

SENTENCIA DE ALIERTA

SENTENCIA Nº 768/2009 de 17 de julio de 2.009

AUDIENCIA PROVINCIAL - SECCION 17ª – MADRID Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid

MAGISTRADOS:

Dª. MANUELA CARMENA CASTRILLO (Presidente)

D. JOSÉ LUIS SÁNCHEZ TRUJILLANO (Ponente)

D. RAMIRO VENTURA FACI

HECHOS PROBADOS

1.La incorporación de España a las Comunidades Europeas supuso una serie de transformaciones en cuanto al modo de llevarse a cabo la ordenación del sector tabaquero que hubo de ser regulado por la Ley 38/1985, de 22-11-85- posteriormente derogada por la Ley 13/98 de 4 -5 cosa que, a los efectos de lo que, seguidamente, se va a contar, no afecta a los hechos- por la cual habría de acomodarse la estructura en aquel momento existente al hecho de la prohibición de monopolios comerciales- impuesta por los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma- configurándose, por tal motivo, la entidad “ Tabacalera. S.A.” como el organismo dedicado a la administración y gestión del monopolio de la fabricación de las labores de tabaco “... así como los de importación y comercio al por mayor... asumiendo los resultados de la explotación comercial de los mismos...”- art. 4-1.

Según el art. 4.2 de la mencionada Ley, el Estado tendría siempre la titularidad de la mayoría del capital de “Tabacalera S.A.”.

El día 10-6-96, Cesáreo Alierta Izuel- persona mayor de edad, titular del DNI 17807034, nacido el 5 de mayo de 1945- fue nombrado Presidente del Consejo de Administración de la sociedad estatal “Tabacalera S.A.”.

Por tal motivo quedaba sometido al contenido del art. 7 de la entonces vigente (porque la misma fue derogada con posterioridad por la Ley 5/2006, de 10-4)- Ley 12/95 del 11-5, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado y el art. 8 del RD 1410/95, de 4-8, por el que se regulan los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos, cosa que cumplió a través de la declaración de sus bienes. No obstante, existía un Reglamento interno, de vigencia a partir del 1-294 por el que, en esencia, **se imponía la obligación de no usar la información obtenida por la sociedad bien para aprovecharse personalmente bien para hacerlo a través de terceros.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Durante los días 19 a 21-2-97, CESÁREO ALIERTA IZUEL, en compañía de algunos de los directivos más significados de Tabacalera S.A. mantuvieron una reunión en Tampa con los señores Arthur y Morgan a fin de dar a conocer sus respectivas posturas.

Fruto de tales conversaciones, el día 7-3-97, **CESÁREO ALIERTA IZUEL**, como Presidente del Consejo de Administración de Tabacalera S.A., firmó el denominado "Confidencial Agreement" con Havatampa. A través de tal acuerdo, una de las partes, Havatampa, se comprometía a proporcionar a Tabacalera S.A. toda la información necesaria para evaluarla y la otra, Tabacalera S.A., se comprometía a mantener la información obtenida en un ámbito de absoluta discreción.

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

El día 23-6-97 mantuvieron una reunión en Madrid los directivos de una y otra compañías entendiéndose Tabacalera S.A. que el precio que se le solicitaba por la operación habría de resultar excesivo.

El 30-7-97, Salomon Brothers contrató a Freshfield Abogados para el asesoramiento de la operación y el día siguiente Tabacalera S.A. contrató a la compañía Arthur & Andersen a fin de que le informara sobre determinados aspectos relevantes- de auditoría y contabilidad- relativos a la operación.

El día 4-8-97, Salomon Brothers confeccionó un informe sobre las estructuras de la operación alcanzándose, definitivamente, el 8-9-97, en Tampa un acuerdo verbal sobre el precio a que habrían de ascender los activos de Havatampa firmándose el día 10 de septiembre el acuerdo de principios para la compra de los activos correspondientes a la división de cigarrillos de Havatampa Inc.

