

Roj: SAN 4884/2014 - ECLI:ES:AN:2014:4884
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 6/2014
Nº de Resolución: 44/2014
Fecha de Resolución: 23/12/2014
Procedimiento: Procedimiento Abreviado
Ponente: CARMEN PALOMA GONZALEZ PASTOR
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 4

MADRID

SENTENCIA: 00044/2014

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN CUARTA

ROLLO 6/14

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 53/13

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº2

ILMOS SRES:

D^a TERESA PALACIOS CRIADO

D^a CARMEN PALOMA GONZÁLEZ PASTOR

D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO

SENTENCIA 44/14

En Madrid a veintitrés de diciembre de 2014.

VISTAS por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en juicio oral y público, las presentes actuaciones registradas en esta Sala con el número de Rollo 6/14 y tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, por los tramites del procedimiento abreviado con el número 53/2013, con respecto a los acusados:

1º.- Pablo Jesús , con D.N.I. NUM000 , nacido el NUM001 /1863, hijo de Argimiro y Bibiana , sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional, de la que no ha sido privado, representado por el procurador D. Juan José Gómez Velasco y defendido por el letrado D. Ignacio Peláez Marqués.

2º.- Felix , con D.N.I. NUM002 , nacido en Mollerusa (Lleida), el NUM003 /1942, hijo de Hugo y Luz , sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional, de la que no ha sido privado, representado por el procurador D. Domingo José Collado Molinero y defendido por el letrado D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

En las referidas actuaciones, aparece como partícipe a título lucrativo **Primitivo**, representado por el procurador D. Rafael Julvez Peris Martín y defendido por la letrada D^a Paloma Lopez Arenas.

Han sido parte en las actuaciones, además del **Ministerio Fiscal**, representado por la Ilma. Sr^a D^a Elena Lorente Pablo, la acusadora particular la mercantil **EURHYPO AG**, sucursal en España, representada por la procuradora D^a Concepción Fuertes Suarez y defendida por D. Manuel Calero del Campo.

Igualmente, figuran como responsables civiles subsidiarios **MAUN INVERSION S.L., P.A.C.O GESTION INTERNACIONAL S.L., FONCYG SICAV y A.A. INVER PLUSQUAM** representados por el procurador D. Domingo Jose Collado Molinero y defendidos por el letrado D. Adolfo Prego de Oliver Puig de la Bellacasa.

Actúa como ponente la Ilma. Sra. D^a Carmen Paloma González Pastor que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30/12/2009, se presentó, ante el Decanato de los juzgados de instrucción de Madrid, por la Fiscalía Especial Contra la Corrupción y Crimen Organizado, querrela contra los ahora acusados Pablo Jesús y Felix, por la presunta comisión de un delito relativo al mercado y a los consumidores. Una vez repartida al juzgado de instrucción n^o 27 de Madrid, motivó se incoaran las Diligencias previas 200/2012 y se dictara auto de admisión el 09/02/2010.

Practicadas las diligencias que se estimaron pertinentes, se dictó, en auto de 03/09/2012, su inhibición a los juzgados centrales de instrucción, al entender que de las investigaciones llevadas a cabo, podía tratarse de un delito de blanqueo de capitales cometido en el extranjero, procedente de otro delito anterior, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.1^o e) y 23.2 de la L.O.P.J., serían competentes los referidos juzgados centrales. Recurrido el mencionado auto y confirmada la inhibición en posterior auto de la Audiencia Provincial el 14/05/2013, se remitieron las actuaciones a los juzgados centrales, siendo repartido al Juzgado central de Instrucción n^o 2 que incoó Diligencias previas 53/13.

En la tramitación de las actuaciones, se dictó auto de 16/09/2013 que acordaba declarar las responsabilidades civiles y partícipes a título lucrativo de determinadas personas y entidades que, tras ser impugnado por los afectados fue confirmado en auto de 21/01/2014; de forma tal que una vez dictado el auto de 14/03/2014 que acordaba la transformación de las anteriores Diligencias previas en Procedimiento abreviado, se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó la apertura del juicio oral, lo que dio lugar a que el 05/06/2014 se dictara el auto oportuno teniendo por dirigida la acusación a los ya citados. Continuando las actuaciones, se dio traslado a la acusación particular personada, a las defensas y a las entidades responsables civiles y partícipes a título lucrativo a los efectos oportunos, y concluida la referida tramitación, se remitieron las actuaciones a esta sección para decidir sobre las pruebas presentadas y señalamiento del juicio dictándose, a tal efecto, auto acordando la admisión de las pruebas propuestas y señalándose para la celebración del juicio el 21 de noviembre y el 10 de diciembre de 2.014.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de los delitos de uso de información relevante del artículo 285.1 del Código Penal y blanqueo de capitales de los artículos 301.1, 301.4, 301.5 y 303 del citado cuerpo legal

De los citados delitos, sería autor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.1, el acusado Pablo Jesús, en quien no concurre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó, por el primer delito, una pena de 3 años de prisión y multa de 2.270.660,38 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un año en caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y sector bursátil durante 3 años e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, por el segundo delito, una pena de 3 años de prisión, multa de 645.682,74 euros, con responsabilidad personal subsidiaria durante un año en caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y sector bursátil durante 3 años e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por su parte, Felix, es considerado autor, de conformidad con el ya citado artículo 28.1 del Código Penal, del delito de blanqueo de capitales y partícipe a título lucrativo del artículo 122 del Código Penal, del delito de uso de información relevante, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó la imposición de una pena de 3 años de prisión, multa de 645.682,74 euros, con responsabilidad personal subsidiaria durante un año en caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y sector bursátil durante 3 años e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito de uso de información relevante, solicitó se acordara el comiso de la ganancia derivada y ascendente a un total de 2.270.660,38 euros de la que deberá responder Pablo Jesús.

Igualmente, Felix, MAUN, P.A.C.O. Gestion S.L., FONCYG y AA INVER PLUSQUAM, deberán responder en cuantía de 2.240.714,88 euros y Primitivo y JUTORVE, en cuantía de 29.945,50 euros.

Por el delito de blanqueo, procede acordar el comiso de la ganancia derivada y ascendente a un total de 645.682,74 euros, de la que deberán responder los acusados Pablo Jesús, Felix y la sociedad PORTENTOR Inc.

A su vez, Primitivo es considerado partícipe a título lucrativo del citado *artículo 122 del Código Penal* con respecto al delito de información relevante.

TERCERO.- La entidad EURHYPO AG, sucursal en España, en su condición de acusación particular, calificó los hechos, para el acusado Pablo Jesús, en condición de autor, de conformidad con el artículo 28.1 del Código Penal, como constitutivos de un delito de uso de información relevante del artículo 285.1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el que interesó la imposición de una pena de 3 años de prisión, multa de 2.270.660,38 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 año en caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y sector bursátil durante tres años e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

CUARTO.- La defensa del acusado Pablo Jesús, en idéntico trámite, calificó los hechos en disconformidad con la acusación pública, solicitando su libre absolución.

QUINTO.- Igualmente, la defensa del acusado Felix, calificó los hechos en disconformidad con la acusación pública, solicitando su libre absolución.

SEXTO.- La defensa del partícipe a título lucrativo Primitivo y de la mercantil JUTORVE, interesó la desestimación de la pretensión interesada por el Ministerio Fiscal.

HECHOS PROBADOS

Y así expresamente se declara

El 5 de mayo de 2.006, "Parquesol Inmobiliaria y Proyectos S.A." (en adelante, Parquesol), empezó a cotizar en Bolsa a un precio de 23 euros por acción. Como consecuencia de la evolución bajista de las acciones durante el citado mes, en la que la acción apenas llegaba a los 17 euros, la mercantil "New Gp Cartera S.L.U." (en adelante New Gp), accionista mayoritario de Parquesol, decidió iniciar las gestiones tendentes a la venta de las acciones de Parquesol.

