
LA TOLERÀNCIA JUDICIAL DAVANT LA DELINQUÈNCIA FINANCERA

(Delinqüència econòmica i inseguretats social)

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

Exfiscal. President del Comitè d'Ètica de la Policia de Catalunya

L'article presenta l'anàlisi de sis casos que l'autor utilitza per exemplificar la situació d'impunitat fàctica en la qual es troba la penalització dels anomenats delictes econòmics a l'Estat espanyol. Els tribunals, que amb la seva actuació en aquests casos han deslegitimant l'acció popular i fins i tot el Ministeri fiscal, fan una lectura de caire liberalista sobre aquestes causes, amb el resultat de desvirtuar el principi d'igualtat davant la llei i l'ordre econòmic i social que propugna la Constitució de 1978.

The article analysis six cases used by the author to exemplify the situation of factual impunity found in the penalization of the so-called economics crimes in Spain. The Spanish courts, having delegitimated by their acts the popular action and even the public prosecutor, interpret these causes on economic crimes in a liberalist way, thus distorting the principle of equality before the law and the economic and social order advocated by the 1978 Constitution.

1. INTRODUCCIÓ

Fa un any, la revista nord-americana *The Yale Law Journal* va plantejar que el sistema penal d'aquell país era excessivament dur amb els delinqüents econòmics amb motiu de les condemnes imposades als responsables de les crisis empresarials d'Enron –vint anys de presó– o WorldCom –vint-i-cinc anys. L'autora d'aquestes consideracions, Ellen S. Podgor, considerava excessives aquestes penes, ja que, tal com es recull en un article publicat a *La Vanguardia*¹ «el delinqüent no crea inseguretats econòmiques ni ataca els interessos més bàsics de la resta de persones, com ara la vida, la llibertat o la salut». A més a més, l'articulista segueix dient que, segons aquesta cronista nord-americana, en aquests casos, «el desprestigi que li suposa la condemna és un càstig afegit que no s'hauria d'ignorar a l'hora de concretar els anys de presó». Davant aquestes apreciacions, l'articulista del diari esmentat conclou que entén que «les incessants demandes de més severitat no propiciïn un model que iguali tots els delinqüents per dalt». Amb aquestes reflexions, absolutament insòlites i, sens dubte, sense cap mena de fonament, introduïm l'anàlisi de la delinqüència econòmica a Espanya que, lluny de ser severa, compta amb un poder judicial més que complaent, que arxiva o

1. 24 de maig de 2007.

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

absol de manera gairebé sistemàtica les persones perseguides per delictes d'aquest tipus.

El 28 de novembre de 1939, ara farà setanta anys, a l'American Sociological Society, Sutherland va pronunciar per primera vegada el terme «delicte econòmic» per referir-se a un tipus de delinqüència econòmica comesa per persones de nivell social alt en el transcurs de la seva activitat professional.

Des d'aleshores hi ha hagut un debat sobre el concepte i les característiques d'aquesta delinqüència, que ha oscil·lat entre el plantejament criminològic –l'estatus dels qui cometen els delictes– i, el més encertat, que ha afrontat el problema des de la perspectiva de les conductes delictives i els béns jurídics que ofenen.²

El punt de partida d'una anàlisi penal d'aquesta activitat delictiva és el concepte d'ordre socioeconòmic com a bé jurídic digne de protecció penal.

El concepte d'ordre socioeconòmic ja va ser objecte d'una aproximació a l'exposició de motius del Projecte de Codi penal de 1980, quan es referia «a la regulació de la producció, la distribució i el consum de béns i serveis de tan elevada importància per al desenvolupament econòmic del país», criteri que no defineix ni precisa els valors que justifiquen la repressió penal de les conductes descrites als tipus penals en qüestió. I el Projecte de 1983, suprimida la referència a l'ordre socioeconòmic, semblava concentrar-se més directament en el delicte d'aquesta naturalesa com a manifestació criminal de l'activitat de l'empresa davant els delictes patrimonials convencionals.

El concepte i l'abast de l'ordre socioeconòmic com a valor fonamental que ha de ser objecte d'una protecció penal ha de situar-se, necessàriament, en la Constitució. En efecte, la Constitució estableix un determinat model d'ordre socioeconòmic, que es troba sota el concepte, amb origen en la Constitució de Weimar, de *constitució econòmica*, que no és res més que «el marc i els principis jurídics de la llei fonamental, que ordenen i regulen el funcionament de l'activitat econòmica» (Martín Retortillo) i que ja va assumir el Tribunal Constitucional (S. 1/82, de 28 de gener) quan va dir: «La Constitució espanyola (CE) de 1978, a diferència del que acostumava a passar amb les constitucions liberals del segle XIX, i de forma semblant al que passa amb les constitucions europees més recents, comprèn diverses normes destinades a proporcionar el marc jurídic fonamental per a l'estructura i el funcionament de l'activitat econòmica; el conjunt de totes aquestes normes forma el que acostuma a denominar-se la constitució econòmica formal. Aquest marc implica que hi ha d'haver uns principis bàsics de l'ordre econòmic que s'han d'aplicar amb caràcter unitari, i aquesta unitat és exigida reiteradament per la Constitució, el preàmbul de la qual garanteix «un ordre econòmic i social just».

Aquest criteri defineix la línia d'un «ordre socioeconòmic», característic de l'*Estat social de dret*, en el qual, per tant, el reconeixement de «la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat» (article 38 CE) com a eix del sistema econòmic està subjecte a un ampli conjunt de prescripcions constitucionals:

2. Vegeu *Investigación y enjuiciamiento de los «delitos de cuello blanco» en el sistema judicial norteamericano*, obra d'Ángeles Gutiérrez Zarza, professora titular de dret processal a la Universitat de Castella-la Manxa.

a) la funció social de la propietat privada (article 33.2) que, tal com sosté de manera encertada Diez Picazo, no només «*preserva* la propietat en un sistema econòmic que segueix sent capitalista» sinó que «origina deures per al propietari en funció d'interessos distints i de l'interès públic general»³ i la subordinació de tota la riquesa del país a l'interès general (article 128.1);

b) la planificació de l'activitat econòmica per atendre les necessitats col·lectives, equilibrar-les i harmonitzar el desenvolupament regional i sectorial, així com estimular el conjunt de la renda i de la riquesa i la distribució més justa d'aquestes (article 131.1);

i c) finalment, per imperatiu de l'article 9.2, el compromís dels poders públics de promoure la igualtat i les llibertats de la ciutadania de manera efectiva i real mitjançant l'eliminació dels obstacles que s'hi oposin.

Així, la Constitució defineix un model social i econòmic, essencialment dinàmic, en aquesta perspectiva, que es tradueix en la funció promocional de l'ordre social que expressen els preceptes constitucionals segons els quals els poders públics han de promoure, garantir i assegurar els drets que s'integren als «principis rectors de la política social i econòmica», que són els drets econòmics, socials i culturals.

Des d'aquest marc fonamental, es pot sostenir que el model econòmic constitucional està configurat per la llibertat econòmica, el nucli de la qual és l'empresa i el mercat (article 38), completat per una ordenació activa de l'activitat econòmica dels poders públics amb l'objectiu de «promoure el progrés [...] de l'economia per assegurar una qualitat de vida digna per a tothom» (preàmbul de la Constitució) que es concreta en els articles 40, 45, 50, 54, 130, 131, etc., preceptes que no busquen altra cosa que equilibrar el desenvolupament econòmic. És a dir, cal reconèixer que l'economia de mercat no només no exclou la intervenció dels poders públics a l'hora de regular-la, sinó que, tal com ha fet explícit la Sentència 88/86 del Tribunal Suprem, d'1 de juliol, el mateix manteniment del mercat i la garantia de la competència imposa aquesta intervenció pública. Així ho reconeix formalment la Llei 3/91, de 10 de gener, reguladora de la competència deslleial, quan es refereix en l'exposició de motius als valors que han quallat en la nostra constitució econòmica i, a continuació, regula específicament les conductes de competència deslleial.

Ens trobem, doncs, davant un sistema d'*ordre socioeconòmic* que el legislador ha d'emparar i protegir de les conductes que el pertorbin de manera greu.

