



# La tolerancia judicial ante la delincuencia financiera.

Carlos Jiménez Villarejo

[www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)

[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]

## La tolerancia judicial ante la delincuencia financiera

### 1- Introducción

Hace un año, la revista norteamericana *The Yale Law Journal* planteó que el sistema penal de aquel país era excesivamente duro con los delincuentes económicos con motivo de las condenas impuestas a los responsables de las crisis empresariales de Enron --20 años de prisión-- o WorldCom --25 años--. La autora de estas consideraciones, Ellen S. Podgor, estimaba excesivas dichas penas dado que según publicaba el diario *La Vanguardia* (24.5.07) "el delincuente no crea inseguridad económica ni ataca a los intereses más básicos de los demás, como la vida, la libertad o la salud". Además, dice el articulista, que según aquella cronista, en estos casos, "el desprestigio que le supone la condena es un castigo añadido que no debería ignorarse al concretar los años de prisión". Ante estas apreciaciones, el articulista del referido diario concluye entendiendo que "las incesantes demandas de mayor severidad no acaben propiciando un modelo que iguale a todos los delincuentes por arriba". Sirvan estas reflexiones, absolutamente insólitas y, desde luego, carentes de todo fundamento, como introducción al análisis de la delincuencia económica en España que lejos de toda severidad cuenta con un poder judicial más que complaciente que archiva o absuelve de forma casi sistemática a los perseguidos por dichos delitos.

El 28 de noviembre de 1939, va a hacer 70 años de que, en la American Sociological Society, Sutherland pronunció por vez primera el término "delito de cuello blanco" para referirse a un tipo de delincuencia económica cometida por personas de nivel social alto en el desarrollo de su actividad profesional.

Desde entonces ha permanecido abierto un debate sobre el concepto y características de dicha delincuencia, que ha oscilado entre el planteamiento criminológico -el status de quienes cometen los delitos- y, el más acertado, que ha

afrontado el problema desde la perspectiva de las conductas delictivas y los bienes jurídicos que ofenden.<sup>1</sup>

El punto de partida de un análisis penal de esta actividad delictiva es el concepto de “orden socio-económico” como bien jurídico digno de protección penal.

El concepto de “orden socio-económico” fue objeto de una aproximación en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980, cuando se refería, en la Exposición de Motivos “a la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, de tan elevada importancia para el desarrollo económico del país”, criterio que no define ni precisa los valores que justifican la represión penal de las conductas descritas en los referidos tipos penales. Y en el Proyecto de 1983, suprimida la referencia al “orden socio-económico”, parecía concentrarse más directamente en el delito de esa naturaleza como manifestación criminal de la actividad de la empresa frente a los convencionales delitos patrimoniales.

El concepto y alcance del “orden socio-económico” como valor fundamental que debe ser objeto de una protección penal ha de situarse, necesariamente, en la Constitución. En efecto, la Constitución establece un determinado modelo de “orden socio-económico”, el que está comprendido bajo el concepto, con origen en la Constitución de Weimar, de “Constitución económica” que no es otra cosa que “el marco y los principios jurídicos de la Ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica” (S. Martín Retortillo) y que ya asumió el Tribunal Constitucional (S. 1/82, de 28 de enero) al decir: “En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad esta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”.

---

<sup>1</sup> Ver *Investigación y enjuiciamiento de los “delitos de cuello blanco” en el sistema judicial norteamericano*. Obra de Ángeles Gutiérrez Zarza, profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Este criterio define la línea de un “orden socio-económico”, característico del Estado social de Derecho, en el que, por tanto, el reconocimiento de “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE. ) como eje del sistema económico está sujeto a un amplio conjunto de prescripciones constitucionales: 1) la función social de la propiedad privada (art. 33. 2) que, como acertadamente sostiene Díez Picazo, no solo “preserva a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista” sino que “origina deberes para el propietario en función de intereses distintos y del interés público general” (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, sobre utilidad individual y función social de la propiedad privada), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128. 1), 2) la planificación de la actividad económica para atender a las necesidades colectivas, equilibrarlas y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el conjunto de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131. 1) y, 3) finalmente, por imperativo del artículo 9. 2, el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello. Con ello la Constitución define un modelo social y económico, esencialmente dinámico, en esa perspectiva, que se traduce en la función promocional del orden social que expresan los preceptos constitucionales según los cuales los Poderes Públicos deben promover, garantizar y asegurar los derechos que se integran en “los principios rectores de la política social y económica”, que comprende son los derechos económicos, sociales y culturales.

Desde este marco fundamental, puede sostenerse que el modelo económico constitucional está configurado por la libertad económica, cuyo núcleo es la empresa y el mercado (art. 38), completado por una activa ordenación de la actividad económica de los poderes públicos con el fin de “promover el progreso [...] de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida” (Preámbulo de la Constitución) que se concreta en los artículos 40, 45, 50, 54, 130, 131, etc. , preceptos que no persiguen otra cosa sino equilibrar el desarrollo económico. Es decir, debe reconocerse que la economía de mercado no solo no excluye la intervención de los Poderes Públicos en la regulación de la misma sino que, como ha explicitado la Sentencia del Tribunal Supremo 88/86, de 1 de julio, el propio mantenimiento del mercado y la garantía de la competencia imponen aquella

intervención pública. Así lo reconoce formalmente la Ley 3/91, de 10 de enero, reguladora de la competencia desleal al referirse en la Exposición de Motivos a los valores que han cuajado en nuestra "Constitución económica" para, a continuación, regular específicamente las conductas de competencia desleal.

Estamos, pues, ante un sistema de "orden socio-económico" que el legislador debe amparar y proteger frente a aquellas conductas que lo perturban gravemente.

Y, desde luego, desde este punto de partida, régimen de convivencia y sistema de valores, la actividad de la empresa necesita de límites de carácter punible y los ciudadanos, como sujeto colectivo de derechos y necesidades, deben ser protegidos penalmente frente a conductas que, gravemente, lesionan o ponen en peligro sus intereses.

La necesidad de estas medidas de orden penal para la salvaguarda del sistema económico constitucional, ha generado lo que desde hace tiempo viene llamándose Derecho Penal económico, de naturaleza pluriofensiva en cuanto, como veremos, tiende a sancionar la actividad abusiva y fraudulenta de los sujetos más relevantes de la actividad económica, la competencia desleal y las maniobras tendentes a alterar el mecanismo de formación de precios, en cuanto violan las reglas esenciales del mercado pero, simultáneamente, los intereses de los consumidores -parte más débil en las relaciones de intercambio-, frente a la ilícita actividad de sujetos tan cualificados en el orden económico como son los empresarios.

El núcleo central del Derecho Penal económico es la criminalidad de la empresa o, como la llama Schünemann, "los delitos económicos cometidos a partir de una empresa", desde un concepto de delito económico que define como "todas las acciones punibles que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella". Acciones que concentran, esencialmente, las sociedades mercantiles y singularmente las sociedades anónimas. Ya no pueden desconocerse los gravísimos efectos de la delincuencia económica sobre el funcionamiento global del sistema, como los que se han llamado efectos de resaca y espiral, y cómo no, su efecto corruptor en las instancias administrativas.

En el actual estado de nuestro desarrollo nadie duda de la pertinencia y eficacia de las sanciones penales en este ámbito cuando ya desde el propio ordenamiento jurídico se reclaman, si bien en el orden administrativo, soluciones correctoras. Así,

la Exposición de Motivos de la referida Ley de competencia desleal, pone de manifiesto “el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos que con frecuencia se revelan gravemente nocivos para el conjunto de intereses que confluyen en el sector”, aludiendo al interés de empresarios, consumidores y al del propio Estado por “mantener un orden concurrencial debidamente saneado”.

Es importante considerar, siquiera sea brevemente, un rasgo característico de este Derecho Penal.

Con independencia de la plena autonomía del Derecho Penal de la empresa, en la aplicación de los criterios propios del Código Penal, es una evidencia su relación, no tanto con la economía como con el Derecho Mercantil y Administrativo constituyendo, sin duda, normas penales en blanco. Ciertamente, seleccionadas las conductas determinantes de la sanción penal, aquellas están repletas de elementos normativos extrapenales que obligan al conocimiento y comprobación de normas del más variado carácter, sin las cuales no será posible la incardinación de la conducta en el correspondiente tipo penal. Lo cual constata que, en algunos supuestos, la conducta típica es la traducción en términos penales de infracciones administrativas de singular gravedad, cuando además se ha advertido la manifiesta insuficiencia de la potestad sancionadora en el orden extrapenal. Incluso, en ocasiones, la referencia de la norma penal lo es a un concepto, como el de mercado, que ni siquiera está formulado en las leyes mercantiles con demasiada precisión.