La mercantil "Inmobiliaria Grupo San José" (en adelante, Grupo San José), interesada en la adquisición de las acciones de Parquesol, inició una serie de contactos tendentes a llegar a un acuerdo sobre la compra de ésta última a través de varias reuniones que se extendieron desde los últimos días de junio de 2.006 hasta los primeros días de julio, en las que intervinieron, por la parte interesada en la adquisición de Parquesol, los propios asesores financieros de Grupo San Jose, es decir, G.B.S. Finanzas y el propio Grupo San Jose y, por parte de la entidad vendedora, New Gp. A la finalización del citado periodo, el presidente de Grupo San Jose, D. Olegario ofreció a los representantes legales de Parquesol adquirir sus acciones con un rango similar al que tenían al inicio de su cotización en Bolsa, esto es, 23 euros por acción.

Aceptada la propuesta por Parquesol, Grupo San José inició una serie de contactos con diversas entidades bancarias tendentes a financiar la operación. Entre otras, se reunió en la mañana del 19/07/2006, en la sede de Grupo San Jose, en la localidad madrileña de Tres Cantos, con el acusado Pablo Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, Director General de Eurohypo AG, sucursal en España del grupo alemán Commerze Bank, con sede en Alemania, a quien ya conocía no sólo del sector inmobiliario, sino a nivel personal por haber coincidido en cacerías, a quien comunicó su decisión de comprar las acciones de Parquesol y los términos básicos de la operación a los efectos de que la entidad que representaba financiara la operación de compra de las acciones de Parquesol. Acto seguido, el presidente de Grupo San José puso en contacto al mencionado acusado con D. Valentín, Director Financiero de Grupo San José, quien acudió al despacho de D. Olegario a saludar al acusado con el que quedó en reunirse al día siguiente.

El 20/07/2006, Pablo Jesús, con objeto de financiar la operación de compra de las acciones en las que Grupo San José estaba interesado, se reunió en la oficina del Paseo de la Castellana 110, además de con el citado D. Valentín, con el asesor financiero de Grupo San José, es decir, G.B.S. Finanzas, asistiendo por parte de Eurohypo, un representante de Atlas Capital como asesor financiero y un representante legal de la firma de abogados Cuatrecasas, quien elaboró un contrato de confidencialidad con Eurohypo ese mismo día.

En la reunión, se partió de la premisa de que los términos básicos de la operación de compra que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre Parquesol no podría ser inferior al que ostentaba al inicio de su cotización en Bolsa, es decir, el rango del precio de la acción no podría ser inferior a los 23 euros, por cuanto era un requisito exigido por la familia Luis María, accionista mayoritario de Parquesol.

El 21/07/2006, Grupo San José fijó definitivamente el precio de compra de las acciones de Parquesol en 23,10 euros por acción. Ese mismo día, Eurohypo comunicó a Grupo San José que no podían financiar la operación de compra interesada que llevó a cabo la entidad Barclays.

El 28/07/2006 se cerró el acuerdo definitivo entre Grupo San José y New Gp Cartera, accionista mayoritario de Parquesol, por el que el primero se comprometía a presentar una oferta pública de adquisición (OPA) a un precio de 23,10 euros por acción que fue puesto en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ese mismo día y lo registró como hecho relevante. La cotización de las acciones de Parquesol se suspendió desde las 12,52 horas del día 28, cuando las acciones cotizaban a 21,85 euros, y se reanudaron a las

8,30 horas del 31 de julio de 2.006, siendo el precio de su cotización 22,80 euros.

Una vez que Pablo Jesús tuvo conocimiento, tras la reunión con D. Olegario el 19/07/2006, de la oferta pública de acciones que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre las acciones de Parquesol y de los términos básicos de la operación de compra, que implicaba que el precio de la acción no podría ser inferior al del inicio de su cotización en Bolsa, es decir, al de 23 euros por acción, informó de tales extremos al acusado Felix, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el teléfono móvil NUM007 que la entidad Eurohypo había puesto a su disposición, llamando o enviando una serie de mensajes a los números NUM004 y NUM005 utilizados por el citado, con quien le unía además de una buena relación de amistad, intereses económicos.

Tales contactos telefónicos que se iniciaron a las 11.08 horas del referido día 19/07/2006 y se reiteraron a las 12.40, 12.48, 14.57 y 16.17 horas de ese mismo día, motivó que el acusado Felix, comprara, desde las 13,13 horas de ese mismo día 19/07/2006 y continuara adquiriendo los días 20 y 21 de julio, a través de varias sociedades de su titularidad, acciones de Parquesol.

En concreto, las entidades utilizadas por Felix para comprar acciones de Parquesol y el importe adquirido por cada una de ellas es el siguiente:

MAUN Inversión S.L. del que el citado es administrador único, compró entre los días 19, 20 y 21 de julio de 2.006 un total de 321.058 acciones por un total de 6.328.856,96 euros, a un precio medio de 19,71 euros por acción. Las referidas acciones fueron vendidas el 13/08/2006 a un precio de 23.01 euros por acción, percibiendo un total de 7.387.604 euros, es decir, el beneficio obtenido ascendió a 1.058.747,04 euros.

P. A. C. O. Gestión Internacional S.L., del que el citado acusado fue socio único hasta la extinción de la sociedad, compró el 19/07/2006, 120.000 acciones a 19,12 euros por acción, lo que ascendió a 2.294.823,35 euros, que fueron vendidas el 11/08/2006 a 22,82 euros la acción, por un precio total de 2.738.400 euros, obteniendo con esta operación una ganancia de 443.576,65 euros.

FONCYG, sociedad que fue absorbida después de los hechos por MAUN, adquirió el 19/07/2006, 18.500 acciones de Parquesol a un precio de 19,10 euros por acción, por un importe de 353.350 euros, que fueron vendidas el 11/08/2006 a 22,82 euros por acción, por un precio total de 422.210,54 euros, obteniendo en esta operación un beneficio de 68.860,54 euros.

A.A. INVER PLUSQUAM, absorbida mas tarde por MAUN, adquirió el 19/07/2006, 7.523 acciones a razón de 19,65 euros por acción, por un importe de 147.826,95 euros, que fueron vendidas el 11/08/2006 a un precio de 22,82 euros por acción, obteniendo un importe de 171.674,86 euros, lo que supuso un incremento de 23.847,91 euros.

Igualmente, el acusado Pablo Jesús informó a partir del 19/07/2006, a su cuñado Primitivo, hermano de su esposa, de la oferta pública de acciones que iba a llevar a cabo Grupo San José sobre Parquesol, motivando que, tras solicitar un crédito bancario, el 21/07/2006, la mercantil JOTURVE, propiedad del citado, adquiriera un total de 9.000 acciones de la misma, a un precio de 19,69 euros la acción, lo que ascendió a 177.234,50 euros que fueron vendidas entre los días 3,4 y 6 de octubre de 2.006, por un precio de 23,02 euros por acción, por un precio total de 207.180 euros, obteniendo en ese periodo una ganancia de 29.945,50 euros.

Además de las anteriores adquisiciones efectuadas a través de transacciones realizadas en entidades bancarias sitas en territorio español, los dos acusados, de mutuo acuerdo, abrieron en el principado de Andorra, en concreto, en la entidad bancaria Andorra Bank Agricole Reig, (en adelante ANDBANK), diversas cuentas, bien para adquirir

acciones de Parquesol, o para ingresar los beneficios obtenidos con la diferencia de precio entre la adquisición y su posterior venta.

Así, Felix abrió el 19/06/2006, en ANDBANK, la cuenta numerada NUM006, con la que compró 194.992 acciones de Parquesol a un precio medio de 19,59 euros por acción, por un precio total de 3.804.034,70 euros que fueron vendidas el 11 de agosto por importe de 4.449.717,44, a razón de 22,82 euros por acción, obteniendo un beneficio de 645.682,74 euros.

Con el saldo existente en la referida cuenta y antes de cancelarla, efectuó dos reintegros. Uno de ellos, realizado el 22/08/2006, por importe de 2.609.514,35 euros, sirvió para la apertura de la cuenta numerada LM 70722 de la que era titular la compañía panameña "Bellambi" Corp. de la que el citado Felix era apoderado. El segundo reintegro, que tuvo lugar el 23/08/2006, por importe de 2.500.000 euros, sirvió para la apertura de la cuenta numerada LM 70723, de la que era titular la mercantil panameña "Portentor" Inc, en la que figuran apoderados los dos acusados, Pablo Jesús y Felix.