I, sens dubte, des d'aquest punt de partida, aquest règim de convivència i aquest sistema de valors, l'activitat de l'empresa ha de tenir límits punibles i la ciutadania, com a subjecte col·lectiu de drets i necessitats, ha de ser protegida penalment de conductes que, de manera greu, perjudiquin o posin en perill els seus interessos.

La necessitat d'aquestes mesures d'ordre penal per salvaguardar el sistema econòmic constitucional ha generat el que des de fa temps es coneix com a *dret*

3. Vegeu la Sentència 37/87 del Tribunal Constitucional, de 26 de març, sobre utilitat individual i funció social de la propietat privada)

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

penal econòmic, de naturalesa pluriofensiva atès que, com veurem, té tendència a sancionar l'activitat abusiva i fraudulenta dels subjectes més rellevants de l'activitat econòmica, la competència deslleial i les maniobres amb tendència a alterar el mecanisme de formació de preus així que violen les regles essencials del mercat, però, simultàniament, els interessos dels consumidors –part més dèbil en les relacions d'intercanvi– davant de l'activitat il·lícita de subjectes tan qualificats en l'ordre econòmic com ara els empresaris.

El nucli central del dret penal econòmic és la criminalitat de l'empresa o, com l'anomena Schönemann, «els delictes econòmics comesos a partir d'una empresa», d'acord amb un concepte de delicte econòmic definit com «totes les accions punibles que es cometen en el marc de la participació en la vida econòmica o en una connexió estreta amb aquesta participació». Accions que concentren, essencialment, les societats mercantils i en especial les societats anònimes. Ja no es poden ignorar els efectes gravíssims de la delinqüència econòmica sobre el funcionament global del sistema, com ara els que s'han anomenat efectes de ressaca i espiral, sense oblidar el seu efecte corruptor a les instàncies administratives.

En l'estat actual del nostre desenvolupament, ningú no dubta de la pertinència ni de l'eficàcia de les sancions penals en aquest àmbit quan ja des del mateix ordenament jurídic es reclamen solucions correctores, encara que siguin de caràcter administratiu. Així, l'exposició de motius de la Llei de competència deslleial posa de manifest «el perill que la iniciativa empresarial lliure sigui objecte d'abusos que amb freqüència resulten ser greument nocius per al conjunt d'interessos que conflueixen en el sector», al·ludint l'interès d'empresaris, consumidors i del mateix Estat per «mantenir un ordre concurrencial sanejat degudament».

És important tenir en compte, encara que sigui breument, un tret característic d'aquest dret penal.

Amb independència de la plena autonomia del dret penal de l'empresa, en l'aplicació dels criteris propis del Codi penal, és una evidència la relació que té, no tant amb l'economia com amb el dret mercantil i administratiu, i constitueix, sens dubte, normes penals en blanc. Certament, si seleccionem les conductes determinants de la sanció penal, estan plenes d'elements normatius extrapenals que obliguen a conèixer i comprovar normes molt diverses, sense les quals no és possible la incardinació de la conducta en el tipus penal corresponent. Això constata que, en alguns casos, la conducta típica és la traducció en termes penals d'infraccions administratives de gravetat singular, quan a més a més s'ha advertit la manifesta insuficiència de la potestat sancionadora en l'ordre extrapenal. Fins i tot, en diverses ocasions, la norma penal fa referència a un concepte, com ara el de mercat, que ni tan sols està formulat a les lleis mercantils amb gaire precisió.

Però a les lleis vigents ja hi ha prou referències sobre el funcionament del mercat per poder precisar els elements que el defineixen i la raó de la seva protecció penal. La Llei 24/88, de 28 de juliol, del mercat de valors, en regular el funcionament de la Comissió Nacional ja li va atribuir la competència de vetllar per la «transparència», «la correcta formació de preus», i «la protecció dels inversors» (article 13), elements que substancialment són els que posteriorment presideixen la regulació dels actes de competència deslleial.

La Llei de 1991 citada més amunt pretén que el mercat «no sigui falsejat per pràctiques deslleials, susceptibles, eventualment, de pertorbar el funcionament concurrencial del mercat», tant per protegir els «interessos privats dels empresaris en conflicte» com «els interessos col·lectius del consum».

2. SIS PROCEDIMENTS JUDICIALS I LES VACIL·LACIONS DEL CAS ALIERTA

La persecució del delictes econòmic comès des de les posicions de poder més altes és acceptada amb dificultats per l'Administració de justícia, jutges i fiscals, amb les excepcions necessàries. Així resulta de la mostra que s'examina a continuació. És significatiu que, a més de les excessives dilacions i dels reiterats pronunciaments judicials favorables als presumptes responsables, el Ministeri fiscal, en diversos procediments que s'analitzaran, s'alineés, objectivament, amb els imputats i acusats en lloc de servir els interessos generals. L'impuls d'aquests processos va ser possible gràcies a l'exercici de l'acció popular de la ciutadania, qüestió que mereix ser tinguda en compte.

La Constitució va dedicar un precepte a aquesta qüestió. L'article 125 diu així: «Els ciutadans podran exercir l'acció popular i participar en l'Administració de justícia mitjançant la institució del jurat, en la forma i en els processos penals que la llei determini, i en els tribunals consuetudinaris i tradicionals.» Representa la constitucionalització de la facultat de la ciutadania d'intervenir en processos penals i contenciosos administratius on es tracten interessos públics.

Certament, el reconeixement de l'exercici de l'acció popular, en els termes que després veurem, constava ja a la Llei d'enjudiciament criminal. L'article 101 afirma que «l'acció penal és pública. Tots els ciutadans espanyols podran exercir-la d'acord amb les prescripcions de la Llei». Aquesta acció penal pública és la mateixa que posteriorment, a l'article 270 d'aquesta Llei, es denomina «popular». Així ho reitera l'article 19.1 de la Llei orgànica del poder judicial: «Els ciutadans de nacionalitat espanyola poden exercir l'acció popular, en els casos i les formes que estableix la llei», precepte reforçat per l'article 20.3, el qual estableix que «no es poden exigir fiances que per la seva inadequació impedeixin l'exercici de l'acció popular, que és sempre gratuïta» (més endavant veurem com les lleis es permeten proclamacions retòriques inadmissibles).

L'acció popular representa la possibilitat que tots els ciutadans, ofesos o no pel delictes —i amb independència que ho faci o no el Ministeri fiscal— puguin impulsar i obrir un procés i assumir la defensa de l'interès general. És una forma d'autodefensa social davant el delictes però també admesa, encara que no prou, en l'ordre contenciós administratiu.

El reconeixement de l'acció popular, d'inspiració liberal, constituïa, ja des de finals del segle XIX, una forma de desconfiança que el judici penal es confiés exclusivament a una autoritat estatal, al Ministeri fiscal.

L'acció penal, com a forma d'instar la persecució d'un delictes i sol·licitar, si escau, el càstig dels culpables, no és monopoli exclusiu del Ministeri fiscal, tot i

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

que aquesta és la institució que oficialment està obligada a fer-ho per garantir la reacció penal davant la comissió d'un delictes.

L'acció penal té, doncs, titulars diversos: el Ministeri fiscal i la ciutadania. I així l'acció penal es difon en la societat. És coherent amb el fet indiscutible que els delictes afecten de manera generalitzada la societat i han de ser cosa de tota la ciutadania.

Durant el debat parlamentari, l'aleshores diputat Bandrés deia: «és una institució bonica i democràtica que, per cert, no apareix en les legislacions del nostre entorn jurídic cultural».

La proclamació constitucional «fa perceptible l'intent d'ampliar [...] les esferes de participació ciutadana d'un nombre d'àmbits més elevat de la vida social o específicament a aquells en els quals es dilucidessin aspectes d'un interès general sensible».⁴

L'Audiència Nacional ha obert diverses vies per tancar processos per delictes econòmics i evitar que se celebrés un judici oral i, per tant, la pràctica de les proves. La primera concreció d'aquesta estratègia processal, que després analitzarem, ha tingut lloc en la forma en què s'ha arxivat el procés pel presumpte frau fiscal de les «cessions de la nua propietat de crèdits» del Banco Santander. El Tribunal ha obert la via a altres supòsits per deslegitimar l'acció popular o al mateix Ministeri fiscal perquè ha entès que, aquest últim, manca de legitimitat per a la persecució pública de delictes de naturalesa societària en entendre que en els casos que examinarem no ha quedat afectat l'interès general ni es presenta una pluralitat de perjudicats. En altres casos, arxiva investigacions no concloses. I no falten les dificultats creades per l'Audiència Provincial de Madrid per enjudiciar el cas Alierta. La conclusió és que s'està creant un marc processal que garanteix als delinqüents econòmics la impunitat amb el consegüent efecte demolidor del principi d'igualtat de la llei proclamada constitucionalment.