El día 11-9-97 Tabacalera S.A. comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante número 10.087 la adquisición de las compañías hondureña y nicaragüense antes citadas y la adquisición de los activos (inmovilizado material y marcas) correspondientes a la división de cigarrillos de Havatampa Inc.

4. De manera simultánea a todo el proceso que se ha ido refiriendo, **Cesáreo Alierta Izuel conector del funcionamiento de la Bolsa y de la política de expansión a que antes se hizo referencia, entendiéndose que la noticia de la adquisición de la tabaquera antes mencionada iba a tener repercusión en el precio de las acciones de la sociedad, se puso de acuerdo con Luis Javier Placer Mendoza-** persona igualmente mayor edad, nacido el 15-10-68, titular del DNI 25154311- **para que, apareciendo este último como único interviniente de la operación** que, seguidamente se va describir, **pareciera que fuese Luis Javier Placer Mendoza quien llevara a cabo determinada inversión respecto de la que se sabía, por el conocimiento de las vicisitudes de la negociación, que iba a ser manifiestamente rentable.**

Así, **Cesáreo Alierta Izuel, antiguo empleado- y de los que hubieron de tener un cargo más relevante en el Banco por haber ocupado con anterioridad la Dirección del área de mercado de capitales de la entidad, entre otros- y su esposa, Ana Cristina Placer Peralta, solicitaron el día 4-4-97 del Banco Urquijo una propuesta de operación de activo** (que fue registrada con el nº 74/97 de la oficina 0830 de la entidad) **de crédito en cuenta corriente con garantía de valores por importe de 400 millones Ptas., con vencimiento a un año.** Habría de constituir el objeto de la operación la "... adquisición de valores del IBEX (valores de primera línea)..." y habrían de configurarse como garantías de la operación inicialmente el compromiso de pignoración irrevocable de la compra de las acciones del IBEX (cobertura mínima del 110%) y después pignoración fehaciente figurando como observaciones las siguientes: **"... el Sr. Alierta y su mujer tienen en el banco dos pólizas por importe de 60 y 200 millones Ptas. Son los únicos propietarios de la sociedad Barnsley. El Sr. Alierta es el Presidente de Tabacalera S.A...."**

La operación propuesta se aprobó con fecha 8-4-97 y se ratificó al día siguiente por el Director de inversiones, Sr. Cuervo, resultando tal propuesta ratificada en Comisión Delegada de 30-4-97.

El día 7-5-97, **Cesáreo Alierta Izuel, en compañía de Ana Cristina Placer Peralta constituyó la entidad Creaciones Baluarte S.A.,** con un capital social de 10 millones de Ptas. suscribiendo Cesáreo Alierta Izuel el 49,5 %, Ana Cristina Placer Peralta el 49,5% y el 1 % restante la sociedad Barnsley S.A., también vinculada al matrimonio, **nombrándosele a Ana Cristina Placer Peralta como Administradora Única,** figurando como domicilio social el del matrimonio y como

objeto social la intervención de operaciones de bolsa. La constitución de la sociedad fue autorizada por escritura pública otorgada por el Notario Sr. Caballería Gómez y fue inscrita en el Registro Mercantil el 22 de mayo de 1997.

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

Dicha póliza contenía determinadas otras cláusulas, alguna de ellas, de vencimiento anticipado, de las que caben destacar las 6 e/, que disponía "... cuando se produzca un cambio en el accionariado de la parte acreditada, de tal manera que su principal accionista reduzca su participación porcentual en el capital social, con respecto al que tiene en el momento de suscribir la póliza ..." y la 14, que disponía "... una vez adquiridas por la parte acreditada las acciones de Tabacalera S.A. cuya compra se financia con el presente crédito, la parte acreditada se compromete irrevocablemente a constituir sobre tales acciones- que quedan depositadas en el banco Urquijo S.A. mientras se encuentre vigente la presente operación de crédito garantía pignoraticia a favor del Banco que se formalizará en Anexo a la presente póliza intervenida por fedatario mercantil según modelo de impreso que se une como Anexo al presente documento en garantía del buen fin de la presente operación de crédito y ello sin perjuicio su responsabilidad personal ilimitada.

