma con los hechos objeto del procedimiento, no han podido ser objeto de debate procesal.***

1.- Cita la doctrina del Tribunal Constitucional que, en su opinión, exige según el art. 120 de la Constitución, que todo fallo sea congruente con el debate procesal.

Pone de relieve que del examen de las actuaciones se desprende que, la petición de comiso de la finca propiedad de la entidad recurrente, no fue formulada más que al fin del juicio, en las conclusiones del Ministerio Fiscal, por lo que no fue objeto de debate en el curso del procedimiento ni la cuestión de comiso pudo ser objeto de contradicción procesal alguna, ni de prueba.

2.- Reiteramos todo lo alegado en el motivo anterior respecto del debate suscitado a lo largo del juicio oral, en relación con la verdadera titularidad y dominio de la empresa Longanor, y nos remitimos también a lo contestado al recurso de Arturo Romaní, al plantear idénticas cuestiones, añadiendo que todas las vicisitudes registrales y negociales de dicha entidad así como la ampliación del capital de Inversiones Rondonópolis S.L, por un total desembolsado de 171.000.000 de pesetas, refuerza la tesis de que la sociedad era propiedad de Arturo Romaní, que en 1.994 transmite formalmente su participación a sus hijos.



En relación con el punto concreto que plantea este motivo, debemos señalar que el fallo responde a una petición de comiso realizada por el Ministerio Fiscal y otras acusaciones entre las que figura el Fondo de Garantía de Depósito y que el pronunciamiento condenatorio es una consecuencia lógica de las afirmaciones fácticas, inamovibles, que se contienen en la causa y que conectan, de una manera incuestionable, la adquisición de las fincas decomisadas con el dinero procedente de los hechos delictivos por los que son condenados. Este punto concreto del origen de los fondos que constituyen el precio de la adquisición, fue uno de los temas principalmente debatidos en el juicio y la persona que ostentaba la administración formal de Longanor declaró ampliamente sobre estos extremos, respondiendo a las preguntas de las acusaciones y de la defensa.

3.- La conexión, por tanto, entre la condena y el comiso aparece sólidamente justificada no sólo en función de los hechos sino también como consecuencia lógica del debate procesal y de las pruebas practicadas. El hecho de que la sentencia recurrida haya impuesto esta consecuencia de la pena, no ha impedido la admisión de los correspondientes recursos y deja abierta la posibilidad de una reclamación de tercería por la vía civil correspondiente, con la participación del Ministerio Fiscal y las partes afectadas.

También conviene señalar que el condenado Arturo Romaní conocía todas las circunstancias relativas a la conexión de los bienes con el dinero ilícitamente adquirido y tuvo la posibilidad, como realizó con éxito en el caso de las Operaciones Telson y Veblinsa, de suscitar este punto en el trámite de cuestiones previas. Asimismo declaró ampliamente sobre los hechos que estamos examinando.

Como es doctrina arraigada, que se recuerda en el auto de la Sala sentenciadora de 9 de Marzo de 1.998 y que se mantiene inamovible a lo largo de numerosas resoluciones la jurisdicción penal, se puede entrar en el análisis de las relaciones civiles subyacentes en el proceso y declarar su nulidad o poner de relieve la simulación y apariencia de las relaciones jurídicas que pretenden presentarse como reales e impositivas de determinadas resoluciones.

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

**C) RECURSO DE INVERSIONES LUCENSES S.L. Tomo III. Folios 1.066 a 1.101. Se ordena el comiso de una finca y alega que no ha sido parte en el proceso.**

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

1.- Si bien admite que Inversiones Lucenses fue constituida fundamentalmente por Fernando Garro y que las otras tres personas que accedieron a figurar como accionistas, seguían instrucciones del mismo, acerca de la administración y funcionamiento de la sociedad, lo cierto es que de lo anterior no se deduce que la titular de la finca, que sufre las consecuencias del comiso, la ha adquirido con las ganancias provenientes del delito. Mantiene que, en ningún momento, se declara expresamente que la parte recurrente, haya procedido a la compra de la finca, a sabiendas de que utilizaba ganancias provenientes de un delito.

