

Roj: **STS 6665/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6665**Id Cendoj: **28079120012010100990**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/12/2010**Nº de Recurso: **2299/2009**Nº de Resolución: **1136/2010**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 8806/2009,**
STS 6665/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil diez.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** y por las representaciones legales de los acusados **Ezequiel y Lázaro**, contra Sentencia núm. 768/2009, de 17 de julio de 2009 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala núm. 25/2008 dimanante de las D.P. núm. 7721/2002 del Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid seguidas por delito de uso de información relevante contra los mencionados acusados recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes: el Ministerio Fiscal, y los recurrentes estando representados por: Ezequiel por el Procurador de los Tribunales Don José Manuel Fernández Castro y defendido por el Letrado Don Marcos Fernández de Béthencourt y Lázaro representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Carmen Ortiz Cornago y defendido por el Letrado Don Gonzalo Rodríguez Mourullo.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid incoó D.P. núm. 7721/2002 por delito de uso de información relevante contra **Lázaro y Ezequiel**, y una vez concluidas las remitió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 17 de julio de 2009 dictó Sentencia núm. 768/2009, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"1.- La incorporación de España a las comunidades europeas supuso una serie de transformaciones en cuanto al modo de llevarse a cabo la ordenación del sector tabaquero que hubo que ser regulado por la Ley 38/1985 de 22 de noviembre de 1985 - posteriormente derogada por la Ley 13/1998, de 4 de mayo cosa que, a los efectos de lo que, seguidamente, se va a contar, no afecta a los hechos- por la cual habría de acomodarse la estructura en aquel momento existente el hecho de la prohibición de monopolios comerciales -impuesta por los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma- configurándose, por tal motivo la entidad Tabacalera SA como el organismo dedicado a la administración y gestión del monopolio de la fabricación de las labores de tabaco "...así como los de importación y comercio al por mayor...asumiendo los resultados de la explotación comercial de los mismos..." -art 4 -.

Según el art. 4.2 de la mencionada Ley, el Estado tendría siempre la titularidad de la mayoría del capital de "Tabacalera SA".

El día 10 de junio de 1996, Lázaro -persona mayor de edad, titular del DNI NUM000, nacido el 5 de mayo de 1945- fue nombrado Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Estatal Tabacalera, SA.



Por tal motivo quedaba sometido al contenido del art. 7 de la entonces vigente -porque la misma fue derogada con posterioridad por la Ley 5/2006, de 10 de abril de 2006 - Ley 12/1995 de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y el art. 8 del Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, por el que se regulan los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los Altos Cargos, cosa que cumplió a través de la declaración de sus bienes. No obstante, existía un Reglamento interno, de vigencia a partir del 1 de febrero de 1994 por el que, en esencia, se imponía la obligación de no usar la información obtenida por la Sociedad bien para aprovecharse personalmente bien para hacerlo a través de terceros.

Durante el año 1996, por consecuencia de su cargo, llevaba a cabo la gestión de la sociedad estableciéndose como objetivos, entre otras cosas, potenciar las áreas comerciales de los tres negocios básicos de la entidad, cigarrillos, cigarros y distribución y ello "...tanto en el ámbito nacional como en los mercados internacionales...". Así lo expuso Lázaro en la Carta del Presidente confeccionada con motivo del Informe Anual de Tabacalera SA correspondiente al año mencionado.

Con el paso del tiempo, en 1997, ese planteamiento se centró en el objetivo, entre otras que no se mencionan por hacer referencia a la comercialización de cigarrillos, de liderar el mercado mundial de cigarros-puros.

Conocedor de que se iba a centrar la política de Tabacalera SA a través del impulso que él le fuera a imprimir como Presidente de su Consejo de Administración, Lázaro ideó la forma de aprovechar el conocimiento de determinandos datos sustanciales relativos al mercado bursátil, a las operaciones que se iban a realizar y a la repercusión que tales hechos fueran a tener en el desenvolvimiento del mercado de valores para obtener, de ese modo, una ventaja patrimonial considerable.

2. La política mencionada de liderar el mercado mundial de cigarros -cosa que admitió Lázaro en la Carta que remitió a los accionistas por razón del Informe Anual relativo a la gestión del año 1997- pasaba por introducirse en mercado de los cigarros puros, mercado que habría de encontrarse centrado en los Estados Unidos de América.

Obviamente tal política no podría llevarse a cabo sino a través de una serie de pasos sucesivos tendentes unos a la creación de la Compañía, dentro de Tabacalera SA, que se hubiera de dedicar a tal fin, otros a la obtención de un distribuidor del producto, y una última, no menos relevante, dirigida a la adquisición de una compañía tabaquera a fin de llevar a cabo la fabricación, importación y distribución de cigarros y cigarrillos.

A tal efecto se constituyó la sociedad Tabacalera Cigars International (TCI) con un capital social de 26.000 millones de pesetas, cosa que ocurrió el día 13 de mayo de 1997.

Tal compañía habría de tratarse de una sociedad de cartera que se dedicó a la compra del 100% de las acciones de Tabacalera San Cristóbal de Honduras y Tabacalera San Cristóbal de Nicaragua, por valor de 20, 2 y 6, 7 millones de dólares, respectivamente, entidades que tenían por objeto la fabricación manual de cigarros de alta calidad.

El hecho de denominar a la entidad de ese modo -TCI- no fue casual sino que obedecía a la voluntad de que se le hubiera de vincular a una denominación deliberadamente anglosajona a fin de dar a entender determinada política de expansión.

Política esta de expansión que continuó por el acuerdo al que llegó TCI con la entidad norteamericana Max Rohr de compraventa para adquirir en el futuro el 100% de sus acciones, sociedad, la que se ha mencionado, que se encontraba domiciliada en California (USA) y que se dedicaba a la comercialización y distribución de cigarros puros -de sus propias marcas y de terceros- y de otros productos relacionados con el tabaco.

Tales hechos se comunicaron a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hechos relevantes los días 14 de mayo de 1997 y 11 de julio de 1997 figurando como hechos relevantes números 9061 y 9697 -éste último asociado con el anterior-.

3. La mencionada política de expansión habría de cerrarse con la adquisición de una compañía productora de tabaco.

Por distintos motivos, fundamentalmente porque las otras tres grandes compañías que hubieran podido cumplir con ese cometido -Consolidate Cigars, General Cigars y Swisher- cotizaban en Bolsa, se centró el interés de Tabacalera SA en la compra de Havatampa INC, entidad que tenía dos fábricas en Tampa (Florida) y en Selma (Alabama).

A tal fin, en enero de 1997, se comenzaron los estudios sobre la situación del mercado de Havatampa.

Durante los días 19 a 21 de febrero de 1997, Lázaro, en Compañía de algunos de los directivos más significados de Tabacalera SA mantuvieron una reunión en Tampa con los señores Benito y Ernesto a fin de dar a conocer sus respectivas posturas.



Fruto de tales conversaciones el día 7 de marzo de 1997 Lázaro , como Presidente del Consejo de Administración de Tabacalera SA firmó el denominado Confidencial Agreement con Havatampa. A través de tal acuerdo una de las partes, Havatampa, se comprometía a proporcionar a Tabacalera SA toda la información necesaria para evaluarla y la otra, Tabacalera SA, se comprometía a mantener la información obtenida en un ámbito de absoluta discreción.

Durante el mes de junio de 1997, se iniciaron las reuniones de Tabacalera SA con la entidad Salomon Brothers contratada como asesores financieros por Tabacalera SA a fin de informar sobre la procedencia del proceso.

El día 23 de julio de 1997 mantuvieron una reunión en Madrid los directivos de una y otra compañía entendiéndose Tabacalera SA que el precio que se le solicitaba por la operación habría de resultar excesivo.

El 30 de julio de 1997 Salomon Brothers contrató a Freshfield Abogados para el asesoramiento de la operación y el día siguiente Tabacalera SA contrató a la compañía Benito & Andersen a fin de que le informara sobre determinados aspectos relevantes -de auditoría y contabilidad- relativos a la operación.

El 4 de agosto de 1997 Salomon Brothers confeccionó un informe sobre las estructuras de la operación alcanzándose, definitivamente, el 8 de septiembre de 1997, en Tampa un acuerdo verbal sobre el precio a que habrían de ascender los activos de Havatampa firmándose el día 10 de septiembre el acuerdo de principios para la compra de los activos correspondientes a la difusión de cigarros de Havatampa Inc.

El día 11 de septiembre de 1997 Tabacalera SA comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hechos relevante número 10.087 y la adquisición de las compañías hondureña y nicaragüense antes citadas a la adquisición de los activos (inmovilizado material y marcas) correspondientes a la división de cigarros de Havatampa Inc.

