



Roj: **STS 1766/2003** - ECLI: **ES:TS:2003:1766**

Id Cendoj: **28079120012003103684**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2003**

Nº de Recurso: **1586/2001**

Nº de Resolución: **298/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil tres.

En los recursos de casación por infracción de Ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL; los acusadores particulares Marcelino , Ángel Daniel , Mauricio y María Virtudes y OTROS; actor civil Marí Luz y OTROS y los encausados Diego y Jose Enrique , contra Sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que absolvió a los acusados Diego y Jose Enrique de los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad que se les imputaba, así como absolver a los acusados Gustavo y Miguel Ángel de los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad que se les imputaba, los Excmos.Sres.Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.José Ramón Soriano Soriano, habiendo comparecido como como parte recurrida Gustavo , representado por el Procurador Sr.Araez Martínez; Miguel Ángel , representado por el Procurador Sr.Aguilar Fernández; DIRECCION001 , representada por el Procurador Sr.Araez Martínez y DIRECCION000 ., representada por el Procurador Sr.Araez Martínez y estando los recurrentes mencionados representados, Marcelino , Ángel Daniel y Mauricio , por el Procurador Sr.Venturini Medina; María Virtudes y otros, por el Procurador Sr.Rodríguez Nogueira; Marí Luz y otros por el Procurador Sr.Sánchez-Puelles y González-Carvajal y Diego y Jose Enrique , representados por el Procurador Sr.Vázquez Guillén..

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 18 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado con el número 1079/93 contra Jose Enrique , Diego , Gustavo y Miguel Ángel , y como responsables civiles subsidiarios DIRECCION000 . y DIRECCION001 ., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 7ª con fecha veintinueve de diciembre de dos mil dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En el año 1987 DIRECCION002 . tenía un capital social de 500.000 pts. representado por 500.000 acciones nominativas suscritas de la siguiente forma: DIRECCION003 . era titular de 160.000 acciones equivalentes al 32% del capital, DIRECCION004 . de 70.000 acciones equivalentes al 14% del capital, DIRECCION000 . de 200.000 acciones equivalentes al 40% del capital y DIRECCION005 , 70.000 acciones equivalentes al 14% del capital social. El Presidente del Consejo de Administración de la sociedad era el acusado Diego . Esta sociedad era propietaria de cuatro solares (cinco fincas registrales) ubicados al norte de la PLAZA000 , a ambos lados del paseo de la Castellana y su objeto social era la construcción y ejecución de obras, promoción y desarrollo de actividades inmobiliarias, todo ello circunscrito a las fincas registrales de las que era propietaria. Todo los accionistas de DIRECCION002 . en octubre de 1987, llegaron a un acuerdo para que tuviera lugar un cambio en el accionariado de esta sociedad de forma tal que en lugar de las sociedades que hasta ese momento figuraban como accionistas pasaran a figurar como tales personas físicas, ya que de esta forma, de producirse en algún momento la venta de los terrenos propiedad de la sociedad y de llevarse a cabo dicha venta mediante una ampliación de capital y venta de los derechos de suscripción preferente que correspondían a cada uno de los socios, obtendrían ventajas fiscales o al menos diferirían el pago de los impuestos correspondientes



hasta tanto no se produjera la venta por parte de cada uno de los socios de las acciones que permanecieron como de su propiedad. De esta forma se produjeron el 21 de octubre de 1987 ventas cruzadas de acciones por parte alguna de las sociedades accionistas de DIRECCION002 a personas físicas, accionistas a su vez de las referidas sociedades, manteniendo cada grupo de personas físicas el porcentaje de participación en el capital social que antes tenían las sociedades de las que ellos eran accionistas. De esta forma, a partir de esa fecha, los accionistas de DIRECCION002 pasaron a ser Marcelino, Ángel Daniel y Mauricio a los que en adelante se aludirá como integrantes del DIRECCION006, que asumieron el mismo porcentaje en la sociedad que con anterioridad tenía DIRECCION003 de la que ellos eran accionista, 25 personas que se individualizaron más adelante vinculadas a DIRECCION004 - a las que se aludirá en lo sucesivo como integrantes del DIRECCION007 - y que mantuvieron el mismo porcentaje accionarial que antes tenía esta sociedad, DIRECCION001 sociedad participada al 100% por DIRECCION000, Diego y Jose Enrique que mantuvieron el porcentaje accionarial que antes tenía DIRECCION000, permaneciendo inalterable la participación como accionista de DIRECCION005 panameña, Diego y Jose Enrique era en esas fechas Consejeros Delegados de DIRECCION000.

En fecha no concretada de dicho año, los acusados Diego y Jose Enrique entraron en contacto con el también acusado Miguel Ángel, representante legal de la sociedad Iberner, SA. quién había recibido el encargo por parte de representantes de la DIRECCION008 de buscar un comprador para un elevado número de acciones que dicho grupo, a través de diferentes sociedades, poseía del Banco Central, SA. En el curso de dichas conversaciones, en las que por parte de DIRECCION008 intervenía Rodolfo se llegó a un acuerdo para la adquisición por parte de los acusados Sres. Diego y Jose Enrique y de sociedades controladas directa o indirectamente por ellos, del paquete accionarial del Banco Central del que quería desprenderse DIRECCION008, obteniendo el dinero necesario para llevar a cabo dicha operación con la venta a DIRECCION008 de su participación en DIRECCION002.

En el mes de noviembre de 1987, cuando ya el acuerdo con DIRECCION008 estaba ultimado, los acusados Diego y Jose Enrique convocaron a los socios de DIRECCION002 a una reunión que tuvo lugar el día 20 de dicho mes ya la que asistieron además de ellos a título personal y como representantes de DIRECCION000, Marcelino en representación de los integrantes del DIRECCION006, Gerardo en representación de las personas que formaban el DIRECCION007 y Gustavo en representación de DIRECCION005, en dicha reunión los Sres. Diego y Jose Enrique informaron a los accionistas del interés de un grupo inglés, del que no aportaron más datos, por adquirir los solares de la PLAZA000 de los que la sociedad era propietaria y de su inminente viaje a Londres para tratar de dicha venta. Ante esta información los socios asistentes, Sres. Gerardo y Marcelino otorgaron en nombre cada uno de ellos del grupo al que representaban, una autorización a los acusados citados para que pudieran entablar negociaciones encaminadas a la venta de acciones o derechos de suscripción preferente dimanantes de acciones de la sociedad facultándoles incluso para suscribir contrato de intenciones o protocolo en el que se establezcan las bases de dicha venta.

El 23 de noviembre de 1987 se desplazan a Londres Jose Enrique, Diego y Miguel Ángel, éste en su calidad de DIRECCION009 de Iberner, y allí tiene lugar una reunión en la que participan, en algún momento de la misma y a lo largo de su desarrollo, estas tres personas y además Eusebio, accionista de Iberner, Rodolfo, representante de los intereses de DIRECCION008 en España. Jon y Alberto, interlocutores por parte de DIRECCION008, llegando a un pleno acuerdo entre las dos partes implicadas que se plasma en dos contratos distintos uno de compromiso de constitución de una sociedad anónima española tenedora de acciones del Banco Central y otro de compromiso de venta de acciones de DIRECCION002 y/o derechos de suscripción de la ampliación de capital que pudiera llevarse a cabo en DIRECCION002.

Concretamente el contrato de compromiso de venta de acciones de DIRECCION002 y de derechos de suscripción preferente firmado de una parte por Diego y Jose Enrique, en nombre y representación de DIRECCION000, al que se denomina en el mismo Grupo Vendedor y de otra por Jon en nombre de Koolmes Holdings sociedad propiedad de DIRECCION008, denominado Grupo comprador, contiene en lo que aquí interesa las siguientes cláusulas "Primera 1.1- El grupo vendedor se compromete a vender y el grupo comprador se compromete a comprar acciones de DIRECCION002 y/o derechos de suscripción de la ampliación de capital que, en su caso, se lleve a efecto en dicha sociedad en el número necesario para que se transmita la propiedad del 51,30 % del capital social de DIRECCION002 como mínimo. 1.2 El grupo vendedor se compromete a realizar todo tipo de gestiones para tratar de conseguir que, en el momento de formalizarse la venta pactada en el apartado 1.1 anterior, el grupocomprador pueda adquirir (a lo que se compromete éste formalmente) del resto de accionariado de DIRECCION002, acciones y/o derechos de suscripción en la cantidad suficiente para llegar a ser titular del 95%, como mínimo, del total capital social final de dicha sociedad. Su cláusula segunda establece en el apartado 2.1 "el precio total por la compra de acciones y/o derechos de suscripción a que se refiere la estipulación anterior, será la cantidad de 27.431.250.000 pesetas para el supuesto de que se adquiera por el Grupo Comprador el porcentaje del 95%



del capital final de DIRECCION002 . Si las acciones y derechos ofrecidos en el momento de la formalización de la compraventa no permitieran alcanzar al grupo comprador en indicado porcentaje, dicho precio total se reduciría proporcionalmente. Si el porcentaje final que adquiriera el Grupo Comprador excediera del 95% se elevará también proporcionalmente el mencionado precio total. El precio convenido tiene carácter de global para todo el conjunto de acciones y derechos de suscripción a transmitir pero se entiende sin perjuicio de su distribución, que hará el grupo vendedor entre los distintos paquetes accionariales que definitivamente se vendan en función de las circunstancias que concurran en cada uno de ellos". Se pactó además la forma de pago y otras condiciones como modificación de estatutos de la sociedad, gestión de la misma durante el periodo transitorio hasta formalizarse la venta, etc. y se establecieron como condiciones suspensivas, entre otras, las siguientes "La eficacia de todos los pactos contenidos en este contrato queda condicionada a 1.1. Al cumplimiento en todos sus términos del contrato de compromiso de constitución de una sociedad anónima, firmado entre el grupo comprador y DIRECCION000 . en el día de hoy, a que una firma de valoración ( Benito ) ratifique que es un valor de mercado". En la parte expositiva del contrato se fija el valor medio estimado por ambas partes del m2 a construir sobre los solares propiedad de DIRECCION002 en 231.000 pts. y se establece que conforme al Plan General de Ordenación Urbana de Madrid la edificabilidad máxima de los terrenos es de 125.000 m2, cifra en la que se incluye la superficie reservada, en su caso, para el intercambiador de transportes que estaba previsto construir en dicho lugar, para lo que el Ayuntamiento se había reservado el 15%, lo que suponía que quedaba como superficie neta de edificabilidad propiedad de DIRECCION002 106.250 m2 siendo los restantes 18.740 mº, propiedad del Ayuntamiento si bien a la fecha de la firma del contrato se encontraba pendiente de aprobación el Estudio de Detalle del que dependía que el Ayuntamiento cediera a DIRECCION002 esa superficie, como así ocurrió en definitiva. En el encabezamiento de este contrato figura entre los comparecientes por parte del que en él se denomina Grupo Vendedor el acusado Miguel Ángel en nombre y representación de DIRECCION005 , si bien no llegó a firmar el contrato ni consta que tuviera efectivamente la representación de esta sociedad en dicho acto.

El contrato de compromiso de constitución de una sociedad anónima tenedora de acciones del Banco Central firmado en esa misma fecha entre Alberto en representación de DIRECCION008 y Jose Enrique y Diego en representación de DIRECCION000 . en lo que aquí interesa contenía las siguientes estipulaciones: se fija como capital social de la futura sociedad 32.775 millones de pesetas que debería ser suscrito y desembolsado el 51,20 % por DIRECCION000 y el 48,80% por DIRECCION008 , la primera en dinero efectivo y la segunda mediante la aportación de acciones del Banco Central, que a efectos de la aportación se valoraban en 4.552 pesetas, precio medio de su cotización en la Bolsa de Madrid durante los días comprendidos entre el 22 de octubre y el 20 de noviembre de 1987.

Dados los términos y las condiciones económicas pactadas en este último contrato Diego y Jose Enrique llegaron a la conclusión de que la participación de ellos mismos y de las sociedades por ellos controladas en la constitución de la sociedad que se acaba de citar y que en el futuro se denominará DIRECCION010 . no sería posible si no obtenían el dinero que debían destinar a suscribir el capital que en dicha sociedad les correspondía consiguiendo que los denominados socios minoritarios de Urbanos -los integrantes de los DIRECCION006 y DIRECCION007 - accedieron a la venta de su participación en dicha sociedad y además lo hicieran por un precio inferior al que ellos habían pactado con Koolmes, para de esta forma hacer suya la cantidad que estos dejarán de percibir dado que en el contrato de compromiso de venta se había pactado un precio alzado por el 95% del capital social de DIRECCION002 que variaría al alza o a la baja en proporción a la participación en el capital social que en definitiva obtuviera la compradora.

En ejecución del plan que tenían establecido de regreso a Madrid, comunicaron a los representantes de los accionistas minoritarios Sres. Marcelino y Gerardo , que el grupo ingles del que les habían hablado antes de su viaje a Londres como interesados en comprar los solares propiedad de DIRECCION002 estaba dispuesto a adquirirlos por un precio de 150.000 pesetas/m2 edificable, ocultándoles que el precio realmente pactado partía de una valoración de 231.000 pesetas/m2 articulándose dicha enta de llevarse a cabo, mediante la ampliación del capital social de DIRECCION002 y venta al citado grupo de las acciones y/o derechos de suscripción preferente, haciéndoles creer, en contra de lo que ellos habían pactado con los representantes de DIRECCION008 , que era imprescindible para que tuviera lugar la venta al que se transmitiera al menos el 95% del capital social de dicha sociedad y sin informales del contrato de compromiso de venta que ellos habían firmado en Londres y del precio global que en el se había acordado para el caso de que Koolmes adquiriera el 95% del capital social de DIRECCION002 , que estaba establecido, como ya se ha dicho, en función de calcular el precio del metro cuadrado de edificabilidad en 231.000 pesetas, Para corroborar aquello que Diego y Jose Enrique comunicaron a sus socios les hicieron entrega a cada uno de ellos de una fotocopia de una carta dirigida a amobs y aparentemente suscrita por Jon en la que se hacía constar la oferta de compra de acciones y/o derechos de suscripción preferente de la ampliación de Capiital de DIRECCION002 por un precio que suponía valorar el m2 edificable en 150.000 pesetas y en la que Diego y Jose Enrique (o persona por ellos



ordenada) habían alterado su contenido original en cuanto al porcentaje que representaba la participación de los socios minoritarios en DIRECCION002 y al precio total que correspondía a estos por la venta.

Gerardo , como representante del DIRECCION007 , tras consultas con algunos de los miembros del mismo aceptó en nombre de todos los que lo integraban las condiciones que les había transmitido los acusados y accedieron a vender su participación en la sociedad. Por su parte, Marcelino , en principio se mostró reacio a la venta al igual que sus socios del DIRECCION006 , si bien más tarde accedieron a ella en las condiciones que Diego y Jose Enrique les habían comunicado en un primer momento. Por DIRECCION005 mostró su consentimiento para proceder a la venta Gustavo , quién actuaba facultado con poderes a tal fin concedidos por los representantes de dicha sociedad.

Una vez todos los socios de DIRECCION002 se mostraron dispuestos a la venta de la mayor parte de DIRECCION002 se celebró Junta General Extraordinaria de accionistas de la sociedad a la que asistieron entre presentes y representados, la totalidad de los accionistas de la misma y en ella se acordó ampliar el capital social en 6.000.000.000 pesetas emitiendo al efecto seis millones de acciones, pasando a ser todas las acciones al portador, informando el presidente del Consejo de Administración Diego de los acuerdos existentes con un grupo financiero que asumiría la ampliación mediante la adquisición de los derechos de suscripción preferente que correspondían a los accionistas, también se acordó el precio que deberían recibir por la venta de sus derechos los accionistas pertenecientes al DIRECCION006 y además se aprobó como condición para proceder a la venta que a Marcelino se le debía efectuar encargo profesional, dada su profesión de arquitecto, para la redacción de los proyectos de edificación y dirección de obra de las construcciones que se ejecutaran en los terrenos propiedad de la sociedad, comprometiéndose él a su vez a ceder el 50% del encargo a quien designará DIRECCION002 y por otra parte, que por parte de DIRECCION002 se suscribiera contrato de ejecución de las obras a llevar a cabo en dichos terrenos con DIRECCION000 . y DIRECCION004 . en la proporción del 70 y 30% respectivamente.

El día 7 de enero de 1988 se llevó a cabo la venta a Koolmes Holdings B.V. de los derechos de suscripción preferente por parte de los diferentes accionistas de DIRECCION002 en las condiciones que a continuación se relatan.

A.- Mauricio , Marcelino y Ángel Daniel vendieron los derechos de suscripción preferente de que eran titulares a razón de 33.692,31 Pts./derecho, lo que equivale a un precio calculado de 155.868 pts/m<sup>2</sup> edificable, recibiendo cada uno de ellos 673.846.200, 3.032.307.900 y 1.684.615.500 pesetas, cuando realmente calculando a razón de 231.000 pts/m<sup>2</sup> deberían haber recibido 1.020.610.600, 4.592.747.700 y 2.551.526.500 pts. resultando en definitiva perjudicados en las siguientes cantidades: Mauricio en 346.764.400 pesetas, Marcelino en 1.560.439.800 pesetas y Ángel Daniel en 866.911.000 pesetas.

B.- Por su parte, las personas físicas vinculadas a DIRECCION004 vendieron los derechos de suscripción preferente de que eran titulares a razón de 32.307,46 pesetas/derecho lo que equivale a un precio calculado de 149.867 pts/,2 edificable, recibiendo en total dicho grupo 2.261.522.200 pesetas cuando de llevarse a cabo la venta al precio de 231.000 pts/m<sup>2</sup> deberían haber recibido 3.572.137.100 pesetas. Cada una de las personas integrantes de este grupo recibió las cantidades que a continuación se indica resultando perjudicada en la cantidad que también se señala a continuación:

- 1.- Blanca recibió 144.155.886,52 resultando perjudicada en 83.542.329 pesetas.
- 2.- Pedro Enrique recibió 480.573.467,50 pesetas, resultando perjudicado en 278.505.636 pesetas.
- 3.- Luis Francisco recibió 230.901.416,62 pesetas, resultando perjudicado en 149.896.882 pesetas.
- 4.- María Inés recibió 83.224.016,96 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.
- 5.- Ángeles recibió 83.224.016,96 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.
- 6.- Leonor recibió 83.224.016,96 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.
- 7.- Bartolomé recibió 157.078.870,52 pesetas, resultando perjudicado en 91.031.556 pesetas.
- 8.- Marí Luz recibió 31.402.851,12 pesetas, resultando perjudicada en 18.198.822 pesetas.
- 9.- María Teresa recibió 31.402.851,12 pesetas, resultando perjudicada en 18.198.822 pesetas.
- 10.- Alexander recibió 31.402.851,12 pesetas, resultando perjudicado en 18.198.822 pesetas.
- 11.- Eva recibió 31.402.851,12 pesetas, resultando perjudicada en 18.198.822 pesetas.
- 12.- Adolfo recibió 31.402.851,12 pesetas, resultando perjudicado en 18.198.822 pesetas.
- 13.- Victoria recibió 83.224.016,96 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.



- 14.- María Virtudes recibió 83.224.016,96 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.
- 15.- Ernesto recibió 42.419.694,98 pesetas, resultando perjudicado en 24.583.388 pesetas.
- 16.- Jesús María recibió 42.419.694,98 pesetas, resultando perjudicada en 24.583.388 pesetas.
- 17.- Jose Augusto recibió 42.419.694,98 pesetas, resultando perjudicado en 24.583.388 pesetas.
- 18.- Lorenzo recibió 42.419.694,98 pesetas, resultando perjudicado en 24.583.388 pesetas.
- 19.- Matías recibió 33.922.833 pesetas, resultando perjudicado en 19.659.221 pesetas.
- 20.- Germán recibió 33.922.833 pesetas, resultando perjudicado en 19.659.221 pesetas.
- 21.- Diana recibió 33.922.833 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.
- 22.- Lina recibió 33.922.833 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.
- 23.- Verónica recibió 33.922.833 pesetas, resultando perjudicada en 19.659.221 pesetas.
- 24.- Flor recibió 144.155.886,52 pesetas, resultando perjudicada en 83.542.329 pesetas.
- 25.- Luis Manuel recibió 192.261.694,46 pesetas, resultando perjudicado en 11.420.977 pesetas.

C) Los acusados Diego y Jose Enrique vendieron los derechos de suscripción preferente que les correspondían por 1.687.500 pesetas, cada uno de ellos, lo que equivale a precio calculado de 172.368 pts/m<sup>2</sup> edificable.

D) Por su parte DIRECCION001 . vendió el mismo día 7 de enero a Koolmes Holdings 106.255 acciones de DIRECCION002 al cambio de 9621%, recibiendo 10.222.871.924 pesetas, con anterioridad había vendido también a Koolmes el 23 de diciembre de 1997 un total de 3.745 acciones de DIRECCION002 al cambio de 8305% recibiendo 311.022.250 pesetas. Del conjunto de estas dos ventas resulta que DIRECCION001 vendió sus acciones por una cantidad que equivale a un precio calculado de 388.918 pts/m<sup>2</sup> edificable. De haber vendido al precio pactado en el contrato de 23 de noviembre de 1987 debería haber recibido 6.191.137.700 pesetas.

D) DIRECCION005 vendió 70.000 acciones al cambio declarado del 100%, recibiendo 70.000.000 pesetas, desconociéndose lo que pudo recibir fuera de España.

Ese mismo día, 7 de enero de 1988, se constituyó DIRECCION010 . como sociedad tenedora de acciones del Banco Central con un capital social de 41.100.000.000 pesetas, de la que eran accionistas DIRECCION000 . que suscribió 42.086.400 acciones desembolsando en metálico el total nominal de las mismas 21.043.200.000 pesetas; GSM Securities Mangement A.G. que suscribió 36.826.400 acciones desembolsando el importe de las mismas mediante la aportación de 3.471.197 acciones del Banco Central que se valoraron en 18.414.700.000 pesetas a razón de 5305 pts/acción, y Torras Hostenchc, S.A. que suscribió 3.284.200 acciones desembolsando en metálico el total nominal de las mismas y 1.642.100.000 pesetas. El 7 de enero de 1988 las acciones del Banco Central tuvieron un precio o cambio bursátil en la Bolsa de Madrid del 1.119% equivalente a 5.595 pesetas. Construcciones y Contratas Internacional, S.A. que el 22 de diciembre de 1987 tenía un capital social de 1.000.000 de pesetas, acordó en Junta General Extraordinaria y Universal de accionistas celebrada en esta fecha ampliar el mismo en 21.399.000.000 de pesetas que fue suscrito y desembolsado por las siguientes personas: Diego 1.350.000.000 pesetas; Jose Enrique 1.350.000.000 pesetas, DIRECCION001 8.123.969 pesetas. Portland Valderribas, SA. 2.300.000.000 pesetas; Fomento de Obras y Construcciones, S.A. 3.700.000.000 de pesetas; Schade Investments Inc. 833.905.000 pesetas, Caplow Management Corporation 833.905.000 pesetas y Wafmann Enterprises Inc. 2.908.841.000 pesetas.

El acusado Gustavo en la época en la que ocurrieron los hechos era Director General en DIRECCION000 . a cargo de la gestión inmobiliaria de la misma y sin que esté acreditado que conociera las condiciones de la venta de las acciones y derechos de suscripción preferente de la sociedad DIRECCION002 pactadas por Diego y Jose Enrique en Londres con los representantes de DIRECCION008 el 23 de noviembre de 1987, hizo llegar a Marcelino una carta el 4 de diciembre de 1987 en la que quedaban reflejadas las condiciones en que realmente se llevaría a cabo dicha venta por parte de los integrantes del DIRECCION006 .

El acusado Miguel Ángel como DIRECCION009 de Ibermer, SA. no tuvo relación directa con los socios minoritarios de DIRECCION002 , ni consta que fuera representante en España de DIRECCION005 o que actuara en calidad de tal en alguna de las operaciones que se han relatado mas arriba.

Todos los acusados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



"FALLAMOS:

1.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Diego y Jose Enrique , de los delitos de ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y FALSEDAD de los que venían siendo acusados al haber prescrito su responsabilidad penal por los mismos declarando de oficio las costas procesales.

2.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Gustavo Y Miguel Ángel , de los delitos de ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y FALSEDAD de los que venían siendo acusados por no ser autores de los mismos, declarando de oficio las costas procesales.

Déjense sin efecto las medidas acordadas contra los bienes de los acusados y de las sociedades que intervienen en el procedimiento como responsables civiles.

En cuanto al testimonio interesado por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, queden los autos a su disposición para que designe los particulares que necesite.

Contra esta resolución cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo por término de cinco días a partir de la última notificación".

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, por el MINISTERIO FISCAL, los acusadores particulares Marcelino , Ángel Daniel , Mauricio , María Virtudes Y OTROS, por el actor civil Marí Luz Y OTROS y los encausados Diego y Jose Enrique , que se tuvieron por anunciados, remitiéndoe a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: ÚNICO.- Al amparo del art. 849-1º de la Ley de Enj.Criminal, se alega la infracción del art. 114 del Código de 1973, en relación a la prescripción de delitos apreciada en la sentencia, respecto de los acusados Diego y Jose Enrique .

