

Jueces para la Democracia- Revista nº 64, Marzo 2009

Poder económico, ¿Poder judicial?

1- Introducción

Hace dos años, la revista norteamericana *The Yale Law Journal* planteó que el sistema penal de aquel país era excesivamente duro con los delincuentes económicos con motivo de las condenas impuestas a los responsables de las crisis empresariales de Enron --20 años de prisión-- o WorldCom --25 años. Estimaba excesivas dichas penas, dado que según reproducía el diario *La Vanguardia* (24.5.07) “el delincuente no crea inseguridad económica ni ataca a los intereses más básicos de los demás, como la vida, la libertad o la salud”.

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

Desde entonces, ha permanecido abierto un debate sobre el concepto y características de dicha delincuencia, que ha oscilado entre el planteamiento criminológico –el status de quienes cometen los delitos– y, el más acertado, que ha afrontado el problema desde la perspectiva de las conductas delictivas y los bienes jurídicos que ofenden.¹

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

El concepto y alcance del “orden socio-económico” como valor fundamental que debe ser objeto de una protección penal ha de situarse, necesariamente, en la Constitución. En efecto, en esta se establece un determinado modelo de “orden socio-económico”, con origen en la Constitución de Weimar, que ya asumió el TC (S. 1/82, de 28 de enero) : “En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad esta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”.

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

Este criterio define la línea de un “orden socio-económico”, característico del Estado social de Derecho, en el que el reconocimiento de “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE.), como eje del sistema económico, está sujeto a un amplio conjunto de prescripciones constitucionales que concluyen en el compromiso de los poderes públicos de asegurar una igualdad y libertad real a todos los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello.

Puede, pues, entenderse que el modelo económico constitucional está configurado por la libertad económica, cuyos núcleos son la empresa y el mercado (art. 38), complementado por una activa ordenación de la actividad económica por los poderes públicos con el fin de “promover el progreso [...] de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida” (Preámbulo de la Constitución). Y, desde luego, desde este punto de partida y sistema de valores, la actividad de la empresa necesita de límites de carácter punible y los ciudadanos, como sujeto colectivo de derechos y necesidades, deben ser protegidos penalmente frente a conductas que, gravemente, lesionan o ponen en peligro sus intereses.

La necesidad de estas medidas de orden penal para la salvaguarda del sistema económico constitucional, ha generado lo que desde hace tiempo viene llamándose Derecho Penal económico, de naturaleza pluriofensiva en cuanto, como veremos, tiende a sancionar la actividad abusiva y fraudulenta de los sujetos más relevantes de la actividad económica.

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

En el actual estado de nuestro desarrollo nadie duda de la pertinencia y eficacia de las sanciones penales en este ámbito.

2. –Cinco procedimientos judiciales y las incertidumbres del caso Alierta

La persecución del delito económico, cometido desde las más altas posiciones de poder, es aceptada con dificultades por la Administración de Justicia, jueces y fiscales, con las necesarias excepciones. Así resulta de la muestra que a continuación se examina. Es significativo que, además de las excesivas dilaciones y de los reiterados pronunciamientos judiciales favorables a los presuntos responsables, el Mº Fiscal, en varios procedimientos que van a analizarse, se alinee, objetivamente, con los imputados y acusados en lugar de servir a los intereses

generales. En estos casos, el impulso de estos procesos fue posible gracias al ejercicio de la acción popular por los ciudadanos, reconocida por la Constitución y las leyes como forma de “hacer perceptible el intento de ampliar... las esferas de participación ciudadana en mayor número de ámbitos de la vida social o específicamente en aquellos en los que se dilucidaran aspectos de sensible interés general”.² Representó la constitucionalización de la facultad de los ciudadanos de intervenir en procesos penales. La acción popular concreta la posibilidad de que todos y cada uno de los ciudadanos, ofendidos o no por el delito - con independencia de la posición del Ministerio Fiscal-, puedan impulsar y abrir un proceso asumiendo la defensa del interés general. Es una forma de autodefensa social frente al delito y, en ocasiones, frente al monopolio del Ministerio Fiscal. sobre todo cuando el Fiscal permanece pasivo u obstruye la investigación judicial. Pues bien, como veremos, la institución de la acción popular está atravesando una profunda crisis que tiene su origen en la necesidad impuesta por ciertos tribunales de asegurar la impunidad de relevantes delincuentes económicos, con una aplicación extensiva y oportunista a procesos de contenido político.