4. De manera simultánea a todo el proceso que se ha ido refiriendo, Lázaro conecedor del funcionamiento de la Bolsa y de la política de expansión que antes se hizo referencia, entendiéndose que la noticia de la adquisición de la tabaquera antes mencionada iba a tener repercusión en el precio de las acciones de la sociedad, se puso de acuerdo con Ezequiel -persona igualmente mayor de edad, nacido el 15 de octubre de 1968, titular del DNI núm. NUM001 - para que, apareciendo éste último como único interviniente de la operación que, seguidamente se va a describir, pareciera que fuese Ezequiel quien llevara a cabo determinada inversión respecto de la que se sabía, por el conocimiento de las vicisitudes de la negociación, que iba a ser manifiestamente rentable.

Así, Lázaro , antiguo empleado -y de los que hubieron de tener un cargo más relevante en el Banco por haber ocupado con anterioridad la Dirección del Área de Mercado de Capitales de la entidad, entre otros- y su esposa, Esperanza , solicitaron el día 4 de abril de 1997 del Banco Urquijo una propuesta de operación de activo -que fue registrada con el núm. 74/97 de la oficina 0830 de la entidad de crédito- en cuenta corriente con garantía de valores por importe de 400 millones ptas., con vencimiento a un año. Habría de constituir el objeto de la operación la "...adquisición de valores del IBEX (valores de primera línea)..." y habrían de configurarse como garantías de la operación inicialmente la del compromiso de pignoración irrevocable de la compra de las acciones del IBEX (cobertura mínima del 110%) y después pignoración fehaciente figurando como observaciones las siguientes: "... el Sr. Lázaro y su mujer tienen en el banco dos pólizas por importe de de 60 y 200 millones de pesetas. Son los únicos propietarios de la sociedad Barnsley. El Sr. Lázaro es el Presidente de Tabacalera SA..."

La operación propuesta se aprobó con fecha 8 de abril de 1997 y se ratificó al día siguiente por el Director de Inversiones Sr. Juan Pablo resultando tal propuesta ratificada en Comisión Delegada de 30 de abril de 1997.

El día 7 de mayo de 1997 Lázaro en compañía de Esperanza constituyó la entidad Creaciones Baluarte SA con un capital social de 10 millones de pesetas, suscribiendo Lázaro el 49,5%, Esperanza el 49,5% y el 1% restante la sociedad Barnsley SA, también vinculada al matrimonio, nombrándosele a Esperanza como Administradora Única, figurando como domicilio social el del matrimonio y como objeto social la intervención de operaciones de Bolsa. La constitución de la sociedad fue autorizada por escritura pública otorgada por el Notario Sr. Caballería Gómez y fue inscrita en el Registro Mercantil el 22 de mayo de 1997.

No bastante, antes de que tuviera lugar la inscripción en el Registro Mercantil, la mencionada sociedad, recién constituida, se configuró, respecto de la propuesta de operación de activo a que antes hizo mención, como la parte acreditada del contrato de apertura en cuenta corriente número 194/97 que se instrumentó, con la intervención del fedatario mercantil D. Eladio , contrato en el que se hacía mención, como destino exclusivo de la póliza, "...la adquisición en el mercado bursátil de acciones de Tabacalera SA..." (sic).

Dicha póliza contenía determinadas otras cláusulas, alguna de ellas, de vencimiento anticipado, de las que caben destacar las 6 e/, que disponía "...cuando se produzca un cambio en el accionariado de la parte acreditada, de tal manera que su principal accionista reduzca su participación porcentual en el capital social, con respecto al que tiene en el momento de suscribir la póliza..." y la 14, que disponía "... una vez adquiridas por la parte acreditada las



acciones de Tabacalera SA cuya compra se financia con el presente crédito, la parte acreditada se compromete irrevocablemente a constituir sobre tales acciones -que quedan depositadas en el Banco Urquijo SA, mientras se encuentre vigente la presente operación de crédito- garantía pignoratícia a favor del Banco que se formalizará en Anexo a la presente póliza intervenida por fedatario mercantil según modelo de impreso que se une como Anexo al presente documento en garantía del buen fin de la presente operación de crédito y ello sin perjuicio de su responsabilidad personal ilimitada.

La parte acreditada se compromete a que los valores pignorados representen en todo momento, al menos computados por su valor de cotización, una cobertura de 110% respecto del capital concedido del crédito por lo que si las oscilaciones del mercado bursátil hicieran bajar la cobertura que inicialmente representan respecto dicho porcentaje deberá entregar al Banco nuevos valores en cuantía suficiente para complementar la garantía inicial o garantizar el fin en suficientemente la diferencia a plena satisfacción del Banco y si no le hiciere, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que fuera requerida para ello por el Banco, podrá éste dar por resuelto el presente contrato y realizar la prenda conforme al procedimiento que se establece al efecto en la cláusula de pignoración y aplicar el importe de las ventas a rebajar el saldo dispuesto de la cuenta de crédito.

El incumplimiento por la parte acreditada de tal compromiso de constitución de prenda dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que sean adquiridas las acciones cuya compra se financia con el presente crédito, faculta al Banco para proceder a la venta de las citadas acciones y aplicar su importe líquido a la cancelación anticipada hasta el alcance del presente crédito para lo que la parte acreditada le cursa desde ahora y con carácter irrevocable la pertinente orden de venta....".

No consta que la evolución bancaria del crédito generara ningún tipo de incidente.

En cualquier caso, a poco de haberse firmado la póliza de crédito -no antes del 13 de mayo de 1997- se comunicó el cambio de titularidad del crédito al Banco tomando el Banco nota del mismo y manteniéndose las nuevas condiciones y garantías, cosa que sí se difirió a la aprobación por la comisión delegada, que lo ratificó como Creaciones Baluarte SA (antes Lázaro y Sra.).

En su momento se presentó una póliza de fecha 2 de junio de 1997, otorgada ante la Corredora de Comercio Doña Cristina por la que Ezequiel adquirió la totalidad de las acciones de Creaciones Baluarte SA.

Figuran determinados contratos suscritos el 5 de junio de 1997 entre Ezequiel en nombre y representación de Creaciones Baluarte SA a la que se le asignó el domicilio de la calle Claudio Coello 78 de Madrid, y Beta Capital SV, SA entidad también vinculada con Lázaro para la gestión de cartera y apertura de cuenta, depósito y administración de valores.

5. A los efectos de invertir en Bolsa Ezequiel solicitó a Sixto y a Juan Ignacio determinada cantidad de dinero -55.000.000 ptas- dinero que le proporcionaron los mencionados Sixto y Juan Ignacio, lo que no impidió que Lázaro satisficiera a ambos dos por las cantidades dadas en préstamo.

6. Una vez Ezequiel como propietario de las acciones de Creaciones Baluarte SA y en parte por determinados cargos de 29.193.632 y 24.283.212 ptas., entre los días 10 y 12 de junio de 1997 compró 13.410 acciones de Tabacalera SA, por valor de 97.476.741 ptas., que se vendieron entre los días 8 y 10 de julio de 1997 por 111.415.919 ptas., generándose unas ganancias de poco menos de 14 millones de pesetas.

7. Previendo el impacto que habría de suponer en el mercado el anuncio de la compra de Havatampa, entre el 14 de agosto de 1997 y el 5 de septiembre de 1997, Creaciones Baluarte SA compró a la Bolsa de Madrid 48.948 acciones de Tabacalera SA por un precio de 388.109.640 ptas que vendió con posterioridad entre los días 21 de enero de 1998 y 27 de febrero de 1998 por valor de 609.041.230 ptas, generándose una ganancia de 309.931.590 ptas.

8. Prácticamente a la vez, porque la última habría sido el 1 de marzo de 1997, se decidió una subida de las labores del tabaco rubio nacional de mayor consumo (Fortuna) en una cifra cercana al 10% -el 9,43%- cosa que se hizo por resolución del 11 de septiembre de 1997 de la Delegación del Gobierno en el monopolio de tabacos, que se publicó en el BOE del día siguiente y que fue comunicada el día 15 -lunes- a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante.

Tales extremos determinaron un impacto alcista de los valores de Tabacalera SA que persistieron a lo largo del tiempo.

9. Por los hechos mencionados interpuso querrela el Procurador Sr. Hidalgo Senén, en la representación procesal de la entidad Auge, querrela que fue presentada el día 22 de noviembre de 2002 dando lugar a la incoación de las diligencias previas/procedimiento abreviado núm. 7721/2002 del Juzgado de Instrucción núm. 32 de los de esta Villa de Madrid.



Interpuesta la querrela por auto de 2 de diciembre de 2002 se dispuso tener por interpuesta la misma y, previo a resolver, dar traslado al Ministerio Fiscal "...para que emita informe sobre competencia, y, en su caso, procedimiento y trámite a seguir...".