2.- El hecho probado, desmiente tajantemente las pretensiones de la entidad recurrente. Se afirma, en relación con las ilícitas actividades que se describen en el apartado relativo a los locales comerciales, que se generó una bolsa de dinero, parte de la cual fue dispuesta por Fernando Garro en la forma que a continuación se describe. Haciendo un minucioso seguimiento de los cheques utilizados para disponer del dinero, se afirma que en algunos de estos cheques fueron entregados como parte del precio de las dos fincas de la Urbanización Parque De's Cubells, una de las cuales se vendió el 23 de Marzo de 1.993 a Inversiones Lucenses, representada por Jose Luis García Trabanco, siguiendo también instrucciones de Fernando Garro. Por si quedaba alguna duda sobre la apariencia formal de la sociedad recurrente, el siguiente párrafo declara que las personas que la constituyeron accedieron a figurar como accionistas de la sociedad a petición de Fernando Garro para quien habían trabajado en el Banco Español de Crédito. De manera definitiva, la sentencia

declara que “no obstante, las instrucciones acerca de la administración y funcionamiento de la sociedad eran dadas por el acusado”, y más adelante se dice que a pesar de la participación en su capital, de una sociedad extranjera, siempre continuó bajo el dominio del acusado Fernando Garro.

3.- Es cierto que en la sentencia no se contiene una declaración o manifestación expresa sobre la existencia de la mala fe de la adquisición, pero creemos que se trata de un juicio de valor que no solamente puede ser suplido en esta instancia, sino que se desprende de una manera clara y abrumadora del contenido del relato de hechos al que acabamos de hacer referencia. El titular efectivo y real de la sociedad no solamente conocía todas las actividades ilícitas que generaron el dinero, sino que además, tomó la decisión, porque a él sólo correspondía por su dominio total de la actividad social, de destinar el dinero al pago parcial de la finca, por lo que su comiso está perfectamente ajustado a la ley, según ya hemos expuesto en apartados anteriores.

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

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

1.- Sostiene que de acuerdo con el hecho probado, Inversiones Lucenses S.L, no es tercero adquirente de mala fe de la finca decomisada y no se dice que la finca sea el producto de las ganancias provenientes del delito. Admite que la sentencia declara probado, que Fernando Garro entregó al administrador de la sociedad Parque De's Cubells, dos cheques librados contra una cuenta del Banco del Progreso para el pago de unas obras y proyectos, que se habían realizado en las fincas mencionadas en De's Cubells en Ibiza. En su opinión, resulta extraño que un dinero entregado en 1.990 a dicha sociedad, pueda imputarse al precio por el cual se compra una finca en el año 1.993.

2.- En todo lo relativo al origen del dinero y a la mala fe en la adquisición nos remitimos, con objeto de evitar repeticiones innecesarias a lo expuesto en el motivo anterior.

En relación con el principio de proporcionalidad, que se cita en el enunciado del motivo debemos consignar que el art. 128 del Código Penal, en el que se hace referencia a esta posibilidad de graduar el comiso, no ha sido invocado por la parte recurrente. No obstante debemos señalar que nos encontramos ante un delito grave y que el comiso guarda proporción entre el valor del bien y la naturaleza o gravedad del delito.

Es cierto, como pone de relieve la impugnación del Fondo de Garantía de Depósitos, que en el hecho probado se reconoce y así lo hemos transcrito en el motivo anterior, que los cheques entregados lo fueron sólo para pagar una parte del precio, pero ello no afecta al principio de proporcionalidad.

Si tenemos en cuenta, como se ha dicho con anterioridad, que la institución del comiso pudiera tener alguna relación, aunque no identidad de naturaleza, con la responsabilidad civil derivada del delito, no existiría obstáculo para que procediendo de conformidad con lo dispuesto en el art. 127 y acordando la venta en pública subasta del bien decomisado por proceder del delito, la parte obtenida, en lo que exceda de la extensión del comiso, pueda ser dedicado al pago de las responsabilidades civiles del delito, ya que no hay que olvidar que el acusado está declarado insolvente parcial en la pieza de responsabilidad civil correspondiente.

El argumento en el que apunta un posible agravio comparativo, en relación con la decisión de la Sala sobre la finca “Los Carrizos”, no puede ser compartido ya que la Sentencia recurrida ha declarado que en este caso, no se ha podido demostrar que el precio proviniese de los beneficios derivados del delito.

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

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

1.- Admitiendo dialécticamente que cupiera imponer la pena de comiso de la finca, por darse las circunstancias y requisitos establecidos en el art. 127 del Código Penal, lo cierto sería entonces que la sentencia aparece como irrazonada, ya que ni en el relato de hechos probados, ni en la fundamentación jurídica, se justifica la pena de comiso.

Señala que no se sabe qué cantidades fueron destinadas para la compra de la finca decomisada, qué cantidades fueron igualmente destinadas al pago de proyectos, ni qué proyectos eran éstos y también se desconoce, qué cantidades se destinaron al pago de obras realizadas sobre las fincas tantas veces citadas, ni por supuesto el contenido de las mencionadas obras.