2.1 LES CESSIONS DE CRÈDITS DEL BANC SANTANDER

L'acusació formulada per Iniciativa per Catalunya-Verds en aquest procés (Diligències prèvies 53/92, Jutjat Central d'Instrucció núm. 3) diu el següent:

«Entre els anys 1987 i 1989 el Banc Santander va comercialitzar, juntament amb les seves filials Banca Jover, Banco Comercial Español, Banco Zaragozano i Banco Murcia, un producte conegut com a cessions de la nua propietat de crèdits, dirigit a captar recursos financers. Un dels principals reclams del producte era la seva opacitat fiscal, que es concretava en la inexistència d'obligació de practicar retencions i ingressos a compte sobre els rendiments i, per tant, en la falta d'obligació de comunicar de forma regular, periòdica i generalitzada les dades dels titulars i els imports de la inversió a la Hisenda pública. A tot això s'afegia una bona rendibilitat, per la qual cosa aquest producte va esdevenir ideal per a la inversió de capitals de l'anomenat diner negre.

4. PÉREZ GIL, Julio. *La Acusación popular*. Editorial Comares, pàg. 210.

En aquestes mateixes dates, altres entitats financeres van comercialitzar productes semblants, tot i que la captació de fons per aquesta via per part del Banc Santander va tenir especialment èxit, ja que va arribar a comptabilitzar una quantitat superior als 410.000 milions de pessetes.

Els acusats, el president del Banc Santander i alts directius, van participar al nivell més alt dins de l'estructura del banc en el disseny de l'estratègia i en l'operació que, en un primer moment, es va organitzar per comercialitzar les anomenades cessions de crèdit.

Posteriorment, aquests acusats, juntament amb J. I. U., cap de l'assessoria jurídica, van preparar les directrius a seguir per complir els requeriments d'informació efectuats per l'Agència Tributària amb l'objectiu d'obstaculitzar la seva actuació i facilitar-li dades errònies, incompletes o falses, com veurem més endavant.

La magnitud del moviment de capitals que van suposar les cessions de crèdit i el seu èxit evident entre determinats sectors amb un poder adquisitiu alt no va passar desapercebut als serveis d'inspecció de l'Agència Tributària, que van iniciar una sèrie d'actuacions i procediments en diverses entitats financeres destinats a corroborar l'origen dels fons i a corregir les declaracions impositives presentades pels titulars implicats.

Durant el compliment d'aquests requeriments, de nou va ser el Banc Santander l'entitat més agressiva a l'hora de facilitar, o simular que facilitava, les exigències d'informació de l'Agència Tributària, a diferència del que va passar amb altres entitats que durant les mateixes dates van regularitzar el rendiment de productes similars o, a tot estirar, van recórrer després per la via administrativa i judicial les actuacions i liquidacions formulades pels serveis d'inspecció.

Singularment, el Banc Santander i les seves filials van optar per una actitud més combativa de resistència respecte dels intents de l'Agència Tributària per aclarir les titularitats i regularitzar les situacions tributàries de les persones implicades, fet que s'explica pel gran volum d'actius captats pel Banc Santander i el seu grup a través d'aquest producte i les garanties especials ofertes als clients en comercialitzar-lo per la seva plena opacitat fiscal i l'absència de risc fiscal en la contractació.

En un primer moment, el Banc Santaner es va negar a facilitar a l'Agència Tributària la identitat dels inversors en aquests productes, al·legant la inexistència d'obligació legal que ho fonamentés; posteriorment va lliurar aquestes dades amb retard, de forma parcial, incompleta o errònia, i finalment va arribar, en determinats casos, a facilitar dades falses de persones que no corresponien amb la titularitat real de la inversió.

Però l'actuació dels responsables del Banc Santander i les seves filials no es va aturar aquí, sinó que van arribar fins i tot a falsejar i facilitar documentació als seus clients per tal que pretesament corroboreassin les dades falses facilitades a la Hisenda pública.

La confecció de documentació falsa es va concretar essencialment en dos aspectes:

a) d'una banda, en la substitució dels contractes de cessió de nua propietat de crèdits originàriament subscrits per altres contractes amb les noves identitats de

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

terceres persones que com a simples testaferrós assumien ficticiament la titularitat dels fons invertits per evitar que les veritables titularitats quedessin al descobert;

b) d'altra banda, mitjançant l'elaboració de cartes dirigides als clients, a les quals es mencionava que l'origen dels fons era conseqüència de la liquidació d'inversions anteriors amb la pretensió d'argumentar que el pretès increment de patrimoni fiscalment rellevant corresponia a un exercici prescrit.

L'aplicació d'aquestes mesures d'obstrucció contra les actuacions de l'Agència Tributària va anar *in crescendo* a mesura que les investigacions deixaven cada vegada més clar que el banc disposava de forma sistematitzada de la informació que se li exigia i que es negava a facilitar.

Quan, com a culminació de les nombroses traves posades a la labor inspectora, es va iniciar el procediment de recopilació d'informació per la via del procediment d'execució forçosa, els responsables del Banc Santander van arribar a la convicció que el lliurament o el descobriment de la informació que s'havia volgut ocultar era inevitable i van començar a aplicar l'última fase de la seva estratègia obstructiva: canviar les titularitats i elaborar documentació falsa que avalés les dites titularitats falses per facilitar-la a la Inspecció o perquè la Inspecció la descobrís en el curs d'alguna de les seves actuacions.

Els fets es van classificar com a constitutius de trenta-sis delictes de frau fiscal, per una quantitat total defraudada de 6.091.905,18 euros, i altres delictes de falsedat de documents oficials, segons els articles 349 o 305 i 302-303 o 390-392 del Codi penal.

També va exercir l'acció popular i va formular acusació l'Associació en Defensa d'Inversors i Clients.

La gravetat dels fets i la resistència institucional i que finalment els acusats fossin jutjats és una prova dels condicionaments del poder econòmic sobre el poder judicial i el Ministeri fiscal i la passivitat d'aquests davant aquest desafiament que ha durat catorze anys. Finalment, el desembre de 2006, es va iniciar el judici oral amb les úniques acusacions populars citades i un fiscal que va sol·licitar el sobreseïment lliure de les actuacions per absència d'il·licitud penal dels fets plantejats al Tribunal. El fiscal va ser, doncs, coherent amb la posició que va mantenir durant tot el procés d'alineament amb la defensa dels acusats. És significatiu que aquesta posició s'hagi mantingut sota la direcció del Ministeri fiscal independentment del color del Govern, del PSOE o del Partit Popular.

El Tribunal va coincidir amb l'interès i la posició del Ministeri fiscal i va acceptar per interlocutòria de 20 de desembre de 2006 el sobreseïment lliure de les actuacions i va rebutjar així la legitimitat de les accions populars per admetre que tingués lloc el judici oral, atès que va entendre que no expressaven de manera suficient el principi acusatori. Aquesta decisió va ser molt transcendent atès que, a banda d'impedir un pronunciament judicial definitiu sobre el que es considera el frau fiscal més important de la nostra història, ha representat un cop històric a la institució de l'acusació popular com una de les formes essencials de la participació de la ciutadania en l'Administració de justícia. No en va un eminent jurista ha afirmat que aquesta decisió representa «la davallada de l'acció popular».