Con fecha 9 de diciembre de 2002 el Ministerio Fiscal emitió informe entendiendo que, en función de la relación circunstanciada de hechos contenida en la querrela, la misma habría de integrar los delitos de uso de información privilegiada y prevaricación, aparentemente conectados entre sí, y que los mismos se habrían de haber cometido en Madrid afirmando, en definitiva, que habría de resultar procedente la admisión a trámite de la querrela y la tramitación por parte del Juzgado de Instrucción núm. 32 del pertinente procedimiento solicitando, por otrosí, la exigencia de prestación de fianza al querellante por 3000 euros.

Abstracción de determinadas otras cuestiones, -relativas al requerimiento de prestación de fianza, al juego de recursos que tal hecho motivó y al requerimiento de la Fiscalía Anticorrupción de las Diligencias de Investigación 1/2002-, por Auto de 14 de febrero de 2003 se dispuso la inadmisión a trámite de la querrela por no ser los hechos que daban lugar a la misma constitutivos de delito, resolución que, recurrida por el querellante en reforma -reforma que impugnó el Ministerio Fiscal- fue desestimada por Auto de 14 de marzo de 2003 y recurrido en apelación por el querellante -recurso al que se adhirió el Ministerio Fiscal- fue estimado parcialmente -en cuanto al delito de uso de información privilegiada, no en cuanto a determinado delito de prevaricación que también fue objeto de la querrela- por Auto de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Madrid de 6 de junio de 2003, disponiéndose definitivamente por Auto de 1 de septiembre de 2003, la admisión a trámite de la querrela, momento en el que se dispuso dar traslado de la misma a los querellados en calidad de imputados."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Lázaro y a Ezequiel por haber prescrito, del delito de uso de información privilegiada de los artículos 285 y 286. 3º del C.penal (en su redacción dada por la Ley Orgánica núm. 10/1995) por el que venían siendo acusados, así como del resto de pretensiones deducidas en su contra, debiendo declarar de oficio las costas procesales causadas.

Por tal motivo, no procede tampoco el comiso, como consecuencia accesoria, solicitado al amparo del artículo 127 del C. penal."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por el **MINISTERIO FISCAL** y por las representaciones legales de los acusados **Ezequiel y Lázaro**, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Se formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación exclusivamente del art. 285 e indebida inaplicación conjunta de este artículo y del artículo 286.3 ambos del C.penal, en su redacción anterior a la LO 15/2003, de 25 de noviembre. **2º.-** Se formula por infracción de Ley, al amparo del número 1 del art. 849 de la LECrim., por indebida aplicación de los artículos 131.1 y 132.2 del C. penal.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Lázaro, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim., por vulneración del derecho de presunción de inocencia contemplado en el art. 24 de la CE.

2º.- Por infracción de Ley del art. 849.2 de la LECrim., por incurrir la Sentencia en error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

3º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por incorrecta aplicación del art. 285 del C. penal.

4º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por incorrecta aplicación del art. 285 del C. penal.

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Ezequiel, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:



1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim., por lesión de los derechos fundamentales al proceso debido y con todas las garantías en su variante también de vulneración del principio acusatorio por incongruencia extra petita, y por ende al derecho de defensa con afectación también del derecho a la presunción de inocencia, todos ellos garantizados en el art. 24 de la CE.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción de ley del art. 666 y 786.2 de la LECrim., en relación con el art. 132 del C.penal, al haberse entendido erróneamente que pese a que la prescripción alegada es un artículo de previo pronunciamiento (art. 666) la misma podía ser resuelta como última cuestión de la Sentencia.

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de ley del art. 132.1, al haberse entendido erróneamente que "el día en que se haya cometido la infracción punible" (art. 132.1) en incorrecta subsunción, habría sido el 27 de febrero de 1998, cuando, en verdad, de haber existido infracción punible el correcto día a quo hubiese sido el 5 de septiembre de 1997.

4º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim., por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE -así como del proceso debido por incongruencia extra petita-, al haberse entendido que los acusados habrían participado en el hecho imputado, ya que, lo que quiere hacer ver que son indicios de la participación objetiva del Sr. Ezequiel en el delito de información privilegiada, en realidad no tienen fuerza probatoria alguna, habiendo sido valorada la prueba de una forma irracional, o, si se prefiere arbitraria o manifiestamente errónea.

5º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim., por vulneración del art. 24.1 de la CE, al haberse producido vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que lo que se quiere hacer ver que es prueba de cargo bastante para afirmar la participación objetiva del Sr. Ezequiel "en el hecho imputado", en realidad no es sino una prueba valorada irracionalmente, luego no es de cargo.

6º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., por vulneración del art. 24.2 de la CE, al haber la Sala juzgadora señalado expresamente que el Sr. Ezequiel -y el Sr. Lázaro - han participado en el hecho imputado, a pesar de que no se había desvirtuado en principio de la presunción de inocencia, por cuanto no se tuvieron en cuenta el cúmulo de pruebas exonerantes que se practicaron respecto del Sr. Ezequiel -y del Sr. Lázaro -, siendo las mismas ni tan siquiera mencionadas en la valoración de la prueba en la Sentencia -aunque hubiera sido para descartarlas-, pero sin argumentar porqué no se tienen en cuenta, a pesar de haber sido "introducidas" en el plenario.

7º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión garantizado en el art. 24.1 de la CE, cuanto se afirma por la Sentencia que existiría "participación" "en el hecho imputado" a pesar de que en modo alguno la Sentencia ha llevado a cabo subsunción de clase alguna.

8º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim., en su número segundo, por cuanto en la Sentencia que se recurre existe error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos que demuestran la equivocación del Tribunal, no desvirtuados por otras pruebas.

9º.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECrim., en su número segundo, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el art. 285 del C. penal.

10º.- Se formula al amparo del art. 852 de la LECrim., por cuanto la Sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en sus artículos 24.1 y 24.2.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto Ezequiel impugna los dos motivos del recurso del Ministerio Fiscal, Lázaro solicita la desestimación del recurso del Ministerio Fiscal y apoya el interpuesto por Ezequiel adhiriéndose al mismo, y el MINISTERIO FISCAL impugna todos los motivos de los dos anteriores, todos ellos por las razones expuestas en sus respectivos informes; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 30 de junio de 2010, sin vista.

SÉPTIMO.- Por Auto de esta Sala de fecha 30 de junio de 2010 se prorroga el término para dictar Sentencia en el presente recurso de casación hasta la celebración de Pleno no jurisdiccional.

OCTAVO.- Celebrado el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo el día 26 de octubre de 2010, se levanta la suspensión acordada y se vuelve a señalar el presente recurso para su resolución el día 9 de diciembre de 2010, sin vista.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a Lázaro y a Ezequiel de un delito de uso de información privilegiada (en su redacción original en el Código penal de 1995), al haber prescrito el tipo básico del mismo, declarando no cometido el subtipo agravado previsto en el entonces vigente art. 286-3º del Código penal, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación, tanto la representación procesal del Ministerio Fiscal como la de las citadas defensas, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- Comenzaremos por dar respuesta al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que lo ha sido en dos motivos de contenido casacional.

En el primer motivo, formalizado por estricta infracción de ley, conforme a lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la indebida aplicación de subtipo agravado definido en la fecha de los hechos, como ya hemos expuesto, en el apartado 3º del art. 286 del Código penal, es decir, en la redacción anterior a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2004.

Concretamente expresaba dicho precepto que se aplicaría la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, cuando en las conductas descritas en el artículo anterior concurre alguna de circunstancias que se disciplinaban en el mismo, y que para el caso enjuiciado se postulaba la pretensión punitiva por el Ministerio Fiscal a través de la tercera de las mismas, esto es, que " *que se cause grave daño a los intereses generales*".

Como síntesis de los hechos probados, éstos comienzan por narrar una fuerte expansión de la empresa entonces de titularidad pública, "Tabacalera, S.A." (dedicada a la administración y gestión del monopolio de las labores del tabaco), de la que era Presidente el acusado, Lázaro, siendo así que en el año 1997 se planteó como objetivo el liderar el mercado mundial de cigarros puros, e *ideó la forma de aprovechar el conocimiento de determinados datos relativos al mercado bursátil para obtener una ventaja patrimonial considerable*.