La Audiencia Nacional ha abierto diversas vías para cerrar procesos por delitos económicos evitando la celebración de juicio oral y, por tanto, la práctica de las pruebas. La primera concreción de esta estrategia procesal, que luego analizaremos, ha tenido lugar en la forma en que se archivó el proceso por el presunto fraude fiscal de las “cesiones de la nuda propiedad de créditos” del Banco de Santander. El Tribunal ha abierto otras vías para deslegitimar al propio Ministerio Fiscal por entender que carecía de legitimidad para la persecución pública de delitos de naturaleza societaria al entender que en los supuestos que examinaremos no ha quedado afectado el interés general ni concurre una pluralidad de perjudicados. En otros supuestos, archiva investigaciones no concluidas. Y no faltan las dificultades creadas por la Audiencia Provincial de Madrid para enjuiciar el caso Alierta. La conclusión es que está creándose un marco jurisdiccional y procesal que garantiza a los delincuentes económicos la impunidad con el consiguiente efecto demoleedor del principio de igualdad de la ley proclamado constitucionalmente

I – Las cesiones de créditos del Banco de Santander

Diligencias Previas 53/92, Juzgado Central de Instrucción nº 3

Estos eran, en lo sustancial, los términos de la acusación formulada por Iniciativa per Catalunya–Verds en este proceso, en el que también estuvo personada la Asociación para la Defensa de Inversores y Clientes. Entre los años 1987 y 1989 el Grupo del Banco de Santander comercializó

² Julio Pérez Gil. La Acusación popular. Edit. Comares. Pg. 210.

un producto conocido como cesiones de la nuda propiedad de créditos, dirigido a captar recursos financieros. Uno de los principales reclamos del producto era su opacidad fiscal, que se concretaba en la inexistencia de obligación de practicar retenciones e ingresos a cuenta sobre sus rendimientos y, por ello, en la falta de obligación de comunicación de forma regular, periódica y generalizada de los datos de sus titulares e importes de la inversión a la Hacienda Pública, a lo que se añadía una buena rentabilidad; por lo que este producto se convirtió en un producto ideal para la inversión de capitales del llamado “dinero negro”. Llegándose así a captar cuantiosísimos fondos que determinaron un fraude fiscal superior a los 80 millones euros.

Los acusados, el Presidente del Banco de Santander y altos directivos participaron al más alto nivel dentro de la estructura del Banco en el diseño de la estrategia y la operativa descrita. Y, posteriormente, prepararon las directrices a seguir para hacer frente a los requerimientos de información de la Agencia Tributaria a fin de obstaculizar su actuación y facilitarle datos erróneos, incompletos o falsos. Directrices que se concretaron en la negativa a facilitar a la Agencia la identidad de los inversores en dichos productos alegando la inexistencia de obligación legal que lo fundamentara para, posteriormente, facilitarlos de forma tardía, parcial, incompleta o errónea, llegando finalmente, en determinados supuestos, a facilitar datos falsos de personas que no se correspondían con la titularidad real de la inversión.

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

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

El Tribunal aceptó la posición del Ministerio Fiscal y acordó por Auto de 20 de diciembre de 2006 el sobreseimiento libre de las actuaciones rechazando la legitimidad de las acciones populares para admitir la celebración del juicio oral por entender que no expresaban suficientemente el principio acusatorio, decisión que eludía una eventual condena. Decisión de una enorme trascendencia dado que, además de impedir un pronunciamiento judicial definitivo

sobre lo que se estima el mayor fraude fiscal de nuestra historia, ha representado un golpe histórico a la institución de la acusación popular como una de las formas esenciales de la participación de los ciudadanos en la Administración de justicia. No en vano un eminente jurista ha afirmado que esta decisión representa “el ocaso de la acción popular”.

