



Roj: **STS 441/2023 - ECLI:ES:TS:2023:441**

Id Cendoj: **28079120012023100092**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2023**

Nº de Recurso: **5765/2020**

Nº de Resolución: **89/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 89/2023

Fecha de sentencia: 10/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5765/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5765/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 89/2023

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 10 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional interpuestos por la representación legal de DON Sebastián , **CORPORACIÓN ECONÓMICA DELTA, S.A., BDO AUDITORES S.L.P.**, DON Sixto , DON Vicente , DON Virgilio , DON Jose María , DON Jose Antonio , DON Carlos Jesús , DON Juan Francisco , MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., QUINTA DO SOBREIRO, S.L., y KIWI ESPAÑA, S.A., DOÑA Joaquina , **PESCANOVA, S.A., DON Alexander , SILICON METALS HOLDING, LLC (en adelante "SILICON"), DON Amadeo , y LUXEMPART, S.A.**, contra la Sentencia núm. 14/2020, de 6 de octubre, dictada por la sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala 1/2019, aclarada por Autos de 13, 16 y 29 de octubre de 2020, por la que se condenó a don Jose Antonio , como autor penalmente responsable de un delito de falsedad en documento mercantil; a don Amadeo , como autor penalmente responsable de un delito de estafa agravada; a don Baltasar , como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales, en grado de tentativa; a don Vicente , como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos; a don Carlos Jesús , 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; a don Alexander , don Virgilio , don Juan Francisco , don Sixto y don Jose María , 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; a don Sebastián , como autor responsable de un concurso medial de los delitos de falseamiento de cuentas anuales y falseamiento de información económica y financiera; 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 BDO Auditores S.L., como autora responsable de un delito de falseamiento de información económica y financiera; a don Carlos Jesús y a doña Joaquina , como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes; a Quinta do Sobreiro S.L. y Kiwi España, S.A. como autoras de un delito de alzamiento de bienes. Se condena conjunta y solidariamente a los acusados don Carlos Jesús , don Alexander , don Virgilio , don Juan Francisco , don Sixto , don Amadeo , don Jose María , don Vicente , don Sebastián , Pescanova y BDO Auditores S.L., a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnicen conjunta y solidariamente a los perjudicados reseñados en la sentencia. Los Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento como recurrentes **DON Sebastián** , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles, bajo la defensa técnica de los letrados don Ignacio Ayala Gómez y don Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles; **CORPORACIÓN ECONÓMICA DELTA, S.A.**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Ana Gómez de Enterría Bazán y bajo la dirección letrada de don José Antonio Choclán Montalvo; **BDO AUDITORES S.L.P.**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Margarita López Jiménez, y defendido por el letrado don Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria; DON Sixto , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistido por el Letrado don Alberto Martín Menor; DON Vicente , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Barreiro Teijeiro y bajo la dirección letrada de don Manuel Cisneros Rodríguez; DON Virgilio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Barreiro Teijeiro y asistido por la Letrada doña Sonia Fernández Vilar; DON Jose María , representado por el Procurador de los Tribunales don José María Manero de Pereda y bajo la dirección letrada de don Juan Manuel García-Gallardo Gil-Fournier; DON Jose Antonio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Uceda Blasco, bajo la dirección letrada de doña Paloma Flores Esteban; DON Carlos Jesús , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Virginia Aragón Segura y defendido por los Letrados don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano y don Carlos López-Keller Álvarez; DON Jose Antonio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Uceda Blasco y asistido por la Letrada doña Paloma Flores Esteban; DON Juan Francisco , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Alejandra Briones Torralba y bajo la dirección técnica de don Nicolás González-Cuellar Serrano; DON Alexander , representado por el Procurador de los Tribunales don Guzmán de la Villa de la Serna, y bajo la dirección técnica de don Jorge Navarro Massip y doña Ana Bernaola Lorenzo; **MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales don Federico Ruipérez Palomino y bajo la dirección letrada de don Miguel Sánchez-Calero Guilarte; **QUINTA DO SOBREIRO, S.L., y KIWI ESPAÑA, S.A.**, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Bejarano Sánchez, bajo la dirección técnica del Letrado don Enrique Molina Benito; **DOÑA Joaquina** , representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Bejarano Sánchez, bajo la dirección técnica de don Enrique Molina Benito; **PESCANOVA, S.A.** representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Soledad Gallo Sallent y asistido por los Letrados don Juan Manuel Casanueva Pérez-Llantada y don Enrique Muñoz Blanco; **SILICON METALS HOLDING, LLC (en adelante "SILICON")**, representado por el Procurador de los Tribunales don Carlos Piñeira de Campos y defendido por la Letrada doña Berta Viqueira Sierra; **DON Amadeo** , representado por la Procuradora de los Tribunales doña