2.- Ciñéndonos exclusivamente al aspecto constitucional que esgrime la parte recurrente y sin entrar en la valoración de la posible existencia de un quebrantamiento de forma, debemos recordar todo lo anteriormente expuesto en relación con el contenido de la sentencia recurrida. No puede negarse que en ella se contienen, de una manera precisa y detallada, todos los elementos necesarios para construir la existencia del hecho delictivo, determinar el origen ilícito del dinero y conectar éste con la adquisición de las fincas como pago parcial de las mismas. Todo ello sin necesidad de más razonamientos justifica, con arreglo a las estrictas previsiones legales, la adecuación del comiso y la claridad de los hechos en los que se fundamenta.

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

***CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 840.1º de la Lecrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que no motivó por qué la entidad recurrente debe sufrir la pena de comiso.***

1.- La sentencia dice que Fernando Garro utilizó parte del dinero (ganancia del delito) en constituir una sociedad llamada Inversiones Lucenses S.L, utilizando formalmente

a terceros y que también utilizó parte de aquél dinero, en comprar dos fincas en Ibiza, una de las cuales es de Inversiones Lucenses S.L.

También se sabe, porque así lo dice la sentencia en la página 114, que una sociedad extranjera llamada My frist Coop, tomó una participación mayoritaria en Inversiones Lucenses, antes de que esta sociedad comprara la finca de Ibiza.

Estima que hay una absoluta oscuridad y falta de detalles y de precisiones para fundamentar una pena tan importante como el comiso, que implica la expropiación de un bien del patrimonio de la entidad recurrente.

2.- La parte recurrente vuelve a insistir en cuestiones, que ya han sido abordadas, por lo que nos remitimos a lo anteriormente expuesto para rechazar sus pretensiones.

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

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

1.- Señala que la sala se refiere a 4 talones, por cantidades no importantes de pesetas, que Fernando Garro entregó al administrador de la Sociedad Parque De's Cubells, para la adquisición de las fincas y para el pago de proyectos y de obras realizadas en las mismas. En su opinión basta con leer, lo que la Sala dice en la sentencia, para llegar a la conclusión de que los juzgadores estiman que las dos fincas son una única cosa y que las dos sociedades parecen también una misma cosa, de forma que no se determina en la sentencia, qué dineros fueron a parar a la compra de cada una de las fincas y cuales al pago de la obra y de los proyectos.

En el relato de hechos, se sabe cual fue el capital aportado por Fernando Garro para la constitución de la sociedad, cual es el paquete mayoritario que adquirió My Frist Coop y, en qué medida y con tales recursos, pudo Inversiones Lucenses S.L adquirir la finca de Ibiza, todo ello sin perder de vista que para colmo de imprecisiones, a la postre parece ser que Fernando Garro paga el precio de la compraventa en 1.990 mediante entrega de talones a la sociedad Parque De's Cubells, no obstante tratarse de una compraventa realizada por la entidad recurrente en al año 1.993.

2.- La cuestión también ha sido abordada y ya hemos hecho referencia al contenido de la sentencia en las páginas 113 y 114 y a las afirmaciones que en ella se hacen.

De su lectura no se desprende la existencia de oscuridades o insuficiencias, ya que en todo momento se delimita con claridad y precisión, en primer lugar la existencia de dos fincas, y en segundo lugar, cuáles fueron los adquirentes de las mismas. Así se dice que el 12 de Abril de 1.991, se vendió una de estas fincas a la sociedad S'es Vents Ltd, representada por cuenta de Fernando Garro por Mohamed Kreaa Kalled el que, como ya se ha dicho, el 23 de Marzo de 1.993 vendió la otra finca a la sociedad Inversiones Lucenses S.L representada por Jose Luis García Trabanco, siguiendo también instrucciones de Fernando Garro.

Ha quedado por tanto perfectamente determinada, la forma en que se realizó la adquisición, si bien es cierto que no existe una matemática precisión, porque no ha sido posible la práctica de pruebas en torno a la determinación de las cantidades totales destinadas a la compra de las fincas, pero ello no es obstáculo para entender claramente que, parte del precio, procedía del dinero obtenido con actividades ilícitas por las que el verdadero adquirente de los bienes ha sido condenado.

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

**PRIMER MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES** *por entender que la resolución recurrida infringe el art. 24 de la Constitución en cuanto que regula el derecho de acceder al proceso penal.*

1.- Estima que no es admisible, desde el punto de vista de la producción del derecho de defensa, que sabiéndose, desde el principio de la Instrucción, los datos registrales de la finca objeto de comiso y siendo el titular de dicha finca Inversiones Lucenses S.L, no se le haya citado ni en la instrucción ni en el juicio, máxime cuando después es condenada con la expropiación de la finca.