La resolución de la Audiencia Nacional, completamente favorable a los acusados, es sin duda producto de una interpretación tan alambicada como tendenciosa el artículo 782. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, único precepto citado por el Ministerio fiscal. Porque, en efecto, aquí el Ministerio Fiscal solicitó, en el trámite de las cuestiones previas al juicio oral “el sobreseimiento libre de la Causa por inexistencia de acusación y ausencia de principio acusatorio”, solicitud coherente, como ya hemos dicho, con su actitud durante todo el proceso como un defensor más de los imputados. El Tribunal examina los antecedentes procesales del procedimiento, las decisiones de la Juez Central de Instrucción nº. 3 y del Auto de la Sala de lo Penal de 26 de junio de 2003 que determinó la continuidad de la Causa hasta la celebración de juicio oral. Y a continuación analiza los efectos de la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que entró en vigor el 28 de abril de 2003, con anterioridad pues a que la Juez Instructora acordase por Providencia de 27 de mayo de 2004 el traslado a las partes para que solicitasen la apertura de juicio oral o el sobreseimiento y del Auto de 6 de octubre de 2004 por el que acuerda la apertura del juicio oral “solo a instancia de la acusación popular”. El Tribunal, en un razonamiento completamente sesgado y parcial de la ley, lleva a cabo una interpretación literal y restrictiva del concepto de “acusación particular” y, en particular, del precepto invocado por el Fiscal. Porque en los siguientes preceptos al 782.1 de dicha Ley, relativos al “Juicio Oral y la sentencia”, vuelve a emplearse el término, mucho más amplio y extensivo de “partes” (arts. 785. 1, párrafo primero, 787. 3, 789. 2, 791. 2, párrafo 2º, y 794, 1ª, párrafo segundo). La Ley continúa empleando términos mucho más omnicomprensivos como los de “la acusación”, “partes acusadoras”, “todas las acusaciones”, “Abogados de la acusación” (Art. 788) o sencillamente “acusaciones” (Art. 789. 3). La debilidad argumental alcanza su cenit cuando llega a emplearse como fundamento de la decisión tomada una Enmienda de CIU durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley de 2002. Y adquiere su verdadero sentido cuando entiende que dicha Ley, en la medida en que “refuerza el principio acusatorio y el papel del Ministerio Público “ evita colocar “ al acusador popular en un plano de igualdad con el Ministerio Fiscal”. Y, en consecuencia, rechaza la continuidad del juicio oral menospreciando a las acciones populares que, en este caso, eran los verdaderos valedores de los intereses colectivos abandonados por aquella institución por razones que solo se pueden estimar aberrantes o espurias.

Pero faltaba la decisión final, la Sentencia nº 1045/2007. de 17 de Diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que confirmó el Auto de la Audiencia Nacional, con una

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

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

³ Ver sobre esta Sentencia la excelente reflexión de Alberto Jorge Barreiro, “Jurisprudencia de oportunidad: el ocaso de la acción popular”. Revista Jueces para

II– La absolución del Presidente del Banco Santander y otros por el caso de la concesión de elevadísimas indemnizaciones

Procedimiento Abreviado 352/2002, Juzgado Central de Instrucción nº 3. Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 13 de abril de 2005

Estos son los términos más relevantes de la acusación formulada por la acción popular, ya que el Ministerio Fiscal se alineó también con las tesis de los acusados. Procedimiento en el que también se denegó la competencia de la Fiscalía Anticorrupción. El objeto de la acusación y la Sentencia fueron las indemnizaciones pactadas entre el Presidente del banco y dos altos directivos con motivo del cese de estos dos últimos en el BSCH, tras la fusión del Santander y el Central Hispano. La acusación lo fue por un delito de Administración desleal del art. 295 C. Penal.

El 28 de agosto del año 2001 se realizó el pago de un bonus por parte del banco a J. M^a A. por un importe aproximado de 22,74 millones de €. También desde esa misma fecha, dicha entidad de crédito viene abonando a dicha persona una pensión anual de jubilación en cuantía superior a los 7.000.000 €. Además, A. C. percibió en concepto de indemnización por cese la cantidad neta total de 56. 254. 732, 98 €.