Isabel Cañedo Vega bajo la asistencia letrada de don Alberto Martín Menor; **LUXEMPART, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla y bajo la dirección letrada de don Joaquín Matías Burkhalter Thiébaud.

Como partes recurridas **CITURRIOZ INVERSIONES SL**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María del Rosario Larriba Romero y asistida por el Letrado don José Ignacio Rodrigo Fernández; **DON Jose Carlos**, **DON Jesús Ángel**, **DON Juan Pedro**, **DOÑA Rafaela**, **DON Ángel Jesús**, **DON Miguel Ángel**, **DON Abel**, **DON Adrian**, **DOÑA Salvadora**, **DOÑA Socorro**, **DON Andrés**, **DON Anselmo**, **DON Apolonio**, **DOÑA Verónica** y **DOÑA Visitacion**, todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Piñeira de Campos, **DON Belarmino** y **de la Mercantil BUENA PESCA 97, SA.**, representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Gómez-Villaboa y Mandri y bajo la dirección letrada de don José Antonio Bosch Valero, **GOLDEN LIMIT, S.L.**, representada por la Procuradora doña María Carmen Hijosa Martínez, bajo la dirección técnica de don Ildefonso Trallero Masó; **DON Cesareo**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Yolanda Ortiz Alfonso, asistido por el Letrado don Marcos García Fernández, Unive Abogados, S.L.P., **GESRENTA S.L.**, **DOÑA Ángela**, **DON Desiderio**, **DON Domingo**, **DON Edemiro**, **DON Elias**, **DOÑA Bibiana**, **DOÑA Camila**, **DON Eulogio**, **CHERSA 2002** y **S.I.C.A.V, S.A.**, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Ros Berenguer y asistidos por el Letrado don Felipe Izquierdo Téllez; **DON Felicísimo**, **DON Fernando**, **DON Fructuoso**, **DON Gaspar** y **DON Gines**, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Moneva Arce y bajo la dirección técnica de don Marcos Álvaro García Fernández, Unive Abogados, S.L.P., **CAIXABANK, S.A. -antes BANKIA, S.A.-**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Gómez Molins y asesorada por el Letrado don Fernando Aizpún Viñes, **DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA, S.A.**, representado por el Procurador de los Tribunales don Carlos Blanco Sánchez de Cueto y asistido por el Letrado don José Antonio Choclán Montalvo, **DON Isidoro**, representado por el Procurador de los Tribunales don Enrique Auberson Quintana-Lacaci, **DON Jeronimo**, **DOÑA Florencia** y **RONIT CAPITAL LLP**, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Agueda María Meseguer Guillén y asistidos por el Letrado don Ramón Lafuente Sánchez, la **MERCANTIL EASTHAM, S.L.**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Yolanda Ortiz Alfonso y bajo la dirección letrada de don Marcos Vale Santos, **SOCIEDAD ANONIMA DE DESARROLLO Y CONTROL (SODESCO)**, **ICS HOLDING Ltd.**, **INVERLEMA S.L.**, **INVERPESCA S.A.** y **SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACION DE CARBONES S.A.**, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Mónica Fente Delgado y asesorados por el Letrado don Carlos López-Keller Álvarez, **DON Marcos**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Susana García Abascal bajo la dirección letrada de doña María Luz Sintés Díaz, **DON Maximo**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa María Sanz de Baranda Riva, bajo la dirección letrada de don Jacobo Teijelo Casanova, **DON Nicolas**, **DON Octavio**, **DON Pelayo**, **DON Porfirio**, **DON Rafael**, **DON Rodolfo**, **DON Romulo**, **DOÑA Paulina**, **DON Samuel**, **DON Saturnino**, **DON Segismundo**, **DON Simón**, **DON Teodosio**, **DON Dimas**, **DON Fermín**, **DON Eleuterio**, **DON Gabriel**, **DON Gerardo**, **D. Estanislao**, **DON Guillermo**, **DON Héctor**, **DON Herminio**, **DON Hipolito**, **DON Humberto**, **DON Imanol**, **DON Iván**, **DON Jacobo**, **DON Jenaro**, **DOÑA Patricia**, **DOÑA Petra**, **DON Justiniano**, **DON Landelino**, **DOÑA Regina**, **DON Leopoldo**, **DON Lucas**, **DON Luis**, **DON Ismael**, **DON Matías**, **DON Maximino**, **DON Narciso**, **DON Nicanor**, **DON Oscar**, **DON Leoncio**, **DON Pedro**, **DON Plácido**, **DON Raúl**, **DOÑA María Milagros**, **DOÑA María Consuelo**, **DON Moises**, **GRUPO DE INVERSIÓN FONT DE DINS S.A.**, **DON Onesimo**, **DON Pablo**, **DON Sergio**, **DON Prudencio**, **DON Tomás**, **DON Valentín**, **DON Víctor**, **DON Vidal**, **DON Jose Manuel**, **DON Jose Ignacio**, **DON Jose Miguel**, **SOCIEDAD HERVILLA SERVICIOS 48 S.L.**, **DON Carlos Manuel**, **DON Carlos Antonio**, **DON Luis Manuel**, **DON Luis Miguel**, **DON Jose Luis**, **DON Juan Antonio**, **DON Juan Alberto**, **DON Juan Miguel**, **DON Pedro Francisco**, **DON Miguel Ángel**, **DON Marco Antonio**, **DON Pablo Jesús**, **DON Adolfo**, **DON Alejandro**, **DON Alexis**, **DON Alvaro**, **DON Ambrosio**, **DON Antonio**, **DON Argimiro**, **DON Artemio**, **DON Baldomero**, **DON Basilio**, **DON Bernabe**, **DON Blas**, **DON Bruno**, **DON Casiano**, **DON Ceferino**, **DON Cirilo**, **DON Cosme**, **DON Demetrio**, **DON Doroteo**, **DON Anton**, **DON Emiliano**, **DON Augusto**, **DON Eulalio**, **DON Evaristo**, **DON Faustino**, **DON Feliciano**, **DON Donato**, **DON Francisco**, **DON Gabino**, **D^a. Tania**, **DON Gregorio**, **DON Eutimio**, **DON Everardo**, **DON Hugo**, **DON Eladio**, **DON Jacinto**, **DON Genaro**, **DON Joaquín**, **DON Julio**, **DON Hermenegildo**, **D^a. Aida**, **D^a. Almudena**, **D^a. Claudia**, **Dña. Ascension**, **DON José**, **DON Gumersindo**, **DON Justo**, **DON Obdulio**, **DON Horacio**, **D^a. Carla**, **D. Marino**, **D. Paulino**, **D^a. Esperanza**, **DON Teofilo**, **DON Ricardo**, **DON Rogelio**, **DON Victorio**, **DON Rosendo**, **DON Jose Francisco**, **DOÑA Genoveva**, **DON Severino**, **ROSSEWOOD PATRIMONIO Y COMUNICACIÓN S.L.**, **DON Carlos Miguel**, **DON Urbano**, **DON Luis Alberto**, **DON Luis Pedro**, **DOÑA Lorena**, **DON Juan María**, **DON Juan Luis**, **DON Juan Ramón**, **DON Manuel**, **DON Pedro Miguel**, **DON Luis Angel**, **DON Jesús Manuel**, **DON Alonso**, **DON Amador**, **DON Anibal**, **DON Carlos Alberto**, **DON Arcadio**, **DON Arsenio**, **DON Aureliano**, **DON Braulio**, **DON Cecilio**, **DON Celso**, **DON Víctor Manuel**, **DON Cornelio**, **DON Benjamín**, **DON Bienvenido**, **DON Juan Ignacio**, **DON Carmelo**, **DON Eloy**, **DON Cipriano**, **DON Clemente**, **DON Romualdo**, **DON Damaso**, **DON David**, **DON Felix**, **DON Juan Enrique**, **DON Prudencio**, **D^a. Belen**, **DON Geronimo**, **DON Eugenio**, **DON Lorenzo**, **D^a. Estela**, **DON**

