

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès¹

Número monográfico: El «caso Pescanova». Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero, por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Ramon RAGUÉS I VALLÈS, Ricardo ROBLES PLANAS, Nuria PASTOR MUÑOZ, Raquel MONTANER FERNÁNDEZ, Ivó COCA VILA y Albert ESTRADA I CUADRAS.

-

¹ La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

El «caso Pescanova»

Comentario a la STS 89/2023, de 10 de febrero

Jesús-María Silva Sánchez
Ramon Ragués i Vallès
Ricardo Robles Planas
Nuria Pastor Muñoz
Raquel Montaner Fernández
Ivó Coca Vila
Albert Estrada i Cuadras

IusCrimBCN - Universitat Pompeu Fabra

El hundimiento del Grupo PESCANOVA en 2013 fue uno de los mayores escándalos empresariales que se han producido en España en los últimos años. Tras un largo periplo judicial, en febrero de 2023 el Tribunal Supremo puso fin al procedimiento penal abierto para dilucidar la responsabilidad de los máximos directivos de la empresa y de sus auditores y lo hizo revocando en una parte muy importante los previos pronunciamiento de la Audiencia Nacional². En su sentencia la Sala Segunda aborda múltiples cuestiones de gran interés para el tratamiento jurídico de la criminalidad económica y empresarial. El análisis de todas ellas se acomete en este número monográfico de la Revista Crítica de Jurisprudencia Penal a cargo de varios integrantes del grupo de investigación consolidado en Derecho Penal económico-empresarial IusCrimBCN de la Universitat Pompeu Fabra.

1. El caso y sus antecedentes procesales

En su sentencia de 6 de octubre de 2020 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró probados, resumidamente, los siguientes hechos:

1. La mercantil PESCANOVA S.A. tenía como objeto la comercialización al por mayor de pescado congelado, mientras que el resto de sociedades del denominado Grupo PESCANOVA se ocupaba de la pesca, ya fuera extractiva o mediante la acuicultura. Ambas actividades se llevaban a cabo en los cinco continentes. PESCANOVA S.A. era la cabecera de un grupo de más de 151 sociedades nacionales e internacionales extendidas en 25 países, con 14.000 empleados directos. La sociedad estaba regida por un consejo de administración integrado por diez miembros y contaba, además, con un comité de auditoría y un comité de nombramientos y retribuciones, con tres miembros cada uno. El comité de auditoría «antes de formularse las cuentas anuales por el Consejo de administración debía revisarlas y dar su conformidad, vigilando el cumplimiento de los requisitos legales, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los

² Esta primera sentencia fue objeto de comentario por parte de Raquel MONTANER FERNÁNDEZ en un número anterior (1/2021) de la *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*: «Con controles y a lo loco: la relevancia penal de la infracción de las funciones de auditoría. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional 14/2020, de 6 de octubre (“Caso Pescanova”)».

criterios contables, encargándose igualmente de canalizar las relaciones del Consejo con el auditor externo». PESCANOVA y el Grupo consolidado estaban auditados por BDO AUDITORES S.L. desde 2002.

2. Según relata la sentencia, Manuel F.S., que fue presidente ejecutivo de PESCANOVA entre 1985 y 2013, «como consecuencia de la dificultad de seguir disfrutando de la financiación financiera que les servía de soporte para el normal funcionamiento de su actividad, al menos desde finales de 2007, ideó una serie de mecanismos que tenían por objeto aparentar una relación comercial, en realidad inexistente, que permitiera a PESCANOVA seguir obteniendo financiación bancaria y ostentar frente al resto de los socios y terceros interesados en invertir una situación económica y financiera positiva muy distinta a la publicada oficialmente». Para ello se sirvió, prosigue la resolución, «de los responsables de los departamentos de administración y financiero y de algunos empleados que trabajaban en los mismos, de la auditoría interna y de la falta de salvedad alguna por parte del responsable del auditor externo durante los ejercicios en que tal labor de financiación sobre operaciones ficticias u otros mecanismos de ocultación de las deudas financieras se llevaron a cabo». En concreto, los medios empleados fueron los siguientes:

«a) Solicitar ante las entidades bancarias (de) ingentes créditos documentarios (usualmente utilizados para operaciones de comercio exterior con empresas de ultramar desconocidas en las que cada parte utiliza una entidad bancaria para asegurar el cumplimiento de la otra parte contratante, a la que se desconoce) cuando, la realidad de los hechos es que utilizó a algunas de sus propias filiales de ultramar sin su consentimiento y sin que existiera ninguna relación comercial, con la única finalidad de autofinanciarse.

b) Servirse de sociedades creadas *ad hoc* (las denominadas sociedades instrumentales) para aparentar unas relaciones comerciales de compraventa de pescado, en realidad inexistentes, pero aptas para conseguir líneas de *factoring* o pólizas de descuento bancario, con la misma finalidad de financiarse.

c) Utilizar datos de antiguos clientes, sin su consentimiento, con objeto de aparentar frente a las entidades bancarias una fluida relación comercial, igualmente inexistente, pero apta para soportar las líneas de *factoring* o las pólizas de descuentos bancarios.

d) Ocultar sociedades filiales que deberían estar en el perímetro de consolidación (el plenario).

e) Compensar activos con pasivos y créditos con deudas (técnica del neteo), prohibida a efectos contables (...).

De este modo, prosigue la sentencia, la sociedad «se venía financiando a base de presentar a los bancos innumerables operaciones que no respondían a la realidad, ya fueran las realizadas a través de filiales de ultramar que la entidad utilizaba para justificar las peticiones de créditos documentarios; ya fueran los contratos de financiación de líneas de *factoring* o de descuento bancario utilizando como soporte operaciones ficticias que la sociedad realizaba con las sociedades instrumentales o antiguos clientes; ya fuera ocultando filiales en el perímetro de consolidación o ya fuera neteando y ocultando deuda financiera con objeto de dar una imagen positiva de la sociedad que no coincidía con su situación financiera y económica real».

3. Según se recoge en los hechos probados, mediante el conjunto de prácticas irregulares de financiación descritas, el presidente de la compañía, con la colaboración de los acusados que

prestaban sus servicios en los departamentos de administración, financiero o auditoría interna y, gracias a la falta del necesario control de la auditora, permitió la ocultación de cantidades millonarias derivadas del endeudamiento bancario de la matriz y su grupo, lo que se tradujo en la elaboración de unas cuentas anuales, documentos contables o folletos informativos con resultados positivos, colaborando así a la formulación de las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, que, tras su aprobación y depósito en el Registro Mercantil y publicadas a través de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), transmitieron unos datos que no se correspondían con la imagen fiel de la situación económica y financiera real de la sociedad y su grupo. Por citar un ejemplo, solo en el ejercicio de 2011 los resultados positivos presentados al consejo de administración por el importe de 16.164.000 € en la matriz y 50.421.000 € en el consolidado, acabarían siendo reformulados por la administración concursal tras el análisis de su contabilidad por los resultados negativos de -260.110.000€ y -292.594.000€.

4. El consejo de administración de PESCANOVA de 02/07/2012, aprobó una ampliación de capital por importe de 124.956.740 €, que supuso la emisión de 9.290.464 nuevas acciones, por un importe nominal de 55.742.784 € (13,45 € por acción), más una prima de emisión de 7,45 € por acción, lo que suponía un 32,33% de capital adicional. A tal efecto, se remitió a la CNMV el folleto de emisión constituido por el «Documento de Registro de Acciones» y la «Nota sobre Acciones», que fueron inscritos en dicha Comisión y que, bajo la responsabilidad última del presidente de la sociedad, ofrecían como información financiera fundamental la contenida en sus cuentas anuales consolidadas de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 y en los estados financieros intermedios del primer trimestre de 2012 con los resultados ya mencionados, figurando que las cuentas habían sido auditadas favorablemente y sin salvedad, y que la sociedad emisora había cumplido todos sus compromisos financieros sin riesgo alguno de vencimiento anticipado de sus obligaciones. Los datos publicados atrajeron a importantes inversores, tanto pequeños y medianos ahorradores como sociedades dedicadas a invertir en empresas. Entre estas últimas destacan SILICON METALS HOLDING LLC., LUXEMPART S.A. y CORPORACIÓN ECONÓMICA DELTA S.A., que acabarían perdiendo respectivamente unos 23, 51 y 40 millones de euros.

5. En fecha 25/02/2013 el acusado Manuel F.S. convocó de modo informal a los principales accionistas de PESCANOVA para anunciarles que las cuentas que estaban a punto de formularse arrojaban muy buenos resultados, pero para solicitarles, asimismo, alegando supuestos problemas coyunturales de tesorería, un préstamo de 50 millones de euros para hacer frente a una obligación de pago inminente. También en otra reunión del comité de auditoría de fecha 26/02/2013 los encargados de la elaboración de las cuentas anuales, esto es, el responsable del departamento de administración, el acusado Alfredo L.U. y el auditor interno, el acusado Joaquín V.T., informaron de los buenos resultados de las cuentas anuales del ejercicio 2012 y de la existencia de tesorería, anticipando el auditor externo, el acusado Santiago S.F., también presente, que emitiría un informe favorable. Sin embargo, en el consejo de administración de 27/02/2013 uno de los socios, que había estado en la reunión de dos días antes, manifestó sus sospechas sobre la situación real de la compañía, por lo que las cuentas no llegaron a formularse y la sociedad se vio obligada a declararse en situación de precurso a fin de negociar con los acreedores. El 04/04/2013, al descubrirse que los problemas de tesorería eran mucho más graves, se decidió declarar a la empresa en concurso, además de encomendar una investigación interna a la firma KPMG. Entre tanto, los servicios administrativos de la matriz informaron a la CNMV de la situación económica, considerando que la deuda del grupo consolidado era de 3.235.000.000 €, la neta 3.056.000.000 € y la bancaria 2.362.000.000 €. Pocos días después, el 10/04/2013, los acusados Alfredo L.U. y Joaquín V.T., director del departamento de administración y auditor interno, respectivamente, acudieron a la CNMV a requerimiento de esta e informaron de que la

contabilidad de PESCANOVA estaba neteada, reconociendo que BDO lo sabía y admitiendo que existían créditos documentarios basados en operaciones ficticias.

6. En febrero de 2013 el acusado Manuel F.S. realizó desde sociedades controladas por él mismo varios préstamos a PESCANOVA por importe aproximado de 15 millones de euros para hacer frente a los citados problemas de tesorería y convencer a los restantes accionistas de que también prestaran fondos. Sin embargo, cuando la situación de crisis era ya inminente –concretamente a principios de marzo de 2013– el propio acusado ordenó a PESCANOVA devolver a varias sociedades controladas por él mismo (KIWI ESPAÑA S.A. y QUINTA DE SOBREIRO S.L.) un total de 4,4 millones de euros. Una de dichas sociedades –la citada QUINTA DE SOBREIRO– tenía abierta una cuenta en Portugal, desde donde el mes agosto siguiente se intentó transferir los citados fondos a otra cuenta de Hong Kong simulando un préstamo a favor de su esposa, M.^a Rosario A.D. Sin embargo, el banco bloqueó la operación por considerarla sospechosa y el acusado desistió finalmente de la transferencia. Asimismo, entre enero y febrero de 2013 el presidente de PESCANOVA Manuel F.S. vendió acciones de dicha empresa, que poseía a través de una sociedad de la que era administrador, por importe superior a los 27 millones de euros, evitando así sufrir una pérdida patrimonial de más de 15 millones.

7. Según la sentencia, Manuel F.S., en su condición de presidente ejecutivo de PESCANOVA, fue quien ideó los comportamientos descritos para conseguir financiación bancaria y presentar un estado positivo de las cuentas de la compañía. También firmó los documentos denominados «Notas de acciones» y «Registro de acciones» elaborados por los servicios administrativos en la ampliación de capital de julio de 2012, supervisados por BDO y remitidos a la CNMV, que reflejaban una situación financiera de la compañía con unos resultados que no se correspondían con la realidad. Por su parte, el acusado Joaquín V.T., jefe de auditoría interna, «consta acreditado que conoció y participó en su condición de auditor interno en la financiación de la matriz mediante líneas de factoring y pólizas de descuento bancario utilizando para ello créditos documentarios, las 14 sociedades instrumentales creadas a instancia de la matriz, así como antiguos o inexistentes clientes y operaciones de neteo».

El acusado Antonio T.M., en su condición de director financiero entre 1980 y julio de 2012, tenía la misión fundamental de negociar con los bancos y conseguir dinero para PESCANOVA, «firmando para ello cartas que se entregaban a los bancos en las que constaba la situación financiera de la compañía, a sabiendas de que tales documentos, –ya sea los referentes a los créditos documentarios, las facturas que generaba la Sociedad con las sociedades instrumentales o utilizando los datos de antiguos clientes, la realización de neteos o el ocultamiento de filiales en el perímetro de consolidación– no reflejaban la imagen fiel de la Sociedad, actuando a veces como representante o mandatario de PESCANOVA o sus filiales». A sus órdenes trabajaba el acusado José Manuel G.G., encargado de tesorería, que colaboró en la elaboración de documentos para conseguir financiación bancaria por los métodos descritos. Cuando Antonio T.M. se jubiló en julio de 2012 fue sustituido por el también acusado Carlos T.D., quien continuó con la actividad descrita.

A su vez, Alfredo L.U. era el director del departamento de administración, estaba encargado de la llevanza de los libros de contabilidad y era el máximo responsable de la revisión de las cuentas, con una importante responsabilidad en el proceso de elaboración de las cuentas anuales. Dicha responsabilidad se centraba en elaborar la información final de la contabilidad formulando, mediante una tabla, una propuesta de balance de situación y de cuentas de pérdidas y ganancias que se entregaba al auditor externo para su chequeo y revisión antes de que fuera presentada,

para su formulación por el consejo de administración. A las órdenes del anterior trabajaba el jefe de contabilidad, Ángel G.D., que coordinaba los departamentos contables y elaboraba los balances de sumas y saldos, siendo conocedor de los métodos descritos *supra* para financiar la sociedad, con los que colaboró mediante la preparación de facturas. También llevó a cabo neteos con el fin de disminuir la deuda bancaria.

8. Santiago S.F. era socio-auditor de la sociedad BDO Auditores, S.L., considerada como la quinta auditora en el *ranking* mundial. Las funciones de auditoría externa de PESCANOVA estaban a cargo de BDO desde el año 2002 y, a partir del año 2009, Santiago S. F. pasó a ocupar el cargo de socio-auditor responsable en las relaciones con el Grupo PESCANOVA. Según la sentencia, en casi todos los casos «en los que BDO intervino como auditora externa, teniendo acceso a todos los datos de la contabilidad de la matriz y sus filiales, avaló con sus informes, sin salvedades, cuantas operaciones llevó a cabo la matriz vulnerando las normas de la contabilidad y permitiendo dar una imagen de su situación económica y financiera muy diferente a su abultada deuda financiera real; aquiescencia que no desapareció por el hecho de que la intención real de PESCANOVA fuera distinta de la propia de los mecanismos financieros utilizados». Además de otras irregularidades que la resolución especifica de modo detallado, tampoco BDO puso ningún obstáculo a la práctica del neteo «y con ello no sólo incumplió una norma esencial en la contabilidad de la imposibilidad del neteo, sino que contribuyó, de forma decisiva, a que la contabilidad no reflejara la imagen fiel de la compañía, que era, precisamente, su principal responsabilidad».

9. A la vista de estos hechos, en su sentencia de primera instancia, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a los acusados por los delitos siguientes:

a) Al presidente ejecutivo Manuel S.F., como autor criminalmente responsable de un concurso medial de los delitos de falsedad en documento mercantil cometido por particulares, estafa agravada, falseamiento de cuentas anuales y otros documentos y falseamiento de información económica y financiera, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión y demás accesorias. Además, al mismo acusado y a su esposa M. Rosario se les condenó por un delito de alzamiento de bienes a las penas de dos y un año de prisión, respectivamente. Asimismo, se condenó penalmente a las mercantiles KIWI ESPAÑA S.A. y QUINTA DO SOBREIRO S.L.

b) A Antonio T. M., Alfredo L.U., Joaquín V.T., Ángel G.D. y Carlos T.D., como autores criminalmente responsables de un concurso medial de los delitos de falsedad en documento mercantil cometido por particulares, estafa agravada y falseamiento de cuentas anuales y otros documentos, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión.

c) A Santiago S.F., como autor responsable de un concurso medial de los delitos de falseamiento de cuentas anuales y falseamiento de información económica y financiera, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión.

d) A Alfonso P.A., como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales, en grado de tentativa, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y multa de seis meses.

e) A Alfonso G.C., como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión.

f) A Manuel L.R., como autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión.

g) A José Manuel G.G., como autor de un delito de estafa agravada, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión.

h) A PESCANOVA, como autora responsable de un concurso medial de un delito de estafa agravada y falseamiento de información económica y financiera, con la atenuante analógica de confesión, a la multa de dos años, a razón de una cuota diaria de 30 €.

i) A BDO AUDITORES S.L., como autora responsable de un delito de falseamiento de información económica y financiera, sin la concurrencia de ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, a la multa de dos años, a razón de una cuota diaria de 30 €.

La indemnización solidaria de todas las personas físicas y jurídicas condenadas a los principales accionistas ascendió a una cifra de más de 125 millones de euros, de los que debía responder también MAPFRE, la aseguradora de BDO. Se estableció asimismo una indemnización en favor de las entidades bancarias perjudicadas, por importe superior a 39 millones de euros. Estas condenas serían recurridas en casación por los acusados y, como se expondrá en las siguientes páginas, el Tribunal Supremo estima en su sentencia buena parte de los recursos interpuestos.

2. El delito de falsedad en documento mercantil (Ivó Coca Vila)

1. Como se ha expuesto, la Audiencia Nacional había condenado a Manuel F.S., así como a varios de los participantes en las operaciones de financiación de PESCANOVA arriba descritas, como responsables de un delito (continuado) de falsedad en documento mercantil cometido por particulares (art. 390 y 392 CP). En concreto, la Audiencia entendió que la creación de contratos y facturas que simulaban la existencia de unas (en realidad, inexistentes) compraventas de pescado a fin de conseguir financiación bancaria era típica *ex art. 390.1.2º CP*. Se estaría simulando un documento en todo o en parte, induciendo a error sobre su autenticidad. Con ello, el Tribunal *a quo* no hacía sino extraer la conclusión razonable de dos premisas tan criticadas por la doctrina penal, como arraigadas en la jurisprudencia de la Sala Segunda en esta materia: (i) es documento mercantil todo aquel que consigne un acto o derecho de naturaleza mercantil⁵; (ii) la elaboración de documentos mercantiles que recogen actos jurídicos inexistentes, induciendo a

⁵ En este sentido, *vid.* por ejemplo la STS 30/2022, Penal, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2022:128), reconociendo expresamente que asume un concepto amplio: «se consideran documentos mercantiles aquellos que expresan y recogen una operación de comercio, plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil, y se extienden a toda incidencia derivada de tales actividades. Entre otros muchos, se considera que tienen este carácter los documentos requeridos o referidos en fase de contratación o asunción de obligaciones, de ejecución o consumación de relaciones, contratos u operaciones mercantiles tales como albaranes de entrega, facturas, recibos y documentos contables, cualquiera que sea el soporte o contenido (...)».

error sobre su autenticidad, es típica conforme al art. 390.1.2º CP, en tanto que simulación total de un documento⁴.

2. La sentencia aquí en comento, en particular, su Fundamento Jurídico Tercero, supone un interesante cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento penal (como forma de falsificación documental) de la elaboración de facturas falsas entre particulares. Por un lado, en la línea de lo marcado por el Pleno de la Sala Segunda en la STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965), se acoge aquí una interpretación restrictiva del concepto de documento mercantil. Por el otro, y esta es quizá la novedad principal, al equiparar el tratamiento penal de la simulación de facturas al de los pagarés de favor, *de facto* se aparta ahora el Tribunal Supremo de la consolidada tesis jurisprudencial según la cual el otorgamiento entre particulares de facturas que recogen operaciones inexistentes es constitutivo de una falsedad típica *ex art.* 390.1.2º CP. Veamos ambas cuestiones en detalle.

2.1. El concepto de documento mercantil

1. La sentencia en comento, en la línea de lo marcado por la ya referida STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965), y la posterior STS 728/2022, Penal, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3152), asume un concepto restringido de documento mercantil a los efectos del art. 390 ss. CP. Pese a ello, concluye que las facturas y los contratos de compraventa de pescado utilizados para conseguir financiación bancaria sí son documento mercantil.