2.- Ya hemos aludido a la necesidad de distinguir entre la apariencia formal que se desprende de la existencia de una entidad societaria y la realidad subyacente en torno al verdadero dominio y capacidad de decisión de la misma, por lo que nos remitimos a todo lo que ha quedado desarrollado en relación con la naturaleza del comiso y con la doctrina del levantamiento del velo.

El comiso de las fincas fue solicitado por el Ministerio Fiscal y las Acusaciones partiendo del hecho, que se ha demostrado cierto y verdadero a través de las pruebas, de que las fincas pertenecían al acusado Fernando Garro y que fueron adquiridas con parte del producto del delito por el que fue condenado.

Esta realidad incontestable, hace ficticia e innecesaria la presencia de la entidad societaria, cuya fachada y apariencia ha sido desmontada por la sentencia en virtud de una prueba practicada, por lo que no se puede decir que ha existido indefensión sobre este punto.

La parte recurrente, puede sostener que no se personó en el proceso, pero no ha podido demostrar que sea la titular verdadera de los bienes decomisados. De todo lo actuado resulta evidente que conoció, a través de la persona que se enmascaraba bajo la apariencia formal societaria, que las fincas habían sido objeto de petición expresa de comiso, por lo que no existía inconveniente material alguno para que, si estimaba que las tesis sobre la identidad del acusado y la sociedad, sostenidas por las acusaciones, no eran ciertas, esgrimiese formalmente sus pretensiones. Insistimos en que se hubiera tratado de una



postura meramente formal, ya que la realidad del debate sobre la titularidad de las fincas, que pasaba por contrastar los documentos formales de constitución y registro, con la realidad desentrañada por los elementos probatorios existentes en la causa, era el único punto de contraste que podía darse, y que efectivamente se dio, por lo que materialmente no puede alegar indefensión.

Posteriormente se le ha tenido como parte y se le ha permitido plantear el presente recurso de casación.

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

***SEGUNDO MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES al amparo del art. 849.1 de la Lecrim, por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 24 de la Constitución en relación con el art. 118 de la Lecrim, en cuanto que regula el derecho de audiencia o de que nadie puede ser condenado sin ser oído.***

1.- Sostiene que el comiso, no es ni puede ser objeto de una genérica petición de pena accesoria, sino que es necesariamente una pena controvertible en el juicio, lo que significa que tiene que someterse a debate y por tanto que, aquellos sujetos que deben soportar la pena de comiso, deben participar en el mismo con todos los derechos inherentes a su defensa.

2.- En primer lugar ya hemos apuntado los problemas que plantea la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del comiso, pero, en todo caso, conviene recordar que la petición se realiza respecto del autor de un hecho delictivo que en este caso era el acusado Fernando Garro, por lo que de ninguna manera la entidad ahora recurrente podría ser considerada como imputada de un hecho punible, por lo que la invocación del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta inadecuada.

La verdadera realidad procesal, que ha respetado íntegramente todos los derechos de defensa, es la que se desprende de la imputación realizada contra el acusado Fernando Garro y la consecuencia accesoria, según el artículo 48 del Código Penal de 1.973

que se derivaría de la imposición de una pena al imputado, por lo que era suficiente con escuchar al mismo y proporcionarle todas las posibilidades de defensa y de prueba, que ha ejercitado, para tratar de acreditar que las fincas no eran realmente de su propiedad.

En todo caso queda abierta la posibilidad de que se haga valer el aparente derecho que resulta de estas actuaciones en la vía procesal correspondiente a la que ya hemos reiteradamente aludido.

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

**D) RECURSO DE LA ENTIDAD INVERSIONES CAJATAMBO S.L. Tomo III.  
Folios 1.108 a 1.149.**

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

1.- Sostiene que desde el año 1.993, la finca a la que se refiere el comiso (la adquirida por la entidad S'es Vents Ltd) no es propiedad de la entidad que cita la sentencia, pues fue vendida a una sociedad Portuguesa llamada Soviges-Sociedades de Gestao e Investimentos L.D.A quien a su vez, en el acto de constitución de Inversiones Cajatambo S.L (acto que también es anterior a la iniciación del proceso), la aportó como pago de la suscripción de acciones que hacía. Señala que es indiferente que la sentencia no se refiera a Inversiones Cajatambo de forma expresa, puesto que lo hace de forma implícita, en cuanto que el titular registrado de la finca decomisada, resulta de dicha inscripción y es Inversiones Cajatambo S.L. No se dice, por tanto, que le pertenece la finca como resultado de las ganancias provenientes de un delito o que sea un tercero adquirente de mala fe.