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

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

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

En cualquier caso, a poco de haberse firmado la póliza de crédito (no antes del 13-5-97) se comunicó el cambio de titularidad del crédito al Banco tomando el Banco nota del mismo y manteniéndose las nuevas condiciones y garantías, cosa que sí se difirió a la aprobación por la Comisión Delegada, que lo ratificó como Creaciones Baluarte S.A. (antes Cesáreo Alierta y Sra.).

En su momento se presentó una póliza de fecha 2-6-97, otorgada ante la Corredora de Comercio doña Julia Sánchez López por la que **Luis Javier Placer Mendoza adquirió la totalidad de las acciones de Creaciones Baluarte S.A.**

Figuran determinados contratos suscritos el 5-6-1997 entre Luis **Javier Placer Mendoza** en nombre y representación de **Creaciones Baluarte S.A.**, a la que se le asignó el domicilio de la c/ Claudio Coello 78 de Madrid, y **Beta Capital SV S.A.**, entidad también vinculada con **Cesáreo Alierta Izuel** para la gestión de cartera y apertura de cuenta, depósito y administración de valores.

5. A los efectos de invertir en bolsa **Luis Javier Placer Mendoza** solicitó a José Luis Jaime Dillet y a Rafael Collada Barreno determinada cantidad de dinero (**55.000.000 Ptas**) dinero que le proporcionaron los mencionados Dillet y Collada, lo que no impidió que Cesáreo Alierta Izuel satisficiera a ambos dos por las cantidades dadas en préstamo.

6. Una vez **Luis Javier Placer Mendoza** como propietario de las acciones de **Creaciones Baluarte S.A.**, y en parte por determinados cargos de 29.193.632 y 24.283.212 Ptas., entre los días 10 y 12-6-97 **compró 13.410 acciones de Tabacalera S.A., por valor de 97.476.741 Ptas. que se vendieron entre los días 8 y 10-7-97 por 111.415.919 Ptas., generándose unas ganancias de poco menos de 14 millones Ptas.**

7. **Previendo el impacto que habría de suponer en el mercado el anuncio de la compra de Havatampa, entre el 14-8-97 y el 5-9-97, Creaciones Baluarte S.A. compró a la Bolsa de Madrid 48.948 acciones de Tabacalera S.A. por un precio de 388.109.640 Ptas. que vendió con posterioridad entre los días 21-1-98 y 27-2-98 por valor de 609.041.230 Ptas., generándose una ganancia de 309.931.590 Ptas.**

8. Prácticamente a la vez, porque la última habría sido el 1-3-97, **se decidió una subida de las labores del tabaco rubio nacional de mayor consumo (Fortuna) en una cifra cercana al 10%**, (el 9'43%) cosa que se hizo por resolución del 11-9-97 de la Delegación del Gobierno en el monopolio de tabacos, que se publicó en el BOE del día siguiente y que fue comunicada el día 15 (lunes) a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante.

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

9. Por los hechos mencionados interpuso querrela el Procurador Sr. Hidalgo Senén, en la representación procesal de la entidad AUGE, querrela que fue presentada el día 22-11-2002 dando lugar a la incoación de las Diligencias Previas/Procedimiento Abreviado 7721/2002 del Juzgado de Instrucción nº 32 de los de esta Villa de Madrid.

Interpuesta la querrela, por auto de 2-12-2002 se dispuso tener por interpuesta la misma y, previo a resolver, dar traslado al Ministerio Fiscal "...para que emita informe sobre competencia y, en su caso, procedimiento y trámite a seguir..."