2. El Tribunal Supremo advierte que la equiparación legal de los documentos mercantiles a los públicos y oficiales «acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore una especial intensidad lesiva de [las] funciones documentales». En definitiva, que no todo documento otorgado por un comerciante debe ser mercantil a estos efectos, sino que es preciso «reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP». ¿Cuál habría de ser la *ratio* de asimilación entre documentos públicos y mercantiles? En palabras del propio Tribunal, solo deberán ser considerados mercantiles aquellos documentos «que, por el grado de confianza que generan para terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil». A partir de aquí, el Alto Tribunal concluye que los contratos, presupuestos, tiques, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros no son documentos mercantiles, por mucho que hayan sido confeccionados por empresarios o comerciantes. A título enunciativo, señala que sí serían documentos mercantiles los siguientes: (i) los que tienen el carácter legal de título-valor; (ii) los otorgados en cumplimiento de un deber mercantil; (iii) los que documentan contratos-tipo; (iv) los contratos sometidos a condiciones de forma, supervisión o intervención pública; y, finalmente, (v) aquellos documentos otorgados para defraudar a la Hacienda Pública, a las Administraciones Públicas o a las entidades bancarias o de crédito. Sentado lo anterior, concluye lacónicamente el Tribunal Supremo que los contratos presentados a distintas entidades bancarias en los que se reflejaban unas operaciones de comercio inexistentes serían documento mercantil a los efectos del art. 390 CP, pues tales facturas y/o contratos «proyectarían sus efectos sobre terceros inicialmente indeterminados».

⁴ Así, entre otras muchas, *vid.* por ejemplo la STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965): «la segunda línea [jurisprudencial], la que finalmente se ha impuesto, considera que se produce total o parcial simulación cuando el documento se crea expreso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia – *vid.* Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999–».

3. Pues bien, aunque el abandono del criterio extensivo seguido hasta tiempos recientes por el Tribunal Supremo es loable, la *ratio* de asimilación adoptada por el Alto Tribunal es incierta y, en consecuencia, su conceptualización del documento mercantil excesivamente amplia. Aunque el Tribunal, siguiendo la ya citada STS 232/2022, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:965), alude en un primer momento al grado de confianza que genera el documento como criterio de delimitación, tomando en cuenta el listado enunciativo de documentos y la justificación de por qué los contratos y facturas en nuestro caso sí serían mercantiles, es plausible afirmar que lo decisivo finalmente es la capacidad lesiva del documento para el patrimonio de terceros. Aunque en algunos pasajes pareciera el carácter plural e indeterminado de los destinatarios el factor decisivo, en otros parece ser la especial protección que merecen ciertos tipos de patrimonio la razón decisiva. Tomando en consideración los últimos ejemplos de documentos mercantiles enunciados por el Tribunal (v), pareciera por momentos querer trasladar aquí la muy criticada doctrina de los documentos oficiales por incorporación: el documento privado que nace con el único e inexorable motivo de ser utilizado para defraudar el patrimonio público o bancario muta en un documento mercantil. Las críticas efectuadas por la doctrina penal desde antaño contra la tesis de los documentos oficiales por destino⁵ pueden hacerse contra una determinación de la naturaleza del documento centrada en el tipo de patrimonio que se quiere afectar a través del documento mendaz.

4. En mi opinión, pues, la tesis restrictiva acogida recientemente por el Tribunal sigue siendo insuficiente. Lo es porque el Tribunal no lleva hasta sus últimas consecuencias su criterio de partida, esto es, la confianza que el ordenamiento jurídico le otorga al documento en cuestión. En la línea de lo sostenido por un importante sector de la doctrina penal, el concepto de documento mercantil debería reservarse a aquel documento que, expresando derechos o actos de naturaleza mercantil, (i) aparezca expresamente tipificado y descrito por la ley mercantil; (ii) genere una especial confianza —jurídicamente reconocida— en sus destinatarios, pareja a la que despiertan los documentos públicos u oficiales. Como he defendido en otro lugar⁶, esta especial fiabilidad objetiva ha de reconocerse a los documentos otorgados por comerciantes, básicamente, cuando la ley les otorga el carácter de títulos con valor ejecutivo, piénsese en las letras de cambio, los cheques o los pagarés; o bien cuando su otorgamiento obedece al cumplimiento de un deber específico de documentar que cumple un particular a modo de cuasi-funcionario, como sucede, por ejemplo, con los libros corporativos o las actas y certificaciones de las reuniones de órganos societarios colegiados. El resto de documentos que reflejen operaciones mercantiles o de comercio deben ser, pues, considerados documentos privados. Y ello, aunque sean utilizados para defraudar a instituciones públicas o bancarias, o a una pluralidad (indeterminada) de víctimas. Vincular la definición del concepto de documento (mercantil) al daño patrimonial pretendido supone en última instancia confundir ambos injustos: una cosa es la falsedad documental, como perturbación de las funciones atribuidas al documento que menoscaba la seguridad en el tráfico jurídico-económico; y otra distinta el patrimonio lesionado a través de la falsedad. Si nos tomamos en serio la independencia conceptual de las falsedades documentales, la clase de patrimonio afectado no puede ser lo decisivo para determinar la naturaleza privada o mercantil del documento. Las especiales necesidades de protección de ciertas clases de patrimonio están ya cubiertas por los respectivos delitos (contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social...).

⁵ COCA VILA, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, pp. 231 ss.

⁶ COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, pp. 230 ss.

2.2. Simulación de negocio jurídico y falsedad documental

1. Una vez declarada la naturaleza mercantil de las facturas y contratos confeccionados para conseguir financiación, se pregunta el Tribunal Supremo si estamos ante un hecho constitutivo de falsedad documental. Con otras palabras: ¿Es típica *ex art.* 390 y 392 CP la elaboración de facturas y contratos que aparecen suscritos por sus auténticos emisores y observan las formalidades exigibles, pero recogen operaciones mercantiles inexistentes a fin de conseguir con ellos financiación bancaria? En contra de lo que pudiera parecer, entiende el Tribunal que el problema «no estriba propiamente en determinar si algunas falsedades ideológicas encuadrables en el art. 390.1.4º, despenalizadas a partir de 1995 cuando el autor es un particular, lo son también en el art. 390.1.2º CP». El problema sería otro, heredado de la legislación anterior, a saber, si emitir una letra de favor, esto es, aquel tipo de letra creada para favorecer a una persona, pero sin responder a una auténtica operación cambiaria o a un verdadero negocio económico subyacente, constituye o no una falsedad punible. Dado que, *de facto*, las facturas y contratos elaborados por los acusados operaban como avales frente a la institución bancaria que otorgaba los créditos, esto es, como una suerte de letras de favor, el tratamiento penal de ambos hechos habría de ser el mismo.

2. Sentado lo anterior, con base en la jurisprudencia establecida en la STS 627/2016, Penal, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3457), afirma el Tribunal Supremo que el pagaré, también el no comercial, acredita el compromiso puro de abonar la cantidad que en él se refleja, pero no acredita en absoluto que sea sincera la voluntad reflejada en el documento. Por ende, «[s]i no hay voluntad de atenderlo, estaremos ante una mendacidad, pero no una falsedad punible». En definitiva, «quien emite un cheque sin intención de pagarlo por no existir fondos no incurre en falsedad», sino en un delito de estafa si hay contraprestación simultánea. A partir de aquí, concluye el Tribunal que la documentación presentada al banco en nuestro supuesto (contratos de compraventa, facturas en las líneas de descuento o *factoring*), aun no estando soportados por operaciones comerciales reales, en la medida en que expresaban una plena identidad entre sus autores formales y materiales (no había suplantación o simulación de firma), sin que se hubiera alterado tampoco ningún otro de los elementos esenciales del documento, no habían sido *falsificados*. Los documentos, «incorporaban, de modo más o menos explícito, un compromiso de pago por quien aparecía en ellos como comprador, correspondiéndose la firma de éste con la suya auténtica y actuando en nombre de sociedades que representaba efectivamente». Su finalidad no era otra «que la de ser presentados por el vendedor a negociación con entidades bancarias [...] al efecto de que éstas les adelantaran su importe, naturalmente previo el correspondiente descuento, sin que, en consecuencia, produjeran en el tráfico jurídico ningún otro efecto distinto, funcionando así, en sustancia, del mismo modo que las referidas “letras de favor”». Se trata, remata el Tribunal Supremo, de «documentos auténticos y hábiles para la finalidad proyectada», por lo que estima el recurso en relación con el delito de falsedad en documento mercantil, absolviendo a todos los condenados en primera instancia por la falsedad del art. 392 CP, en relación con el art. 390.1.2º CP.

3. La importación de la tesis de la atipicidad de las letras de favor al caso aquí en comento es, en lo que a sus consecuencias práctica se refiere, loable. Quizá sea esta la forma menos traumática de apartarse de la tan consolidada como criticada tesis según la cual los particulares que se ponen de acuerdo para otorgar un contrato o una factura que recoge una operación inexistente incurren en una falsedad (ideológica) típica *ex art.* 390.1.2º CP. En mi opinión, sin embargo, lo que está en juego en este caso es, efectivamente, si la interpretación de los cuatro numerales del art. 390.1 CP se debe hacer tomando en consideración la voluntad legislativa de destipificar la falsedad

ideológica consistente en «faltar a la verdad en la narración de los hechos» cometida por particulares o si, por el contrario, lo único relevante es analizar el posible encaje de la modalidad falsaria en alguno de los cuatro numerales contenidos en el art. 390 CP. Puede quedar aquí a un lado la compleja cuestión de si el otorgamiento de una letra de favor supone incurrir o no en una falsedad ideológica⁷. Lo que me parece incontrovertible es que en el supuesto que nos ocupa, en la medida en que los acusados afirmaban haber acordado la compraventa y/o vendido un pescado que nunca se vendió, están faltando a la verdad en la narración de los hechos. Cosa distinta es que esta sea una falsedad punible.

4. Como he defendido en otro lugar, creo que hay muy buenas razones en favor de interpretar el art. 390.1 CP a la luz de la distinta naturaleza e intensidad de los deberes que obligan a los funcionarios públicos y lo particulares⁸. Solo los primeros deben responder penalmente cuando otorgan documentos auténticos en los que se falta a la verdad en la narración de los hechos. Esta clase de falsedad ideológica debe ser, pues, estimada impune cuando es cometida por particulares, y ello por mucho que una interpretación formalista ampliatoria del art. 390.1.2º CP permita encuadrarla como forma de simulación total de un documento. Así pues, los acusados otorgaron una serie de documentos cuyo contenido era inveraz, pues nunca se vendió pescado, ni nunca se pagó por ello, pero tales documentos eran auténticos. Esta es la razón por la que está en lo cierto el Tribunal Supremo cuando estima el recurso y absuelve a los acusados por el delito de falsedad documental. Creo que la razón última que le lleva con buen criterio a negar abiertamente la tipicidad de la confección de las letras de favor o de peloteo le debería llevar en un futuro a negar con carácter general la tipicidad de la documentación de negocios jurídicos simulados entre particulares. Por ello, la STS 89/2023, Penal, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:441), es, sin duda, un interesante punto de partida para la imprescindible revisión de la jurisprudencia relativa al tratamiento de la simulación de negocio como forma de falsedad documental.

3. El delito de estafa (Nuria Pastor Muñoz)

Como ya se ha expuesto (*supra* 1), en la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional había condenado al presidente ejecutivo, Manuel F.S., al director financiero, Antonio T.M, a su sucesor, Carlos T.D, al jefe de auditoría interna, Joaquín V.T., al director del departamento de administración, Alfonso L.U. y al jefe de contabilidad, Ángel G.D., por un concurso medial de falsedades en documento mercantil y delito continuado de estafa agravada y al jefe de tesorería José Manuel G.G., así como a PESCANOVA, por un delito de estafa agravada.

3.1. La argumentación de la Audiencia Nacional y los argumentos del recurrente

1. En lo que atañe al delito de estafa, la Audiencia Nacional basó la condena esencialmente en el argumento de que, mediante la simulación de contratos de compraventa en realidad inexistentes y su documentación en las correspondientes facturas, se habría generado un error en las entidades bancarias que acabaron por conceder crédito a PESCANOVA. En definitiva, la

⁷ La cuestión central, hasta donde alcanzo, es si la letra solo acredita el compromiso de abonar una cantidad desde una perspectiva estrictamente formal, o si, por el contrario, presupone asimismo que la obligación asumida obedezca a una deuda previa real y, por tanto, que sea sincera la voluntad de pago reflejada en el documento. La primera tesis es la asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia en comentario.

⁸ COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, pp. 242 ss., con ulteriores referencias. Próximo, en los últimos tiempos, *vid.* SANZ MORÁN, «Los delitos de falsedad documental: reflexiones político legislativas», *InDret*, (4), 2021, pp. 271 ss.

documentación que reflejaba operaciones inexistentes, maquillando la situación de crisis de la sociedad, habría constituido un engaño bastante en el sentido del art. 248.1 CP (hoy art. 248 CP), pues, de haber tenido conocimiento de la situación real de la sociedad, los bancos no habrían querido financiar a PESCANOVA. Según la Audiencia, las compraventas con sociedades filiales en el extranjero y las compraventas con sociedades instrumentales (creadas para dichas compraventas) habrían generado la apariencia de que existían relaciones comerciales, siendo las facturas que documentaban dichas operaciones adecuadas para lograr que los bancos abrieran líneas de *factoring* o pólizas de descuento bancario. El Tribunal Supremo se ocupa en su sentencia (FJ 4º) del recurso del presidente ejecutivo Manuel F.S.

2. Dicho recurso niega la concurrencia de una estafa basándose esencialmente en los siguientes argumentos. Conforme al primero, no habría un error típico de las entidades bancarias: PESCANOVA se había visto obligada, en su situación de crisis, a vender y recomprar su propia mercancía, recurriendo a descontar las facturas en los contratos de *factoring* (compraventas con sociedades instrumentales) o recurriendo a créditos documentarios (compraventas con sus filiales en el extranjero). Ahora bien –continúa el recurso–, las entidades bancarias eran plenamente conscientes de lo que significaban las operaciones documentadas y, no obstante, querían conceder crédito a PESCANOVA porque confiaban en la solvencia de una de las entidades más importantes de España. En definitiva, las expectativas de cobro de PESCANOVA vinculadas a las operaciones documentadas en las facturas no habrían constituido la razón de la decisión de conceder crédito, sino que dicha decisión se produjo con independencia de si dichas facturas documentaban operaciones realmente existentes. Prueba de ello sería que las entidades bancarias (i) se conformaban con una mera lista de las facturas cedidas (*factoring*), sin exigir la presentación de las facturas; (ii) no comunicaban a la sociedad deudora la cesión del crédito (de PESCANOVA a la entidad bancaria); (iii) no hacían gestiones para su cobro; y (iv) no anotaban en la contabilidad de la entidad bancaria la deuda de PESCANOVA (lo que permitía a la entidad bancaria superar los límites de riesgo asumidos ante el Banco de España). Así pues, entiendo que el recurso parte de que las entidades bancarias sabían qué riesgo asumían y, por ello, no puede hablarse de un acto de disposición «en error». Además, el recurso añade un segundo argumento conforme al cual el acusado no actuó ni con el propósito de engañar a las entidades bancarias ni con la intención de impagar en el futuro las obligaciones contraídas, sugiriendo que la incapacidad de cumplimiento fue sobrevenida, consecuencia del fracaso del proyecto de venta de una planta de salmón.

3.2. Los argumentos en los que el Tribunal Supremo basa la absolución

1. El Tribunal Supremo da la razón al recurrente y niega la concurrencia de un delito de estafa. En concreto, (i) admite el argumento de que las entidades bancarias confiaban en que PESCANOVA –que hasta el momento no había desatendido sus compromisos– pagaría sus deudas, no exigiendo la presentación de las facturas ni intentando el cobro de los importes a los deudores formales. La mayoría de los contratos de *factoring* eran «sin recurso», es decir, en caso de incumplimiento del deudor cedido al banco, PESCANOVA quedaba libre de toda responsabilidad –por lo que no debía anotarlos en su contabilidad, al ser la entidad bancaria la que asumía el riesgo–; pero, en muchas ocasiones, la entidad bancaria y PESCANOVA celebraban un contrato privado conforme al cual PESCANOVA asumía la responsabilidad en caso de impago por el deudor cedido. En lo que atañe a los créditos documentarios, (ii) el pago de la entidad compradora, en este caso PESCANOVA, era asegurado por una entidad bancaria española, la cual liberaba de pago a la entidad vendedora (sociedades filiales de PESCANOVA en el extranjero); la entidad extranjera ingresaba a PESCANOVA el importe liberado por el banco y PESCANOVA

devolvía el crédito a la entidad bancaria. Ahora bien, lo interesante es que lo habitual en los créditos documentarios es que las entidades bancarias solo liberen el pago una vez comprobado (vía documentos) que la mercancía existe y ha sido enviada; en el caso PESCANOVA, en cambio, dichas entidades bancarias no exigían documentación alguna, conformándose con la factura de compra comercial, sin exigir documentos que acreditaran la transacción internacional.

2. La Audiencia Nacional había considerado en su sentencia que la falta de documentación hacía más fácil engañar a las entidades bancarias sobre la existencia de una transacción internacional. En cambio, el Tribunal Supremo considera que precisamente el hecho de que las entidades bancarias se conformaran con una factura, sin exigir más documentación, indica que la decisión de las entidades bancarias era la de conceder un simple crédito a PESCANOVA –podríamos decir que la realidad de la transacción internacional no era una información relevante en el proceso de decisión del disponente–. Este extremo de la sentencia es esencial: el Tribunal Supremo pretende subrayar que determinadas informaciones –la realidad de las transacciones internacionales tras las facturas pagadas vía créditos documentarios, así como el aseguramiento del cumplimiento en los contratos de *factoring*– no eran relevantes en el proceso de decisión del banco, por lo que el engaño sobre ellas no puede considerarse típico. Y el Tribunal Supremo precisa que ello no implica separarse de la jurisprudencia de la última década que, en la interpretación del tipo de estafa, se ha alejado de la exigencia de deberes de autoprotección de la víctima –o los ha reducido a mínimos–. En efecto, la exclusión de la tipicidad en este caso no se basa en el argumento –propio de la jurisprudencia anterior– conforme al cual el engaño podría haber sido neutralizado por una víctima (disponente) que actuara de manera diligente, cumpliendo sus deberes de autoprotección –comprobación de la identidad de quien retira dinero de una cuenta, comprobación de que, tras una letra de cambio, hay una operación real, etc.–, sino que aquí la exclusión de la tipicidad se basa en que la inveracidad recaería sobre informaciones irrelevantes en la interacción PESCANOVA-entidades bancarias, informaciones no constitutivas de la base del proceso de decisión de las entidades bancarias. Así, concluye el Tribunal Supremo, no habría causalidad: el acto de disposición de las entidades bancarias no fue causado por un engaño, con lo que no se cumple un requisito esencial del delito de estafa.

3. Según el Tribunal Supremo, si se contemplan los contratos con las entidades bancarias como lo que materialmente eran, la información relevante era la voluntad de cumplimiento de Manuel S.F., voluntad que existió *ab initio* –en momentos críticos, el acusado habría incluso recurrido a su patrimonio personal para pagar sus deudas con las entidades bancarias–. Es más, dicha voluntad se mantuvo y, por tanto, no concurriría uno de esos supuestos en los que, al inicio de una relación económica, el autor es veraz al manifestar su voluntad y capacidad de cumplimiento y, en un momento posterior, sabiendo que ha perdido su capacidad de pago, continúa con dicha relación económica, afirmando entonces de manera concluyente que mantiene una capacidad que ha perdido. En el caso enjuiciado no se considera probado que, a cierta altura, el acusado se representara o debiera representarse como altamente probable la imposibilidad de atender a los pagos y, no obstante, continuara su relación con las entidades de crédito sin informarles de un empeoramiento de su capacidad de pago. De hecho, cuando se frustró la venta de la planta de salmón, algo que empeoró la situación de PESCANOVA, el 27 de febrero de 2013, solicitó un préstamo a los miembros del Consejo de Administración y, ante la negativa de estos, comunicó a la CNMV que no se habían formulado cuentas del ejercicio 2012 a la espera de determinados datos –renegociación de deuda vía procedimiento del art. 5 Ley Concursal, certeza de venta de determinados activos– y que la CNMV valorara la conveniencia de suspender la cotización de las acciones –dicha suspensión cautelar fue acordada y poco después PESCANOVA presentó concurso voluntario–. Así pues, descartada la inveracidad sobre la información relevante –la

capacidad de pago–, las decisiones de financiación de las entidades bancarias se deben ver como el fruto de la estrategia de estas últimas de otorgar a PESCANOVA préstamos a corto plazo. Por tanto, concluye el Tribunal Supremo, Manuel S.F. y los demás acusados por un delito de estafa deben ser absueltos.