Para referida expansión comercial, se constituyó la sociedad "Tabacalera Cigars Internacional" (TCI) el día 13 de mayo de 1997. Esta sociedad, creada como de cartera, adquirió Tabacalera San Cristóbal de Honduras y Tabacalera San Cristóbal de Nicaragua, entidades que fabricaban cigarros de gran calidad. La mencionada política de expansión se comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como hechos relevantes (tales adquisiciones), los días 14 de mayo y 11 de julio de 1997, siendo así que "la mencionada política de expansión habría de cerrarse con la adquisición de una compañía productora de tabaco" (apartado 3 de los hechos probados). Y se centró el interés en la adquisición de *Havatampa Inc.* (entidad que tenía dos fábricas, una en Tampa -Florida- y otra en Selma -Alabama-). Fruto de tales negociaciones, se firma el día 7 de marzo de 1997, entre Lázaro y Havatampa, el denominado " *Confidential Agreement*", con objeto de transferirse información mutua en ámbito "de absoluta discreción". Las reuniones continúan durante los meses de junio, julio y agosto, alcanzándose definitivamente un acuerdo el día 10 de septiembre, lo que se comunica el día 11 de septiembre de 1997 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante.

De manera simultánea a este proceso, el acusado Lázaro se pone en contacto con su sobrino Ezequiel para éste apareciera como único interviniente en una operación de masiva adquisición de acciones de Tabacalera a sabiendas de la repercusión que en el precio de las acciones iba a tener todo el proceso de expansión anteriormente citado, lo que iba a ser, dice el *factum*, "manifiestamente rentable".

Para ello, Lázaro, en unión de su esposa, Esperanza, solicitan el día 4 de abril de 1997 al Banco Urquijo, la apertura de una línea de crédito por importe de 400 millones de pesetas, con un periodo de duración de un año, para la adquisición de valores del IBEX, con garantía de pignoración de las acciones adquiridas con tal operativa financiera, resultando sucesivamente aprobada por los órganos del banco, hasta que lo ratifica la Comisión Delegada el día 30 de abril de 1997. Seguidamente (7 de mayo de 1997), se constituye "Creaciones Baluarte, S.A." (entre los esposos citados al 99 por 100, y el 1 por 100 restante, por una sociedad instrumental dominada por ellos), teniendo como objeto social la intervención de operaciones de bolsa (el registro de la sociedad en el Mercantil, tuvo lugar el siguiente día 22-5-1997), y previamente, tal sociedad se configura como acreditada en la póliza anteriormente mencionada (concedida por el Banco Urquijo), y en tal novación, ya se expone literalmente que el destino exclusivo de la financiación lo será "la adquisición en el mercado bursátil de acciones de Tabacalera, S.A.", y en su articulado, que las mismas quedarán como garantía pignoraticia a favor del banco, lo que se formalizará en póliza intervenida por fedatario mercantil. De igual manera se pacta que si los valores no alcanzaren el 110 por 100 respecto del capital concedido, el acreditado ha de complementarlos con otros, o bien, en caso contrario, se autorizaría al Banco a realizar la prenda, "para lo que la parte acreditada le cursa desde ahora y con carácter irrevocable la pertinente orden de venta".



El día 2 de junio de 1997, Ezequiel adquiere la totalidad de las acciones de "Creaciones Baluarte, S.A", mediante operación intervenida por corredor de comercio. No obstante, la gestión de la cartera, se asigna a otra sociedad ("Beta Capital SV, S.A."), vinculada a Lázaro, para la gestión de las inversiones y administración de valores.

Una vez Ezequiel ya propietario de Creaciones Baluarte, se acredita la realidad de dos operaciones de compra de acciones de Tabacalera. La primera, entre los días 10 y 12 de junio de 1997, 13.410 acciones, que se vendieron los días 8 y 10 de julio de 1997, y que reportaron unas ganancias de "poco menos de 14 millones de pesetas" (así se expone en el "factum"), y que se desvincula por el Tribunal sentenciador de cualquier grado de influencia o de información privilegiada, y otra -la segunda operativa de adquisición de acciones- que la Audiencia ya adjetiva con previsión del impacto que habría de suponer en el mercado bursátil el anuncio de la compra de Havatampa, que se refleja en el apartado 7 de los hechos probados, y en donde se especifica que tal adquisición se produce entre el día 14 de agosto y el 5 de septiembre de 1997, periodo en el que se compraron 48.948 acciones de Tabacalera por un precio de 388.109.640 pesetas, que se vendieron entre los días 21 de enero y 27 de febrero de 1998, por valor de 609.041.230 pesetas, "generándose una ganancia de 309.931.590 pesetas". Así se expresan textualmente los hechos probados de la sentencia recurrida, pero claramente esto es un error de cálculo, pues como es de ver con una simple resta, el valor de la ganancia fue exactamente de 220.931.590 pesetas, y por tanto, la combatida, arroja una diferencia de 89.000.000 pesetas de error.

También se narra en la resultancia fáctica, como elemento del impacto alcista, la subida de las labores de tabaco rubio nacional de mayor consumo (Fortuna), en un porcentaje cercano al 10 por 100 (concretamente el 9,43 %), que se acordó el día 11 de septiembre de 1997, por la Delegación del Gobierno para el monopolio de tabacos, se publicó en el BOE al día siguiente, y que fue comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante el lunes siguiente, día 15. Todo ello determinó un impacto alcista de las acciones de Tabacalera, que persistió "a lo largo del tiempo".

Con esta resultancia fáctica, el Ministerio Fiscal considera ha de aplicarse el subtipo agravado definido en el art. 286.3ª (actual art. 285.2.3ª), es decir, que se ha causado grave daño a los intereses generales.

El tipo al emplear el verbo "causar" se convierte en un subtipo agravado de resultado, que requiere infligir un daño, que ha de ser grave, y afectar tal daño a los intereses generales. Ese "causar" impide que nos encontremos ante un tipo de mero peligro, sino que se requiere naturalmente un resultado.

Respecto al concepto de daño, éste no tiene por qué ser necesariamente de contenido económico, como se comprueba por la inclusión por el legislador del apartado segundo de tal precepto, en donde se exige "que el beneficio obtenido sea de notoria importancia", conducta ésta de claro impacto económico. El daño puede ser, pues, de cualquier naturaleza.

Lo más difícil es definir qué se entiende por "intereses generales". Para su delimitación, ha de ser relacionado con el bien jurídico protegido por el delito de información privilegiada en el ámbito bursátil, y aunque exista discusión doctrinal sobre esta materia, bien podemos decir que lo es el buen funcionamiento del mercado en condiciones de transparencia y con garantía de igualdad de oportunidades para todos los inversores. En esta misma línea, la Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, antecedente de la actual Directiva sobre la propia materia, pero vigente en el momento en que se produjeron estos hechos, expresa que el mercado secundario de valores negociables desempeña un importante papel en la financiación de los agentes económicos, y que se deben adoptar las medidas necesarias para "garantizar su buen funcionamiento", lo que "depende en gran medida de la confianza que inspire a los inversores", confianza que se basa en la garantía de que "estarán en igualdad de condiciones", y de que "estarán protegidos contra el uso ilícito de la información privilegiada", por lo que "las operaciones con información privilegiada, debido a que suponen ventajas para ciertos inversores, pueden deteriorar esta confianza y entorpecer así el buen funcionamiento del mercado".

Delimitado de esta forma el bien jurídico protegido, conviene preguntarse ahora por el concepto de intereses generales que han de resultar gravemente dañados a los efectos de interpretar este subtipo agravado. Bajo esta perspectiva, tales intereses generales han de ser los que afecten a la colectividad de inversores en tal mercado secundario, con las precisiones que haremos más adelante. El Código penal no nos ofrece pista interpretativa alguna, pues, aunque mantiene un título de similar tipología (el tercero) en su Libro III, bajo el rótulo de "las faltas contra los intereses generales", claro es que sus preceptos son tan diversos en las distintas infracciones definidas (protección de la moneda y efectos timbrados, protección de la salud -abandono de jeringuillas-, protección de la seguridad colectiva -animales feroces o dañinos-, protección del medio ambiente -quema de flora amenazada-, o protección de la salud de los animales domésticos mediante maltrato cruel de los mismos) que no nos proporcionan ningún elemento interpretativo a los efectos estudiados. Tampoco las dos veces que el legislador incluye esta misma mención (los intereses generales) en el Libro II, una vez en el art. 201.2 para castigar con mayor pena la afectación a los intereses generales en el marco de un delito



de descubrimiento y revelación de secretos, y en el art. 296.2 en el ámbito de los delitos societarios, y ello porque en ambos casos se están refiriendo a lo que hoy se denominan intereses difusos o de la colectividad en general, conectados en ambos casos con sus respectivos bienes jurídicos protegidos.

Siendo ello así, es evidente que la noción de intereses generales ha de ser referida, como ya hemos expuesto, a los que afecten a la colectividad de inversores en tal mercado secundario, o sea, en el mercado bursátil, con las consideraciones que haremos más adelante.