Marcial , DON Mateo , DON Miguel , D^a. Francisca , DON Norberto , DON Leonardo , DOÑA Inés , DON Lucio , DON Pio , representados todos ellos por la Procuradora de los Tribunales doña María Yolanda Ortiz Alfonso y defendidos por la letrada Doña Romina Andreea Smaranda.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 incoó diligencias previas núm. 31/2013, por presuntos delitos de falsedad en documento mercantil, estafa, falseamiento de cuentas anuales, falseamiento de información económica y financiera, insolvencia punible, alzamiento de bienes o, de forma alternativa, blanqueo de capitales, uso de información relevante e impedimento de la actuación del organismo supervisor, seguidas contra don Carlos Jesús , don Baltasar , don Romeo , don Maximo , don Alexander , don Virgilio , don Juan Francisco , don Sixto , don Jose María , don Amadeo , don Vicente , don Luis María , don Aquilino , don Ernesto , don Jose Antonio , don Belarmino , doña Joaquina , don Sebastián , Pescanova, S.A., BDO Auditores, S.L., Sociedad Anónima de Desarrollo y control, Nova Ardara Equities, S.A., Quinta do Sobreiro S.L., Kiwi España, S.A., don Javier , Golden Limit S.L., Sociedad gallega de importación y exportación de carbones, Inverlema, S.A., Inverpesca, S.A., Ics Holding LTD. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que incoó procedimiento núm. 1/2019 y con fecha 6 de octubre de 2020, dictó Sentencia núm. 14, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Para una mejor comprensión de los hechos que se estiman acreditados se agruparán de la forma siguiente:

En primer lugar, se expondrá una visión general de Pescanova y su grupo, con indicación de sus diversos departamentos, las funciones que desempeñaban los acusados y su participación en los hechos, sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante en relación con cada uno de los hechos constitutivos de delito, tanto de los que trabajaban para la entidad como de aquellos otros que tuvieron participaron con ella.

En segundo término, se hará una breve mención al contexto de la propia Sociedad, su expansión y problemas de financiación.

A continuación, se indicará la utilización de métodos de financiación amparándose en relaciones comerciales ficticias, ya sea:

a) A través de filiales extranjeras desconocedoras de que estaban siendo utilizadas para la financiación de la matriz, como es el caso de los créditos documentarios.

b) Creando ad hoc hasta 14 sociedades mercantiles con las que también aparentaban una fluida relación comercial, en realidad inexistente, es el caso de las denominadas "sociedades instrumentales".

c) Utilizando nombres y datos de antiguos clientes o de sociedades con las (que) nunca habían tenido una relación comercial con objeto de solicitar financiación bancaria mediante: 1.- Contratos o líneas de factoring y 2- Pólizas de descuento de efectos.

d) Ocultando sociedades filiales que deberían estar en el perímetro de consolidación y que sólo se integraron a partir de abril de 2013.

e) Ocultando deudas financieras o derivadas del negocio compensándolas con activos (neteo) que la Sociedad realizaba a través de varias vías, tales como:

1.- Las instrucciones genéricas impartidas por el auditor interno a los responsables de las diversas áreas para que lo hiciera saber a sus filiales.