El razonamiento jurídico de la absolución estuvo fundado en que los Administradores, en este caso el Presidente de la entidad, no quebrantó el “deber de lealtad” a que está legalmente obligado y, por tanto, se ajustó ,al pactar dichas retribuciones, a los deberes de transparencia y equidad en el ejercicio de sus funciones y no favoreció “abusos en los conflictos de intereses”. La Sentencia mantuvo que “ni la ley ni los códigos de buen gobierno establecen límites a la cuantía de las retribuciones pactadas al amparo de la autonomía de la voluntad en una economía de mercado...”; que las retribuciones “debe ser fijadas en función de los postulados del mercado” y que “en el seno del principio de la libertad de empresa, si es posible se contrata a los mejores, que, a su vez, perciben retribuciones muy elevadas por desarrollar su función”.Añadiendo que “el Tribunal, y mucho menos un Tribunal Penal, no puede suplir los mecanismos de funcionamiento del mercado financiero...”. El fundamento jurídico anterior es merecedor de una crítica rotunda. La sentencia desprende una aceptación absolutamente acrítica del mercado, al parecer de un mercado ideal, en el que está ausente toda dimensión social. En este sentido, habrá satisfecho a cuantos propugnan una completa liberalización del sistema económico sin interferencias públicas de ninguna clase, sistema determinante de la actual crisis económica y social.

Pero el razonamiento contiene dos precisiones que exigen una crítica más específica. Dice el Tribunal que el deber de lealtad de los Administradores se mide, entre otros parámetros, por la

la Democracia, 61, marzo 2008, pp. 9-18. En ella se habla, en función de la “coyuntura” que rodea al proceso, de “estrangular la acción popular”.

“observancia de la equidad” en el ejercicio de sus funciones. La equidad, además de otras posibles interpretaciones, quiere decir ponderación, moderación para atenuar y mitigar el contenido extremo y posiblemente injusto de ciertas decisiones.

La equidad es, además, un concepto legal que debe presidir, junto a otros, la interpretación por los jueces de las normas jurídicas, según se establece en el art. 3. 2 del Código Civil. Resulta sencillamente inaceptable que un Tribunal, este Tribunal, en el contexto socio-económico en que vivimos -entonces, el SMI apenas alcanzaba los 600 euros- reconozca que los acusados respetaron las exigencias de la equidad cuando acordaron esas elevadísimas indemnizaciones. Pero es aún más grave que el Tribunal no haya hecho uso de la equidad para “ponderar” la valoración de esos pactos. El Tribunal añade, además, que no está entre sus funciones “suplir los mecanismos del mercado financiero”. Pero sí está legitimado, es más, obligado, a analizar más rigurosamente y sancionar los abusos que se cometen en eso que denomina “mercado financiero”.

El Tribunal Supremo, por sentencia de 17 de julio de 2006 (núm. 841/2006) confirma la anterior reiterando los argumentos ya expuestos. Para ello, mantiene que en el ámbito del “mundo empresarial de la empresa privada” los delitos societarios, es decir, “los comportamientos contrarios a la buena marcha de la sociedad” exigen la existencia de un “perjuicio” ,reiterando que ”Los acuerdos que se produzcan en este restringido ámbito, se rigen por la absoluta libertad de mercado, con tal de que tales pactos contractuales se instrumentalicen en cláusulas que sean conocidas y aprobadas por los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles en donde se conciertan, y sean adecuadamente fiscalizadas por los órganos de control –internos o públicos-...”.

En primer lugar, sorprende que se apele como fundamento de la licitud de las conductas enjuiciadas a “la absoluta libertad del mercado”, apreciación que supera con creces las tesis más neoliberales sobre las relaciones económicas y que, desde luego no se ajustan a las previsiones constitucionales sobre el alcance y límites de la “economía de mercado”. Desde esta perspectiva mantiene que no hubo un “ejercicio abusivo de las facultades del administrador” dado que la conducta dispositiva, consistente en el pago de las altísimas indemnizaciones ya referidas, no generó perjuicio patrimonial apreciable dado que la finalidad de la operación justifica la reducción patrimonial que representaron las indemnizaciones otorgadas. Los Tribunales se niegan a admitir el proceso de descapitalización que dichas conductas, además de otras similares, generaron-con un evidente perjuicio para la entidad-y que, ahora les ha llevado a reclamar y obtener generosas ayudas públicas del Gobierno (basta examinar el R.D.L.10/2008,de 12 de Diciembre).