3.3. Algunas reflexiones sobre la argumentación del Tribunal Supremo

1. El Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo contiene algunas consideraciones de gran interés. La sentencia basa la absolución del delito de estafa esencialmente en el argumento de la irrelevancia de la realidad de las operaciones que estaban en la base de los contratos de *factoring* y los créditos documentarios. La existencia o inexistencia de dichas operaciones habría sido irrelevante en la relación PESCANOVA-entidades de crédito, pues estas últimas solamente pretendían otorgar créditos simples a PESCANOVA, algo que se manifestaba en la actuación de las entidades –no exigir documentación sobre las facturas de los créditos cedidos, no exigir el pago al deudor de estos, no realizar comprobaciones antes de liberar el pago de los créditos documentarios, etc.–, así como en la voluntad de eludir los límites del Banco de España en concesión de créditos. En definitiva, la sentencia niega la relación de causalidad entre las eventuales inveracidades de PESCANOVA y el acto de disposición del banco. A tal efecto, la forma de los contratos no se correspondería con la realidad material del pacto entre las partes, que era el de la concesión de créditos simples. Pues bien, esta parte del fallo da pie a algunas reflexiones.

2. En primer lugar, desde el punto de vista de la coherencia de la sentencia del Tribunal Supremo con su jurisprudencia anterior, esta sentencia mantiene la concepción de la estafa defendida en los últimos años, concepción que rechaza la existencia de deberes de autoprotección (en sentido fuerte) del disponente. En efecto, en los últimos años, el Tribunal Supremo se ha alejado del planteamiento, imperante en los años 1990 y 2000, conforme al cual se consideraba que la víctima de la estafa tenía deberes de autoprotección, por lo que se valoraba como atípico el engaño neutralizable mediante el cumplimiento de tales deberes. Actualmente, la jurisprudencia afirma que los deberes de autoprotección se deben reducir a un mínimo tal que solo compete a la víctima desconfiar de las mentiras burdas. Así, por ejemplo, la STS 162/2012, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1563), afirma que no es admisible «desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales». Con esta y muchas otras resoluciones semejantes, la jurisprudencia ha abandonado, pues, la idea básica de que la víctima es responsable de sus decisiones económicas y de que no toda mentira es suficiente para «instrumentalizarla» de forma típicamente relevante; de este modo, se ha producido una vuelta a una concepción cuasi-causalista del engaño.

Así las cosas, tiene sentido –es coherente– que la sentencia objeto de comentario fundamente la absolución en la falta de causalidad, no en la existencia de deberes de autoprotección de las entidades bancarias que fueron incumplidos por estas. Para una concepción cuasi-causalista de la estafa –cualquier inveracidad que cause un engaño es, salvo en caso de las mentiras burdas, típica– tiene sentido argumentar en estos términos. Ahora bien, la teoría del delito ha asumido hace décadas la necesidad de definir un riesgo *ex ante* que sea relevante conforme al tipo correspondiente. Eso significa que, en el tipo de estafa, también debe ser posible definir *ex ante* qué inveracidades son típicas, y ello con independencia de si la idoneidad *ex ante* de la inveracidad se define como suficiente para superar la autoprotección proveniente de un disponente autorresponsable a quien se le pide el ejercicio de una autoprotección de cierta

intensidad –así la jurisprudencia de los 1990 y algunos autores, entre los que me cuento– o si, en cambio, la idoneidad *ex ante* de la inveracidad se define, como hace la jurisprudencia actual, partiendo de una víctima a la que solo se le exige una autoprotección de mínimos. Esto significa que, en el caso presente, aunque sea correcto negar la relación de causalidad, como hace el Tribunal Supremo, pues los bancos decidieron al margen de la existencia o inexistencia de las operaciones subyacentes a los contratos de factoring y a los créditos documentarios, es decir, al margen de la veracidad o inveracidad de las afirmaciones al respecto, tal argumento no basta para negar la tentativa de estafa. Esta última se puede negar solamente si se considera que las inveracidades del autor fueron inidóneas para instrumentalizar el acto de disposición de la víctima (las entidades bancarias). Ello también debería exigirse en el marco de la concepción actual de la jurisprudencia: la inveracidad –debería sostener la jurisprudencia actual– debe ser adecuada para inducir a error a una víctima a la que solo se le pide que desconfíe de las mentiras burdas. Así las cosas, procede preguntarse si en el presente caso era posible negar la tentativa de estafa. Y lo cierto es que la interpretación de los hechos por la sentencia apunta ya los argumentos para hacerlo, pues, como se desprende de ella, la información sobre la existencia de las operaciones era irrelevante para la decisión de las entidades bancarias, quienes estaban dispuestas a conceder simples créditos a PESCANOVA, siendo irrelevante la forma escogida, que era, en realidad, inadecuada, pero tenía para dichas entidades el sentido de poder eludir los límites del Banco de España.

Así, se puede decir que la interpretación de los hechos que hace el Tribunal Supremo permite afirmar que el eventual engaño recayó sobre informaciones irrelevantes para el acto de disposición. Esto da pie a una segunda reflexión. En el delito de estafa el engaño constituye una forma de instrumentalización o, por utilizar la expresión tradicional, más apegada al tenor literal, de inducir a error a otro, quien dispone sin ser consciente de las consecuencias que el acto de disposición tendrá en su propia esfera –o, en el caso de la estafa en triángulo, en la esfera en cuyo nombre actúa–. Pues bien, en un primer paso, es esencial determinar cuáles son las informaciones relevantes para el acto de disposición en la concreta interacción autor-disponente. Este es un primer nivel, distinto y previo al relativo a la intensidad del engaño. En este primer plano, hay que dejar fuera del tipo ya las informaciones que serían irrelevantes para un disponente racional. Aplicado al caso, esto significaría, llevando a sus últimas consecuencias los argumentos del Tribunal Supremo, que, una vez definidos los términos de la interacción autor-disponente, habría que preguntarse qué informaciones eran relevantes para la decisión de las entidades bancarias. Al respecto, tiene sentido aludir a la argumentación del Tribunal conforme a la cual las entidades bancarias expresaron, mediante su conducta (conformarse con la lista de facturas en los contratos de *factoring*, liberar el pago en los créditos documentarios sin exigir información alguna sobre la operación) que la información sobre las operaciones tras las facturas y créditos documentarios no era relevante para su decisión. La decisión, *prima facie* sorprendente, de optar por formas contractuales que no eran las que se correspondían con el contrato realmente celebrado –simples créditos– se debía a intereses de las entidades en poder conceder más crédito del que les estaba permitido. Así pues, en la medida en que habría «materialmente» una renuncia de los bancos a la información a la que «formalmente» tenían derecho, dicha información habría sido definida por las partes como irrelevante para esa relación económica concreta. Esto significa que para determinar la información relevante para el acto de disposición lo esencial no es la forma de la interacción, sino su verdadero contenido material.

3. Distinto es el segundo nivel, que solo se puede abordar una vez determinada la información que el disponente (aquí: las entidades bancarias) necesitaban para un acto de disposición libre. Según el Tribunal Supremo, no se debe seguir la doctrina de los deberes de autoprotección. Con

todo, sería posible seguirla y llegaríamos a la misma conclusión que el Tribunal Supremo, pues una vez decidido, en un primer nivel de análisis, que la información sobre la existencia de las operaciones era irrelevante para los bancos, ya no es necesario analizar si la inveracidad sobre dichas operaciones era engaño «bastante» o no para instrumentalizar la decisión de conceder crédito. Con todo, conviene subrayar que el modo en que la jurisprudencia ha entendido en los últimos años la posición de la víctima en el delito de estafa no es satisfactorio. Equiparar estafa y hurto no es posible en la medida en que en la estafa existe una decisión del disponente que, *prima facie*, es responsabilidad de este último; la responsabilidad por tal decisión y sus consecuencias perjudiciales solo se puede desplazar a otro, al autor que miente, cuando este último emplee un engaño de suficiente intensidad para manipular la decisión de un disponente autorresponsable.

4. Conviene añadir una tercera reflexión sobre el argumento del recurrente, aceptado por el Tribunal Supremo, conforme el cual en el caso no hubo propósito de engañar ni intención de pagar en el momento del vencimiento. Ciertamente, el tipo de estafa no exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, sino solamente de dolo. Con todo, parece claro que lo que la sentencia pretende decir es que no hubo engaño sobre el hecho interno de la propia convicción sobre la futura capacidad de cumplimiento, es decir, faltaría el denominado «dolo antecedente» de la doctrina de los negocios civiles criminalizados, terminología a mi entender confusa. En efecto, no es el dolo lo que hace surgir una conducta típica sino la inveracidad de lo que expresa objetivamente el autor; de ahí que resulte mucho más acertado hablar de engaño sobre hechos internos (así, STS 111/2006, Penal, de 30 de enero [ECLI:ES:TS:2006:511]). Sea como fuere, el Tribunal Supremo sostiene que el acusado partía de su capacidad de cumplimiento futuro y esta interpretación es perfectamente plausible. Ahora bien, sería más convincente afirmar que las circunstancias en las que el autor actuó le permitían tener la expectativa racional de ser capaz de cumplimiento en el momento del vencimiento de los créditos.

5. Para terminar, una cuarta reflexión. El caso obliga a analizar cómo opera el engaño típico en el delito de estafa en relaciones prolongadas en el tiempo. Al respecto, es perfectamente posible que una relación comience sin engaño pero que este tenga lugar en alguno de los contratos enmarcados en dicha relación –por ejemplo, cuando el autor aparenta seguir siendo capaz de cumplimiento cuando ha perdido tal capacidad–.

4. Los delitos de falsedad de cuentas (art. 290 CP) y de información económico-financiera (art. 282 bis CP) (Nuria Pastor Muñoz)

En su quinto fundamento, la sentencia del Tribunal Supremo aborda el caso desde la perspectiva del delito de falseamiento del art. 290 CP y de la estafa de crédito e inversión del art. 282 bis CP, para dar respuesta a la afirmación, contenida en algunos recursos, conforme a la cual las cuentas de PESCANOVA no contenían datos falsos.

4.1. La argumentación del Tribunal Supremo sobre la concurrencia del delito del art. 290 CP

1. En lo que atañe al delito del art. 290 CP, tras hacer referencia a la discusión doctrinal sobre la naturaleza de este tipo, el Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia anterior, en la que el tipo del art. 290 CP es interpretado como injusto de falsedades ideológicas expresamente tipificadas, y aborda dos aspectos de los hechos probados. Por una parte, los «neteos»,

consistentes en compensar activos y pasivos; por otra, la exclusión de determinadas sociedades filiales deficitarias del grupo antes de acabar el año y su reincorporación al inicio del año siguiente. En lo que atañe a los «neteos», el Tribunal Supremo rechaza el argumento del recurrente conforme al cual estos, pese a no ser admitidos por la normativa contable, no alteran la imagen fiel de la sociedad, pues el resultado final de las operaciones se hacía constar igualmente. Según el Tribunal Supremo, (i) es relevante que los activos y pasivos consten como tales en las cuentas pues, en el caso de los activos, es importante conocer su naturaleza y la probabilidad de su realización. Además, (ii) en lo que atañe a los contratos de *factoring*, el Tribunal Supremo considera que estos se deberían haber contabilizado, pues, pese a ser formalmente «sin recurso» –de manera que PESCANOVA, cesionaria del crédito, no era, conforme al contrato, responsable subsidiaria en caso de incumplimiento del deudor–, el entendimiento de PESCANOVA con las entidades bancarias era que PESCANOVA se haría cargo del pago del importe, como efectivamente ocurría –al respecto, la sentencia se remite al FJ relativo a la estafa, en el que considera que los contratos de *factoring* eran, en realidad, simples créditos (*supra* 3) –, de manera que la obligación realmente asumida por PESCANOVA se debería haber contabilizado como pasivo relevante para formarse una imagen de la situación económica de la sociedad. En lo que atañe a la exclusión de sociedades filiales deficitarias antes de terminar el año y su reincorporación al siguiente, con el fin de evitar tener que reflejar sus datos en el balance consolidado, (iii) el Tribunal Supremo rechaza el argumento del recurrente conforme al cual las sociedades excluidas tenían un activo superior al pasivo, por considerar dicho argumento no corroborado.

2. Por lo demás, en el Fundamento Jurídico Quincuagésimo Séptimo, la sentencia aborda el problema de si puede considerarse responsable de un delito del art. 290 CP al representante de NOVAPESCA, G.C., quien en su recurso considera que los contratos de cesión de deuda entre NOVAPESCA y PESCANOVA no constituyen documentos idóneos para la comisión de dicho delito y que él actuó en nombre de NOVAPESCA, la veracidad de cuyas cuentas no ha sido cuestionada, no de PESCANOVA, en cuya formulación de cuentas no intervino el acusado. Por lo demás, tampoco habría intervenido en la confección de los documentos de venta de las sociedades filiales EFRIPEL y NOVAMAN. El Tribunal Supremo considera que el recurrente, en efecto, no puede ser considerado autor del delito de falseamiento de las cuentas de PESCANOVA (art. 290 CP), pero sí cooperador necesario en la medida en que aportó el soporte documental necesario para la comisión del falseamiento, con conocimiento del plan existente, contribuyendo a las cuentas que distorsionaban la verdadera situación económica de la sociedad. En concreto, contribuyó desde su posición en NOVAPESCA TRADING: (i) a la cesión de deudas de PESCANOVA con las sociedades instrumentales, deudas que no se correspondían con créditos reales ni pretendían ser cobrados; y (ii) a que determinadas filiales abandonaran el perímetro de consolidación.

4.2. La argumentación del Tribunal Supremo sobre la concurrencia del delito del art. 282 bis CP

Por otra parte, el Tribunal Supremo aborda –en el Fundamento Jurídico Quinto– la cuestión de si en el caso concurre un delito del art. 282 bis CP, que define como delito falsario dirigido a captar inversores o depositantes en términos estructuralmente paralelos al injusto del art. 290 CP. El Tribunal Supremo entiende que Manuel F.S. incorporó dolosamente a las cuentas anuales y a la documentación económico-financiera que debía ser publicada datos que no reflejaban la verdadera situación económica de la sociedad, sabiendo que una parte importante de la financiación recibida de las entidades bancarias no aparecía en las cuentas ni en el folleto de

emisión. Dicha conducta la habría cometido con la finalidad de captar a inversores que confiaran en esa información desfigurada. Al respecto, las falsedades del art. 290 CP se encontrarían en una relación de concurso medial respecto al delito del art. 282 bis CP.

4.3. Algunas reflexiones sobre el caso en lo que atañe al delito de falseamiento del art. 290 CP

1. La interpretación del art. 290 CP que hace el Tribunal Supremo da pie a una primera reflexión. Como indica el Tribunal, se ha discutido intensamente sobre cuál es el injusto del art. 290 CP. Al respecto, no sorprende que el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia consolidada, conciba dicho tipo como un injusto de falsedades. Ciertamente, el Tribunal afirma que el falseamiento debe ser idóneo para perjudicar a la sociedad, los socios o terceros, pero no atribuye a este elemento típico un contenido propio que deba ser objeto de prueba, sino que deduce su concurrencia de la mera constatación del falseamiento que impide conocer la verdadera situación jurídica o económica de la sociedad. Así, el Tribunal afirma que «los datos económicos que PESCANOVA incluía en su contabilidad, y trasladaba después a las cuentas anuales, no reflejaban la imagen real de la sociedad, resultando así idóneos para causar perjuicios a terceros». Desde la perspectiva de quienes consideramos que el art. 290 CP no recoge unas meras falsedades específicamente tipificadas, porque el legislador ha añadido un requisito de capacidad del falseamiento para perjudicar, sería necesario un análisis diferenciado de los dos elementos del tipo, a saber, el falseamiento y la capacidad de este para perjudicar, teniendo en cuenta que el modo en que un falseamiento puede perjudicar es desorientando a los destinatarios del documento en su toma de decisiones patrimoniales. Así las cosas, aunque lo habitual de unas cuentas anuales alteradas será su capacidad de desorientar a sus destinatarios –socios que se plantean abandonar la entidad o invertir más, terceros inversores potenciales, entidades bancarias que ponderan otorgar o no crédito a la sociedad, la Agencia Tributaria, que tiene pretensiones de cobro en función del contenido de las cuentas, etc.–, es preciso explicitar y justificar dicha capacidad lesiva del documento.

2. Y esto conduce necesariamente a una segunda reflexión: la exigencia de la constatación de la idoneidad para perjudicar del falseamiento obliga a ser distintivos y precisar qué clase de desorientación es relevante para las decisiones de los socios, la sociedad y los terceros. Con otras palabras, se suele afirmar que el falseamiento ha de alterar la imagen fiel de la sociedad, por lo que no sería típico un falseamiento de bagatela. Ahora bien, ¿es típicamente relevante cualquier alteración de las cuentas que implique alejarse de las normas contables y, con ello, una desviación respecto a la situación económica que dichas cuentas deberían plasmar? Este problema se plantea en el caso PESCANOVA a propósito de los denominados «neteos». Al respecto, conviene diferenciar dos situaciones. Si los «neteos» consisten en la compensación de activos y pasivos, siendo los primeros activos muy seguros o plenamente garantizados, parecería que lo único que se oculta es la existencia de algunas operaciones –pues solo se contabiliza, *sit venia verbo*, el resultado de la ecuación–, pero no se alteraría la imagen de la situación económica de la entidad. En cambio, si los «neteos» consisten en compensar pasivos y activos no seguros, sí se estaría falseando la imagen fiel de la situación económica social, pues se estaría contabilizando como seguros activos que, al no serlo, tienen un valor real menor que el nominal. Este parece ser el caso de PESCANOVA. Con todo, es importante plantearse qué ocurriría en los casos en los que la contabilidad no refleja fielmente las operaciones reales, pero, en términos globales, sí refleja la verdadera situación económica de una sociedad, como, por ejemplo, cuando el administrador hace constar en las cuentas un gasto inexistente para encubrir una desviación de fondos sociales a su patrimonio individual o al de un tercero. En definitiva, lo complejo aquí

es concretar el alcance del derecho a la información veraz que constituye la otra cara de la moneda del deber de veracidad en los documentos sociales: si tal derecho se entiende en términos de gran precisión, cualquier alteración sustancial de las cuentas sería típica –pues, aunque no alterara la imagen económica de la sociedad, no sería un reflejo fiel de su situación jurídica–; en cambio, si tal derecho se entiende en términos más genéricos como el derecho a tener una imagen general de la sociedad que se ajuste a su realidad económica, no cualquier alteración de las cuentas llegaría al umbral de la tipicidad.

3. El problema de la aplicación del art. 290 CP a la contabilización de los contratos de *factoring* «sin recurso» plantea una tercera cuestión que es de gran interés, a saber, la de si constituye falseamiento contabilizar una operación atendiendo a su forma jurídica cuando el acuerdo material de las partes no se ajusta a dicha forma. A este respecto, conviene subrayar el sentido que tienen las cuentas como fuente de información societaria: deben reflejar las obligaciones realmente asumidas por la sociedad, que no necesariamente se han documentado formalmente en el contrato. Ahora bien, esto plantea dos problemas, a saber, un problema de prueba –se debe probar que hay una simulación relativa, es decir, que la forma contractual elegida no coincide con la voluntad de las partes, que era la de celebrar simples contratos de préstamo– y el problema de que quien formula las cuentas, si tiene el deber de plasmar las obligaciones realmente asumidas y no las que constan formalmente en el contrato, genera prueba de su simulación –que, en su caso, si bien no necesariamente, podría ser constitutiva de delito–. Este segundo problema tiene que ver con posibles escenarios de autoencubrimiento, pues es posible que la simulación contractual sea constitutiva de delito –por ejemplo, un delito de alzamiento de bienes o insolvencia punible– y que, por tanto, la anotación contable del negocio real, no del simulado, implique generar prueba contra uno mismo.

4. Además, el caso plantea un cuarto aspecto de interés: parece claro que es posible cometer un delito del art. 290 CP mediante el falseamiento del balance consolidado –y de ello partiría la sentencia cuando califica de falseamiento la exclusión de determinadas sociedades filiales deficitarias del grupo antes de acabar el año y su reincorporación al inicio del año siguiente, de manera que las deudas de dichas filiales no constaban en el balance consolidado–. Ahora bien, esta afirmación no está libre de problemas, pues el balance consolidado tiene la función de dar una imagen fiel del grupo de sociedades, no de una sola sociedad, y nuestro legislador parte en el art. 297 CP de que para ser sociedad en el sentido de los delitos societarios es necesario o bien tener alguna de las formas jurídicas mencionadas expresamente en el precepto o bien una «naturaleza análoga» a la de estas, cláusula que se interpreta mayoritariamente como ostentación de personalidad jurídica –con la consiguiente exclusión de los grupos de sociedades–. Ciertamente, en la doctrina ha habido pronunciamientos a favor de entender la «análoga naturaleza» del art. 297 CP en sentido material (organización, jerarquía, representación), lo cual permitiría considerar a los grupos de sociedades «sociedad» en el sentido del art. 297 CP –con consecuencias importantes en la interpretación de los delitos societarios–; sin embargo, la exigencia de personalidad jurídica parece ser el criterio dominante. Así las cosas, nótese que podría discutirse la inclusión del balance consolidado en el ámbito de aplicación del art. 290 CP, pese a que es un documento de importantísimo valor informativo para socios, sociedades del grupo y terceros.