Pero en las leyes vigentes ya hay suficientes referencias sobre el funcionamiento del mercado para poder precisar los elementos que lo definen y la razón de su protección penal. Ya, la Ley del Mercado de Valores 24/88, de 28 de julio, al regular el funcionamiento de la Comisión Nacional le atribuyó la competencia para velar por la “transparencia”, “la correcta formación de precios”, y “la protección de los inversores” (art. 13), elementos que sustancialmente son los que posteriormente presiden la regulación de los actos de competencia desleal.

La Ley, ya referida, de 1991, persigue que el mercado “no sea falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado”, tanto para proteger los “intereses privados de los empresarios en conflicto” como “los intereses colectivos del consumo”.

## 2. -Siete procedimientos judiciales y las vacilaciones del caso Alierta

La persecución del delito económico, cometido desde las más altas posiciones de poder, es aceptada con dificultades por la Administración de Justicia, jueces y fiscales, con las necesarias excepciones. Así resulta de la muestra que a continuación se examina. Es significativo que, además de las excesivas dilaciones y de los reiterados pronunciamientos judiciales favorables a los presuntos responsables, el Mº Fiscal, en varios procedimientos que van a analizarse, se alinee, objetivamente, con los imputados y acusados en lugar de servir a los intereses generales. El impulso de estos procesos fue posible gracias al ejercicio de la acción popular por los ciudadanos. Cuestión que merece ser considerada.

La Constitución dedicó un precepto a esta cuestión. El Art. 125 dice " Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales". Representa la constitucionalización de la facultad de los ciudadanos de intervenir en procesos penales y contencioso-administrativos donde se ventilan intereses públicos

Ciertamente, el reconocimiento del ejercicio de la acción popular, en los términos que luego veremos, estaba ya en la ley de Enjuiciamiento Criminal. El art. 101 afirma que "la acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley", acción penal pública que posteriormente en el art. 270 de dicha Ley es denominada como "popular". Asimismo lo reitera el art. 19. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y forma establecida en las leyes", precepto que está fortalecido por el que establece (Art. 20. 3) que "no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular que será siempre gratuita" (ya veremos como las leyes se permiten proclamaciones retóricas inadmisibles).

La acción popular representa la posibilidad de que todos y cada uno de los ciudadanos, ofendidos o no por el delito - con independencia de la posición del Ministerio Fiscal-, puedan impulsar y abrir un proceso asumiendo la defensa del

interés general. Es una forma de autodefensa social frente al delito pero también admitida, aunque no suficientemente, en el orden contencioso-administrativo.

El reconocimiento de la acción popular, de inspiración liberal, constituía desde finales del siglo XIX una forma de desconfianza de que el juicio penal se confiara exclusivamente a una autoridad estatal, al Ministerio Fiscal.

La acción penal, como modo de instar la persecución de un delito y solicitar en su caso el castigo de los culpables, no es monopolio del Ministerio Fiscal si bien es la institución que oficialmente está obligada a hacerlo para garantizar la reacción penal frente a la comisión de un delito.

La acción penal tiene pues, titulares diversos, el Ministerio Fiscal y los ciudadanos, acción penal que así se difunde en la sociedad. Es coherente con el hecho, indiscutible, de que los delitos afectan de forma generalizada a la sociedad y todos los ciudadanos deben sentirse concernidos por los mismos.

Decía, en el debate parlamentario el entonces Diputado Bandrés: "es una hermosa y democrática institución que, por cierto, no aparece en las legislaciones de nuestro entorno jurídico cultural".

La proclamación constitucional "hace perceptible el intento de ampliar... las esferas de participación ciudadana de mayor número de ámbitos de la vida social o específicamente a aquellos en los que se dilucidaran aspectos de sensible interés general".<sup>2</sup>

La Audiencia Nacional ha abierto diversas vías para cerrar procesos por delitos económicos evitando la celebración de juicio oral y, por tanto, la práctica de las pruebas o acordando la absolución de los acusados. La primera concreción de esta estrategia procesal, que luego analizaremos, ha tenido lugar en la forma en que se ha archivado el proceso por el presunto fraude fiscal de las "cesiones de la nuda propiedad de créditos" del Banco de Santander. El Tribunal ha abierto la vía a otros supuestos para deslegitimar la acción popular o al propio Ministerio Fiscal por entender que, este último, carece de legitimidad para la persecución pública de delitos de naturaleza societaria al entender que en los supuestos que

---

<sup>2</sup> Julio Pérez Gil. La Acusación popular. Edit. Comares. Pg. 210.



examinaremos no ha quedado afectado el interés general ni concurre una pluralidad de perjudicados. En otros supuestos, archiva investigaciones no concluidas. El Tribunal Constitucional también se ha sumado a esta corriente de benevolencia jurisdiccional anulando una relevante Sentencia condenatoria del Tribunal Supremo. Y no faltan las dificultades creadas por la Audiencia Provincial de Madrid para enjuiciar el caso Alierta. La conclusión es que está creándose un marco procesal que con carácter general garantiza a los delincuentes económicos la impunidad con el consiguiente efecto demoledor del principio de igualdad de la ley proclamada constitucionalmente

### **I - Las cesiones de créditos del Banco de Santander**

Así dice la acusación formulada por Iniciativa per Catalunya-Verds en este proceso (Diligencias Previas 53/92, Juzgado Central de Instrucción nº 3):

“Entre los años 1987 y 1989 el Banco de Santander comercializó, junto con sus propias filiales Banca Jover, Banco Comercial Español, Banco Zaragozano y Banco de Murcia un producto conocido como cesiones de la nuda propiedad de créditos, dirigido a captar recursos financieros. Uno de los principales reclamos del producto era su opacidad fiscal, que se concretaba en la inexistencia de obligación de practicar retenciones e ingresos a cuenta sobre sus rendimientos y, por ello, en la falta de obligación de comunicación de forma regular, periódica y generalizada de los datos de sus titulares e importes de la inversión a la Hacienda Pública, a lo que se añadía una buena rentabilidad; por lo que este producto se convirtió en un producto ideal para la inversión de capitales del llamado “dinero negro”.

Similares productos fueron comercializados en esas mismas fechas por otras entidades financieras, si bien la captación de fondos por esa vía por parte del Banco de Santander fue especialmente exitosa llegando a contabilizar una cantidad superior a los 410. 000 millones de pesetas.

Los acusados, el Presidente del Banco de Santander y altos directivos participaron al más alto nivel dentro de la estructura del Banco en el diseño de la estrategia y la operativa que, en un primer momento, se organizó para comercializar las llamadas cesiones de créditos.

Posteriormente los referidos acusados junto con J. I. U., Jefe de la Asesoría Jurídica, prepararon las directrices a seguir para atender los requerimientos de información efectuados por la Agencia Tributaria a fin de obstaculizar su actuación y facilitarle datos erróneos, incompletos o falsos como luego se verá.

La magnitud del movimiento de capitales que supusieron las cesiones de créditos, su evidente éxito entre determinados sectores con alto poder adquisitivo no pasó desapercibido para los servicios de inspección de la Agencia Tributaria, que iniciaron una serie de actuaciones y procedimientos frente a diversas entidades financieras destinados a corroborar el origen de los fondos y la corrección de las declaraciones impositivas presentadas por los titulares implicados en los mismos.

En la cumplimentación de dichos requerimientos, nuevamente fue el Banco de Santander la entidad más agresiva al atender, o simular que atendía, la cumplimentación de las exigencias de información de la Agencia Tributaria, a diferencia de lo que ocurrió respecto de otras entidades que en las mismas fechas procedieron a regularizar los rendimientos de productos similares o a lo sumo recurrir después en vía administrativa y judicial las actuaciones y liquidaciones formuladas por los servicios de Inspección.

Singularmente en el Banco de Santander y sus filiales se optó por una actitud más combativa de resistencia respecto de los intentos de la Agencia Tributaria por esclarecer las titularidades y regularizar las situaciones tributarias de los implicados, lo que se explica por el gran volumen de activos captado por el Banco de Santander y su grupo por medio de este producto y las especiales garantías dadas a los clientes al comercializarlo respecto de su plena opacidad fiscal y la ausencia de riesgo fiscal en su contratación.