Y como quiera que este delito castiga a "*quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior [entonces] a setenta y cinco millones de pesetas [hoy, a 600.000 euros] o causando un perjuicio de idéntica cantidad*", hemos de convenir que de las dos conductas típicas, esto es, la de obtener un beneficio económico o *causar un perjuicio económico* de tales características, solamente de la segunda, con carácter general y *salvo las precisiones para otros supuestos que seguidamente se van a exponer*, se puede producir un grave daño a los intereses generales de la colectividad de inversores. Dicho con otras palabras, y *para el caso que ahora tratamos*: si el "insider traider", o autor que actúa en el mercado bursátil con información privilegiada, obtiene con tal posición una ventaja económica para sí y que se ha de compartir inmediatamente por los demás inversores, en tanto que tal información produce en un futuro inmediato un impacto alcista en los mercados de valores, no podrá producirse en modo alguno un grave daño para los intereses generales de la colectividad de inversores, pues no resulta perjuicio directo para nadie en particular. Podría argumentarse que la masiva demanda de un valor que genera un masivo movimiento del dinero que se sitúa en tal cotización, perjudicaría a otros títulos que tal vez resultasen realizados para la adquisición del emergente; pero aun así, tal efecto no es consecuencia de la información privilegiada, sino de las condiciones de solidez de tal posición frente a otras, y respecto de la cual, el autor del delito se ha aprovechado de manera anticipada al contar con un conocimiento privilegiado frente a los demás inversores, pero, hay que convenir que, de todos modos, la subida del valor no es consecuencia de la ilícita actividad de tal "insider traider". De manera que únicamente será posible predicar un daño a la colectividad de inversores -o lo que es lo mismo, a los intereses generales- cuando el resultado del delito no resulte del aprovechamiento directo consecuencia de la subida de la bolsa, sino cuando se produzca lo contrario, esto es, un *perjuicio económico* a terceros inversores. De ahí que los elementos objetivos que pueden incidir en la determinación de tal subtipo agravado lo pueden ser, como dice la Sala sentenciadora de instancia, bien una grave disminución de la cotización, la necesidad de una intervención estatal para salvaguardar el sistema, o en última instancia, un grave colapso financiero. Pero desde luego no, una situación como la que es objeto de enjuiciamiento, ya que se trata del *caso de una acción aislada*.

Y como explicaremos más adelante, tampoco la circunstancia subjetiva o la condición personal del autor del delito pueden colmar las exigencias típicas de tal subtipo agravado, pues la grave afectación a tales *intereses generales*, no puede ser interpretada sino en clave rigurosamente *objetiva*.

Ello es así porque la noción de intereses generales, como ya hemos dicho más arriba, ha de venir referida a los que afecten al correcto funcionamiento del mercado de valores, es decir, a la transparencia del mercado, a la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades para los inversores.

Parte de la doctrina científica, al menos, entiende que la descripción típica de los subtipos agravados adolece de falta de precisión. Además, su configuración resulta asimétrica respecto del tipo básico, añadiendo dificultades a su interpretación. Así, en el 285.2.2 se contempla el beneficio de notoria importancia, pero no se valora del mismo modo la causación de un perjuicio de igual entidad, a pesar de que ambas posibilidades aparecen en un nivel de igualdad en el tipo básico.

Por otra parte, no es posible entender, con carácter general, que en el número 2 se agrava la conducta en atención a la obtención de un beneficio importante y en el número 3 se atiende a la causación de un perjuicio, pues con ello se afirmarían que la obtención de beneficios no afecta, o no puede afectar, de forma grave a los intereses generales, cuando éstos han quedado cifrados en el correcto funcionamiento de un mercado de tanta importancia para la sociedad moderna y su economía como es el mercado de valores.

En consecuencia, también puede entenderse que el daño grave que exige el subtipo agravado se ha de considerar producido cuando se cause un menoscabo de esa entidad en aquellos intereses como consecuencia de una conducta que, produciendo un beneficio al autor o a terceros, o causando un perjuicio a terceros, lesione seriamente los principios que deben regir el funcionamiento de aquel mercado, es decir, la transparencia, a la que tantas veces se refiere la vigente Ley del Mercado de Valores, la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades entre los inversores.



Tal cosa podría tener lugar si se tratara de una actividad organizada orientada al aprovechamiento de informaciones reservadas, prevista por lo demás en el número 1 en cuanto los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas, pues ello podría desprestigiar al mercado como tal y debilitar seriamente la confianza de los inversores en su funcionamiento, lo cual podría valorarse como un daño grave. Del mismo modo si la conducta o conductas dieran lugar a un perjuicio generalizado en los inversores, pues también afectaría a los niveles de confianza en la correcta formación de los precios. E igualmente si la conducta diera lugar a un colapso del sistema o exigiera una intervención estatal para salvaguardar al sistema, como señala la Audiencia.

Pero, aunque no pueda descartarse de modo absoluto, es difícil apreciar un perjuicio de esa naturaleza causado solamente *por una acción aislada* que, como la aquí enjuiciada, solo ha dado lugar a un beneficio individual sin que se haya acreditado perjuicio para terceros.

Como se ha dicho, en el caso, se trata de una actividad aislada, que ha originado un beneficio de una cuantía no especialmente relevante, si se tiene en cuenta el importe global de los valores negociados y las exigencias cuantitativas del tipo básico; y tal conducta se imputa a una persona que ostentaba el cargo de Presidente de una compañía que, aun siendo importante, es una más de las muy numerosas que cotizan en Bolsa; que no ha originado perjuicios acreditados para terceros; y que no se ha probado que causara ninguna alteración grave en el funcionamiento del mercado de valores. No es posible, pues, la aplicación del subtipo agravado.

Por lo razonado, no puede ser atendido el primer motivo de la censura casacional formalizada por el Ministerio Fiscal que polariza la concurrencia del subtipo agravado en la condición del acusado Lázaro, como presidente de una compañía -a la sazón- pública y de gran repercusión en la economía nacional. Por el contrario, estos elementos personales sin duda podrán tener repercusión en la dosimetría penal aplicable, en función de las circunstancias personales del reo, a que se hace alusión en el art. 66 del Código penal. Sin embargo, serán necesariamente concurrentes en el caso enjuiciado para colmar las exigencias típicas del delito en cuestión, pues precisamente la información privilegiada, en el supuesto que ahora enjuiciamos, parte precisamente de quien está en condiciones de proporcionarla, por ser activo protagonista de la marcha de la sociedad que preside.

De otro lado, esta Sala Casacional ya había declarado en Auto de fecha 10 de diciembre de 2004, en el recurso 157/04, resolviendo una cuestión de competencia, que "*una operación que produce beneficios de unos 310.000.000 pts., en modo alguno puede tener repercusión alguna en la economía nacional, y desde luego, nunca de carácter grave*".

En cualquier caso, no figura en los hechos probados de la sentencia recurrida ningún elemento descrito de carácter objetivo de donde pueda deducirse la concurrencia de tal subtipo agravado, y habiendo sido el motivo formulado por estricta infracción de ley, su viabilidad está llamada al fracaso.

Por dichas razones, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo formalizado por el Ministerio Fiscal, igualmente anclado en infracción de ley, denuncia la indebida aplicación de los arts. 131.1 y 132.2 del Código penal.

En definitiva, la queja va dirigida a combatir la exención de responsabilidad criminal por prescripción del delito, al no haber transcurrido el plazo para su persecución, ni siquiera como tipo básico de información privilegiada.

Con respecto a tal plazo, es pacífico entre las partes personadas, y así se ha admitido, que el delito básico de información privilegiada tiene un plazo de prescripción de cinco años, y el correspondiente al subtipo agravado, por el que acusó el Fiscal, diez años.

Correlativamente a esos plazos, han de concretarse dos momentos: el día inicial del cómputo y el día final del mismo, esto es, el día en que se entiende cometido el delito, y el día en que se considera que el procedimiento se dirige frente al culpable.

Previamente a esta operación, hemos de resolver otra cuestión de enorme trascendencia para resolver esta litis. Ésta es si el plazo que ha de ser tomado en consideración para la prescripción de un delito lo es respecto al delito acusado o con respecto al delito cometido. Dicho de otro modo: si el plazo por el que ha de optarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado, una vez que el Tribunal sentenciador ha declarado que no concurre este último, es el correspondiente a tal tipo agravado, como consecuencia de ser ése el delito acusado en conclusiones definitivas, o bien, si el tiempo de la prescripción se ha de regir, a todos los efectos, por el delito resultante de tal declaración, esto es, el tipo básico.

Para resolver esta cuestión, se reunió esta Sala el día 26 de octubre de 2010 y tomó el siguiente Acuerdo: "*Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido,*



entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

De manera que al desestimar el motivo anterior del Ministerio Fiscal, que postulaba la concurrencia del subtipo agravado, el plazo que ha de computarse es el correspondiente al tipo básico, es decir, el citado de cinco años, que ha sido el declarado como tal por el Tribunal sentenciador, a los únicos efectos de comprobar si el delito estaba o no prescrito.