La resolució de l'Audiència Nacional, completament favorable als acusats, és sens dubte producte d'una interpretació tan alambinada com tendenciosa de l'article 782.1 de la Llei d'enjudiciament criminal, únic precepte citat pel Ministeri fiscal. Perquè, en efecte, aquí el Ministeri fiscal va sol·licitar, en el tràmit de les qüestions prèvies al judici oral «el sobreseïment lliure de la causa per inexistència d'acusació i absència de principi acusatori», sol·licitud coherent, com ja hem dit, amb la seva actitud durant tot el procés. Sempre va actuar com un defensor més dels imputats. El Tribunal va examinar els antecedents processals del procediment, les decisions de la jutgessa central d'instrucció núm. 3 i la interlocutòria de la Sala Penal de 26 de juny de 2003 que va determinar la continuïtat de la causa fins que se celebrés el judici oral. I a continuació va analitzar els efectes de la reforma de la Llei d'enjudiciament criminal per la Llei 38/2002, de 24 d'octubre, que va entrar en vigor el 28 d'abril de 2003, abans, doncs, que la jutgessa instructora acordés per providència de 27 de maig de 2004 el trasllat a les parts perquè sol·licitessin l'obertura de judici oral o el sobreseïment i de la interlocutòria de 6 d'octubre de 2004 per la qual s'acorda l'obertura del judici oral «només a instància de l'acusació popular».

El Tribunal, en un raonament completament esbiaixat i parcial de la llei, va dur a terme una interpretació literal i restrictiva del concepte d'acusació particular. En efecte, l'article 782.1 diu: «Si el Ministeri fiscal sol·licités el sobreseïment de la causa i no s'hagués personat com a acusador particular disposat a sostenir l'acusació, abans d'acordar el sobreseïment [...]» el jutge d'Instrucció té dues alternatives: o remetre la causa al superior jeràrquic del fiscal, opció que en aquest cas era inaplicable atesa la continuïtat i fermesa de la fiscalia en aquest assumpte, o fer arribar la pretensió del Ministeri fiscal a les persones «directament ofeses o als perjudicats coneguts [...]» opció també inaplicable perquè, en efecte, en aquesta causa no s'havia personat cap perjudicat, ni tan sols el representant de l'Estat com a titular dels interessos públics que sempre resulten perjudicats per un frau fiscal.

Però en els preceptes següents de la dita Llei relatius al «judici oral i la sentència» torna a utilitzar-se el terme, molt més ampli i extensiu, de «parts» (articles 785.1, paràgraf primer, 787.3, 789.2 i 791.2, paràgraf segon, i 794, 1a, paràgraf segon). La Llei segueix utilitzant termes molt més omnicomprendius com ara «l'acusació», «parts acusadores», «totes les acusacions», «advocats de l'acusació» (article 788) o, senzillament, «acusacions» (article 789.3). La debilitat argumental esdevé màxima quan s'utilitza com a fonament de la decisió presa una esmena de CiU durant la tramitació parlamentària de la dita Llei de 2002. I adquireix el seu veritable sentit quan entén que aquesta llei, en la mesura que «reforça el principi acusatori i el paper del Ministeri públic», evita col·locar «l'acusador popular en un pla d'igualtat amb el Ministeri fiscal» i, en conseqüència, rebutja la continuïtat del judici oral i menysprea les accions populars que, en aquest cas, eren els vertaders valedors dels interessos col·lectius abandonats per aquella institució per raons que només es poden considerar aberrants o espúries.

És significatiu que davant d'aquesta decisió judicial i de la pregunta formulada al Congrés dels Diputats pel diputat Joan Herrera, el Govern hagi reiterat que, en aquest cas, «el Ministeri de Justícia en cap moment ha rebut pressió o suggeriments».

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

ments sobre el cas en qüestió, ni de les parts ni de cap grup o corporació», que el Govern no ha dirigit al Ministeri públic «ni una instrucció ni un suggeriment sobre aquest assumpte» i conclou destacant «la total independència de l'actuació processal de la fiscalia respecte del Govern» i que «l'*abandonament* de l'acusació tant per part del Ministeri públic com per part de l'advocacia de l'Estat obeïa exclusivament [...] a raonaments exclusivament tècnics i jurídics».

Però faltava la decisió final, la Sentència núm. 1045/2007, de 17 de desembre, de la Sala Segona del Tribunal Suprem, que va confirmar la interlocutòria de l'Audiència Nacional, amb una rigorosa fractura de la majoria expressada en tres vots particulars contraris a l'acord majoritari. El Tribunal Suprem reitera i aprofundeix en els arguments ja exposats a la resolució de sobreseïment que manquen del fonament legal que es pretén. Sobretot quan pretén convèncer que l'acció popular perjudica el que denomina «principi de celeritat» del procediment abreuja i el dret de defensa. Però crida l'atenció que el Tribunal Suprem, per justificar la posició del Ministeri fiscal en el procés, sostingui que «la confiança en les institucions constitucionals és un punt de partida interpretatiu bàsic» i que «la Constitució ha posat a les mans del Ministeri fiscal a l'article 124 una missió que, per si mateixa, expressa la confiança institucional dipositada en aquest Ministeri». «És perfectament plausible —continua— que quan l'òrgan que té per missió promoure l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la llei considera que la causa ha de ser sobreseguda perquè els fets no constitueixen delictes, el legislador no hagi volgut conferir a l'acció popular un dret superior al de les altres parts conjuntament considerades» (fonament jurídic 11).

La resposta contundent a aquest criteri està continguda en el vot particular del magistrat Andrés Ibáñez: «El model d'Estat constitucional de dret, al qual respon l'Estat espanyol actual, no parteix d'un principi (a parer meu inexistent) de confiança en les institucions, sinó, al contrari, d'un principi de desconfiança davant qualsevol exercici de poder [...]». «Per això, i en l'assumpte que ens ocupa, la incorporació de l'acció popular a la nostra ordenació és una manifestació eloqüent d'aquesta desconfiança sana, en aquest cas davant el fiscal, al qual, si fos d'una altra manera, no s'hauria escatimat el monopoli de la iniciativa de la persecució en el camp penal.» I conclou: «I, del seu rendiment, en parla tota una nodrida fenomenologia empírica, històrica i actual, acreditativa de la tan demostrada com indesitjable exposició universal i permeabilitat del Ministeri públic a les suggestions i contingències de la política, en perjudici de la (que hauria de ser) exclusiva subjecció a la legalitat». Sobretot en casos com aquest procés, en què «advocat de l'Estat i Ministeri públic operen dins i en la proximitat de l'executiu», per, finalment, afirmar que l'acord de la majoria «produeix el demolidor efecte *deconstructiu* de l'ordre jurídic (el processal, en aquest cas) com a sistema treballósament elaborat». Sens dubte, la personalitat dels acusats ha generat una conjuntura processal singular en la qual «l'advocat de l'Estat (del Govern del PSOE, l'afegit és meu) ha aconseguit embolicar la troca del transvestisme jurídic, passant de part acusadora que defensa els interessos de l'Estat contra un frau fiscal que depassa els vuitanta milions d'euros, a convertir-se en advocat defensor dels qui... resulten imputats com a autors del presumpte frau».

2.2 L'ABSOLUCIÓ DEL PRESIDENT DEL BANC SANTANDER I D'ALTRES PEL CAS DE LA CONCESSIÓ D'ELEVADÍSSIMES INDEMNITZACIONS

Aquests són, parcialment, els termes en els quals es descriuen les conductes que van ser objecte d'acusació popular, ja que el Ministeri fiscal es va alinear també amb les tesis dels acusats.⁵ L'objecte de l'acusació i de la sentència van ser les indemnitzacions pactades entre el president del banc i dos alts directius amb motiu del cessament d'aquests dos últims en el BSCH, després de la fusió del Santander i el Central Hispano. L'acusació era per un delicte d'administració deslleial de l'article 295 del Codi penal.

5. El 28 d'agost de 2001 es va dur a terme el pagament del bo per part del banc a J. M. A. La mateixa entitat bancària va certificar el pagament per un import de 7.279.387.500 pessetes (set mil dos-cents setanta-nou milions, tres-cents vuitanta-set mil cinc-cents pessetes). Aquesta quantitat de diners estava sotmesa a tributació, per la qual cosa, una vegada descomptada la retenció del 48% en concepte d'impost sobre la renda de persones físiques, la quantitat neta percebuda va ser de 3.785.281.500 pessetes (tres mil set-cents vuitanta-cinc milions, dues-cents vuitanta-una mil cinc-cents pessetes). Des d'aquesta data, el Banco Santander Central Hispano també abona la pensió anual de jubilació de J. M. A., que correspon a un quantitat superior als 7.000.000 d'euros». «[...] A més a més, A. C. va rebre la quantitat neta total de 56.254.732,98 euros (cinquanta-sis milions dos-cents cinquanta-quatre mil set-cents trenta-dos euros amb noranta-vuit cèntims), corresponents als drets derivats a l'estipulació quarta del contracte de 19 d'abril de 1999 i a la novena de l'addenda de 14 d'agost de 2001, que es desglossen de la manera següent:

- import brut 108.182.178, 78 euros
- retenció d'IRPF 51.927.445, 80 euros
- import net 56.254.732, 98 euros.

