

En la Villa de Madrid, a siete de septiembre de dos mil once.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes Diligencias Previas 317/09 se incoaron mediante auto dictado en fecha 30/11/2004 en virtud de denuncia interpuesta el 25/11/2004 por Roberto contra Juan Antonio, como administrador de Royal Romana Playa SA y contra Antonio, socio y administrador de Segetur SA, Proturin SA y de Air Comet, sociedad de la que era Presidente y Consejero Delegado, bajo imputaciones de falsedad documental, estafa procesal y delito contra la Hacienda Pública; denuncia que amplió el 3/01/2005 imputando un delito de apropiación indebida de fondos públicos del Estado (malversación de caudales públicos) por importe de 56 millones de US \$ que SEPI había aportado a Interinvest (titular de Aerolíneas Argentinas) para el pago de los pasivos de la adquisición de esta sociedad, ampliando la imputación contra Gonzalo y Gerardo, por consensuar con Royal Romana Playa SA una actuación previa de Air Comet SA, denunciando a esta por falsedad documental en sus cuentas anuales, delito contra la Hacienda Pública y apropiación indebida de fondos públicos (malversación de caudales públicos) por importe de 246 millones US \$, de los que 56 fueron posteriormente cedidos a Royal Romana Playa SA.

SEGUNDO.- De cuantas diligencias de instrucción se estimaron necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, cabe inferir indiciariamente los siguientes hechos:

En el año 2001, SEPI era propietaria del 99,2% de las acciones de Interinvest SA, entidad mercantil domiciliada en Argentina y propietaria del 92,10% del capital de Aerolíneas Argentinas (en adelante, ARSA).

Por medio de contrato de compraventa fechado el 2-10-2001 y elevado a escritura pública en fecha 15-10-2001, SEPI vendió sus acciones en Interinvest a Air Comet por precio de un dólar USA.

En la estipulación novena del contrato, el vendedor, SEPI, asumía a su cargo los pasivos exigibles hasta un importe máximo de 300 millones de dólares USA.

SEPI se comprometía a aportar en Interinvest los 300 millones que debía destinar Air Comet al pago de una lista de pasivos que aparecían en un anexo del contrato.

En cumplimiento de estos acuerdos, el 15-10-2001 se abrió la cuenta bloqueada núm. ... en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria a nombre de Interinvest, realizando SEPI un ingreso de 300.000.000 US \$.

De conformidad con lo estipulado en el Convenio de aportes irrevocables de 15-10-2001 y en el Acuerdo de 3-12-2001 suscrito por Air Comet, sus accionistas y Viajes Marsans, fueron satisfechos créditos de ARSA por importe de 272.872.584, 20 US \$, créditos que quedaron cedidos a Air Comet, con el

compromiso de ésta de aportarlos posteriormente al capital social de ARSA en forma de aportes irrevocables.

Al mantenerse vigentes los créditos cedidos a Air Comet, ésta adquiriría un beneficio que resultaba de haber adquirido tales créditos con fondos procedentes de SEPI, a título gratuito, beneficio que tendría las correspondientes consecuencias fiscales.

En los ejercicios cerrados a 28-2-2002 y a 28-2-2003, Air Comet había adquirido, con carácter lucrativo, derechos de créditos por importe de 246.256.461,20 US \$ y 26.616.122,00 US \$ respectivamente.

En consecuencia, en el ejercicio cerrado a 28-2-2002 Air Comet tendría que haber ingresado por Impuesto sobre Sociedades una cuota de 99.049.520,50 euros.

Tras la resolución del concurso de ARSA el 26-12-02, los créditos adquiridos por Air Comet habrían sufrido una quita del 60% acordada en la resolución del citado concurso, quedando valorados en 109.149.033,68 US \$.

Como consecuencia de estas pérdidas, en la liquidación del Impuesto sobre sociedades de Air Comet del ejercicio cerrado a 28-2-2003, resultaría una base imponible comprobada de -175.078.541,61 euros, con una cuota a devolver de -40.444,44 euros, generándose una base imponible negativa a compensar en los ejercicios siguientes de 175.078.541,61 euros.

TERCERO.- Los imputados han prestado declaración en tal concepto habiéndoseles informado de los hechos que se le imputan y previamente de sus derechos constitucionales.

Igualmente, constan unidas a la causa las diligencias de investigación oportunas, que se consideran suficientes para fundar una acusación procediendo dictar auto de incoación de Procedimiento Abreviado únicamente por delito contra la Hacienda Pública cometido por Air Comet, (por impago de cuota del impuesto de sociedades, ejercicio cerrado a 28-2-2002), siendo penalmente responsables Antonio, Gonzalo y Gerardo.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos anteriormente descritos se deducen de lo actuado en las diligencias practicadas, y en concreto, del contenido de las declaraciones prestadas por los imputados, denunciante y testigos, de los informes periciales y de la documental -especialmente informe del Tribunal de Cuentas y comisiones rogatorias- que obra unida a la causa, entre otras, pudiendo ser los mismos constitutivos de delito de los comprendidos en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 779.1.4, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina: "Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado

declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775"; el procedimiento ordenado en el Capítulo IV, De la preparación del juicio oral, del Título II, Del Procedimiento Abreviado, es el que corresponde, según el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o su duración.