Pero el Ministerio Fiscal plantea igualmente otra cuestión añadida. Razona el Fiscal que, aunque se trate de tal tipo básico y de mencionado plazo, el delito acusado tampoco estaría prescrito, porque entiende, como lo hace la Sala sentenciadora de instancia, que se habría cometido en el momento en que se realizaron las ganancias con la venta de los títulos, lo que tuvo lugar en una secuencia final que terminó el día 27 de febrero de 1998, y la querrela se presentó a reparto el día 22 de noviembre de 2002, por lo que conforme a nuestra jurisprudencia, tampoco habría concluido tal plazo.

Ello nos lleva a analizar el momento comisivo de esta clase de infracciones penales, a lo que nos conduce también algunos de los motivos formalizados por las representaciones procesales de las defensas, tanto de Lázaro como de Ezequiel.

Esta cuestión es analizada por la sentencia recurrida (páginas 33 a 36), poniéndolo en relación con la obtención (en este caso) del beneficio mínimo determinado por el legislador, a partir del cual se proyecta la intervención del derecho penal, que en la época de los hechos enjuiciados estaba cifrado en 75 millones de pesetas, y en la actualidad, tras la reforma operada por la LO 15/2003, en 600.000 euros (unos cien millones de pesetas), y que dejando aparte su conceptualización como condición objetiva de punibilidad, o como elemento integrante valorativo de la infracción penal, nos servirá como punto de referencia para interpretar el referido momento comisivo del delito, pues claro es que tal barrera impide su comisión hasta que el sujeto no consiga tal beneficio o bien se cause un perjuicio de tal naturaleza (si bien esto último, de difícil concurrencia en la práctica), ya que generalmente este tipo de informaciones son aprovechadas para obtener una ventaja patrimonial considerable.

Pues, bien, dentro de este marco interpretativo, los diversos estadios comisivos que se han barajado por la doctrina científica, han sido varios: el momento de la compra de las acciones, el de la venta de las mismas, aquel en que pueda vincularse que la información privilegiada ha operado en el mercado un impacto alcista por el que se ha obtenido el beneficio típico (revalorización latente), y finalmente la teoría que sitúa su consumación delictiva en el instante mismo que la noticia relevante y reservada llega al mercado, por cesar entonces la afectación al bien jurídico protegido.

Aún cuando convenimos que la cuestión no es de fácil respuesta, y en ello están de acuerdo todos los autores de la doctrina que han estudiado este problema, nos vamos a decantar por la denominada teoría de la revalorización latente, ya que satisface mejor la protección del bien jurídico protegido y se muestra más acorde con los criterios de la tipicidad, obviando resultados absurdos.

Así, la primera posición, es decir, que el delito se comete cuando se compran las acciones, no puede ser aceptada, porque en tal instante nunca se habría producido el beneficio típico indicado. Solamente bajo parámetros de imperfecta ejecución criminal - tentativa- de construcción enormemente dificultosa podría valorarse en un plano teórico, pero seguramente de imposible conculcación en la práctica, ya que el cálculo del beneficio ulterior sería absolutamente evanescente.

La teoría de la venta de las acciones es la más simple, porque basta restar al valor obtenido con la realización, el precio de compra, para determinar tal resultado típico. Esta es la posición de la Audiencia "a quo", pero ha de convenirse que la comisión delictiva no puede venir referida a tal operación, pues si una vez conculcado el tipo penal, el sujeto activo no vende los valores bursátiles no se habría cometido el delito, o si los vende parcial y sucesivamente sin llegar a la cifra indicada en el Código penal habría neutralizado su acción típica. En otras palabras: salvo los casos previstos para el desistimiento activo y eficaz, el derecho penal no es disponible para el autor de la infracción penal. De otro lado, no es cierto que mientras no se realicen los títulos, la ganancia no se ha producido, porque razonar así es desconocer que el mercado atribuye un precio a los valores en bolsa, que se traducen en cifras de diaria constatación, cuya entidad cuantitativa puede traducirse en operaciones económicas, como la pignoración de títulos a los efectos de la obtención de una línea de crédito, cosa que por cierto se produjo en este caso, como es de ver en la resultancia fáctica de la recurrida. De manera que la venta



de las acciones puede ser considerada como aquella fecha en que se produce el agotamiento del delito, pero no propiamente la de su consumación delictiva.

La teoría de que la consumación se produce en el momento en que la noticia relevante llega al mercado, tiene el inconveniente de que tal instante será el inicio de la revalorización, y claro es que en este delito las acciones han de haberse adquirido con anterioridad para conculcar el bien jurídico protegido, que es el de la igualdad de oportunidades relacionado con el buen funcionamiento del mercado, porque a partir de que la información relevante es pública, no es posible ya su perpetración.

De lo expuesto, nos inclinamos, pues, por la teoría de la revalorización de las acciones como consecuencia de la influencia que la información privilegiada tuvo en su impacto alcista, es decir, vinculando la noticia relevante a la máxima revalorización, eso sí, dentro de un periodo temporal en donde tal información ha conseguido ese resultado. Quiere con ello decirse que el beneficio obtenido tiene una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo. De manera que ha de tomarse en consideración la influencia que en el mercado opera la información privilegiada, generando un rápido impacto alcista, de forma tal que, no habiendo otros elementos de donde poder deducir que la subida de las acciones tienen otra causa o componente económico relevante -y aquí esto desde luego no consta-, habrá de considerarse como periodo relevante para la consumación delictiva aquel en que la acción se encuentre en su máxima revalorización. Dicho con otras palabras: una vez que la noticia relevante es pública, y por su impacto en el mercado, el valor experimenta una rápida ascensión (de la que se aprovecha el autor del delito), en las denominadas curvas bursátiles diarias, habrá que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito. Y todo ello con una inmediata vocación de rapidez de la respuesta del mercado, propia de este tipo de comportamientos que los agentes económicos impulsan, a resultas de una información que hoy día se produce a tiempo real.

Esta es, por cierto, también la tesis de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, cuando en el Auto de fecha 2 de noviembre de 2005, acabó decretando el sobreseimiento libre de esta causa, entendiéndose que el delito que motiva esta causa hubo de consumarse con la máxima cotización que hubieran tenido las acciones de Tabacalera, S.A. tras hacerse pública la información que con carácter de privilegiada consiguieron los imputados, que es el momento temporal cuando se produce el mayor beneficio patrimonial para aquéllos, lo que acaece el día 26 de septiembre de 1997, por lo que en la fecha de presentación de la querrela (22 de noviembre de 2002), ya habría transcurrido el plazo de prescripción de los cinco años que tiene aparejado el delito. Y es también -debemos destacarlo así- la fecha que el propio Ministerio Fiscal determinó como tal, al modificar sus conclusiones definitivas en el acto del juicio oral, como consta en el cuarto de los antecedentes de la sentencia recurrida, al expresar la cantidad de 114.048.840 pesetas, como proposición alternativa, al señalar que era el "*beneficio obtenido con la revalorización de las acciones el día 26 de septiembre de 1997*".

Esta misma fecha, si bien no se encuentra incluida en los hechos probados, hemos de incorporarla al *factum*, en virtud de la estimación del motivo 2º de Lázaro, formalizado por el cauce autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y del 3º de Ezequiel, desde otra perspectiva jurídica, pues nos acredita inequívocamente que en tal fecha el precio de la acción se situó en la cantidad de 10.520 pesetas. Y lo hacemos de la mano de un documento literosuficiente y oficial, como es la certificación que figura en autos (folio 3155), firmada y sellada por la Secretaría General de Instituto Español de Analistas Financieros, en donde puede verse una relación de valores de la acción de Tabacalera desde la fecha 10-9-1997 a 20-10-1997, por consiguiente lo estamos refiriendo a un periodo temporal que se proyecta a poco menos de los dos meses siguientes a la fecha en que se hizo pública la información de la adquisición de la compañía americana Havatampa, el día 11 de septiembre de 1997, y en menor medida, el mismo día, según la resultancia fáctica (apartado 8), la subida del precio de Fortuna, por la aprobación de la Delegación del Gobierno para el monopolio de tabacos, que se publicó en el BOE al día siguiente, y se comunicó el lunes día 15 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante. Hemos dicho antes que el beneficio que determina una información relevante con carácter de privilegiada tiene una vocación de inmediatez en el ámbito bursátil, sin que la vinculación al impacto alcista de un valor, una vez conocida por el público interesado en tales noticias, pueda prolongarse indefinidamente, sino en los términos temporales que anteriormente hemos considerado.