5. En relación con el falseamiento de balances consolidados, conviene hacer una quinta reflexión. La sentencia considera que la operación consistente en excluir las sociedades filiales deficitarias antes de acabar el año y reincorporarlas después constituye una maniobra que desemboca en que las cuentas no reflejen la situación económica y financiera verdadera de la sociedad, encontrando

en ello un punto de apoyo más para afirmar la concurrencia del delito del art. 290 CP. Esta interpretación solo se puede sostener si se parte de que la exclusión y posterior incorporación de las sociedades filiales fueron operaciones simuladas, de manera que lo que vincula a las partes es su verdadera voluntad, a saber, la de mantener a las sociedades dentro del perímetro consolidado. Así, al igual que ocurre en los casos de dos compraventas sucesivas para la elusión de impuestos, en este caso se habría recurrido a la simulación para evitar tener que incorporar a las sociedades deficitarias al balance, mostrando esta la situación económica real del grupo. Solo de este modo se entiende la afirmación de que los balances que dejaban fuera a las sociedades excluidas antes de terminar el año eran falsos pues, si no se prueba que la exclusión y posterior reincorporación eran operaciones simuladas, no será posible fundamentar la falsedad de aquellos.

6. Por último, hay un sexto aspecto merecedor de atención, a saber, la confirmación del Tribunal Supremo de la condena de G.C., representante de NOVAPESCA TRADING, como cooperador necesario de un delito del art. 290 CP. El Tribunal Supremo afirma que la contribución a la ocultación de deuda o a generar apariencia de créditos constituye una cooperación directa al delito del art. 290 CP. Las consecuencias de este planteamiento son muy importantes, pues de él se desprende que toda intervención en una simulación contractual, en la confección de facturas falsas u otros documentos falso que tengan que ser incorporados a las cuentas de una sociedad constituiría necesariamente, además, participación en el delito del art. 290 CP –presuponiendo que concurren en las cuentas los presupuestos de este tipo–. En efecto, nótese que el Tribunal Supremo parece partir esencialmente de que la elaboración de documentos sobre operaciones inexistentes que después serán incorporados a las cuentas, unida al conocimiento del plan del autor (es decir, maquillar las cuentas) implica automáticamente la adquisición de la condición de partícipe en el delito. Al respecto, conviene diferenciar grupos de casos: (i) un primer supuesto es aquel en el que quien elabora el documento que servirá de base para las cuentas falsas lo hace en connivencia con el autor del delito del art. 290 CP –de ello parece partir el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario–; un segundo caso, (ii) es aquel en el que el sujeto contribuye a un delito (ejemplo, una administración desleal) y a su cobertura documental, la cual, necesariamente, se acabará reflejando en las cuentas. La distinción, creo, es relevante, pues cuando la conducta de quien elabora el documento falso tiene un sentido autónomo, es decir, cuando su única razón de ser no es la de constituir el soporte documental de unas cuentas falsas sino, por ejemplo, la de servir para perjudicar a la sociedad (art. 252 CP), se plantea si la mera previsibilidad de la incorporación de dicho documento a las cuentas convierte a quien lo confecciona en cooperador necesario del delito del art. 290 CP. Dicho sea de paso, en estos casos se pueden generar situaciones concursales muy interesantes: así, cuando el tercero contribuya, mediante la simulación de un contrato, al fraude de acreedores cometido por el administrador, la idoneidad de dicha simulación para generar la apariencia de insolvencia dependerá de su incorporación a las cuentas, por lo que en tal caso se deberá analizar la relación concursal entre el delito del art. 290 CP y el de los arts. 257 ss. CP.

4.4. Algunas reflexiones sobre el tipo de estafa de crédito e inversores del art. 282 bis CP, así como sobre la relación entre este y el delito del art. 290 CP

1. Por último, una breve reflexión sobre los argumentos del Tribunal Supremo para afirmar la concurrencia en el caso de un delito del art. 282 bis CP. Como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo entiende que, en la medida en que las cuentas no reflejaban la situación económica real de la sociedad (ocultación de deuda) y tampoco lo hacía la documentación económica-financiera que debía publicar PESCANOVA, como sociedad emisora de valores negociados en los mercados

de valores, Manuel F.S. respondería de un delito del art. 282 bis CP. Pues bien, en primer lugar, conviene subrayar que, si bien el art. 282 bis CP se ubica entre los delitos contra el mercado y los consumidores, su injusto debería interpretarse en términos patrimoniales, en concreto, como inveracidad capaz de desorientar a los destinatarios de la información económico-financiera de aquellas sociedades que operan en el mercado de valores. Este es el punto de partida adecuado para determinar cuándo la falsedad de la información económico-financiera es suficiente para desorientar las decisiones de los inversores. En el caso PESCANOVA, tiene sentido entender que la ocultación de la deuda implicaba una deformación sustancial de la representación que se podían formar los potenciales inversores sobre las expectativas vinculadas a su inversión. Ciertamente, cuando el acto de disposición consiste en una inversión, la «contraprestación» consiste en una determinada expectativa de ganancia, cuyo valor se debe determinar con un pronóstico racional –teniendo en cuenta la rentabilidad esperada, pero también el factor inseguridad–. La afirmación de una expectativa se basa, pues, en hechos presentes que permiten racionalmente esperar la ganancia futura y determinar su grado de certeza. Pues bien, en el caso del 282 bis CP, los hechos presentes en los que se basa la expectativa de ganancia son la situación económica y financiera de la sociedad, así como otros elementos –evolución del mercado, etc.–. Así las cosas, desfigurar la información económica-financiera es un medio para alterar el pronóstico de ganancia vinculado a la inversión, estructuralmente una tentativa de estafa que el legislador ha tipificado expresamente en el art. 282 bis CP.

2. En segundo lugar, conviene hacer referencia a la relación concursal entre el delito del art. 282 bis CP y el del art. 290 CP. Al respecto, el Tribunal Supremo aprecia un concurso medial entre el delito del art. 290 CP y el del art. 282 bis CP. Ello tiene sentido, pues el falseamiento de las cuentas era un medio necesario para la comisión del art. 282 bis CP.

5. El delito de alzamiento de bienes (Nuria Pastor Muñoz)

5.1. Los argumentos de la sentencia para apreciar un delito de alzamiento de bienes

1. En su Fundamento Jurídico Sexto, la sentencia aborda la calificación como alzamiento de bienes del siguiente episodio de los hechos probados: el 25 de febrero de 2013 Manuel F.S. concedió, a través de la sociedad SODESCO, un préstamo de 6 millones de euros a PESCANOVA –en parte desde la cuenta de SODESCO, en parte desde la cuenta de KIWI ESPAÑA y QUINTA DO SOBREIRO–. El préstamo vencía a los cinco días, el 1 de marzo de 2013 y, tras su vencimiento, el encargado de tesorería, José Manuel G.G, devolvió el préstamo mediante transferencia de los 6 millones de euros desde una cuenta de PESCANOVA a una cuenta de KIWI ESPAÑA. Manuel F.S. y su mujer, María Rosario A.D., abrieron dos cuentas en Portugal (a nombre de QUINTA DO SOBREIRO), a las que transfirieron desde la cuenta de QUINTA DO SOBREIRO en España y KIWI ESPAÑA (perteneciente a QUINTA DO SOBREIRO) parte de la devolución; después, con base en un contrato de préstamo entre QUINTA DO SOBREIRO y María Rosario A.D., esta ordenó la transferencia de 4.451.000 euros a una cuenta a su nombre en Hong Kong. La Audiencia Nacional consideró que concurría un delito de alzamiento de bienes en su modalidad de realización de actos de disposición o contracción de obligaciones por parte del responsable de un hecho delictivo (conforme a la redacción vigente en el momento de los hechos, la del antiguo art. 258 CP) para eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes de este, haciéndose total o parcialmente insolvente, y condenó como autor a Manuel F.S. y como cooperadores necesarios a su esposa, María Rosario A.D. y a las sociedades QUINTA DO SOBREIRO, S.L. y KIWI ESPAÑA, S.A.

2. El Tribunal Supremo considera que el recurrente parte de una confusión cuando afirma que Manuel F.S. ha sido condenado porque QUINTA DO SOBREIRO, sociedad propiedad de su esposa, transfirió dinero a cuentas corrientes en Portugal, no siendo tal sociedad deudora ni responsable de hecho delictivo alguno. En efecto, el Tribunal Supremo subraya que en el caso el responsable del delito a título de autor sería Manuel F.S., quien tenía pendientes dos procedimientos penales y, por tanto, él –y no la sociedad– tendría la condición de deudor. Por lo demás, el Tribunal Supremo no da crédito a la afirmación del acusado conforme a la cual su intención no era ocultar patrimonio a los inversores, sino poder utilizarlo, vistas las dificultades de la sociedad.

3. Por último, en los Fundamentos Jurídicos Vigésimo y Vigésimoprimeros la sentencia se ocupa de la responsabilidad de María Rosario A.D. Al respecto, el Tribunal examina el argumento de la recurrente según el cual concurriría un desistimiento voluntario de la tentativa, pues ella decidió dejar sin efecto las transferencias de las cuentas de Portugal a Hong Kong horas antes de que la entidad bancaria las bloqueara por considerarlas operaciones sospechosas. Según el Tribunal Supremo, no es posible apreciar un desistimiento porque el delito de alzamiento estaba, en el momento en que la acusada dejó sin efecto las transferencias, ya consumado, desde el momento en que el dinero se transfirió desde el patrimonio del deudor, Manuel, a las cuentas de las sociedades interpuestas que él administraba y de las que eran propietarios sus familiares.

5.2. Algunas reflexiones sobre la concurrencia de un delito de alzamiento de bienes en el caso

1. Los argumentos de la sentencia para afirmar un delito de alzamiento del anterior art. 258 CP, que se corresponde en gran medida con el actual art. 257.2 CP, dan pie a algunas reflexiones interesantes. La primera consideración tiene que ver con el círculo de autores del delito. Conforme al anterior art. 258 CP, solo puede ser autor el «responsable de un hecho delictivo» en su condición de deudor de la responsabilidad civil; hoy, conforme al art. 257.2 CP, el círculo de autores es mayor: el responsable de un delito o quien deba responder de este, siendo, por ello, posible incluir a cualquier sujeto civilmente responsable por el delito. En todo caso, los supuestos relevantes son aquellos en los que alguien ha intervenido en un delito –conforme al Derecho actualmente vigente no sería necesaria la condición de interviniente– que es generador de responsabilidad civil y, tras su comisión, realiza actos de disposición o contraer obligaciones para generar la propia insolvencia, eludiendo así el pago de la responsabilidad civil derivada de delito. Así las cosas, esta modalidad típica requiere, de entrada, que el autor pueda partir de su condición de responsable de un hecho delictivo que sea a su vez generador de responsabilidad civil.

2. En lo que atañe al primer elemento, la sentencia parece entender que el conocimiento de que pendían dos procedimientos penales contra él era suficiente para considerar que el autor, en el momento de realizar la transferencia de la devolución del crédito, debía partir de que era responsable de dichos delitos. Esto despierta ciertas dudas, pues la existencia de procedimientos penales no significa necesariamente que el autor deba considerarse a sí mismo responsable de los delitos de los que se le acusa. En el delito del antiguo art. 258 CP (actual art. 257.2 CP), lo necesario es que en un juicio *ex ante* el observador objetivo perciba la conducta del autor –en este caso, la alteración de las cuentas y publicación de la información económico-financiera– como penalmente prohibida (en el marco del nuevo art. 257.2 CP bastaría con que el autor se representara como delictiva su conducta o la de otro respecto a cuyo hecho él es responsable civil), de manera que si *ex ante* una conducta (falseamiento de cuentas y folletos informativos) no parece delictiva, el desplazamiento de activos no puede constituir un delito del antiguo art. 258 CP, aunque el autor sea condenado por dicha conducta (por ejemplo, en virtud del art. 282

bis CP) y, a la inversa, si *ex ante* la conducta parece delictiva, el desplazamiento de activos será constitutivo de un delito del anterior art. 258 CP (hoy art. 257.2 CP), aunque después el autor no sea condenado por aquella conducta, si bien en este último caso la condena por alzamiento consumado no será posible por falta de prueba de la condición de autor idóneo del acusado (será, a lo sumo, posible condenarle por una tentativa inidónea del delito de alzamiento). En lo que atañe al segundo elemento, parece claro que el observador objetivo (y también el autor del delito) debe representarse *ex ante* que los delitos de los que es responsable han dado lugar al nacimiento de responsabilidad civil. Esto resulta fácil de constatar en los casos en los que el autor ha cometido, por ejemplo, una estafa con efectos perjudiciales inmediatos, pero más complejo en el caso de delitos como el del art. 290 o el art. 282 bis CP. En estos últimos, es posible partir de que la conducta del autor puede dar lugar a responsabilidad civil derivada de delito, pues en algún momento los destinatarios de los documentos pueden tomar una decisión perjudicial con base en aquellos: por ejemplo, la decisión de un tercero de invertir sobre la base de la información de las cuentas. Ahora bien, aquí hay un aspecto temporal esencial: para ser autor idóneo de un delito de alzamiento dirigido a eludir la responsabilidad civil derivada de delito hay que ser deudor en el momento del alzamiento, es decir, no basta con haber llevado a cabo la conducta adecuada para generar en el futuro la condición de deudor. Esto significa que quien comete un delito del art. 290 CP o del art. 282 bis CP no es deudor de la responsabilidad civil hasta que se produzca el daño correspondiente, el cual puede aparecer en un momento posterior a la comisión del delito. La conducta de quien se insolventa antes de ser deudor no puede castigarse conforme a los arts. 257 ss. CP, salvo que sostengamos que los sujetos que deben contar con seguridad con convertirse en deudores ya son autores idóneos del delito. Aplicado al caso, esto significa que habría sido necesario fundamentar que en el momento de las transferencias a las cuentas de Portugal ya existían perjudicados por la conducta del acusado: por ejemplo, sujetos que, con base en la información económico-financiera de PESCANOVA, habían ya invertido en la sociedad.

3. La segunda reflexión tiene que ver con la conducta típica del alzamiento para eludir la responsabilidad civil derivada de delito. En concreto, se trata de examinar las órdenes de transferencia de parte de la devolución del crédito primero a las cuentas abiertas en Portugal por Manuel F.S. y su esposa, María Rosario A.D., a nombre de QUINTA DO SOBREIRO y la posterior transferencia desde dichas cuentas a una cuenta a nombre de María Rosario abierta en Hong Kong. El acto de disposición debe, para ser constitutivo de alzamiento, generar la insolvencia real o aparente. Para ello se deben cumplir necesariamente dos presupuestos: por una parte, se debe constatar que el acto de disposición –aquí las transferencias– era idóneo para generar una reducción del patrimonio del deudor en tales términos que el patrimonio restante no era suficiente para hacer frente a las deudas. Cuando estas deudas no son todavía determinadas, se debería por lo menos constatar que el patrimonio restante no es suficiente para hacer frente al monto previsible de tales deudas. Aplicado al caso, se debería demostrar que el patrimonio de Manuel F.S. tras las transferencias de parte de los 6 millones de euros era insuficiente para hacer frente a la responsabilidad civil derivada de delito. Este aspecto requiere una fundamentación expresa, pues mientras conserve la solvencia, el deudor puede disponer libremente de su patrimonio, por lo que en el caso habría sido conveniente abordar este aspecto, que no menciona el recurrente. De mayor interés es, por otra parte, el segundo presupuesto: la conducta del autor debe ser *ex ante* idónea para eludir la responsabilidad civil, generando una «insolvencia aparente o real». En el caso presente, el Tribunal Supremo entiende que el autor, mediante las transferencias, ha generado una insolvencia aparente. Ahora bien, nótese que, en los delitos de alzamiento, la generación de una insolvencia aparente requiere que la conducta del autor sea *ex ante* idónea para «ocultar» su patrimonio: se trata, valga la redundancia, de crear una apariencia,

de «engañar», transmitiendo a los acreedores una imagen mermada del patrimonio; si las operaciones no son idóneas para ocultar el patrimonio, debería excluirse la tipicidad.

4. Pues bien, el caso plantea la duda de si las transferencias realizadas son (todas o algunas) idóneas para generar tal apariencia de insolvencia. Hay que prestar especial atención a las primeras transferencias, pues son las que el Tribunal Supremo entiende como decisivas para considerar consumado el delito de alzamiento: mediante estas, Manuel S.F. desplazó parte de la devolución de la deuda a dos cuentas, a nombre del acusado y a nombre de QUINTA DO SOBREIRO (abierta por su esposa) respectivamente, en Portugal. Al respecto, no es evidente que la transferencia a las cuentas de QUINTA DO SOBREIRO en Portugal implicara un desplazamiento de patrimonio fuera de la esfera del deudor, pues las transferencias se hicieron desde una cuenta de QUINTA DO SOBREIRO en España, cuyos socios eran la esposa de Manuel F.S. y sus hijos comunes, y una cuenta de KIWI ESPAÑA. Y nótese que era precisamente desde esas sociedades desde las que Manuel F.S. había hecho su préstamo a PESCANOVA. Un análisis separado requiere la transferencia (plantada pero bloqueada por el banco portugués) desde la cuenta de QUINTA DO SOBREIRO en Portugal a una cuenta que abrió María Rosario A.D. en Hong Kong, transferencia que se justificaba con base en un préstamo que le hacía Manuel F.S., en su condición de administrador de QUINTA DO SOBREIRO, a María Rosario A.D. Aquí la pregunta esencial es si el acto de «ocultación jurídica» es objetivamente idóneo para ocultar el patrimonio. Para ocultar patrimonio es necesario que este quede, *sit venia verbo*, cubierto de tal manera que no ya no se pueda identificar como patrimonio del deudor. Y en el caso surge precisamente la duda de si una transferencia rastreada a una cuenta titularidad de la esposa del acusado debería considerarse suficiente para hablar de tal ocultación –no todo intento de simulación es *ex ante* idóneo para simular–. A esto se debe añadir el examen de qué significado tenía para la esfera del acusado el desplazamiento de patrimonio de una sociedad, QUINTA DO SOBREIRO, en ese momento titularidad de su esposa e hijos, a una cuenta de su esposa. Ciertamente, se podría ver en ello un alejamiento del dinero del grupo de sociedades, pero ello es irrelevante si tenemos en cuenta que el delito de alzamiento se plantea respecto a la responsabilidad civil del acusado, no respecto a una deuda de PESCANOVA.

5. La tercera reflexión atañe a la responsabilidad de la mujer, quien es condenada como cooperadora necesaria del delito de alzamiento. Al respecto, se echa de menos una discusión sobre la distinción entre la condición de interviniente en el delito y la condición de partícipe a título lucrativo. Al respecto, se podría pensar que la apertura de las dos cuentas, en Portugal y en Hong Kong, constituiría una contribución al alzamiento del autor. La cuarta reflexión se refiere al problema de la consumación y el desistimiento. Si el delito de alzamiento se consumó con las transferencias a las cuentas en Portugal, tiene pleno sentido considerar irrelevante como desistimiento el bloqueo de la transferencia a Hong Kong por parte de la esposa del acusado. Ahora bien, si tenemos en cuenta las reflexiones anteriores, a saber, que las cuentas de Portugal se podían considerar todavía pertenecientes a la esfera del deudor, por lo que las transferencias en sí no constituirían alzamiento –a lo sumo, preparación– sí tendría sentido discutir el carácter típico de la transferencia a la cuenta de Hong Kong y, en caso de respuesta positiva, plantear la posibilidad de admitir un desistimiento –dejando aquí al margen la discusión fáctica sobre si la acusada dejó la transferencia sin efecto antes o después de que el banco bloqueara la transferencia y, con ello, hiciera imposible la ocultación del patrimonio–.

6. Para terminar, hay un aspecto de gran interés, a saber, la condena de QUINTA DO SOBREIRO S.L. y KIWI ESPAÑA como cooperadoras necesarias del delito. Al respecto, surgen dos cuestiones interesantes: la primera, si la persona jurídica puede ser considerada cooperadora necesaria de

un delito de una persona física y la segunda, si sociedades utilizadas para desplazar patrimonio del deudor pueden ser consideradas beneficiadas en el sentido del art. 31 bis CP. Esta última cuestión será objeto de análisis en el apartado 9 del presente comentario.