Todo ello se concretó, en un primer momento, en la negativa a facilitar a la Agencia Tributaria la identidad de los inversores en dichos productos alegando la inexistencia de obligación legal que lo fundamentara para, posteriormente, facilitarlos de forma tardía, parcial, incompleta o errónea, llegando finalmente, en determinados supuestos, a facilitar datos falsos de personas que no se correspondían con la titularidad real de la inversión.

Pero no se quedó ahí la actuación de los responsables del Banco de Santander y sus filiales, pues se llegó incluso a falsear y facilitar documentación a sus clientes que pretendidamente corroborara los datos falsos facilitados a la Hacienda Pública.

Esencialmente la confección de documentación falsa se concretó en dos aspectos:

a) Por una parte en la sustitución de los contratos de cesión de nuda propiedad de créditos originariamente suscritos por otros contratos con las nuevas identidades de terceras personas que como meros testaferros asumían ficticiamente la titularidad de los fondos invertidos para evitar que las verdaderas titularidades salieran a relucir.

b) Por otra parte, mediante la confección de cartas dirigidas a los clientes en los que se hacía mención al origen de los fondos como consecuencia de la liquidación de inversiones anteriores con la pretensión de argumentar que el pretendido incremento de patrimonio fiscalmente relevante correspondiera a un ejercicio prescrito.

La aplicación de las referidas medidas de obstrucción frente a las actuaciones de la Agencia Tributaria fue *in crescendo* en la medida que las investigaciones dejaban cada vez más claro que el banco disponía de forma sistematizada la información que le era exigida y se negaba a facilitar.

Cuando, como culminación de las numerosas trabas puestas a la labor inspectora, se inició el procedimiento de recopilación de información por la vía del procedimiento de ejecución forzosa, los responsables del Banco de Santander llegaron a la convicción de que la entrega o descubrimiento de la información que se había querido ocultar era inevitable, y se procedió a aplicar la última fase de su estrategia obstructora como fue el cambio de titularidades y la elaboración de documentación falsa que avalara dichas titularidades falsas para que fuera facilitada a la Inspección o descubierta por esta en alguna de sus actuaciones”.

Los hechos fueron calificados como constitutivos de treinta y seis delitos de fraude fiscal, por un total de cuantía defraudada de 6. 091. 905, 18 €, y otros de falsedad de documentos oficiales, según los Art. 349 o 305 y arts. 302-303 o 390-392 del Penal.

También ejerció la acción popular y formuló acusación la Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes.

La gravedad de los hechos y la resistencia institucional a que finalmente los acusados fueran juzgados es una prueba de los condicionamientos del poder económico sobre el Poder judicial y el Ministerio Fiscal y la pasividad de estos ante ese desafío que ha durado catorce años. Finalmente, en diciembre del 2006 se inicia la celebración del juicio oral con las únicas acusaciones populares ya citadas y un fiscal que solicita el sobreseimiento libre de las actuaciones por ausencia de ilicitud penal de los hechos planteados ante el Tribunal. El fiscal es, pues, coherente con la posición mantenida a lo largo de todo el proceso de alineamiento con la defensa de los acusados. Es significativo que esta posición se haya mantenido bajo la dirección del Ministerio Fiscal cualquiera que fuese el signo del Gobierno, del PSOE o del Partido Popular.

El Tribunal coincidió con el interés y la posición del Ministerio Fiscal y aceptó por Auto de 20 de diciembre de 2006 el sobreseimiento libre de las actuaciones rechazando la legitimidad de las acciones populares para admitir la celebración del juicio oral por entender que no expresaban suficientemente el principio acusatorio. Decisión de una enorme trascendencia dado que, además de impedir un pronunciamiento judicial definitivo sobre lo que se estima el mayor fraude fiscal de nuestra historia, ha representado un golpe histórico a la institución de la acusación popular como una de las formas esenciales de la participación de los ciudadanos en la Administración de justicia. No en vano un eminente jurista ha afirmado que esta decisión representa “el ocaso de la acción popular”.

La resolución de la Audiencia Nacional, completamente favorable a los acusados, es sin duda producto de una interpretación tan alambicada como tendenciosa el artículo 782. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, único precepto citado por el Ministerio fiscal. Porque, en efecto, aquí el Ministerio Fiscal solicitó, en el trámite de las cuestiones previas al juicio oral “el sobreseimiento libre de la Causa por inexistencia de acusación y ausencia de principio acusatorio”, solicitud coherente, como ya hemos dicho, con su actitud durante todo el proceso. Siempre actuó como un defensor más de los imputados. El Tribunal examina los antecedentes procesales del procedimiento, las decisiones de la Juez Central de Instrucción nº. 3 y del Auto

de la Sala de lo Penal de 26 de junio de 2003 que determinó la continuidad de la Causa hasta la celebración de juicio oral. Y a continuación analiza los efectos de la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que entró en vigor el 28 de abril de 2003, con anterioridad pues a que la Juez Instructora acordase por Providencia de 27 de mayo de 2004 el traslado a las partes para que solicitasen la apertura de juicio oral o el sobreseimiento y del Auto de 6 de octubre de 2004 por el que acuerda la apertura del juicio oral "solo a instancia de la acusación popular". El Tribunal, en un razonamiento completamente sesgado y parcial de la ley, lleva a cabo una interpretación literal y restrictiva del concepto de "acusación particular. En efecto el Art. 782. 1 dice: "Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento..." el Juez de Instrucción tiene dos alternativas, o remitir la causa al superior jerárquico del fiscal, supuesto que en este caso era inaplicable dada la continuidad y firmeza de la fiscalía en este asunto o hacer llegar la pretensión del Ministerio Fiscal a los "directamente ofendidos o perjudicados conocidos..." supuesto también inaplicable porque, en efecto, en esta Causa no se había personado ningún perjudicado ni siquiera el representante del Estado como titular de los intereses públicos que siempre resultan lesionados por un fraude fiscal. Pero en los siguientes preceptos de dicha ley relativos al "Juicio Oral y la sentencia" vuelve a emplearse el término, mucho más amplio y extensivo de "partes" (arts. 785. 1, párrafo primero, 787. 3, 789. 2, 791. 2, párrafo 2º, y 794, 1ª, párrafo segundo). La Ley continúa empleando términos mucho más omnicomprensivos como los de "la acusación", "partes acusadoras", "todas las acusaciones", "Abogados de la acusación" (Art. 788) o sencillamente "acusaciones" (Art. 789. 3). La debilidad argumental alcanza su cenit cuando llega a emplearse como fundamento de la decisión tomada una Enmienda de CIU durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley de 2002. Y adquiere su verdadero sentido cuando entiende que dicha Ley, en la medida en que "refuerza el principio acusatorio y el papel del Ministerio Público " evita colocar " al acusador popular en un plano de igualdad con el Ministerio Fiscal" y, en consecuencia rechaza la continuidad del juicio oral menospreciando a las acciones populares que, en este caso, eran los verdaderos

valedores de los intereses colectivos abandonados por aquella institución por razones que solo se pueden estimar aberrantes o espurias.

Es significativo que ante esta decisión judicial y a la Pregunta formulada en el Congreso de los Diputados por el Diputado Joan Herrera, el Gobierno haya reiterado que, en este caso, “el Ministerio de Justicia en ningún caso ha recibido presión o sugerencia sobre el caso de referencia, ni de las partes ni de grupo o corporación alguna”, que el Gobierno no ha dirigido al Ministerio Público “ni una instrucción o sugerencia sobre dicho asunto para concluir destacando “la total independencia de la actuación procesal de la fiscalía respecto del Gobierno” y que “el abandono de la acusación tanto por parte del Ministerio Público como por la Abogacía del Estado obedeció exclusivamente... a razonamientos exclusivamente técnico-jurídicos”.

Pero faltaba la decisión final, la Sentencia nº 1045/2007. de 17 de Diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que confirmó el Auto de la Audiencia Nacional, con una rigurosa fractura de la mayoría expresada en tres votos particulares contrarios al acuerdo mayoritario. El TS reitera y profundiza en los argumentos ya expuestos en la resolución de sobreseimiento que carecen del fundamento legal que se pretende.. Sobre todo cuando pretende convencer que la acción popular perjudica el que denomina “principio de celeridad” del Procedimiento Abreviado y el derecho de defensa. Pero llama la atención que el TS, para respaldar la posición del Mº Fiscal en el proceso, sostenga que “la confianza en las instituciones constitucionales es un punto de partida interpretativo básico” y “que la Constitución ha puesto en manos del Ministerio Fiscal en el art. 124 una misión que, por sí misma, es expresiva de la confianza institucional depositada en él”. “Es perfectamente plausible-continua- que cuando el órgano que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley considera que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas” (F. J. 11).