Por último, dice que no puede olvidarse que la finca está inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Ibiza, en el tomo y libro que dice la sentencia en el año 1.993, antes de que se inicie este procedimiento por querrela del Ministerio Fiscal.

2.- En este caso, a diferencia de los anteriores, resulta patente que la entidad Inversiones Cajatambo S.L no aparece mencionada en ningún apartado de la sentencia. Esta sociedad, una vez dictada la resolución compareció y presentó recurso de casación alegando ser la propietaria de uno de los dos inmuebles del parque D'es Cubells, afirmando que constituye la aportación no dineraria y única realizada por la sociedad portuguesa Soviges-Sociedad de Gestao e Investimentos L.D.A, al acto de fundación de la sociedad Inversiones Cajatambo, habiendo adquirido la finca la mencionada sociedad portuguesa.

En el caso presente se nos presenta una opción procesal distinta de las anteriores. La inmodificabilidad del hecho probado, al que ya hemos hecho referencia con anterioridad, nos asegura firmemente frente a cualquier otra alegación, cual fue la distribución de las fincas y que en ambos casos se actuaba por cuenta y siguiendo las instrucciones de Fernando Garro. Precisamente este acusado, si conocía que una de las fincas pertenecía a la Sociedad Cajatambo, a través del mecanismo que se describe en el hecho probado, debió ponerlo en conocimiento del Juez Instructor o posteriormente de la Sala. En todo caso nos encontramos ante una situación idéntica a las anteriores, ya que la apariencia formal de las operaciones se mantiene en las mismas condiciones que en los supuestos anteriores, por lo que el comiso está perfectamente justificado.

Diffícilmente se le podría adjudicar la condición de parte a una entidad que debido a la mala fe procesal del acusado Fernando Garro, no apareció nunca en el proceso y que ocupa una posición formal de titularidad, que puede defender en el proceso civil correspondiente pero que, en nuestra opinión y sin que ello sirva para prejuzgar el fallo, nos encontramos ante una nueva apariencia de titularidad que entra en contradicción con los hechos probados.

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

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

1.- Parte del supuesto de que inversiones Cajatambo S.L, e incluso la entidad de la que trae causa, la Sociedad Soviges, no son terceros adquirentes de mala fe de la finca decomisada. Mantiene la misma tesis de que se adquirieron dos fincas, una de ellas vendida a la Sociedad S'es Vents Ltd y otra a Parque D'es Cubells. Admite dialécticamente que, aunque la entidad recurrente fuese un adquirente de mala fe, aún en este caso, no estaría probado que la finca decomisada fuera resultado de las ganancias provenientes del delito, y de serlo lo sería en ínfima proporción.

2.- La cuestión es idéntica a la suscitada por la anterior entidad recurrente, por lo que nos remitimos a lo expuesto para contestar a los planteamientos que ahora se nos hace.

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

***TERCERO.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la CE ya que no motiva por qué la entidad recurrente debe sufrir la pena de comiso.***

1.- Estima que la sentencia no está suficientemente motivada, por lo que se ha infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues en ninguna parte de la misma existe argumentación, razonamiento o motivación alguna, que determine las causas por las que la entidad recurrente, debe sufrir la pena de comiso, que supone obviamente la expropiación de la finca.

2.- Los razonamientos para contestar a la misma objeción realizada por la entidad Inversiones Lucenses S.L, deben ser repetidas en el presente caso. Difícilmente se podía dar ninguna contestación específica respecto de Inversiones Cajatambo S.L, ya que su existencia no aparecía en el proceso y, por el contrario, existen datos que permiten sostener,

que se trataba de una cobertura formal más, de las varias que se han utilizado por el acusado que resultó condenado.

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

***CUARTO.- Por infracción de ley al amparo del art. 84. Por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 120.3 de la Constitución ya que la oscuridad de la fundamentación fáctica de la sentencia la hace irrazonada.***

1.- Este motivo es complementario al anterior y se formula de forma separada.

2.- Como ya se ha dicho la sentencia la estimamos suficientemente motivada a través de sus afirmaciones fácticas y las valoraciones probatorias realizadas. Una vez más hemos de repetir que la omisión de referencias a Cajatambo S.L vienen determinadas por todo lo que ya venimos exponiendo.

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

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

1.- Señala que los hechos que se relatan en la sentencia, se refieren a cuatro talones por cantidades no importantes de pesetas, que Fernando Garro entregó al administrador de la urbanización denominada Parque D'es Cubells, para la adquisición de dos fincas y para el pago de proyectos y de obras realizadas en las dos fincas.