El raonament jurídic va ser el següent:

En aquest sentit, l'article 133 de la Llei de societats anònimes estableix la responsabilitat dels administradors, el 134 regula l'acció social de responsabilitat i el 135 l'acció individual de responsabilitat, que correspon als socis o a tercers per actes dels administradors que perjudiquin directament els seus interessos, sense que consti que els acusadors hagin exercit cap d'aquestes accions en via civil.

El deure de lleialtat es viola si s'incompleix algun d'aquests tres principis d'actuació:

- a) El deure de transparència.
- b) L'observança d'un procediment que elimini els abusos en els conflictes d'interessos.
- c) La inobservança de l'equitat en l'actuació de l'administrador.

5. Procediment abreujat 352/2002, Jutjat Central d'Instrucció núm. 3. Sentència dictada per la Secció Tercera de la Sala Penal de l'Audiència Nacional el 13 d'abril de 2005.

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

3. En aquest sentit, ni la llei ni els codis de bon govern no estableixen límits a la quantia de les retribucions pactades a l'empària de l'autonomia de la voluntat en una economia de mercat, sinó que assenyalen pautes de comportament orientades a fer possible la contractació de persones competents i idònies, en funció de la rellevància dels seus serveis i dels rendiments.

Les directrius per fixar les retribucions no es troben a la Llei de societats anònimes, ni tan sols a l'article 37.4 dels estatuts de la societat, i això és lògic perquè en definitiva estem davant d'una funció que ha de ser exercida per qui està especialment qualificat per fer-ho; la seva retribució ha de ser fixada en funció dels postulats del mercat. Segons el principi de la llibertat d'empresa, si és possible es contracta els millors professionals, que, al seu torn, perceben retribucions molt elevades per desenvolupar la seva funció. I en aquest punt, el tribunal, i molt menys un tribunal penal, no pot suplir els mecanismes de funcionament del mercat financer. Els criteris per fixar aquestes remuneracions els ha d'establir qui contracta, és a dir, el mateix Consell d'Administració que, una vegada definides les necessitats de l'empresa, busca l'alt executiu que pugui dur-les a terme amb eficàcia i amb èxit. Des d'aquest punt de vista, es tindran en compte la qualificació professional de l'alt executiu a qui es paga, la responsabilitat que se li atribueix, el risc que assumeix amb la seva tasca, el volum de negocis, la complexitat de les tasques que ha de dur a terme, els beneficis que aporta la seva gestió, la dificultat de la seva tasca, etc. De l'èxit de la gestió de l'alt executiu dependrà, en definitiva, l'obtenció de benefici per l'entitat i el benefici de l'accionista.»

El fonament jurídic anterior és mereixedor d'una crítica rotunda. En primer lloc, revela una considerable ignorància de les matèries que tracta. Perquè, què tenen a veure la «llibertat d'empresa» i el «mercado financer» amb els pactes retributius que són objecte del procés? En tot cas, la sentència desprèn una acceptació absolutament acrítica del mercat, pel que sembla d'un mercat ideal, en el qual és absent tota dimensió social. En aquest sentit, deu haver satisfet tots els que propugnen una completa liberalització del sistema econòmic sense interferències públiques de cap mena.

Però el raonament conté dues precisions que exigeixen una crítica més específica. Diu el Tribunal que el deure de lleialtat dels administradors es mesura, entre altres paràmetres, per l'*observança de l'equitat* en l'exercici de les seves funcions. L'equitat, a més d'altres possibles interpretacions, vol dir ponderació, moderació per atenuar i mitigar el contingut extrem i possiblement injust de certes decisions.

L'equitat és, a més, un concepte legal que ha de presidir, al costat d'altres, la interpretació que facin els jutges de les normes jurídiques, segons s'estableix a l'article 3.2 del Codi civil. És senzillament inacceptable que un tribunal, aquest Tribunal, en el context socioeconòmic en què vivim, reconegui que els acusats van respectar les exigències de l'equitat quan van acordar aquestes elevadíssimes indemnitzacions. Però és encara més greu que el Tribunal no hagi fet ús de l'equitat per «ponderar» la valoració d'aquests pactes. El Tribunal afegeix, a més, que no forma part de les seves funcions «suplir els mecanismes del mercat financer». Però sí que està legitimat –és més, hi està obligat– a analitzar més rigorosament i sancionar els abusos que es cometen en això que denomina «mercado financer».

El Tribunal Suprem, per sentència de 17 de juliol de 2006 (núm. 841/2006) confirma tot això reiterant els arguments ja exposats. Per això, manté que en l'àmbit del «món empresarial de l'empresa privada» els delictes societaris, és a dir, «els comportaments contraris a la bona marxa de la societat» exigeixen l'existència d'un «perjudici», i afegeix els arguments següents:

1. En matèria de retribucions, premis o gratificacions a directius de societats amb implantació internacional i altres tipus de professionals d'alta qualificació social (entre els quals s'inclouen comunicadors, artistes o esportistes), el mercat és el que fixa les seves altíssimes retribucions, les xifres de les quals estem acostumats a veure als mitjans de comunicació social, i són producte dels beneficis que reporten a les empreses a què dediquen els seus esforços professionals.

2. Els acords que es produeixen en aquest àmbit restringit es regeixen per l'absoluta llibertat de mercat, sempre que aquests pactes contractuals s'instrumentalitzin en clàusules que siguin conegudes i aprovades pels òrgans de govern de les societats mercantils on es concerten, i siguin adequadament fiscalitzades pels òrgans de control –interns o públics– i, per descomptat, aprovats per la junta general d'accionistes, com a màxim òrgan de govern de qualsevol societat. En definitiva, transparència i aprovació social són elements que impediran l'actuació del dret penal en matèria de retribucions a directius.

3. En suma, en aquesta matèria (com en moltes d'altres), els aspectes ètics, els lícits i els punibles són punts concèntrics de qualsevol enjudiciament criminal. El Tribunal Penal no pot traspasar els límits del cercle més petit, independentment de la seva opinió personal sobre aquest tema.

Una vegada més, un tribunal, en nom de l'ètica, eludeix adoptar pronunciaments condemnatoris amb arguments que revelen una concepció profundament conservadora i reaccionària de les relacions econòmiques i del mateix concepte d'economia de mercat.

En primer lloc, sorprèn que s'apel·li com a fonament de la licitud de les conductes enjudiciades «l'absoluta llibertat del mercat», apreciació que supera amb escreix les tesis més neoliberals sobre les relacions econòmiques i que, sens dubte, no s'ajusten a les previsions constitucionals sobre l'abast i els límits de l'economia de mercat. Des d'aquesta perspectiva manté que no hi va haver un «exercici abusiu de les facultats de l'administrador», perquè la conducta dispositiva, consistent en el pagament de les altíssimes indemnitzacions ja esmentades, no va generar perjudici patrimonial apreciable, ja que la finalitat de l'operació justifica la reducció patrimonial que van representar les indemnitzacions atorgades. I finalment, considera que no hi ha hagut «desproporció» en la concessió d'aquestes indemnitzacions amb un argument que reflecteix a la perfecció la desregulació dominant al mercat en determinades matèries on els interessos econòmics substitueixen les previsions jurídiques: «l respecte a la desproporció invocada, que també al·leguen els recurrents, posem de manifest que en aquesta matèria no hi ha uns límits legals, ni convencionals, ni estatutaris (cap dels quals no ha estat esgrrimit pels autors dels respectius retrets cassacionals). El Banc d'Espanya, com

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

a entitat pública que supervisa i inspecciona l'activitat bancària, té competència per fixar límits orientatius a aquest tipus de percepcions multimilionàries que poden repugnar socialment, però el cert és que aquestes limitacions no existeixen, ni tan sols les orientatives, i nosaltres no podem interpretar el dret penal en contra del reu. La desproporció ha de ponderar-se en funció d'uns paràmetres legalment o convencionalment encunyats, però atès que no existeix en aquesta matèria, no podem pronunciar-nos sobre la proporció o desproporció que ens demanen els recurrents. És el mercat el que marca les circumstàncies concurrents en un cercle molt reduït de professionals (financers, esportistes, artistes, comunicadors, etc.), que perceben retribucions multimilionàries, avui dia al marge del dret penal.»