El recurso interpuesto por la representación del acusador particular Marcelino , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del artículo 849-1º de la Ley de Enj.Criminal por falta de aplicación de los artículos 528 y 529-7º (como muy cualificada) del Código Penal de 1973. Segundo.- Se formula al amparo del artículo 849-1º de la L.E.Criminal, por falta de aplicación del art. 529-8º del Código Penal de 1973, en relación con los artículos 528 y 529-7º de igual Código. Tercero.- Se formula al amparo del art. 849-1º de la L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 113 del Código Penal de 1973 o del art. 131 del Código Penal de 1995, en relación respectivamente, con los artículos 529-7º (muy cualificada) y 8º del Código Penal de 1973 o de los arts. 248 y 250-1º y 6º del Código Penal de 1995. Cuarto.- Se formula al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 113 en relación con los arts. 302-6º y 303 del Código Penal de 1973 (o del art. 131 en relación con los arts. 302 y 390-1-1º del Código de 1995). Quinto.- Se formula al amparo del art. 849- 1º de la L.E.Criminal por indebida falta de aplicación del art. 69 bis del Código Penal de 1973 o del art. 74 del C.Penal de 1995. Sexto.- Se formula al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. por indebida aplicación del art. 113 del C.Penal de 1973 (o 131 del C.Penal de 1995), en relación con los arts. 528 y 529-7º, como muy cualificada y 69 bis del C.Penal de 1973 (o el arts. 248, 250-1º-6ª y 74 del Código Penal de 1995)..- Séptimo.- Se formula al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 113 del C.Penal de 1973 (o 131 del Código Penal de 1995) en relación con los arts. 302-6º y 303 del C.penal de 1973 (o arts. 392 y 399-1º-1ª del Código de 1995).- Octavo.- Se formula al amparo del art. 849-1º de la L.E.Cr. indebida aplicación de los arts. 113 y 114 del Código Penal de 1973 ( o 131 y 132-2º del Código de 1995). Noveno.- Se formula al amparo del artículo 849-1º de la L.E.Cr. por falta de aplicación de los arts. 19, 101, 104, 107 y 117 del C.Penal de 1973 (o de los arts. 109, 110, 113 y 116-1º y 2º del Código de 1995) en relación con los arts. 1092, 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 921 de la L.E.Cvil. Décimo.- Se formula al amparo del art. 849-1º de la L.E.Cr. por falta de aplicación, del art. 22-1º del Códsgio Penal de 1973 (o del art. 120-4º del Código Penal de 1995).- Décimo Primero: Se formula al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. por falta de aplicación del art. 108 del Código Penal de 1973 (o del 122 del Código Penal de 1995). Decimosegundo: Se formula al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. por falta de aplicación del art. 109 del Código Penal de 1973 (o de los arts. 123 y 126 del Código de 1995).

El recurso interpuesto por la representación de los acusadores particulares Ángel Daniel y Mauricio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º L.E..Cr. En este primer motivo se denuncia falta de aplicación de los arts. 528 y 529-7º (como muy cualificada) del Código Penal de 1973. Dados los hechos declarados probados el delito de estafa debe considerarse agravado por la circunstancia de especial gravedad (art. 529-7º) considerada como muy cualificada. Segundo.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr.. En este motivo se cuestiona la indebida falta de aplicación del art. 529-8º del C.Penal de 1973, en relación con sus arts. 529-7º y 528. Según los hechos declarados probados



en el delito de estafa concurre la agravante específica de múltiples perjudicados (art. 529-8º). Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. este motivo plantea la indebida aplicación del art. 113 del C.Penal de 1973 ó del art. 131 del Código Penal de 1995 en relación, respectivamente, con los arts. 528 y 529-7º (muy cualificada) y 8º del CP. de 1973 de los arts. 248 y 250-1º del CP de 1995. Cuarto.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º LECr. En el presente motivo se denuncia la incorrecta aplicación del art. 113 del Código Penal de 1973 o del art. 131 del C.Penal de 1995, en relación respectiva con los arts. 302-6º y 303 del Código de 1973 o de los arts. 392 y 390-1-1º del Código de 1995. Quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. En el presente motivo se denuncia la indebida falta de aplicación del art. 69 bis del Código Penal de 1973 o del art. 74 del Código Penal de 1995, en relación respectivamente con los arts. 528 y 529-7ª (muy cualificada) del C.Penal de 1973 ó de los arts. 248 y 250-1-6º del C.Penal de 1995. Los hechos declarados probados son constitutivos de delito continuado de estafa con el subtipo agravado de especial gravedad (muy cualificada en caso de aplicarse el Código Penal de 1973). Sexto.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º LECr. En este motivo se cuestiona la indebida aplicación del art. 113 del Código Penal de 1973 o del art. 131 del Código penal de 1995, en relación respectiva con los arts. 528 y 529-7º (muy cualificada) y 69 bis del C.Penal de 1973 ó de los arts. 248, 250-1-6º y 74 del C.Penal de 1995. Si los hechos son calificados como delito continuado de estafa de especial gravedad muy cualificada, el plazo de prescripción no es de cinco años sino de diez años, según los preceptos mencionados, plazo que no ha transcurrido en este caso. Séptimo.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. En el presente motivo se denuncia la incorrecta aplicación del art. 113 del C.Penal de 1973 ó del art. 131 del C.Penal de 1995, en relación respectiva con los arts. 302-6º y 303 del C. de 1973 o de los arts. 392 y 390-1º del Código de 1995. El delito de falsedad en documento mercantil tampoco ha prescrito en tanto que no ha prescrito el delito de estafa (más grave) con el que concurre. Octavo.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. En este motivo se denuncia la indebida aplicación de los arts. 113 y 114 del Código Penal de 1973 ó de los arts. 131 y 132-2º del C.Penal de 1995. Aun cuando se estimara que los cometidos delitos de estafa y falsedad tenían un plazo de prescripción de cinco años, en el caso presente no había transcurrido porque fue interrumpido por la presentación de la querrela. Noveno.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º LECr. En el actual motivo se denuncia la indebida falta de aplicación de los arts. 19, 101, 104, 107 y 117 del C.Penal de 1973 ó de los arts. 109, 110, 113 y 116-1º y 2º del C.Penal de 1995, en relación con los arts. 1092, 1100, 1101 y 1108 del C.Civil y el art. 921 de la L.E.Civil. Décimo.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. El motivo presente se formula para plantear la indebida falta de aplicación del art. 22-1º del C.Penal de 1973 o del art. 120-4º del vigente, en relación con los preceptos invocados en el motivo anterior. Se pretende la condena solidaria entre si de " DIRECCION000 . (hoy " DIRECCION000 ") y de " DIRECCION001 . como responsables civiles subsidiarios respecto de los dos acusados Sres. Diego y de Jose Enrique y por las mismas cantidades en que éstos resulten responsables civiles directos. Undécimo.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849-1º LECr. Se plantea aquí la indebida falta de aplicación del art. 108 del C.Penal de 1973 o del 122 del vigente, en relación con los preceptos mencionados en el motivo anterior. " DIRECCION000 ." y " DIRECCION001 . se han beneficiado con los efectos del delito de estafa cometido por los Sres. Diego y de Jose Enrique y están obligados a resarcir a los perjudicados en la cuantía de aquel beneficio, más sus intereses legales. Duodécimo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º LECr. En el presente motivo se afirma la indebida falta de aplicación del art. 198 del C.Penal de 1973 o de los arts. 123 y 126 del C.Penal 1995. La condena penal a los Sres. Diego y de Jose Enrique y la civil a ellos dos y a " DIRECCION000 " y " DIRECCION001 . debe llevar aparejada su condena a abonar las costas procesales, con expresa inclusión de las de la acusación particular.

El recurso interpuesto por la representación de la acusación particular María Virtudes y OTROS, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º LECr. por la inaplicación por parte de la sentencia recurrida de la circunstancia agravante específica de múltiples perjudicados prevista en el art. 529-8º del C.Penal de 1973. Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849-1º L.E.Cr. por cuanto la sentencia aplica indebidamente los arts. 113 y 114 del C.Penal de 1973.

El recurso interpuesto por la representación del actor civil Marí Luz y OTROS, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º L.E.Cr., por la inaplicación por parte de la sentencia recurrida de la circunstancia agravante específica de múltiples perjudicados prevista en el art. 529-8º del C.Penal de 1973. Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849-1º L.E.Cr. por cuanto la sentencia aplica indebidamente los arts. 113 y 114 del C.Penal de 1973.

El recurso interpuesto por la representación del encausado Diego , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 de la Constitución española al incurrir la sentencia en incongruencia omisiva y en falta de motivación y por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la L.E.Cr. por no resolver la Sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la



defensa. Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia contemplado en el art. 24 de la Constitución española. Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849-2 de la LECr. por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849-1 de la L.E.Cr. por incorrecta aplicación del art. 528 del Código Penal de 1973. Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849-1 de la L.E.Cr. por incorrecta aplicación del art. 528 del Código Penal de 1973. Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr. por incorrecta aplicación del art. 528 del Código Penal de 1973.

El recurso interpuesto por el encausado Jose Enrique , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985, por considerarse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución. Segundo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del número 3 del art. 851 de la L.E.Cr. por entender que la sentencia no resuelve sobre todos los puntos que han sido objeto de la defensa y, en particular no resuelve ni expresa ni motivadamente sobre ninguna de las cuestiones prejudiciales civiles oportunamente suscitadas. Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985, al considerarse infringido el derecho a la presunción de inocencia declarado en el art. 24.2 de la Constitución, en relación con el principio de legalidad del art. 25.1 del mismo texto constitucional. Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, por considerarse infringido el derecho a la utilización de todos los medios de prueba, a la defensa y a un proceso con todas las garantías comprendido en el art. 24.2 de la Constitución, en relación con los arts. 718 y 746-3 de la L.Enj.Criminal. Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr. al entender que sobre la base de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, se ha incurrido por la sentencia en error iuris, infringiendo el art. 528 del C.Penal de 1973 y el art. 248.1 del C.Penal actualmente vigente en relación con los arts. 1261-2º y 1266-1º y 1269 del C.Civil. Sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del número 1 del art. 849 de la L.E.Cr. al entender que, sobre la base de los mismos hechos probados de la sentencia recurrida, se ha incurrido por la sentencia en error iuris, infringiendo los arts. 1274, 1445 y 1446 del Código civil, en relación con el art. 528 del C.Penal de 1973 y el art. 248.1 del C.Penal vigente. Séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la L.E.Criminal, al entender que, sobre la base de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, se ha incurrido por la sentencia en error iuris, infringiendo el art. 528 del C.Penal de 1973 y el art. 248.1 del C.Penal actualmente vigente, en relación con los arts. 1091, 1255 y 1258 del Código Civil y doctrina jurisprudencial citada. Octavo.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 2 del art. 849 de la L.E.Cr. al haber cometido la sentencia recurrida error en la apreciación de la prueba basado en documentos no contradichos por otros elementos probatorios.

5.- Dado traslado tanto al Ministerio Fiscal del resto de los recursos interpuestos por todos los demás recurrentes, como a todos los recurrentes del interpuesto por el Ministerio Fiscal y de cada uno de todos los que han recurrido, por los mismos se ha evacuado en sus respectivos escritos el traslado concedido; la Sala admitió a trámite todos los recursos y quedaron conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la vista y fallo del presente recurso el día 20 de Febrero del año 2003, con asistencia del Excmo.Sr.Fiscal que mantuvo su recurso; del Letrado D.Javier Boix Reig en nombre del recurrente D. Marcelino que mantuvo su recurso; del Letrado D.Alfonso Piñón Pallarés en nombre del recurrente D. Ángel Daniel y de Mauricio que mantuvo su recurso; del Letrado D.Miguel Bajo Fernández en nombre del recurrente D<sup>a</sup> María Virtudes y otros que mantuvo su recurso; del Letrado D. Gonzalo Rodríguez Mourullo en nombre de D. Diego que mantuvo su recurso e impugnó el del Ministerio Fiscal; del Letrado D. Antonio Hernández Gil, en nombre de D. Jose Enrique que mantuvo su recurso. Seguidamente el Letrado recurrente Sr.Rodríguez Mourullo impugnó los recursos de adverso; el Letrado Sr.Hernández Gil realizó el mismo trámite de impugnación de los recursos de contrario.

Como recurridos, compareció el Letrado D.Francisco Javier Saéñz de Pipaón y Mengs en defensa de DIRECCION000 . y DIRECCION001 que impugnó los recursos en la parte que afecta a sus representados, y seguidamente D.Javier Boix Reig y Don Alfonso Piñón Pallares en nombre de sus representados, impugnaron los recursos de los absueltos Sres. Diego y Jose Enrique . El Letrado Sr.Bajo Fernández impugnó los recursos de las defensas, y el Ministerio Fiscal se ratificó en lo que consta en su escrito.

7.- Por auto dictado en fecha tres de marzo del año dos mil tres se acordó prorrogar el término de diez días para dictar Sentencia en el presente recurso por el de Treinta días mas, lo que se haría saber a las partes.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO





PRELIMINAR.- Dada la complejidad del asunto es necesario, o cuando menos conveniente, establecer el orden resolutorio de los distintos motivos, habida cuenta de la pluralidad de recurrentes, entre los que se hallan los propios acusados absueltos, lo que no es usual en la práctica del foro.

Estimamos oportuno dilucidar los motivos en el siguiente orden:

- a) En primer término el problema prescriptivo, que integra el motivo único del Mº Fiscal y los motivos de los distintos querellantes que recurrieron (Motivo 8º de Marcelino y el mismo ordinal de Ángel Daniel y Mauricio ; motivo 2º de María Virtudes y otros y Marí Luz y otros); y ello por cuanto su desestimación, determinaría la confirmación de la sentencia, y poco o nulo sentido tendría la resolución de los demás, en orden a la alteración del fallo.
- b) Por ir directamente conectado a la prescripción del delito, deberá ser analizada, en segundo lugar, la cualificación de la estafa, referida a la afectación a "múltiples perjudicados" ( art. 529-8 C.P. 1973), y la consideración de los hechos como delito continuado, pero sólo para caso de no ser estimado el motivo anterior. Si lo fuera, la respuesta a estas pretensiones debe diferirse al final, en los motivos por infracción de ley, que se formalizan para sostener la existencia de la figura delictiva propugnada por el Fiscal y acusadores particulares.
- c) A continuación habría que examinar, caso de ser salvado ese primer escollo de la prescripción, o, en su caso, el segundo, los motivos de los acusados recurrentes absueltos.
- d) Sólo si fueran superados y, por ende rechazados todos esos motivos, o los necesarios para entender de un modo u otro subsistentes los ilícitos penales, habría que resolver una por una todas las cuestiones que por corriente infracción de ley aducen los querellantes, en tanto en cuanto se hallan enlazadas en relación subsidiaria a la estimación de las precedentes.

PRESCRIPCIÓN. Recurso del Fiscal y de las Acusaciones Personadas.

PRIMERO.- Al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. el Fiscal y las acusaciones estiman infringido por aplicación indebida el art. 114 del C.Penal de 1973, en relación a la prescripción de los delitos imputados a Diego y Jose Enrique .

Entienden éstos que la presentación de la querrela efectuada cuando aún no había transcurrido el plazo de prescripción produjo la interrupción de la misma, por lo que no debieron haberse estimado prescritos los delitos por los que se les acusaba.

1. Antes de resolver el problema, bueno será que delimitemos el supuesto fáctico.

Los hechos que se declaran probados se estimaron constitutivos de un delito de estafa de los arts. 528 y 529-7º del C.Penal de 1973 y otro delito de falsedad documental, de los arts. 303 y 302-6º del mismo texto legal. La pena a imponer no excedería de 6 años, a pesar de que la sentencia omite la expresa estimación de la agravación específica apreciada como muy cualificada. En el fondo partía de su acogimiento, lo que hacía que, conforme al art. 113 y 114 del C.Penal, los delitos estuvieran prescritos tomando como base, según es preceptivo en estos casos, el castigado con mayor pena.

No existe, pues, controversia entre partes acusadoras y acusadas, ya que arrancando de la calificación de la Audiencia Provincial, el término prescriptivo era de 5 años, y por tanto concluía el día 7 de enero de 1993.

La querrela, acompañada de un poder cuyo alcance jurídico se discute, fue presentada en el Juzgado de guardia el día 6 de enero (festivo en toda España) en donde se tomó nota de dicha presentación, remitiéndola al Juzgado Decano para reparto, lo que se produjo el día 7 de enero de 1993, correspondiendo el conocimiento del asunto al Juzgado de Instrucción nº 18 de Madrid, que, en fecha 20 de enero, incoó y registró las Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado) nº 1079/1993, no admitiendo a trámite la querrela hasta tanto se produjera la ratificación de la misma, hecho lo cual se acordaría. Los querellantes se ratificaron dos meses y dos días después de ser rebasado el límite temporal de la prescripción.

2. Sobre ese sustento fáctico la Audiencia Provincial, Sección 7ª, a quien correspondió enjuiciar el asunto, estima que los hechos están prescritos, haciendo una interpretación formalista del art. 114 C.P. de 1973, al enfocar exclusivamente al análisis de la naturaleza de la querrela, desde su condición de instrumento procesal de parte, iniciadora del proceso, y a su vez, interruptora del término prescriptivo.

Se pregunta el Tribunal de origen si el procedimiento puede ser abierto o no por el Juez Instructor a partir de la simple presentación física del documento ante el Juzgado competente.

No se acompaña a la querrela el preceptivo poder especial, ante cuya omisión el Juez no pudo considerarla como tal, absteniéndose de todo pronunciamiento sobre su admisión o inadmisión hasta tanto no se hubiesen



subsanado las deficiencias esenciales de que adolecía. Cuando fué ratificada, el 9 de marzo de 1993, pasaban ya dos meses y dos días del término de prescripción.

Tampoco el Tribunal consiente atribuir el carácter de denuncia, a la querella defectuosa, ya que al igual que la querella sólo tiene existencia legal y eficacia cuando se presenta personalmente o por medio de mandatario con poder especial ( art. 265 L.E.Cr.).

El apoderamiento notarial que se adjuntaba a la querella, aún intitulándose de especial, sólo concreta que se otorga para presentar denuncias y querellas por delitos de estafa, apropiación indebida o maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

EL Mº Fiscal, ante tal decisión considera que la querella sin poder especial es susceptible de sanación, y en cualquier caso, podría operar como denuncia. A ello se añade la doctrina sostenida por esta Sala en los últimos tiempos, al reputar la simple presentación de una querella o denuncia en el Juzgado una actuación procedimental, susceptible de subsumirse en la expresión legal: "dirigir el procedimiento contra el culpable" (el legislador debió decir inculpado, ya que nadie es culpable antes de ser condenado por una sentencia firme).

3.- Con carácter previo al análisis del tema prescriptivo que nos ocupa, debemos preguntarnos sobre el alcance y consecuencias de la deficiencia formal de la querella.

Los argumentos de los querellantes y el Mº Fiscal pueden resumirse en los siguientes:

a) existía poder especial.

b) aún no existiendo, se produjo la ratificación posterior sanadora, con efectos de ex tunc, enjugando el vicio padecido ( art. 11-3 L.O.P.J.).

c) no obstante esos defectos formales, pudo y debió operar como "notitia criminis"; y por consiguiente con aptitud para iniciar de oficio el proceso penal.

4. Como respuesta a la primera cuestión es obvio que a pesar de la declaración notarial calificando de especial el poder, no lo es. El apoderamiento bastante a que se refiere el art. 277 L.E.Cr. no es otro que el poder "especialísimo", que en términos de nuestro Código Civil, sería aquél que "se otorga para un negocio determinado" ( art. 1712 C.Civil).

Hubiera sido preciso delimitar el objeto de la imputación delictiva y las personas concretas contra quien la dirige.

Poder especialísimo según es definido por la doctrina científica más cualificada, es "el poder otorgado después del acaecimiento del hecho delictivo, en el que se autoriza expresamente al Procurador para presentar querella precisamente por ese hecho".

La querella se hallaría, pues, huérfana de poder especial. Tampoco serviría ese mandato o poder para calificarla de denuncia, ya que ésta exige la firma personal del denunciante y si no puede hacerlo, otra persona a su ruego, o actuar mediante poder especial ( art. 265 L.E.Cr.).

5. Respecto a los efectos de la ratificación, que los recurrentes pretenden extenderlos desde la presentación, una vez sanadas las deficiencias formales, debemos precisar que la retroacción de efectos, a lo sumo, tendría lugar en "las relaciones internas entre poderdante y apoderado, pero no frente a terceros". En el ámbito procesal la ratificación del querellante otorgaría al mismo las posibilidades de actuar en el proceso, perdidas o no utilizadas, desde la presentación de la querella, permitiendo hacer uso de las mismas en la medida de lo posible, si no lo impedían exigencias impuestas por el nivel de la instrucción.

La ratificación realizada por el querellante, no puede afectar, ni siquiera de modo indirecto, al transcurso del tiempo para completar la prescripción, que actúa de modo objetivo e implacable. Entender otra cosa, sería tanto como atribuir a dicha ratificación efectos modificadores sobre el art. 113 del C.Penal de 1973 (tiempo de prescripción).

6. Por último, sí es posible otorgarle a la querella la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio ("notitia criminis").

La querella cumple una doble finalidad, que no alcanzó a perfilar la sentencia combatida en sus argumentaciones:

- por un lado, es un medio de poner en conocimiento de las autoridades judiciales la "notitia criminis", conforme al art. 312 L.E.Cr., al igual que la denuncia ( art. 269 L.E.Cr.) y el atestado ( art. 297 L.E.Cr.).

- por otro lado, constituye un medio a través del cual los querellantes se convierten en parte procesal ( art. 270 L.E.Cr.).



Consecuentes con ese dúplice aspecto, resulta que la querella sin poder especialísimo no es óbice para que el proceso penal se inicie en averiguación de los hechos narrados en la misma contra las personas a quienes se atribuye su comisión.

El Procurador, aún careciendo de poder especial para querellarse y denunciar, actúa como mandatario (poder general) de otro que le encomienda la comunicación al Juzgado de unos hechos presuntamente delictivos, que imputa a personas determinadas.

7. Recurrentes y recurridos sobre esta particular confrontación dialéctica traen a colación innumerables sentencias de esta Sala, alguna de las cuales en lugar de clarificar, oscurece la decisión del problema, al dirigirse su doctrina a la precisión de otros aspectos de la prescripción, distintos a la capacidad legal de la denuncia o querella para interrumpirla.

Nos estamos refiriendo a los siguientes fenómenos:

a) La identificación nominal de los presuntos responsables. No puede afirmarse el efecto interruptivo, ni de la denuncia ni de la querella ni de la investigación, si en tales modalidades de incoación del proceso penal no aparecen nominadas una o unas personas determinadas o fácilmente determinables.

b) Ello debe ser complementado por la delimitación fáctica de los hechos que se imputan al inculpado o inculpados, que permitan conocer el alcance genérico de la infracción que se pone de manifiesto.

c) Determinación de la naturaleza de la actuación judicial -necesaria en un proceso ya abierto- para que la paralización del procedimiento se entienda alzada. Es el supuesto contemplado en el último inciso del parr. 2º del art. 114 ("o se paralice el procedimiento").

Tampoco las características de esta incidencia procesal deben confundirse con la interrupción de la prescripción por "dirigirse el procedimiento contra el culpable".

Cuando el proceso en marcha se paraliza sólo tienen virtualidad interruptiva de la prescripción aquellas resoluciones judiciales que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis.

Las decisiones o diligencias puramente formales, inocuas o intrascendentes que no afecten al avance del procedimiento, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos interruptivos.

8. Delimitado así el problema, hemos de partir, en nuestro caso, de que la querella defectuosa contenía la descripción precisa de los hechos considerados delictivos y la concreta identificación de los presuntos autores.

Sobre la concreta interpretación de cuando se considera que "el procedimiento se dirige contra el culpable" existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala:

a) La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la querella o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querella.

Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

Bastaría, en una concepción más flexible, con la decisión judicial que abre el procedimiento, en tanto en cuanto es presupuesto imprescindible la existencia de procedimiento para poderlo dirigir contra el culpable. La ley establece esa conexión, aunque no señale ni precise la calidad ni la intensidad de la misma, como ha tenido oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional ( S. Pleno T.C. nº 69 de 17 de marzo de 2001). La conexión se produce tras la admisión a trámite de la querella dados los términos de la misma, ya que esa admisión a trámite sí es una actuación procesal en el sentido propio, susceptible de integrarse, en cuanto a su dominio subjetivo, con los propios términos de la querella y entenderse dirigida contra los querellados. Una muestra de esta tendencia interpretativa sostenida por la Sala Segunda en su línea moderada, de no exigir ningún acto de imputación formal, aparece directa o indirectamente reflejada en SS. de 3-Febrero-84; 21-enero-93; 26-febrero-93, 30-septiembre-94; 31-mayo-97, 28-octubre-1992; 16-octubre-1997, 25-enero-1999, 29-septiembre-1999, 25-enero-2000, entre otras.

b) La segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querella con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.



Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y aparece bastante consolidada en esta Sala. Ejemplo de ello lo tenemos en la SS. 3-febrero-95; 6-noviembre-95, 15-marzo-96; 11-febrero-97, 4 y 13-junio-97; 30-septiembre-97; 30-diciembre-97; 25-abril-98, 29-julio-98; 23-abril-99; 10 y 26-julio-99, 6-noviembre-2000, 30-octubre-2001.

Son de destacar de forma especial, por lo recientes, las nº 147 de 5-febrero-2003 y nº 162 de 4-febrero-2003.

9. La Sala, a la vista de la inequívoca tendencia prevalente, últimamente mantenida, debe acogerla en su integridad. Es evidente que los supuestos contemplados en las sentencias antes reseñadas no coincidirán exactamente con el que a nosotros nos atañe, en cuanto éste es un caso de querrela defectuosa, pero ello no empece para que la doctrina proclamada se acomode plenamente a nuestra hipótesis.

La querrela tuvo la virtualidad de integrar una denuncia, que aún carente de poder especial, a efectos de traslado de responsabilidades al denunciador (v.g. denuncia falsa), bastó 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.

Existió, a su vez, procedimiento judicial, que se colma, según jurisprudencia de esta Sala, con la anotación en el registro general del Juzgado (S. nº 162 de 4-2-2003), circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos ( art.9-3 C.E.)

El Juzgado de guardia, que actúa a prevención de los demás, en casos de inactividad de los otros de su mismo Partido Judicial (el día de la presentación de la querrela era festivo), es tanto como si se hubiera presentado en el Juzgado al que por turno correspondió instruir el asunto. Prueba de la competencia eventual o excepcional, es que de haber sido precisa la práctica de alguna diligencia urgente, que no admitiera demora, la debió practicar el Juzgado de guardia; pero ese no fue el caso.

Por todo lo expuesto, procede estimar el motivo que analizamos, simultáneamente formalizado por el Mº Fiscal y las partes acusadoras y actoras civiles, estimando no prescritos los hechos denunciados.

Recursos de Diego y de Jose Enrique .

A) CUESTIÓN PREJUDICIAL CIVIL:

SEGUNDO.- Con base en el art. 5-4 L.O.P.J., alegan en el primero de los motivos que plantean, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24-1º C.E.), al incurrir la sentencia en incongruencia omisiva y en falta de motivación. A su vez, este mismo motivo es amparado en el art. 851-3 L.E.Cr. como quebrantamiento de forma, al no resolver la sentencia todos los puntos propuestos por la defensa.