Por su parte, Pablo Jesús procedió a abrir en ANDBANK el 22/08/2006, la cuenta numerada LM 70724, de la que era titular la mercantil panameña "Impett International Inc", y de la que el citado era apoderado, a la que transfirió 800.000 euros procedentes de la cuenta de "Portentor".

La información aparecida en los diarios económicos que figuran en las actuaciones en los días previos al 19/07/2006 no contenían ningún dato sobre una posible O.P.A. de Grupo San Jose sobre Parquesol.

No consta que los superiores de Eurohypo en Alemania tuvieran conocimiento ni del procedimiento administrativo ni del sancionador incoado a raíz de los hechos por la C.N.M.V.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos, así relatados, constituyen, para el acusado Pablo Jesús un delito de información relevante del artículo 285.1 del Código Penal y un delito de blanqueo de capitales. Para el acusado Felix, un delito de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal y, además es partícipe a título lucrativo del delito de uso de información relevante.

Igualmente, la conducta desplegada por Primitivo se corresponde a la figura descrita en el artículo 122 del Código Penal, esto es, el citado es considerado como un partícipe a título lucrativo.

Las pruebas que han permitido al tribunal llegar a las citadas conclusiones han sido variadas.

En primer lugar, ha contado, como punto de partida, con las declaraciones prestadas en el plenario tanto por el propio acusado Pablo Jesús, como por el Presidente de Grupo San José, D. Olegario.

En segundo lugar, resulta imprescindible poner de manifiesto la documentación obrante en las actuaciones, relativa, de una parte, a las llamadas y mensajes que se producen entre los dos acusados, el 19 de julio de 2006 y los faxes remitidos por el acusado Sr. Felix, los días 19 y 20 de julio a diversas entidades bancarias ordenándoles la compra de acciones de Parquesol, y, de otra parte, a la documentación en la que se incluye la aportada por parte de las autoridades andorranas en la Comisión Rogatoria instada en la fase de instrucción.

En tercer término y, de forma categórica, el tribunal ha contado, como prueba de

cargo directa, con la declaración prestada en el plenario, por el Director financiero de Eurohypo, D. Valentín acerca de los datos que conocía el Sr. Pablo Jesús tras su entrevista con el Sr. D. Olegario y la mantenida al día siguiente con el citado Sr. Pablo Jesús y otros asistentes a la misma.

Y, en cuarto lugar, ha resultado de enorme interés para el esclarecimiento de los hechos, la documentación obrante a raíz de la investigación llevada a cabo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores una vez tuvo conocimiento de la adquisición de acciones objeto de investigación en las presentes actuaciones, en la medida en que constan en el expediente administrativo no solo documentación bancaria, sino la remitida por personas o entidades que estuvieron al tanto de la propia negociación sobre la adquisición por parte de Grupo San José de las acciones de Parquesol hasta la fijación definitiva del precio de adquisición el 21 de julio de 2.006, documentación que al igual que el resto de la enviada por los bancos no ha sido impugnada por las partes.

En consecuencia, se empieza con la exposición de la primera de las pruebas, consistente, como se ha dicho, en las declaraciones prestadas en el acto del plenario, tanto por Pablo Jesús, como por el testigo D. Olegario, presidente de Grupo San José, en las que hay una serie de datos coincidentes de suma importancia.

El primer extremo acreditado es la reunión que ambos mantienen en el despacho del segundo en la mañana del 19 de julio de 2.006. El segundo, es que el motivo de la reunión era la decisión adoptada por el presidente de Grupo San José de adquirir las acciones de Parquesol y, el tercero es el ofrecimiento que D. Olegario realizó a su amigo e interlocutor, para ver si la entidad de la que era Director General en España, Eurohypo, podía financiar la operación.

En concreto, en el interrogatorio efectuado al citado acusado por el Ministerio Fiscal sobre si se reunió con Olegario en julio de 2.006, Pablo Jesús, contesta: *"manifiesta que sí... añadiendo que tuvo varias reuniones, pero en una concreta le propuso que Eurohypo financiara la OPA. Mas adelante añade: "El (se refiere a Olegario) le expresó que estaba negociando con el grupo vendedor, la familia de Luis María, que llevaban meses tratando de vender la empresa y que estaban negociando el precio y le dijo (Olegario) que el precio estaría cercano al precio de cotización, pero no le concretó cual era el precio"*.

Con los anteriores datos, puede deducirse lógicamente que pese a que ninguno de los dos citados reconoce abiertamente haber hablado de un precio fijo por acción por el que Grupo San José pretendía adquirir las acciones de Parquesol, necesariamente tal extremo tenía que ser conocido por Pablo Jesús, pues, en otro caso, la entidad financiera a la que representaba, esto es, Eurohypo, no podía conocer cual era la cantidad que Grupo San José necesitaba para llevar a cabo la financiación. Por lo tanto, conociendo ambos que la familia Luis María, accionista mayoritaria de Parquesol no admitiría vender Parquesol si el precio de la acción era inferior al de su cotización en Bolsa, debe concluirse necesariamente que el presupuesto de partida de Pablo Jesús, tras su entrevista con D. Olegario, era que el precio de la acción, al menos, tenía que ser de 23 euros.

La segunda prueba la constituye la documentación relativa, de una parte, a las llamadas y mensajes que Pablo Jesús realiza a Felix en la mañana y tarde del propio 19 de julio 2006 y, acto seguido, los faxes que Felix remite a diversas entidades bancarias para la adquisición de acciones y, de otra, y complementaria con la anterior, la documentación incorporada a las actuaciones procedente de las Comisiones Rogatorias de Andorra, en la medida que acreditan las cuentas abiertas por los acusados en Andbanc y las operaciones que especialmente el Sr. Felix llevó a cabo.

En relación al primer extremo, consta al folio 196, que desde el número de teléfono móvil facilitado por Eurohypo a Pablo Jesús, esto es, el NUM007, el citado llamó, el 19 de julio de 2.006, a Felix, a las 11,08 horas y a las 12,40 horas, y le envió un primer mensaje a las

12,48 horas, otro, a las 14,57 horas y un tercero a las 16,17 horas.

No figura el contenido de las llamadas y mensajes, pero se deduce fácilmente que Pablo Jesús puso en conocimiento de su interlocutor que Grupo San José iba a lanzar una OPA sobre las acciones de Parquesol y que el precio sería próximo al precio de su cotización inicial, es decir, 23 euros por acción pues, de otra manera, no se entendería que Felix iniciara una frenética actividad compradora de acciones de Parquesol que, en esas fechas cotizaba, como ya se ha indicado, a poco más de 19 euros por acción.

Antes de seguir adelante se hace necesario detenerse en un extremo cuestionado por una de las defensas quien sobre este particular alegaba que a los efectos de dar por probado que el contenido de las llamadas o mensajes cruzados entre los dos acusados hicieran prueba frente a los citados, hubiera sido necesario que en la fase de instrucción se hubiera acordado judicialmente la interceptación de las mismas.

Ciertamente la medida podía haber sido acordada en la fase de investigación judicial, pero a falta de ésta, el tribunal se ha valido, a estos efectos, de otras pruebas de carácter indiciario que junto con el resto de las existentes, le han permitido llegar a la misma conclusión que si de una prueba directa sobre este extremo se hubiera practicado.

Por otra parte, en cuanto a la alegación de que la aportación de la lista de llamadas realizadas desde el móvil utilizado por el acusado Sr. Pablo Jesús, facilitado por la acusación particular personada en nombre de Eurohypo, constituye una vulneración del derecho al secreto de las conversaciones privadas y, por tanto, no debía haberse admitido. Tal alegación carece de base legal, habida cuenta de que la información ha sido aportada no sólo por quien es titular de la línea, sino por quien ha sido perjudicada en la imagen dada a su compañía por la conducta delictiva desplegada por su máximo representante en España, por lo tanto, en la medida de que la citada prueba constituye una más del acervo probatorio, para poner en marcha sobre este particular la prueba de indicios, no cabe sino rechazar que mediante la aportación de ese listado se ha producido cualquier tipo de intromisión en la esfera privada de los acusados.