III. Las cuentas secretas del BBV y el caso Abengoa

Diligencias Previas 251/2002 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5

La nueva vía hallada por la Audiencia Nacional para decidir el archivo de una causa por delitos económicos, cuando no concurren acciones populares, es ya directamente, en las antípodas de la confianza que exigía el TS en la institución del M^o Fiscal en el caso Santander, la deslegitimación de éste como titular de la acción penal pública y expresión del principio acusatorio. Así lo ha hecho la Audiencia Nacional en el citado procedimiento que se incoó cuando se conoció que la entidad BBV mantuvo desde 1987 fondos clandestinos en cuentas domiciliadas en la Isla de Jersey al margen del control contable y de los órganos de gobierno de la entidad y del Banco de España, operación que cesó cuando fue descubierta la maniobra engañosa y defraudatoria tras la fusión con Argentaria. Fondos que cuando fueron descubiertos se elevaban a más de 6.000 millones de €, es decir, una cuantiosísima suma, con independencia del elevado y muy superior patrimonio de la entidad. El Fiscal, en este caso, inició el proceso y mantuvo la acusación por delito societario, concretamente por el delito de falsedad contable del Art. 290 del Código Penal. Como es sabido, los delitos societarios están sujetos a una condición de perseguibilidad cual es la “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. Pero, dice el Art. 296. 2 del Código Penal que “no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o una pluralidad de personas”. En estos supuestos el delito es perseguible de oficio como delito plenamente público y el Fiscal no solo está legitimado sino que está obligado a actuar como ante cualquier otro delito de la misma naturaleza.

En este supuesto, el Fiscal impulsó la apertura del proceso, el Juez Central de Instrucción lo inició, con intervención regular de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la Resolución de múltiples recursos, sin que nunca se planteara ni por las partes ni por el Tribunal la legitimidad acusatoria del Fiscal ni la improcedencia del proceso. Finalmente, el Fiscal acusó por el delito ya mencionado. Los hechos tenían una especialísima relevancia y gravedad tratándose del segundo grupo bancario del país y operando en un territorio calificado por nuestro ordenamiento como paraíso fiscal (incluido en la relación del R.D. 1.080/1991, de 5 de Julio).. Estábamos ante un supuesto en que manifiestamente concurría el perjuicio hacia una “pluralidad de personas” dado que, más allá de disquisiciones jurídicas irrelevantes, la persona jurídica BBV, como sociedad anónima, está constituida por un número relevante de personas como son los accionistas y otras terceras personas. E, igualmente, la conducta descrita es evidente que afectaba a los “intereses generales” pues resulta igualmente evidente la afectación del mercado financiero y su credibilidad nacional e internacional cuando el segundo grupo bancario del país desvía fondos sociales de extraordinaria magnitud –los hechos se iniciaron en 1987- que afectaron a intereses supraindividuales, incluido el Erario público, en cuanto los

Administradores mantuvieron la ocultación de dichos fondos a la Administración Tributaria- dichos fondos no tributaron en absoluto- y al Banco de España. Difícilmente podrá encontrarse un supuesto en que más legitimada esté la actuación acusatoria del Ministerio Fiscal. Pero, el Juzgado Central de lo Penal, por Auto de 12 de marzo de 2007, en nombre del “principio de intervención mínima del Derecho Penal” rechaza la tesis de la acusación de la Fiscalía Anticorrupción por entender que hace “una interpretación extensiva en contra del reo” de lo dispuesto en el citado artículo 296. 2 del Código Penal reprochándole su posición procesal en términos excepcionalmente duros. Y, desde luego, rechaza que la conducta de los Administradores del BBV haya afectado a los intereses generales en los siguientes términos: “Si retomamos el concepto de “intereses generales” enfocándolo hacia la economía nacional parece cuando menos excesivo que pueda considerarse que los actos relatados por el Ministerio Fiscal afectaran a estructura financiera del país por ser especialmente intenso y grave perjudicando económicamente a un enorme número de ciudadanos o más correctamente, por ser delito de mera actividad que los actos de los acusados, omitiendo asientos contables, pusieran en riesgo, nada más y nada menos, que la estructura económica y financiera de la nación o que pudieran hacer correr un riesgo económicamente valorable a un sinnúmero de ciudadanos aunque ni siquiera fueran personas relacionadas directa o indirectamente con el BBVA”. Argumentación que expresa la acentuación del proceso de privatización del proceso penal, equivalente a la admisión como lícitas de cualquier actuación del poder financiero, desde un concepto absolutamente restringido y estricto de la economía nacional, que impide la persecución de los comportamientos ilícitos y punibles del poder económico. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por Auto del 7 de mayo del 2007, en este caso con una premura insólita, rechazó el recurso del Fiscal y confirmó, por tanto, el archivo del procedimiento con una declaración insólita: “La nulidad de pleno derecho del procedimiento seguido en el Juzgado Central de Instrucción num. 5”, es decir, llegan a la conclusión de que el procedimiento fue indebidamente incoado, indebidamente tramitado y que toda la conducta de los Administradores del BBV no justificaba en absoluto ninguna investigación penal. Ya no cabe más protección por los tribunales a significados representantes del poder económico.