6. El estado de necesidad (Jesús-María Silva Sánchez)

1. El Fundamento Jurídico Décimo de la sentencia responde al motivo del recurso de casación en el que se alegaba la concurrencia en PESCOVA de un estado de necesidad económico-empresarial. En efecto, como traducción legal de su alegación, el recurrente pretendía que se aplicara la eximente incompleta de estado de necesidad (art. 21.1 en relación con el art. 20.5º CP). El fundamento concreto de la pretensión esgrimida era el estrechamiento que sufrió el mercado del crédito como consecuencia de la crisis financiera internacional de 2007-2008 y la creciente posición deudora de la sociedad PESCOVA. A continuación, el recurrente mantenía que, en el contexto de una fuerte reducción de las vías de financiación a largo plazo, los directivos de la compañía se habían visto obligados a recurrir a determinadas prácticas irregulares con el fin de prolongar sus líneas de financiación y, consiguientemente, a ocultar en la contabilidad la deuda financiera real de la compañía. Por tanto, la finalidad de estas conductas fue conservar el flujo de tesorería hasta que las inversiones dieran su fruto. Citando a la sentencia de instancia, «el plan delictivo se diseñó con el único fin de salvar a la Compañía y a sus 14.000 puestos de trabajo». En definitiva, la tesis del recurso es que, ante la situación de necesidad representada por la situación de deuda que comprometía la propia viabilidad de la empresa, y pretendiendo evitar un «mal inminente» –un perjuicio económico–, los directivos habían procedido a causar otro «mal» no mayor –otro perjuicio económico–. Si, sentado esto, postulaban únicamente la apreciación de la eximente incompleta, ello se debía a conocer que el Tribunal Supremo rechaza la apreciación de la eximente completa de estado de necesidad en los casos de crisis empresariales.

2. La sentencia desestima el recurso. Para ello, recurre a dos argumentos: (i) que la existencia de una situación deudora no puede entenderse como un «mal»; y (ii) que la comisión de delitos para evitarla vulnera, en todo caso, el principio de subsidiariedad que rige la eximente de estado de necesidad. El primer argumento se concreta en la afirmación de que una crisis empresarial, esto es, tener deudas, no constituye un mal «en sentido jurídico», sino que para ella es precisa una «verdadera angustia y estrechez económica, connotadas por la inmediatez o inminencia». Más aún, citando jurisprudencia anterior, la Sala exige una «situación personal de indigencia, de pobreza o extrema carencia de lo indispensable que ponga en riesgo inminente o grave su vida, su salud o su integridad física»⁹. Se diría, por tanto, que el Tribunal Supremo reduce el estado de necesidad justificante aplicable a delitos contra la propiedad o el patrimonio al «hurto famélico». Por su parte, el segundo argumento se formula indicando que la situación de necesidad –de conflicto entre bienes–, que constituye el eje de la eximente, requiere que no exista ningún medio menos gravoso –en particular, no delictivo– para la salvaguarda del bien jurídico. Pues bien, a juicio de la Sala, precisamente en casos como el que examina, no puede afirmarse que se haya cumplido la exigencia de subsidiariedad, pues existían opciones preferentes. En concreto, «el propio ordenamiento jurídico arbitra diversas clases de expedientes (muy singularmente la normativa que regula las situaciones concursales), orientada a facilitar una salida ordenada a las crisis empresariales, presidida por el propósito de componer los diversos intereses en conflicto (los de la propia empresa, sus socios, los acreedores, trabajadores, etc.) de un modo equilibrado».

⁹ STS 419/2009, Penal, de 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:2970).

3. Los dos argumentos no tienen la misma fuerza. El primero es débil. En efecto, debe considerarse, en primer lugar, que el caso no es de estado de necesidad propio, sino ajeno (auxilio necesario), pues se refiere a la persona jurídica PESCANOVA y a las personas físicas cuyo puesto de trabajo dependía de la viabilidad de la empresa. Con la tesis jurisprudencial no sería posible calificar de «mal en sentido jurídico» ningún peligro para bienes supraindividuales –de la sociedad o de la administración pública–, pues aquí no acecha angustia ninguna. Sin embargo, que cabe obrar en estado de necesidad para proteger bienes supraindividuales es algo asumido unánimemente. Cuestión distinta es la entidad de ese mal, su inminencia o su carácter de «mal provocado» por una mala gestión. Sobre todas esas materias cabe discutir. Ahora bien, que el riesgo de desaparición de una gran empresa y de pérdida de miles de puestos de trabajo es un «mal» para el Derecho es algo que no cabe negar seriamente. Precisamente porque es un mal, el Derecho mercantil, el Derecho laboral y el Derecho administrativo tratan de minimizarlo como pueden.

4. Por su parte, el segundo argumento, relativo a la subsidiaridad del estado de necesidad, se halla muy consolidado en la jurisprudencia y en la doctrina. También lo está la concreción de este principio que maneja el Tribunal Supremo. En efecto, un importante sector doctrinal se sirve de la expresión «primacía de las instituciones» para designar la preferencia que, frente al recurso justificante al estado de necesidad, tiene el seguimiento de los procedimientos institucionalizados de solución de conflictos. Este es asimismo el argumento que suele utilizar la jurisprudencia para rechazar la aplicación del estado de necesidad justificante a la realización de los tipos de delito del Derecho penal económico. A este respecto, se arguye que en los casos de «necesidad económica» o «empresarial» existen procedimientos institucionalizados para afrontar la crisis, a los que es obligado recurrir de modo prioritario. En este concepto se integran, por ejemplo, las solicitudes de aplazamiento o de fraccionamiento del pago en el ámbito tributario y los procedimientos concursales en el contexto de las situaciones de insolvencia.

5. En definitiva, todo parece indicar que hay razones para denegar la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad justificante a los gestores de PESCANOVA. Menos claro me parece que su pretensión de salvar la compañía tenga que carecer de toda relevancia atenuante para el Derecho penal. En efecto, los motivos constituyen un factor muy relevante de asignación de sentido a las conductas humanas. Por lo tanto, el ánimo de lucro personal y el de salvar una empresa con sus puestos de trabajo dan lugar a que las conductas de estafa o de falsedad adquieran una coloración radicalmente distinta. Las situaciones de exigibilidad disminuida, que no tienen una ubicación expresa en el sistema legal español de atenuantes, deberían ser tenidas en cuenta y no excluir las posibilidades de la atenuante analógica (art. 21.7ª CP) para su consideración jurídica.

7. La responsabilidad del auditor de cuentas (Raquel Montaner Fernández)

1. Los Fundamentos Jurídicos Decimosegundo, Decimotercero y Decimocuarto de la sentencia que aquí es objeto de interés se dedican a responder al recurso planteado por el Sr. Santiago S.F., socio-auditor de BDO AUDITORES, S.L. a partir del año 2009. Este auditor de cuentas externo de PESCANOVA fue condenado por la sentencia de la Audiencia Nacional como responsable, en concepto de cooperador necesario, de un delito continuado de falsedad de cuentas anuales del art. 290 CP y de un delito de falseamiento de información económico-financiera del art. 282 bis CP, en relación de concurso medial. Tanto la sociedad matriz PESCANOVA, S.A., fundada en el año 1961 y siendo una sociedad cotizada, como otras sociedades del Grupo consolidado PESCANOVA contaban desde el año 2002 con los servicios de auditoría externa de la sociedad

BDO. Es más, la persona que actuaba como representante y responsable de BDO en los servicios de auditoría a PESCANOVA era el Sr. Santiago S. quien, como auditor principal responsable (*vid.* art. 3.6 Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas), firmó las cartas de encargo de 2009, 2010, 2011 y 2012 con el Sr. Joaquín V., jefe de auditoría interna de PESCANOVA. En el marco de este encargo de auditoría, conviene señalar que, además de a la matriz, los servicios de auditoría externa de BDO se ofrecían a numerosas filiales, de tal modo que la actividad de auditoría externa de BDO se ofrecía a 13 de las más de 150 sociedades nacionales e internacionales del Grupo PESCANOVA. Respecto de estas sociedades objeto de auditoría, se señala en la sentencia que la auditora externa tuvo «acceso a todos los datos de la contabilidad de la matriz y sus filiales». De este modo, a través de las cartas de encargo mencionadas anteriormente, el auditor externo se comprometía a auditar las cuentas anuales y consolidadas y a emitir los correspondientes informes con opinión técnica, además de, en su caso, informar sobre las debilidades significativas que detectara respecto al control interno de las sociedades (respecto a los elementos que debe incluir un informe de auditoría, *vid.* art. 5 Ley 22/2015). Por el contrario, y tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo, los servicios de auditoría externa de BDO no alcanzaban a las sociedades filiales extranjeras denominadas EFRIPREL, AMERICAN SHIPPING, ANTARTIC SEA FISHERIES, MEDOSAN y PORVENIR. En efecto, la sociedad matriz mantuvo fuera del perímetro de consolidación a estas cinco filiales extranjeras, por lo que no pudieron ser objeto de evaluación ni de revisión por parte de la auditora externa (FJ 14º).

2. Sin perjuicio de las actuaciones del resto de los intervinientes, incluso de aquellas personas cuyas funciones se desarrollaban en el marco de órganos con competencias en materia de auditoría interna en PESCANOVA –como era el comité de auditoría y el departamento de auditoría interna–, la Audiencia Nacional basó la condena del auditor de cuentas externo, el Sr. Santiago S., por el delito del art. 290 CP atendiendo a un conjunto de actuaciones infractoras (*vid.* FJ 12º SAN 14/2020, Penal, de 6 de octubre [ECLI: ES:AN:2020:2351]). A saber, y de manera resumida: la emisión de informes favorables trimestrales y semestrales sobre la gestión intermedia desde el año 2009 hasta el año 2012; la emisión de informes favorables de auditoría de las cuentas anuales y consolidadas correspondientes a los ejercicios contables de los años 2009, 2010 y 2011, sin efectuar salvedad alguna y haciendo constar que expresaban la imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera; la no advertencia de la falta de coherencia entre las cifras de las cuentas anuales y los créditos documentarios; la ausencia de objeción frente a las operaciones de reducción del pasivo a través del «neteo»; la concesión del visto bueno a las cuentas elaboradas en el año 2012; el aval documental de los datos contables para las ampliaciones de capital de 2009 y de 2012; la ausencia de la realización de una revisión especial respecto de las operaciones con las sociedades instrumentales; y, en relación con los contratos de *factoring* con las distintas entidades bancarias, la falta de comprobación de la realidad del sustrato de las operaciones de cesión de créditos. En concreto, según, la sentencia de la Audiencia Nacional, el auditor «hizo un control efímero de los datos de algunas remesas de facturas que su auditada remitía a los bancos, sin llevar a cabo ningún control acerca de la obligación principal asumida por PESCANOVA» (*vid.* FJ 3º).

3. En lo que se refiere al delito de falsedad en la inversión de capital del art. 282 bis CP, la Audiencia Nacional también condenó al socio-auditor como cooperador necesario. Considerando la Audiencia que un auditor de cuentas no reúne la condición de administrador de hecho o de Derecho de una sociedad emisora de valores, pero, no obstante, entendiendo que el informe de auditoría de cuentas anuales forma parte de la información a la que las sociedades emisoras de valores están obligadas a comunicar, fundamentó su responsabilidad penal como cooperador necesario. En concreto, en el FJ 13º de la sentencia, la Audiencia Nacional señala que

«no cabe duda de que toda la documentación publicada por la CNMV indicativa de la situación económica-financiera de PESCANOVA estaba avalada por quien se encontraba al frente de la auditoría externa». Ahora bien, las conductas infractoras de las que partió la sentencia de instancia para condenar al Sr. S. también por este delito del art. 282 bis CP fueron las mismas a las que anteriormente se ha hecho referencia a propósito del delito del art. 290 CP (resumidamente: no oponer salvedades a las cuentas anuales). Precisamente, esto es uno de los motivos que alega la defensa del Sr. S. en su recurso de casación.

4. Pese a la condena previa de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, sin embargo, absuelve al auditor Santiago S., de ambos delitos y, por ende, también a BDO como persona jurídica a través de la cual aquel realizó sus actuaciones. Si bien el delito societario del art. 290 CP no prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, esta sí se establece en el art. 288 bis CP en relación con el delito de falseamiento en la inversión de capital del art. 282 bis CP. Así las cosas, la Sala Segunda, tras referirse someramente al contenido de los nueve motivos del recurso de casación formulado por Santiago S., se centra, por un lado, en la posibilidad en general de atribuir responsabilidad penal al auditor de cuentas por las figuras delictivas aquí discutidas y, por otro y principalmente, en la exigencia de dolo para la atribución de responsabilidad penal por ambos delitos. En concreto, y a los efectos de este comentario, el razonamiento del Tribunal Supremo se estructura en los siguientes puntos.

5. De entrada, la Sala reconoce la posibilidad genérica de que los auditores de cuentas respondan como cooperadores necesarios tanto por el delito del art. 290, como por el delito del art. 282 bis CP (FJ 13º). En este sentido, y refiriéndose a algunas sentencias anteriores –como es la STS 688/2019, Penal, de 4 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:809), («caso Fórum Filatélico»)– sostiene que la atribución de responsabilidad penal al auditor por el delito de falsedad de las cuentas anuales requiere, primero, que las cuentas se hayan falseado de forma idónea para causar perjuicio; segundo, que se emita un informe de auditoría sin indicar que las cuentas no reflejan la realidad de la sociedad; y, tercero, que al emitir el informe de auditoría sepa el auditor que las cuentas que avala no reflejan la imagen fiel de la sociedad y que actúa en connivencia con los responsables de la sociedad. Con ello, el Tribunal Supremo considera que, si bien el incumplimiento de las normas de auditoría que determinan el ejercicio de su función y que responde a una impericia o desidia profesional conlleva responsabilidad por vía civil e incluso disciplinaria, esta clase de actuación no es suficiente para afirmar su responsabilidad penal como partícipe en un delito doloso como es el del art. 290 (FJ 13º). En esta medida, recuerda el Tribunal Supremo, para la posible atribución de responsabilidad penal no se trata de atender a la aportación del auditor (informe de auditoría) en términos causales respecto del perjuicio producido, sino en términos de imputación objetiva. Ahora bien, más allá de esta referencia, la sentencia del Tribunal Supremo no se detiene en analizar cuál debe ser la forma de entender estos términos de la imputación objetiva.

6. Así pues, sin tratar de delimitar cuál es el espacio de riesgo penalmente relevante de la actuación del auditor de cuentas en términos de imputación objetiva, el Tribunal Supremo dedica la mayor parte de su razonamiento al análisis de lo que se entiende como aspecto subjetivo de los ilícitos penales (*vid.* FJ 14º). Sobre la base de que tanto el delito de falsedad contable del art. 290 CP, como el delito del art. 282 bis CP solamente son punibles en su modalidad dolosa, el segundo grupo de motivos del recurso de casación de Santiago S. al que debe responder el Tribunal Supremo se estructura al hilo de la inexistencia de datos fácticos con base en los que quepa sustentar una condena por su actuación dolosa. En concreto, según afirma el recurrente Santiago S., el Tribunal sentenciador fundamentó su actuación dolosa y, de ahí, su condena, en

el hecho de que, como auditor de cuentas, y a diferencia de otros sujetos, ostentaba un «deber profesional de descubrir» que incumplió. A juicio del recurrente, esta posición como profesional o experto no es suficiente para convertirlo en responsable penal por los delitos atribuidos.

7. En lo que se refiere al primer aspecto de la argumentación del recurrente –esto es, la ausencia de suficientes datos fácticos-, a juicio del Tribunal Supremo es cierto que la redacción del relato de hechos probados en relación con la actuación del auditor externo «resulta particularmente confusa». A partir de aquí, señala algo que, a mi juicio, es muy revelador respecto a la orientación de su fundamentación. A saber, que el relato de los hechos probados «no termina de proporcionar elementos bastantes para determinar, primeramente, si, a juicio del Tribunal sentenciador, debería considerarse acreditado que, en efecto, el acusado conocía y aceptaba las mencionadas falsedades; o si lo que se declara probado es que no se apercibió de las mismas como consecuencia de una deficiente realización de su actividad profesional» (FJ 14º). Según el Tribunal Supremo, la desidia, la «relajación en el ejercicio de sus funciones», el descuido o la impericia profesional no son equivalentes al dolo exigido por estos tipos penales (FJ 14º). A partir de aquí, e incidiendo en las concretas –y, a su juicio, equívocas y no sostenidas– expresiones utilizadas en la sentencia recurrida (como, por ejemplo: «conoció»; «le pasaron desapercibidos determinados datos», «sin que conste que se percatara», etc.), considera que no ha sido posible constatar que el Sr. Santiago S. «tuviera conocimiento de las irregularidades descritas y, en connivencia con sus autores, se prestara a emitir un informe sin salvedades o a protagonizar el conjunto de las actuaciones descritas, con el propósito de contribuir eficazmente a distorsionar la imagen fiel de la compañía» (FJ 14º). Esta falta de consistencia fáctica también la utiliza la Sala Segunda para señalar que, del extenso relato de los hechos probados, no queda claro cuáles fueron las concretas actuaciones de Santiago S., en tanto que, en repetidas ocasiones, se alude indistintamente a BDO, a sus empleados o a Santiago S.

8. A partir de aquí, y en lo que se refiere a la determinación del elemento subjetivo en un procedimiento penal, señala que, «con relación a los elementos subjetivos exigibles en el marco de las diferentes figuras típicas, resulta frecuente la imposibilidad de acreditarlos a través de las denominadas pruebas directas. Es así preciso, a menudo, inferir dichos aspectos de otros –acreditados, estos sí, a través de prueba directa–, regularmente plurales y que, valorados de un modo integrado, conduzcan a la razonable inferencia de que, en efecto, el acusado actuó con conocimiento y voluntad –cuando esto es lo necesitado de prueba–, de lo que estaba realizando, con exclusión de cualquier otra alternativa igual o parecidamente válida en el plano epistemológico» (FJ 14º). En este punto, si bien el Tribunal Supremo reconoce que la función de auditoría externa se desempeñó de forma «descuidada, desatendiendo las facultades de supervisión a las que se había comprometido» y pasando «inadvertidas deficiencias relevantes», esto no equivale a la comisión de un delito doloso. Y ello porque, según la Sala Segunda, ello no evidencia «que el acusado Santiago S. tuviera conocimiento de la falsedad de las cuentas que supervisó, ni tampoco que albergara propósito de coadyuvar a la consecución de los objetivos propuestos por quienes decidieron distorsionarlas» (FJ 14º). Es más, en lo que respecta a posibles motivos que pudieran utilizarse para sustentar la dimensión volitiva de su actuación, entiende el Tribunal Supremo que no existe constancia alguna de que el Sr. Santiago S., a cambio de su actuación, percibiera alguna clase de sobrepago en su propio beneficio y/o en el de BDO (*vid.* FJ 14º). Por tanto, el Tribunal Supremo parece sustentar su decisión respecto de la ausencia del dolo del auditor en que, con base en la ausencia de datos fácticos, ni existen indicios para afirmar el elemento cognitivo ni para sustentar el elemento volitivo.

9. A mi modo de ver, es necesario, en primer lugar, atender a la propia condición del auditor de cuentas y a cómo interactuó en el complejo proceder de una estructura organizativa como era el Grupo PESCANOVA en el momento de los hechos. Sin perjuicio de que quepa afirmar que la auditoría de las cuentas de PESCANOVA era una tarea respecto de la cual tenían competencias tanto sujetos internos de PESCANOVA como sujetos externos, la realidad es que, en el marco de sociedades cotizadas, la función del auditor de cuentas externo –en nuestro caso, un auditor con experiencia– no solamente tenía trascendencia privada para con su cliente, sino también relevancia pública. Y esto último, no solamente frente a organismos públicos reguladores, como la CNMV, sino también frente a terceros inversores. Desde esta perspectiva, la relevancia de la actuación infractora del auditor de cuentas externo no solamente podía entenderse en términos causales sino ya en términos de creación o colaboración a la creación de un riesgo típico de los delitos imputados. Asimismo, no hay que olvidar que, según los hechos probados, el auditor de cuentas tuvo «acceso a todos los datos de la contabilidad de la matriz y de sus filiales» y, además, por ejemplo, «tuvo a su disposición datos constatados contradictorios que permitían deducir la falta de coherencia de los importes de los créditos documentarios solicitados a las entidades financieras». Por tanto, podríamos decir que estamos ante un experto (con conocimientos específicos) al que se le encarga una función que consiste en la verificación de las cuentas anuales de varias sociedades de un mismo grupo en aras de dictaminar si aquéllas expresan una imagen fiel del patrimonio y que, para el correcto ejercicio de esta función, tiene acceso a la documentación necesaria que debe ser objeto de revisión.