Pues bien, siguiendo con el devenir de lo ocurrido tras las llamadas cuestionadas, aparece en el folio 315 de la pieza separada elaborada por la C.N.M.V., un fax, de 19/07/2006, emitido a las 12,52 horas, dirigido al BBVA PATRIMONIOS y firmado por Felix, cuyo texto es el siguiente: *"Solicito se compren acciones de "Parquesol" con el dinero transferido de la cuenta de crédito de Felix a P.A.C.O. Gestión Internacional, por un importe total de 1.950.000 euros"* En la parte inferior del fax, aparece, a mano, lo siguiente, *"Nota: Se incluya en la compra el dinero existente en la cuenta"*.

Al folio 320 de esa misma pieza, aparece un segundo fax, emitido a las 12,59 horas del 19/07/2006, dirigido a BBVA PATRIMONIOS y firmado por Felix, cuyo texto es el siguiente: *"Solicito se compren acciones de "Parquesol" con "FONCYG SICAV" a nombre de Felix, hasta llegar al máximo legal permitido"*.

Al folio 385 de la misma pieza, aparece un tercer fax emitido el 19/07/2006, dirigido a Caja Madrid y firmado por Felix, cuyo texto es el siguiente *"Ruego procedan a la compra de un máximo de 322.000 títulos de Parquesol a nombre de Maun Inversiones SL. por importe que no supere los 6,5 mm de euros, siguiendo las órdenes dadas de manera consecutiva en varios días con un cambio máximo de 20 euros"*.

Al folio 387 de la pieza, figura un cuarto fax, de 19/07/2006, dirigido a Caja Madrid y firmado por Felix, cuyo texto es el siguiente: *"Ruego procedan a la venta de los títulos de "Sniace" comprados con la sociedad Maun Inversión y esta venta sirva para la compra de títulos de "Parquesol" con dicha sociedad"*.

Al folio 388 de esa pieza, figura un quinto fax, de 21/07/2006, dirigido a Caja Madrid

y firmado por Felix, con el texto siguiente: "Ruego se proceda a la venta de los títulos de "Urbis" comprados con la sociedad Maun Inversión y esta venta sirva para la compra de títulos de "Parquesol" con dicha sociedad".

Igualmente, al folio 393 de la referida pieza, figura un oficio de GVC Gaesco Gestión que, contestando a los datos solicitados por la C.N.M.V. manifiesta que: "*AA Inverplusquam Sicav únicamente realizó una operación en estos tres meses, la que ustedes mencionan. Adquirió 7.523 acciones con fecha 19 de julio de 2.006 a un precio de 19,65 euros y las vendió el día 11 de agosto de 2.006 a un precio de 22,82 euros. Obtuvo con dicha operación un resultado positivo, bruto de comisiones, de 23.847,9 euros.*"

Además de lo anterior, ya se ha dicho que Pablo Jesús comunicó la inminente compra masiva de acciones de Parquesol por parte de Grupo San Jose, al hermano de su mujer, es decir, a su cuñado Primitivo, pues aunque ambos lo negaran en el plenario, no se entendería que Primitivo solicitara un préstamo bancario con el que adquirió 9.000 acciones de Parquesol el 21/07/2006 que vendió a primeros de octubre siguiente obteniendo un beneficio neto de 29.945,50 euros.

Un segundo bloque de la documental obrante en la causa, es la remitida a través de la Comisión Rogatoria solicitada a las autoridades andorranas, que figura en los tomos 2 y 3 de las actuaciones, pone de manifiesto los siguientes extremos:

1º.- Felix abrió en la entidad bancaria Andbank, la cuenta numerada NUM006, de la que era único titular, con la que procedió a comprar 194.992 acciones de Parquesol entre los días 21 y 25 de julio de 2.006, procediendo a venderlas el 11 de agosto siguiente por 4.449.717,44 euros, obteniendo unos beneficios de 645.682,74 euros. 2º.- Parte del dinero de la cuenta anterior, esto es, 2.609.514,35 euros, se ingresaron el 22/08/2006, en la cuenta numerada LM 70722, a nombre de la sociedad panameña "Bellambi Corp." representada por el citado Felix. 3º.- De parte del dinero de esa cuenta, el Sr. Felix ingresó el 23/08/2006, 2.500.000 euros, en la cuenta numerada LM 70723, a nombre de la sociedad panameña "Portentor" Inc., representada por los dos acusados. 4º.- Por su parte, Pablo Jesús abrió el 22/08/2006, la cuenta numérica 70724, a nombre de la entidad panameña "Impett International", en la que ingresó 800.000 euros procedentes de la anterior.

La tercera prueba mencionada es la declaración prestada por el testigo D. Valentín, coincidente, como se expondrá más adelante, no solo con la versión facilitada por otros asistentes a la reunión del 20/07/2006, sino con la prestada anteriormente en el juzgado y ante la propio C.N.M.V. en la fase previa al procedimiento.

En síntesis, el referido testigo, Director financiero de Grupo San José, manifestó en el plenario que en la mañana del 19/07/2006, hubo una reunión en las oficinas que Grupo San Jose posee en Tres Cantos, entre el presidente, D. Olegario y Pablo Jesús, quien le fue presentado por el Sr. Olegario, como Director General de Eurohypo y respecto del que el Sr. Olegario le indicó que podía facilitarles la financiación para la compra de Parquesol, por lo que, en definitiva, el Sr. Olegario le dijo que como el testigo era el que llevaba las cuestiones financieras del Grupo, era la persona más adecuada para dar al Sr. Pablo Jesús la información más precisa acerca de la posible financiación de la operación de compra de Parquesol, por lo que, al despedirse del Sr. Pablo Jesús, quedaron en hablar bien al día siguiente, 20 de julio, o a los dos días, el 21 de julio, en su oficina del Paseo de la Castellana, sin que pudiera precisar ese extremo en el acto del plenario.

A tal reunión, siguió diciendo el mencionado testigo, acudieron por parte de Eurohypo los asesores financieros de Eurohypo, en concreto Atlas Capital, no pudiendo precisar si había algún asesor legal y, por parte de Grupo San Jose, su asesor financiero, esto es, GBS Finanzas; indicó que en la reunión se habló de las condiciones de la financiación, del plazo y del precio y respecto de este extremo, precisó que todos sabían que tenía que ser un rango cercano a 23 euros por acción porque Parquesol acababa de salir a Bolsa y había salido

por 23 euros por acción y nada más salir, empezó a bajar, hasta el punto que en esas fechas, - 20 de julio 2006- la cotización estaba a menos de 20 euros por acción.

De hecho, indicó, el precio al que se lanzó la OPA fue de 23,10. Más delante de su declaración, precisó que el presidente de Grupo San Jose había tomado la decisión de lanzar la OPA. Y, añadió, el día 19 de julio ya tenían la decisión firme de ir a por Parquesol y, por lo que aquí afecta, al contestar a la defensa de uno de los acusados acerca de lo que el Sr. Pablo Jesús sabía tras la reunión con el Sr. Olegario el 19/07/2006, en concreto, al ser preguntado:..." *si en la reunión del 19 de julio, él, su jefe o alguien de su empresa, comunicó al Sr. Pablo Jesús datos de la operación de la OPA que fueran relevantes o importantes, manifiesta que le dijeron el precio*" ... más adelante y al incidir el letrado sobre ese mismo particular, figura en el acta: "*Preguntado si en los dos minutos, se saludan y fijan el precio al director del banco, manifiesta que el señor Olegario estaba hablando previamente con el Sr. Pablo Jesús y él se incorporó después a la reunión para que se buscara la financiación y, en ese momento, se le dijo el precio, no sabe si lo dijo él u otra persona. Se remite a lo que declaró en su día. Ratifica lo que dijo en su día respecto de este punto*".

Además de lo ya indicado, en el acto del juicio precisó que: "*ese precio de 23 euros aparece antes del día 19 y a él le viene dado porque el acuerdo de compra de la compañía ya lo había fijado el presidente de San José*".