Con fecha 9-12-2002 el Ministerio Fiscal emitió informe entendiendo que, en función de la relación circunstanciada de hechos contenida en la querrela, la misma habría de integrar los **delitos de uso de información privilegiada y prevaricación**, aparentemente conectados entre sí, y que los mismos se habrían de haber cometido en Madrid afirmando, en definitiva, que habría de resultar procedente la admisión a trámite de la querrela y la tramitación por parte del Juzgado de Instrucción nº 32 del pertinente procedimiento solicitando, por otrosí, la exigencia de prestación de **fianza al querellante por 3.000 €**

Abstracción de determinadas otras cuestiones, (relativas al requerimiento de prestación de fianza, al juego de recursos que tal hecho motivó y al requerimiento de la Fiscalía Anticorrupción de las Diligencias de Investigación 1/2002) por auto de 14-2-2003 se dispuso la inadmisión a trámite de la querrela por no ser los hechos que daban lugar a la misma constitutivos de delito, resolución que, recurrida por el querellante en reforma, (reforma que impugnó el Ministerio Fiscal) fue desestimada por auto de 14-3-2003 y recurrido en apelación por el querellante (recurso al que se adhirió el Ministerio Fiscal) fue estimado parcialmente- en cuanto al **delito de uso de información privilegiada**, no en cuanto a determinado delito de prevaricación que también fue objeto de la querrela-por auto de la Sección 6ª de esta Audiencia Provincial de Madrid de 6-6-2003 disponiéndose, definitivamente, por auto de 1-9-2003, la admisión a trámite de la querrela, momento en el que se dispuso dar traslado de la misma a los querrelados en calidad de imputados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre las cuestiones previas.

En resumen, en tanto que **HABRÍAN DE HABER TRANSCURRIDO MÁS DE CINCO AÑOS DESDE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO HASTA EL ESPECÍFICO MOMENTO EN QUE SE HUBO DE DIRIGIR EL PROCEDIMIENTO CONTRA LOS CULPABLES** (cfr. art. 132.2 del Código Penal), se sigue en este punto la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 29/2008, por otro lado, razonable cuando la prescripción es una institución que normalmente se está ligando no sólo al hecho de dictarse determinadas resoluciones sino al hecho no menor de que las mismas hayan de tener un contenido sustancial (cosa que ocurrió el día 1-9-2003, y en ello en virtud del auto de admisión a trámite la querrela, de 1-9-2003, que, a su vez, habría de ser consecuencia del auto de 6-6-2003 de la Sección 6ª de esta Audiencia Provincial que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de AUGE contra el auto de 14-2-2003 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 32 que dispuso la inadmisión a trámite la querrela y contra el auto de 14-3-2003 que desestimó el recurso de reforma interpuesto contra la anterior (que fue impugnado por el Ministerio Fiscal aunque, todo hay que decirlo, se acabó adhiriendo al recurso de apelación interpuesto por aquella parte inicial), ha de llegarse a la consideración final de que **EN CESÁREO ALIERTA IZUEL Y EN LUIS JAVIER PLACER MENDOZA HABRÍA DE CONCURRIR LA CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN QUE CONSISTE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO** (art 130.6º del Código Penal).

Por consecuencia de ello **procede la absolución de Cesáreo Alierta Izuel y Luis Javier Placer Mendoza.**

SEGUNDO.- Visto el **contenido absolutorio de la presente resolución**, no procede hacer mención a la participación o a la existencia de circunstancias modificativas en la responsabilidad penal de unos responsables o de una responsabilidad que no se aprecia.

Por tal motivo, **no procede tampoco el comiso de la ganancia obtenida**, como consecuencia accesoria, solicitado (al amparo del artículo 127 del Código Penal).

Las costas procesales de conformidad con lo establecido en el artículo 240 habrán de ser declaradas **de oficio**.

Vistos además de los preceptos legales aplicables; los artículos de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A CESÁREO ALIERTA IZUEL Y A LUIS JAVIER PLACER MENDOZA, por haber prescrito, del delito de uso de información privilegiada de los artículos 285 y 286. 3º del Código Penal (en su redacción dada por Ley Orgánica nº 10/1995) por el que venían siendo acusados, así como del resto de pretensiones deducidas en su contra, debiendo declarar de oficio las costas procesales causadas.

Por tal motivo, **no procede tampoco el comiso**, como consecuencia accesoria, solicitado- al amparo del artículo 127 del Código Penal-.

Esta sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.