10. El objeto de discusión de esta resolución no es, sin embargo, la tipicidad objetiva de la conducta del auditor de cuentas sino, por el contrario, la tipicidad subjetiva. En concreto, la cuestión sobre la que hay que reflexionar es si la existencia de dolo puede determinarse de forma suficiente atendiendo a la conducta realizada por un sujeto con condición de auditor de cuentas que, además, tenía acceso (disponibilidad) a la documentación necesaria para el correcto desarrollo de su función y que, por ende, podía emitir unos informes con una opinión técnica determinada o si, por contra, para la determinación del dolo es necesario que, además de lo anterior, se constate una efectiva lectura y comprensión por parte del auditor de cuentas externo de esa documentación que se le ha proporcionado y respecto de la cual ha emitido varios informes favorables. Para el Tribunal Supremo, basándose en las teorías volitivas del dolo, el hecho de admitir que se han revisado las cuentas no es suficiente para poder distinguir si el sujeto conocía y admitía las falsedades (dolo) o si, por contra, el sujeto no se apercebía de esas falsedades como consecuencia de una deficiente realización de su actividad profesional. A su juicio, la falta de claridad y precisión en el relato fáctico no permiten descartar que esa ausencia de conocimiento, en lugar de responder a una voluntad del auditor de sumarse al plan delictivo diseñado por el presidente de PESCANOVA, se debiera a su «desidia», «relajación en el ejercicio de sus funciones, descuido o impericia profesional». Por tanto, la sola infracción de las normas de auditoría no es un elemento suficiente para afirmar el tipo subjetivo.

11. Sin duda, y aunque en el margen de este comentario solamente es posible apuntar superficialmente la problemática que ello plantea, los términos de esta sentencia nos llevan a reflexionar no solamente sobre el propio concepto de dolo (en el ámbito de los delitos económicos), sino también sobre los límites del dolo eventual con la imprudencia consciente, sobre el recorrido jurisprudencial de los casos denominados de ignorancia deliberada que pueden merecer el mismo tratamiento jurídico que los supuestos de dolo¹⁰ e, incluso, sobre los supuestos de desconocimiento por indiferencia. A mi juicio, y sobre la base de los hechos probados, podría

¹⁰ Sobre ello, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 163 ss.

decirse que el auditor de cuentas se mantuvo de manera continuada (desde 2009 a 2012) en un estado de desconocimiento respecto de las cuentas anuales y otra información societaria que auditaba y ello pese a que tenía disponibilidad respecto a la información que le podría haber dado acceso a ese conocimiento e, incluso, sospechas constatadas de ciertos estados financieros irregulares (pensemos, por ejemplo, en las operaciones de «neteo»). En esta medida, cabría afirmar que el auditor de cuentas estaba en condiciones de conocer. El problema es que, tal y como señala el Tribunal Supremo, no se constató una base fáctica suficiente para fundamentar la voluntad del sujeto de mantenerse en un estado de desconocimiento o ignorancia¹¹ o, en otras palabras, para probar el conocimiento ni siquiera eventual del acusado. Debe reconocerse al Tribunal Supremo que, con esta resolución, se postula en contra de la idea de la ignorancia deliberada como sustitutivo automático del conocimiento a efectos de fundamentar una condena por delito doloso. Ello, a mi modo de ver, no solamente es coherente con la propia definición de dolo de la que parte –esto es, como conocimiento y voluntad–, sino que también supone un acto de contención frente a la flexibilización de las exigencias probatorias para considerar que un sujeto ha obrado dolosamente, incluso cuando ello tiene lugar en el ámbito de delincuencia económica¹².

8. Formas de participación y conductas neutrales (Ricardo Robles Planas)

8.1. Cooperación necesaria, complicidad y art. 65.3 CP

La sentencia examina y desestima los recursos de varios intervinientes condenados como cooperadores necesarios por la Audiencia Nacional solicitando que se calificara su aportación como de complicidad, con la consiguiente rebaja de pena en un grado. Los argumentos de los recurrentes y los razonamientos decisorios del Tribunal Supremo son, sucintamente, estos:

1. Respecto del delito de alzamiento de bienes del art. 258 CP, la recurrente, **María del Rosario A.D.** (recurso en FJ 17º ss.), considera que los actos a ella atribuidos como esenciales para la realización de los movimientos de fondos de unas cuentas a otras de la misma compañía podrían ser realizados en exclusiva y sin ningún otro apoyo por Manuel F.S., que las administraba. El Tribunal Supremo (FJ 22º) entiende, en cambio, que la actividad de la acusada no puede considerarse de menor importancia porque «conociendo la existencia de la deuda que pendía sobre el patrimonio de su esposo y en concierto con éste, se avino a que los fondos que a aquel correspondían (los que le fueron devueltos por PESCANOVA), tuvieran como destino sendas cuentas que, en efecto, su esposo administraba, pero correspondientes a sociedades de las que él no era titular (y sí ella y otros miembros de la familia). Con ese fin, abrieron en Portugal sendas cuentas bancarias, a nombre de las mencionadas sociedades, de tal modo que el dinero permanecería a disposición de la familia “para poder utilizar su patrimonio”, conforme ambos reconocieron, a la vista de los “inconvenientes derivados de la situación económica” de PESCANOVA y, en último extremo, del propio Manuel (...) [E]l plan delictivo trazado por ambos cónyuges no podía prescindir de la presencia de María del Rosario, propietaria, junto con otros miembros de su familia, de las empresas beneficiarias de los fondos (administradas por Manuel, pero de las que éste no tenía titularidad alguna). Solo de este modo, y con la decisiva

¹¹ Sin embargo, la motivación de mantenerse en esta situación de desconocimiento podría relacionarse, incluso, con su pretensión de continuar prestando sus servicios profesionales a un grupo de sociedades como era PESCANOVA.

¹² Sobre ello, RAGUÉS I VALLÈS, «Tema 6. Imputación del delito económico a personas físicas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, 2020, p. 180.

participación de María del Rosario, resultaba factible eludir los derechos de los acreedores de aquél y, al mismo tiempo, por utilizar las palabras que la sentencia recurrida atribuye a los propios acusados, “poder utilizar su patrimonio”».

2. Respecto del delito de art. 290 CP, varios condenados como cooperadores necesarios discrepan también de esa calificación.

a) El recurrente, **Antonio T.M.** (recurso en FJ 34º ss.) alega que «seguía las órdenes de sus superiores» y que su «jubilación no impidió que se continuaran ejecutando los hechos que han motivado la condena». Pero el Tribunal Supremo (FJ 36º) estima que el plan de Manuel F.S., presidente de la compañía, «no podía llevarse a término, –singularmente en una empresa de la magnitud de PESCANOVA–, sin la indispensable colaboración de sus cuadros, su personal de alta dirección y, por lo que ahora importa, su director financiero. Era éste quien (...) se encargaba de negociar con las entidades bancarias los contratos que permitían obtener a la compañía la imprescindible liquidez y quien, por lo mismo, debía proporcionarles la documentación necesaria para formalizar los contratos que la procuraban (factoring, descuentos, etc.). Pero es que, además, tal y como acaba de explicarse, fue el propio Sr. T. quien, a través de un conocido, se encargó de contactar con el Sr. F.C. para proponerle que llevara formalmente la administración de las empresas instrumentales creadas con el referido fin, explicando a éste en una comida cuáles serían sus concretas funciones y su remuneración. No puede negarse que, al menos, compartió el dominio funcional positivo del hecho, la facultad de ponerlo en marcha, con independencia de que cuando dejó la empresa como consecuencia de su jubilación, aquellos mismos comportamientos, ya impulsados con su decisiva contribución, continuaran todavía durante algún tiempo».

b) El jefe de contabilidad de PESCANOVA, **Ángel G.D.** (recurso en FJ 40º ss.), entiende que «no participaba en la confección de las cuentas anuales de PESCANOVA ni en las del grupo consolidado. Su responsabilidad se concentraba en los libros de contabilidad de PESCANOVA, sin que, afirma el recurrente, en ninguno de ellos existieran irregularidades, libros que, además, no constituyen el objeto material del delito previsto en el artículo 290 del Código Penal». El Tribunal Supremo (FJ 44º) estima que «la participación del acusado no se limitaba a incorporar a la contabilidad de la empresa la documentación recibida de las sociedades instrumentales, aun con conocimiento de su finalidad y sentido. Ciertamente que el acusado se hallaba directamente subordinado en el organigrama empresarial al Sr. L.U. Mas, con pleno conocimiento del plan trazado por la dirección de la mercantil, se sumó activamente al mismo y no desde una posición profesional más o menos irrelevante sino en su condición de jefe del departamento de contabilidad, no limitándose a recibir la documentación que le era enviada, sino participando en, al menos, una reunión encaminada a la constitución de alguna de aquellas sociedades instrumentales e impartiendo a sus administradores las instrucciones correspondientes. Su participación en el ilícito penal referido se considera relevante, indispensable para su realización, en la medida en que la misma no habría podido llevarse a término, al menos sin dificultades relevantes para proceder a su sustitución al frente de la contabilidad de la empresa, en los términos perentorios que la necesidad de liquidez imponía».

c) **Carlos T.D.** (recurso en FJ 47º ss.) se queja de la calificación de su aportación como cooperador necesario porque «carecía de “poder de decisión”, sin que pueda serle atribuido (...) el “dominio funcional del hecho”». Pero el Tribunal Supremo rechaza tal pretensión (FJ 50º) dado que «se trata de quien actuaba como apoderado de varias filiales del grupo y director financiero y consejero de la más relevante de ellas, asumiendo las funciones de director financiero del grupo

mismo cuando quien ostentaba dicho cargo cesó en él como consecuencia de su jubilación. Plenamente impuesto del plan proyectado, procedió a llevarlo a término con las decisivas contribuciones ya descritas y sin las cuáles, el tipo penal previsto en el artículo 290 del Código Penal no habría podido contravenirse en la forma en que efectivamente se realizó».

d) **Alfredo L.U.** (recurso en FJ 52º ss.) considera que su intervención en los hechos debió «ser considerada como secundaria, siendo “una persona de confianza del Presidente a quien le reportaba toda la información de su área de trabajo y de quién recibía las instrucciones y órdenes como responsable del departamento de administración”». Sin embargo, el Tribunal Supremo (FJ 54º) estima que «efectivamente el Sr. L.U. resultaba ser el director del departamento de administración de la empresa, encargado de la llevanza de la contabilidad, cargo de confianza del Presidente, y que estaba en el cabal conocimiento de los planes trazados, desempeñando, además, relevantes comportamientos ejecutivos para llevarlo a término, tal y como ha sido descrito».

e) **Alfonso G.C.** (recurso en FJ 55º ss.), también considera que su aportación debió de calificarse como de complicidad, dado que «los actos que efectuó, –argumenta–, le fueron siempre encomendados y ordenados por el Presidente de la compañía. No era él la única persona que podría haberlos efectuado. De hecho, podrían haberse realizado por el propio F.S., quien ostentaba también la condición de administrador solidario de NOVAPESCA TRADING, cuyo capital social correspondía a PESCANOVA en un 99,99%. “Por lo tanto, es fácil deducir de ello, que cualquier acto realizado por el Sr. García Calvo por orden del presidente de PESCANOVA carecía del dominio del hecho, porque eran actos encargados por quien era su jefe y administrador de las sociedades para las que las realizaba, por lo tanto, actos ni imprescindibles, ni insustituibles”». Pero el Tribunal Supremo (FJ 58º) niega que la calificación dependa de que la aportación pudiera ser sustituible: «El juicio de imputación ha de partir de la concreta ejecución del delito, en los términos en los que, en el caso, fue proyectado y fue llevado al acto. Desde luego, no se niega que ante una eventual negativa del Sr. G.C. a participar en los hechos en la forma en que le fue primero propuesto y después encomendado, este mismo delito, acaso, podría haberse cometido con la participación de otra persona o exclusivamente por un solo autor material (aunque esta hipótesis resulte, incluso en términos meramente ideales, poco concebible en el marco de una empresa de la entidad de PESCANOVA). Lo cierto es que, en el caso, el Sr. G.C. participó en la parte del proceso que le fue encomendada, con pleno conocimiento de su finalidad y sentido, compartiendo objetivo y propósito con los demás partícipes. Y lo hizo desde su privilegiada posición, no sencilla de sustituir en un tiempo y condiciones razonables, de jefe de servicio de PESCANOVA, persona de confianza de su Presidente, e incluso de administrador solidario con éste de una filial, NOVAPESCA, de la que prácticamente PESCANOVA resultaba ser titular exclusiva. Ello le permitió, en el desarrollo del proyecto previamente trazado, disimular, a través de los procedimientos ya referidos, primera y principalmente, el pasivo bancario que asediaba de forma progresivamente creciente a la empresa, y también desplazar otros pasivos, ya fuera excluyendo estratégicamente del perímetro de consolidación a ciertas filiales, ya fuera aliviando a la matriz de sus aparentes deudas con las instrumentales; todo ello, con el designio final de proyectar una imagen distorsionada de la verdadera situación económica y financiera de la empresa, con aptitud para producir perjuicios a sus socios y a terceros».

3. A primera vista, ninguna de las consideraciones anteriores del Tribunal Supremo relativa a la apreciación de cooperación necesaria en lugar de la pretendida complicidad llama especialmente la atención. Nuestro Alto Tribunal sigue en este caso su propia doctrina largamente consolidada y condensada en una sentencia anterior a la que constantemente se remite como *ratio decidendi*

de los recursos examinados: la STS 692/2021, Penal, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3363). En esta se alude a la «sentida necesidad de evitar la degradación a la secundaria participación como cómplice de quienes, sin haber tomado parte directa y personal en la realización de ningún acto ejecutivo típico (coautoría), “governaban el hecho” desde una posición no directa y nuclearmente ejecutiva, de tal modo que disponían de la capacidad para ponerlo en acto (dominio funcional positivo) y/o para hacerlo cesar (dominio funcional negativo)». Admitida tal necesidad –continúa esta sentencia–, no sería preciso en el marco del CP español (a diferencia del CP alemán), canalizar los casos de «dominio funcional del hecho» por la vía de la coautoría, sino que encontrarían acomodo en la cooperación necesaria «sin necesidad de “extender” el concepto de autor», reservado para quien «realiza (...) actos ejecutivos típicos (concepto restrictivo de autor)». Esto es, para el Tribunal Supremo, los cooperadores necesarios no son autores «en sentido estricto (concepto restrictivo de autor), en tanto no “realizan” el hecho, no protagonizan actos de ejecución típica, pero “serán considerados como autores”, en tanto cooperan a la ejecución del delito “con un acto sin el cual no se habría efectuado”».

4. Sin poder en el presente contexto profundizar sobre las anteriores consideraciones del Alto Tribunal, es evidente que a ellas subyace una precomprensión objetivo-formal de la autoría que choca con la valoración como igualmente graves de conductas no calificables de autoría desde un punto de vista objetivo-formal. Se trata de la eterna –*sit venia verbo*– «esquizofrenia» de la cooperación necesaria: sin «ser» autoría es castigada «como» autoría. A lo anterior se añade la discutible identificación del denominado «dominio funcional del hecho» con las aportaciones sin las cuales el delito no se habría cometido. Y, para más complicación, la consideración por (buena) parte de la doctrina (singularmente, la alemana) como de «verdadera» autoría (coautoría) tales casos de «dominio funcional del hecho», lo que de nuevo casa mal con la acogida de un criterio objetivo-formal de autoría (y no con el concepto restrictivo de autor: este también es restrictivo –aunque menos– si se acoge un concepto material en lugar de uno formal de autoría).

5. Ahora bien, lo que sí debe ser objeto de atención aquí es que una cosa es aceptar que los supuestos de «dominio funcional del hecho», entendidos como aquellos en los que los sujetos – en palabras del Tribunal Supremo– «gobiernan el hecho», deban dar lugar ya sea a «auténtica autoría» (coautoría), ya sea a «autoría asimilada» (cooperación necesaria), y otra distinta es entender como se hace en este caso que las aportaciones de los recurrentes puedan calificarse de ese modo. No se pone aquí en cuestión que en las conductas arriba referidas se trate de aportaciones penalmente relevantes (y, por tanto, merecedoras al menos del reproche de complicidad). Lo cuestionable es, más bien, si van más allá, esto es, si se trata de conductas donde está presente la nota de la «gobernanza del hecho». Es cierto que la definición legal de la cooperación necesaria permite acoger en su seno las «aportaciones sin las cuales el hecho no se habría efectuado», pero no es menos cierto que este dato por sí solo no supone «dominar funcionalmente o gobernar el hecho». Dicho con otras palabras: la hispánica figura legal de la cooperación necesaria permite albergar supuestos de auténtico dominio funcional del hecho junto a supuestos que no lo son. Respecto de estos últimos, esta figura se mostraría especialmente distorsionadora de un adecuado sistema de graduación de la responsabilidad penal. En cualquier caso, parece evidente la disonancia entre la concepción «restrictiva» de la cooperación necesaria que el Tribunal Supremo parece acoger en el plano abstracto (vinculada a la existencia de un auténtico dominio funcional o gobernanza del hecho) y su aplicación a supuestos –como los presentes– donde no es evidente, por mucho que así se califique, tal intensidad en la intervención. Desde luego, no es en modo alguno claro por qué la conducta de María del Rosario A D. debe ser calificada de cooperación necesaria y no de mera complicidad desde el punto de vista del alzamiento de bienes, pues la apertura de las cuentas en el ámbito

familiar a las que se transfiere el dinero permite, ciertamente, utilizarlo, pero habría sido deseable detenerse en fundamentar su capital trascendencia para eludir el pago de las responsabilidades civiles. Asimismo, respecto del resto de intervenciones, hubiera sido conveniente distinguir aquellas actuaciones relevantes en relación con las operaciones de obtención de financiación, pero alejadas aún del injusto del delito del art. 290 CP, de aquellas otras que, en efecto, contribuyen de modo esencial a la verosimilitud de las cuentas anuales. Solo aquellas conductas directamente vinculadas a la generación de la documentación falsa podrían llegar a ser calificadas, a mi juicio, de cooperación necesaria.

6. Lo anterior permite llegar a un punto decisivo con respecto a la posición de la sentencia. Enunciándolo de forma abrupta: parece otorgarse poca relevancia al hecho de que el delito ha sido cometido en el seno de una estructura organizativa compleja. Implícitamente –aunque solo de ese modo– los argumentos de los recurrentes aluden a las singulares esferas de competencia de cada uno de ellos en el seno de la empresa para reclamar una adecuación de la responsabilidad penal a su concreto círculo de deberes. La complejidad del caso estriba en que, dándose por sentada la relevancia de las intervenciones, se discrepa sobre su calificación como cooperación necesaria. Expresado de modo más interesante: se está planteando si todas las conductas con relevancia penal en el caso merecen el mismo grado de reproche. Y es aquí, donde, a mi juicio, habría que haber tenido en cuenta los diversos ámbitos de competencia que en la empresa ocupaban los acusados en relación con la actuación del Presidente ejecutivo de PESCANOVA. «En relación con la actuación» significa: teniendo en cuenta que queda acreditado que «ideó una serie de mecanismos que tenían por objeto aparentar una relación comercial, en realidad inexistente, que permitiera a PESCANOVA seguir obteniendo financiación bancaria y ostentar frente al resto de los socios y terceros interesados en invertir una situación económica y financiera positiva muy distinta a la publicada oficialmente, sirviéndose para llevar cabo este mecanismo de financiación de los responsables de los departamentos de administración y financiero y de algunos empleados que trabajaban en los mismos, de la auditora interna y de la falta de salvedad alguna por parte del responsable del auditor externo durante los ejercicios en que tal labor de financiación sobre operaciones ficticias u otros mecanismos de ocultación de las deudas financieras se llevaron a cabo». En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo parece otorgar una preeminencia y protagonismo a la actuación del Presidente ejecutivo que casa mal con la equiparación penológica de las aportaciones del resto de inculpados a la «autoría» de aquel, equiparación difícil de evitar si se opta por la calificación de cooperación necesaria para los segundos. Ahora bien, el Tribunal Supremo evita finalmente esta equiparación acudiendo a la cláusula del art. 65.3 CP. Sin mayor argumentación, la considera aplicable a todos los acusados antes señalados y les aplica la rebaja de pena –facultativa– que el precepto facilita. Nótese como, de este modo, se logra una mejor adecuación de la individualización de la pena de los distintos intervinientes en función de su mayor o menor protagonismo en el injusto del hecho. Así, el art. 65.3 CP vendría a desempeñar la función de ser un correctivo en sede de determinación de la pena para evitar la equiparación penológica en los casos de cooperación necesaria e inducción a la que conduciría la aplicación de las reglas generales, pero que en casos de empresas no casaría con la realidad organizativa subyacente. Me parecen muy reveladoras de este proceder las consideraciones de la sentencia de la Audiencia Nacional (FJ 16º): «Si bien es cierto que la respuesta penal no puede ser la misma a nivel de culpabilidad y responsabilidad penal entre el presidente ejecutivo de una entidad como PESCANOVA y la de quien, desempeñando su trabajo en la entidad, se aquieta a la orden recibida y decide seguirla, lo que, en teoría permitiría la aplicación de la posibilidad de reducir la pena a los citados, lo cierto es que al ser de aplicación a

todos ellos el delito más grave y ser éste el de estafa, del que son todos autores directos no es posible la reducción de la pena contemplada en el artículo 65.3 del código penal»¹³.