De las diligencias practicadas en esta causa, se infiere la presunta participación o intervención de Antonio, Gonzalo y Gerardo en actuaciones presuntamente delictivas que cabría calificar indiciaria e inicialmente como un delito contra la Hacienda Pública cometido por Air Comet, (por impago de cuota del impuesto de sociedades, ejercicio cerrado a 28-2-2002) que, en su caso, constituiría delito objeto de tramitación atendiendo al Título II, del Libro IV, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Del procedimiento abreviado), lo que obliga a seguir el trámite establecido en el Capítulo IV del referido Título II (De la preparación del juicio oral), procediendo dar traslado, en atención al artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de las diligencias previas originales o mediante fotocopia, al Abogado del Estado, Ministerio Fiscal y, en su caso, -como más abajo se especificará- a las acusaciones personadas, para que, cada una en el plazo de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias cuando se manifieste la imposibilidad de formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, en los términos reseñados en el artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No está el delito prescrito en lo que se refiere a D. Antonio, como alega en su escrito de alegaciones su representación procesal, por cuanto tratándose del impuesto de sociedades, la imputación se llevó al Juzgado en denuncia de 3/01/2005 contra Air Comet, que interrumpió la alegada prescripción desde el momento en que por el Órgano judicial se realizaron diligencias contra esta y sus integrantes -entre las que figura la declaración como imputado de D. Antonio el 24/05/2005 al f. 42 del tomo II de esta causa-, sin perjuicio de la continuación de las diligencias instructorias esenciales entre las que destaca la pericial de 26/10/2007 que sirvió para determinar la cuota defraudada que se le imputa, y que como esta resolución, nuevamente han interrumpido cualquier prescripción, pese al cambio de Juzgado operado seis años y medio después de denunciados los hechos.

SEGUNDO.- Lo anterior significa que se han practicado y agotado las diligencias de investigación propias de la instrucción, que derivan conforme razona acertadamente la Abogado del Estado en la imputación arriba recogida, con el consiguiente sobreseimiento del resto de investigados y por el resto de las imputaciones que se venían formulando sobre ellos por la Acusación particular, continuando exclusivamente la causa penal por el delito contra la Hacienda Pública referido, lo que a su vez irroga la consecuencia procesal interesada por la representación del Estado, que debe acogerse, de considerar que quienes hasta aquí han figurado como Acusación particular, incluidos los recientemente personados como Aerolíneas Argentinas, pueden

exclusivamente continuar haciéndolo sólo en concepto de Acusación popular - dado que no son perjudicados en el sentido de que el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio de Hacienda, y no las expectativas económicas asociadas de quien comparte con ella deudores- y sólo para el caso de que aporten en el plazo de 10 días desde la firmeza de esta resolución, una fianza cada uno de 3.000 euros, de conformidad con el criterio para evitar disfunciones procesales recogido en el Art. 280 LECrim.

En efecto, de lo practicado en la extensa instrucción antecedente no se deduce la falsificación de cuentas anuales o libros oficiales de Air Comet ni de Royal Romana Playa, no habiéndose ubicado diligencias directamente encaminadas a describir los supuestos documentos falsificados, ni a conocer los extremos de los mismos alterados, ni la realidad que debería figurar en su lugar, ni los autores de tales mendacidades, procediendo por tanto el sobreseimiento por esta imputación.

Igual suerte debe correr la imputación de estafa procesal, porque no habiendo recibido Royal Romana Playa (que nunca resultó accionista, y que sólo actuó como mandataria en el concurso) los créditos por importe de 56 Millones de US \$ que se dice que el Grupo REPSOL cedió a Air Comet (a favor de quien se hicieron los aportes irrevocables, perfectamente cumplidos por esta según el Tribunal de Cuentas), no existe ocultación maliciosa que pretendiera eludir el pago de la indemnización del 1% de la cifra de negocio de aquella a que el denunciante dice que tenía derecho y sin que tenga relevancia penal, al margen de la señalada para el delito fiscal, la alegación en el escrito de la representación procesal de D. Roberto, de que la contabilización como gasto de la “venta de apartamentos en Torremolinos” fue para a “minorar los importes positivos de la base imponible de los impuestos de sociedades”, pues será en este delito e imputación donde en su caso deberán tenerse en cuenta.