Por lo demás, al ser preguntado si los precios de la cotización se pueden consultar en Bolsa, contestó afirmativamente, añadiendo a continuación: "*pero los del acuerdo no, porque hay una lista corta en la que se encuentran las personas que lo podían saber, unas 5 u 8 personas aparte del presidente y el declarante, pues lo tenían que saber los asesores, y los bancos*"

La declaración judicial prestada por el indicado testigo en el juzgado de instrucción el 23/06/2010, (CD obrante al folio 209), resulta coincidente con lo ya expuesto en lo que afecta al precio, precisando una vez más que la familia de los Luis María no haría la operación por debajo de 23 euros por acción, por lo tanto, sabían que el precio tenía que ser de un rango cercano a 23 euros.

La última de las pruebas de las que se ha valido el tribunal proviene de la documentación suministrada por la C.N.M.V. (pieza separada) sobre las personas o entidades que participaron, tras la entrevista de D. Olegario con el Sr. Pablo Jesús el 19/07/2006, en la reunión mantenida al día siguiente con D. Valentín, a la que asistieron, además de estos dos últimos, los asesores de una y otra parte quienes, al igual que el Sr. Pablo Jesús, recibieron un cuestionario remitido por la C.N.M.V. en la labor legalmente encomendada de averiguar si la operación objeto de investigación se había desarrollado correctamente. De ahí que el tribunal entienda necesario recoger, si quiera sea brevemente, las respuestas dadas por cada uno de los asistentes a la referida reunión del 20 de julio de 2006, empezando con la prestada por el propio Director financiero de Grupo San José. D. Valentín quien, al igual que los demás asistentes, al contestar a las preguntas formuladas por el órgano regulador el hecho determinante de este enjuiciamiento era relativamente reciente, pues la fecha en que contesta a la C.N.M.V fue el 06/10/2006, (folio 77 y ss. de la pieza) que, en síntesis, contestó lo siguiente: 1º.- Entre el 19/06/2006 y el 03/07/2006 Grupo San José mantuvo varias reuniones con sus asesores financieros - G.B.S.- en la que se analizó la posibilidad de lanzar una OPA sobre Parquesol. 2º.- El 03/07/2006 se mantiene el primer contacto entre Grupo San Jose y Parquesol que se prolonga en el tiempo. 3º.- El 19/07/2006 se acuerda que Linklaters sean los asesores legales de Grupo San Jose. 4º.- El 21 de julio se concreta el precio definitivo de la OPA a 23,10 euros por acción y el 27 se acuerda el contrato irrevocable entre Grupo San Jose y New Gp Cartera, produciéndose la firma el 28 de julio de 2006.

A su vez, los accionistas mayoritarios de Parquesol, es decir, New Gp Cartera S.L.U., representados por la familia Luis María, contestaron el 03/10/2006, a la C.N.M.V. que:

1º.- Los primeros contactos entre Grupo San Jose y New Gp Cartera se mantienen con el grupo financiero de Grupo San Jose,-G.B.S. Finanzas- desde el 12 de junio de 2.006. 2.- La primera reunión entre New G.P. Cartera y Grupo San Jose tiene lugar el 03/07/2006. 3º.- El 03/07/2006 Grupo San Jose comunicó a New Gp Cartera el precio de la oferta que se cerró el 21/07/2006. 4º.- El primer borrador del acuerdo fue redactado por los asesores de New Gp Cartera, en concreto, por la firma Garrigues, el 20/07/2006 y enviado a los abogados de grupo San Jose y G.B.S. Finanzas y 5º.- El acuerdo definitivo se alcanza el 28/07/2006 y se firmó ese día.

Por su parte, el despacho Cuatrecasas (folio 107 y ss de la pieza) que contestó a la C.N.M.V el 22/11/2006 , manifestó que fue contactado el 20 de julio de 2.006, para acudir a una reunión que se celebró ese mismo día en el Paseo de la Castellana 110, oficinas de Eurohypo. El motivo de su asistencia a la reunión era la preparación urgente de la documentación contractual para la financiación de la eventual operación por parte de Eurohypo, con la que se firmó un contrato de confidencialidad, si bien la referida entidad no fue contratada.

Finalmente la entidad Atlas Capital, en su condición de asesora financiera de Eurohypo (folio 130 de la pieza) relató el 15/11/2006 a la C.N.M.V., que recibió el 20/07/2006 una solicitud de asesoramiento financiero de Eurohypo en la operación que pretendía llevar a cabo a favor de que Grupo San Jose adquiriera Parquesol.

Es decir, del conjunto de esta última prueba se deduce que el tema a tratar en la reunión del 20/07/2006, era la posibilidad de que Eurohypo financiara la OPA de Grupo San Jose, lo que necesariamente implicaba que el representante legal de la referida entidad sabía, de antemano, el precio de adquisición de la acción pactado entre Grupo San Jose y los accionistas mayoritarios de Parquesol pues, en otro caso, la reunión carecería de objeto.

Por lo tanto, a través de las contestaciones que los asistentes a la reunión hacen saber al C.N.M.V., lo que se pone de manifiesto es que el Sr. Pablo Jesús supo antes del 20/07/2006, el precio de la inmediata adquisición de acciones de Parquesol.

Antes de terminar el apartado de la prueba, el tribunal quiere responder a la cuestión planteada por una de las defensas en el acto del plenario acerca de la naturaleza pericial dada a las actuaciones realizadas por la C.N.M.V.

En rigor, el presente procedimiento ha nacido después de la labor de investigación desempeñada por un organismo público que, entre sus funciones, se encuentra velar porque en las operaciones como la enjuiciada se cumpla con la legalidad administrativa, poniendo en aviso, al Ministerio fiscal, si a su entender hubiera indicios de una actuación penal.

Partiendo de esta premisa, ciertamente que la labor desplegada por la C.N.M.V. fue la de su propia actuación administrativa que, por su puesto, examinada como tal, no reúne los requisitos de una prueba pericial pero, además de esa misión inicial ha desplegado otras dos. De una parte, ha permitido que, a través de la investigación por ella realizada y de la documentación por ella recopilada, se haya conocido cómo se llevó a cabo y que pasó en esa adquisición masiva de acciones, revelándose, a su entender, y según se extrae de la pieza por ella instruida que los ahora acusados podían haber vulnerado uno de los preceptos penales que protegen la transparencia e igualdad de oportunidades en el mercado bursátil. De otra, ha contribuido a hacer mas comprensible la forma de actuar de los acusados, en especial, la desplegada por Felix, permitiendo seguir el hilo de sus operaciones financieras a través de los bancos utilizados por el citado y a poner en conocimiento del tribunal que, en el ámbito de la misión que le está encomendada, los presupuestos del tipo penal están en íntima relación con los aplicables al caso por parte de la legislación que regula las operaciones mercantiles en los mercados secundarios, de aplicación al caso, tal como se expondrá más adelante al tratar del tema de la naturaleza jurídica del *artículo 285 del Código Penal* .

Pero, además de iniciar una primera investigación sobre lo ocurrido en la que se incluye la realizada con respecto a las autoridades andorranas, he llevado a cabo un análisis acerca de lo ocurrido enlazando todas y cada una de las operaciones financieras lo anterior a través de la documental aportada por todas ellas que, sin perjuicio de ser valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como ocurre en el ámbito del derecho penal, ha constituido una importante pieza a tener en cuenta, no tanto porque provenga del citado organismo, sino porque ha recogido, enlazado y coordinado las maniobras financieras llevadas a cabo por los acusados a través de la documentación facilitadas por todas ellas, por lo que, en definitiva, además de llevar a cabo la fase de investigación inicial, ha realizado una auténtica pericial sobre los movimientos bancarios objeto de investigación.

Un último apunte debe realizarse en relación a la información periodística relativa al mercado nacional, en aquellas fechas sobre Parquesol, información respecto de la que las defensas han alegado que era un hecho notorio, un rumor por aquél entonces que Grupo San Jose iba a adquirir Parquesol.

Las informaciones que aparecen en los diarios económicos hacen referencia a los aspectos siguientes:

Diario "Expansión" (01/06/2006) (folio 142 de la pieza separada): "Parquesol compra el edificio de oficinas Blau Park".

Diario "Expansión" (21/06/2006) (folio 143 de la pieza separada): "Seis semanas después de que debutara en Bolsa, Parquesol, ya empieza a formar parte de las carteras de los experetos. UBS ha iniciado la cobertura de la inmobiliaria vallisoletana con una recomendación de comprar y un precio objetivo de 26,10 euros, lo que supone un potencial de revalorización del 42% respecto al precio de cierre de ayer de 18,40 euros". "A través de su OPV, Parquesol colocó en le mercado un total de 14,23 millones de acciones, representativas del 35,8% de su capital social."