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

Diligencias previas 305/2003 del Juzgado Central de Instrucción num. 4

Se incoan por querrela del Mº Fiscal, fundamentada en la denuncia formulada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 6. 02. 2003. La Audiencia Nacional aceptó la competencia para conocer de estos hechos, como de los anteriores, por su grave repercusión en el tráfico mercantil y por el perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas. Resumidamente, decía el

Fiscal en el escrito de acusación por un delito de Administración desleal (Art. 295 C. P.): los acusados, entre los que se encontraban los miembros del Consejo de Administración de dicha sociedad, planificaron “el 9 de Octubre de 2000 la adquisición del 3, 72% de las acciones de la operadora de telefonía móvil Xfera Móviles S. A., mediante la mediación nada casual de la ...mercantil Inversión Corporativa IC, SA, en la que los acusados eran a su vez y respectivamente Consejero Delegado, Presidente y Consejeros.”; ”la interposición de IC como fiduciaria o mero inversor temporal tenía por objeto, además de un pretendido silencio estratégico frente a los competidores, evitar que Abengoa S.A. asumiera los riesgos que pudieran derivarse de la aportación de avales y de contribución efectiva a los desembolsos de capital”; ”A cambio -y por la sola voluntad de los acusados- IC recibiría una contraprestación económica nada despreciable”. Después de diversas operaciones económicas, los acusados “en abierta ruptura de la fidelidad debida a la mercantil Abengoa, S.A., con la sola mira de obtener un beneficio para la mercantil Inversión Corporativa IC. S.A., y valiéndose de la doble condición de administradores de una y otra mercantil, no solo ejecutaron una operación estrepitosamente alejada del riesgo de pérdida admisible en toda gestión empresarial, sino que fueron del todo conscientes que el valor asignado por el mercado al paquete de acciones de Xfera era de cero, en el mejor de los casos, ocasionando a la cotizada un perjuicio patrimonial no inferior a 25 millones de €”. El Juzgado Central de lo Penal, por Auto de 25 de enero de 2007, confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 15 de marzo siguiente, seguimos con unas premuras desconocidas en la Administración de Justicia y particularmente en la Audiencia Nacional, acordó por los mismos argumentos ya expuestos en la Resolución judicial anterior “declarar nulo de pleno derecho el procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 4” reiterando los argumentos anteriores.

IV. —El caso de los fondos de pensiones de los Consejeros del BBV

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

El 25 de noviembre de 2005, la Audiencia Nacional dictó sentencia condenando al ex Presidente del BBV, por un delito de apropiación indebida de 3 millones € a la moderadísima pena de seis meses de prisión y una multa. Según la sentencia, tras la fusión con Argentaria del banco que presidía, acordó compensar económicamente a los Consejeros, exactamente veinte, y otros altos cargos del BBV que, a su juicio, habían sufrido una merma de sus retribuciones a resultas de aquella operación. La Sentencia dice, entre otros extremos, así: “D. E. Y. Ch. [...] decidió constituir a su favor y a favor de aquellos (Consejeros) provenientes del BBV unos fondos de inversión o planes de pensiones con la firma American Life Insurance Co. -Alico -con sede en Wilmington-, Estado de Delaware, Estados Unidos... A tal efecto, pensó proceder a la citada compensación económica a través de los fondos propiedad del BBV existentes en la Isla de Jersey...”. Para ello, se dispuso de dichos fondos que, naturalmente, no se reflejaron en la

contabilidad oficial. De ellos dispuso para concertar aquellos “fondos de inversión o planes de pensiones” con la aseguradora norteamericana Alico, procediendo todos los Consejeros a suscribir los correspondientes contratos en los mismos términos que el expresidente, lo que permitía fundadamente la acusación y enjuiciamiento de todos ellos. Pero, finalmente, solo fueron acusados, además del expresidente, dos Consejeros a quienes el Tribunal absolvió con el fundamento que sigue a continuación.