Respecto de la imputación por malversación de caudales públicos, según la cual Air Comet acaba ampliando su participación en ARSA a costa de fondos aportados por SEPI en Interinvest para el pago de pasivos de ARSA, modificando los pactos previa y preceptivamente autorizados por el Consejo de Ministros (que autorizaba a pagar y no a adquirir créditos) en el proceso de privatización, convirtiéndose Air Comet en principal acreedora de ARSA en el procedimiento concursal en Argentina gracias a los fondos aportados por SEPI, modificándose el destino de los fondos públicos que esta entidad estatal gestionaba, según informe del Tribunal de Cuentas, y retrasando Air Comet el cumplimiento de su deber de hacer los aportes irrevocables (que sin embargo hizo con cuatro años de retraso) indicar que no existe el ánimo de lucro que exige el tipo penal, propiciando el sobreseimiento respecto de esta imputación, como se desprende del hecho de que la complicada operación contractual pretendía la venta de empresas (ARSA y AUSTRAL) con importantes pérdidas, lo que obligaba a SEPI a realizar aportaciones de dinero público que las mitigaran, permitiendo a SEPI desprenderse de sus acciones asumiendo el pago de importantes pasivos de empresas en concurso, lo que excluye la idea de que los gestores de SEPI se apropiaran de dinero (exclusivamente destinado a ajustar el balance y a pagar deudas) ni que permitieran que Air Comet lo hiciera, pues los créditos fueron adquiridos y posteriormente

integraron el capital social de ARSA, tal y como señala el tercer informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas de 30/10/2008, Tribunal que en todo momento excluye la posibilidad de existencia de este delito.

El compromiso de destinar 300 millones \$ al pago de deudas de ARSA debía entenderse cumplido ya se hiciera a través del pago de deudas, ya a través de al adquisición de pasivos para ampliar el capital, siendo el efecto final idéntico, pero más conveniente para ARSA la segunda opción, y el retraso de cuatro años en capitalizar los créditos adquiridos, por las circunstancias del complejo caso, no infiere un ánimo apropiatorio, ya que ARSA pagó la última cuota del concurso en diciembre de 2004, mismo mes en que se aceptaron los aportes irrevocables que se convirtieron en ampliaciones de capital, con posterioridad.

Respecto de la imputación por fraude o exacciones ilegales no concurre prueba en la causa de la que inducir concierto, artificio o maquinación entre los gestores de SEPI y los administradores de Air Comet para defraudar al Estado, sino actuaciones encaminadas a desprender a este de empresas con graves problemas de solvencia, por lo que igualmente debe acordarse el sobreseimiento de esta imputación.

Finalmente debe igualmente excluirse la existencia de un posible delito de falsedad con su consiguiente sobreseimiento, en el hecho de que apareciera en esta causa penal en junio de 2005 el convenio privado de aportes irrevocables de 15/10/2001, pues el mismo existía previamente en la fecha que se consigna, como demuestra el hecho de que apareciera analizado y citado, por ejemplo en el informe de auditoría de 22/05/2003 sobre la operación de privatización de Interinvest SA elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado, dentro del Plan de Auditoría de 2003, que a su vez citaba Memoria de SEPI sobre esta operación elaborada por el Agente gestor en 9/12/2002 que igualmente la conocía.

En definitiva, y coincidiendo en la base con lo señalado por la Abogacía del Estado y especialmente en el último informe del Tribunal de Cuentas que acompaña, la privatización de ARSA, amén de compleja y transnacional, posiblemente se pudo llevar de otra forma, -pues según el informe de 2008 del Tribunal de Cuentas costó al Estado español unos 2.000 millones de euros-, y, salvo lo indicado respecto de la elusión dolosa de la tributación por el impuesto de sociedades respecto de Air Comet, no infiere intencionalidades delictivas, teniendo en cuenta que no hubo descapitalizaciones, aunque la culminación de los aportes se cumplió cuatro años después de lo comprometido.

La Sociedad estatal SEPI únicamente pretendió deshacerse de su participación en empresas que constituían un auténtico problema en su gestión con altas probabilidades de aumentar todavía más su endeudamiento, lo que desde una óptica meramente penal excluye la intencionalidad criminal que precisan delitos de la categoría de los imputados.

En consecuencia, procede dejar sin efecto la toma de declaración en calidad de imputados a los Sres. G., O. y M., así como la testifical del Sr. R. acordadas en su día por el anterior Juzgado Instructor, nuevamente solicitadas por la

representación procesal del Sr. P., ante su innecesariedad, por descartarse, como se ha indicado, las imputaciones que se les solicitaba a los tres primeros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### PARTE DISPOSITIVA

Continuar la tramitación de las presentes diligencias previas, según lo dispuesto en el Capítulo II Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo efecto, dese traslado de las mismas al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, y en su caso, por medio de fotocopias, a las acusaciones populares, si constituyeran la fianza de 3.000 euros cada uno que se les ha fijado, a fin de que cada uno de ellos en el plazo de diez días formulen, o bien escrito de acusación solicitando la apertura de juicio oral en la forma prescrita en la Ley o bien soliciten el sobreseimiento de la causa sin perjuicio de que puedan solicitar excepcionalmente la práctica de diligencias complementarias que consideren indispensables para formular la acusación.

Se deja sin efecto la toma de declaración en calidad de imputados a los Sres. G., O. y M., así como la testifical del Sr. R. que en su día se acordaron por el anterior Juzgado Instructor, nuevamente solicitadas por la representación procesal de D. Roberto, ante su innecesariedad.

Esta resolución no es firme y frente a ella cabe recurso de reforma ante este juzgado, que ha de interponerse en el plazo de tres días.

Así lo acuerda, manda y firma D. Eloy Velasco Núñez, Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción Núm. 6 de Madrid.- Doy fe.