La respuesta contundente a ese criterio está contenida en el voto particular del Magistrado Andrés Ibáñez: “El modelo de Estado constitucional de derecho, al que

responde el español actual, no parte de un (a mi juicio inexistente) principio de confianza en las instituciones, sino, al contrario, de un sano principio de desconfianza frente a todo ejercicio de poder...". "Por eso, y para el asunto que nos ocupa, la incorporación de la acción popular a nuestro ordenamiento es una elocuente manifestación de tal sana desconfianza, en este caso frente al Fiscal, al que, si fuera de otro modo, no se habría escatimado el monopolio de la iniciativa de la persecución en el campo penal". Concluyendo: "Y de su rendimiento habla toda una nutrida fenomenología empírica, histórica y actual, acreditativa de la, tan demostrada como indeseable, universal exposición y permeabilidad del Ministerio Público a las sugerencias y contingencias de la política en acto, en perjuicio de la (que debería ser) exclusiva sujeción a la legalidad". Sobre todo en supuestos como en este proceso, en el que "Abogado del Estado y Ministerio Público, operan dentro y en la proximidad del ejecutivo", para, finalmente, afirmar que el acuerdo de la mayoría "produce el señalado demoledor efecto *deconstructivo* del orden jurídico (el procesal, en este caso) como sistema trabajosamente elaborado". Sin duda, la personalidad de los acusados ha generado una coyuntura procesal singular en la que "el Abogado del Estado (del Gobierno del PSOE, el añadido es mío) ha conseguido rizar el rizo del travestismo jurídico, pasando de parte acusadora que defiende los intereses del Estado contra un fraude fiscal que rebasa los 80 millones de euros, a convertirse en abogado defensor de quienes...resultan imputados como autores del presunto fraude".<sup>3</sup>

## II- La absolució del Presidente del Banco Santander y otros por el caso de la concesión de elevadísimas indemnizaciones

Estos son, parcialmente, los términos en que se describen las conductas que fueron objeto de acusación popular, ya que el Ministerio Fiscal se alineó también con las tesis de los acusados. (Procedimiento Abreviado 352/2002, Juzgado Central de Instrucción nº 3. Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 13 de abril de 2005). El objeto de la acusación y la Sentencia

---

<sup>3</sup> Ver sobre esta Sentencia la excelente reflexión de Alberto Jorge Barreiro, "Jurisprudencia de oportunidad: el ocaso de la acción popular". Revista Jueces para la Democracia, 61, marzo 2008, pp. 9-18. En ella se habla, en función de la "coyuntura" que rodea al proceso, de "estrangular la acción popular".

fueron las indemnizaciones pactadas entre el Presidente del banco y dos altos directivos con motivo del cese de estos dos últimos en el BSCH, tras la fusión del Santander y el Central Hispano. La acusación lo fue por un delito de Administración desleal del art. 295 C. Penal.

“5. - El 28 de agosto del año 2001 se realizó el pago del bonus por parte del banco a D. J. M<sup>a</sup> A. La propia entidad bancaria certificó el pago por importe de 7. 279. 387. 500 pesetas (siete mil doscientos setenta y nueve millones, trescientas ochenta y siete mil quinientas pesetas). Esta suma de dinero estaba sometida a tributación, por lo que descontada la retención del 48% en concepto de impuesto sobre la renta de personas físicas, la cantidad neta percibida fue de 3. 785. 281. 500 pesetas (tres mil setecientos ochenta y cinco millones, doscientas ochenta y una mil quinientas pesetas). También desde esa misma fecha el Banco Santander Central Hispano viene abonando la pensión anual de jubilación de D. J. M<sup>a</sup> A. en cuantía superior a los 7. 000.000 €”. [...] “Además, Don Á. C. recibió la cantidad neta total de 56. 254. 732, 98 euros (cincuenta y seis millones doscientos cincuenta y cuatro mil setecientos treinta y dos euros con noventa y ocho céntimos), correspondientes a los derechos derivados en la estipulación cuarta del contrato de 19 de abril de 1999, y novena de la addenda de 14 de agosto de 2001, que se desglosan de la siguiente forma:

- Importe bruto 108. 182. 178, 78 euros
- Retención de IRPF 51. 927. 445, 80 euros
- Importe neto 56. 254. 732, 98 euros.”

El razonamiento jurídico fue del siguiente tenor:

“En ese sentido, el artículo 133 de la propia Ley de Sociedades Anónimas establece la responsabilidad de los administradores, el 134 regula la acción social de responsabilidad, y el 135 la acción individual de responsabilidad, que corresponde a los socios o a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses, sin que conste que los acusadores hayan ejercitado ninguna de esas acciones en vía civil.

El deber de lealtad se quebranta incumpliendo alguno de estos tres principios de actuación:



- a) El deber de transparencia.
- b) La observancia de un procedimiento que elimine los abusos en los conflictos de intereses.
- c) La inobservancia de la equidad en la actuación del administrador.

3. En este sentido, ni la ley ni los códigos de buen gobierno establecen límites a la cuantía de las retribuciones pactadas al amparo de la autonomía de la voluntad en una economía de mercado, sino que señalan pautas de comportamiento orientadas a hacer posible la contratación de personas competentes e idóneas, en función de la relevancia de sus servicios y de los rendimientos.

Las directrices para su fijación no están en la Ley de Sociedades Anónimas ni siquiera en el artículo 37. 4 de los Estatutos de la Sociedad, y ello es lógico porque en definitiva estamos ante una función que debe ser desempeñada por quien está especialmente cualificado para ello; su retribución debe ser fijada en función de los postulados del mercado. En el seno del principio de la libertad de empresa, si es posible se contrata a los mejores, que, a su vez, perciben retribuciones muy elevadas por desarrollar su función. Y en este punto, el Tribunal, y mucho menos un Tribunal Penal, no puede suplir los mecanismos de funcionamiento del mercado financiero. Los criterios para la fijación de estas remuneraciones deben ser fijados por quien contrata, es decir, por el propio Consejo de administración que, una vez definidas las necesidades de la empresa, busca al alto ejecutivo que pueda llevarlas a cabo con eficacia y con éxito. Desde este punto de vista, se tendrán en cuenta la calificación profesional del alto ejecutivo al que se paga, la responsabilidad que se le atribuye, el riesgo que asume con su labor, el volumen de negocios, la complejidad de las tareas que debe realizar, los beneficios que aporta su gestión, la dificultad de su tarea, etc. Del éxito de la gestión del alto ejecutivo dependerá, en definitiva, la obtención de beneficio por la entidad y el beneficio del accionista. "

El fundamento jurídico anterior es merecedor de una crítica rotunda. En primer lugar, revela una considerable ignorancia de las materias que aborda. Porque, ¿qué tendrá que ver la "libertad de empresa" y el "mercado financiero" con los pactos retributivos que son objeto del proceso?. En todo caso, la sentencia desprende una aceptación absolutamente acrítica del mercado, al parecer de un mercado ideal,

en el que está ausente toda dimensión social. En este sentido, habrá satisfecho a cuantos propugnan una completa liberalización del sistema económico sin interferencias públicas de ninguna clase.

Pero el razonamiento contiene dos precisiones que exigen una crítica más específica. Dice el Tribunal que el deber de lealtad de los Administradores se mide, entre otros parámetros, por la "observancia de la equidad" en el ejercicio de sus funciones. La equidad, además de otras posibles interpretaciones, quiere decir ponderación, moderación para atenuar y mitigar el contenido extremo y posiblemente injusto de ciertas decisiones.

La equidad es, además, un concepto legal que debe presidir, junto a otros, la interpretación por los jueces de las normas jurídicas, según se establece en el art. 3. 2 del Código Civil. Resulta sencillamente inaceptable que un Tribunal, este Tribunal, en el contexto socio-económico en que vivimos, reconozca que los acusados respetaron las exigencias de la equidad cuando acordaron esas elevadísimas indemnizaciones. Pero es aún más grave que el Tribunal no haya hecho uso de la equidad para "ponderar" la valoración de esos pactos. El Tribunal añade, además, que no está entre sus funciones "suplir los mecanismos del mercado financiero". Pero sí está legitimado, es más, obligado, a analizar más rigurosamente y sancionar los abusos que se cometen en eso que denomina "mercado financiero".