Durante la instrucción de la causa, el Juez Central nº 5 de Instrucción y la Audiencia Nacional rechazaron que fueran acusados 19 Consejeros del BBV, acordándose el sobreseimiento libre para todos ellos. Entre ellos había nombres ilustres de las finanzas españolas. Luego, el Tribunal que enjuició los hechos criticó el beneficioso trato procesal dado a aquellos Consejeros que, según su criterio, debían haber sido, como el Presidente, sometidos a juicio. Pero, de forma inconcebible, se sirve de esas resoluciones favorables a aquellos Consejeros para absolver a los que estaban acusados de los mismos hechos y por el mismo delito que el expresidente. El argumento, ciertamente inaudito, es el siguiente:

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

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

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

jurídica a los movimientos de fondos de los que carecen de conocimiento no sólo la Junta de Accionistas como máximo órgano de gobierno de la sociedad sino las propias autoridades monetarias como el Banco de España. Es más, llega al extremo de entender que, aunque “los fondos no estaban contabilizados no habían salido del patrimonio del banco”. En consecuencia, no hubo distracción de dinero.

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

V. – El caso Ercros–Ertoil

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

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

Resumidamente son estos. En 1989, se constituye la sociedad Ercros S.A. en la que P. es, desde esa fecha, un alto cargo de la sociedad, director General de Estrategia Corporativa, autor del Plan Estratégico de la compañía, Consejero y desde el 27-9-1989, miembro de la Comisión Ejecutiva, cesando en el Consejo de Administración el 10-10-1991. Durante ese periodo se adoptan decisiones de gran trascendencia como desprenderse de la filial Ertoil S. A. Para ello, se emprenden negociaciones que culminan con la venta de esta sociedad a la petrolera Elf, con la intermediación de la sociedad General Mediterranean Holding S. A. (GMH), por el precio de 248 millones €. Según consta en el Informe del Fiscal del Tribunal Supremo, P. participó entre 1989 y 1991 en siete Consejos de Administración, particularmente en el de 22-1-1991 en el que se da cuenta de la conclusión de la operación. El 18-7-1991, P. comparece ante notario para protocolizar los acuerdos ya cerrados. La Junta de Fiscales del Tribunal Supremo, en Junio de 2001, acuerda por 10 votos frente a 2 solicitar que el Tribunal Supremo asuma la competencia

para seguir conociendo del proceso y que P. declare como imputado. Por razón de su conocimiento de los hechos presuntamente delictivos que, esencialmente son dos. La distracción de 110 millones € del precio anticipado por la venta de Ertoil y la distracción y reparto de 60 millones € del precio de la venta que no ingresaron en la Caja de Ercros. Razones más que suficientes para plantear la imputación de P. que a través de diversas estratagemas impidió el Fiscal General de Estado, ante la pasividad, todo hay que decirlo, de la Juez de Instrucción. Fue el único Consejero Ejecutivo que no declaró como imputado mediante un bloqueo perfectamente calculado por el PP y el Fiscal General, conscientes de que evitaban que el proceso saliera adelante. Y, naturalmente, lo consiguieron. La Juez acuerda el archivo el 7-1-2004 y la Audiencia Nacional lo ratifica el 28-7-2004. La Resolución se caracteriza por su parquedad y su ausencia de fundamentos sólidos. En primer lugar, describe los hechos y admite el pago por la sociedad GMH de diversas comisiones como consecuencia de su intermediación en la venta de Ertoil, S. A. Admite, igualmente, que “Ercros, S. A. no ha aportado parte de la documentación que se le requirió para conocer el destino de dichas cantidades (concretamente el destino de las comisiones) sin que conste en los Autos la existencia de causa-efecto entre la compraventa de Ertoil, S. A. y la suspensión de pagos de ésta, con perjuicio de accionistas, acreedores y erario público...” Y finalmente, sin mayores argumentos, concluye que “existe insuficiencia de elementos incriminatorios, teniendo por agotada la investigación...” Asunto cerrado, como expresión, objetiva, de la capacidad del poder político y de los tribunales para proteger, objetivamente, a quienes ocupan posiciones privilegiadas.