Diario El Mundo (13/07/2006), (folio 145 de la pieza separada): "Parquesol estrenará en otoño una nueva residencia para mayores con 183 plazas".

Diario Cinco Dias (18/07/2006) (folio 147 pieza separada): "Parquesol y Acciona Inmobiliaria han invertido 35 millones de euros en comprar de suelo junto al futuro estadio de futbol del Real Murcia."

Diario Cinco Dias (27/07/2006) (folio 148 pieza separada): "Parquesol entra en Francia con la compra de un edificio por 15,5 millones".

Con estos datos, no puede deducirse la existencia de una OPA por parte de Grupo San Jose sobre Parquesol.

Como se desprende de la prueba anteriormente expuesta, este tribunal, además de contar con alguna prueba testifical de cargo indicada y de voluminosa documental, se ha valido, como no podía ser de otra manera, de la prueba indiciaria, entendiendo que a partir de ella, este tribunal tiene los elementos necesarios para llegar a la conclusión que ha alcanzado, pues no en vano, ha contado para ello con los requisitos que el Tribunal Supremo ha establecido para que la prueba de indicios surta el efecto de desvirtuar la presunción de inocencia y que de acuerdo con las ss. 17/11/2000, 11/12/2000; 29/10/2001 on06/03/2003, entre otras) son los siguientes:

1º.- Haya una pluralidad de los hechos-base o indicios.

2º.-Exista precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo.

- 3º.- Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.
- 4º.- Esten interrelacionados.
- 5º.- Racionalidad de la inferencia y
- 6º.- Se haya razonado o motivado en la instancia cómo se llegó a tal inferencia.

SEGUNDO.- Corresponde entrar a conocer la calificación legal de la conducta desplegada por los acusados y por quien ha desempeñado, a juicio de las acusaciones la misión de partícipe a título lucrativo.

Del relato de hechos expuestos, se deduce que la conducta de Pablo Jesús sería constitutiva de un delito de uso o suministro de información relevante del artículo 285 del Código Penal y, además de un delito de blanqueo de capitales, mientras la desplegada por Felix reúne los requisitos del blanqueo, pero, dadas las características exigidas del sujeto activo del primer delito, su participación se reduce a ser un mero partícipe a título lucrativo.

Por su parte, y por esa misma restricción del tipo del artículo 285 del Código Penal, la participación en el referido tipo penal llevaba a cabo por Primitivo, se reduciría a la partícipe a título lucrativo. Calificación que sería igualmente la apropiada con respecto a las entidades utilizadas por el segundo o el tercero de los citados para adquirir acciones de Parquesol.

En relación al delito de uso o suministro de información relevante entiende el tribunal que antes de entrar en el análisis acerca de la concurrencia de los presupuestos legales necesarios que permiten la aplicación del artículo 285 del Código Penal en el primero de los dos acusados, resulta necesario exponer el porqué de su existencia y el ámbito de su aplicación.

La escasa aplicación judicial del precepto que es objeto de aplicación en las presentes actuaciones, de una parte, y la necesidad de acudir a otros preceptos fuera de la legislación penal, de otra, ha dado lugar a que a nivel doctrinal no sólo haya sido objeto de numerosas críticas y comentarios, sino que se ponga en cuestión la posible colisión normativa con otros artículos del Código Penal que ya penalizan, dentro del mismo epígrafe de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, la difusión del secreto, como es el caso del artículo 279 del Código Penal.

En cualquier caso, con independencia de tales críticas, la opinión doctrinal mayoritaria entiende que su razón de ser o el bien jurídico que se protege a través del referido precepto responde a la idea de proteger el normal funcionamiento del mercado y la igualdad de inversores y operadores en Bolsa, que se abrió paso en nuestra legislación tras la aprobación de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, recogiendo las ideas que sobre el particular se establecieron fuera de nuestras fronteras, ya sea en el continente americano con la ley *Securities and Exchange Commission (SEC)*, que pone su acento en la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria...(art. 13), o ya sea a nivel comunitario con la Directiva 89/592 CEE, del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas a las operaciones con información privilegiada que determina la modificación de la ya citada Ley del Mercado de valores de 1.988, por la Ley 9/1991 y, de forma más reciente, con la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) que, amén de derogar la legislación anterior, vuelve a modificar la Ley del Mercado de Valores de 1.988 por la actual normativa consagrada en la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, dando una nueva regulación en consonancia con los parámetros de la legislación comunitaria a la regulación relativa a la información privilegiada y al abuso de mercado.

El último hito legislativo a nivel comunitario ahora vigente lo constituye la Directiva 2003/124/CE de la Comisión de 22/12/2003, dictada a los efectos de la aplicación de la Directiva anteriormente nombrada, esto es, la 2003/6/CE.

De lege ferenda, afianzando y potenciando la idea de transparencia en los mercados comunitarios, se ha dictado la nueva Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16/04/2014, sobre sanciones penales aplicables al abuso de mercado.

Pues bien, regresando a la legislación nacional, ese bien jurídico que deduce la doctrina se encuentra ínsito y constituye el bien jurídico protegido del artículo 285 del Código Penal, encaja con las premisas que establece el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores cuando describe que el cometido de la C.N.M.V. es: "*la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores*", desiderátum que, por lo demás impregna la regulación de determinados preceptos de la Ley del Mercado de Valores, tales como el artículo 82 que obliga al emisor del valor el ineludible deber de informar al público de todo hecho o decisión que pudiera influir en la cotización del valor y que, a su vez, resulta en consonancia con lo dispuesto a nivel comunitario en la Directiva 2003/124/CE, de 22 de diciembre y, a nivel de la legislación española con el artículo 81.1 de la citada Ley del Mercado de Valores.

El artículo 1 de la Directiva 2003/124/CE dictada a efectos de la aplicación de la anterior Directiva 2003/6/CE, dispone que se "*Se entenderá que la información es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o puedan darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a concluir en el posible efecto de esa serie de circunstancias o hechos sobre los precios de los instrumentos financieros derivados correspondientes*".

Por su parte, el artículo 81.1 de la Ley del Mercado de Valores establece que: "*Se considera información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciables sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación*".

Partiendo de lo anteriormente expuesto, se entra en el análisis del tipo penal establecido en el artículo 285.1 del Código Penal que entiende el tribunal es de aplicación a los dos acusados.

Se podría decir que los elementos que exigidos en el tipo penal son los siguientes:

1º.- Usar o suministrar información relevante para la cotización.

2º.- Haber tenido acceso a la referida información de forma reservada, es decir, con ocasión del ejercicio de la actividad empresarial o profesional.

3º.- Afectación a valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido,

4º.- Causación de un perjuicio o beneficio superior a 600.000 euros.

5º.- Necesidad de dolo en tal actuación.

Ahora bien, los citados elementos requieren que el tipo penal tenga en cuenta otros datos normativos, lo que obliga a acudir a lo dispuesto sobre el particular bien en la Ley de Mercado de Valores o en la Directiva ya indicada.

Dicho lo anterior, se inicia el estudio de los elementos citados, para después concluir si concurren en el caso.

Con respecto al primer elemento, el Código Penal exige un comportamiento activo, a través de los términos usar, esto es, hacer las operaciones del tipo, por sí y para sí, o a través de otro, supuestos para los que utiliza el término suministrar.

Es decir, y dicho en otros términos, poniendo en relación el citado artículo con el 81.2 de la Ley del Mercado de Valores, el comportamiento abarca el deber de abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente... cualquier tipo de operación sobre los valores negociables o sobre instrumentos financieros... a que la información se refiera.

El segundo elemento de este primer requisito es qué deba entenderse por "información relevante para la cotización". Información relevante, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 81 y 82 de la Ley del Mercado de valores y la Directiva indicada anteriormente puede entenderse como toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y, por tanto, pueda influir de forma sensible en la cotización, es decir, se trata de una información que de haberse conocido podría influir en la formación de los precios.