2.3 ELS COMPTES SECRETS DEL BBV I EL CAS ABENGOA

La nova via trobada per l'Audiència Nacional per decidir arxivar una causa per delictes econòmics, quan no hi ha accions populars, és directament al pol oposat de la confiança que exigia el Tribunal Suprem en la institució del Ministeri fiscal en el cas Santander, la deslegitimació d'aquest com a titular de l'acció penal pública i l'expressió del principi acusatori. Així ho ha fet l'Audiència Nacional a les diligències prèvies 251/2002 del Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 que es van incoar quan es va saber que l'entitat BBV va mantenir des de 1987 fons clandestins en comptes domiciliats a l'illa de Jersey, al marge del control comptable i dels òrgans de govern de l'entitat i del Banc d'Espanya, operació que va cessar quan va ser descoberta la maniobra enganyosa i defraudadora després de la fusió amb Argentaria. Aquests fons, en un primer moment s'elevaven a 37.343.000.000 pessetes, és a dir, una xifra altíssima, amb independència de l'elevat i molt superior patrimoni de l'entitat. El fiscal, en aquest cas, va iniciar el procés i va mantenir l'acusació per delicte societari, concretament pel delicte de falsedat comptable de l'article 290 del Codi penal. Com és sabut, els delictes societaris estan subjectes a una condició de perseguibilitat com és la «denúncia de la persona ofesa o del seu representant legal». Però, segons l'article 296.2 del Codi penal «no és precisa la denúncia exigida en l'apartat anterior quan la comissió del delicte afecti els interessos generals o una pluralitat de persones». En aquests casos el delicte és perseguible d'ofici com a delicte plenament públic i el fiscal no només està legitimat sinó que està obligat a actuar com ho faria davant de qualsevol altre delicte de la mateixa naturalesa.

En aquest cas, el fiscal va impulsar l'obertura del procés i el jutge central d'Instrucció el va iniciar, amb intervenció regular de la Sala Penal de l'Audiència Nacional en la resolució de múltiples recursos, sense que mai es plantegés ni per les parts ni pel Tribunal la legitimitat acusatòria del fiscal ni la improcedència del procés. Finalment, el fiscal va acusar pel delicte ja esmentat. Els fets tenien una rellevància i una gravetat molt especials, ja que el grup bancari era el segon del país i operava en un territori qualificat per la nostra ordenació com a paradís fiscal. Ens trobàvem davant d'un supòsit en què manifestament es presentava el perjudici cap a una «pluralitat de persones» ja que, mes enllà de disquisicions jurídiques irrelevantes, la persona jurídica BBV, com a societat anònima, està constituïda per

un nombre rellevant de persones com ara els accionistes i altres terceres persones. I, igualment, la conducta descrita és evident que afectava els «interessos generals», ja que resulta igualment evident l'afectació del mercat financer i la seva credibilitat nacional i internacional quan el segon grup bancari del país desviava fons socials d'extraordinària magnitud –els fets es van iniciar el 1987– que van afectar interessos supraindividuals, inclòs l'erari públic, ja que els administradors van ocultar els fons esmentats a l'Administració tributària –aquests fons no van tributar en absolut– i al Banc d'Espanya. Difícilment es podrà trobar un cas en què més legitimada estigui l'actuació acusatòria del Ministeri fiscal. Però ara el Jutjat Central Penal, per interlocutòria de 12 de març de 2007, en nom del «principi d'intervenció mínima del dret penal» rebutja la tesi de l'acusació de la Fiscalia Anticorrupció perquè entén que fa «una interpretació extensiva en contra del reu» de l'article 296.2 del Codi penal, ja que li retreu la seva posició processal en termes excepcionalment durs. I sens dubte rebutja que la conducta dels administradors del BBV hagi afectat els interessos generals en els termes següents: «Si reprenem el concepte d'*interessos generals* i l'enfoquem cap a l'economia nacional sembla si més no excessiu que pugui considerar-se que els actes relatats pel Ministeri fiscal afectessin l'estructura financera del país per ser especialment intensos i greus i que perjudiquessin econòmicament un gran nombre de ciutadans o, més correctament, per ser delictes de mera activitat que els actes dels acusats, ometent assentaments comptables, possessin en risc, ni més ni menys, que l'estructura econòmica i financera de la nació o que poguessin fer córrer un risc econòmicament valorable a una infinitat de ciutadans encara que ni tan sols no fossin persones relacionades directament o indirectament amb el BBVA.»

Aquesta argumentació expressa l'accentuació del procés de privatització del procés penal, equivalent a l'admissió com a lícites de qualsevol actuació del poder financer, des d'un concepte absolutament restringit i estricte de l'economia nacional que impedeix la persecució dels comportaments il·lícits i punibles del poder econòmic. La Sala Penal de l'Audiència Nacional, mitjançant interlocutòria del 7 de maig del 2007, en aquest cas amb una pressa insòlita, va rebutjar el recurs del fiscal i va confirmar, per tant, l'arxivament del procediment amb una declaració insòlita: «La nul·litat de ple dret del procediment seguit al Jutjat Central d'Instrucció núm. 5». És a dir, arriben a la conclusió que el procediment va ser indegudament incoat, indegudament tramitat i que tota la conducta dels administradors del BBV no justificava en absolut cap investigació penal. Enlloc no trobareu més protecció per part dels tribunals de representants significats del poder econòmic.

En el cas Abengoa, SA la solució ha estat idèntica a l'anterior.

Les diligències prèvies 305/2003 del Jutjat Central d'Instrucció núm. 4 s'incoen per querella del Ministeri fiscal, fonamentada en la denúncia formulada per la Comissió Nacional del Mercat de Valors el 6 de febrer de 2003. L'Audiència Nacional va acceptar la competència perquè coneixia aquests fets, com els anteriors, per la greu repercussió que van tenir en el tràfic mercantil i pel perjudici patrimonial a un gran nombre de persones. En resum, a l'escrit d'acusació el fiscal deia el següent: els acusats, entre els quals hi havia els membres del Consell d'Administració de la societat esmentada, van planificar «el 9 d'octubre de 2000

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

l'adquisició del 3,72% de les accions de l'operadora de telefonia mòbil Xfera Mòviles, SA, mitjançant la mediació gens casual de la [...] mercantil Inversión Corporativa IC, SA, de la qual els acusats eren, al seu torn i respectivament, conseller delegat, president i consellers». «[...] La interposició d'IC com a fiduciària o simple inversor temporal tenia per objectiu, a banda d'un pretès silenci estratègic davant els competidors, evitar que Abengoa SA assumís els riscos que poguessin derivar de l'aportació d'aval i de contribució efectiva als desemborsaments de capital; [...] A canvi —i per la sola voluntat dels acusats— IC rebria una contraprestació econòmica gens despreciable.» Després de diverses operacions econòmiques, els acusats, «en clara ruptura de la fidelitat deguda a la mercantil Abengoa, SA, amb l'únic objectiu d'obtenir un benefici per a la mercantil Inversión Corporativa IC, SA, i valent-se de la doble condició d'administradors d'ambdues mercantils, [...] no només van executar una operació estrepitosament allunyada del risc de pèrdua admissible en tota gestió empresarial, sinó que van ser del tot conscients que el valor assignat pel mercat al paquet d'accions d'Xfera era de zero, en el millor dels casos, fet que ocasionaria un perjudici patrimonial no inferior a vint-i-cinc milions d'euros.» El Jutjat Central Penal, mitjançant interlocutòria de 25 de gener de 2007, confirmada per la Sala Penal de l'Audiència Nacional el 15 de març següent (seguim amb unes presses desconegudes a l'Administració de justícia i particularment a l'Audiència Nacional), va acordar i reiterar amb els mateixos arguments ja exposats en la resolució judicial anterior «declarar nul de ple dret el procediment seguit davant del Jutjat d'Instrucció núm. 4».