El Tribunal Supremo, por sentencia de 17 de julio de 2006 (núm. 841/2006) confirma la anterior reiterando los argumentos ya expuestos. Para ello, mantiene que en el ámbito del "mundo empresarial de la empresa privada" los delitos societarios, es decir, "los comportamientos contrarios a la buena marcha de la sociedad" exigen la existencia de un "perjuicio" y añade los siguientes argumentos:

1. "En materia de retribuciones, premios o gratificaciones a directivos de sociedades con implantación internacional, y otros tipos de profesionales de alta cualificación social (en los que han de incluirse comunicadores, artistas o deportistas), el mercado es el que fija sus altísimas retribuciones, cuyas cifras estamos acostumbrados a ver en los medios de comunicación social, y son producto

de los *beneficios* que reportan a las empresas a las que dedican sus esfuerzos profesionales. .

2. "Los acuerdos que se produzcan en este restringido ámbito, se rigen por la absoluta libertad de mercado, con tal de que tales pactos contractuales se instrumentalicen en cláusulas que sean conocidas y aprobadas por los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles en donde se conciertan, y sean adecuadamente fiscalizadas por los órganos de control -internos o públicos-, y desde luego, aprobados por la junta general de accionistas, como máximo órgano de gobierno de toda sociedad. En definitiva, transparencia y aprobación social son elementos que impedirán la actuación del derecho penal en materia de retribuciones a directivos"

3. "En suma, en esta materia (como en muchas otras), lo ético, lo lícito y lo punible son puntos concéntricos de todo enjuiciamiento criminal. El Tribunal penal no puede traspasar los límites del círculo más pequeño, cualquiera que sea su opinión personal al respecto".

Una vez más, un Tribunal, en nombre de la ética, elude adoptar pronunciamientos condenatorios con argumentos que revelan una concepción profundamente conservadora y reaccionaria de las relaciones económicas y del propio concepto de economía de mercado.

En primer lugar, sorprende que se apele como fundamento de la licitud de las conductas enjuiciadas a "la absoluta libertad del mercado", apreciación que supera con creces las tesis más neoliberales sobre las relaciones económicas y que, desde luego no se ajustan a las previsiones constitucionales sobre el alcance y límites de la "economía de mercado". Desde esta perspectiva mantiene que no hubo un "ejercicio abusivo de las facultades del administrador" dado que la conducta dispositiva, consistente en el pago de las altísimas indemnizaciones ya referidas, no generó perjuicio patrimonial apreciable dado que la finalidad de la operación justifica la reducción patrimonial que representaron las indemnizaciones

otorgadas. Y finalmente, considera que no ha habido “desproporción” en la concesión de las mismas con un argumento que refleja a la perfección la desregulación dominante en el mercado en determinadas materias donde los intereses económicos sustituyen a las previsiones jurídicas: “Y con respecto a la invocada desproporción, que también alegan los recurrentes, hemos de poner de manifiesto que en esta materia no existen unos límites legales, ni convencionales, ni estatutarios (ninguno de los cuales se han esgrimido por los autores de los respectivos reproches casacionales). El Banco de España, como entidad pública que supervisa e inspecciona la actividad bancaria, tiene competencia para fijar límites orientativos a este tipo de percepciones multimillonarias que pueden repugnar socialmente, pero es lo cierto que tales limitaciones, ni siquiera orientativas, existen, y nosotros no podemos interpretar el derecho penal en contra de reo. La desproporción ha de ponderarse en función de unos parámetros legal o convencionalmente acuñados, pero al no existir en esta materia, malamente podemos pronunciarnos sobre la proporción o desproporción, que nos piden los recurrentes. Es el mercado el que marca las circunstancias concurrentes en un círculo muy reducido de profesionales (financieros, deportistas, artistas, comunicadores, etc.), que perciben retribuciones multimillonarias, hoy día extramuros del derecho penal”.

### **III. Las cuentas secretas del BBV y el caso Abengoa**

La nueva vía hallada por la Audiencia Nacional para decidir el archivo de una causa por delitos económicos, cuando no concurren acciones populares, es ya directamente, en las antípodas de la confianza que exigía el TS en la institución del Mº Fiscal en el caso Santander, la deslegitimación de éste como titular de la acción penal pública y expresión del principio acusatorio. Así lo ha hecho la Audiencia Nacional en las Diligencias Previa 251/2002 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 que se incoó con motivo del conocimiento de que la entidad BBV mantuvo desde 1987 fondos clandestinos en cuentas domiciliadas en la Isla de Jersey al margen del control contable y de los órganos de gobierno de la entidad y del Banco de España, operación que cesó cuando fue descubierta la maniobra engañosa y defraudatoria tras la fusión con Argentaria. Fondos que, en el primer momento, se

elevaban a 37. 343. 000. 000 pts, es decir, una cuantosísima suma, con independencia del elevado y muy superior patrimonio de la entidad. El Fiscal, en este caso, inició el proceso y mantuvo la acusación por delito societario, concretamente por el delito de falsedad contable del Art. 290 del Código Penal. Como es sabido, los delitos societarios están sujetos a una condición de perseguibilidad cual es la “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. Pero, dice el Art. 296. 2 del Código Penal que “no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o una pluralidad de personas”. En estos supuestos el delito es perseguible de oficio como delito plenamente público y el Fiscal no solo está legitimado sino que está obligado a actuar como ante cualquier otro delito de la misma naturaleza.

En este supuesto, el Fiscal impulsó la apertura del proceso, el Juez Central de Instrucción lo inició, con intervención regular de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la Resolución de múltiples recursos, sin que nunca se planteara ni por las partes ni por el Tribunal la legitimidad acusatoria del Fiscal ni la improcedencia del proceso. Finalmente, el Fiscal acusó por el delito ya mencionado. Los hechos tenían una especialísima relevancia y gravedad tratándose del segundo grupo bancario del país y operando en un territorio calificado por nuestro ordenamiento como paraíso fiscal. Estábamos ante un supuesto en que manifiestamente concurría el perjuicio hacia una “pluralidad de personas” dado que, mas allá de disquisiciones jurídicas irrelevantes, la persona jurídica BBV, como sociedad anónima, está constituida por un número relevante de personas como son los accionistas y otras terceras personas. E, igualmente, la conducta descrita es evidente que afectaba a los “intereses generales” pues resulta igualmente evidente la afectación del mercado financiero y su credibilidad nacional e internacional cuando el segundo grupo bancario del país desvía fondos sociales de extraordinaria magnitud -los hechos se iniciaron en 1987- que afectaron a intereses supraindividuales, incluido el Erario público, en cuanto los Administradores mantuvieron la ocultación de dichos fondos a la Administración Tributaria-dichos fondos no tributaron en absoluto- y al Banco de España. Difícilmente podrá encontrarse un supuesto en que más legitimada esté la actuación acusatoria del Ministerio Fiscal. Pero, ahora, el Juzgado Central de lo Penal, por Auto de 12 de

marzo de 2007, en nombre del “principio de intervención mínima del Derecho Penal” rechaza la tesis de la acusación de la Fiscalía Anticorrupción por entender que hace “una interpretación extensiva en contra del reo” de lo dispuesto en el citado artículo 296. 2 del Código Penal reprochándole su posición procesal en términos excepcionalmente duros. Y, desde luego, rechaza que la conducta de los Administradores del BBV haya afectado a los intereses generales en los siguientes términos: “Si retomamos el concepto de “intereses generales” enfocándolo hacia la economía nacional parece cuando menos excesivo que pueda considerarse que los actos relatados por el Ministerio Fiscal afectaran a estructura financiera del país por ser especialmente intenso y grave perjudicando económicamente a un enorme número de ciudadanos o más correctamente, por ser delito de mera actividad que los actos de los acusados, omitiendo asientos contables, pusieran en riesgo, nada más y nada menos, que la estructura económica y financiera de la nación o que pudieran hacer correr un riesgo económicamente valorable a un sinnúmero de ciudadanos aunque ni siquiera fueran personas relacionadas directa o indirectamente con el BBVA”. Argumentación que expresa la acentuación del proceso de privatización del proceso penal, equivalente a la admisión como lícitas de cualquier actuación del poder financiero, desde un concepto absolutamente restringido y estricto de la economía nacional que impide la persecución de los comportamientos ilícitos y punibles del poder económico. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por Auto del 7 de mayo del 2007, en este caso con una premura insólita, rechazó el recurso del Fiscal y confirmó, por tanto, el archivo del procedimiento con una declaración insólita: “La nulidad de pleno derecho del procedimiento seguido en el Juzgado Central de Instrucción num. 5”, es decir, llegan a la conclusión de que el procedimiento fue indebidamente incoado, indebidamente tramitado y que toda la conducta de los Administradores del BBV no justificaba en absoluto ninguna investigación penal. Ya no cabe más protección por los tribunales de significados representantes del poder económico.