El segundo requisito del tipo exige haber tenido acceso a la información de forma reservada, es decir, con ocasión del ejercicio de la actividad empresarial o profesional, con lo que parece aludir que se trata de un delito en el que el sujeto activo no puede ser cualquiera, sino solo aquellos que sean profesionales del sector en el que se emiten los valores o instrumentos, o un empresario emisor.

El tercer elemento, esto es, que afecte a valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, no ofrece mayor dificultad de interpretación.

El cuarto requisito, es decir, la causación de un perjuicio o beneficio superior a 600.000 euros, indica que estamos ante un delito de resultado, en el que no parece posible apreciar la tentativa, pues en tales hipótesis estaríamos hablando de supuestos tales como preparar, recomendar o comunicar información, sin resultado alguno en relación a la cuantía exigida en el tipo penal que permite distinguirlo de la infracción administrativa.

El último elemento referido al dolo del autor tampoco necesita mas añadidos toda vez que si se tiene en cuenta que es un tipo penal de aplicación a unos sujetos activos profesionales del sector del mercado, se hace difícil entender una conducta culposa cuando lo que se infringe es un deber específico y concreto de reserva sobre las operaciones que se cotizan en Bolsa.

El siguiente apartado es la aplicación de los referidos elementos del tipo a los dos acusados.

Entiende el tribunal que del conjunto de la actividad probatoria desplegada en el acto del plenario y constituido por las declaraciones de los dos acusados, las testificales y documental formada, tanto por las comunicaciones telefónicas o mensajes habidas entre ellos el propio 19/07/2006, como por los faxes que evidencian el conocimiento de la operación, unida a la proporcionada a través de las autoridades andorranas o la facilitada por la C.N.M.V. en la investigación previa a la incoación de las presentes, permite deducir, siguiendo el criterio de las reglas de la razón, la autoría de Pablo Jesús en el delito previsto en el artículo 285 del Código Penal y ello porque, como ya se ha expuesto, consta probado: 1º.- Que el Sr. Pablo Jesús , tras entrevistarse con D. Olegario el 119/07/2006, conocía los términos de la inminente adquisición de acciones por parte de Grupo San Jose sobre la mercantil Parquesol. 2º.- Que ese mismo día, el Sr. Pablo Jesús efectuó durante la mañana y

a primeras horas de la tarde diversas llamadas telefónicas o mensajes a coacusado Sr. Felix , quien inmediatamente, utilizó el capital que tenía a su disposición en España y en Andorra para adquirir, desde ese mismo día 19/07/2006 cuantas acciones pudo de Parquesol cuando la cotización era inferior a los 20 euros, para venderlas, al mes siguiente por un precio superior a los 22 euros por acción. 3º.- Que en la reunión que el Sr. Pablo Jesús tuvo el 20/07/2006 con D. Valentín, Director financiero de Grupo San Jose y a la que acudieron, por parte de Eurohypo, como asesora financiera Atlas Capital y como asesora legal, la firma Cuatrecasas, se partía de la premisa que la operación de venta rondaría los 23 euros por acción. 4º.- Las llamadas telefónicas del 19/07/2006, los faxes suscritos por el Sr. Felix comprando acciones de Parquesol, y los oficios remitidos por los diferentes bancos a la C.N.M.V.-. 5º La operación de adquisición de acciones por parte del propietario de la mercantil JUTORVE, el 21 de julio 2006 tras ventas, tras recibir una transferencia del partícipe a título lucrativo y 6.- Las ventas de acciones de Parquesol que los dos partícipes Felix y Primitivo llevaron a cabo a partir de agosto de 2.006.

Continuando con la calificación jurídica solicitada por el Ministerio Fiscal, la conducta de ambos acusados, a juicio del tribunal, reúne los requisitos de un delito de blanqueo de capitales y ello por lo siguiente.

En el relato de hechos que se ha declarado probado, no sólo el hecho de que Pablo Jesús pusiera en conocimiento de Felix y de su cuñado, Primitivo, la información relevante, sino su común voluntad de beneficiarse de ella.

Ahora bien, a los efectos de distinguir entre el delito de uso de información relevante y el blanqueo es preciso resaltar que los beneficios obtenidos directamente por el Sr. Felix, por sí o a través de las adquisiciones hechas a través de alguna de sus sociedades, constituye y forma parte de su conducta como partícipe a título lucrativo del delito de uso de información relevante, mientras que el manejo que los dos acusados han llevado a cabo de las cuentas numeradas de Andorra, forman parte del tipo penal de blanqueo.

Esto es, la diferencia de valor de las acciones de Parquesol en el momento de su adquisición a partir del 19/07/2006, es decir, cuando su valor nominal era inferior a los 20 euros por acción, y el momento de su venta en la primera decena de agosto, constituye el resultado del delito de uso de información relevante, no la premisa del delito de blanqueo.

Es decir, los beneficios obtenidos por MAUN INVERSION S.L., en cuantía de 1.058.747,04 euros; el de P.A.C.O. Gestión Internacional S.L., por importe de 443.576,65 euros; el de A.A. INVER PLUSQUAM, por importe de 23.847,91 euros y el adquirido directamente por el Sr. Felix a través de la cuenta numerada de Andorra, por importe de 645.682,74 euros, o los beneficios adquiridos por JUTORVE, perteneciente, como ya se ha indicado a Primitivo , forman parte del tipo penal propio de su condición de partícipes a título lucrativo.

Por el contrario, el delito de blanqueo por el que ambos han sido acusados, parte de la manipulación financiera de esas cantidades en entidades bancarias.

La apreciación de este segundo delito exige, que se llevan a cabo alguno de los verbos nucleares del artículo 301.1 vigente en la redacción del Código Penal de 2.006, esto es, es necesario que los acusados hayan llevado a cabo alguna de las acciones siguientes: adquirir, convertir o transmitir bienes, sabiendo que tienen un origen ilícito, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir el referido origen ilícito.

Por lo tanto, para la apreciación de este delito resulta necesario acreditar, de una parte, que ambos acusados tenían conocimiento del dinero que manejaban y, de otro, que efectivamente llevaran a cabo alguna conducta de las descritas en el tipo.

En relación a la procedencia delictiva del dinero no cabe duda que, como este

segundo tipo penal está íntimamente relacionado y ligado con el de uso de información relevante, es innegable que ambos conocían que el dinero que estaban manipulando procedía directamente de los beneficios obtenidos en su participación en el delito anterior, ya sea en concepto de autor, en el caso de Pablo Jesús, ya lo sea en el de partícipe a título lucrativo, en el caso de Felix.

En cuanto a la realización de alguno de los verbos nucleares, entiende el tribunal que la actividad de los acusados se concreta no sólo en disponer del dinero de las ganancias previas abriendo diversas cuentas a nombre de mercantiles representadas por uno, otro, o por los dos, sino que a través de esas disposiciones lo que han realizado, en términos del tipo penal es la realización de actos que permitan ocultar el origen ilícito.

No es obstáculo para la aplicación del tipo penal de blanqueo para el acusado Sr. Pablo Jesús el que previamente no se haya demostrado que realizó una inversión y obtuviera unas ganancias derivadas del delito anterior, pues no cabe la menor duda de que tal actividad la llevó a cabo, de consuno, el coacusado Sr. Felix, pues, se desprende de los hechos probados que la conducta desplegada por Pablo Jesús se encontraría incluida en el tercero de los apartados del artículo 28 del Código Penal, es decir, su cooperación en el acto sería de tal envergadura que sin ella no se habría producido, pero, además, y sin perjuicio de lo anterior, el Sr. Pablo Jesús ha realizado, materialmente, actos de disposición de un patrimonio de 800.000 euros para separándolo de la cuenta de la mercantil panameña "Portentor", ingresarlo en otra a nombre de la mercantil "Impett" del que era único apoderado.

Es decir, siguiendo el hilo de las transacciones económicas realizadas en ANDBANK, se tiene constancia, como ya se ha indicado, que el Sr. Felix tras realizar una fuerte adquisición en acciones de Parquesol, el propio 19/07/2006, por importe de 3.804.034,70 euros a través de la cuenta numerada NUM006, las vendió el 11 de agosto siguiente, obteniendo un beneficio de 645.682,74 euros.