VII – El caso Alierta

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

El procedimiento se inicia por una querrela de la Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa (AUGE) con la oposición frontal del Fiscal General del Estado. Así comienza el escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal el 11 de julio de 2005:

“El acusado C. A. I. (estando también acusado L. J. P.) se valió en el año 1997 de su cargo de Presidente del Consejo de Administración de la sociedad estatal Tabacalera, S.A. para, mediante la adquisición de acciones de esta sociedad, aprovechar en su propio beneficio cierta información reservada a la que no solo había tenido acceso directo por razón de su actividad empresarial sino en cuya generación había contribuido de manera decisiva, a sabiendas de que, una vez hecha pública, elevaría, como así sucedió, la cotización de las acciones de la compañía, lo que le permitió obtener una ganancia de 1,8 millones €, dañando gravemente los intereses generales, al vulnerar tanto la confianza de los operadores económicos en la transparencia y correcto funcionamiento del mercado de valores, como el principio de igualdad de oportunidades de todos los inversores y operadores en bolsa. Los hechos relevantes para la

cotización de las acciones de Tabacalera, S.A., cuyo conocimiento utilizó ilícitamente el acusado, fueron la adquisición de los principales activos de *Havatampa Inc* y la subida del precio de las labores del tabaco. ”

A continuación describe las operaciones mercantiles desarrolladas para obtener el beneficio ilícito y califica los hechos como un delito de uso de información privilegiada de los arts. 285 286–3º del Código Penal. El Juez de Instrucción declaró abierto el juicio oral el 23-8-2005, preparando así la celebración del mismo contra los acusados. Pero el curso del proceso fue alterado porque la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, estimando un recurso de los acusados, acordó por Auto de 2-11-2005, anticipándose al momento procesal oportuno, el archivo de las actuaciones por estimar que el delito estaba prescrito. Es significativo que el argumento fundamental coincide con las tesis mantenidas en su día por el Fiscal General del Estado (13-12-2002) para oponerse al ejercicio por la Fiscalía Anticorrupción de acciones penales contra Alierta. El caso sigue abierto ya que dicha resolución, recurrida por la Fiscalía Anticorrupción, ha dado lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007 (nº. 517/2007) en la que se desautoriza a la Audiencia de Madrid, se califica de “extemporánea” la resolución que dictó y se ordena la continuidad del procedimiento. Es un impulso que resulta excepcionalmente positivo a un proceso que cuenta, como todos, con las dificultades derivadas de esa alianza, objetiva, entre los poderosos y los Tribunales. Habrá que aguardar la resolución definitiva del proceso. En la actualidad, pendiente del señalamiento del juicio oral. Finalmente, ¿se celebrará?⁴

Conclusiones

Los casos expuestos, en esta limitada muestra, expresan, con independencia de cómo se resuelva el caso pendiente, la realidad de conductas presuntamente delictivas que han puesto en peligro o han lesionado el orden económico constitucional. Son conductas que los jueces no solo no valoran como infracciones penales sino que las justifican apelando, como hemos visto, al valor intrínseco del “mercado”. Son jueces no ya conservadores, a lo que no habría nada que objetar, sino que no han asumido los valores constitucionales sobre los límites a la “economía de mercado”. Y, en consecuencia, más allá de su intencionalidad, se alinean objetivamente con los intereses de quienes han adoptado decisiones que profundizan la desigualdad de nuestra sociedad y crean obstáculos para una más justa distribución de la riqueza. Las decisiones judiciales examinadas son un ejemplo de cómo los Tribunales no contribuyen, como les exige el art. 9. 2 de la Constitución, a que la igualdad sea más “real y efectiva” de lo que es actualmente. La consecuencia es que para estos jueces, los imputados y acusados en estos procesos están “por

⁴ Finalmente, después de publicarse el presente trabajo, la Audiencia Provincial de Madrid celebró el juicio oral, dictó sentencia y reconoció la comisión del delito, pero insistió en la tesis de la prescripción. El Fiscal interpuso recurso de casación estimando que el delito no estaba prescrito. Posteriormente, el Tribunal Supremo, como es habitual, confirmó la sentencia absolutoria.

encima del alcance de la Ley” (Naciones Unidas. Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Caracas 1980). Y, por ello, legitiman el abuso del poder económico.

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

Carlos Jiménez Villarejo

Fiscal de Sala, jubilado