En el caso Abengoa S. A. la solución ha sido idéntica a la anterior.

Las Diligencias previas 305/2003 del Juzgado Central de Instrucción num. 4 se incoan por querrela del Mº Fiscal, fundamentada en la denuncia formulada por la

Comisión Nacional del Mercado de Valores el 6. 02. 2003. La Audiencia Nacional aceptó la competencia para conocer de estos hechos, como de los anteriores, por su grave repercusión en el tráfico mercantil y por el perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas. Resumidamente, decía el Fiscal en el escrito de acusación: los acusados, entre los que se encontraban los miembros del Consejo de Administración de dicha sociedad, planificaron “el 9 de Octubre de 2000 la adquisición del 3, 72% de las acciones de la operadora de telefonía móvil Xfera Móviles S. A., mediante la mediación nada casual de la ...mercantil Inversión Corporativa IC, SA, en la que los acusados eran a su vez y respectivamente Consejero Delegado, Presidente y Consejeros.”; “la interposición de IC como fiduciaria o mero inversor temporal tenía por objeto, además de un pretendido silencio estratégico frente a los competidores, evitar que Abengoa S.A. asumiera los riesgos que pudieran derivarse de la aportación de avales y de contribución efectiva a los desembolsos de capital”; “A cambio -y por la sola voluntad de los acusados- IC recibiría una contraprestación económica nada despreciable”. Después de diversas operaciones económicas, los acusados “en abierta ruptura de la fidelidad debida a la mercantil Abengoa, S.A., con la sola mira de obtener un beneficio para la mercantil Inversión Corporativa IC. S.A., y valiéndose de la doble condición de administradores de una y otra mercantil, ...no solo ejecutaron una operación estrepitosamente alejada del riesgo de pérdida admisible en toda gestión empresarial, sino que fueron del todo conscientes que el valor asignado por el mercado al paquete de acciones de Xfera era de cero, en el mejor de los casos, ocasionando a la cotizada un perjuicio patrimonial no inferior a veinticinco millones de euros”. El Juzgado Central de lo Penal, por Auto de 25 de enero de 2007, confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 15 de marzo siguiente, seguimos con unas premuras desconocidas en la Administración de Justicia y particularmente en la Audiencia Nacional, acordó por los mismos argumentos ya expuestos en la Resolución judicial anterior “declarar nulo de pleno derecho el procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 4” reiterando los argumentos anteriores.

#### **IV. --El caso de los fondos de pensiones de los Consejeros del BBV**

Procedimiento Abreviado 23/03 del Juzgado Central Instrucción nº 5.

El 25 de noviembre de 2005, la Audiencia Nacional dictó sentencia condenando al ex Presidente del BBV, por un delito de apropiación indebida de 508. 042. 965 Ptas. a la moderadísima pena de seis meses de prisión y una multa. Según la sentencia, tras la fusión con Argentaria del banco que presidía, acordó compensar económicamente a los Consejeros, exactamente veinte, y otros altos cargos del BBV que, a su juicio, habían sufrido una merma de sus retribuciones a resultas de aquella operación. La Sentencia dice, entre otros extremos, así: “D. E. Y. Ch. [...] decidió constituir a su favor y a favor de aquellos (Consejeros) provenientes del BBV unos fondos de inversión o planes de pensiones con la firma American Life Insurance Co. -Alico -con sede en Wilmington-, Estado de Delaware, Estados Unidos... A tal efecto, pensó proceder a la citada compensación económica a través de los fondos propiedad del BBV existentes en la Isla de Jersey... Los citados fondos provenían del Trust 532 que se constituyó para recibir los beneficios de la compra de acciones de Argentaria por parte del BBV en años anteriores, compra que obtuvo una importantísima plusvalía a favor del BBV que se ingresó en la filial que el BBV poseía en Jersey, denominada BBV Privanza Bank, creándose al efecto una sociedad, de nombre Sharrington encargada de gestionar el Trust 532...”. Para ello echó mano de dichos fondos que naturalmente no se reflejaron en la contabilidad oficial. De ellos dispuso para concertar aquellos “fondos de inversión o planes de pensiones” con la aseguradora norteamericana Alico, procediendo todos los Consejeros a suscribir los correspondientes contratos en los mismos términos que el expresidente, lo que permitía fundadamente la acusación y enjuiciamiento de todos ellos. Pero, finalmente, solo fueron acusados, además del expresidente, dos Consejeros a quienes el Tribunal ha absuelto con el fundamento que sigue a continuación.

Durante la instrucción de la causa, el Juez Central nº 5 de Instrucción y la Audiencia Nacional rechazaron que fueran acusados 19 Consejeros del BBV, acordándose el sobreseimiento libre para todos ellos que, así, quedaron apartados del proceso. Entre ellos había nombres ilustres de las finanzas españolas. Ahora, el Tribunal que ha enjuiciado los hechos critica el beneficioso trato procesal dado a aquellos Consejeros que, según su criterio, debía haber sido, como Y., sometidos a juicio. Pero, de forma inconcebible, se sirve de esas resoluciones favorables a aquellos Consejeros para absolver a los que estaban acusados de los mismos hechos



y por el mismo delito que el expresidente. El argumento, ciertamente inaudito, es el siguiente:

“El principio de igualdad ante la Ley [...] protege frente a diferencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales evitando el capricho, favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial”, añadiendo que ahora una condena daría lugar a “una discriminación en la aplicación de la Ley” .

La pregunta es obvia. ¿Cuál de los tribunales obró con arbitrariedad y expresó un auténtico trato de favor? Aparentemente todos, porque todos han contribuido a la total impunidad de las conductas delictivas de una veintena de Consejeros del BBV. El principio de igualdad ante la Ley, en lugar de ser aplicado para reparar la legalidad que se proclama vulnerada, ha servido para ampliar dicha impunidad. Es una sentencia, ha sido un proceso que expresa, como pocos, la debilidad - ¿solo la debilidad?- del Poder Judicial ante el Poder económico.

Pero el Tribunal Supremo ha ido aún más lejos. La Sala Segunda, por Sentencia de 14 de noviembre de 2006, absolvió también al expresidente. Además de insistir en los argumentos ya expuestos por la Audiencia Nacional, lleva a cabo unas disquisiciones sobre el alcance de la expresión “distraer dinero” para añadir que el expresidente, a diferencia del criterio de la Audiencia Nacional, obró dentro de los límites de los poderes de que disponía sin contravenir ni la Ley ni los acuerdos del Consejo de Administración. Y, finalmente, resuelve de forma verdaderamente escandalosa la cuestión relativa al origen de los fondos con los que se constituyeron los fondos de pensiones. Reconociendo que ha dispuesto “de un fondo extracontable”, afirma que “se ignora que de ese mismo hecho se haya derivado algún perjuicio para el banco. Llegando, pues, a admitir como lícito que una entidad de crédito pueda desplazar parte de su patrimonio no sólo a cuentas numeradas domiciliadas en paraísos fiscales sino a no reflejar dicho desplazamiento en la contabilidad lo que significa otorgar cobertura jurídica a los movimientos de fondos de los que carecen de conocimiento no sólo la Junta de Accionistas como máximo órgano de gobierno de la sociedad sino las propias autoridades monetarias como el Banco de España. Es más, llega al extremo de entender que, aunque “los fondos no estaban contabilizados no habían salido del patrimonio del banco”. En consecuencia, no hubo distracción de dinero.

Toda la argumentación ignora la función que cumple las Cuentas Anuales y la contabilidad en el funcionamiento de las sociedades mercantiles en cuanto “deben redactarse, con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa” (Art. 34. 1 y 2 de la Ley de Sociedades Anónimas. ) Pero ignora, a sabiendas, la significación negativa de los paraísos fiscales en la economía nacional y en las economías internacionales en cuanto son instrumento para el vaciamiento de las bases imponibles y, en consecuencia, generadoras de inequidad y de injusticia en el sistema fiscal.