1. La queja se reduce a las siguientes omisiones:

a) El Tribunal acordó no pronunciarse sobre las "cuestiones previas" de naturaleza civil, difiriendo la decisión al momento de dictar sentencia, cosa que no hizo.

b) Tampoco pueden reputarse resueltas dichas cuestiones -en opinión del recurrente- de forma tácita o implícita en la sentencia, pues la calificación jurídico-civil de los negocios enjuiciados en este procedimiento, a través de los cuales se desarrollaron las conductas estimadas delictivas, no resultan contestadas por considerar los hechos integrantes de un delito de estafa.

c) Aunque se consideren rechazadas las pretensiones sobre dichos pronunciamientos civiles, la sentencia no explica las razones de su rechazo.

2. Los recurrentes analizan la oportunidad procesal del planteamiento de la cuestión prejudicial civil. Lo hacen por el cauce establecido en el art. 667 L.E.Cr., en relación al 3 y ss. L.E.Cr. y 10.1 L.O.P.J., que claramente resulta improcedente, al estar reservado tal mecanismo procedimental para la resolución de las cuestiones previas ("artículos de previo pronunciamiento") en el sumario.

Lo invoca también en el escrito de defensa, y en base al mismo, como cuestión previa, en el trámite de audiencia preliminar contemplada en el art. 793.2º, que debe estimarse el adecuado y oportuno.

En el primer caso se rechaza por el Tribunal "a quo" por no figurar en el art. 666 L.E.Cr. la cuestión planteada. La desestimación es conforme a derecho, pero no por tal motivación, sino por razones del procedimiento seguido (Procedimiento Abreviado). Por otra parte, se califica como cuestión prejudicial no devolutiva, en lo que hay coincidencia entre el postulante y el Tribunal.

Al replantearse la pretensión, ya correctamente, al inicio de las sesiones del juicio, el Tribunal se pronuncia (existió decisión judicial), según se comprueba en el acta de 8 de noviembre de 2000. En tal resolución, el



organo jurisdiccional de instancia admite la competencia para resolverla, pero no se pronuncia en esa ocasión al estar relacionado el pronunciamiento con el resultado de las pruebas y la convicción del Tribunal.

Sólo después de concluído el juicio podrá dilucidarse sobre el carácter delictivo o civil de los hechos -apostilló la Audiencia-. De nuevo el Tribunal resolvió, con acierto o sin él, pero se pronunció aunque fuera de un modo genérico, acerca de lo que se le planteaba.

Al no hallar trámite propio para la resolución de una cuestión prejudicial no devolutiva, el Tribunal entendió, con cierto fundamento, que en el fondo lo que estaba planteando el acusado, era la consideración de los hechos como cuestión de naturaleza estrictamente civil. Realmente el objetivo último del censurante no era otro que diluir el aspecto penal de la conducta enjuiciada en toda la serie de negocios jurídicos de carácter anómalo habidos inter partes, atribuyéndoles carácter civil.

En última instancia, lo que en la práctica querían los acusados es que se pronunciara el Tribunal previamente y de un modo singularizado sobre todas y cada una de las cuestiones civiles, que en abundante número, refería en su escrito de proposición de las mismas.

Por último, el Tribunal de origen, en el Fundamento jurídico noveno, se pronuncia de una manera escueta, pero contundente, acerca de las cuestiones prejudiciales planteadas.

Estima que no ha sido necesario pronunciarse con carácter previo sobre todos los extremos que se solicitaban, por no ser necesario para el enjuiciamiento de los hechos.

De nuevo resuelve el Tribunal, quedando excluído cualquier quebrantamiento de forma, ya que no existió olvido o preterición de lo que se sometía a su consideración. Hubo denegación, con argumentos, ciertamente escuetos, pero suficientes, que podrán compartirse o no, pero en este último caso es factible ejercer los recursos pertinentes.

3. Habría que dar un paso más y examinar si la resolución formal ha podido producir indefensión al no efectuarse el pronunciamiento, en la forma y con el alcance postulados por los recurrentes.

Sobre ello cabe hacer las siguientes consideraciones:

- Lo que los recurrentes llamaron cuestiones prejudiciales civiles no devolutivas, no poseen carácter de presupuesto de la resolución penal de fondo.
- El Tribunal penal -como bien apuntan las partes procesales adversas- resuelve la cuestión civil dentro del proceso penal en el momento de dictar la resolución final.
- Contrariamente a lo pretendido por los recurrentes las cuestiones prejudiciales no devolutivas son sólo presupuestos no penales de la decisión penal de fondo, que con carácter general se dilucidan en ésta, pero no exigen una resolución formal anterior (previa) e independiente de la penal.

En síntesis podemos afirmar que, las sedicentes "cuestiones prejudiciales civiles" alegadas, no son pretensiones del proceso penal, sino argumentos de las pretensiones.

Las únicas pretensiones que deben recibir respuesta del Tribunal en el fallo de la sentencia, son las contempladas en el art. 650 L.E.Cr.

La Audiencia Provincial, de modo indirecto se pronunció en los aspectos precisos y en la medida de lo necesario ("a efectos de la represión"), sobre estas cuestiones en el relato de hechos probados en que se plasmaron los hechos acaecidos y las relaciones jurídico-civiles de las que aquéllos derivaban, lo que implica una calificación técnico-jurídica de dichas relaciones, de tal suerte que al consignar la descripción fáctica viene a aceptar como probadas ( o desechar como no acreditadas) todo el cúmulo de cuestiones civiles que, en número de quince, planteaba la defensa, argumentando "a posteriori" sobre todo el bagaje probatorio que sustentaba el factum, en los fundamentos jurídicos.

Los recurrentes pueden discrepar de tales calificaciones o de las consecuencias jurídicas que se hacen derivar de las mismas, pero ningún déficit en la tutela judicial de sus derechos se ha producido, provocadora de indefensión.

El motivo 1º del recurrente, Diego y el 1º y 2º de Jose Enrique , no pueden prosperar.

B) PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

TERCERO.- El motivo 2º de Diego denuncia, utilizando la vía del 5-4 L.O.P.J., infracción del derecho fundamental, que a todo acusado asiste, a la presunción de inocencia regulado en el art. 24-2 C.E.

1. Partiendo de una base errónea o no rigurosa, entiende que las únicas pruebas de cargo, que sirvieron para fundamentar la sentencia, fueron las tres que a continuación se citan:



A) Las declaraciones de las presuntas víctimas que, en su opinión, no pueden aceptarse por las siguientes razones: a) concurren en ellos causas manifiestas de incredibilidad subjetiva; b) hay elementos objetivos abrumadores que contradicen lo manifestado por estos pretendidos testigos; y c) dichos declarantes han variado radicalmente su imputación a lo largo del procedimiento, al haber dado un giro de 180 grados a su versión acusatoria ante la evidencia, que apareció en el juicio oral, de que la prensa había publicado en noviembre de 1987 todos los detalles de la operación.

B) La declaración del testigo que no depuso en el juicio oral. El Tribunal a quo rechazó la petición de esta defensa de que, por la vía del art. 730 LECr., se diera lectura a unas manifestaciones de dicho testigo en que matizaba y concretaba lo declarado por él ante el Instructor, limitándose después en la Sentencia a descartar, por motivos estrictamente formales, estas manifestaciones y sin ponderar en ningún momento, ni tener en cuenta siquiera, su contenido.

C) Por último, por lo que se refiere al delito de falsedad, piedra de toque de toda la versión acusatoria, la sentencia reconoce expresamente el absoluto vacío probatorio del que parte, para pasar después a realizar una argumentación sobre la supuesta necesidad de que el documento fuera falso, por lo que incurre -a su juicio- en contradicciones lógicas insalvables.

El recurrente justifica la intromisión en el análisis valorativo de la prueba realizada por el Tribunal, poniendo de relieve la legitimidad de llevarlo a cabo, en aras al control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Constituye un examen crítico de la estructura racional del silogismo que enlaza esos dos elementos del juicio sentencial referidos.

2. Bien conocidos son los límites y restricciones que afectan a las posibilidades resolutorias casacionales, cuando tal derecho reaccional se alega, pero no es de más recordar lo reiterado por esta Sala.

Nos dice la Sentencia nº 1689 de fecha 27/09/2001 "que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido, amén de en nuestra Constitución (art. 24-2), en los más caracterizados Tratados Internacionales, suscritos por España, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14-2º) y objeto de una detallada elaboración por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 138/1992, 303/1993, 182/1994, 86/1995, 34 y 147 de 1996, etc.) y de esta Sala, (entre otras, SS. 27-11-1999, 17-febrero, 15-abril-2000, 22-4-2000, 9-5-2000, 5-junio- 2000, 7, 17 y 19-7-2000, 5 y 27-9-2000), significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado.

En casación, al alegarse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la Sala deberá ponderar:

- a) las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para atribuir unos hechos delictivos a una persona.
- b) si las pruebas fueron practicadas en juicio con sujeción a los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción.
- c) de haber sido practicadas en el sumario, si fueron introducidas en el debate del plenario por la vía de los arts. 714 y 730 de la L.E.Cr.
- d) si las pruebas se practicaron con observancia de las normas procesales y respeto a los derechos fundamentales.
- e) si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia o de las ciencias.

En definitiva, el Tribunal de casación, en su función de control, queda limitado a dos aspectos:

- 1) verificar el juicio sobre la prueba.
- 2) verificar la racionalidad de los juicios de inferencia, o estructura racional de los argumentos que justifiquen las conclusiones apreciativas o valorativas que el factum refleja, habida cuenta del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9-3º).

En todo caso, superados estos dos controles, deben quedar extramuros del control casacional la valoración de la prueba, lo que sólo compete al Tribunal de instancia en virtud de la intermediación de que dispuso, conforme al art. 741 L.E.Cr.

Tampoco debe alcanzar a los aspectos de naturaleza subjetiva precisos para configurar la infracción delictiva"

3. En el primero de los aspectos aducidos, el recurrente entendió que el testimonio de las presuntas víctimas (Sr. Marcelino y Sr. María Virtudes ), no debe merecer credibilidad por una serie de razones que enumera.



La primera es que, siendo querellante y a la vez acusador particular en la causa, tiene un enorme interés en su resultado, al reclamarse cantidades multimillonarias. El Sr. Gerardo aunque no tenga tal condición, si la poseen sus hijos y la mayor parte de sus parientes.

Añade que también fue el Sr. Marcelino quien trajo al procedimiento al Sr. Rodolfo , y aquél y sus dos socios quienes hicieron venir a España a declarar al Sr. Jon , representante en Londres de DIRECCION008 , maniobras significativas que pueden y deben enturbiar su credibilidad.

Frente a tales argumentaciones hemos de partir de una afirmación inconcusa de esta Sala, que invariablemente se reitera en sus resoluciones, cual es, la aptitud de las declaraciones de víctimas y perjudicados para desvirtuar por sí solas la presunción de inocencia, siempre que se emitan e introduzcan en el proceso con todas las garantías.

Debemos además advertir que aunque la propia Sala, para garantizar o asegurarse de la veracidad de los testimonios de la víctima, ha acudido a cautelas o filtros que tamicen, depuren y refuercen la credibilidad aparente de lo manifestado, no deben ser elevados a la categoría de requisitos o exigencias legales, que obliguen a comprobar su concurrencia o no, al objeto de otorgar validez o eficacia a este medio de prueba. Realmente son meros recursos o instrumentos que el Tribunal de casación utiliza como coadyuvantes o auxiliares de que la garantía de las percepciones o convencimiento alcanzado se halla contrastado. Mas, el elemento primordial siempre será la personal aprehensión de la prueba que lleva a un convencimiento del juez acerca de la verdad o falacia de los testimonios que ante él se vierten.

Suele recurrirse a tres órdenes de comprobaciones:

- a) Incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones autor-víctima.
- b) Corroboraciones probatorias periféricas de carácter objetivo.
- c) Persistencia o uniformidad en la incriminación o testimonio incriminatorio.

4. Fijando nuestro criterio en el primer aspecto, hemos de partir de la situación o contexto de las relaciones personales (autor-víctima), antes del delito. Después de cometido éste, es inevitable un cierto ánimo de restablecer o enjugar el agravio, a través de la justicia. No por ello resulta eliminado de forma categórica el valor de sus afirmaciones.

El querellante Sr. Marcelino , declaró que las relaciones con los acusados eran cordialísimas, las juntas generales eran puro trámite, dada la conjunción de intereses y la confianza habida, que era total; el precio único iba implícito en la oferta y el 95% eran todos los socios; en ningún documento observó que se hiciera una oferta de 150.000 pts./m<sup>2</sup> para todos los accionistas; afirmaciones todas no rebatidas, lo que permite entender que las declaraciones inculpatorias de éste no se han prestado por motivos torticeros que pudieran enturbiar su sinceridad. Por lo menos, es sensato entenderlo así y desde luego constituyó una opción valorativa asumida por el Tribunal, ante la inexistencia de datos que evidenciaran cualquier clase de resentimiento, enemistad o venganza.

Nada dice, a su vez, que trajera al proceso al Sr. Rodolfo y al Sr. Jon , si lo hizo en un afán de esclarecer la verdad de los hechos, de los que estaba convencido.

5. Entre los datos objetivos que, según la tesis de los recurrentes, cuestionan o reducen la credibilidad de los testimonios de los querellantes, podemos destacar, en primer término, la publicación aparecida en el diario "El País" donde se descubren o revelan muchos datos de la operación negocial con KIO (contratos de Londres de 23-11-87), vinculándola a la Constitución de " DIRECCION010 ." y en la que se publica el precio medio por metro cuadrado de superficie que debía ser vendida en PLAZA000 "que rondaba las 200.000 pts.", según la información periodística.

Este hecho tampoco se considera óbice a la credibilidad del testimonio de los testigos. Al día siguiente de tal información - según declaración del Sr. Marcelino - le llamó Diego y le preguntó si había visto la reseña de la operación en la prensa, respondiéndole afirmativamente y añadiendo que era fabulosa la venta que iban a realizar, si a cambio de los solares, comprados no hacía mucho tiempo a un precio bajo, se vendían mucho más caros y además adquirirían acciones del B. Central, mil pesetas mas baratas de su valor.

Posteriormente, recibió la carta del Sr. Gustavo de 4-12-87, remitida en representación de los acusados recurrentes, en la que se expresaba la imposibilidad de conseguir un precio superior a las 150.000 pts. por metro cuadrado, a pesar de las intensas negociaciones realizadas frente a la parte compradora.

Ante tal situación huelga cualquier información periodística, frente a lo manifestado de primera mano por los socios mayoritarios negociadores de la operación. Los minoritarios, lógicamente debían dar mayor credibilidad a lo que les decían los acusados, respecto al precio que los adquirentes estaban dispuestos a abonar.



En definitiva, según declaran los testigos Sr. Marcelino y Bartolomé, después hubo reuniones y juntas, pero nunca se habló de precios diferentes; siempre se insistía en un precio de 150.000 pts. metro cuadrado.

La valoración de la prueba y el grado de veracidad otorgado, entran dentro de los cánones de la más pura lógica, pues de haber conocido los socios minoritarios los verdaderos detalles de la operación no se hubieran avenido a enjenerar a un precio notablemente inferior al de otros accionistas, sin que se mencionara en ningún momento tal circunstancia.

La información periodística determinó la ampliación del testimonio de los perjudicados sobre lo que conocían de Cartera Central, sin que ello supusiera alterar el núcleo esencial de su imputación originaria. De tal conocimiento no cabe deducir, ni mucho menos, que los minoritarios conocieran el precio pactado en Londres y aceptaran el dispar precio de venta de unos y otros.

Desde otro punto de vista, nada tiene que ver que los peritos propuestos por la acusación y no recusados por la defensa no consideraran la operación de Cartera Central, por cuanto ninguna relación existía entre este aspecto y la pericia realizada que se centraba en la determinación del importe de lo defraudado. Cartera Central, según la sentencia, se constituyó en el móvil de la defraudación.

6. Otro de los hechos objetivos que en opinión de los recurrentes debilitaba la credibilidad de los testimonios de los perjudicados querellantes, en particular de los Sres. Marcelino, Ángel Daniel y Mauricio, es haber aportado, como documento acompañatorio de la querrela, el contrato de Londres de 23-11-87, celosamente ocultado por los acusados.

Desconociéndose el cauce o los medios a través de los cuales aquéllos llegaron a conseguir tal documento, es factible inferir que se lo pudo haber facilitado, en su momento, DIRECCION008, y por tanto ser conocedores en el acto de la venta de la diversidad de precios.

Tampoco sobre este particular puede achacarse a la Sala de instancia la infracción de las reglas de la lógica y la experiencia, al restar credibilidad a la declaración del testigo Sr. Carlos Ramón, cuando afirmó que "por referencia le consta que los abogados del Sr. Marcelino, hablaban con frecuencia tanto con los representantes de DIRECCION008, como con los abogados de tal entidad".

Ninguno o escaso valor probatorio puede otorgarse a un testimonio indirecto, que no menciona la fuente de información, hablando y aportando datos en tono dubitativo (art 710 L.E.C.). Por otra parte, no debemos olvidar que dicho testigo en fase de instrucción afirmó, por tres veces, que no conocía la existencia de precios distintos (fol. 1155 a 1157), pese a su intervención en las negociaciones, y en el juicio oral insistió "que ya declaró que no le constaba que hubiera distintos precios para los distintos accionistas de DIRECCION002". Además, de tales presuntos contactos no cabe deducir, sin más, el conocimiento por parte de los querellantes del contenido del contrato de 23-11-87, sobre los precios realmente comprometidos por metro cuadrado a edificar. En este punto, las declaraciones de los querellantes son coherentes y vienen avaladas por los documentos obrantes a los folios 32 y 33 de la causa (Carta de DIRECCION008 a DIRECCION003 y a DIRECCION004 de 23-11-87), precisamente de la misma fecha que el primer documento, y la carta de DIRECCION000, suscrita por Gustavo, dirigida a Astor el 4-12-87.

Tampoco tendrían sentido, de aceptar la tesis de los recurrentes, la Junta General de Urbanor de 28 de diciembre de 1987, en la que los socios minoritarios aceptan el precio que creen real, ni la negativa a que algún socio minoritario acompañara a Londres a los mayoritarios para negociar, ni que el Sr. Jon declarara no haber negociado directamente con ninguno de los minoritarios (fol.644).

7. El último de los elementos objetivos, que a criterio del recurrente, priva de credibilidad a las declaraciones de D. Marcelino, es el hecho probado en juicio de que éste no ejecutó realmente los proyectos de arquitectura por los que se debían pagar cantidades importantes de dinero y que para él constituyeron una condición "sine qua non" de la venta de sus derechos de suscripción preferente.

Es cierto que en el contrato de venta de 7 de enero de 1988, entre Marcelino y Koolmes Holdings B.V., se establece una estipulación 3ª en la que se le designa arquitecto autor de proyectos y director de obra referente a los solares de la PLAZA000, consignándose, igualmente, una cláusula 4ª que atribuye a tal designación carácter de pacto esencial y causa de la venta, conviniendo, para la hipótesis de incumplimiento una indemnización a cargo del comprador, que actuaría a modo de cláusula penal, por 500 millones de pesetas.

A pesar de tal alegato, existen razones para entender que se desplegó una actividad profesional efectiva, y que la retribución de la misma, aunque fuera sustanciosa, no actuaba como precio. Concurren ciertas circunstancias para no considerarlo así:

a) La empresa DIRECCION002 a los folios 565 y 566 (Anexo II) hace referencia a las cantidades pagadas a D. Marcelino "por los servicios y honorarios profesionales, peritados en relación con el proyecto de PLAZA000".





b) Tal prestación ya se acordó en la Junta General de accionistas de Urbanor el 5 de marzo de 1987 (mucho antes de la venta), del mismo modo que los socios acordaron entonces que la construcción sería ejecutada en igualdad de condiciones (para caso de que se vendieran los solares para construir), por DIRECCION000 y DIRECCION004 . Todos los socios eran concededores de las compensaciones que pretendían exigirse en caso de venta de los solares.

c) En la Junta General de 28 de diciembre de 1987, se acuerda formalizar los contratos derivados del anterior acuerdo, reduciendo en el Sr. Marcelino su intervención al 50% a compartir con los técnicos que designara DIRECCION002 .

d) A su vez, el reparto en la ejecución de los proyectos se efectúa entre DIRECCION000 , propiedad de los acusados, en un 70% y DIRECCION004 en un 30%.

e) Si se reputara precio, habría que computar también en el que correspondió a los acusados el 70% de las obras adjudicadas a las empresas de aquéllos.

f) Una cosa es el precio pactado por la venta de los solares y otra distinta -que obedece a un proyecto de inversión posterior a la compra- la ejecución de las obras, en la que DIRECCION008 , debía desembolsar cantidades distintas a las pagadas por los solares.

g) El contrato del Sr. Marcelino se firmaba -como la sentencia combatida apunta- para prestar unos servicios profesionales a realizar en el futuro, por lo que en el momento de la firma del contrato no se podía saber el nivel de dedicación del arquitecto a la obra que se había de llevar a cabo.

Por todo ello, las conclusiones obtenidas por los jueces a quibus de la Audiencia, no resultan, en modo alguno, arbitrarias, sino llenas de racionalidad y coherencia.

CUARTO.- En la misma línea argumental el recurrente Diego , en el motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pretende restar toda virtualidad probatoria al testimonio leído en juicio de D. Jon .

1. Las distintas secuencias procesales, referidas a lo dispuesto por tal testigo y que integran la protesta del recurrente, podemos resumirlas del siguiente modo:

a) El Sr. Jon fue propuesto como testigo por la defensa del recurrente para el acto del juicio oral, y también se propuso como prueba anticipada el libramiento de la oportuna comisión rogatoria al Reino Unido (pues era súbdito británico allí residente) para que, con intervención de las partes, fuera oído. La Sala de instancia, en el auto correspondiente, aceptó la prueba testifical y rechazó la comisión rogatoria.

b) En la causa constaba que prestó una declaración el 3 de noviembre de 1995 (folios 643-645. Tomo III).

Que se aportó una carta del mismo que remitió al Sr. Rodolfo en fecha 2-julio-96 (folios 1863-1865. Tomo VII).

Que también se aportó una declaración notarial o "affidavit" efectuada en Londres, según instrumento público de 10 de febrero de 1998 (folio 1866. Tomo VII de la causa). c) Al final de las sesiones del juicio oral dedicadas a la práctica de la prueba se puso de manifiesto que dicho testigo ni había comparecido ni era de esperar que lo hiciera, ante lo que la representación del Sr. Marcelino solicitó con base en el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la lectura de lo declarado por aquél testigo ante el Juez Instructor. La defensa del recurrente se opuso a dicha lectura, pero si se accedía a ella interesó se leyera a su vez todas las manifestaciones que el Sr. Jon había efectuado en la causa.

Tras otras diversas peticiones de las partes, el Tribunal acordó que se diera lectura a la declaración hecha por el testigo en el Juzgado y "en cuanto a la declaración hecha notarialmente (se decía) no se va a leer y cuando llegue el trámite de la prueba documental se resolverá". Sin embargo, llegado ese momento, y pese a la petición de las defensas, se acordó "que no había lugar a tal lectura de la declaración notarial ya que se trataba de prueba documental y debía dársele el valor que correspondiera con tal carácter".

d) Luego, en la sentencia, la Sala de instancia ha rechazado por motivos formales la carta y declaración notarial del Sr. Jon y ha aceptado plenamente, lo manifestado por aquél ante el Instructor.

e) Para que sea válida como prueba de cargo la simple lectura del testimonio de un testigo que no ha declarado en el plenario es necesario que concurren tres requisitos: 1º) que se hayan agotado las posibilidades de su búsqueda, lo que se estima que también puede aplicarse al testigo residente en el extranjero; 2º) que las declaraciones en la instrucción se hayan producido con respeto a las normas procesales y garantías constitucionales consiguientes y 3º) que las referidas declaraciones se hayan incorporado legalmente al proceso y se hayan reproducido en el acto del juicio oral en condiciones que hayan permitido a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Considera el recurrente, por las razones que expone, que estos tres requisitos no se han cumplido.



f) Por último, y mediante el análisis del contenido de la declaración sumarial del testigo y de los otros dos documentos aportados a la causa, se llega a la conclusión -lógicamente interesada- de que no hay contradicción entre lo que figura en aquella declaración y las aclaraciones que luego efectúa en su carta de 2-julio-96 y reitera en la declaración notarial de 10- febrero-98.

En consecuencia, la declaración del Sr. Jon en la causa no puede ser aceptada como prueba de cargo, a juicio del recurrente.

2. Las situaciones procesales referidas no permiten aceptar la declaración del Sr. Jon desde el punto de vista formal y material.

Los recurrentes solicitan una comisión rogatoria con el fin de que el estigo declare en Londres, para el caso de que no compareciera a juicio en España. Se rechaza la petición y no existe manifestación o protesta alguna por parte de los censurados. La única posibilidad procesal era reproducir la solicitud al comienzo de las sesiones del juicio oral, habida cuenta que nos hallamos ante un Procedimiento Abreviado ( art. 792 L.E.Cr.).

El testigo no asiste a juicio porque resulta fallida su citación, por no ser conocido en el domicilio que se indicaba en el exhorto diplomático. Los datos de localización del mismo son los que eran conocidos por figurar en la carta remitida a Rodolfo , utilizados por la propia defensa.

La Audiencia interesa de las partes la facilitación de otras direcciones del testigo, sin que por las defensas se aporte ninguna, y a pesar de ello se lleva a cabo un segundo intento de citación.

En tal situación no es posible achacar a las acusaciones la no comparecencia del testigo, prueba solicitada por unas y otras partes procesales, ni tampoco era posible ni procedente la cumplimentación del exhorto diplomático para que declarase en Londres, ante la ausencia de domicilio cierto y preciso en donde citarle.

Los impugnantes no interesaron la suspensión del juicio para que se llevara a efecto la declaración (prácticamente ilusoria) del testigo, ni formularon las pertinentes preguntas a las que debería responder para que en esta instancia casacional, se pudiera valorar la relevancia de las mismas y su repercusión en el derecho de defensa de los postulantes de la prueba.