En su opinión resulta evidente, que las fincas pertenecen a distintos propietarios y por mucho que la Sala intente hacer de todo una unidad, parece incontestable que estamos a presencia de un supuesto de falta de claridad en los hechos probados.

2.- Otra vez nos remitimos al contestar a idéntico planteamiento de la otra entidad recurrente.

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

***PRIMER MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por entender que la resolución recurrida infringe el art. 24 de la Constitución, en cuanto que regula el derecho de acceder al proceso penal.***

1.- Considera evidente que Inversiones Cajatambo S.L, es sujeto pasivo de este procedimiento, desde el momento en que se solicitó por el Ministerio Fiscal, el comiso de la finca sita en Ibiza propiedad de S'es Vents Ltd, sin que la entidad recurrente haya sido citada, ni en la instrucción ni en el juicio, por lo que se le ha causado la más absoluta indefensión.

2.- La situación denunciada es idéntica a la suscitada por Inversiones Lucenses S.L, si bien en el caso presente hay que añadir que Cajatambo S.L en ningún momento fue mencionada ni citada, por aquellas personas que, según se desprende de sus alegaciones y de los hechos probados, decían que era titular de una de las fincas, cuyo comiso había solicitado el Ministerio Fiscal.

La posición flexible de la Sala sentenciadora y de esta Sala al admitir su personación en el trámite de casación, le ha dado oportunidad de hacer las alegaciones que ha estimado pertinentes, pero consideramos que ninguna de ellas sirve para desmontar la realidad incommovible de los hechos que se declaran probados.

En todo caso, podrá acudir a la vía correspondiente para sustanciar sus derechos.

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

***SEGUNDO MOTIVO POR INFRACCION DE NORMAS CONSTITUCIONALES al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la sentencia recurrida infringe el art. 24 de la Constitución, en relación con el art. 118 de la Lecrim, en cuanto que regula el derecho de audiencia o el de que nadie puede ser condenado sin ser oído.***

1.- Considera incontestable que no se notificó a la entidad recurrente, la existencia del proceso penal, en el que se estaba dilucidando una pretensión, como el comiso de una finca de su propiedad, por lo que no ha podido defenderse en juicio.

2.- Damos por reproducidas las alegaciones anteriormente vertidas sobre este mismo extremo.

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

### **III. FALLO**

**FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION** por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de preceptos constitucionales, interpuestos por las representaciones procesales de los acusados, Mario Conde Conde, Arturo Romani Biescas, Fernando Garro Carballo y Rafael Pérez Escolar, así como de las Sociedades declaradas Responsables Civiles Subsidiarias Data Transmissions System S.A, Montilsa, Cifuentes 2000 S.L., Las jaras de San Luis S.A., Santa Cruz de Bujedo S.A., San Antón del Espino S.A., y Aprovechamientos Agropecuarios Las Jaras de San Luis S.L., y de las sociedades Longanor S.A, Inversiones Lucenses S.L e Inversiones Cajatambo S.L, y también de los recursos formalizados en representación de las acusaciones particulares encarnadas en Francisco Cardín González, María Josefa Cardín González, María Covadonga Mata Cartín, Amalia Cubillo de Carlos, Eduardo Pérez Rubio, Concepción Insa Fuster y Manuel Rabadán, María Victoria de la Muela Mialdea, Patrick Henry Maunder, y Asociación para la Defensa del Accionista, Creaciones Berbegal S.A y una serie de accionistas, contra la sentencia dictada el día 31 de Marzo de 2000 por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia

Nacional, seguida contra los mismos y otros, por varios hechos delictivos. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSOS DE CASACION** interpuestos por el Ministerio Fiscal y por las representaciones procesales de las Acusaciones Populares encarnadas por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, La Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores, y por las Acusaciones Particulares encarnadas por el Fondo de Garantías de Depósitos en establecimientos Bancarios, y el Banco Español de Crédito S.A, casando y anulando parcialmente la sentencia dictada el día 31 de Marzo de 2000 por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Declaramos de oficio las costas correspondientes a estos recurrentes.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



***SEGUNDA SENTENCIA N°: /2002***

***RECURSO DE CASACIÓN 2038/2000***

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

***Fallo: 06/05/2002***

***Secretaría de Sala: Sr. Rico Fernández***

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SEGUNDA SENTENCIA N°: /2002***

***Excmos. Sres.:***

**D. Luis-Román Puerta Luis**  
**D. José Antonio Martín Pallín**  
**D. Juan Saavedra Ruiz**  
**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda**  
**D. Diego Ramos Gancedo**