## V. - El caso Ercros-Ertoil

Diligencias Previas 263/1999, Juzgado Central de Instrucción nº 3.

El procedimiento se inicia por una denuncia de la Fiscalía anticorrupción, haciendo suya la denuncia presentada previamente por el Partido Nueva Izquierda.

Aquí estamos ante otro supuesto que tiene dos fases muy diferenciadas. La primera, tiene como objetivo impedir a toda costa que P, entonces Ministro del Gobierno del PP, declare como imputado pese a concurrir indicios que lo justifican sobradamente. Para ello, el Fiscal General del Estado, Jesús Cardenal, decide ejercer un férreo control sobre la actuación de la Fiscalía Anticorrupción en ese procedimiento, impidiéndole la adopción de cualquier iniciativa sin su previo consentimiento y, en efecto, prohibiendo la solicitud ciertas diligencias en orden al esclarecimiento de los hechos. Pero, ¿cuáles fueron los hechos?

Resumidamente son estos. En 1989, se constituye la sociedad Ercros S.A. - P. es, desde esa fecha, un alto cargo de la sociedad, director General de Estrategia Corporativa, autor del Plan Estratégico de la compañía, consejero y desde el 27-9-1989, miembro de la Comisión Ejecutiva, cesando en el Consejo de Administración el 10-10-1991. Durante ese periodo se adoptan decisiones de gran trascendencia como desprenderse de la filial Ertoil S. A. Para ello, se emprenden negociaciones que culminan con la venta de esta sociedad a la petrolera Elf, con la intermediación de la sociedad General Mediterranean Holding S. A. (GMH), por el precio de 41. 400 millones de pesetas. Según consta en el Informe del Fiscal del Tribunal Supremo, P. participó en siete Consejos de Administración durante 1989, en tres en 1990, en los que se decide y concreta la venta, y en el de 22-1-1991 en

el que se da cuenta de la conclusión de la operación. El 18-7-1991, P. comparece ante notario para protocolizar los acuerdos ya cerrados. La Junta de Fiscales del Tribunal Supremo, en Junio de 2001, acuerda por 10 votos frente a 2 solicitar que el Tribunal Supremo asuma la competencia para seguir conociendo del proceso y que P. declare como imputado. Por razón de su conocimiento de los hechos presuntamente delictivos que, esencialmente son dos. La distracción de 18. 300 millones de pesetas del precio anticipado por la venta de Ertoil y la distracción y reparto de 9. 970 millones del precio de la venta que no ingresaron en la Caja de Ercros. Razones más que suficientes para plantear la imputación de P. que a través de diversas estratagemas impidió el Fiscal General de Estado, ante la pasividad, todo hay que decirlo, de la Juez de Instrucción. En fechas posteriores, en julio de 1992, P. asume la Presidencia de Ercros. Naturalmente, esta situación afectó muy negativamente al curso de la causa dado que fue el único Consejero Ejecutivo que no declaró como imputado. Fue un bloqueo perfectamente calculado por el PP y el Fiscal General, conscientes de que evitaban que el proceso saliera adelante. Y, naturalmente, lo consiguieron. La Juez acuerda el archivo el 7-1-2004 y la Audiencia Nacional lo ratifica el 28-7-2004. La Resolución se caracteriza por su parquedad y su ausencia de fundamentos sólidos. En primer lugar describe los hechos y admite el pago por la sociedad GMH de diversas comisiones como consecuencia de su intermediación en la venta de Ertoil, S. A. Admite, igualmente, que "Ercros, S. A. no ha aportado parte de la documentación que se le requirió para conocer el destino de dichas cantidades (concretamente el destino de las comisiones) sin que conste en los Autos la existencia de causa-efecto entre la compraventa de Ertoil, S. A. y la suspensión de pagos de ésta, con perjuicio de accionistas, acreedores y erario público..." Y finalmente, sin mayores argumentos, concluye que "existe insuficiencia de elementos incriminatorios, teniendo por agotada la investigación..." Asunto cerrado, como expresión, objetiva, de la capacidad del poder político y de los tribunales para proteger, objetivamente, a quienes ocupan posiciones privilegiadas. Pero ahí no terminó la reacción institucional. El Fiscal General sometió al Fiscal del Tribunal Supremo que conocía del asunto y planteó la imputación de P. a un verdadero acoso profesional, incluyendo descalificaciones personales, retirándole el conocimiento del asunto,

más otras medidas en el ámbito funcional que solo podían ser entendidas como verdaderas represalias.

## VI. -El caso "Los Albertos"

Este proceso presenta una singular característica, la absolución de los acusados es impuesta por el Tribunal Constitucional a partir de una determinada interpretación, radicalmente novedosa, del precepto del C. Penal sobre la prescripción como causa excluyente de responsabilidad penal.

El supuesto de hecho que fue objeto del proceso era el siguiente según la Sentencia del T. C: "una supuesta falsedad cometida por medio de una carta que, con fecha de 23 de noviembre de 1987 y aparentemente firmada por Richard M. Robinson en nombre de la sociedad KIO, se hizo llegar a los socios minoritarios de la entidad URBANOR, S. A. , ofertándoles la compra de unos derechos de suscripción preferente (derechos que, en definitiva, se traducían en la propiedad de unos solares sobre los que posteriormente serían edificadas las llamadas "torres KIO") por un precio inferior (150. 000 pesetas por metro cuadrado) al supuestamente pactado con los socios mayoritarios de dicha entidad (don Alberto Cortina de Alcocer y don Alberto de Alcocer Torra) de 231. 000 pesetas por metro cuadrado", conducta que, sumadas a otras perfectamente descritas en la sentencia de instancia, causaron a múltiples personas un perjuicio económico por valor de 25 millones de euros.

Por Sentencia de 29 de diciembre de 2000, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, tras afirmar que los acusados habían cometido efectivamente dichos delitos, declaró que los mismos se encontraban "claramente prescritos", dado que, aun partiendo de la interpretación más favorable al ejercicio de la acción penal según el art. 114. 2 C. P. de 1973 en materia de interrupción del plazo de prescripción ("desde que el procedimiento se dirija contra el culpable"), al haber sido presentada la querrela el 6 de enero de 1993, un día antes del vencimiento del plazo para la prescripción del delito, sin firma del querellante y sin poder especial del procurador, de ningún modo podía concluirse que en dicha fecha se hubiera presentado querrela alguna, por lo que acordó la absolución de los acusados.

Contra esta Sentencia absolutoria presentaron recurso de casación las acusaciones particulares y el Ministerio Fiscal La Sala Segunda, el 14 de marzo 2003, resolvió contra lo decidido por la Audiencia. Y afirmó, según recoge la Sentencia del T. C. , que, “pese a no haberse acompañado la querrela presentada contra los Sres. Cortina y Alcocer del preceptivo poder especial, de acuerdo con la doctrina sostenida por la Sala en los últimos tiempos “la simple presentación de una querrela o denuncia en el Juzgado” constituye “una actuación procedimental susceptible de subsumirse bajo la expresión legal “*dirigir el procedimiento contra el culpable*”, ya que sería posible “otorgar a la querrela la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio (“*notitia criminis*”)”. Dicho de otra manera: a juicio de la Sala Segunda, la querrela defectuosamente presentada contra los Sres. Cortina y Alcocer “tuvo la virtualidad de integrar una denuncia”, ya que, aun carente de poder especial, bastaba “con la firma o suscripción del mandatario con poder general para trasladar al Tribunal la “*notitia criminis*” que debió obligarle a actuar, al tratarse de delito perseguible de oficio, sin perjuicio de que la ulterior ratificación de la querrela permitiera la atribución de la condición de parte procesal en la causa al querellante”.

En consecuencia, el T. S. declaró que los delitos imputados a los demandantes de amparo no habían prescrito y los condenó como autores responsables de dos delitos consumados, en relación de concurso medial, uno de falsedad en documento mercantil y otro de estafa, éste último en la modalidad de especial gravedad atendido el valor de la defraudación, estimada como muy cualificada, sin la concurrencia de circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal, imponiendo a cada uno de ellos las penas de 1 AÑO DE PRISIÓN MENOR y MULTA de 6. 000 euros, con 50 días de arresto sustitutorio caso de impago, por el primero de los delitos y 2 AÑOS Y 4 MESES DE LA MISMA PENA DE PRISIÓN MENOR por la estafa. Además de declarar responsables civiles subsidiarias “a las entidades CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., ahora Fomento de Construcciones y Contratas, S.A. y CORPORACIÓN FINANCIERA HISPÁNICA, S.A”.