3. Ante la imposibilidad de practicar la prueba testifical del Sr. Jon , las partes acusadoras invocan el art. 730 L.E.Cr., al objeto de proceder a la lectura de lo declarado por aquél en el sumario y somerlo a la debida contradicción en el juicio oral.

Conforme a la ya consolidada doctrina de esta Sala, que por lo reiterada excusa su cita, nos hallamos ante un caso en el que por una doble razón es factible y ajustado a derecho acudir a la lectura de la declaración del testigo incomparecido:

-que el testigo se encuentre en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal.

-que hallándose en ignorado paradero, hayan resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal.

Por el contrario, la pretensión de los recurrentes de que fueran leídas en juicio la carta remitida por el Sr. Jon al Sr. Rodolfo y las manifestaciones notariales (affidavit) efectuadas por el Sr. Jon , estuvieron correctamente denegadas por el Tribunal a quo.

La autoría de la carta y su contenido carece de las más mínimas garantías de autenticidad. La declaración notarial, no ha sido sometida a contradicción. No tiene carácter de prueba documental sino de testifical documentada, sin las garantías fundamentales exigidas en el proceso penal (inmediación, publicidad y contradicción) para que surta los pertinentes efectos probatorios.

Por otro lado, la declaración sumarial del Sr. Robinson revestía todas las condiciones legales para calificarse de prueba preconstituída, en cuanto realizada ante el Juez, bajo fe de Secretario, y con intervención del Fiscal y demás partes personadas en aquel momento, en particular, con la intervención de los recurrentes.

4. Todavía desde el punto de vista material -sostienen los recurrentes-, no debe otorgársele valor probatorio a tal declaración, por cuanto en el momento en que fue hecha, no se disponía en autos de ciertos documentos o datos, que fueron después conocidos, resultando incompleta y mutilada dicha declaración.

El razonamiento no es aceptable, por cuanto el Tribunal, al valorar el testimonio, tuvo en consideración tal circunstancia; las preguntas más trascendentes de las que le fueron formuladas pudieron ser contestadas con pleno conocimiento de causa; sobre los documentos que le fueron exhibidos pudo alegar lo que tuvo por conveniente; se atendieron no sólo a las formales respuestas realizadas, sino a la razón de ciencia o justificaciones, que el propio testigo ofreció; y por último, no cabe olvidar, que si todavía no habían accedido



al sumario ciertos documentos, fue debido a la inactividad de los recurrentes, en cuyas manos estaba la posibilidad de aportarlos.

Sobre la razonabilidad en la valoración de los testimonios, los recurrentes protestan por haber alzaprímado el Tribunal las declaraciones leídas del Sr. Jon , frente al contenido de lo afirmado en juicio por Rodolfo Rosa. Examinemos someramente tales declaraciones.

El Sr. Jon no se limita a ofrecer justificaciones formales que sustenten la credibilidad de su declaración, sino razones concluyentes como que "este tipo de ofertas precisaba dos firmas que nunca serían del declarante". Además " DIRECCION008 nunca hubiera comprado acciones de empresas españolas, directamente, por motivos fiscales, sino a través de la empresa holandesa Koolmes", añadiendo luego que "es imposible que hubiera firmado la carta-oferta consciente de su contenido, lo que hubiere dado lugar a ser despedido por DIRECCION008 . Reconoce que la firma que aparece es la suya, pero hay que tener en cuenta que es una fotocopia".

Por su parte el Sr. Rodolfo , al tratar de justificar el contenido de la declaración inicial de Jon , afirmó en el Juzgado (fase instructora, folio 1.104 y ss. del T. IV) que el documento nº 2º, esto es, la oferta a los minoritarios realizada el 23-11-87, en donde se señalaba el precio de 150.000 pts. metro cuadrado, era totalmente falsa, añadiendo dos razones por las que llegaba a esa conclusión: una "porque nunca trabajó DIRECCION008 con el membrete que aparece en el documento, ya que al ser una agencia oficial, debía trabajar siempre con documentos con membrete distinto" (téngase en cuenta que el documento está fechado en Londres); y otra, que " DIRECCION008 creía que Construcciones y Contratas representaba el 100 % de los accionistas de DIRECCION002 . Una de las condiciones del contrato auténtico global de 23-11-87 era que se vendiera el 100 % del solar". Añadió que el Sr. Jon le dijo "que no había firmado el documento que se le exhibió en el juzgado, ya que su función en DIRECCION008 no le permitía firmarlo".

En juicio, cambia el tenor de su declaración y habla de una carta posterior del Sr. Jon , en la que le decía que había firmado ese documento. El Sr. Jon vino a España y el declarante le enseñó una fotocopia del documento de 23-11-87 y dijo que sí lo había firmado. Aporta la carta al Juzgado.

La contradicción, y por ende, la dudosa credibilidad, es obvia. Ha de significarse que Jon , ya en su declaración en el Juzgado, admitió que la firma que aparecía en el documento era suya. Rodolfo , no hace referencia a que la carta recibida afirmase que el Sr. Jon encontró el original de dicha carta en sus archivos, que sin embargo, no ofrece aportar para confirmar su aserto.

Aunque dialécticamente se admitiera el haber encontrado el Sr. Jon un original del documento en sus archivos, seguiría sin explicarse (presumiendo el error de haber encabezado el documento con el membrete de DIRECCION008 ) por qué se precisaban dos firmas, y en la carta figuraba una sólo, la suya, y por qué la compra de acciones no se hacía directamente con Koolmes.

De todo lo expuesto se concluye que, la exigua o nula credibilidad otorgada al testigo Sr. Rodolfo , resulta razonable y justificada, como también entra dentro de las leyes de la lógica y la experiencia atribuir valor probatorio a la inicial declaración realizada en el Juzgado por D. Jon .

QUINTO.- Por último y dentro del motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente Diego rechaza la atribución del delito de falsedad (carta de 23-11-87) por carecerse de la más mínima base probatoria para entenderlo así.

La falsedad que se predica en el relato de hechos probados se refiere a la carta de 23-11-87, en la que se produjo una alteración esencial de su contenido original en el extremo relativo al porcentaje de participación de los socios de DIRECCION002 , y especialmente, en el precio global ofrecido a los futuros vendedores.

El supuesto vacío probatorio justificativo de esta afirmación del factum no es tal.

El propio Jon declaró en el Juzgado (declaración introducida en el plenario, vía art. 730 L.E.Cr.) que el contenido de la carta era absolutamente erróneo, centrandó su discrepancia en el diferente precio que en dicho documento figuraba, completamente distinto al documento de la misma fecha (23-11-87) en el que se establecía el precio real y veraz de los solares. Al mostrársele ambos documentos afirmó que no era posible que el documento inveraz se emitiera en nombre de DIRECCION008 , añadiendo textualmente "Después de este documento (se refiere al contrato auténtico) no tiene sentido realizar otro documento en la misma fecha con distinto precio y además en nombre de KIO". A su vez reconoció que la firma que lo avalaba era una buena fotocopia de la suya.

Existieron, pues, elementos de cargo para entender que la carta había sido manipulada, pues la declaración del Sr. Jon debe ser completada por el testimonio de los querellantes (Sr. Marcelino y Sr. Bartolomé ) que reconocen haber recibido oralmente una información falsa de lo que se había pactado en Londres y finalmente



la carta manipulada, recibida con el "conforme" del Sr. Diego , corroboraba lo que oralmente les habían anunciado los acusados.

En definitiva, la discrepancia entre lo pactado en Londres y lo que reflejaba la carta alterada, cuando deberían ser concordantes, ha permitido a la Sala de origen inferir acerca de la falsificación cuestionada y la autoría de la misma. Fueron los acusados (o persona que actuó por su cuenta y orden) los artífices de la falacia documental, ya que esta información no la poseen terceros, y además a los únicos que les interesaba urdir un engaño era a éstos.

La pretensión impugnatoria debe ser rechazada y con ello este 2º motivo del recurrente Sr. Diego .

SEXTO.- Sin abandonar la temática referente a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24-2º C.E.) el recurrente Jose Enrique , la invoca en el motivo 3º de los que aduce, relacionándola con el principio de legalidad ( art. 25-1º C.E.) y haciéndolo por el cauce procesal que autoriza el art. 5-4 de la L.O.P.J.. Entendemos que por razones sistemáticas debemos dar respuesta a referida pretensión impugnatoria, en este momento.

1. Comienza la protesta (Ap. A) por poner de relieve la utilización, por parte de la sentencia recurrida, de deducciones indiciarias contrarias a las leyes de la lógica y de la experiencia, especialmente, aunque no de forma exclusiva, en relación con la imputación al mismo de la falsificación de la carta de 23-11-87, carente de suficiente prueba de cargo.

Especialmente califica de gratuita la afirmación del factum, según la cual, se manipuló una fotocopia, sin que se describa o explique en que consistió tal manipulación, circunstancia que competía acreditar a las acusaciones. Por el contrario, no se ha atribuido valor probatorio a la declaración notarial (affidavit) del firmante de la carta, no obstante haber reconocido expresamente haberla suscrito, optando la Sala por la valoración más perjudicial para los acusados.

El recurrente comienza por afirmar que las conclusiones que el factum refleja son fruto de inferencias extraídas de pruebas indiciarias, cuando el Tribunal de instancia dispuso, además, de prueba directa.

Se menciona a su vez que "alguien obtuvo una legitimación notarial del documento que se fotocopió, lo que suponía la exhibición del original". La Sentencia no precisa, ni era necesario hacerlo, para describir la resultancia fáctica configuratoria del delito, quién llevó tal original a la Notaria. El dato es irrelevante, pero debemos hacer notar que el Sr. Diego en algún instante debió disponer del original, desde el momento que estampó el "conforme" en el mismo.

El Tribunal enjuiciador de instancia, contó con las declaraciones de los testigos perjudicados, que contrastó con el documento contractual de 23-11-87 en el que se establecía el precio correcto y con la declaración sumarial del Sr. Jon , en base a todo lo cual y en el ejercicio exclusivo de su función valorativa y ajustado a las leyes de la lógica, pudo entender cometido el hecho falsario y su autoría.

Es indiferente que valiéndose de un documento original se haya desnaturalizado su contenido y después se fotocopie, o que utilizando la firma auténtica del Sr. Jon estampada en cualquier otro lugar se haya hecho una composición o manipulación distorsionadora del contenido del documento. Lo cierto y verdad es que se simuló, sin responder a la realidad, que el Sr. Jon ofertaba a los vendedores un precio falaz. Por lo demás, no debe resultar extraño que se entregaran dos fotocopias, una a cada representante de los dos grupos minoritarios, ya que haciéndolo de este modo, podía resultar más difícil descubrir una alteración fotocopiada.

La autoría de la falsificación se impone, por el conjunto de elementos probatorios concurrentes: testimonio de querellantes, "conforme" estampado por el Sr. Diego , contradicción con el precio real y verdadero contratado en el documento oculto para los socios minoritarios de 23-11-87, suscrito en Londres, y por último la inferencia rigurosa de que los únicos que podían tener interés en esta maniobra falsaria eran las personas que tenían posibilidad de beneficiarse de ella.

2. El apartado B) de este motivo 3º, se refiere a la constancia en hechos probados del "acuerdo de todos los accionistas de DIRECCION002 de 21 de octubre de 1987 para llevar a efecto la venta de los derechos de suscripción preferente, mediante la ampliación de capital".

Según el censurante el término "acuerdo" utilizado por la sentencia, lo atribuye a un intento de eludir la expresión concreta de "contrato", con el propósito de evitar su calificación, régimen jurídico y consecuencias.

El alegato, es intrascendente. Podría perfectamente calificarse de pacto o negocio jurídico en que las partes intervinientes deciden celebrar, con posterioridad, una multiplicidad de contratos de compraventa de acciones, como se colige de las pólizas incorporadas a autos.



Desde otra perspectiva, no pueden merecer fiabilidad los precios utilizados por los interesados para esta operación que sólo tenía la finalidad de obtener ventajas fiscales o diferir el pago de impuestos, lo que se conseguiría ostentando la titularidad personal de las acciones y no a través de una sociedad.

De ese acuerdo el recurrente pretende deducir consecuencias. A su juicio carecería de racionalidad económica, llevar a cabo estas compraventas cruzadas de acciones, tan sólo "por sí acaso", es decir, por si en un momento posterior se producía una enajenación de las mismas.

La sentencia -nos sigue diciendo- para soslayar la dificultad de la contradicción temporal acude a la utilización de frases hipotéticas o indefinidas, como son: "de producirse en algún momento la venta de los terrenos propiedad de la sociedad" o "de llevarse a cabo dicha venta mediante una ampliación de capital y venta de los derechos de suscripción preferente"....

El recurrente concluye que resulta contrario a las leyes de la lógica y la experiencia no vincular el acuerdo de todos los accionistas de DIRECCION002 de octubre de 1987 con la operación que en aquellos momentos se estaba negociando con DIRECCION008 . Añade, que todo ello resulta incompatible con la tesis del desconocimiento por parte de los socios minoritarios, de los elementos esenciales de la operación.

Tales afirmaciones no pueden imponerse en contra de la resultancia probatoria.

La Sala de origen, dentro de su exclusiva y excluyente función de ponderar el resultado probatorio obtenido, valorando y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas, entendió lo contrario.

En hechos probados se dice que en la reunión de 20 de noviembre de 1987 (muy posterior a la realización de las ventas cruzadas) los socios de DIRECCION002 , representados por las personas que se hallaban al frente de cada grupo "otorgaron autorización a los acusados (en su viaje a Londres) para que pudieran entablar negociaciones encaminadas a la venta de acciones o derechos de suscripción preferente....".

Si lo que pretende el recurrente es alterar los términos del factum excluyendo las frases que enumera, debió acudir al cauce procesal del "error facti".

En cualquier caso, existiese algún contacto previo de los acusados con DIRECCION008 (parece ser que lo hubo con vistas a la constitución de DIRECCION010 ) o los socios minoritarios tuvieran conocimiento de la posibilidad de negociar con esta entidad societaria la venta, ello no permite concluir que dichos socios conocieran el precio real que les iba a ofertar DIRECCION008 por la compra de sus derechos sobre los solares de la PLAZA000 .

Incluso, podríamos entender a nivel hipotético, que los perjudicados pudieron conocer la existencia de ciertas negociaciones, pero no por eso tenían que saberse los términos de dicha negociación. En realidad, en tal apartado impugnativo, lo que trasluce el recurrente es una disconformidad con la valoración de la prueba hecha por el Tribunal "a quo", a cuyo particular no puede alcanzar la revisión casacional, como proclama la doctrina de esta Sala, al principio referenciada.

3. En el apartado C) el impugnante parte del "incierto e indeterminado acuerdo con DIRECCION008 anterior al de 20 de noviembre de 1987 y censura que el factum diga: "en fecha no concretada de dicho año 1987 los acusados entraron en contacto con el representante de Ibermer, S.A. quien había recibido de DIRECCION008 el encargo de buscar un comprador para un elevado número de acciones que DIRECCION008 poseía del B.Central".

Se añade que "en el curso de dichas conversaciones..... se llegó a un acuerdo para la adquisición por parte de los acusados del paquete accionarial del que quería desprenderse DIRECCION008 , obteniendo el dinero necesario para llevar a cabo dicha operación de su participación en DIRECCION002 ".

El recurrente afirma que ningún acuerdo, en términos jurídicos, se produjo hasta el 23-noviembre 1987. Aunque la observación, no afectaría a la existencia de un posterior engaño defraudatorio, operado el 23-11-87, es inocultable que la sentencia, en su relato histórico examinado como un conjunto coherente, no utiliza tal expresión de acuerdo en el sentido jurídico-civil de contrato o pacto perfeccionado e irrevocable, sino en el sentido de tratos o conversaciones preliminares. En el factum, no se especifica que tales acuerdos dirigidos a llevar a cabo conciertos, operaciones o compraventas de acciones o participaciones de DIRECCION002 y compra de acciones del B.Central, se materializarasen en algo concreto y determinado hasta el 23 de noviembre de ese año.

De todas formas, si el censurante entendió que existía un error apreciativo de la prueba con repercusión en el fallo, al incorporar el término ("acuerdo") en hechos probados, debió intentar su supresión o modificación por la vía del "error facti", fundando la equivocación judicial en un documento literosuficiente. Pero no lo ha hecho así.



Tampoco podemos pasar desapercibido, que por muy avanzadas que se hallaran las negociaciones entre los acusados corcurrentes y DIRECCION008 , el 20-noviembre-87 los representantes de los grupos minoritarios otorgaron "una autorización para que pudieran entablar negociaciones encaminadas a la venta de acciones o derechos de suscripción preferente ..... facultándoles para suscribir contrato de intenciones o protocolo en el que se establecieran las bases de dicha venta" (hechos probados).

4. Siguiendo el análisis de aquellos aspectos que el recurrente estima han sido arbitraria e irracionalmente valorados por el Tribunal provincial, a la vista de la prueba existente, señala en el apartado D) que la sentencia hace una interpretación manifiestamente ilógica del contrato de compromiso de venta de 23-Noviembre-87, de la oferta de DIRECCION008 , así como de las ventas a los restantes accionistas.

Nos dice de forma concreta:

a) Que no se fijó un precio global, sino que tenía que distribuirse entre los distintos paquetes accionariales que definitivamente se vendieron en función de las circunstancias que concurran en cada uno de ellos (hechos probados)

b) Tampoco se saca ninguna consecuencia jurídica de la condición suspensiva expresa que el contrato contenía, esto es, el condicionante de la venta de los solares a la constitución de Cartera Central.

c) Es patente -insisten- de que sólo se podía hacer la operación de Cartera Central a través de la venta de la participación accionarial en DIRECCION002 .

d) La carta-oferta dirigida a los socios minoritarios el 23-11-87 sólo se dirigía al 43,70% del total, es decir, era particular para los minoritarios.

e) Exigiéndose en metálico la aportación a Cartera Central, no se compagina la conclusión subjetiva de los acusados de vender su participación en DIRECCION002 , si antes, los hechos probados afirman, que hubo acuerdo sobre la adquisición del paquete accionarial del B.Central, que DIRECCION008 , deseaba vender.

La interpretación que efectúa el recurrente, resulta a todas luces inasumible. Si se considera la sentencia como un todo coherente y armónico, de ella resulta lo siguiente:

1) Los acusados no informan a los demás interesados del contrato de compromiso alcanzado en Londres, y no lo hacen, porque según su postura defensiva, no tenían obligación de hacerlo.

2) No existe contradicción entre la existencia de la condición suspensiva expresa (constitución de Cartera Central) y el acuerdo previo con DIRECCION008 de adquirir el paquete accionarial. Ya hemos dicho que el convenio debía entenderse, según contexto, como tratos preliminares que englobarían un proyecto o promesa de contratación futura, si se daban ciertas circunstancias (venta de participaciones de DIRECCION002 ).

Además, aquel primitivo o supuesto acuerdo no contenía concreción de porcentajes de participación, hasta el 23-11-87. Todo dependía del dinero que obtuvieran en DIRECCION002 , lo que descubre el móvil del delito.

3) Se pacta un precio global que se atribuye al 95% de acciones o capital social de DIRECCION002 . Constituye éste un precio cerrado y comprometido para el comprador y su determinación se realiza en función de los metros cuadrados edificables de los solares de PLAZA000 .

Las variaciones admisibles de carácter proporcional lo son en relación al capital que finalmente se compra, pero en todo caso ese precio, único y cerrado, es de 231.000 pts. m2.

4) La distribución que debía hacer el grupo vendedor (los acusados) entre los distintos paquetes accionariales en función de las circunstancias que concurrieran, no suponía una distribución no uniforme, implicativa de distintos precios para distintos compradores, lo que chocaría con la fijación de precio unitario, sino que la cuantía final debía concretarse y cuantificarse atendiendo a las acciones o participaciones poseídas y vendidas por cada socio, así como a los pactos, condiciones, débitos, créditos, etc, que pudieran existir en las relaciones societarias internas de los socios con DIRECCION002 o de los mismos socios entre sí.

La interpretación efectuada por la Audiencia se halla dentro de las exigencias que impone la lógica, la experiencia y el buen criterio.

5. En el apartado E) el motivo se ocupa de lo que considera el pacto con la entidad compradora de precios unitarios diferentes de acciones y derechos de suscripción preferente de DIRECCION002 para cada grupo de accionistas vendedores.

La protesta la condensaba en la idea fundamental de que no es admisible la manifestación de la combatida de que la existencia de precios diferentes carece de sentido. El recurrente entiende que el razonamiento es presuntivo y conjetural, amén de ilógico y contrario a las leyes del razonar humano, por lo siguiente:



- a) los precios se fijan entre vendedor y comprador y habiendo vendedores diferentes, en situaciones y con necesidades distintas, pueden pactar precios y condiciones diferentes.
- b) en el contrato de 23-11-87 existía una cláusula tercera, según la cual, el precio era global sin perjuicio de su distribución entre los distintos paquetes accionariales, en función de las circunstancias concurrentes.
- c) no existe ningún principio jurídico o extrajurídico que obligue a pagar el mismo precio por acciones de la misma sociedad. La adquisición por los socios de su participación societaria en DIRECCION002 , un año antes, se hizo por precios diferentes.
- d) los pagos con precios no uniformes, realizados el 7-enero-1988, responden a un singular contrato de compraventa, otorgado y firmado por cada grupo vendedor con Koolmes.

Mas, a esta interpretación de parte pueden oponerse una serie de argumentos, plenamente coherentes, explicitados en la sentencia.

El precio de los socios venía condicionado por la información previa de que la máxima oferta recibida alcanzaba a 150.000 pts./m2; carta-oferta falsificada; declaraciones testificales de los querellantes; contrato de compromiso de venta oculto; misiva del Sr. Gustavo , en nombre de los acusados a los representantes de los socios minoritarios; etc. Nunca se informó a los perjudicados que se pactaran precios diferentes (Véase testimonio de Jon , Rodolfo , Miguel Ángel y Carlos Ramón ).

La adquisición por precios diferentes no supone que después se deba vender igualmente por diferentes precios, si el comprador estaba dispuesto a pagar, con carácter general, uno superior por metro cuadrado edificable.

La suscripción del contrato de venta y percepción del precio, no indica que los minoritarios consintieran un mayor precio para los mayoritarios. Aquéllos, siempre creyeron, con razón, que el precio era igual para todos.

La conclusión obtenida por la Audiencia, no se considera, por tanto, irrazonable o carente de base probatoria.

6. En el siguiente apartado, señalado con la letra F), la censura apunta a "la necesaria diferenciación entre el precio global pactado con el comprador y la distribución de precios entre los vendedores".

Del hecho base cierto de que se estableció en el contrato de 23-11-87 una cantidad global por adquirir el 95% de la Sociedad de DIRECCION002 a razón de 231.000 pts. metro cuadrado, no puede deducirse -según el impugnante- la imposibilidad de precios diferenciados para los distintos vendedores.

Para el recurrente, el importe reseñado operaba únicamente respecto del precio global a pagar por el comprador, como medida lógica de prudencia, al objeto de justificar desde la posición compradora el conjunto de la inversión realizada por DIRECCION008 en términos inmobiliarios, como se desprende del informe de Benito . Ello no impedía distribuir el precio total de modo no uniforme.

Además de lo ya dicho en el punto anterior, habría que añadir que si los acusados creían que en el contrato de 23-11-87, se pactaban precios diferentes, debieron comunicarlo a los socios minoritarios, lo que no hicieron, circunstancia que permite inferir a la Audiencia, con suficiente fundamento, que en la operación se estaba siempre pensando en precios uniformes.

7. Por último, en el apartado G) se pone en entredicho, por falta total de prueba "la ocultación por los Señores Diego y Jose Enrique de las condiciones del contrato de 23-noviembre-87, a los restantes socios de DIRECCION002 ".

Nos dice el recurrente, sobre esta cuestión, lo siguiente:

- ocultar o no informar constituye un hecho negativo que no es susceptible de prueba directa.
- el contrato de compromiso de compra de 23-noviembre-87 fue aportado a autos por el Sr. Marcelino y el Tribunal acepta su versión frente a la ofrecida por la defensa de que el vendedor ya lo poseía y conocía su contenido
- las informaciones del periódico "El País" sobre las condiciones de la operación, que señalaba como precio aproximado 200.000 pts./m2, debieron impulsar a los socios minoritarios a preguntar e interesarse por la realidad de los datos publicados.
- no puede darse por probado presuntiva o indiciariamente que los acusados dijeran a los socios minoritarios que la oferta de compra del 95% de las participaciones, fuera igual para todos los socios.
- la cifra de 150.000 pts./m2 siempre fue referida a la participación accionarial de los DIRECCION006 y DIRECCION007 .



Frente a tales argumentaciones, la sentencia se pronuncia, en otros términos, por tener base probatoria para ello.

En primer lugar, hay que dejar claro que lo que la resolución impugnada afirma, como base del engaño típico, es que los acusados hicieron creer a los restantes socios de DIRECCION002 que el precio máximo conseguido fue de 150.000 pts./m2 edificable, en contra de lo pactado en Londres que fue a razón de 231.000 pts./m2.

Y ello resulta de lo siguiente:

a) En el contrato de Londres figura un precio y en las cartas falseadas que los acusados remiten, con el conforme del Sr. Diego (por cierto ambos documentos son de la misma fecha), otro precio diferente. En ninguno de ellos se habla de precios distintos.

b) A lo largo del proceso los acusados nunca dijeron que hubieran entregado a los demás socios el contrato de Londres ni que les informaran de su contenido; muy al contrario, sostuvieron que no les afectaba tal obligación, al no haber sido parte en el contrato los otros accionistas.

Junto a ello la prueba documental y la testifical de los socios minoritarios, refuerzan la convicción razonable, que alcanzó el Tribunal de origen.

El motivo, en sus distintos apartados, debe desestimarse.

SÉPTIMO.- Dentro del orden resolutivo adoptado, es oportuno responder ahora al último de los motivos alegados por los acusados (en este caso Sr. Jose Enrique ), relativo a la vulneración de derechos fundamentales. Con sede en el art. 5-4 L.O.P.J. aduce infracción del derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías, como proclama el art. 24-2 C.E., en relación con los 718 y 746-3 L.E.Cr.

Según el recurrente el Tribunal sentenciador conculcó el derecho de la parte a la prueba pertinente por adoptar dos decisiones:

1.- No disponer lo preciso para la comparecencia a juicio del testigo Sr. Jon .