Fijada, pues, tal fecha como la de consumación delictiva (26-9-1997), el día 22 de noviembre de 2002, cuando se presentó la querrela, el delito estaría prescrito, por lo que el motivo ha de ser desestimado, avalando la conclusión a la que ha llegado la Audiencia, pero con distintos fundamentos jurídicos.

Y no podemos desconocer, que el próximo marco normativo sobre el momento interruptivo de la prescripción que se ha de producir a partir del próximo día 23 de diciembre de 2010, cuando entre en vigor la LO 5/2010, dejará aún más patente la prescripción que declaramos.



CUARTO.- Una vez que hemos declarado que la acción penal está prescrita, hemos de dar respuesta a los reproches casacionales de las defensas de Lázaro y Ezequiel en tanto que consideran, por una u otra vía casacional, que los hechos no son constitutivos de infracción penal, interesando un pronunciamiento absolutorio.

Tal posibilidad dimana de la jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponentes las Sentencias 938/1998, de 8 de julio, y 1497/2001, de 18 de julio, pues hemos declarado en ellas que existe interés en este sentido por un acusado que ha sido absuelto como consecuencia de la exención de responsabilidad criminal por prescripción del delito.

Es por ello que, antes de estudiar otras cuestiones, se ha de comprobar que se ha cumplido el requisito objetivo relacionado con la obtención del beneficio que marca la ley penal en la fecha de la consumación del delito.

A tal efecto, si bien en la fecha de comisión delictiva, tal cuantía venía establecida en la suma de 75.000.000 pesetas, ha de tomarse en consideración la de 600.000 euros (LO 15/2003), como más favorable para los acusados, conforme a nuestro criterio que ya fue adoptado para los casos de delito fiscal, en Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios de fecha 25 de octubre de 2005, en el sentido de que "es aplicable el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable a los delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la elevación de la cuantía defraudada". Aquí ocurre idéntica razón.

Siendo ello así, en la fecha de consumación del delito, que ha de ser el día 26 de septiembre de 1997, como ya hemos razonado, el precio medio de adquisición de las acciones por Creaciones Baluarte fue la cantidad de 7.929 pesetas (valor medio de la acción), y el precio de venta en la Bolsa de Madrid fue el de 10.520 pesetas (en la fecha en que estuvo más alta, esto el 26-9-1997), por lo que el porcentaje de ganancia se ha de situar en el 32,677 por 100, lo que arroja la suma de 126.824.577 pesetas. Este dato coincide sustancialmente también (126.823.280 pesetas) con el de la plusvalía latente que se certifica por el Instituto Español de Analistas Financieros (folio 3156), tomando en consideración un coste de adquisición de 388.109.680 pesetas (idéntico al tenido en cuenta por nosotros en esta resolución judicial).

No pueden atenderse otras consideraciones que también dejan expuestas las defensas, bajo el criterio de que parte de la revalorización es consecuencia de la subida normal del mercado bursátil por aquellas fechas, porque este componente económico no puede ser evaluado sino a base de meras elucubraciones del comportamiento del mercado, lo que haría imposible su precisa determinación en cualquier caso.

QUINTO.- Constando el elemento típico del delito en que consiste tal beneficio por encima del umbral marcado por la norma penal, hemos de dar respuesta a los recursos de las defensas que cuestionan la propia existencia del delito, no conformándose con la declaración de prescripción del mismo.

Y como primer motivo, se ha de estudiar el formalizado por Ezequiel, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción constitucional del principio acusatorio en su faceta de "incongruencia extra petita", por cuanto la Sala sentenciadora de instancia no se ha limitado a estudiar la cuestión de la prescripción como cuestión previa, o de previo pronunciamiento, sino precisamente como cuestión de "último pronunciamiento".

Y como corolario a su censura casacional pretende, en sintonía con su tesis defensiva, que ha de dictarse segunda sentencia por esta Sala Casacional por medio de la cual "sean suprimidas todas las amplias partes de la sentencia de instancia que pretenden, mediante supuesta valoración probatoria y pretendida subsunción" que los acusados no han participado en el hecho imputado, concluyendo de lo mismo que no han cometido un delito de uso de información privilegiada.

En realidad, el Tribunal sentenciador en ningún momento ha declarado la condena de los acusados como autores de tal infracción penal, sino que se ha limitado a decretar su prescripción. Ni lo ha hecho en la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, ni tampoco en su fundamentación jurídica, ciñéndose a señalar que estudiaría con posterioridad la alegada prescripción, una vez "se examinen los elementos del delito y los hechos impositivos o extintivos del mismo" (página 10), claro es que con el único objeto de calificar el hecho y operar después para resolver la invocada prescripción del delito.

De todos modos, el problema que trae a colación el recurrente es muy sugestivo, porque está en directa relación sobre el modo de operar jurídicamente cuando el acusado plantea como cuestión previa en el ámbito de un procedimiento abreviado la causa de exención de responsabilidad criminal que consiste en la prescripción del delito, por la vía del art. 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Audiencia lo único que hace es entrar a conocer si concurren en el caso los elementos típicos del delito enjuiciado, para una vez calificado, proceder -analizando su plazo prescriptivo- a decretar si está prescrito o no, en función de los elementos necesarios para ello, es decir, la determinación del "dies a quo" y el "dies ad



quem", tal y como ya lo hemos analizado nosotros con anterioridad, llegando a esa misma conclusión, si bien con argumentos diversos a los que tuvieron en consideración los jueces de la instancia.

Y decimos ello porque esta Sala dictó la STS 517/2007, de 8 de junio, revocando la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª, que acordaba el sobreseimiento libre de la causa y el archivo de las actuaciones por "encontrarse prescrito el delito de información privilegiada" que se imputaba a los ahora recurrentes, ordenando por el contrario este Tribunal Supremo que " *el procedimiento habrá seguir su trámite*", y ello porque " *fue una resolución extemporánea por prematura al faltar la necesaria claridad*", pues en definitiva resolver " *esta cuestión con tal antelación, sin concurrir esas premisas fácticas con claridad indubitada, no fue correcta*".

Afirmación de esta Sala Casacional que ha de conducir, por cierto, para desestimar el motivo 10º del recurso de Ezequiel que trata de combatir tal resolución de este Tribunal Supremo en cuanto por la misma se ordenaba continuar con "el trámite", siendo extemporáneo quejarse ahora de la garantía de la "cosa juzgada" que atribuye sin ningún fundamento a los autos de sobreseimiento libre de 2 de noviembre de 2005 (el citado) y de revocación de conversión de las diligencias previas en procedimiento abreviado, de fecha 14 de febrero de 2006.

En consecuencia, era necesaria la celebración del juicio oral, y determinar los elementos típicos que fueran precisos, para resolver, después, la aplicación, o no, de la invocada prescripción del delito. De manera que al proceder así la Sala sentenciadora de instancia, no podemos declarar que se haya infringido tal principio constitucional, ni mucho menos que se haya provocado el vicio procesal denominado incongruencia *extrapetita*.

La cuestión que plantea el recurrente admite diversas posiciones jurídicas, pues versan sobre la forma de redacción de los hechos probados en una sentencia que aprecia la prescripción. Y dentro de las posibilidades, pueden ofrecerse las siguientes:

1. Identificar en la resultancia fáctica, *el iter procesal* de la interrupción de la prescripción, haciéndose constar exclusivamente el contenido indiciario de los hechos imputados en la denuncia o querrela, sin ningún tipo de declaración de probados de tales hechos.
2. Relatar los elementos del tipo objetivo del delito, sin entrar a consignar ni declarar probados los correspondientes al tipo subjetivo del mismo. A partir de ahí, se estudia la prescripción, una vez éstos quedan calificados jurídicamente.
3. Hacer constar como probados aquellos elementos fácticos que sean imprescindibles -objetivos o subjetivos- para la calificación jurídica y operar a continuación sobre los plazos de prescripción.
4. O bien realizar un relato general y completo de los hechos que han quedado probados, en todos sus componentes normativos y descriptivos, con objeto de que en el caso de que prosperase el recurso de casación (o de apelación), el Tribunal "ad quem" pueda pronunciarse sobre la eventual condena de los acusados, si revoca el pronunciamiento absolutorio por prescripción.

Si bien esta cuestión no es pacífica, ha de convenirse que pueden utilizarse varios de esos sistemas en función de la necesidad de clarificación del delito cometido, con objeto de proceder a determinar su plazo prescriptivo y, a continuación, la concreción de los días inicial y final de tal cómputo, pronunciándose después sobre si el delito se encuentra o no prescrito.