Los condenados recurrieron en amparo ante el T. C. Tribunal que el 20 de Febrero de 2008 dictó sentencia otorgando el amparo a los recurrentes y acordando “anular la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 298/2003, de 14 de

marzo". Fundándose en una supuesta consolidada doctrina que conduce a rechazar la viabilidad procesal de la querrela formulada contra los acusados por ausencia de requisitos formales y, en consecuencia, a estimar que los delitos estaban prescritos.

La Sala de lo Penal se vio, pues, obligada a revocar su resolución anterior y así lo hizo por Sentencia de 12 de Junio de 2008.

Pero, manifestando su radical desacuerdo con los criterios interpretativos del T. C que es importante reproducir porque expresa una profunda crisis institucional que, en todo caso, ha beneficiado a representantes del poder económico: "En trance de dictar sentencia esta Sala siente la necesidad de reiterar la opinión ya manifestada en su Pleno no jurisdiccional de 26 de febrero de 2008 en el que consideró invadido el espacio funcional que la propia Constitución reserva a la jurisdicción ordinaria, y en particular al Tribunal Supremo, como último intérprete de la legalidad penal a cuya naturaleza pertenece la determinación del alcance jurídico de la prescripción, cuyo texto es el siguiente:

"La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20/02/08, que declara la nulidad de la nuestra de 14/03/03 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12/05/05 y 25/04/06, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE.

Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo".

"Con esta afirmación únicamente recabamos el ámbito competencial propio que, a nuestro juicio, el Tribunal Constitucional extravasó arrogándose atribuciones interpretativas, que por ser de mera legalidad ordinaria, corresponde hacer a la

jurisdicción de este orden, y en esa línea dilucidó cuestiones sustantivas del orden penal de la mano de la tutela judicial efectiva y de su repercusión en el derecho a la libertad”.

“A su vez, la doctrina del T. Constitucional sobre materia propia de legalidad ordinaria no puede condicionar a esta Sala de casación, imponiendo unos criterios y pautas hermeneúticas para interpretar y aplicar los preceptos sustantivos del orden penal, entendiendo que tales pronunciamientos instrumentales sólo lo son a efectos de la resolución del recurso de amparo concernido en el presente caso, obligando exclusivamente a este Tribunal la estricta definición del derecho fundamental amparado y la parte dispositiva o fallo de la sentencia (art. 164 C. E. )”.

## VII - El caso Alierta

Diligencias Previas 7721/02, Juzgado de Instrucción 32 de Madrid.

El procedimiento se inicia por una querrela de la Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa (AUGE) con la oposición frontal del Fiscal General del Estado. Es importante destacar que una vez que fué admitida a tramite, el Juez fijó una fianza por razón de las responsabilidades pecuniarias de 4. 950. 000 €. Así comienza el escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal el 11 de julio de 2005:

“El acusado C. A. I. (estando también acusado L. J. P.) se valió en el año 1997 de su cargo de Presidente del Consejo de Administración de la sociedad estatal Tabacalera, S.A. para, mediante la adquisición de acciones de esta sociedad, aprovechar en su propio beneficio cierta información reservada a la que no solo había tenido acceso directo por razón de su actividad empresarial sino en cuya generación había contribuido de manera decisiva, a sabiendas de que, una vez hecha pública, elevaría, como así sucedió, la cotización de las acciones de la compañía, lo que le permitió obtener una ganancia de 309. 931. 590 pesetas, dañando gravemente los intereses generales, al vulnerar tanto la confianza de los operadores económicos en la transparencia y correcto funcionamiento del mercado de valores, como el principio de igualdad de oportunidades de todos los inversores y operadores en bolsa. Los hechos relevantes para la cotización de las acciones de Tabacalera, S.A., cuyo conocimiento utilizó ilícitamente el acusado, fueron la

adquisición de los principales activos de *Havatampa Inc* y la subida del precio de las labores del tabaco. ”

A continuación describe las operaciones mercantiles desarrolladas para obtener el beneficio ilícito y califica los hechos como un delito de uso de información privilegiada de los arts. 285 286-3º del Código Penal. El Juez de Instrucción declaró abierto el juicio oral el 23-8-2005, preparando así la celebración del mismo contra los acusados. Pero el curso del proceso fue alterado porque la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, estimando un recurso de los acusados, acordó por Auto de 2-11-2005, anticipándose al momento procesal oportuno, el archivo de las actuaciones por estimar que el delito estaba prescrito. Es significativo que el argumento fundamental coincide con las tesis mantenidas en su día por el Fiscal General del Estado (13-12-2002) para oponerse al ejercicio por la Fiscalía Anticorrupción de acciones penales contra Alierta. El caso sigue abierto ya que dicha resolución, recurrida por la Fiscalía Anticorrupción, ha dado lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007 (nº. 517/2007) en la que se desautoriza a la Audiencia de Madrid, se califica de “extemporánea” la resolución que dictó y se ordena la continuidad del procedimiento. Es un impulso que resulta excepcionalmente positivo a un proceso que cuenta, como todos, con las dificultades derivadas de esa alianza, objetiva, entre los poderosos y los Tribunales. Habrá que aguardar la resolución definitiva del proceso. En la actualidad, pendiente del señalamiento del juicio oral. Finalmente, ¿se celebrará?

## Conclusiones

Los casos expuestos, en esta limitada muestra, expresan, con independencia de cómo se resuelva el caso pendiente, la realidad de conductas presuntamente delictivas que han puesto en peligro o han lesionado el orden económico constitucional. Son conductas que los jueces no solo no valoran como infracciones penales sino que las justifican apelando, como hemos visto, al valor intrínseco del “mercado”. Son jueces no ya conservadores, a lo que no habría nada que objetar, sino que no han asumido los valores constitucionales sobre los límites a la “economía de mercado”. Y, en consecuencia, más allá de su intencionalidad, se alinean objetivamente con los intereses de quienes han adoptado decisiones que



profundizan la desigualdad de nuestra sociedad y crean obstáculos para una más justa distribución de la riqueza. Las decisiones judiciales examinadas son un ejemplo de cómo los Tribunales no contribuyen, como les exige el art. 9. 2 de la Constitución, a que la igualdad sea más “real y efectiva” de lo que es actualmente. La consecuencia es que para estos jueces, los imputados y acusados en estos procesos están “por encima del alcance de la Ley” (Naciones Unidas. Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Caracas 1980). Y, por ello, legitiman el abuso del poder económico.

No le faltaba razón al Profesor alemán Tiedemann cuando, en 1977, afirmaba que “la criminalidad económica es un problema político”. Hacia un certero diagnóstico. Que acreditan los procesos examinados, en los que la judicatura ha resuelto en la forma expuesta, acomodando la interpretación de la legalidad aplicable, tanto mercantil como penal, a la posición de poder de los implicados en ellos. Los jueces han asumido un modelo de constitucionalismo liberal que no es el modelo vigente en la Constitución de 1978, haciendo caso omiso del régimen de garantías y contrapesos que allí están previstos. Por tanto, son resoluciones judiciales en las que brilla por su ausencia el Estado social de derecho y los mandatos que se derivan del mismo dejando al Estado desnudo ante los envites del capitalismo liberal más agresivo.

Carlos Jiménez Villarejo

Fiscal de Sala jubilado

España

### **Addenda**

El análisis expuesto necesitaría, para su definitiva comprensión, el estudio de dos sentencias más de la Sección Primera de la Audiencia Nacional.

La de 19 de Abril de 2007 por la que se absolvió a todos los acusados en el P. A. 262/1997 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de los delitos contra la Hacienda Pública y de falsedad documental presuntamente cometidos en la gestión de Gestevisión Telecinco S. A. , y

La de 23 de Abril de 2007 en el P. A. 5/2001 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 que absolvió a todos los acusados de los delitos de falsedad documental y obtención indebida de ayudas comunitarias en relación al cultivo del lino.

En ambos casos, la Fiscalía Anticorrupción, pese a su condición de denunciante y parte acusadora, sin la cual los procesos no se habrían incoado, consintió las sentencias renunciando a plantear recurso de casación, recursos interpuestos por las acusaciones populares y la Abogacía del Estado respectivamente. Es una muestra mas de la pasividad institucional ante dichas formas de delincuencia.