2.- Basarse exclusivamente en la declaración vertida en fase sumarial, sin atender otras pruebas, incluidas las testificales que contradecían aquella declaración testifical inicial y avalaban la rectificación posterior mediante acta notarial o affidavit prestado en Inglaterra.

1. El Tribunal provincial actuó en este aspecto, con plena corrección procesal, como ya tuvimos ocasión de considerar ampliamente en el motivo 2º del Sr. Diego , por presunción de inocencia. Recordemos dos circunstancias decisivas:

a) La Audiencia intentó por dos veces la citación del testigo a través de las comisiones rogatorias. Ante la no localización del mismo el Tribunal dió oportunidad a las partes de apuntar un nuevo domicilio, lo que no hicieron ninguna de ellas. La citación se hizo en el único domicilio que constaba del testigo: el que el mismo dió en su declaración ante el instructor; el que figura en una carta supuestamente firmada por él, que aportó este recurrente acompañando al escrito incidental sobre "cuestiones prejudiciales"; y el que señalaron todas las partes en los escritos de calificación provisional y proposición de prueba.

b) El recurrente no solicitó de la Sala la suspensión del juicio ante la incomparecencia del testigo. Si consideraba imprescindible esa declaración debió haberlo manifestado así en el acto de la vista, y en caso de negativa del Tribunal a la suspensión, hacer la correspondiente protesta. Pero nada de esto hizo.

2. Respecto a la no valoración de otras declaraciones, opuestas al contenido de las evacuadas en fase instructora por el Sr. Jon , ya pusimos de manifiesto en su momento la improcedencia de calificar como prueba la declaración notarial, que en lo atinente a su contenido (testifical documentada), no puede ser tenida en consideración, al no tratarse de una prueba preconstituída.

Respecto a la no valoración de lo depuesto por el testigo Rodolfo , sus contradicciones impulsaron al Tribunal a prescindir de tales declaraciones. A lo sumo, pudo dar mayor grado de credibilidad a las primeras realizadas ante el Instructor, por su mayor espontaneidad (folio 1.104, T. IV), en las que reconoció que el documento relativo a la carta-oferta a los socios minoritarios de 23-noviembre-87, era totalmente falso, aduciendo las razones por las que llegaba a tal conclusión.

El motivo cuarto de Jose Enrique no puede merecer acogida.

C) MOTIVOS POR ERROR FACTI.





OCTAVO.- En el tercer motivo de los que Diego formaliza, lo hace por la vía del art. 849-2º (error en la apreciación de la prueba), a través del cual pretende acreditar la existencia de tres errores, dos de ellos relativos a omisiones no considerando probado:

- que los querellantes compraron y vendieron sus acciones y derechos de suscripción por precios diferentes entre sí.
- que el valor de mercado de los solares en enero de 1988 era muy inferior a 150.000 pts. m2.

El tercero referente a la manifestación de la sentencia de que no ha quedado acreditado que las acciones del Banco Central que DIRECCION008 iba a aportar a la constitución de DIRECCION010 estaban sobrevaloradas, ya que el Banco tenía un "agujero patrimonial muy importante" (pag. 23 sentencia).

1. Antes de acometer el examen de este motivo es oportuno recordar los condicionamientos jurisprudenciales exigidos por esta Sala, para la prosperabilidad de una censura de esta naturaleza.

Los requisitos pueden resumirse así

A) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase -como las pruebas personales por más que estén documentadas-; B) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; C) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba; y D) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998, entre otras).

También la doctrina de esta Sala (Sentencia 834/96, de 11 de Noviembre, entre otras muchas) admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando: a) existiendo un sólo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

2. Acerca de la primera omisión el recurrente puntualiza lo siguiente:

a) La compra-venta por precios diferentes no tuvo necesariamente que ser conocida por los demás socios que vendían o compraban, lo que hace carezca de sentido reprochar a los acusados que hayan vendido por precio superior y hayan ocultado esta circunstancia a los socios minoritarios. A este respecto invoca el documento nº 14 del Anexo III del Rollo, donde se acreditan las compras a los propietarios italianos; y los Libros-Registro de los Agentes de Cambio y Bolsa y las ventas de 7- enero-88 documentadas (fol. 188-192 del T. I.)

b) La diferencia de precios de venta se debió a que el DIRECCION007 tuvo que asumir unos pasivos que DIRECCION006 consiguió que no se le aplicasen. Según el querellante ello demuestra que cada socio negoció por su cuenta y obtuvo condiciones distintas. Tal negociación independiente fue acordada en Junta de DIRECCION002 de 28-diciembre-1987 (Acta de la Junta)

c) En el escrito de alegaciones del querellante Jose Augusto en Diligencias Previas 5.612/94 del Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, pone de relieve que la primera vez que la familia Adolfo Blanca Ernesto Lina Alexander Lorenzo Jose Augusto Leonor Jesús María Bartolomé Luis Francisco Ángeles Luis Manuel Germán Gerardo Eva María Inés María Teresa María Virtudes Diana Victoria Flor Pedro Enrique Marí Luz Matías conoció que DIRECCION006 había vendido a un precio superior a ellos fue a raíz de la denuncia por delito fiscal. Ello evidencia no sólo que un socio vendió a más precio que otro, sino que ocultó a éstos la diferencia (fol. 651 del Anexo I del Rollo).

d) La carta de 10-diciembre-87 (fol. 2010 del Tomo VII) de DIRECCION004 , firmada por Gerardo , en la que se dice que el compromiso de adjudicación de la obra "forma parte del precio y en consecuencia deberá valorarse el incumplimiento del mismo; una cifra correcta podría ser 15.000 pts. m2 de la edificación rasante y 5.000 pts/m2 de lo edificable bajo rasante".



3. El planteamiento, en los términos en que se hace, no puede ser acogido. Por una parte, los distintos precios de venta de las participaciones de los socios, ya se recogen en hechos probados.

La inclusión en el factum de los precios de compra de estos solares por los socios de Urbanor, resulta irrelevante, pues los precios de adquisición no pueden condicionar los de venta, sea cual sea el que se ofrezca a los vendedores. Además, según resultancia probatoria, en la parte dispositiva del contrato se fijaban, como valor medio estimado por ambas partes para el metro cuadrado a construir sobre los solares propiedad de Urbanor, 231.000 pts.

Los diferentes precios, fruto de la Junta de 28-12-87, obedecía a ajustes técnicos (deducciones) de tipo contable. Amén que lo que pretende acreditar el censurante (que cada accionista negoció por su cuenta lo que consideró conveniente) choca con la declaración testimonial de Gerardo , acerca del hecho que todos iban a cobrar lo mismo, esto es, que la fijación del precio que pudiera resultar, se obtendría sobre la referencia de 150.000 pts./m<sup>2</sup>. Añadió que no podía ser de otro modo, ya que ante la venta de acciones por parte de un socio que supere una participación del 9%, debía comunicar a los demás cuándo vendía y al precio que lo hacía. Así lo establecían los estatutos de Urbanor, por lo que el silencio en este punto, permitía deducir que el precio era el mismo.

Por lo demás, hemos de añadir que los documentos a que se refieren las letras c) y d) de este apartado no constituyen documentos a efectos casacionales, sino declaraciones documentadas, hechas por persona que fue testigo en el juicio.

4. La segunda omisión que el recurrente achaca a la sentencia, se refiere al valor de mercado de los solares vendidos, que era inferior al 150.000 pts./m<sup>2</sup>, según se desprende de los documentos que enumera. Las causas del error las asienta en los siguientes puntos:

a) Cuando los socios de DIRECCION002 adquirieron sus acciones el 24-abril-1986 lo hicieron por un precio medio de 16.800 pts/m<sup>2</sup>. Si las circunstancias de calificación urbanística o de mercado no han variado espectacularmente hasta el momento de la venta no es razonable entender que en 7 de enero de 1988 alcanzasen un valor de 150.000 pts/m<sup>2</sup>.

b) Informe de la Sociedad de tasación (doc. nº 10 del Anexo III del Rollo), según el cual, en enero de 1988, el precio de los solares no debía ser superior a 65.000 pts/m<sup>2</sup>.

c) Al Sr. Marcelino , cuando compraron DIRECCION002 , el precio le pareció barato. En ese momento declaró que el precio de los solares pudo haber sido tres veces más, esto es, 50.400 pts/m<sup>2</sup>.

d) En diligencias Previas nº 5612/94, del Juzgado de Instrucción 21 de Madrid (folios 678-709 del Anexo I del Rollo) figura un escrito de alegaciones en el que se afirma que la compra de acciones de Urbanor "fue real y ajustada a Derecho, ya que se pagó por ellas el precio del mercado", esto es, 19.200 pts/m<sup>2</sup>.

e) El informe de Benito (obrante en la causa) no puede prevalecer, porque no fue ratificado por sus autores, ni en instrucción ni en el plenario; y porque dicho informe sólo tuvo valor interno para DIRECCION008 , que necesitaba justificar contablemente el precio pagado por los inmuebles.

5. Tampoco puede prosperar este intento de completar el factum, por el recurrente.

Los apartados c) y d) constituyen manifestaciones documentadas, no equiparables a documentos con virtualidad casacional.

En Diligencias Previas el querellante declaró como imputado de un delito fiscal y le asistía el derecho a faltar a la verdad. Su derecho de defensa le autorizaba a referirse a un precio formal, que no real.

En definitiva, ninguno de los documentos realiza una valoración real de las acciones, derechos de suscripción preferente o solares de Urbanor en enero de 1988.

Una cosa es que los socios vendedores entiendan que el precio de venta, a razón de 150.000 pts/m<sup>2</sup>, es bueno y otro distinto que fuera ese el ofertado (Fund. 4º Sentencia, pag. 24). Lo relevante es que podían haber vendido a un precio superior, como lo hicieron los acusados.

La sentencia, en hechos probados (pag. 9) recoge el compromiso de venta de 23-noviembre-87, firmado por los acusados y no combatido en el proceso, de que el valor medio estimado por ambas partes del metro cuadrado a construir sobre los solares de DIRECCION002 se fijaba en 231.000 pts.

En la misma página de la sentencia la eficacia de esos pactos se condiciona a "que una firma de valoración ( Benito ) ratifique que el valor estimado por las partes para los solares objeto de este compromiso es un valor de mercado".



En el fundamento jurídico primero se alude al meritado precio por metro cuadrado edificable, señalando la cifra de 231.000 pts. (pag. 18), concluyendo "que el precio que se había previsto en el contrato era, en efecto, el valor de mercado de los terrenos", idea que se reitera en el Fundamento Jurídico 4º (pag. 25) insistiendo en que "ese era su precio de mercado". Con ello queremos significar que en el ánimo de los jueces "a quibus" pesaron más los documentos obrantes a los folios 10 y ss. y en los nº 32 y 33 del Tomo I, que los que refiere el impugnante. Los documentos se hallaban contradichos por otros documentos y otras pruebas.

El precio de mercado viene impuesto por el documento de contrato de compraventa de 23-11-87, en relación al informe incorporado a autos, que aún no poseyendo el carácter de dictámen pericial y como tal no sometido a contradicción, su valor probatorio, por el cauce del art. 726 L.E.Cr., se lo otorga el mentado contrato de compromiso. Como tal prueba documental fue propuesta por la representación del Sr. Ángel Daniel , sin que fuera impugnada por las defensas.

6. En último término, el recurrente hace referencia a ciertos documentos que pretenden demostrar que las acciones del B.Central que DIRECCION008 iba a aportar a DIRECCION010 estaban sobrevaloradas, todo ello con el único fin de suprimir lo que se afirma en la pag. 23 de la sentencia, con valor fáctico: "... sin embargo, este extremo, con no afectar a los socios minoritarios, tampoco ha quedado acreditado"

El impugnante desarrolla su protesta en las siguientes afirmaciones:

a) Las cotizaciones que el Tribunal tiene en cuenta son las de los meses posteriores a la operación de 1988, y no las que fueron aportadas por la defensa (Doc. 12 del Anexo III del Rollo) que abarcan hasta diciembre de 1992, un periodo más amplio.

b) En enero de 1988 las acciones de B.Central tenían un valor de 5.595 pts. por acción y el 15-12-92, se redujo su valía a 2.915 pts., produciéndose una pérdida nominal del 48% en cinco años.

c) En el contrato sobre DIRECCION010 de 23-11-87 se preveía un precio de 4.552 pts. por acción, el aumento de enero a 5.305 pts, determinó que la aportación de los acusados pasara de 16.786 millones a 21.043 millones.

d) Tal circunstancia fue confirmada por las declaraciones de Rodolfo y Fernando , testigos en la causa.

7. Los argumentos expuestos tampoco tienen capacidad para influir en el relato sentencial que el acusado recurrente pretende suprimir o alterar.

Algunos de los datos, ya los consigna la sentencia, como es el precio de las acciones en 1988, y el alza experimentada (Fund. Jur. 3º, pag. 23 de la Sentencia). El apartado d) resulta descalificado como argumento, ya que no se halla respaldado por documentos, sino por prueba testifical, a valorar por el Tribunal, conforme al art. 741 L.E.Cr.

En cuanto a la alteración del precio de las acciones, si se consulta el documento nº 12 del Anexo III, invocado, se advierte que no hubo una bajada espectacular de las acciones, hasta el año 1992, pasados cuatro años. Además la sobrevaloración no afectaba a los socios minoritarios, que recibieron el precio que correspondía al valor medio estimado por las partes contratantes por metro cuadrado edificable. Tampoco se acredita que éstos conocieran aquella sobrevaloración que se alega y menos que consintieran que por la misma, el precio de la venta a recibir sería menor.

Por último, conforme a la doctrina de esta Sala, el dato que se pretende modificar no afectaría al fallo de la sentencia.

Las aleatorias oscilaciones de subidas y bajadas de las acciones, que por considerar un negocio suculento, tuvieron a bien los querellantes adquirir, formando Cartera Central y condicionando la venta de los terrenos a la creación de esta entidad financiera, no pueden repercutir en el precio falazmente impuesto a los minoritarios, que partían de un precio igual para todos los vendedores.

De igual modo pudo resultar ruinosa la inversión que del precio cobrado por los terrenos de PLAZA000 pudieran haber realizado los minoritarios al disponer del metálico recibido, y no por ello iban a reclamar al comprador o a los demás socios.

Con todo lo expuesto se concluye que el motivo 3º del acusado Diego debe decaer.

NOVENO.- Por razón de la materia, es apropiado dar respuesta al motivo 8º de Jose Enrique , que por la misma vía del art. 849-2º ("error facti") estima erróneamente valorada la prueba por el Tribunal, que debió reflejar el contenido del factum en otros términos. Analicemos los distintos apartados en el que se desarrolla el motivo (de la A a la H).



1. El apartado A) lo rubrica con la expresión "la compra inicial de acciones de Urbanor a precios diversos". Como documentos menciona las pólizas y órdenes de compraventa de las acciones de Urbanor de 24 de abril de 1986 (Doc.. 14 del Anexo III al Rollo).

Si el precio de adquisición no era igual no se justifica -según el recurrente- la manifestación de que "no tiene sentido creer que el comprador esté dispuesto a pagar dos precios diferentes por un mismo bien".

El completar el factum con la manifestación de que los precios de compra fueron diferentes, resulta irrelevante. Pueden comprar a precios distintos y vender a uno uniforme, como creían que estaban haciendo. Nada tiene que ver una adquisición de acciones que no se juzga por no haber sido fraudulenta, con la que ahora nos ocupa.

El dato no afectaría a la declaración del relato histórico, en el que se dice que el valor medio estimado por ambas partes (contrato de 23-11-87) por metro cuadrado construible era de 231.000 pts. y la que constata que los acusados transmitieron a los socios minoritarios una información falseada.

2. El siguiente apartado, señalado con la letra B) se enuncia como "las compraventas entre accionistas personas jurídicas y personas físicas de DIRECCION002 para preparar la venta de DIRECCION008".

Refiere como documentos las certificaciones de los Libros-Registro de los Agentes de Cambio y Bolsa (folios 27 a 36 y 463 a 492 del Anexo I del Rollo), relativas a las pólizas de compraventa de acciones de Urbanor el 26-10-87.

Se pactó un precio de 19.200 pts. m2, e inmediatamente después se vendía a 150.000 pts. A su vez, no todos los compradores de estas acciones eran accionistas de las sociedades vendedoras, ni tampoco los que lo eran adquirieron acciones en la misma proporción. Ello imponía la utilización de un precio real y cierto, so pena -dice el recurrente- de provocar traslaciones patrimoniales injustificables en unos y otros sujetos de las compraventas

Como en la hipótesis anterior las incidencias, condiciones y circunstancias de unas ventas no tienen que ver con las posteriores que puedan realizarse. En las primeras ninguno de los socios se sintió engañado; luego, existió transparencia.

La inclusión en el factum de lo pretendido, no alteraría la conducta delictiva básica, ni tendría incidencia en el fallo.

3. El epígrafe designado con la letra C) afecta a "las condiciones exigidas por los minoritarios como parte del precio".

Menciona el censurante dos documentos:

- la carta de 10-diciembre-87 de DIRECCION004 a DIRECCION000 (fol. 2010, T. VII de la causa).
- contrato de 7 de enero-88 entre Koolmes y Marcelino (folios 188 a 192. T. I de los autos).

Las contraprestaciones de estos socios, se reflejan en el factum, como también aparece allí, la no menos importante, relativa a un 70% de la ejecución de obra, atribuida a DIRECCION000 .

Ya nos referimos a este extremo, recordando ahora que las prestaciones pactadas, provienen de un documento antiguo de los socios de DIRECCION002 , conocido por todos ellos. El que ambos representantes de los socios minoritarios lo elevaran o pretendieran elevarlo a causa o condición esencial del contrato, proponiendo cláusulas penales para caso de incumplimiento, no significa que formara parte del precio, como tenemos dicho. De ser así, también debería entenderse en tal concepto la sustanciosa contraprestación estipulada a favor de los acusados (70% de la ejecución de la obra). Todo ello, no desvirtúa la oferta de compra a precio común dirigida a todos los socios y su ocultación fraudulenta por parte de los acusados. Su repercusión en el fallo es nula.

4. El apartado D) lo denomina el recurrente "la Junta General de accionistas de 28-diciembre-88". Como documento invoca el Acta de dicha Junta, y lo hace porque en la misma se acordó que los demás accionistas (los minoritarios) podían vender sus derechos en las condiciones que libremente pactaran con el tercero adquirente. Ese dato -sostiene el recurrente- es indicativo de que las condiciones de venta no tenían por qué ser iguales para todos. Además se convino condicionar la existencia de los acuerdos adoptados al cumplimiento conjunto de las circunstancias que tendrían el carácter de condición suspensiva. Entre estos condicionamientos figuraba el de satisfacer el precio al contado a los socios del DIRECCION006 , y respetar el encargo profesional que como arquitecto de la obra se le hacía al Sr. Marcelino .

La argumentación no es acogible. Primero, porque en hechos probados se recoge dicha condición suspensiva que se refleja en la expresión "además se aprobó como condición suspensiva". Segundo, la libertad de pactos, se debía mover dentro del precio concreto que los acusados habían comunicado a los minoritarios de 150.000



pts./m2. Tercero, la inclusión en el factum de esa limitada libertad de pactos, no excluía la conciencia de los vendedores de que, en cuanto al referente del precio, eran todos iguales e iban a cobrar lo mismo. Sobre ello existen en la causa otras pruebas que así lo avalan.

5. El apartado E) rotulado "las compraventas de acciones y derechos a Urbanor de 7 de enero de 1988".

El recurrente señala como documentos los Libros-Registros de los diversos Agentes de Cambio y Bolsa, relativos a los contratos y pólizas de compraventa de la fecha de las enajenaciones entre los perjudicados y Koolmes; amén de una certificación del banco Zaragozano, de 30-junio-2000 (fol. 318 y 319 del Anexo II del Rollo).

Pretende el censurante que se reseñen en hechos probados que las cantidades que allí se reflejan constituyen el precio de otros tantos contratos de compraventa, algunos con un clausulado complejo como el suscrito por el querellante Sr. Marcelino ; y además que se diga que se percibió el precio por cada vendedor.

Con ello se acreditaría -según el recurrente- el hecho esencial de implicar a DIRECCION008 y al Sr. Jon , como su representante, en la diversidad de precios pactados y satisfechos a cada accionista.

El pretendido error del Tribunal no es tal; y carecería de la menor influencia en el fallo recoger lo que pretende el recurrente, amén de que de forma implícita ya se halla plasmada tal idea en el factum (pag. 12, in fine a 16 de la sentencia), al enumerar individualmente los diversos contratos de compraventa, cuyo pago se realizó por Koolmes, a través del Sr. Jon .

En cualquier caso, la adición de estos datos no desvirtúa la información falaz realizada por los socios de los acusados, respecto al precio de las acciones.

En la causa, a su vez, se contó con la declaración del Sr. Jon el cual manifestó que estaba convencido de que "se pagó a todos los socios al mismo precio por las acciones ya que cree que así lo exige la Ley española". También en esa declaración dijo que "en marzo de 1989 cesó tanto en Koolmes como en DIRECCION008 , por lo que no ha tenido acceso a los archivos".

6. El siguiente punto intitulado "la interdependencia causal entre las operaciones de DIRECCION002 y DIRECCION010 ", lo señala con la letra F) y reseña como documentos acreditativos del error apreciativo del Tribunal los dos siguientes:

- Nota anexa de la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Economía y Hacienda (fol. 292 del Anexo II del Rollo).

- Carta dirigida por Rodolfo a DIRECCION000 el día 7-enero-88 (Doc. 15, obrante en el Anexo III del Rollo).

De ambos documentos pretende extraer como consecuencia la interdependencia causal entre la compra de acciones de DIRECCION002 y la operación de constitución de Cartera Central.

A continuación pretende emitir opiniones acerca de la forma de satisfacer el precio de las acciones, lo que constituye una inaceptable valoración de la prueba que sólo compete al Tribunal.

Tampoco esta pretensión debe prosperar.

Por una parte, la carta escrita por el Sr. Rodolfo no es documento a efectos casacionales. Por otro lado, no se concreta qué se quiere adicionar al factum, que pueda apoyarse en el contenido de tales documentos. Y por último, la sentencia relata los dos compromisos y su relación. En ella se explica la forma de aportación a la nueva sociedad financiera, y en el factum de la sentencia se dice que los acusados: "llegaron a la conclusión de que su participación..... no sería posible si no obtenían el dinero que debían destinar a suscribir el capital que en dicha sociedad les correspondía, consiguiendo que los socios minoritarios de DIRECCION002 - DIRECCION006 y DIRECCION007 - accedieran a la venta de su participación en dicha sociedad y además lo hicieran por un precio inferior al que ellos habían pactado con Koolmes, para de esa forma hacer suya la cantidad que éstos dejaron de percibir...."

En suma, podemos concluir que sí existió conexión entre ambas operaciones, pero ello no autorizaba a vender a unos socios a precio superior que a otros. En la causa, ya hemos referido la existencia de pruebas bastantes, que acreditan que el precio era común para todos.

7. El apartado G) lleva la rúbrica de "el valor de mercado de las acciones y solares de Urbanor".

Se traen a colación los siguientes documentos: 1º).- Escrito dirigido por la representación de D. Marcelino al Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid de fecha 15-Noviembre-95, en las D.Previas nº 5612/94, seguidas contra el mismo, el recurrente y otros (obra a los folios 678 a 709 del anexo I del rollo, en particular sus páginas 11, 13, 16 y 17); 2º).- Informe valorativo de los solares de PLAZA000 propiedad de DIRECCION002 , efectuado



por la Sociedad de Tasación, S.A. el 23-julio-86 (que obra en el Anexo III del rollo, como documento nº 10), complementado con la declaración testifical prestada en el juicio por quién lo había suscrito, D. Cristobal , Presidente de aquella Sociedad; 3º).- Inscripciones en el Registro de la Propiedad de Madrid causadas por la venta en mayo de 1987 de una cuota indivisa del 15% del solar del Paseo de la Castellana (AZCA), donde se ubica el edificio conocido como " DIRECCION011 ", con expresión del precio satisfecho junto con la licencia municipal de obras donde se expresa la edificabilidad (documentos 16 y 17 del Anexo III del rollo); 4º).- Convenio Urbanístico de 18-julio-88 entre el Ayuntamiento de Madrid y DIRECCION002 , después de la venta de las acciones (documento 7 del mismo Anexo); 5º).- Resolución del Ayuntamiento de Madrid, de 25 de mayo de 1987, sobre el estudio de detalle de 5.2 de la PLAZA000 (documento 8 de igual Anexo); y 6º).- Convenio Urbanístico entre el Ayuntamiento de Madrid y DIRECCION002 de fecha 31-octubre-84, con anterioridad a la compra (documento 11 del mismo Anexo).

Del primer documento extrae la manifestación del Sr. Marcelino de que la venta de derechos de DIRECCION002 el 7-1-88, constituía "el precio real de mercado".

Del segundo, y por deducción del valor otorgado en el informe ratificado por el Presidente de la Sociedad de Tasación, D. Cristobal , efectuado el 23 de julio de 1986, habría que concluir que el precio de 150.000 pts/m2, estaba por encima del de mercado.

Eso mismo quiere acreditar con el tercero comparándolo con otras ventas y transacciones sobre terrenos próximos a los que poseía DIRECCION002 ( DIRECCION011 ).

Con el cuarto de los que enumera quiere justificar la inexistencia de alteraciones urbanísticas, que repercutieran en los precios. No dice, lo que pretende acreditar con las dos últimos, pero creemos que se halla en la misma línea que los dos precedentes.

En síntesis, con todo ello la parte recurrente pretende imponer en el factum y en las apreciaciones factuales del Tribunal de instancia, que los accionistas minoritarios vendieron en enero de 1988 su participación en DIRECCION002 a un precio que, en su equivalente inmobiliario, tenía que estar necesariamente muy por encima del valor de mercado. Insiste en que no puede entenderse separadamente el contrato de compromiso de compra a 231.000 pts./m2 del relativo a la constitución de Cartera Central, que perseguía la nacionalización de las acciones del B.Central hasta entonces en poder de DIRECCION008 , auténtica idea motriz de la transacción que insufló al conjunto de ella un plusvalor del que se beneficiaron los accionistas minoritarios de DIRECCION002 y que es incompatible con la idea de perjuicio patrimonial integrante del tipo de estafa.