De tales posibilidades, hemos de inclinarnos por la tercera, en función de que -en la mayoría de las ocasiones- no podemos contentarnos exclusivamente con valorar los elementos típicos objetivos -elementos descriptivos y normativos-, sino averiguar el ánimo del autor, extremo éste necesario para dicha calificación jurídica, sobre todo en aquellas infracciones penales especialmente cualificadas por su concurrencia. Por poner solamente un ejemplo, para determinar si un atentado contra la vida o la integridad personal del sujeto pasivo constituye un delito de homicidio intentado o de simples lesiones, con plazos prescriptivos diversos, ha de indagarse sobre la intención del autor, que será analizada a partir de la valoración del material probatorio que se haya desplegado en el plenario. Aquí ocurre lo propio: información reservada con carácter de privilegiada y aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero (en el caso), son requisitos típicos de necesaria concurrencia para la calificación delictiva. La Audiencia así lo ha declarado pero desde la perspectiva únicamente de la mera calificación jurídica, y no desde la panorámica de la condena delictiva.

Por lo expuesto, el motivo analizado no puede prosperar, ni tampoco el siguiente, esto es, el segundo de Ezequiel, por cuanto se formaliza "ad cautelam" del anterior, con anclaje de legalidad ordinaria, pero con los propios fundamentos jurídicos.



SEXTO.- Aclarada esta cuestión, desde luego que tampoco pueden prosperar los reproches casacionales que se alojan en los recursos de ambos recurrentes referidos a la vulneración de la presunción de inocencia (motivos 1º de Lázaro y 4º y 5º de Ezequiel), puesto que los hechos probados se han basado en rigurosas acreditaciones objetivas, como quedan plasmados en la resultancia fáctica de la recurrida: reuniones con los titulares iniciales de la compañía Havatampa, comunicaciones a la Comisión del Mercado de Valores, y efectiva adquisición de tal sociedad extranjera, aumento de precios de determinadas labores de tabaco, constitución de la sociedad "Creaciones Baluarte", compra y venta de acciones de Tabacalera, impacto alcista de las mismas, influencia sobre su valor de cotización -que lo constituye una inferencia perfectamente razonable y rigurosamente constatada-, intencionalidad de obtener un beneficio económico con la compra y realización de los títulos, lo cual es predicable por definición de toda adquisición de un valor bursátil, y ventaja patrimonial obtenida. Tales presupuestos objetivos han sido acreditados mediante elementos documentales, y aquellos subjetivos son fruto de una deducción judicial, a base de tales indicadores, por lo que se encuentra fuera en consecuencia de nuestro control casacional cuando de la presunción de inocencia se trata, y mucho más cuando se fijan a los solos efectos de determinar la calificación delictiva para operar con el plazo de prescripción. Del propio modo, hemos de desestimar el 6º motivo de Ezequiel en tanto que denuncia que no se tuvieron en cuenta el cúmulo de pruebas exonerantes que a su juicio se practicaron, cuando esta queja casacional se encuentra ya sin contenido. Y lo propio respecto al motivo 7º del mismo recurrente, en tanto que se denuncia como falta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva todo lo referente a que existió participación en el hecho imputado, cuando de lo que se trata ahora exclusivamente es determinar si actuó el recurrente de modo que obtuvo un beneficio típico, único objeto en esta fase de decisión judicial que es procedente analizar, y ello fue así meridianamente.

En consecuencia, tales reproches no pueden prosperar.

Parcialmente, tampoco pueden ser atendidos los relativos al segundo motivo de Lázaro en tanto que por el cauce autorizado por el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como "error facti", invoca tres grupos de documentos: las certificaciones de la Sociedad Rectora de la Bolsa de Madrid, las informaciones de prensa e informes de analistas financieros y los dictámenes periciales sobre el funcionamiento del mercado bursátil. Éstos últimos, porque son meras opiniones que no modifican el relato de hechos probados, en donde únicamente se refleja el impacto alcista del valor por la compra de la compañía americana de cigarros puros, y claro es que tal aspecto se ha tomado en consideración, incluso en nuestras consideraciones jurídicas precedentes; las informaciones y análisis económicos, porque ya razonaremos en el siguiente fundamento jurídico que son diferentes opciones de lo que puede entenderse por una información reservada de carácter confidencial y con la cualidad de privilegiada; y por último, la ya analizada evolución de los valores en cuestión -acciones de Tabacalera- durante los días siguientes a ser conocida la noticia por los inversores de manera oficial, con su impacto alcista, y la influencia que se reflejó en las diversas cotizaciones en un plazo inmediato, sin que consten otros indicadores del mercado relevantes, ha sido ya admitido por esta Sala Casacional en nuestros previos fundamentos jurídicos, y nos ha servido para situar en la fecha del 26 de septiembre de 1997 como el momento de la consumación delictiva a los efectos de determinar el "dies a quo" del cómputo de la prescripción. Bajo estos parámetros, el motivo ha de ser desestimado, salvo en lo ya indicado con anterioridad, y lo propio ha de proceder con el motivo octavo de Ezequiel.

SÉPTIMO.- La articulación combativa por estricta infracción de ley que se refiere a que tal mecánica comisiva tuvo lugar mediante el uso de una información reservada con carácter de privilegiada, bajo el argumento de que la adquisición de la compañía americana Havatampa era un hecho notorio por estar publicado en los medios especializados de comunicación de carácter económico, no puede ser acogida, porque aun cuando tales noticias ya se publicaron en la prensa con meses de antelación, no pasaban de ser meras expectativas de un comportamiento posible y futuro de la empresa, que en efecto se pusieron a disposición del público en general, pero en los autos se reflejan dos datos que comportan la concurrencia de las rigurosas exigencias del tipo: por un lado, el conocimiento personal de la firma el día 7 de marzo de 1997, entre Lázaro y Havatampa, del denominado " *Confidential Agreement*", con objeto de transferirse información mutua en ámbito "de absoluta discreción"; y del propio modo, las reuniones continúan durante los meses de junio, julio y agosto, alcanzándose definitivamente un acuerdo el día 10 de septiembre, lo que se comunica el día 11 de septiembre de 1997 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante. Este dato no era público. De otro lado, y como acertadamente argumenta el Ministerio Fiscal en esta instancia, no es lo mismo un rumor que un extremo que se conoce desde tan privilegiada posición, esto es, de primera mano por ser quien lo transfiere el propio presidente de la compañía afectada. Aquí no hay noticias más o menos probables, sino informaciones directas e internas de quien se encuentra al frente del proceso de negociación. Aquello podría ser una información, ésta es una información que reviste los caracteres de *privilegiada*. A los meros efectos, pues, de la calificación del delito, y solamente desde esta perspectiva, por cuanto no se condena a nadie por estos hechos, la aludida constatación es suficiente y aquí tiene que ser ratificada.



Del propio modo, si bien la cartera de Creaciones Baluarte era gestionada por "Beta Capital SV, S.A.", entidad vinculada a Lázaro , para la administración de valores, no es menos cierto que en la póliza de crédito se consignó que la finalidad de tal modo de financiación lo era con el exclusivo objeto de adquirir acciones de Tabacalera, como en efecto así sucedió en su integridad.

Por estas razones procede desestimar tanto el motivo tercero de Lázaro , formalizado por estricta infracción de ley, como el cuarto, que es vicario del segundo, del que trae causa, y el noveno de Ezequiel , en tanto que no existe condena por tal delito.

OCTAVO.- Por las razones expuestas, estimaremos parcialmente ambos recursos, declarando de oficio las costas procesales de esta instancia, y correlativamente desestimamos el del Ministerio Fiscal sin costas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia núm. 768/2009, de 17 de julio de 2009 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR, por estimación parcial**, al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los acusados **Ezequiel y Lázaro** , contra la referida Sentencia núm. 768/2009, de 17 de julio de 2009 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

En consecuencia casamos y anulamos en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Diciembre de dos mil diez.

El Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid incoó D.P. núm. 7721/2002 por delito de uso de información relevante contra **Lázaro** , nacido en Zaragoza el día 5 de mayo de 1945, con DNI núm. NUM000 , hijo de Cesáreo y de Juana y Ezequiel , nacido en Méjico el día 18 de octubre de 1968, hijo de Luis Javier y de Isabel con DNI núm. NUM001 , y una vez concluidas las remitió a la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 17 de julio de 2009 dictó Sentencia núm. 768/2009, la cual ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y por las representaciones legales de los acusados, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, que se relatan a los efectos de estudiar la prescripción del delito, añadiéndose que en la fecha de 26 de septiembre de 1997, el valor de la acción de Tabacalera, SA, en la Bolsa de Madrid, estuvo situado en la cantidad de 10.520 pesetas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, los hechos imputados a los acusados están prescritos, y en consecuencia, procede absolver a Lázaro y a Ezequiel , declarando de oficio las costas procesales de la instancia.



III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos por prescripción a los acusados Lázaro y Ezequiel del delito por el que han sido acusados, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Manuel Marchena Gomez

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