7. Lo acabado de afirmar plantea la necesidad de reflexionar sobre la interpretación que el Tribunal Supremo efectúa del art. 65.3 CP en este caso y, en términos generales, en su jurisprudencia desde la introducción de esta cláusula en el año 2003. Lo cierto es que en el presente caso la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo apenas se pronuncian sobre la aplicabilidad del art. 65.3 CP a los delitos del art. 290 CP y del art. 258 CP. Al contrario, la dan por supuesta. Ello tiene que ver con una tendencia bastante consolidada en la jurisprudencia reciente del Alto Tribunal español sobre la atenuación potestativa de pena prevista en la referida cláusula para inductores y cooperadores necesarios en los delitos especiales, tendencia que puede sintetizarse como sigue: se parte de una concepción formalista de los delitos especiales en virtud de la cual estos son todos aquellos en los que el legislador restringe el círculo de sujetos para ser autor. A partir de aquí, se entiende aplicable a todos los delitos especiales la rebaja del art. 65.3 CP. Ahora bien, mientras que en los delitos de funcionarios públicos esta opera de modo prácticamente automático, en el resto de delitos con restricciones de autoría se permite su no aplicación, siempre que se «explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja derivada de la condición de tercero del partícipe» (así, por ejemplo, SSTS 891/2016, Penal, de 25 de noviembre [ECLI:ES:TS:2016:5664]; 130/2021, Penal, de 12 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:620]). En el presente caso, al no hacerse uso de la no rebaja de pena, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo obvian efectuar mayores consideraciones. Sin embargo, este proceder –en el caso y en general– merece una reflexión crítica. En aquellos delitos en los que el fundamento del injusto no radica en el quebrantamiento de deberes institucionales, sino en simples restricciones de relevancia típica (los denominados «delitos de posición»), no hay razón para atenuar la responsabilidad en los cooperadores necesarios o inductores, pues la culpabilidad de autor no estará fundamentada en su deber especial personal. Por tanto, en tales casos, el art. 65.3 CP no desempeña ningún papel relevante: simplemente recuerda que en materia de intervención en el delito es necesario adecuar la pena a cada interviniente en función de la mayor o menor importancia de su aportación, siendo únicamente dos las opciones disponibles: o la pena prevista en el tipo o la pena inferior en un grado¹⁴. Esta doctrina ha sido lúcidamente recogida por una muy reciente sentencia del Tribunal Supremo a la que hay que apoyar sin ambages: «A diferencia de los delitos especiales propios en los que la limitación del círculo de los autores se funda en la idea de los deberes institucionales significativos para la protección del bien jurídico, lo que hace que solo determinados sujetos, los que pueden cumplir esos deberes, reúnan las condiciones para poder realizar conductas de lesión –*vid.* como ejemplo paradigmático, el delito de prevaricación judicial–, en los delitos especiales impropios los razones limitativas del círculo de sujetos activos son completamente comunicables pues no responden a exigencias especiales personales vinculadas a deberes de relevancia socio-institucional sino a elementos exclusivamente descriptivos de situaciones típicas. Esta mayor “cercanía” del partícipe al autor en los delitos especiales impropios, al no existir el elemento especial personal que fundamenta la pena del autor en los delitos especiales propios, justifica, precisamente, la necesidad de valorar caso a caso si el partícipe merece igual pena que el autor» (STS 236/2023, Penal, de 30 de marzo [ECLI:ES:TS:2023:1567]).

¹³ Al decaer el delito de estafa, el Tribunal Supremo no aprecia obstáculo para hacer resurgir la rebaja de pena en la condena por los delitos de falsedad en las cuentas anuales. Como tampoco para hacerla efectiva en el delito de alzamiento de bienes, que, pese a considerarla aplicable, olvidó tenerla en cuenta la Audiencia Nacional en sede de individualización de la pena.

¹⁴ Así, ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código Penal», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 87-90.

8. Como se viene afirmando, en el caso objeto de comentario, la aplicación del art. 65.3 CP tiene que ver con esa necesidad de valorar si el partícipe merece igual pena que el autor (pese a hallarnos ante delitos de posición, pues tanto el delito del art. 290 CP como el del art. 258 CP lo son). La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, aunque sin reflexionar al respecto, llegan a la conclusión de que no. Pero esa conclusión –al menos en el caso de la Audiencia Nacional de un modo más explícito– parece tener que ver con que la equiparación punitiva a la autoría que implica la calificación de cooperación necesaria no se ajustaría a la relevancia de las aportaciones individuales de sujetos que se hallan desempeñando en el marco de la empresa puestos de responsabilidad sometidos al poder de dirección del administrador que protagoniza los hechos organizando el entramado delictivo.

8.2. ¿Neutralidad del responsable de auditoría interna?

1. La cuestión de las conductas neutrales se aborda a propósito de **Joaquín V. T.**, responsable de auditoría interna de PESCANOVA (recurso en FJ 29º ss.), quien entiende que no debió ser condenado por un delito del art. 290 CP porque su función en la empresa estaba meramente subordinada a las decisiones adoptadas por su presidente y se limitaba a trasladar la información que le facilitaban, efectuando la agregación de los datos contables de las diversas sociedades para formular las cuentas del grupo en su conjunto, partiendo de la «confianza legítima que le merecían los servicios de contabilización internos de cada una de las sociedades del grupo». Pero el Tribunal Supremo (FJ 31º) confirma su condena negando que estemos ante una conducta neutral: «Joaquín V.T. (...) figuraba también en las cuentas anuales de la matriz como “personal clave de alta dirección de la empresa”. (...) Asistía, además, habitualmente a las reuniones del comité de auditoría de PESCANOVA y, a petición de su Presidente, le acompañaba también a las del Consejo de Administración, precisamente con el propósito de informar allí “de la situación económica de la sociedad”, circunstancia, nuevamente, que no concilia con la idea de que su papel funcional se correspondiese con el de un mero subordinado, ajeno a la operativa económica de la empresa. (...) Conocía que la financiación de la matriz se estaba articulando a través de los contratos de *factoring*, créditos documentarios y pólizas de descuento bancaria que tan extensamente han sido ya descritas, así como la existencia de hasta catorce sociedades instrumentales creadas con ese fin por la empresa matriz. Era igualmente consciente de las operaciones de neteo. (...) Tuvo conocimiento de la ocultación de determinadas sociedades que, de forma y en momentos estratégicos, resultaban excluidas del consolidado. A través de tales mecanismos, y a partir de su decisiva intervención en las cuentas de la empresa, contribuyó a que las mismas ofrecieran “unos resultados positivos que no se correspondían con la imagen real, financiera y económica, de la sociedad”. (...) Resulta más que evidente que su posición profesional en la empresa y las actuaciones que desplegó en el marco de ésta para la consecución de sus ilícitos fines, con referencia a las prevenciones contenidas en el artículo 290 del Código Penal, le resultan imputables a título de dolo, muy lejos de la plástica figura de la “contribución causal ciega”, a la que el ahora recurrente se refiere. (...) Es claro, además, que el ahora recurrente contribuyó con su conducta, de manera plenamente consciente de su significado y finalidad e inequívocamente ilícita, –en tanto lesiva del fin de protección de la norma–, a incrementar el riesgo de que el ilícito penal efectivamente se produjera».

2. Resulta claro que la argumentación del Tribunal Supremo va encaminada exclusivamente a corroborar el conocimiento del acusado de la situación de la empresa, por lo que la fundamentación de responsabilidad discurre de modo causal-psicologicista, en lugar de concentrarse en el quebrantamiento de los deberes que le incumbían como jefe de auditoría interna. Esta forma de fundamentar la responsabilidad, no solo dista mucho de dar una respuesta

conveniente al planteamiento de la cuestión de la neutralidad de la conducta del jefe de auditoría en el caso concreto, sino que supone un claro retroceso de la posición mantenida en otras ocasiones por el Tribunal Supremo en materia de conductas neutrales. En efecto, en este supuesto, el Tribunal Supremo afirma la responsabilidad dando por probado el conocimiento de la distorsión de la situación económica real de la empresa que se estaba llevando a cabo y la contribución a la misma mediante ciertos actos. Ahora bien, lo que está en discusión es la definición objetivo-normativa de la posición jurídica del responsable de autoría de una empresa en relación con la información económica que de ella se ofrece al Consejo de Administración, a socios y a terceros. Dicho con otras palabras: el contenido de su posición de garante. Que tales responsables tengan conocimiento de distorsiones, irregularidades, etc. e incluso que de algún modo hayan contribuido causalmente a ellas no significa que pueda afirmarse su intervención relevante en el delito. En cambio, al no perfilar o precisar el círculo de deberes propios de tales sujetos en la empresa, el Tribunal Supremo está transmitiendo el mensaje de que bastará para su responsabilidad penal el mero conocimiento. Ello supone una peligrosa vuelta a la situación previa al reconocimiento de las conductas neutrales que desde el año 2007 se ha consolidado ejemplarmente en la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal.

3. En otro orden de cosas, hubiera sido deseable una alusión a las diversas posiciones que ocupan los auditores internos y externos a la empresa. Ciertamente –como ya se ha analizado en otro apartado (*supra* 7)–, el Tribunal Supremo absuelve al auditor externo de nuevo con base en consideraciones subjetivas, esto es, negando que haya quedado acreditado que tuviera el conocimiento de las irregularidades contables y, afirmando, en cambio, un mero ejercicio descuidado o negligente de la actividad de auditoría. Al respecto conviene subrayar que, en términos generales, también el auditor externo puede contribuir al injusto de falseamiento de las cuentas anuales cometido por los administradores. Ahora bien, hay que distinguir entre los casos en los que el auditor externo cumple defectuosamente su deber de aquellos otros en los que contribuye a la verosimilitud de las cuentas. En los primeros, para responsabilizar al auditor externo como partícipe del delito, sería necesario afirmar su posición de garante con respecto a la desorientación informativa que genere la sociedad, lo que, en principio, debe ser negado dada la naturaleza cuasi-institucional (no integrado en la organización social) de sus funciones¹⁵. En los segundos, en cambio, el auditor se involucra en la falsedad de las cuentas contribuyendo a generar una apariencia de verosimilitud, por ejemplo, aconsejando a los administradores cómo confeccionarlas para no ser detectadas o prometiendo un informe favorable. Por su parte, y a diferencia del auditor externo, el auditor interno es sujeto integrado en la estructura empresarial. Precisamente por ello, su deber carece de la dimensión institucional propia de la auditoría externa. Ahora bien, en este punto se trataría de aclarar si estamos ante un órgano de asesoramiento al Consejo de Administración y a la alta dirección de la empresa, careciendo de deberes de neutralización con respecto a la información falsa que pueda llevar a adoptar a socios o terceros decisiones perjudiciales para sus intereses, o bien si el auditor interno es competente por los riesgos que surgen de la empresa y, en concreto, por los riesgos de desorientación vinculados a la inveracidad de las cuentas. Solo si se pudiera afirmar lo segundo la cuestión del conocimiento habría de ser la decisiva para afirmar su responsabilidad penal junto a la constatación del incumplimiento objetivo de su deber. Obviamente, ello tampoco obsta a que se pueda instrumentalizar su posición hasta tal punto que contribuya a los falseamientos de cuentas de modo no irrelevante o no neutral.

¹⁵ Véase, PASTOR MUÑOZ/ROBLES PLANAS, «Sobre la responsabilidad penal del auditor de cuentas por el delito de falseamiento del artículo 290 del Código penal», *Diario La Ley*, (9977), 2021, pp. 1-18.

9. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: los elementos de conexión (Ramon Ragués i Vallès)

1. Otro evidente punto de interés de la presente resolución radica en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, más concretamente, en el análisis de los llamados «elementos de conexión», es decir, aquellos requisitos cuya concurrencia permite considerar que el hecho delictivo de una persona física lo es al mismo tiempo de una persona jurídica. Esta doble pertenencia permite –si concurren otros elementos, como el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia o control– fundamentar la responsabilidad de la entidad colectiva con arreglo al Derecho español vigente. En particular, la sentencia se centra en el análisis de la exigencia legal de que el delito de la persona física se haya cometido «en beneficio directo o indirecto» de la jurídica, como dispone en el art. 31 bis CP. Esta es una de las primeras veces que, más allá de algunos pronunciamientos anteriores *obiter dictum*, la Sala Segunda se ocupa de precisar a fondo el alcance de este requisito legal.

2. En primer lugar (FJ 25º), la Sala analiza sobre este punto una alegación de la mercantil PESCANOVA S.A., que en su recurso denunció haber sido condenada en vulneración de la presunción de inocencia, al no haber dedicado la resolución de la Audiencia Nacional un solo razonamiento probatorio a argumentar por qué consideró este Tribunal que el delito por el que fue condenada la citada mercantil debía entenderse cometido en beneficio de esta. En palabras de la defensa recurrente, «la sentencia impugnada presupone, “sin prueba de cargo alguna”, la existencia de un beneficio, directo o indirecto, de la mercantil PESCANOVA, “cuando de los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento se desprende, a las claras, que PESCANOVA: (i) no experimentó ningún tipo de beneficio, ni siquiera tendencial, como consecuencia de la actuación de quienes la gestionaban y dirigían en el momento de los hechos; y (ii) al contrario, ha sufrido múltiples perjuicios directamente relacionados con estas irregulares conductas”».

En respuesta a esta alegación el Tribunal Supremo reconoce que «la sentencia que aquí se recurre resulta particularmente parca por lo que respecta a la justificación de la responsabilidad penal que declara respecto de varias personas jurídicas». Sin embargo, a juicio del propio Tribunal, la parte recurrente parte de una premisa equivocada: «la necesidad de que la persona jurídica responsable haya obtenido efectivamente alguna clase de beneficio derivado de las actuaciones ilícitas cuya responsabilidad se reclama». De nuevo, en palabras de la Sala, «lo que el artículo 31 bis del Código Penal exige, como elemento indispensable para que pueda asentarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, no es que la misma haya obtenido como consecuencia de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta un beneficio real, directo o indirecto, sino que aquellos hechos delictivos se cometieran «en beneficio» de la misma».

En estos pasajes de la sentencia se confirma algo que la mayor parte de la doctrina, y también las resoluciones que hasta la fecha se habían pronunciado al respecto, ya sostenían en relación con este concreto elemento de conexión, a saber, que su concurrencia debe apreciarse desde una perspectiva *ex ante*, en la que no importa si efectivamente el delito cometido ha proporcionado finalmente beneficios o ha causado perjuicios a la persona jurídica, sino si tenía aptitud para proporcionárselos. La mayoría de delitos corporativos, cuando se descubren, acaban siendo una auténtica ruina para la empresa responsable, que tiene que hacer frente a sanciones, responsabilidades civiles y costas procesales, además de padecer el correspondiente daño reputacional. De tal manera que acoger una perspectiva *ex post* de este requisito llevaría a

convertir en ilusoria la responsabilidad penal corporativa: delinquir casi nunca es beneficioso para quien acaba siendo descubierto.

La Sala no acaba de pronunciarse sobre la razón de la exigencia de este elemento de conexión y al respecto señala cómo en la doctrina se han llegado a proponer varias explicaciones posibles: «En algún caso, su fundamento ha querido vincularse al propósito de restringir el conjunto de comportamientos con relación a los cuáles la persona jurídica tendría el deber de extremar sus controles internos de prevención. Se considera de este modo, que la organización no puede controlar cualquier acontecimiento que tenga lugar en el desarrollo de su actividad, entendiéndose como un razonable límite exigir únicamente que lo haga con respecto a las conductas que le son estructuralmente beneficiosas, quedando excluidas las que ningún beneficio podrían reportarle. Desde otras perspectivas, se ha venido entendiendo que la empresa tenderá a relajar sus controles con relación, precisamente, a aquellos comportamientos que pudieran reportarle beneficios, siendo precisamente ahí donde dichas prevenciones resultarán más necesarias. Y, en fin, también se han invocado consideraciones relativas a la teoría de la pena, observando que donde las conductas delictivas producidas en el seno de la organización se realizan “en beneficio o en interés” de ésta, es donde tendrá más sentido atribuirle responsabilidad penal, compensando de ese modo el enriquecimiento pretendido».

En referencia al caso concreto, señala el Tribunal Supremo que el acusado Manuel F.S. «procedió a falsear dolosamente la información económico-financiera en los documentos que la sociedad debía publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, con relación a sus recursos, actividades y negocios, opacando deliberadamente el pasivo bancario que trataba de simular por el procedimiento ya extensamente descrito, todo ello con el propósito, igualmente referido ya, de captar inversores y obtener así financiación suficiente para continuar con el desarrollo de la empresa; conducta que, sin la menor duda, se realizaba en beneficio de ésta, entendido este concepto de la forma dicha (...) Es verdad que la sentencia que ahora es objeto de impugnación pudo haber sido más explícita en su fundamentación jurídica sobre este particular. Mas no puede cuestionarse con razón, que tal beneficio para la persona jurídica fluye con naturalidad del relato de los hechos que en aquélla se declaran probados. Toda la operativa tan extensamente descrita en el *factum* de la resolución impugnada se enderezaba, precisamente, a lograr para la mercantil la financiación que ésta precisaba para mantener su actividad y a la que no podía acceder en condiciones más favorables, con el propósito de sostener la continuidad de la empresa hasta tanto las importantes inversiones realizadas comenzaran a producir los beneficios esperados».

3. La cuestión vuelve a plantearse (FJ 27º) a propósito del recurso de las sociedades QUINTA DO SOBREIRO S.L. y KIWI ESPAÑA S.A., dos de las mercantiles controladas por el acusado Manuel F.S. y su esposa M.^a Rosario A.D. Tanto estos dos acusados como las citadas mercantiles fueron condenados en primera instancia por un delito de alzamiento de bienes, como se ha descrito en el relato de hechos, al haber sido empleadas ambas compañías para extraer fondos procedentes de PESCANOVA por parte de su máximo dirigente. A juicio de la defensa recurrente, el hecho de que las sociedades hubieran sido utilizadas para descapitalizar PESCANOVA no necesariamente debía comportar que el delito en cuestión se cometiera en beneficio directo o indirecto de ambas, un punto en el que, también en este caso, la motivación de la sentencia de la Audiencia Nacional volvía a ser sumamente parca. Asimismo, según se dice en la sentencia del Tribunal Supremo, «censuran, además, las recurrentes que la responsabilidad penal que se proclama en la sentencia impugnada respecto de ambas sociedades no descansa en ninguna acción u omisión imputable a las compañías sino en la objetiva transferencia de responsabilidad que se realiza desde la nacida

en las personas físicas de su administrador y propietaria», añadiendo que en ningún momento se alude a que «las dos personas jurídicas hubiera omitido los deberes de supervisión, vigilancia o control de su actividad, silenciando cualquier referencia a sus modelos de organización». Además, señalan los recurrentes que en el vigente Código Penal no se incrimina la participación en delitos de otros, que es el papel que, a su juicio, habría correspondido a las mercantiles recurrentes.

Tras reconocer el Tribunal Supremo el interés teórico que tienen todas las cuestiones planteadas, reprocha asimismo a la sentencia de primera instancia que apenas fundamentara las razones por las que atribuye responsabilidad a estas dos sociedades. Según la Sala Segunda, «parece partir así la resolución impugnada, si es que hemos entendido correctamente sus magros razonamientos al respecto, de un entendimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas construido sobre el concepto de transferencia (...) Aquellas no responderían penalmente por la realización de ninguna clase de acción u omisión que les resultara imputable en cuanto tales, sino por consecuencia de la trasferida responsabilidad, esta sí identificable, de la persona física que actuaba en su nombre o por su cuenta, o por las cometidas por personas físicas sometidas al control de aquéllas».

El Tribunal admite que la tesis de la transferencia cuenta con partidarios en la doctrina, pero señala cómo la propia Sala, en su STS 154/2016, Penal, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613), ya se decantó por la tesis de la responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica. Según esta idea, «ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica». En todo caso, la presente sentencia elude de modo expreso entrar en el debate –que en la citada de resolución de 2016 motivó un voto particular suscrito por siete magistrados– acerca de si la ausencia de medidas de control es algo que debe afectar a la tipicidad o a otros elementos de la teoría del delito.

4. En lo que respecta a la exigencia de que el delito de la persona física se cometa en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica para considerar responsable a esta, la Sala señala cómo «no han faltado tampoco en nuestra doctrina autores que hayan venido a poner en cuestión la conveniencia de incorporar esta última exigencia (que la actuación delictiva se haya realizado en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica) para que pueda ser proclamada la responsabilidad penal de esta. Estas críticas, en síntesis, destacan que si el Derecho Penal se centra fundamentalmente en la imputación de eventos dañosos a sujetos que tenían la obligación de evitarlos, no parece fácilmente encajable en dicho sistema añadir un elemento adicional para proclamar la responsabilidad de la persona jurídica que no se basa en la idea de perjuicio, sino en la contraria de beneficio». En tal sentido se señala como países culturalmente próximos han matizado el elemento del beneficio y prefieren hablar de «en interés colectivo» (Portugal) o «por cuenta» (Francia).