Tampoco justifican los documentos enunciados la alteración del factum

Hemos de rechazar como documento a efectos casacionales ("error facti") las declaraciones o afirmaciones hechas en aquellas Diligencias por una persona, luego testigo en esta causa, y que fueron realizadas en un proceso penal en que aquélla era imputada.

Pero independientemente de ello, la finalidad última de la pretensión impugnatoria choca con otras pruebas, que originaron una concreta descripción del hecho histórico enjuiciado. Nos referimos al documento contradictorio elaborado por Benito , solicitado por DIRECCION008 , y al que la Sala ha otorgado credibilidad. Se introdujo en el proceso como prueba documental, interesada por una parte procesal, sin que las defensas la impugnarán. Pero además el informe concuerda con el compromiso de 23-11-87 que se fijó un valor medio estimado por ambas partes de 231.000 pts/m2.

En la fotocopia de la carta de 23-11-87, que DIRECCION008 envió a los representantes de DIRECCION006 y DIRECCION007 , con el conforme del Sr. Diego , se añadía a su texto que la eficacia del compromiso quedaba sometida a que la firma de valoración, Benito , ratifique que el valor estimado por las partes para los solares es un valor de mercado.

8. Por último el apartado H) lo designa con la rúbrica: "el quebranto sufrido por la operación Cartera Central".

Destaca el recurrente, para evidenciar el error, dos documentos:

- la comunicación de Euro Finanzas S.V.B sobre la venta de las acciones del B.Central propiedad de Cartera Central el 31- mayo 1990 (doc. 13 del Anexo III del Rollo).

- el affidavit notarial efectuado por Jon en Londres en instrumento público de 10 de febrero de 1998 (fol. 1866 del Tomo VII del Rollo)

El quebranto económico sufrido en la venta de acciones, en relación con el precio de compra, dada la pérdida real, hace que tal operación no pueda compararse de forma homogénea con la compraventa que hicieron los accionistas minoritarios, según entiende el recurrente.



Ya nos referimos a este aspecto, que para nada incide en la conducta delictiva, ni en el fallo. Las acciones del Banco Central, varios años después bajaron, como pudieron haber subido. Las oscilaciones o fluctuaciones del precio de las acciones que los acusados decidieron comprar, no tiene influencia en la operación de Urbanor y en el precio, ya que tal circunstancia no podía preverse, ni de forma expresa se tuvo en cuenta la posible depreciación de la inversión realizada. Tampoco se conoce la rentabilidad del dinero recibido por los minoritarios, o el éxito o fracaso de la inversión o aplicación que pudieran haber hecho de él.

Respecto a la falta de valoración judicial del affidavit, ya se manifestó en su momento la exigua o nula eficacia probatoria, dada la génesis del mismo

Por otra parte, es evidente la irrelevancia de consignar en el factum el resultado económico-financiero de una operación de venta de acciones ocurrida dos años y medio después, en cuanto no devirtúa los datos esenciales consignados en la resultancia fáctica.

9. En conclusión, la inadmisión del motivo se impone no sólo por las causas que singularmente hemos analizado, sino con carácter general por las razones siguientes:

- No se citan con precisión los particulares, dentro del documento, que justificarían el error.
- No siempre se concreta que supuesto error de hecho de la sentencia se trata de deshacer.
- No existe literosuficiencia en muchos de los documentos invocados, que no merecen tal calificación a efectos del motivo.
- En más de una ocasión se producen interpretaciones o argumentaciones sobre el sentido o alcance de los documentos, cuando la finalidad última es demostrar un error apreciativo, no consignado o defectuosamente consignado en el factum.
- No se especifica la trascendencia o relevancia del presunto error en la subsunción de los hechos o en el fallo.
- En todo caso, la mayor parte de los documentos invocados resultan contradichos por otras pruebas, y los que no lo son, resultan inoperantes para modificar el fallo.

El motivo, por tanto, debe rechazarse.

D) INFRACCIÓN DE LEY: ESTAFA. ENGAÑO.

DÉCIMO.- Por infracción de Ley ( art. 849-1 L.E.Cr.) los acusados recurrentes reputan infringido el art. 528 del Cod. de 1973, por ausencia de uno de los elementos constitutivos del delito de estafa, cual es, el engaño.

A este tema se dedican los motivos 4º y 5º de Diego y los 5º y 7º de Jose Enrique .

Terminan, dentro de esta línea impugnativa, por considerar inaplicable el art. 528, al no haberse producido un perjuicio, a cuya cuestión se refieren los motivos 5º de uno y otro recurrente.

1. Nos resulta provechoso tomar como referencia los elementos en que se descompone el delito de estafa, según la doctrina de esta Sala.

Nos dice la Sentencia nº 187/2002 de 8 de Febrero que: "En los elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar: 1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2º) Dicho engaño ha de ser <<bastante>>, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. 3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que lleva a actuar bajo una falsa presuposición, y a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesto la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción



de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. 5º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del C.P. entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 6º) Nexos causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el <<dolo subsequens>>, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa".

2. Comenzando por el estudio del engaño, ambos censurantes entienden que el supuestamente concurrente en el caso que nos ocupa, sería el engaño omisivo, por lo que hallándonos ante una conducta penal de omisión impropia ( art. 11 del C.Penal) sería necesaria la existencia de una norma jurídica, una obligación contractual o una posición de garantía, para incurrir en responsabilidad penal, que no se concreta en la sentencia.

La sentencia sólo habla de un deber de lealtad, que para los recurrentes no es otra cosa que una aplicación al ámbito de la sociedad mercantil del principio general de buena fe, y de tal principio no pueden extraerse obligaciones en el ámbito penal. El deber de informar derivado de la buena fe no puede tener transcendencia penal.

3. El enfoque de los recurrentes no es correcto, por la potísima razón de que no nos hallamos ante un engaño omisivo, aunque en la trama o conducta engañosa interfiera o se añada un ingrediente omisivo. Antes de seguir analizando la pretensión impugnativa y dado el cauce procesal en que se apoya el motivo, debemos partir de un escrupuloso respecto a los hechos probados. De éstos es importante destacar lo siguiente: en la reunión de 20 de noviembre de 1987, los querellantes Sr. Marcelino y Bartolomé , ante la información que recibieron de Diego y Jose Enrique de la existencia de un comprador inglés, para los solares de la PLAZA000 "otorgaron, en nombre cada uno de ellos del grupo que representaban, una autorización de los acusados citados para que pudieran entablar negociaciones encaminadas a la venta de acciones o derechos de suscripción preferente dimanantes de las acciones de la sociedad, facultándoles incluso para suscribir contrato de intenciones o protocolo en el que se establezcan las bases de dicha venta".

4. Sobre esta afirmación completada por las expresiones fácticas de la fundamentación jurídica, en función integradora, el engaño se fraguó con actos positivos:

a) por la carta-oferta, con el conforme del Sr. Diego , fechada el 23-11-87, corregida por la misiva del Sr. Gustavo (siguiendo instrucciones de los Sres. Diego y Jose Enrique ) que obra al folio 35, en la que se comunica el precio ofrecido por DIRECCION008 , (150.000 pts./m2), falseando de este modo la realidad.

b) por la carta del Sr. Gustavo , actuando por indicación de los acusados, que obra el folio 250, de fecha 4 de octubre de 1987.

El contrato suscrito en Londres por el Sr. Diego y Jose Enrique el 23-11-87 (folio 10 y ss) corrobora que el precio que se ofertaba con carácter general era de 231.000 pts/m2 y no el que torticeramente se comunicó a los socios minoritarios.

También se faltó a la verdad sobre la necesidad de vender un 95% de la participación en DIRECCION002 , para que tuviera lugar la operación. La información no era vanal, pues el beneficio ilícito que podían obtener los acusados aumentaba proporcionalmente cuantos más socios acabaran engañados y vendiendo a razón de 150.000 pts./m2 edificable.

5. Pero aun cuando nos halláramos ante un engaño omisivo, tal modalidad conductual también permitiría construir un engaño típico, al no comunicar a los socios información veraz a que se hallaban obligados.

Recordando los aspectos del factum referidos en este fundamento, es obvia la fuente que imponía a los socios mayoritarios informar a los demás de las actividades desplegadas, en relación al tema de la encomienda (gestionar la venta de los solares). Resulta totalmente irrelevante acudir a la normativa civil sobre estipulaciones en favor de tercero ( art. 1257 C.Civil) ni gestión de negocios ajenos ( art. 1889 C.Civil). Bastaría calificar el desempeño de dicho cometido de negocio jurídico, pacto, convenio, acuerdo, contrato atípico, o si se quiere mandato ( art. 1719 y 1720 C.C.) para llegar a la conclusión que dentro de la libertad de contratación y de formas ( arts. 1255 y 1278 C.C.), el Sr. Diego y Jose Enrique asumieron el encargo de gestionar y negociar en nombre o interés propio y en el de sus socios minoritarios la venta de derechos y acciones de DIRECCION002 .





En virtud del encargo asumido tenían obligación de informar, según ese deber jurídico de lealtad, de las circunstancias que constituyeron el objeto de la encomienda.

El hecho de que se firmaran contratos exclusivamente entre los acusados y el representante de DIRECCION008 -Koolmes, no significa que quedara debilitado el deber de informar verazmente de las gestiones relativas al tema concreto para el que habían viajado a Londres.

No tendrán obligación jurídica de exhibir, desde el punto de vista formal, los mismos contratos suscritos a los que no fueron parte en ellos, pero sí comunicar de cualquier modo aquellos aspectos de los mismos que se hallaran dentro de la gestión asumida.

Ex abundantia, también debieron informar con fidelidad a los demás socios de la enajenación de más del 9% de las participaciones, así como del precio de las mismas, según imponen los estatutos de Urbanor.

Bien por vía estatutaria o contractual ( art. 1258 C.C.) los acusados debían poner en antecedentes de la operación que empezaba a fraguarse y no lo hicieron, o mejor dicho, lo hicieron, pero con engaño y utilizando documentos falsificados, para crear el error propio de la estafa. Existió engaño por actos positivos, y también por omisivos.

Sólo la concurrencia de esta última modalidad conductual ya determinaría el nacimiento de la responsabilidad penal. Nos dice en tal sentido la sentencia de esta Sala nº 94 de 7-febrero-1997 que "no se discute, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, la posibilidad de la existencia de un engaño omisivo como elemento generador de la estafa. Ahora bien, no todo engaño omisivo genera un delito de estafa ya que podríamos criminalizar extensivamente aspectos de la vida contractual que tienen su acogimiento en la legislación civil".

Los motivos 4º del Sr. Diego y 7º del Sr. Jose Enrique deben desestimarse.

#### E) ENGAÑO CAUSAL Y BASTANTE.

DÉCIMO PRIMERO.- A atacar este elemento del delito de estafa dedican los acusados recurrentes, el motivo número 5º de cada uno de sus recursos. Existiendo en su desarrollo diferencias argumentales estimamos conveniente resolverlos separadamente.

1. El acusado Diego , por corriente infracción de ley ( art. 849-1 L.E.Cr.) estima indebidamente aplicado el art. 528 del Código de 1973.

Este impugnante nos dice que la concurrencia del engaño, elemento nuclear de la estafa, sólo será bastante si tiene idoneidad o entidad suficiente para provocar error en una persona que haya cumplido con unos deberes mínimos de diligencia. En este sentido, invocando jurisprudencia de esta Sala, señala "que todo tráfico mercantil está inspirado simultáneamente por la pauta de la confianza y desconfianza", y de acuerdo con tal idea no existirá engaño bastante cuando el sujeto no haya actuado con arreglo a la pauta de desconfianza a que estaba obligado (S. 29-Octubre-1998).

A partir de este criterio interpretativo, precisa que los querellantes se comportaron -según su opinión- con una total falta de diligencia, ya que pudieron haber evitado el error con una mínima actuación de comprobación.

Las circunstancias que debieron alertarles son las siguientes:

- a) Los querellantes eran personas, que por su condición de profesionales del sector y por su intervención personal en todas las gestiones urbanísticas, relativas a los solares objeto de la operación, debían estar al tanto del mercado inmobiliario.
- b) Constituía un hecho notorio, con trascendencia en la opinión pública, la propagación de las condiciones de la venta de los terrenos (diario "El País").
- c) La venta, en última instancia, la hicieron los querellantes a Koolmes, filial de KIO, frente a la que podían haber aclarado cualquier duda.

2. Antes de analizar la magnitud y condiciones del engaño para inducir a error, conviene dejar sentados ciertos principios doctrinales sostenidos por la Sala, que vienen al caso:

a) La valoración de la eficacia causal del engaño debe realizarse caso por caso, calibrando las circunstancias y condiciones concretas de las personas intervinientes, engañador y engañado, y los usos mercantiles aplicables ( S.T.S. de 22- diciembre-2000). Débese, por tanto, desterrar cualquier conceptualización generalizadora, acudiendo a cada una de las situaciones concretas que la variopinta realidad nos ofrezca.

b) Procede excluir, a su vez, la relevancia típica del engaño objetivamente inidóneo cuando la representación errónea de la realidad captada por el sujeto pasivo deriva de un comportamiento suyo imprudente, no inducido por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es imputable objetivamente al



engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo es ( S.T.S. nº 1873 de 4- Diciembre-2000)

c) Como enseña la Sentencia nº 1343 de 5-julio-2001, invocada por el Mº Fiscal, "es perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, en la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, frente a otra predominantemente subjetivista que pone el acento en la posibilidad e incluso en la obligación en que se encuentra el sujeto pasivo de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo".

d) Finalmente, para conmensurar la eficacia del engaño hemos de partir de una regla, que sólo excepcionalmente puede quebrar. Esta regla podemos enunciarla del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores". Sería difícil considerar que el engaño no es bastante cuando ha sido efectivo y se ha consumado la estafa.

3. Partiendo de tales bases doctrinales es oportuno analizar el engaño interviniente en la defraudación enjuiciada y preguntarnos si el ardid empleado era tan tosco o de tan fácil detección que no merecía la calificación de idóneo o suficiente para el logro de los torcidos fines propuestos por los acusados recurrentes.

Los argumentos de la sentencia que se explicitan y los demás directamente inducidos de la misma, nos permiten concluir que el engaño urdido fue suficiente. Entre estos podemos señalar:

a) Los querellantes debían otorgar mayor credibilidad a unos socios que a unos medios de comunicación, que no indicaban la fuente de la noticia.

b) El prestigio de los acusados y la confianza y armonía que había reinado hasta entonces en sus relaciones societarias con los minoritarios, otorgaban altísimos márgenes de confianza, en una gestión, que beneficiaba a todos por igual (intereses comunes).

c) Las manifestaciones verbales de los acusados a los demás socios acerca del precio de los solares, corroborados por la carta, sagazmente alterada (falsedad documental) dirigida al Sr. Marcelino y al Sr. Bartolomé , que indicaba un precio incorrecto (carta-oferta de 23-11-87).

d) Aunque la culminación del proceso negociador se resolviera en el otorgamiento directo de la compraventa con el representante de DIRECCION008 -Koolmes, Sr. Jon (testigo incomparecido), no cabe olvidar que la totalidad de la negociación la llevaron a cabo los acusados, a los que los demás socios habían autorizado a ello y la entidad compradora también les confió el ajuste o determinación última del precio, conforme a su oferta, convenientemente ocultada por referidos acusados.

Hubiera sido inoportuno, perturbador e inapropiado, que los minoritarios después de la Junta General de DIRECCION002 de 28-12- 87, en la que aceptaron las condiciones de la venta, volvieran a discutir el precio en el momento de la firma del contrato, con riesgo de que la operación se frustrase.

e) Por último, y por mucha profesionalidad que tuvieran los querellantes en el campo inmobiliario, y no obstante la información publicada en el diario "El País", los posibles intentos de elevación del precio por parte de aquéllos fueron cegados y estrangulados con la carta remitida por el Sr. Gustavo , el día 4-diciembre-1987 en representación de los acusados, actuando en nombre de Construcciones y Contratas, en la que se insistía que no había sido posible conseguir mayor elevación del precio, a pesar de las innumerables gestiones desarrolladas al efecto.

El motivo no puede merecer acogida.

DÉCIMO SEGUNDO.- La misma censura del anterior acusado la formuló el otro recurrente Sr. Jose Enrique , en el 5º de los motivos que formaliza. Con sede procesal en el art. 849-1 L.E.Cr. estima indebidamente aplicado el art. 528 del C.Penal de 1973, equivalente al 248.1 del vigente, en relación a los arts. 1261-2º, 1266 par. 1º y 1269, todos del C.Civil, por cuanto el requisito del engaño causal y bastante, elemento integrante del delito de estafa, exige necesariamente un engaño recayente sobre las personas, las cosas o la causa del propio contrato a través del cual se engaña, y que implica la disposición patrimonial perjudicial para el disponente o para un tercero.

1. Los argumentos que en base a tal enunciado desgrana el recurrente podemos resumirlos en los siguientes:

a) Es necesario que el error que subsigue al engaño recaiga sobre las personas, cosas o causas del propio contrato y no de otro diferente.

b) Estima que sobre "su contrato", el de los minoritarios, no hubo engaño de ningún tipo, ya que por los encargados de negociarlo (acusados) se les ofertó la venta de las acciones o solares a un precio (150.000 pts/m2) que fue aceptado libremente.



c) La sentencia -insiste el recurrente- transmuta la oferta a los minoritarios, sobre sus acciones y derechos para convertirla en oferta sobre solares de Urbanor, expresada en valor por metro cuadrado.

d) La sentencia -por último- confunde los dos objetos contractuales, por un lado el contrato de compromiso de venta de 23-11-87 y por otro la oferta de la misma fecha, trasladada a los demás socios en la que se proponía un contrato con otras condiciones. No acepta el impugnante que el precio sobre el 95% de las acciones fuera igual para todos, ya que en el compromiso de compra se hablaba de acciones y no de metros cuadrados, y además decía de forma expresa que el precio no sería igual para todos, sino que los acusados Sres. Diego y Jose Enrique, se encargaban de negociar el que pudiera corresponder "por razón de las distintas circunstancias del caso", a cada grupo vendedor.

2. Los argumentos expuestos no pueden prosperar. Nada importa que la venta pretendiera realizarse sobre acciones y luego se tradujera en un precio fijo por metro cuadrado, ya que ello resultaba de realizar las pertinentes operaciones matemáticas, con lo que el compromiso de venta adquiere caracteres de uniformidad.

No debemos olvidar el objeto social de Urbanor, que según reza en hechos probados, comprendía toda la actividad empresarial dirigida a la construcción y ejecución de obras, promoción y desarrollo de actividades inmobiliarias, circunscritas a los solares registrales de los que era titular dicha sociedad.

Sobre el ajuste de distintos precios por grupos de socios, ya explicamos su alcance, limitado a precisiones de carácter técnico, dimanantes de la particular situación jurídica dentro de la sociedad y de sus relaciones entre los socios y de éstos con la sociedad.

No puede, pues, afirmarse que la oferta dirigida por los acusados a las víctimas del fraude fuera distinta a la de todos los demás socios, y determinara la concertación y celebración de unos contratos distintos. La separación entre ambos contratos es claramente artificial. El compromiso de venta iba dirigido a todos los socios, y los acusados, valiéndose de un documento falsificado y otras argucias detalladas en el factum, interfirieron para imponer, mediante engaño, unas condiciones inferiores a la oferta de compra general, con cuya diferencia de precio lucrarse. El día 7-1-88, todos celebraron contratos y lo hicieron después de verificadas las pertinentes correcciones o ajustes, pero no sobre un precio uniforme de 231.000 pts/m<sup>2</sup>, sino que los minoritarios vendieron sobre 150.000 pts./m<sup>2</sup> que, por una ilícita intervención del recurrente y el otro socio mayoritario, impusieron.

Hemos de ceñirnos, en este punto, a los hechos probados y recordar que los acusados recurrentes fueron designados para negociar la venta de las acciones o participaciones (es decir, solares) y lo hacían en su propia representación y por mandato de los socios minoritarios (documento de 20-11-87).

Recordemos, asimismo, el contrato de compromiso y la posterior intervención de dichos acusados, encaminada, no a la celebración de un contrato distinto, sino a alterar con maquinaciones insidiosas las condiciones de modo general ofertadas a todos los accionistas, circunstancia que ocultaron a los consocios. Esa finalidad engañosa tuvo la carta oferta de 23-II-87 y la de 4 de diciembre del mismo año del Sr. Gustavo, que da cuenta a Astor de las intensas gestiones realizadas en su nombre ante el comprador.

El motivo no debe merecer acogida.

#### F) PERJUICIO PATRIMONIAL DE LA ESTAFA.

DÉCIMO TERCERO.- También en este punto, al existir algún argumento no coincidente, debemos analizar por separado el motivo 6º del recurrente Sr. Diego y el homónimo ordinal del coacusado Sr. Jose Enrique.

1. El primero de los mencionados, acogido al cauce procesal que establece el art. 849-1 de la L.E.Cr., estima infringido el art. 528 del C.Penal de 1973, por no existir en hechos probados de la sentencia perjuicio patrimonial, consecuencia de un acto de disposición, lo que excluye cualquier tipificación de los hechos como delito de estafa. Dos cuestiones sobre este extremo plantea el recurrente, que examinaremos por separado.

La primera se contrae a la concreción del perjuicio y a la indeterminación del precio de mercado; la segunda, a la interdependencia entre la venta de los solares de DIRECCION002 y la sociedad financiera DIRECCION010.

Esquemáticamente, el primer punto se desarrolla en los siguientes apartados:

a) No existe en hechos probados un perjuicio patrimonial como consecuencia del acto de disposición. La sola circunstancia de que se produzca una alteración en el patrimonio de una persona no supone la existencia de un delito de estafa (presupuestos los demás elementos constitutivos), si no se compara económicamente la situación del sujeto pasivo antes y después del acto dispositivo.

b) La pérdida de una cosa o su valor económico que se compensa simultáneamente con un equivalente elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa.



c) El relato fáctico -sigue argumentando el recurrente- no recoge mención alguna sobre cuál sea el precio de mercado o precio objetivo (o de tasación) de las fincas, ni en momento alguno sostiene el Tribunal que ese precio fuera superior a 150.000 pts/m<sup>2</sup>.

d) El precio de mercado no es el que está dispuesto a pagar un comprador concreto, sino el precio medio que estaría dispuesto a pagar el conjunto de posibles compradores que actúan en el mercado.

2. En esta serie de cuestiones planteadas el recurrente traslada a la determinación del daño o perjuicio, conceptos o mecanismos para cuantificarlo que operan en aquellos supuestos en que el valor de una cosa debe traducirse en referente dinerario.

Las cosas sí deben valorarse por el precio medio de mercado, bien para determinar los límites cuánticos en orden a la calificación del hecho como delito o falta en determinadas infracciones patrimoniales, o la especial gravedad del daño, bien para precisar las cantidades indemnizatorias, o bien (delitos contra la salud pública) para imponer las multas, etc. etc.

Pero, cuando para la determinación del quebranto económico, el objeto material del delito u objeto apropiativo, lo integre precisamente dinero, ya aparece determinado el perjuicio directamente, sin necesidad de ninguna especial operación que haga referencia al precio medio o de mercado.

En el caso de autos existía un comprador dispuesto a pagar 231.000 pts. por metro cuadrado de solar vendido. Mediante engaño (documento falsificado), y otros procedimientos torticeros se hizo creer a los sujetos pasivos que el precio era de 150.000 pts., lo que ciertamente también era buen precio; pero en cualquier caso dejaron de percibir la diferencia y esa diferencia es exactamente el perjuicio concreto ocasionado, sin que haya que recurrir para su determinación al precio medio o de mercado. El daño o perjuicio venía ya calculado en pesetas.

A mayor abundamiento cabe señalar que en hechos probados se habla de que el precio de mercado o precio de tasación constituye un condicionamiento para que el compromiso de venta de 23-11-87 quedase cerrado. La condición allí expuesta se refería "a que una firma de valoración ( Benito ) ratifique que el valor estimado por las partes para los solares objeto de este compromiso es un valor de mercado". Y ese valor medio estimado del metro cuadrado a construir se fijaba en 231.000 pts/m<sup>2</sup>, como evidencia el informe de Benito , unido a autos.

Es indudable que el precio de 150.000 pts/m<sup>2</sup>, era excelente y magnífico para los vendedores como expresa la sentencia, pero el más elevado de 231.000 tenía plena justificación financiera desde el punto de vista de la inversión que DIRECCION008 pretendía hacer, dadas las perspectivas de futuro y ser el último de los solares de esa zona de altísimo prestigio en Madrid, lo que elevaría sobremanera su cotización en el mercado inmobiliario.

El perjuicio, en suma, se computa por la diferencia entre el importe percibido y el que debieron percibir los perjudicados, de no haber sido objeto de engaño. Los peritos, en juicio, lo cuantificaron con precisión.

3. En el segundo de los supuestos, relativo al objeto material del delito, el recurrente pretende demostrar que para DIRECCION008 y Construcciones y Contratas, la operación no era una simple compraventa, sino una operación compleja. Y ello porque, según el factum de la sentencia el acuerdo entre aquéllas fué "para la adquisición por parte de los acusados Sres. Diego y Jose Enrique y de sociedades controladas directa o indirectamente por ellos, del paquete accionario del Banco Central del que quería desprenderse DIRECCION008 , obteniendo el dinero necesario para llevar a cabo dicha operación con la venta a DIRECCION008 de su participación en DIRECCION002 ". Sobre este propósito contractual se derivan las siguientes consecuencias, según entiende el recurrente:

a) Se plasman dos contratos distintos: uno de compromiso de una sociedad financiera ( DIRECCION010 ) y otro de compromiso de venta de las acciones de DIRECCION002 o derechos de suscripción preferente.

b) En este último contrato se especifica que "el precio convenido tiene el carácter de global para todo el conjunto de acciones y derechos de suscripción a transmitir, pero se entiende sin perjuicio de su distribución, que hará el grupo vendedor (los acusados) entre los distintos paquetes accionariales que definitivamente se vendan en función de las circunstancias que concurran en cada uno de ellos", añadiéndose una condición suspensiva, según la cual "la eficacia de todos los pactos quedaba condicionada al cumplimiento en todos sus términos del contrato de compromiso de constitución de una sociedad anónima entre el grupo comprador y DIRECCION000 ( DIRECCION010 )".

c) Así pues, todas las cantidades que el DIRECCION000 percibió por la venta fueron inferiores a los que ese mismo grupo aportó a DIRECCION010 . Todo lo percibido por la venta de DIRECCION002 se invirtió en dicha sociedad financiera y el grupo de los acusados tuvo que añadir unos 3.000 millones de pesetas más.

d) Lo convenido -insiste el impugnante- aunque aparentemente se instrumentara como dos compraventas vinculadas, lo que realmente se había pactado entre DIRECCION008 y DIRECCION000 era una permuta o



intercambio de activos y en la permuta los precios pasan a ser secundarios. Sin embargo, para los accionistas minoritarios sí fue una venta real, pues por la enajenación de sus derechos percibieron un precio en efectivo.