---

En nombre del Rey

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

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 29 de Julio de 2002.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 3, sumario número 234/94, contra los **procesados MARIO CONDE CONDE, ARTURO ROMANI BIESCAS, FERNANDO GARRO GARBALLO, RAFAEL PEREZ ESCOLAR** y todos ellos en situación de libertad provisional, y una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Nacional**, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 31 de Marzo de 2000, que ha sido **casada y anulada** por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la **Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**, que hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en su integridad, con la salvedad de que en virtud del análisis del juicio de valor, respecto de los denominados Artificios Contables que se contienen en la página 133 de la Sentencia, se establece como nueva conclusión que los acusados Mario Conde Conde y Enrique Lasarte y Pérez Arregui son los autores de parte de los Artificios Contables, que aparecen consignados en el apartado IX de la sentencia.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La primera cuestión abordada en el amplio recurso de casación que hemos venido examinando, es la relativa a la existencia de un delito continuado de apropiación indebida en la operación que bajo el apartado I se denomina de “Retirada de Caja de 300.000.000 millones”. Como ha quedado expuesto la Sala sentenciadora estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de apropiación indebida que debía ser penado de conformidad con lo establecido en el artículo 535 y concordantes del Código Penal de 1.973, estimando que la conducta es típica y que además concurre la agravante específica del número 7 del artículo 529 como muy cualificada, en atención a la especial gravedad y entidad del valor de lo distraído, si bien al mismo tiempo estima, que nos encontramos ante un único delito y no ante un delito continuado, por lo que procede la prescripción y la

consiguiente extinción de la responsabilidad penal derivada del delito, lo que impide hacer pronunciamiento alguno de condena al pago de la responsabilidad civil contraída.

Como se desprende de la estimación de los motivos interpuestos por el Ministerio Fiscal, las acusaciones Populares, y alguna Acusación Particular, a la vista del hecho probado hemos estimado que nos encontramos ante un delito continuado de apropiación indebida, por lo que su prescripción no se ha producido y debe imponerse la condena de conformidad con lo establecido en los preceptos citados del Código de 1.973 y además del art. 69 bis del mismo Texto Legal que regulaba el delito continuado.

Remitiéndonos a los razonamientos jurídicos ya expuestos y que damos por reproducidos, nos corresponde realizar en este momento la individualización de la pena que se debe imponer al acusado Mario Conde Conde y para ello se deben tener en cuenta los elementos fácticos que se desprenden del relato de hechos probados. A pesar de que se trató de demostrar que la retirada de caja obedecía a retribuir el pago de unos servicios que D. Adolfo Suarez, expresidente del Gobierno, había prestado ante el Banco de España, lo cierto es que en el punto 3 que cierra el relato de hechos se afirma tajantemente que no ha quedado acreditado que la disposición por Mario Conde de 300.000.000 se hiciera con la finalidad de favorecer al banco, como retribución por la mediación de D. Adolfo Suárez ante el Gobernador del Banco de España, para que éste autorizara la difusión de las entidades bancarias Banco Español de Crédito y Banco Central, y se diera el visto bueno a las cuentas correspondientes al ejercicio de 1.998.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal de 1.973 en relación con el art. 529.7ª del mismo texto legal que estimamos como muy cualificada en atención a la cuantía de la cantidad apropiada, la pena básica de la que se debe partir según el párrafo segundo del art. 528 es la de Prisión Menor que se puede recorrer en toda su extensión, es decir, hasta 6 años de prisión. Ahora bien, como el art. 69 bis (delito continuado), permite la imposición de la pena aumentándola hasta el grado medio de la pena superior, y en atención a las circunstancias personales del acusado que se prevale de su condición de Presidente del Banco Español de Crédito S.A y

que dispone de una cantidad importante, consideramos que debemos hacer uso de esta opción imponiendo la pena de prisión mayor, en su grado mínimo de 6 años y 1 día.

Se establece además, como consecuencia obligada de lo anteriormente declarado, la indemnización, a favor del Banco Español de Crédito de 300.000.000 de pesetas.

**SEGUNDO.-** También se ha presentado recurso en relación con la prescripción aplicada a la intervención que se considera delictiva del acusado Jacobo Hachuel Moreno en relación con el apartado V denominada Carburos Metálicos. Los hechos que en dicho apartado se mencionan, han sido calificados como constitutivos de un delito de apropiación indebida tipificado en el artículo 535, en relación con los artículos 528 y 529.7ª del Código Penal de 1.973, vigente en el momento de la comisión de los hechos, circunstancia esta última que debe ser apreciada como muy cualificada atendido el contenido económico de la apropiación.

Respecto de Jacobo Hachuel Moreno, declara que la responsabilidad penal contraída por el mismo se ha extinguido por el instituto de la prescripción conforme a lo establecido en el art. 113 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión del delito.