Pero más adelante, con la referida cantidad, junto con el saldo existente en la misma, hizo dos reintegros, uno el 22/08/2006, por importe de 2.609.514,35 euros con el que abrió la cuenta numerada a nombre de la sociedad panameña "Bellambi Corp.", constituida en las citadas fechas y de la que el citado Sr. Felix era apoderado y, otro reintegro realizado el 23/08/2006, por importe de otros 2.500.000 euros que permitió abrir la segunda cuenta numerada, LM 70723, a nombre de la mercantil panameña "Portentor Inc." de la que ambos acusados eran apoderados. Es a partir de entonces donde el también acusado Sr. Pablo Jesús procede a abrir en Andbank otra cuenta numerada, en concreto, la LM 70724, que pone a nombre de la mercantil panameña "Impett Internacional Inc." de la que el citado era apoderado, a la que transfirió 800.000 euros de la cuenta a nombre de "Portentor Inc."

Por lo tanto, ambos acusados, pese a la rapidez con que se incoó el procedimiento administrativo por parte de la C.N.M.V., en octubre de 2.006, tuvieron tiempo material para disponer de las ganancias obtenidas por el primer delito y negociarlas cambiándolas de cuenta y uniendo así los beneficios con otros de lícita procedencia.

Delito que, por lo demás, es punible, de acuerdo con lo establecido en el artículo 301.4 del Código Penal cuando los actos se han cometido en el extranjero y que, por aplicación del apartado 5 del mismo precepto lleva implícito el decomiso de las ganancias obtenidas, en aplicación del artículo 127 del Código Penal.

El último apartado de este epígrafe destinado a la calificación jurídica es el relativo a la conducta desplegada tanto por el Sr. Felix como por Primitivo.

Ya se ha mencionado profusamente la actuación del Sr. Felix a la hora de explicar la forma de actuar de consuno con el coacusado Sr. Pablo Jesús en su implicación con el delito de uso de información relevante, por lo que procede centrarse ahora en la actividad desplegada con respecto al citado Primitivo.

Sobre este extremo también se ha dicho, a través fundamentalmente de la prueba documental aportada, que el citado adquirió, a través de la mercantil JUTORVE, de su propiedad, el 21/07/2006 un total de 9.000 acciones de Parquesol a un precio de 19,69 euros por acción, lo que supuso 177.234,50 euros que vendió a primeros de octubre de 2.006 a un precio de 23,02, por un precio de 207.180 euros, obteniendo una ganancia de 29.945,50 euros; también se ha indicado que el citado no era asiduo inversor en Bolsa y que fue él participe quien solicitó un préstamo bancario que cedió a JUTORVE para poder comprar las acciones; actividad que entiende el tribunal no sería lógico llevar a cabo si no es porque alguien le comunica que se va a llevar a cabo una OPA y puede ganar dinero fácilmente.

Pues bien, no cabe duda de que ésta operación bursátil entra de lleno en la figura del participe que establece el artículo 122 del Código Penal, pues sin ser autor de ninguno de los otros dos delitos aplicados a los otros dos acusados, ha obtenido unas ganancias que deben ser decomisadas.

La aplicación del referido precepto no es discutible por cuanto el llamado a juicio en concepto de participe ha reconocido la adquisición realizada, el importe y el beneficio adquirido.

Por lo demás, la aplicación del artículo 122 del Código Penal, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, supone una situación que se integra por dos elementos: uno positivo y otro negativo.

Como elemento positivo supone que la persona concernida haya obtenido unas ganancias procedentes de un delito y como elemento negativo, se exige que la persona no haya sido condenada como participe de la infracción correspondiente pues caso contrario sería responsable penalmente de acuerdo con el art. 116 del Código Penal.

El origen de esta responsabilidad civil no está por tanto en una posible responsabilidad penal ex delicto, sino que la causa es la ilicitud civil de un enriquecimiento ilícito limitado a la parte de beneficio en que se haya enriquecido.

No es pues una responsabilidad civil ex delicto sino una responsabilidad civil derivada de la existencia de una causa ilícita.

TERCERO.- Es responsable del delito de uso de información relevante, de conformidad con los artículos 27 y 28 del Código Penal, el acusado Pablo Jesús. Es responsable del delito de blanqueo de capitales, de conformidad con los citados artículos, Pablo Jesús y Felix.

CUARTO.- No concurren en el presente supuesto, en la conducta de los referidos acusados, ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Por lo tanto, para la aplicación de la pena a los dos acusados procede, atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo 66.6 del Código Penal que hace referencia a las circunstancias de los acusados y a la gravedad del caso, efectuar las presiones siguientes.

En relación al delito de uso de información relevante castigado con una pena de entre uno y cuatro años de prisión, procede imponer al acusado, Sr. Pablo Jesús atendiendo a las circunstancias de caso, con especial incidencia en la connivencia demostrada y el aprovechamiento de los datos que le fueron confiados al Sr. Pablo Jesús que permitieron obtener pingües beneficios para otros implicados, la pena, de dos años de prisión.

Con respecto al delito de blanqueo de capitales cometido por ambos acusados, esto es, Pablo Jesús y Felix, teniendo en cuenta que el 301.1 del Código Penal establece una pena de entre 6 meses y 6 años de prisión, procede imponerles la pena de 2 años de prisión, multa

de 645.682,74 euros con responsabilidad civil subsidiaria durante 6 meses.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 127 del Código Penal, se declara el comiso de todas las ganancias adquiridas por Felix , por sí o a través de las entidades MAUN INVERSION S.L.; P.A.C.O. GESTION INTERNACIONAL S.L., FONCYG Y A.A. INVER PLUSQUAM hasta un importe de 1.595.032,14 euros que se desglosa de la forma siguiente:

En relación a la mercantil MAUN INVERSION S.L., se declara el comiso por importe de 1.058.747,04 euros.

Con respecto a la mercantil P.A.C.O. GESTION INTERNACIONAL S.L., por importe de 443.576,65 euros.

El importe del comiso sobre la mercantil FONCYG, asciende a 68.860,54 euros.

Y, el de la mercantil A.A. INVER PLUSQUAM, es de 23.847,91 euros.

Igualmente y por aplicación del mismo artículo 127 del Código Penal, se declara el comiso de las ganancias obtenidas por Felix en la cantidad de 645.682,74 euros.

Por último y en relación a las ganancias de la mercantil JUTORVE, de la que es apoderado Primitivo, procede el comiso de las ganancias obtenidas, esto es, 29.945,50 euros.

SEXTO.- En materia de costas, procede imponerlas a los dos acusados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 del código Penal y 240 de la L.E.Crim., incluyéndose expresamente las de la acusación particular personada en nombre de Eurohypo, Sucursal en España, a cargo de Pablo Jesús.

VISTOS los citados preceptos y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Pablo Jesús como autor criminalmente responsable de un delito de uso de información relevante, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, **dos años de prisión**, multa de 1.595.032,14 euros, con responsabilidad subsidiaria en caso de impago de un año, inhabilitación especial para el ejercicio de las actividades relacionadas con Banca, sector financiero y bursátil durante 3 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y pago de las costas por mitad, incluyendo expresamente las causadas a la acusación particular ejercida por Eurohypo AG, sucursal en España.

Igualmente condenamos a Pablo Jesús y Felix, como autores criminalmente responsable de un delito de blanqueo de capitales a la pena, para cada uno de ellos, de **dos años de prisión** , multa de 645.682,74 euros, con responsabilidad civil subsidiaria durante 6 meses en caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y bursátil durante 3 años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y pago de las costas del juicio.

Se declara el comiso de las ganancias de 1.595.032,14 euros obtenidos por Felix a través de las entidades MAUN INVERSION S.L.; P.A.C.O. GESTION INTERNACIONAL S.L., FONCYG Y A.A. INVER PLUSQUAM y el de las obtenidas por Primitivo, a través de JUTORVE en la cantidad de, 29.945,50 euros.

Contra la presente resolución puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá prepararse en el plazo de cinco días a partir de la última notificación.

Así, por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrado Ponente Ilma. Sra. D^a Carmen Paloma González Pastor, estando celebrando audiencia pública el día de su fecha. Doy fe.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.