4. El planteamiento que acabamos de realizar es fruto de una interpretación parcial e interesada del recurrente.

Los hechos probados no apuntan a la versión propugnada. Los acusados individualmente vendieron los derechos de suscripción preferente por un precio que se especifica en los mismos y también lo hizo la sociedad participada íntegramente por aquéllos, DIRECCION001 . Ambas operaciones se articularon como sendas compraventas y no como permutas.

Los mismos hechos probados describen que el dinero preciso para adquirir las acciones del B.Central, provenía de la venta de los terrenos de PLAZA000 . Ello hacía que el propósito de obtener un mayor precio resultara esencial para conseguir el numerario que debían destinar a suscribir el capital de DIRECCION010 .

Por otra parte, no todo lo obtenido por Corporación Financiera Hispánica y por Diego y Jose Enrique fue aportado a DIRECCION010 , pues fueron otras dos sociedades (Portland Valderribas S.A. y DIRECCION000 .) las que con sus aportaciones completan las ampliaciones de capital de DIRECCION000 Internacional, necesarias para la creación de la nueva sociedad financiera.

Prueba definitiva de la naturaleza de compraventa es la asignación de un precio específico a las distintas transmisiones y efectiva percepción del mismo. Así, los acusados venden a 172.368 pts/m<sup>2</sup> y DIRECCION001 al escandaloso precio de 388.918 pts/m<sup>2</sup>, pues a ella fue a acrecer la diferencia de precio no percibido por los socios minoritarios.

Realmente, la ficción de una permuta no pasa de ser eso, pues lo mismo podía predicarse de las cosas o productos que pudieran haber comprado los otros socios con el efectivo que recibieron. Perfectamente podría afirmarse que lo adquirido se permutaba con lo vendido.

El argumento, debe desestimarse y con él el motivo. Rechazados todos los formulados por este recurrente, deben imponerse las costas a tenor de lo dispuesto en el art. 901 L.E.Cr.

DÉCIMO CUARTO.- Jose Enrique en el motivo 6º del recurso, vía art. 849-1º L.E.Cr., estima igualmente infringido el art. 528 del C.Penal de 1973, equivalente al actual 248.1, en relación a los arts. 1274, 1445 y 1446 del C.Civil, que considera también incorrectamente aplicados, al no integrar en el objeto de los contratos celebrados todas las prestaciones y contraprestaciones pactadas y satisfechas entre las partes, así como la interdependencia causal de la venta de las acciones de DIRECCION002 y la compra de acciones del B.Central.

1. La última de las dos cuestiones aludidas (ap. A del recurso) coincide con la que hizo el correcurrente en el motivo anterior. La pretensión, sin razón sostenida, rechaza cualquier comparación de contraprestaciones y precios entre negocios jurídicos, que son diversos por su contenido obligacional y por su estructura causal. Nos remitimos a lo ya dicho: los contratos celebrados fueron de compraventa y no de permuta, como proclama el factum, al que debemos pleno respeto y sumisión, dado el cauce procesal utilizado.

2. Las restantes compraventas (las afectantes a los socios minoritarios) a las que se refiere el apartado B) del motivo tienen que valorarse -según la tesis del recurrente- como causa y contraprestación de las mismas, y por ende como precio en el que se incluirían todos los encargos de proyectos, direcciones de obra y contratos de ejecución de obra, que se vinculan a la venta de solares, lo que configuraría un esquema negocial múltiple, diverso y heterogéneo, donde es imposible la comparación de precios que lleva a cabo la sentencia recurrida.

En ocasión de resolver el 2º motivo del Sr. Diego , ya aludimos al carácter y naturaleza de estas prestaciones complementarias. Estaban ya acordadas en una antigua Junta general de accionistas, las conocían todos ellos y además quedaban fuera y aparte del contrato de compraventa de acciones de suscripción preferente, aunque algún socio con propósitos de aseguramiento de la prestación en el futuro, la condicionara o elevara a causa en el contrato de venta de derechos de DIRECCION002 .

El relato histórico de la sentencia parte del hecho cierto de que el Sr. Marcelino y el Sr. Luis Manuel , como representantes de los dos Grupos minoritarios, accedieron a la venta en las condiciones que Diego y Jose Enrique les habían comunicado en un primer momento, que no eran otras sino que DIRECCION008 estaba dispuesto a adquirir las participaciones a un precio de 150.000 pts./m<sup>2</sup> edificable y que era imprescindible para que tuviera lugar la venta que se transmitiera, al menos, el 95% del capital social.

Por tanto, se partía de un esquema común, con un valor unitario del metro cuadrado de superficie, sin perjuicio de que las prestaciones complementarias pactadas fueran condición para efectuar la venta.

En cualquier caso, no se dice que la causa y razón de señalar aquel precio fueran las contraprestaciones, que por cierto no afectaban a los demás socios minoritarios.



Por último, si deben incluirse tales contraprestaciones en el precio, habría que proceder del mismo modo con las que se reservaron para sí Construcciones y Contratas, que recayó sobre un encargo no desdeñable de contruir el 70% de las obras.

El motivo debe rechazarse y con él el recurso, las costas del mismo deberán imponerse, conforme al art. 901 L.E.Criminal.

G) RECURSOS DE LAS ACUSACIONES PARTICULARES Y ACTORES CIVILES. ERROR IURIS.

DÉCIMO QUINTO.- Por razones sistemáticas, ya dimos respuesta al motivo 8º del Sr. Marcelino , equivalente al homónimo de los Sres. Ángel Daniel y Mauricio , así como al nº 2º de los respectivos recursos de María Virtudes y otros (también querellantes) y Marí Luz y otros (actores civiles), respecto a la interrupción del plazo de la prescripción por la presentación de la querella; motivo coincidente, a su vez, con el único articulado por el Mº Fiscal.

Corresponde ahora examinar todos los demás formalizados por estas partes procesales.

Seguiremos el orden propuesto por los dos primeros querellantes mencionados, incorporando, cuando llegue el momento de analizar la circunstancia cualificativa de la estafa de "múltiples perjudicados", el 1º de los motivos propuestos por los querellantes y actores civiles últimamente referidos, que coincide íntegramente en su temática, con el de los primeros.

Se analizan, pues, todos conjuntamente.

1. El primero de los motivos, interpuesto exclusivamente por el Sr. Marcelino y los Sres. Ángel Daniel y Mauricio , se formula al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. por falta de aplicación como cualificada de la circunstancia nº 7 del art. 529, en relación al 528 del C.de 1973.

Efectivamente, ninguna manifestación explícita de la sentencia aparece otorgándole tal carácter cualificado, a pesar de haber sido propuesto en tal sentido por la recurrente.

La procedencia del motivo es incontestable. Baste recordar la doctrina de esta Sala, para dar por resuelta la censura.

Nos dice la S. de 27 de enero de 1999: "Ha sido doctrina jurisprudencial aceptada la que cifraba la especial gravedad en la suma comprendida entre las quinientas mil y el millón de pesetas, límite determinante de la cualificación de la gravedad de la estafa, estimándose como muy cualificadas las defraudaciones que sobrepasen la cifra de un millón de pesetas (ver Sentencias de 23 de febrero y 28 de diciembre de 1987, 26 de abril y 30 de septiembre de 1988, 28 de junio y 16 de julio de 1990). Cifras que ofrecían un carácter puramente orientativo y se hallaban sujetas, por supuesto, a las revisiones aconsejadas por las circunstancias y que, ulteriormente, han ido experimentando una modificación actualizadora en alza, cual vienen reflejando las sucesivas y más recientes Sentencias de esta Sala. Puede cifrarse a partir del año 1991 el señalamiento de los dos millones de pesetas para apreciar la concurrencia de tal circunstancia 7ª del artículo 529 del Código Penal con carácter ordinario, y los seis millones de pesetas para estimarla como muy cualificada, acompasando así los criterios de valoración penal a los paulatinos cambios que se van produciendo en la situación económica del país (ver las Sentencias de 16 de septiembre de 1991, 25 de marzo y 23 de diciembre de 1992)"

2. La doctrina mencionada se mantiene en la actualidad, para ser aplicada a la equivalente agravatoria del art. 250.1.6 del vigente Código.

Lo cierto es que en nuestro caso, no sólo la cantidad defraudada rebasa esa cifra, sino que también eran superiores a ese límite cuántico de 6 millones de pesetas, todas y cada una de las cantidades en que finalmente resultaron afectados cada uno de los socios.

Por lo demás, el error es más formal y aparente que real, pues en la pag. 30 de la Sentencia, al hablar de plazos prescriptivos, toma como pena más grave la de estafa, frente a la de falsedad; luego el Tribunal está pensando en una sanción de prisión menor de 6 meses y 1 día a 6 años, que es la pena a imponer cuando la agravatoria del art. 529.7 del Código derogado, se considera muy cualificada, según dispone el art. 528 de dicho Código.

El motivo debe prosperar.

DÉCIMO SEXTO.- En el segundo motivo de los querellantes Sr. Marcelino y Sres. Ángel Daniel y Mauricio denuncian falta de aplicación al delito de estafa de la agravante específica de múltiples perjudicados, con vulneración del art. 529.8, en relación al 528 del C.Penal de 1973.

También invocan este motivo los otros querellantes y actores civiles (Motivo 1º de los respectivos recursos). Sin embargo, la parte recurrida ha puesto de relieve la ausencia de petición en la instancia de tal pronunciamiento. Ni en calificación provisional ni en definitiva postularon el acogimiento de esta



agravatoria, por lo que a este nivel casacional no puede ser analizada "per saltum" a su instancia por falta de legitimación para ello, so pena de infringir el principio acusatorio y de contradicción que deben ser observados preceptivamente en el proceso. No obstante, planteada la cualificación por los primeros deberemos examinar la concurrencia o no de la misma.

1. Conforme precisa la S. de esta Sala de 1 de julio de 2002, hay dos posturas en la jurisprudencia que difieren esencialmente:

a) La primera o teoría del número. Según ésta se entiende que hay múltiples perjudicados, simplemente cuando el número de afectados por la estafa, es elevado, considerando que múltiples (que es plural de una expresión que ya en singular indica una pluralidad) significa más que muchos.

Así, pues, múltiple es más que una simple pluralidad de sujetos, porque el adjetivo "múltiples" tiene su paralelo en el sustantivo multitud y este sustantivo encierra la idea de un "número amplio de personas".

b) La segunda postura se define como teoría de la indeterminación. Existiría estafa cualificada por esta circunstancia cuando la acción engañosa se dirigiera contra una colectividad, esto es, contra un grupo de personas no concretadas individualmente.

2. Los recurrentes protestan por la decisión de la Audiencia porque parte de la confusión de la agravante específica de múltiples perjudicados y del concepto de generalidad de personas perjudicadas, propio del delito masa ( art. 69 bis C.P.).

No les falta razón, pues la exigencia legal relativa a la mecánica delictiva es decir, que la acción engañosa se dirija a una generalidad de personas, se halla prevista en el art. 69 bis, nº 2 del C.Penal de 1973 (actualmente en el 74 del vigente), pero no en la cualificativa inaplicada. Es posible que, en más de una ocasión, los mecanismos de comisión del delito se traduzcan en llamadas al engaño a un número indeterminado de personas, pero la cualificación sólo se producirá, cuando realmente los perjudicados hayan sido múltiples. La nota de la indefinición del sujeto pasivo o proyección del delito a un número no determinado de personas, sólo deberá acogerse cautelosamente con carácter interpretativo secundario, por cuanto en más de una ocasión los modos de proceder del culpable se acomodarán a esa dinámica delictiva. Pero el principio de legalidad y la interpretación rigurosa de la ley penal, evitando desviaciones "in malam partem", nos obligan a circunscribir el concepto de "generalidad de personas" al delito masa.

3. Realizadas las precedentes aclaraciones, hemos de preguntarnos si la hipótesis que nos atañe, será subsumible en el apartado 8º del art. 599 del C.Penal, o por el contrario, no resulta éste aplicable.

Es de vital importancia en la delimitación conceptual de la agravatoria, precisar el concepto de perjudicado. Según aceptemos una noción amplia del mismo o por el contrario restrictiva, variará la solución del caso.

Si entendemos que el ocasionamiento del perjuicio, se produce no sólo a los directamente afectados, sino a cualquier persona, que de un modo u otro resulte repercutida negativamente en su patrimonio por la estafa, nos estaremos inclinando por una interpretación laxa de una amplitud difícilmente precisable, con posibilidades de crear incertidumbre o inseguridad en los límites aplicativos de la agravatoria.

Si se perjudica a una Sociedad, puede entenderse, que indirectamente también resultan afectados (perjudicados), sus socios, los trabajadores de la misma o sus acreedores. Pero también los terceros, que de una manera u otra dependen en su subsistencia de los patrimonios de los directamente afectados (Sociedades) o de los afectados de primer grado y así sucesivamente. Una interpretación estricta y ajustada a la naturaleza de la materia a interpretar (perjudicial para el reo), nos debe impulsar a una exégesis restrictiva.

No faltan pronunciamientos de la Sala Segunda, que apoyan dicha postura (S.T.S. 20-abril-1991). Esta sentencia consideraba que el sujeto pasivo del delito, la Cooperativa "era un sólo perjudicado, y por ende, un único centro de imputación, tanto en lo activo como en lo pasivo, mientras que el subtipo indicado, por el contrario, contempla la existencia de múltiples (ni siquiera basta con la mera pluralidad) perjudicados, ya sean personas físicas o jurídicas, y el que la cooperativa esté, como toda persona jurídica institucional, compuesta por un número indeterminado de socios no convierte a éstos en perjudicados singulares en el sentido de referido precepto".

4. En el supuesto que nos ocupa, unos días antes de la materialización de las operaciones de venta de DIRECCION002 , cambió formalmente el accionariado de la Entidad, retirándose las dos personas jurídicas ( DIRECCION003 y DIRECCION004 ) y apareciendo en su lugar las personas físicas, que después interpusieron las querellas, con el único objetivo de que los socios pudieran evitar el pago de impuestos que, por razón de la plusvalía, se iban a producir.



No obstante tal formal cambio de titularidad, la conducta delictiva se desplegó siempre frente a los dos representantes de estos Grupos, Sr. Marcelino y Sr. Gerardo ), limitándose a actuar los 26 restantes conforme a los criterios, sugerencias y consejos de éstos, al sólo efecto, de ratificar lo hecho por ellos (Junta General de accionistas de 28-12-87) y suscribir las escrituras de venta el 7-1-88, como si se tratara, exactamente, de las dos sociedades, disueltas sólo por conyuntural conveniencia.

Es indudable que este hecho contextual debe influir en la interpretación del alcance del término "múltiples perjudicados".

5. Junto al mismo, otro elemento relevante debe merecer también nuestra atención.

Para el supuesto de que prosperara el motivo, la concurrencia simultánea de las circunstancias 7ª y 8ª del art. 529 del C.P. de 1973, daría lugar a la imposición de una pena de prisión mayor, es decir, de 6 años y 1 día a 12 años, que reducida en una tercera parte, por efecto de la redención de penas por el trabajo, resultaría una pena efectiva de 4 a 8 años, comparable con las que establece el nuevo Código. Este último, prevee la imposición de una pena de prisión de 1 a 6 años y multa, para caso de concurrir una circunstancia ( nº 6 del art. 250.1 C.P. 1995), ya que la de múltiples perjudicados ha desaparecido. La pena a imponer por el nuevo Código sería notablemente inferior. Así, se daría la paradoja de que de ser aplicable la agravatoria, habría que acudir al art. 250.1.6º del nuevo Código, por ser favorable, lo que evitaría su aplicación por no estar prevista en él, al haber sido derogada.

Cierto es que el Código penal vigente impone en su disposición transitoria segunda que "para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno y otro Código".

Pero ello no debe impedir que, a la hora de interpretar la circunstancia y poner límites a su sentido y alcance, se tenga en cuenta que las concepciones de política criminal del legislador han variado radicalmente, y en la actualidad carece de significación intensificar la pena por ello. Si la razón de agravar pudo haber sido la extensión personal del daño, sin referencia a una cuantía (ya prevista como otra agravación), no es fácil ponderar si el dato agravatorio dotaría de un mayor desvalor al hecho, pues la gravedad objetiva de la infracción no aumentaría, por afectar a varios o muchos perjudicados, pudiendo perfectamente afirmarse, que siendo importantes los daños patrimoniales padecidos, distribuidos entre varios, las consecuencias del delito se debilitan.

6. En conclusión, podemos afirmar, que hallándose dirigida la acción delictiva frente a dos sociedades disueltas formalmente por razones fiscales y no hallándose en vigor la agravación que se aplica, aunque de facto la conducta criminal haya incidido sobre los distintos socios, no se estima concurrente la agravatoria postulada, que por lo demás, sólo alcanzaría a 28 personas (que no es multitud) perfectamente delimitadas y funcionalmente agrupadas en dos entidades societarias.

El motivo debe rechazarse.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Los motivos 3º y 4º, tanto del querellante Sr. Marcelino , como de los otros dos (Sr. Ángel Daniel y Sr. Mauricio ) integrantes del DIRECCION006 , han perdido todo interés por hallarse su formulación condicionada a otros pronunciamientos. Veámoslo:

El motivo 3º, por el cauce del art. 849-1º L.E.Cr. considera indebidamente aplicado el art. 113 C.Penal de 1973 (131 del actual), en relación a los arts. 529.7 (muy cualificada) y 8º del C.Penal de 1973 (equivalente a los 248 y 250.1º.6º del actual).

La censura tiene como presupuesto la aplicación de las dos cualificaciones referidas, que como acabamos de anticipar en el motivo anterior, darían lugar a la imposición de una pena de prisión mayor, cuyo plazo prescriptivo sería de 10 años y no de 5, como señala el Tribunal al aplicar el art. 113.

Desestimada una de las cualificaciones y partiendo el motivo de la estimación conjunta de ambas, resulta improcedente la petición.

El motivo debe rechazarse.

En el 4º, por igual cauce procesal, estima también indebidamente aplicado el art. 113 en relación al 302-6 y 303 del C.Penal de 1973 (equivalentes al 392 y 390-1.1º Código actual), por haber declarado prescrita también la falsedad.

A efectos de prescripción, es de todos conocida, la improcedencia de aplicar plazos diferentes a los distintos delitos, entre los que existe una relación concursal o de conexidad. En estos casos, según una consolidada doctrina de esta Sala, el límite temporal para la prescripción de todos, será el del delito castigado con mayor pena.





En nuestro caso, es indudable, que la carta-oferta falsificada, constituyó uno de los mecanismos engañosos utilizados para perpetrar la estafa, lo que demanda la aplicación del art. 71 del C.Penal de 1973..

La idea es certera y el contenido de la pretensión no ha sido puesto en entredicho por nadie. Al estar en interdependencia con la prescripción de la estafa, deberemos someternos a la solución adoptada para aquel delito. Estimada, como ha sido, la interrupción de la prescripción, el motivo deberá también acogerse.

DÉCIMO OCTAVO.- El motivo nº 5º se formaliza al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. por inaplicación del art. 69 bis del C.Penal de 1973 (equivalente al 74 del Código actual).

1. Las partes recurridas han puesto de relieve la imposibilidad de resolver la cuestión planteada, por no haber sido previamente propuesta en la instancia, como contenido del objeto procesal, que debe resultar configurado a través de los escritos de conclusiones provisionales y definitivas.

Mas, si examinamos con detenimiento los autos, observamos que al iniciarse las sesiones del juicio oral, se presentó un escrito por los tres querellantes (Sres. Marcelino , Ángel Daniel y Mauricio ), en el que se afirma que las conclusiones provisionales deben integrarse o completarse con dicho escrito. En él se amplían los preceptos aplicables de uno y otro Código (derogado y vigente) y se califican los hechos, alternativamente, como delito continuado de estafa de los ars. 248, 250.1.6º, en relación al art. 74 del C.Penal de 1995. Al final del juicio las calificaciones provisionales se elevaron a definitivas, haciendo mención expresa al escrito complementario, aportado a autos al inicio de las sesiones del juicio.

Fue, pues, objeto de debate contradictorio en el plenario, o pudo serlo.

Quizás las partes recurrentes debieron haber procedido, por quebrantamiento de forma, ante la ausencia de pronunciamiento sobre la continuidad delictiva por parte de la Audiencia ( art. 851-3º L.E.Cr.); pero su planteamiento como "error iuris" o cuestión sustantiva ( art. 849-1º L.E.Cr.) permite soslayar la omisión padecida en la instancia resolviendo en casación la pretensión oportunamente planteada.

2. Recordemos los requisitos exigidos por el delito continuado. Los resume la S. nº 1600 de 20-octubre-2000:

"La continuidad exige: A) que se obre en ejecución de un plan preconcebido, actuando el sujeto con dolo unitario que abarque desde el principio todas las acciones plurales a ejecutar; esto es, cuando hay "una trama preparada con carácter previo, programada para la realización en varios actos", y en la que el dolo unitario "se va reflejando en cada uno de los actos fragmentarios en que se produce la ejecución del total plan preconcebido" ( Sentencia de 4 de julio de 1991).- B) O que se obre aprovechando idéntica ocasión, actuando con dolo de continuación en que se renueva la voluntad delictiva al presentarse una ocasión idéntica a la precedente; como dijo ya esta Sala en Sentencia de 4 de junio de 1990 "se trata de una ocasión que por sí misma permita la realización repetida de acciones análogas, de tal manera que el dolo de cada una de esas repetidas realizaciones aparezca como una continuación de la decisión anterior", si bien "la idéntica ocasión no se confunde con ocasiones similares ni se limita al aspecto exterior de los hechos".- C) La realización en uno u otro caso, de pluralidad de acciones u omisiones típicas que guarden una cierta proximidad espacio-temporal.- D) Infracción de preceptos penales de igual o semejante naturaleza.- Y E) Identidad de sujeto activo con ofensa a un mismo o distintos sujetos pasivos".

3. Partiendo de tal doctrina jurisprudencial, es visto que no nos hallamos ante un delito continuado, que exige una trama preparada con carácter previo, programada para la realización en varios actos y en la que el dolo unitario se va reflejando en cada una de las actuaciones fragmentarias en las que se materializa la ejecución del total plan concebido.

En nuestro caso los distintos actos, sucesivamente realizados para urdir el engaño, repercuten unidireccionalmente en varias personas (socios de los grupos minoritarios), pero son unos mismos actos genéricos, que se proyectan para todos. Ello podría dar lugar a la figura específica de delito masa si concurren todos los demás elementos del art. 69 bis del C.Penal, pero no tratándose de ese engaño lanzado a una indeterminación de personas, a que se refiere el párrafo 1º, inciso 3º del mentado artículo (delito masa), habrá que recurrir a los requisitos comunes del delito continuado, siendo el primero de ellos: realizar una pluralidad de acciones y omisiones.

En la hipótesis de autos no se dan esas "conductas espacio-temporalmente diferenciables, fruto de actividades psicológicas también distintas" (S. 22-Noviembre-94). Acciones plurales que deben tener lugar "en momentos y con actividades concretas diferenciables temporalmente, en lugar de una sola ocasión" (S. 14-octubre-1999).

La misma mecánica sancionadora de esta compleja figura delictiva (pena señalada para la infracción más grave) demanda o impone la necesidad de delimitar, diferenciándolos, cada uno de los distintos actos ilícitos agrupados.



Los acusados realizaron varios actos, pero para engañar de forma unitaria al sujeto pasivo (dos grupos de socios), sin que pudieran individualizarse los actos de engaño para uno u otro de los destinatarios.

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO NOVENO.- En el motivo 6º, se cuestiona la incorrecta aplicación del art. 113 del C.Penal de 1973 ( art. 131 C.P. de 1995), en relación respectiva con los arts. 528 y 529-7º (muy cualificada) y 69 bis del C.Penal de 1973, o de los 248, 250.1.6º y 74 del vigente.

El motivo está condicionado a la estimación del delito de estafa, como continuado y con la específica agravación del nº 7 del art. 529, como muy cualificada. De acogerse el motivo, la pena a aplicar podría alcanzar hasta los 10 años, grado medio de la inmediatamente superior al de la estafa, muy cualificada por causa de la cuantía defraudada (prisión menor), en cuyo caso no habría prescrito el delito, por tener prevista una pena superior a los 6 años.

Pero como no fue acogido el motivo que propugnaba la condena por delito continuado, el presente, acólito del anterior, debe decaer.

VIGÉSIMO.- Por su parte el motivo 7º, con igual sede procesal ( art. 849-1º L.E.Cr.) se formula por aplicación indebida del art. 113 del C.Penal de 1973 (o 131 del Cod. Penal de 1995), por entender que tampoco ha prescrito el delito de falsedad documental.

Si el motivo tiene su razón y fundamento en la no prescripción del delito de estafa, para el supuesto de que se hubiera estimado la existencia de delito continuado, desechada tal pretensión, debe también decaer ésta.

El siguiente motivo, enumerado con el ordinal octavo, ha sido ya resuelto por coincidir con el motivo único del Mº Fiscal y el 2º de los querellantes María Virtudes y otros, y los actores civiles, Marí Luz y otros, por cierto, dando favorable acogida a sus pedimentos.

VIGÉSIMO PRIMERO.- El motivo noveno, residenciado en el art. 849-1º L.E.Cr. protesta por falta de aplicación de los arts. 19, 101, 106, 107 y 117 del C.Penal de 1973 (equivalentes a los 109, 110, 113 y 116.1º del Código actual).

1. Ciertamente, que estimándose cometidos dos delitos, a los que no alcanza la prescripción, deberá acordarse como natural consecuencia la indemnización de daños y perjuicios.