5. Con todo, el Tribunal afirma que dichas observaciones permanecen en el terreno de la *lex ferenda*, pues no existe la menor duda «de que en nuestro sistema legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas demanda como exigencia ineludible que la actuación delictiva

protagonizada por la persona física se hubiera realizado en beneficio, directo o indirecto, de aquella». Ello por cuanto «nuestro legislador penal ha resuelto que, de entre los referidos riesgos, las personas jurídicas únicamente respondan penalmente en los casos en los que dichos riesgos estén asociados a comportamientos aptos para beneficiarla, riesgos con relación a los cuales se ha entendido reforzado, particularmente exigible, su deber general de prevenirlos». Y en cuanto a la perspectiva que debe acogerse para entender que se ha actuado «en beneficio» reitera la Sala a propósito de estas dos concretas empresas, lo ya dicho respecto de las anteriores: «Resulta indispensable así que la conducta delictiva resulte beneficiosa, contemplada *ex ante* y enmarcada en el proyecto delictivo de su autor, directa o indirectamente, para la persona jurídica, con independencia de que dicho beneficio llegue o no a materializarse».

6. Volviendo al caso concreto, el Tribunal Supremo no advierte –y, desde luego, la sentencia impugnada no se entretiene en explicarlo– qué clase de beneficio podría haber comportado para las mercantiles ahora recurrentes, KIWI ESPAÑA, S.A. y QUINTA DO SOBREIRO, S.L., la conducta desplegada por Manuel F., de acuerdo con su esposa, orientada a impedir que los acreedores de PESCANOVA pudieran cobrar sus créditos. Así, la Sala advierte cómo, en realidad, las dos citadas empresas –que tenían actividad propia– fueron simplemente utilizadas para que a través de sus cuentas pasaran unas cantidades procedentes de PESCANOVA que debían acabar en otras cuentas de la esposa en Hong Kong. De este modo, fueron empleadas como «como meras “coberturas formales” con el propósito de eludir el pago de los créditos del primero, sin que se advierta que dichas mercantiles no ya obtuvieran con ello beneficio, directo o indirecto, alguno, sino tampoco que potencialmente pudieran alcanzar de ese modo ventaja o provecho de ninguna naturaleza; ventaja o provecho que, como ya se ha señalado, tampoco se describe de ningún modo ni en el relato de hechos probados de la resolución que aquí se impugna ni a lo largo tampoco de su fundamentación jurídica». Por tal motivo el Tribunal Supremo decide estimar el recurso y absolver a las dos mercantiles.

7. El problema al que se enfrenta la presente resolución respecto de estas dos sociedades es la cuestión de los denominados beneficios fugaces o transitorios, es decir, aquellos ingresos que obtienen determinadas personas jurídicas a resultas de un delito pero que no tienen como fin consolidarse en su patrimonio, sino que, por expresarlo coloquialmente, «tal como entran, salen». En estos supuestos cabe interpretar que el beneficio ha existido, por cuanto es indiscutible que en un determinado momento la compañía ha experimentado un incremento patrimonial y la ley no exige en modo alguno que este se consolide. No en vano, si el administrador de la sociedad en cuestión hubiera decidido impedir la salida de los activos habría podido hacerlo. Sin embargo, la fugacidad de la ganancia y el hecho de que la persona jurídica acusada no sea su último destinatario son dos datos que parecen entrar en contradicción con los diversos fundamentos que se han ofrecido –como el propio Tribunal expone en su sentencia– para exigir la concurrencia de este elemento.

8. La decisión de la Sala Segunda de rechazar que exista un delito en beneficio de la persona jurídica en casos de obtención de ganancias transitorias respalda algunos pronunciamientos previos en tal sentido tanto en la doctrina de las audiencias provinciales como en trabajos académicos¹⁶. Además, con dicha interpretación se refuerza la tendencia a rechazar la

¹⁶ SAP Madrid 134/2019, Sección 7ª, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:2970), en la que se niega la responsabilidad de una persona jurídica por blanqueo de capitales en un supuesto en el que fondos procedentes de delitos se ingresaban en una cuenta de la entidad y eran transferidos de modo prácticamente inmediato a China, así como RAGUÉS I VALLÈS, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, 2017, p. 147.

responsabilidad de las personas jurídicas en aquellos supuestos en los que se hace un uso meramente instrumental de tales entidades, como también se observa en pronunciamientos recientes en materia de «sociedades pantalla» o unipersonales. En todos estos casos la jurisprudencia está optando por una reducción teleológica del art. 31 bis, que en su tenor literal no establece semejantes distinciones. Se trata, seguramente, de una demostración palpable del desacierto que supuso en su momento la decisión legislativa de extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas a todas las entidades de tal naturaleza sin establecer límites que tomen en cuenta su objeto real o sus dimensiones cuantitativas.

9. Con todo, en el presente caso surgen algunas dudas sobre si realmente puede hablarse de beneficios meramente fugaces o transitorios: en primer lugar, porque, como se recoge en el relato de hechos, los fondos procedentes de PESCANOVA entraron en KIWI ESPAÑA en el mes de febrero de 2013 y no salieron de sus cuentas hasta el mes de agosto siguiente, es decir, medio año más tarde; y, en segundo término, porque, una vez que los fondos pasaron a QUINTA DE SOBREIRO S.L., cuando intentaban transferirse a Hong Kong quedaron bloqueados por la entidad bancaria en la cuenta de dicha mercantil y, como se explica en la resolución, al cabo de unos días el acusado pidió que se dejara sin efecto la transferencia. Por más que el dinero quedara en la cuenta de la sociedad contra los designios de su administrador de hecho y a merced de los acreedores ello no impide afirmar que en un sentido contable la acabó beneficiando. Sin embargo, el Tribunal Supremo no entra en estos detalles y, ante la inexistente motivación de la Audiencia sobre este punto, decide finalmente absolver.

10. Investigaciones internas y posibles vulneraciones de derechos fundamentales (Albert Estrada i Cuadras)

1. En el Fundamento Jurídico Trigésimo de la sentencia comentada la Sala Segunda examina el motivo planteado por uno de los recurrentes, consistente en objetar la admisibilidad como fuente de prueba de los correos electrónicos obtenidos en la indagación efectuada por KPMG a instancias del Consejo de Administración de PESCANOVA (27/2/2013), encargo posteriormente convalidado por la administración concursal (28/4/2013).

2. El recurrente alegó que, si bien el día 28/5/2013 otorgó su consentimiento al equipo de KPMG para que analizara los mensajes que había enviado y recibido a través de su cuenta de correo electrónico corporativa, nadie le informó de que los resultados del informe de la auditora estaban destinados a incorporarse al procedimiento penal (Diligencias Previa n° 31/2013) seguido ante el Juzgado de Instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional, a petición del propio Juez instructor. En efecto, cinco días antes de que el recurrente prestara su consentimiento, el 23/5/2013, el Juez dictó Auto acordando solicitar a KPMG la remisión de su informe *forensic*. El día en el que el recurrente prestó su consentimiento al registro informático no ostentaba la condición de investigado en el procedimiento penal seguido ante el Juzgado Central de Instrucción n° 5. Los correos electrónicos encontrados por la auditora fueron medios de prueba decisivos para fundamentar el procesamiento penal y la posterior condena del recurrente.

3. En el Fundamento Jurídico Cuadragésimo Segundo se examina el motivo planteado por otro recurrente en el mismo sentido que el anterior, pero con una diferencia notable: en este caso el condenado no había prestado su consentimiento a KPMG para que analizara su cuenta de correo corporativo, lo que no fue impedimento para que la auditora inspeccionara sus mensajes y estos fueran posteriormente incorporados al procedimiento penal.

10.1. El problema

1. Dejando de lado el segundo recurrente (FJ 42º), poco habría que discutir respecto del primero (FJ 30º) si el registro de su cuenta de correo corporativa se hubiera efectuado con su consentimiento tras haber sido debidamente informado de las circunstancias relevantes de la actuación en lo que respecta a su posición jurídica, esto es, habiendo sido advertido de que la inspección se efectuaba en el marco de una investigación de hechos penalmente relevantes en la que el recurrente tenía o podía llegar a tener la condición de investigado en un proceso penal. El derecho fundamental a la intimidad es disponible por su titular, por lo que su renuncia auto-responsable excluye cualquier tipo de vulneración por parte del tercero frente al que se haya hecho abdicación del derecho.

Es evidente que el recurrente no prestó su consentimiento en tales condiciones. La pregunta es si la omisión de la información relativa a la existencia de un procedimiento penal en el marco del cual el Juez de instrucción había solicitado la remisión de los resultados de la pericial informática se debe considerar relevante a la hora de valorar los efectos del consentimiento otorgado por el recurrente.

2. Antes de abordar esta pregunta conviene contextualizarla en la discusión jurídico-dogmática en torno a la validez de la prueba obtenida mediante una investigación interna. Se distingue entre las investigaciones estrictamente privadas y las imputables al Estado. Respecto de las primeras existe una fuerte discusión sobre si la eficacia de las garantías constitucionales y legales reconocidas al investigado en un proceso penal público –entre ellas el derecho a conocer la existencia de un procedimiento penal dirigido contra él; derecho a no auto-incriminarse; derecho a la asistencia letrada; etc.– puede extenderse al ámbito privado. Respecto de las investigaciones imputables al Estado hay consenso en el sentido de que deben respetarse tales garantías para que las fuentes de prueba sean admisibles en sede judicial.

Obviamente, una de las cuestiones clave es con qué criterios se determina si una investigación privada (interna) es imputable al Estado. Al respecto, la teoría de la intervención en el delito puede arrojar vías de solución mediante la aplicación analógica de sus estructuras de imputación: coautoría, autoría mediata, cooperación necesaria, complicidad, etc. También se ha recurrido a la idea de fraude de ley: cuando las autoridades públicas adaptan o configuran su actuación en función de la investigación realizada por un particular, a fin de aprovechar las fuentes de prueba obtenidas por este que serían de imposible o muy difícil obtención si tuvieran que conseguirlas por su cuenta, observando todas las garantías constitucionales y legales (ejemplo: retrasar el inicio del procedimiento o la práctica de determinadas diligencias de investigación a la espera de los resultados obtenidos por los particulares), cabría hacer valer las garantías que se han pretendido eludir. La cuestión no está en absoluto resuelta a pesar de ser fundamental en este campo.

En los Fundamentos Jurídicos Trigésimo y Cuadragésimo Segundo de la sentencia comentada la Sala de lo Penal se enfrenta al problema planteado: ¿se debe considerar que KPMG actuó como un agente del Estado desde el momento en el que el Juez de Instrucción solicitó la remisión de los resultados de su informe? ¿Deberían haberse observado las garantías constitucionales y legales reconocidas al investigado en un procedimiento penal público? Concretamente, ¿era exigible una resolución judicial motivada que acordara la injerencia en la esfera de intimidad del recurrente tras un análisis individualizado de la proporcionalidad de la medida?

10.2. Luces

1. La Sala identifica el problema y recuerda que los estándares de validez de la prueba obtenida por particulares en el marco de una relación horizontal entre ciudadanos no pueden ser los mismos que los exigidos cuando las evidencias se obtienen en el marco de la relación vertical entre Estado y ciudadano. La necesidad de limitar el poder del Estado frente al ciudadano reclama un mayor nivel de exigencia. Sin embargo, antes de afrontar la cuestión relativa a si la investigación efectuada por KPMG debe considerarse imputable al Estado o considerarse una indagación estrictamente privada, el ponente aborda varias cuestiones de interés.

2. En primer lugar repasa la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional español y de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre las posibilidades de monitorización de los trabajadores por parte de sus empleadores y la validez de la prueba obtenida con las medidas de vigilancia adoptadas (registros informáticos, sistemas de videovigilancia, monitorización de comunicaciones, etc.). Se confirma una vez más la línea adoptada por la Sala Segunda a partir de la STS 459/2018, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3386), posteriormente reiterada en la STS 328/2021, Penal (Pleno), de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2018:3386) y en la STS 56/2022, Penal, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2022:132): por regla general, los empleadores solamente pueden adoptar dichas medidas de forma legítima si previamente han advertido a sus trabajadores de forma clara y expresa sobre la posibilidad de monitorizarles, de manera que no pudieran contar con una expectativa legítima de privacidad. De otro modo, cuando la medida implique una injerencia en la intimidad del empleado o una intromisión en sus comunicaciones, solo será posible supervisarles mediante autorización judicial. La consolidación de esta doctrina es una importante noticia para un sector en el que escasea la seguridad jurídica. Sobre la base de esta doctrina se estima el motivo formulado por el trabajador que no consintió el registro de su cuenta de correo corporativo (*vid.* FJ 42º de la resolución).

En línea con esta doctrina jurisprudencial, en la sentencia se profundiza en las diferencias entre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE), a la autonomía informática (art. 18.4 CE) y a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE). Se indica que la protección conferida por el art. 18.3 es indisponible, por lo que su restricción siempre va a requerir autorización judicial. Los derechos del segundo grupo se consideran negociables, sin necesidad de recurrir a autorización judicial cuando empresario y trabajador hayan fijado los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en el espacio de intimidad del trabajador. La resolución contiene un matiz especialmente importante: «Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado».

Respecto del carácter indisponible del derecho al secreto de las comunicaciones se trae a colación la STS 528/2014, Penal, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2844), de la que cabe destacar el siguiente fragmento: «Tampoco una supuesta “tácita renuncia” al derecho, como a la que alude la Audiencia al final del párrafo antes transcrito, puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha “renuncia” a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de

otra parte, porque ni aún cuando se entienda que la “renuncia- autorización” se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia». Esta resolución fue una de las primeras de la Sala de lo Penal en la que se abordó la cuestión relativa a las posibilidades de monitorización de los trabajadores por parte del empresario a través de medios invasivos de su esfera de privacidad, estableciendo un estándar muy riguroso respecto de la validez de la prueba obtenida con tales medios. Fundamentalmente se descartó la posibilidad de que el empresario se injiriera en las comunicaciones de sus trabajadores, exigiéndole autorización judicial en todo caso. La resolución causó revuelo en la comunidad jurídica, por la contundencia en la que se expresaba y por desmarcarse expresamente de los estándares seguidos en la jurisdicción social al respecto.

En la sentencia aquí comentada queda claro que el alcance de la STS 528/2014 se reduce a los supuestos de intromisión en el secreto de las comunicaciones, dejando a salvo de la exigencia de autorización judicial a todas las medidas de monitorización o inspección que afecten a los demás derechos de la intimidad (art. 18.1, 18.4 CE). Ahora bien, el mantenimiento de la doctrina fijada en aquella resolución, aunque solo sea para el ámbito del secreto de las comunicaciones, supone alejarse de la doctrina del TEDH sobre el particular. En el asunto *Barbulescu* la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo admite la monitorización privada de las comunicaciones de los trabajadores. Se permite bajo condiciones especialmente estrictas, pero sin necesidad de autorización judicial previa. Conforme a la doctrina de la STS 528/2014, ratificada en la sentencia comentada, parece que solamente sería posible mediante autorización judicial. Quizá sea buena noticia que nuestra Sala de lo Penal establezca un estándar de protección de nuestro derecho fundamental al secreto de las comunicaciones más alto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Conviene recordar que el cometido de este Tribunal es establecer los niveles de protección mínimos en sociedades democráticas. Ahora bien, a efectos prácticos, quizá sea razonable admitir la injerencia sin autorización judicial en determinados casos, como por ejemplo cuando exista un uso intensivo de un medio de comunicación, la línea ni tan siquiera vaya a nombre del trabajador y la intromisión sea el único medio para esclarecer lo ocurrido. Con el añadido, obviamente, de cumplir con los deberes de notificación previa y demás condiciones previstas en la doctrina *Barbulescu*.

3. Otra cuestión importante respecto de la que también se arroja luz en la sentencia es la relativa a los métodos de interrogatorio admisibles. Se rechaza expresamente el uso de ardides o engaños en las relaciones entre particulares con la finalidad de recabar prueba incriminatoria (*vid.* art. 389 LECrim: prohibición de preguntas capciosas o sugestivas). Esta regla, extendida al ámbito privado, debería constituir un referente a la hora de determinar los métodos admisibles en una investigación privada interna, aproximando el nivel de garantías al del procedimiento penal público.

4. Hasta aquí las aportaciones al ámbito de las investigaciones internas que cabe encontrar en la sentencia antes de afrontar el problema fundamental planteado por el supuesto de hecho enjuiciado. Con todo, antes de comentar las partes más sombrías de la resolución, debe reconocerse una aportación más derivada de la solución de la cuestión decisiva. Ello requiere anticipar el fallo en este sentido: la Sala acaba admitiendo como medios de prueba válidos los correos electrónicos obtenidos por KPMG respecto del recurrente que prestó su consentimiento. Pues bien, en la medida en que los correos se obtuvieron una vez ya se había iniciado un procedimiento judicial penal, debe deducirse que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no se

opone a las investigaciones privadas internas paralelas, incluyendo las consideradas estrictamente privadas. Aunque existen buenas razones para admitir la convivencia de ambos tipos de investigación (la pública y la privada) resulta satisfactorio en términos de seguridad jurídica contar con el posicionamiento de la Sala segunda.

10.3. Sombras

1. En los razonamientos previos a resolver la cuestión sobre la calificación de la investigación efectuada por KPMG (estrictamente privada o imputable al Estado) la sentencia repasa la doctrina de la Sala sobre la regla de exclusión probatoria por vulneración de derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ). Con magistral argumentación el Tribunal se muestra partidario de abordar la trascendencia probatoria de las vulneraciones de derechos fundamentales de manera casuística, rechazando expresamente «soluciones estáticas, aplicables, como una suerte de respuestas automatizadas y protocolizadas, con independencia de las condiciones objetivas y subjetivas en las que se produce la lesión». Sin perjuicio de la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias relevantes de cada caso concreto, el compromiso con la justicia material no debería ser óbice para el fomento de la sistematización de las soluciones dadas a cualquier problema jurídico. Abogar por el casuismo perpetúa la inseguridad jurídica existente en materia de validez probatoria a la vez que dificulta mantener la coherencia valorativa.

2. Quedan, por fin, los razonamientos efectuados en torno al carácter de la investigación privada interna llevada a cabo por KPMG: ¿estrictamente privada o imputable al Estado? Lamentablemente, la cuestión se ventila con cierta superficialidad en comparación con el resto de extremos comentados. Sin exponer ni fundamentar los criterios de imputación manejados, la Sala descarta que la auditora actuara como agente del Estado porque la decisión de llevar a cabo la investigación fue adoptada por el Consejo de Administración de PESCANOVA antes de que el Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional acordara la remisión de los resultados al juzgado para su incorporación al procedimiento judicial. Dado que en el momento los afectados no tenían la condición de investigados, descarta también que la finalidad de la investigación interna fuera aportar la prueba obtenida a un procedimiento penal, por lo que, en todo caso, la eventual vulneración de derechos cometida por el particular no conllevaría la exclusión de la prueba obtenida por este. Se añade que el Juez de Instrucción no sabía cuáles iban a ser las medidas de investigación adoptadas por KPMG.

Sucede que, si bien en el momento de acordarse la conducción de una investigación interna no existía un procedimiento penal en curso, sí que lo había en el momento en que se solicitó el consentimiento de los afectados y se procedió al análisis de sus cuentas de correo corporativo. Es evidente que, fueran cuales fueran las medidas de investigación adoptadas por la auditora, de ellas podían derivarse fuentes de prueba incriminatorias para el recurrente. Existiendo un procedimiento penal en curso directamente conectado con los hechos objeto de la pericial acordada, procede preguntarse si la decisión del Juez de requerir la remisión de los resultados de una medida de investigación privada aún no ejecutada, en lugar de acordar (y practicar) las correspondientes diligencias de investigación por vía judicial, constituye una indebida elusión de las garantías legales y constitucionales del investigado (fraude de ley).

Asimismo, cabe preguntarse cómo habría procedido el Juez de Instrucción si, en el marco de dicho procedimiento y en ausencia de un encargo de investigación previo a una empresa auditora, alguna de las acusaciones hubiera solicitado como diligencia de investigación el

análisis de los correos electrónicos corporativos de personas que ni tan siquiera tenían la condición de investigados en la causa. Independientemente de la decisión del Juez, lo que es evidente es que su respuesta debería haberse articulado mediante una resolución motivada en la que sometiera la medida invasiva de la esfera de privacidad de las personas afectadas al test de proporcionalidad. Algo que, en el caso que aquí nos ocupa, no ocurrió.