2.4 EL CAS DELS FONS DE PENSIONS DELS CONSELLERS DEL BBV

Procediment abreujat 23/03 del Jutjat Central d'Instrucció núm. 5

El 25 de novembre de 2005, l'Audiència Nacional va dictar una sentència en què condemnava l'expresident del BBV per un delictes d'apropiació indeguda de 508.042.965 pessetes a la moderadíssima pena de sis mesos de presó i una multa. Segons la sentència, després de la fusió del banc que presidia amb Argentaria, va acordar compensar econòmicament els consellers (exactament vint) i altres alts càrrecs del BBV que, a parer seu, havien sofert una disminució de les seves retribucions de resultes d'aquella operació. La sentència, entre altres coses, diu així: «El senyor E. Y. Ch. [...] va decidir constituir a favor seu i a favor dels [consellers] que provenien del BBV uns fons d'inversió o plans de pensions amb la firma American Life Insurance Co. –Alico– amb seu a Wilmington, estat de Delaware, als Estats Units. [...] Amb aquesta finalitat, va pensar procedir a la compensació econòmica a través dels fons propietat del BBV existents a l'illa de Jersey. [...] Aquests fons provenien del Trust 532 que es va constituir per rebre els beneficis de la compra d'accions d'Argentaria per part del BBV en anys anteriors, compra que va obtenir una importantíssima plusvàlua a favor del BBV, que es va ingressar a la filial que el BBV tenia a Jersey, denominada BBV Privanza Bank, de manera que es va crear amb aquesta finalitat una societat, de nom Sharrington, encarregada de gestionar el Trust 532 [...]». Per fer-ho va recórrer als fons esmentats, que naturalment no es van reflectir

tir en la comptabilitat oficial. En va disposar per concertar aquells «fons d'inversió o plans de pensions» amb la companyia d'assegurances nord-americana Alico, i tots els consellers van subscriure els contractes corresponents en els mateixos termes que l'expresident, la qual cosa permetia acusar-los i enjudiciar-los a tots amb fonament. Però, finalment, només van ser acusats, a banda de l'expresident, dos consellers als quals el Tribunal ha absolt amb el fonament que exposem a continuació.

Durant la instrucció de la causa, el jutge central d'Instrucció núm. 5 i l'Audiència Nacional van rebutjar que fossin acusats dinou consellers del BBV i es va acordar el sobreseïment lliure per a tots ells, que, d'aquesta manera, van quedar apartats del procés. Entre aquests consellers hi havia noms il·lustres de les finances espanyoles. Ara, el Tribunal que ha enjudiciat els fets critica el tracte processal beneficiós que es va donar a aquells consellers que, segons el seu criteri, havien d'haver estat, com Y., sotmesos a judici. Però, de manera inconcebible, se serveix d'aquestes resolucions favorables a aquells consellers per absoldre els que estaven acusats dels mateixos fets i pel mateix delictes que l'expresident. L'argument, certament inaudit, és el següent:

El principi d'igualtat davant de la Llei [...] protegeix de diferències arbitràries de tracte en resolucions judicials i evita el caprici, el favoritisme o l'arbitrarietat de l'òrgan judicial», i s'afegeix que ara una condemna donaria lloc a «una discriminació en l'aplicació de la Llei.

La pregunta és evident: Quin dels tribunals va obrar amb arbitrarietat i va expressar un autèntic tracte de favor? Aparentment tots, perquè tots han contribuït a la total impunitat de les conductes delictives d'una vintena de consellers del BBV. El principi d'igualtat davant de la Llei, en lloc de ser aplicat per reparar la legalitat que es proclama vulnerada, ha servit per ampliar la impunitat. És una sentència, un procés, que expressa, com pocs, la debilitat –només la debilitat?– del poder judicial davant del poder econòmic.

Però el Tribunal Suprem ha anat encara més lluny. La Sala Segona, per sentència de 14 de novembre de 2006, va absoldre també l'expresident. A més d'insistir en els arguments ja exposats per l'Audiència Nacional, duu a terme unes disquisicions sobre l'abast de l'expressió «distreure diners» per afegir que l'expresident, a diferència del criteri de l'Audiència Nacional, va obrar dins dels límits dels poders de què disposava sense contravenir ni la llei ni els acords del Consell d'Administració. I, finalment, resol de forma veritablement escandalosa la qüestió relativa a l'origen dels fons amb què es van constituir els fons de pensions. Reconeix que ha disposat «d'un fons extracomptable» i afirma que «s'ignora que d'aquest mateix fet n'hagi derivat algun perjudici per al banc». Arriba, doncs, a admetre com a lícit que una entitat de crèdit no només pugui desplaçar part del seu patrimoni a comptes numerats domiciliats en paradisos fiscals sinó que pugui no reflectir aquest desplaçament en la comptabilitat, fet que significa atorgar cobertura jurídica als moviments de fons dels quals no saben res ni la junta d'accionistes com a màxim òrgan de govern de la societat ni les mateixes autoritats monetàries com el Banc d'Espanya. És més, arriba a l'extrem d'entendre que,

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

encara que «els fons no estaven comptabilitzats no procedien del patrimoni del banc». En conseqüència, no hi va haver distracció de diners.

Tota l'argumentació ignora la funció dels comptes anuals i de la comptabilitat en el funcionament de les societats mercantils en el sentit que «han de redactar-se amb claredat i mostrar la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'empresa» (article 34.1 i 2 de la Llei de societats anònimes). Però ignora, a posta, la significació negativa dels paradisos fiscals en l'economia nacional i en les economies internacionals, ja que són instrument per al buidament de les bases imposables i, en conseqüència, generadors d'inequitat i d'injustícia en el sistema fiscal.

2.5 EL CAS ERCROS-ERTOIL

Diligències prèvies 263/1999, Jutjat Central d'Instrucció núm. 3

El procediment s'inicia per una denúncia de la Fiscalia Anticorrupció, que va fer seva la denúncia presentada prèviament pel partit Nueva Izquierda.

En aquest cas ens trobem davant d'un altre supòsit que té dues fases molt diferenciades. La primera té com a objectiu impedir tant sí com no que P., aleshores ministre del Govern del PP, declari com a imputat malgrat haver-hi indicis que ho justifiquen àmpliament. Per això, el fiscal general de l'Estat, Jesús Cardenal, decideix exercir un control ferri sobre l'actuació de la Fiscalia Anticorrupció en aquest procediment i li impedeix adoptar cap iniciativa sense el seu consentiment i, en efecte, prohibeix la sol·licitud de certes diligències per d'aclarir els fets. Però quins van ser els fets?

En resum, són aquests. El 1989, es va constituir la societat Ercros, SA. P. és des d'aquesta data un alt càrrec de la societat, director general d'Estratègia Corporativa, autor del Pla estratègic de la companyia, conseller i, des del 27 de setembre de 1989, membre de la Comissió Executiva. Va cessar en el Consell d'Administració el 10 d'octubre de 1991. Durant aquest període es van prendre decisions de gran transcendència, com ara desprendre's de la filial Ertoil, SA. Per fer-ho, es van emprendre negociacions que van culminar amb la venda d'aquesta societat a la petroliera Elf, amb la intermediació de la societat General Mediterranean Holding, SA (GMH), pel preu de 41.400 milions de pessetes. Segons consta a l'informe del fiscal del Tribunal Suprem, P. va participar en set consells d'administració durant el 1989, en tres el 1990 (en els quals es va decidir i concretar la venda) i en el del 22 de gener de 1991, en el qual es va comunicar la conclusió de l'operació. El 18 de juliol de 1991, P. va comparèixer davant de notari per protocolitzar els acords ja tancats. La Junta de Fiscals del Tribunal Suprem, el juny de 2001, va acordar per deu vots contra dos sol·licitar que el Tribunal Suprem assumís la competència per continuar el procés i que P. declarés com a imputat.