Sobre este punto, es conveniente llevar a cabo algunas precisiones o criterios a tener en cuenta:

a) La acción civil "ex delicto" no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil ( art. 110 y 111 de la L.E.Cr. y 109-2º C.Penal).

b) Las obligaciones civiles "ex delicto" no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto orginadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen ( art. 1092 C.Civil).

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de "damnum emergens" deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el "lucrum censans" o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proviniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasicontrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109-2 C.P.) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del C.Civil, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley (v.g. accidentes viarios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1ª del T.Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo "in illiquidis non fit mora", entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación.



Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (Vide SS. T.S. Sala 1ª nº 88º de 13-octubre-1997; nº 1117 de 3-diciembre-2001; nº 1170 de 14-diciembre-2001; nº 891 de 24-septiembre-2002; nº 1006 de 25-octubre-2002; nº 1080 de 4-noviembre-2002; nº 1223 de 19-diciembre-2002; etc.).

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del C.Civil, y los recogidos en el art. 921 de la L.E.Civil (hoy art. 576 L.E.C. de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (véase S. Sala 1ª nº 908 de 19-10-95).

2. A la luz de tales orientaciones jurisprudenciales y trasladándolas a nuestro caso, no puede prosperar en su integridad la pretensión alegada, al solicitar el devengo del interés (daños y perjuicios) desde la fecha de comisión del delito.

En mora sólo incurrieron los acusados desde el momento de la presentación de la querrela en que se reclaman los daños y perjuicios (aunque sea de forma genérica) ocasionados por el delito.

Si algún acusador particular, se personó sin querrela, constituyéndose en parte como perjudicado, desde la fecha, en que haciéndolo así, interesó la condena de los culpables y la reparación del daño sufrido (escrito de calificación provisional).

La responsabilidad civil se hará efectiva por mitad y con carácter solidario, conforme preceptúa el art. 106 y 107 C.P. de 1973 (art. 116-2 del vigente).

Las sentencias invocadas por los recurrentes y el Mº Fiscal que apoyó el motivo, constituyen excepcionales desviaciones que no alteran, en esencia, la doctrina general. Por ejemplo, la más moderna de las citadas, la nº 846 de 22-mayo-2000 de esta Sala, sitúa el arranque del devengo de los intereses moratorios en la fecha de comisión del delito; pero lo determinó así, porque, conforme al art. 1100 del C.Civil, desde ese preciso momento se entendió que comenzó la mora del deudor, acusado y condenado. Por tanto, no procederá computar los intereses desde la fecha del delito, sino desde la interpelación judicial.

En cuanto a los intereses procesales, deberán operar los legales incrementados en dos puntos, desde la presente sentencia hasta el completo pago, en aplicación de lo dispuesto en el antiguo art. 921 L.E.Civil, equivalente al 576 de la nueva Ley de enjuiciar de 7 de enero de 2000. El motivo deberá estimarse parcialmente.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El décimo de los motivos articulados, siempre acogiendo al cauce del art. 849-1º L.E.Cr., lo es por falta de aplicación del art. 22-1º del C.Penal de 1973 (art. 120-4º del vigente), solicitando la responsabilidad civil subsidiaria de las Sociedades DIRECCION000 . y DIRECCION001 .

1. La doctrina de esta Sala ha sido amplia y flexible, cuando interpretaba los preceptos invocados del Código derogado, sustituidos ahora, por sus equivalentes, más explícitos y contundentes.

Los requisitos, que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala, se vienen exigiendo para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria son los siguientes:

a) que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario;

b) que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación".

2. La responsabilidad civil subsidiaria de estas dos entidades resulta irrefutable, dados los hechos probados, en este momento, inmodificables, que hasta la saciedad refieren la actuación de los acusados, en nombre de aquéllas, como órganos ejecutivos de las mismas.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado (pag. 7) que a la reunión que tuvo lugar en Noviembre de 1987, entre los socios de DIRECCION002 asistieron los acusados Sres. Diego y Jose Enrique "a título personal y como representantes de DIRECCION000 ". Añade (pag. 8) que el contrato de compromiso de venta de acciones y derechos de suscripción preferente de DIRECCION002 , suscrito en Londres el 23 de Noviembre e 1987, fue firmado "por Diego y Jose Enrique , en nombre y representación de DIRECCION000 ".

En la página 10 se declara también probado que "dados los términos y las condiciones económicas pactadas en este último contrato Diego y Jose Enrique llegaron a la conclusión de que la participación de ellos mismos y de las sociedades por ellos controladas en la constitución de la sociedad que se acaba de citar y que en el



futuro se denominaría DIRECCION010 . no sería posible si no obtenían el dinero que debían destinar a suscribir el capital que en dicha sociedad les correspondía"

Y por último en la página 16 afirma acreditado que "por su parte Corporación Financiera Hispánica, S.A. vendió el mismo día 7 de enero a Koolmes Holding 106.255 acciones de DIRECCION002 al cambio de 9621%, recibiendo 10.222.871.924 pesetas; con anterioridad había vendido también a Koolmes, el 23 de diciembre de 1997 un total de 3.745 acciones de DIRECCION002 al cambio de 8305% recibiendo 311.022.250 pesetas. Del conjunto de estas dos ventas resulta que DIRECCION001 vendió sus acciones por una cantidad que equivale a un precio calculado de 388.918 pts/m2 edificable. De haber vendido al precio pactado en el contrato de 23 de noviembre de 1987 debería haber recibido 6.191.137.700 pesetas".

3.- Tales declaraciones son completadas con afirmaciones fácticas contenidas en los Fundamentos de derecho.

a) En la página 18 de la sentencia se explica que los dos referidos acusados y la sociedad por ellos controlada, Corporación Financiera Hispánica, recibieron un precio superior por la venta de los derechos de suscripción preferente de sus acciones.

b) En las páginas 22 y 23 se afirma que: "la sociedad compradora, según el contrato, iba a pagar todos y cada uno de los metros edificables al mismo precio y este dato, esencial, les fue ocultado a los socios, de forma tal que los acusados a los que nos venimos refiriendo o, más concretamente la sociedad por ellos controlada, DIRECCION001 . no vendió sus acciones en DIRECCION002 a un precio de repercusión de 150.000 pts/m2 ni a 231.000 pts/m2, sino a 388.919 pts/m2, pues realmente a ella fue a acrecer la mayor parte de la cantidad que dejaron de recibir los socios minoritarios. Es esencial hacer comprender que cuanto más vendieran los socios minoritarios, proporcionalmente mayor iba a ser el beneficio de la sociedad controlada por los Sres. Diego y de Jose Enrique " .

c) Por fin, se concluye de modo terminante en la página 24 que "existió igualmente en el supuesto que se está enjuiciando el perjuicio patrimonial para los socios minoritarios con el correlativo beneficio para la sociedad controlada por Diego y Jose Enrique , DIRECCION001 . y en definitiva, para ellos mismos y para DIRECCION000 " .

4. A tales hechos resulta incuestionable la aplicación del art. 22-1º del C.Penal de 1973. Ahora bien, la solidaridad la establece la ley entre los responsables civiles directos, esto es, los responsables penales de un delito o falta, pero no entre las sociedades o entidades en cuya representación se actúa, al limitarse la ley a establecer respecto a éstas la responsabilidad subsidiaria.

El matiz, no tiene la menor importancia, dada la solidaridad declarada de los representantes legales de tales sociedades, autores del delito.

El motivo debe estimarse parcialmente.

VIGÉSIMO TERCERO.- Con la misma sede procesal que los anteriores ( art. 849-1º L.E.Cr.) en el motivo décimoprimer denuncian la inaplicación del art. 108 del C.Penal de 1973 (o 122 del actual).

Se pretende del Tribunal la declaración de responsabilidad civil directa, con base en el precepto invocado, de las entidades DIRECCION001 . y DIRECCION000 1. La norma presuntamente infringida pretende evitar cualquier enriquecimiento injusto a costa del delito. Los recurrentes parece ser que buscan el hallazgo de un nuevo fundamento jurídico para legitimar el mismo efecto resarcitorio.

Recordemos la doctrina que esta Sala ha sentado sobre el alcance del precitado artículo. Nos dice la Sentencia de 23- Noviembre-1998:

"El artículo 108 del CP. desarrollando la institución jurídica de la llamada receptación civil, recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo. Los requisitos necesarios para su apreciación son:

a) que exista una persona, física o jurídica, puesto que se trata de la exigencia de una responsabilidad civil y ésta es susceptible de hacerse contra los entes sociales con personalidad reconocida por el derecho, que hubiesen participado de los efectos de un delito o falta en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica.

b) que el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del <<crimen receptacionis>> en concepto de autor o cómplice; y



c) que la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación"

2. De tal doctrina fácilmente se colige la improcedencia de la pretensión que se formula. En nuestro caso no se produce una adquisición regular a título lucrativo. Tampoco el adquirente ignora que proceden los bienes de un delito, que precisamente él ha cometido.

Así pues, cuando los órganos representativos de la sociedad (personas físicas) ostentando tal carácter desarrollan una actividad delictiva, de la que se lucran las sociedades en cuya representación actúan ( art. 15 bis C.P. 1973 y 31 C.P. 1995), e indirectamente los ejecutores del acto ilícito penal, la responsabilidad de las sociedades representadas que debe operar es la subsidiaria, en defecto de la de sus representantes, autores materiales del hecho criminal.

El art. 108 sólo se aplicará cuando no resulte exigible la responsabilidad civil subsidiaria impuesta a las empresas y sociedades por los delitos cometidos por sus representantes, empleados o dependientes ( arts. 21 y 22 del C.penal de 1973).

El motivo no puede prosperar.

VIGÉSIMO CUARTO.- Por último y con igual fundamento procesal los recurrentes estiman inaplicado el art. 109 del C.Penal de 1973 o de los 123 y 124 del Código actual.

1. Partiendo de la inequívoca naturaleza procesal de la condena en costas, cuyo fundamento no es punitivo, sino de resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, esta Sala ha señalado que "la exclusión de las costas de las acusaciones particulares o actores civiles únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o supérflua, o bien gravemente perturbadora, por mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia, o pretensiones manifiestamente inviables".

2. Partiendo de tal premisa, en nuestro caso, la intervención de acusación y actores civiles ha sido no sólo relevante, sino definitiva, ya que el proceso se inició a su instancia, y las pretensiones han sido acordes y ajustadas a lo declarado por la sentencia.

Repárase que el propio Mº Público, calificaba los hechos como apropiación indebida, una de las acusaciones como estafa (Sr. Marcelino ) y los demás interesaron alternativamente ambas calificaciones. La Sentencia condenó por estafa.

Por lo demás, habiendo resultado absueltos dos de los cuatro acusados, las costas procesales sólo deben alcanzar a la mitad, incluidas las de la acusación particular y actores civiles.

No cabe, en ningún caso imponerlas a las entidades responsables civiles subsidiarias. En este punto la ley es clara e imperativa ( art. 106 C.P. 1973 y 123 del vigente) al preverlas exclusivamente para "los criminalmente responsables de todo delito o falta". El porcentaje, a falta de otros datos, debe ser por mitad y sin que proceda la solidaridad, que en ningún caso prevee la ley, por lo que la regla general será la de la mancomunidad o plena reparación de la parte que corresponda a uno y otro, sin posibilidad de suplir posibles insolvencias de otros obligados al pago.

El motivo debe estimarse parcialmente.

VIGÉSIMO QUINTO.- Como conclusión y recapitulación a todo lo dicho, debemos dejar sentado lo siguiente:

a) Se estima el recurso único promovido por el Ministerio Fiscal.

b) También sus equivalentes en la temática prescriptiva. Concretamente los respectivos números 8º de los recurrentes Sr. Marcelino , Ángel Daniel y Mauricio , y el nº 2º respectivos de María Virtudes y otros y de los actores civiles Marí Luz y otros.

c) Se estiman también los correspondientes a los querellantes Sr. Marcelino y los homónimos del Sr. Ángel Daniel y Sr. Mauricio , que a continuación se enumeran: el 1º en su integridad; 4º en su integridad; 9º parcialmente; 10ª parcialmente y 12º parcialmente; desestimando los demás, salvo el incluido en el apartado b). También se desestiman los respectivos motivos nº 1 de los querellantes María Virtudes y otros y los actores civiles Marí Luz y otros.

Las costas de los recurrentes mencionados se declaran de oficio ( artículo 901 de la L.E.Criminal).

d) Se desestiman los recursos de los acusados Sres. Diego y de Jose Enrique , con expresa imposición de costas en dichos recursos, conforme el precepto anteriormente mencionado.



### III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, por estimación de su Motivo Único.

HABER LUGAR a los recursos interpuestos por las representaciones de Marcelino , Ángel Daniel y Mauricio , por estimación de sus respectivos Motivos 8º; y el Motivo 2º respectivamente de María Virtudes y otros y de los actores civiles Marí Luz y otros.

Se estiman también los correspondientes a los querellantes Sr. Marcelino por una parte y los homónimos ordinales del Sr. Ángel Daniel y Sr. Mauricio , que se enumeran seguidamente:

- El Motivo 1º en su integridad.
- El Motivo 4º en su integridad.
- El Motivo 9º parcialmente.
- El Motivo 10º parcialmente.
- El Motivo 12º parcialmente.

Se desestiman los demás Motivos, salvo el incluido en el apartado b); también se desestiman los respectivos Motivos nº 1 de María Virtudes y otros y Marí Luz y otros, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha veintinueve de diciembre de dos mil, en esos particulares aspectos.

Se declaran de oficio las costas respecto a los recurrentes mencionados.

Así mismo, debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos interpuestos por los acusados Diego y Jose Enrique contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha veintinueve de diciembre de dos mil, con expresa imposición a los mismos de las costas ocasionadas en sus recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Jiménez Villarejo

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil tres.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción nº 18 de Madrid con el número 1079/1993 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª contra Jose Enrique , mayor de edad, hijo de Jose Daniel y de Isabel , natural y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente; Diego , mayor de edad, hijo de Bernardo y de Estíbaliz , natural y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente; Gustavo , mayor de edad, hijo de Jose Augusto y de Margarita , natural de Córdoba y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente y Miguel Ángel , mayor de edad, hijo de Simón y de Lucía , natural y vecino de Madrid, sin antecedentes penales, solvente; y en cuya causa se dictó Sentencia por la mencionada Audiencia Provincial que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicado y Ponencia del Excmo.Sr.D.José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente;

### I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª con fecha veintinueve de Diciembre de dos mil.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No considerando prescritos los hechos enjuiciados la tipificación de los mismos se halla correctamente efectuada por la Sala de origen, siéndole de aplicación la legislación incontestablemente más beneficiosa del Código de 1973, reputando los hechos como un delito de falsedad de los arts. 303, en relación al 302-6º, en concurso medial con otro delito de estafa, en su modalidad agravada de especial gravedad



por el valor de lo defraudado, como muy cualificada, subsumible en los arts. 528 y 529.7 del Código Penal, ambos consumados y de los que son autores los acusados Diego y Jose Enrique , sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal.

Las penas resultan más favorables imponiéndolas con arreglo al Código de 1973 y por separado ( art. 77 C.P.). Las que corresponde imponer oscilarían, entre los 6 meses y 4 años y 2 meses de prisión menor por la estafa, y las mismas penas y además multa de 100.000 pts. (601,01 euros) a 1.000.000 pts (6.010,12 euros) por la falsedad. La pena de multa será la máxima prevista en la ley dada la situación económica de los acusados ( art. 63 C.P.).

En el ejercicio de la facultad moderadora de la pena, el Tribunal ( art. 61-4º C.P. 1973, equivalente al 66-1º actual) entiende que debe tenerse en consideración por un lado la altísima y descomunal cantidad dineraria defraudada, lo que intensifica la lesión al bien jurídico protegido (patrimonio) y por otro lado el tiempo transcurrido desde que se cometió el hecho delictivo.

Por todo ello procede imponer por la falsedad 1 año de prisión menor y multa de 1 millón de pesetas (6.010,12 euros), con arresto sustitutorio de 50 días, caso de impago; y por la estafa 2 años y 4 meses de la misma pena.

SEGUNDO.- Las responsabilidades civiles, serán las que en sentencia (hechos probados) se reflejan, oportunamente fijadas por los peritos, no impugnadas por las partes.

El interés moratorio ( art. 1100, 1101 y 1108 C.Civil) regirá a partir de la interpelación judicial y los intereses procesales (el legal incrementado en dos puntos), a partir de la fecha de la presente sentencia hasta el completo pago.

Se declaran responsables civiles subsidiarias a las entidades DIRECCION000 .) y a DIRECCION001 .

Se imponen a los acusados la mitad de las costas de la instancia, a satisfacer por partes iguales, declarando la otra mitad de oficio.

### III. FALLO

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Diego y a Jose Enrique , 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.

Ambos responderán solidariamente y por mitad en favor de los perjudicados de las indemnizaciones señaladas en la resultancia probatoria de la Sentencia de origen, con el interés legal correspondiente a partir de la interpelación judicial, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de la presente sentencia.

Se declaran responsables civiles subsidiarias a las entidades DIRECCION000 . y DIRECCION001 .

Se imponen por partes iguales el 50 % de las costas procesales de la instancia a los condenados, con inclusión de las de la acusación particular y los actores civiles.

En lo demás, se confirman los restantes pronunciamientos de la Sentencia recurrida, en cuanto no resulten afectados por lo resuelto en ésta.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano José Jiménez Villarejo. T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal AUTO DE ACLARACIÓN Fecha Auto: 18/03/2003 Recurso Num.: **1586/2001** Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Soriano Soriano Secretaría de Sala: Sr. Pérez Fernández-Viña Escrito por: TCP. - Auto de Aclaración de la Sentencia dictada. Recurso Num.: **1586/2001** Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Soriano Soriano Secretaría Sr./Sra.: Sr. Pérez Fernández- Viña A U T O TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL Excmos. Sres.: D. Carlos Granados Pérez D. Joaquín Giménez García D. Julián Sánchez Melgar D. José Ramón Soriano Soriano D. José Jiménez Villarejo

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil tres. I.- H E C H O S ÚNICO.- En el recurso de casación arriba mencionado, relativo al Procedimiento Abreviado nº 1079/1993 del Juzgado de Instrucción nº 18 de Madrid, Rollo 117/1998 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, se ha dictado Sentencia por esta Sala Segunda con fecha catorce de Marzo de dos mil tres, sentencia notificada a las partes en la misma fecha, habiéndose presentado con fecha 15 de marzo siguiente sendos escritos por el Procurador Sr.Vázquez Guillén en representación de Diego y el segundo en representación de Jose Enrique , en solicitud



de aclaración de determinados extremos de dicha Sentencia. Con fecha 17 de marzo siguiente se presentó escrito por el Procurador Sr.Venturini Medina en representación de Marcelino , Ángel Daniel y Mauricio , en solicitud de aclaración de la Sentencia dictada en base a las alegaciones que hacía en el mismo. Y en la misma fecha se presentó escrito por el Procurador Sr.Rodríguez Nogueira en representación de D<sup>a</sup> María Virtudes y OTROS, que igualmente pedía la aclaración de diversos extremos contenidos en la Sentencia dictada y que hacen constar en el cuerpo de su escrito. II.- RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PRIMERO.- Presentados cuatro escritos provenientes de otras tantas partes procesales, solicitando aclaración de la Sentencia n° 298/2003 de esta Sala, dentro de los 2 días de plazo establecido en el art. 267 L.O.P.J., procederá la resolución en el mismo auto de todas las aclaraciones interesadas. 1. Deberemos hacerlo de forma conjunta respecto a los planteados por los condenados Sres. Diego y Jose Enrique al poseer el mismo contenido. El primero de los puntos a aclarar, hace referencia a la pretendida incompatibilidad de los conceptos, "por mitad y solidariamente", establecidos al señalar la responsabilidad civil de los solicitantes. Ninguna contradicción existe. Basta la simple lectura de los artículos 106 y 107 del C.Penal de 1973 (cuyo contenido se recoge también en el art. 116 del vigente de 1995), para disipar cualquier duda acerca de su coexistencia. Nos dice el art. 106: "En el caso de ser dos o más los responsables, civilmente, de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno". El siguiente precepto explica: "Sin embargo de lo dispuesto en el art. anterior, los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por los correspondientes a los demás responsable". El párrafo tercero afirma: "Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno". El Tribunal en su pronunciamiento se ha ajustado a los estrictos términos de la Ley penal, señalando la solidaridad y la cuota de responsabilidad (50 %). La razón del señalamiento de las cuotas, no es otro que el establecimiento del límite de la repetición interna entre los corresponsables. Nada hay que aclarar, a la vista de la nitidez con que se expresa nuestro Código Penal (el derogado y el vigente). 2. Respecto a los errores de cálculo relativos a las concretas cuantías indemnizatorias, asignadas a cada perjudicado (ap. A y B del escrito petitorio), para cuya determinación la sentencia de esta Sala se remite a la de instancia, habrá que considerar a esta última "per relationem" como parte integrante de la primera. Sin embargo, hay que hacer dos importantes matizaciones: Primero.- Las cantidades las señaló la Audiencia Provincial y ninguna de las partes pidió aclaración, en su momento, ni tampoco, formó parte ese extremo de ninguno de los motivos de los diferentes recursos de casación. No fueron, por tanto, objeto de debate en casación. Segundo.- Se trata de errores de naturaleza aritmética, y por tanto, previstos en el n° 2 del art. 267 de la L.O.P.J., según el cual podrán ser rectificadas en cualquier momento. En su señalamiento la Audiencia Provincial, hizo especial reseña de las bases cuánticas en que se apoyaba. Existiendo, pues, las bases de cálculo, respaldadas por el incontestable informe pericial, obrante en autos, si conforme a las mismas se hubieran producido errores aritméticos, en las magnitudes resultantes –como apuntan los instantes de aclaración–, se estima prudente y adecuado, que sea la Audiencia Provincial, que ha de ejecutar la sentencia, la que efectue previamente las pertinentes correcciones de las cantidades, que definitivamente deben percibir los perjudicados. 3. Por último, la cláusula, más bien de estilo, que suele incorporarse en la parte dispositiva del fallo, cuando no se modifican en su totalidad los pronunciamientos de la sentencia recurrida, los propios solicitantes de la aclaración precisan en que aspectos se mantendría la sentencia recurrida; luego está claro que se limitaría a la confirmación de la absolución de los otros dos coacusados ( Gustavo y Miguel Ángel ). Tampoco hay nada que aclarar, en este caso. SEGUNDO.- Sobre la solicitud de aclaración de María Virtudes y otros, procede manifestar lo siguiente: Apd. 1º): El simple error material del nombre correcto de la perjudicada ( María Virtudes ), señalada con el n° 13, precisamente por ser simple error material, cometido por la Audiencia, de comprobarse, aquélla deberá rectificarlo, ya que puede hacerse en cualquier momento ( art. 267-2º L.O.P.J.). Apd. 2º): En los antecedentes de la sentencia de esta Sala se ha deslizado un error de transcripción, al copiar defectuosamente de la pag. 15 de la Sentencia de la Audiencia Provincial, la cantidad en que se estima perjudicado Luis Manuel -a quien se identifica con el n° 25- que será de 111.420.977 y no de 11.420.977 como se constata. Falta el guarismo 1, de las centenas de millón, que deberá corregirse (pag. 14 de la sentencia de esta Sala). Apdo. 3º): En los distintos puntos de este apartado, se tratan de realizar correcciones aritméticas en las cuantías indemnizatorias señaladas para cada perjudicado – probablemente sean exactos– pero que por las razones antes señaladas, será la Audiencia Provincial, quien las precise. TERCERO.- Por último, el querellante Sr. Marcelino propone una sola aclaración relativa a la parte porcentual de costas a satisfacer por los acusados. Esta Sala, se percató, en su momento, que el Mº Fiscal acusaba a cuatro personas, por dos delitos a cada una. Las acusaciones particulares (Sres. Marcelino , Ángel Daniel y Mauricio ) a tres de ellas, y por último el otro querellante María Virtudes y otros, a dos imputados, precisamente, la que resultaron condenados. Mas este dato, se ha tenido en cuenta y ha servido a los efectos de justificar la relevancia de su actuación procesal, al no mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas por la sentencia. La cuantificación o cuota proporcional de las costas que proceda imponer se hallará, según viene apuntando esta Sala en reiteradas resoluciones, en relación a dos datos: a) las personas acusadas, contra las que se ha





dirigido el procedimiento y las que después resultaron condenadas en sentencia. b) el número e importancia de los delitos imputados y aquéllos por los que fueron definitivamente condenados o absueltos los acusados. A los cuatro acusados se les atribuía por el Mº Fiscal dos delitos a cada uno, y fueron absueltos dos de ellos, por los dos delitos de los que se les acusaba. La proporción de las costas a satisfacer será del 50 %. La sentencia también es clara en este aspecto y no precisa aclaración. Vistos los artículos 161 L.E.Cr. y 267 L.O.P.J. III.- RESOLUCIÓN En nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español LA SALA ACUERDA: Solicitud de Diego y Jose Enrique : 1. No ha lugar a aclarar las peticiones de los acusados (ap. I y III) por hallarse aclaradas en el Código Penal, o en la sentencia recurrida y en la que dictó esta Sala. 2. El apartado II, sobre las cuantías indemnizatorias, deberán ser aclaradas y precisadas en más o en menos por el Tribunal Provincial, antes de ejecutar la sentencia, al tratarse de errores aritméticos. Solicitud de la acusación particular María Virtudes y otros: 1. En apartados 1º y 3º se remiten en su determinación a la Audiencia de origen, por tratarse el primero de un error material, y el tercero de diversos errores aritméticos o de cálculo. 2. Debe corregirse en los antecedentes de hecho de la Sentencia de esta Sala, el error de transcripción (pag. 14), deslizado al consignar la cantidad que la Audiencia señalaba como perjuicio de Luis Manuel –identificado en la resultancia probatoria con el nº 25– debiendo ser 111.420.977 pts. y no 11.420.977, por omisión del nº 1 de las centenas de millón. Solicitud de la acusación particular de los Sres. Marcelino , Ángel Daniel y Mauricio : 1. No ha lugar a aclarar la parte proporcional de las costas impuestas, que lo será en el 50 % que establece la Sentencia. Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.