Estimando por los razonamientos ya expuestos y que damos por reproducidos, la inexistencia de la prescripción, consideramos que Jacobo Hachuel Moreno por su participación e intervención decisiva en todo el entramado de operaciones, conocidas como Carburos Metálicos, debe ser castigado con la misma pena señalada para el acusado Arturo Romaní, es decir, cuatro años de prisión menor, más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena. Como consecuencia de lo anterior, el acusado junto con los otros dos implicados indemnizará conjunta y solidariamente, al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas.

**TERCERO.-** En relación con la misma operación de Carburos Metálicos y por lo que se refiere a la participación del acusado Rafael Pérez Escolar, ya hemos dicho al

contestar al motivo cuarto formalizado por la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores, que su intervención en los hechos tiene la relevancia suficiente como para transformar su condición de cómplice en la de coautor, por lo que la pena que le debe corresponder, remitiéndonos a las consideraciones expuestas con anterioridad, debe ser la misma que la que inicialmente se impuso a Arturo Romaní y posteriormente en virtud del recurso, a Jacobo Hachuel Moreno.

En consecuencia se debe condenar al acusado Rafael Pérez Escolar como autor de un delito de apropiación indebida calificado conforme a los preceptos anteriormente mencionados, a la pena de cuatro años de prisión menor, y que así mismo indemnice conjunta y solidariamente con los otros dos acusados al Banco Español de Crédito 1.344.000.000 de pesetas.

**CUARTO.-** En virtud de todo lo expuesto en los apartados correspondientes a las contestaciones dadas a los motivos, que afectaban al relato de hechos IX, amparado bajo la rúbrica Artificios Contables, debemos señalar que no solamente de su contenido se desprende la autoría y participación de los acusados Mario Conde Conde y Enrique Lasarte y Pérez Arregui, sino también que todas las manipulaciones contables deben ser consideradas como un delito de falsedad en documento mercantil contenido en el artículo 303 en relación con el artículo 302.4º y 6º del Código Penal de 1.973, por considerar, en atención a las razones que abundantemente se han expuesto en los apartados correspondientes, a los que nos remitimos, que es la opción penológica más favorable para los acusados.

En consecuencia y en atención a la gravedad que implican las falsificaciones cometidas y a la condición de Presidente y Consejero Delegado que ostentaban los acusados en la entidad bancaria, estimamos que se debe imponer la pena de prisión menor en el máximo de su grado medio, es decir, cuatro años de prisión menor y multa de un millón de pesetas.

En atención a todo lo expuesto,

### **III. FALLO**

#### **FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS:**

**1) A Mario Conde Conde como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida ya calificado, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y al derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. (Retirada de Caja de 300 millones).**

**Como autor de un delito de falsedad en documento mercantil ya calificado, a la pena de cuatro años de prisión menor y un millón de pesetas de multa, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y al derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. (Artificios Contables).**

Asimismo deberá indemnizar al Banco Español de Crédito en 300.000.000 de pesetas y hacer frente a la parte proporcional de las costas correspondientes a estos delitos y que se determinen en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta los criterios anteriormente utilizados por el Tribunal de Instancia con las alteraciones que se derivan de este fallo.

**2) A Jacobo Hachuel Moreno, como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya calificado, a la pena de cuatro años de prisión menor más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena. (Carbuos Metálicos).**

Asimismo deberá indemnizar conjunta y solidariamente al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas y hacer frente a la parte proporcional de las costas correspondientes a este delito que se determinen en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta los criterios anteriormente utilizados por el Tribunal de Instancia con las alteraciones que se derivan de este fallo.

**3) A Rafael Pérez Escolar, como autor responsable de un delito de apropiación indebida, ya definido, a la pena de cuatro años de prisión menor, más la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena. (Carbuos Metálicos).**

Asimismo deberá indemnizar conjunta y solidariamente al Banco Español de Crédito en la suma de 1.344 millones de pesetas y hacer frente a la parte proporcional de las costas correspondientes a este delito que se determinen en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta los criterios anteriormente utilizados por el Tribunal de Instancia con las alteraciones que se derivan de este fallo.

**4) A Enrique Lasarte y Pérez Arregui como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, ya definido, a la pena de cuatro años de prisión menor con las correspondientes accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 1.000.000 de pesetas, con arresto sustitutorio de un mes, y con imposición de las costas en la parte proporcional correspondiente a este delito, que se determinará en ejecución de sentencia.**

Se mantienen en su totalidad el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, en todo aquello que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. José Antonio Martín Pallín, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.