Els fets presumptivament delictius, essencialment, són dos. La distracció de 18.300 milions de pessetes del preu anticipat per la venda d'Ertoil i la distracció i el repartiment de 9.970 milions del preu de la venda que no es van ingressar a la caixa d'Ercros. Raons més que suficients per plantejar la imputació de P., cosa

que, amb diverses estratagemes, va impedir el fiscal general de l'Estat, davant de la passivitat, tot cal dir-lo, de la jutgessa d'instrucció. En dates posteriors, el juliol de 1992, P. va assumir la presidència d'Ercros. Naturalment, aquesta situació va afectar molt negativament el curs de la causa, ja que va ser l'únic conseller executiu que no va declarar com a imputat. Va ser un bloqueig perfectament calculat pel PP i el fiscal general, conscients que evitaven que el procés tirés endavant. I, naturalment, ho van aconseguir.

La jutgessa va acordar arxivar la causa el 7 de gener de 2004 i l'Audiència Nacional ho va ratificar el 28 de juliol de 2004. La resolució es caracteritza per la parquedat i l'absència de fonaments sòlids. En primer lloc, descriu els fets i admet el pagament per la societat GMH de diverses comissions com a conseqüència de la seva intermediació en la venda d'Ertoil, SA. Admet, igualment, que «Ercros, SA no ha aportat part de la documentació que se li va requerir per conèixer la destinació de les quantitats esmentades (concretament la destinació de les comissions) sense que consti a les interlocutòries l'existència de causa-efecte entre la compra-venda d'Ertoil, SA i la suspensió de pagaments d'aquesta societat, amb perjudici als accionistes, als creditors i a l'erari públic [...]». I, finalment, sense més arguments, conclou que «hi ha insuficiència d'elements incriminatoris i es tanca la investigació [...]». Assumpte resolt, com a expressió objectiva de la capacitat del poder polític i dels tribunals per protegir, objectivament, els qui ocupen posicions privilegiades. Però la reacció institucional no es va acabar aquí. El fiscal general va sotmetre el fiscal del Tribunal Suprem que coneixia la causa i va associar la imputació de P. a una vertadera persecució professional, incloses desqualificacions personals, i el va retirar de la causa, entre altres mesures en l'àmbit funcional que només es podien entendre com a veritables represàlies.

2.6 EL CAS ALIERTA

Diligències prèvies 7721/02, Jutjat d'Instrucció núm. 32 de Madrid

El procediment s'inicia per una querella de l'Associació d'Usuaris de Banca i Borsa (AUGE). És important destacar que, una vegada va ser admesa a tràmit, el jutge va fixar una fiança per raó de les responsabilitats pecuniàries de 4.950.000 euros. Així comença l'escrit d'acusació formulat pel Ministeri fiscal l'11 de juliol de 2005:

L'acusat C. A. I. [també estava acusat L. J. P.] es va valer l'any 1997 del seu càrrec de president del Consell d'Administració de la societat estatal Tabacalera, SA per tal de, mitjançant l'adquisició d'accions d'aquesta societat, aprofitar en benefici propi certa informació reservada a la qual no només havia tingut accés directe per raó de la seva activitat empresarial sinó que havia contribuït a generar-la de manera decisiva, conscient que, una vegada feta pública, elevaria la cotització de les accions de la companyia, com així va succeir. Això li va permetre obtenir un guany de 309.931.590 de pessetes i va perjudicar greument els interessos generals, en vulnerar tant la confiança dels operadors econòmics en la transparència i el correcte fun-

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO

cionament del mercat de valors, com el principi d'igualtat d'oportunitats de tots els inversors i operadors en borsa. Els fets rellevants per a la cotització de les accions de Tabacalera, SA, coneixement que va utilitzar il·lícitament l'acusat, van ser l'adquisició dels principals actius d'Havatampa, Inc. i l'augment del preu de les labors del tabac.

A continuació, l'escrit descriu les operacions mercantils desenvolupades per obtenir el benefici il·lícit i qualifica els fets com un delictes d'ús d'informació privilegiada dels articles 285 i 286-3r del Codi penal. El jutge d'instrucció va declarar obert el judici oral el 23 d'agost de 2005. Però el procés va ser alterat perquè la Secció Sisena de l'Audiència Provincial de Madrid va acceptar un recurs dels acusats i va acordar, mitjançant interlocutòria de 2 de novembre de 2005, anticipant-se al moment processal oportú, arxivar les actuacions perquè considerava que el delictes havia prescrit. És significatiu que l'argument fonamental coincideixi amb les tesis que va mantenir al seu dia el fiscal general de l'Estat (13 de desembre de 2002) d'oposar-se a l'exercici de la Fiscalia Anticorrupció d'accions penals contra Alierta. La causa segueix oberta, ja que la resolució esmentada, recorreguda per la Fiscalia Anticorrupció, ha donat lloc a la sentència del Tribunal Suprem de 8 de juny de 2007 (núm. 517/2007) en la qual es desautoritza l'Audiència de Madrid, es qualifica d'extemporània la resolució que va dictar i s'ordena la continuïtat del procediment. És un impuls que resulta excepcionalment positiu en un procés que compta, com tots, amb les dificultats derivades d'aquesta aliança, objectiva, entre els poderosos i els tribunals. Caldrà esperar la resolució definitiva del procés. En l'actualitat s'està pendent de l'assenyalament del judici oral. Finalment, tindrà lloc el judici?

REVISTA CATALANA DE SEURETAT PÚBLICA

178

NOVEMBRE 2008

3. CONCLUSIONS

Els casos exposats en aquesta limitada mostra expressen, amb independència de com es resolgui la causa pendent, la realitat de conductes presumptament delictives que han posat en perill o han perjudicat l'ordre econòmic constitucional. Són conductes que els jutges no només no valoren com a infraccions penals sinó que les justifiquen apel·lant, com hem vist, al valor intrínsec del «mercat». Són jutges no ja conservadors, a la qual cosa no s'hauria d'objectar res, sinó que no han assumit els valors constitucionals sobre els límits de l'economia de mercat. I, en conseqüència, més enllà de la seva intencionalitat, s'alineen objectivament amb els interessos dels qui han adoptat decisions que aprofundeixen la desigualtat de la nostra societat i creen obstacles a una distribució més justa de la riquesa. Les decisions judicials examinades són un exemple de com els tribunals no contribueixen, com els exigeix l'article 9.2 de la Constitució, al fet que la igualtat sigui més «real i efectiva» del que és actualment. La conseqüència és que per a aquests jutges, els imputats i acusats en aquests processos estan «per sobre de l'abast de la Llei».⁶ I, per això, legitimen l'abús del poder econòmic.

6. Nacions Unides. Congrés de Prevenció del Delicte i Tractament del Delinqüent, Caracas 1980.

LA TOLERÀNCIA JUDICIAL DAVANT LA DELINQUÈNCIA FINANCERA

No li faltava raó al professor alemany Tiedemann quan, el 1977, afirmava que «la criminalitat econòmica és un problema polític». Un diagnòstic precís, que acrediten els processos examinats, en els quals la judicatura ha resolt en la forma exposada, acomodant la interpretació de la legalitat aplicable, tant mercantil com penal, a la posició de poder dels implicats en aquests processos. Els jutges han assumit un model de constitucionalisme liberal, que no és el model vigent a la Constitució de 1978, i fan cas omís del règim de garanties i contrapesos que s'hi preveuen. Per tant, són resolucions judicials en les quals brillen per la seva absència l'Estat social de dret i els mandats que en deriven, que deixen l'Estat nu davant dels envits del capitalisme liberal més agressiu.

ADDENDA

L'anàlisi exposada necessària, per a una comprensió definitiva, l'estudi de dues sentències més de la Secció Primera de l'Audiència Nacional:

- la sentència de 19 d'abril de 2007, per la qual es van absoldre tots els acusats en el PA 262/1997 del Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 dels delictes contra la Hisenda pública i de falsedat documental presumptament comesos en la gestió de Gestevisión Telecinco, SA, i
- la sentència de 23 d'abril de 2007 en el PA 5/2001 del Jutjat Central d'Instrucció núm. 5, que va absoldre tots els acusats dels delictes de falsedat documental i obtenció indeguda d'ajuts comunitaris en relació amb el cultiu del lli.