2.- Compensando la cada vez más abultada deuda financiera con activos de tesorería.

3.- Mediante el denominado "ajuste nº 1" del proceso de consolidación y los ajustes en las cuentas individuales.

4.- Compensando los depósitos que las entidades bancarias exigían para la concesión de un préstamo con el importe efectivo del propio crédito.

En cuarto lugar, se describirá(n) cómo ese conjunto de métodos de financiación irregular se reflejaron en las cuentas anuales, informes trimestrales o semestrales, folletos de emisión, memorias y otros documentos de obligada publicación que deliberadamente no reflejaban la imagen real de la Sociedad con el doble objeto de cumplir con los requisitos mínimos necesarios para seguir disfrutando de la financiación bancaria y hacerla atractiva para captar inversores confiados en los buenos datos económicos publicados.

En el apartado siguiente, se relatará cómo esas cuentas y documentos que reflejaban una satisfactoria e irreal situación económica y financiera de la Sociedad, una vez publicados a través del organismo regulador, atrajeron

a pequeños y grandes inversores. Igualmente, se expondrá cómo se llegó a conocer que la situación real de la Sociedad era diametralmente opuesta a la oficialmente publicada, cuáles fueron las decisiones adoptadas en los sucesivos Consejos de administración, las del organismo regulador y las consecuencias que todo ello supuso.

En sexto lugar, se mencionarán los hechos relativos a las ventas de acciones de Pescanova por parte de algunos acusados en fechas inmediatamente anteriores al Consejo de administración del 27 de febrero de 2013.

En séptimo lugar, se relatarán las transferencias desde entidades bancarias ubicadas en territorio español a entidades bancarias sitas en Portugal.

En octavo lugar, los hechos que hubieran podido determinar el impedimento de la actividad inspectora propia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en adelante CNMV.

El penúltimo tema se dedicará a los hechos que pudieron haber dado lugar a la apreciación del delito de insolvencia punible.

Y, en último lugar, la actual situación legal de la matriz Pescanova S.A. como consecuencia de la decisión adoptada por el Consejo de administración de 14/04/2013 de presentar una solicitud de concurso voluntario ante el juzgado de lo mercantil nº 1 de Pontevedra el 15/04/2013, que dio lugar a los autos 98/2013 y que mediante auto de 25/04/2013 declaró a la matriz en concurso voluntario de acreedores y la suspensión de las facultades de administración y disposición de quienes hasta entonces la desempeñaban siendo sustituidos por la administración concursal que recayó, a propuesta de la CNMV, en la sociedad Deloitte Advisory S.L. que aceptó la designación el 29/04/2013, a través de D. Ovidio y D. Florencio, quienes fueron designados administradores concursales.

PRIMERO.- La mercantil PESCANOVA SA. con domicilio en Chapela, municipio de Redondela (Pontevedra), fue constituida en escritura pública otorgada por el notario de Madrid, D. Manuel Pardo el 23/06/1960.

Su capital social inicial, de 6.000.000 pesetas, estaba representado por 6.000 acciones nominativas de 1.000 pesetas de valor nominal cada una de ellas que, tras las diversas ampliaciones y reducciones de capital y, según consta en la escritura de elevación a público del acuerdo de aumento de capital autorizado por el notario de Vigo, D. Francisco Fernández de Iñigo, de fecha 2 de agosto de 2012, su capital social llegó a ser 172.426.306 €, dividido en 28.737.718 acciones de 6 euros de valor nominal, totalmente suscritas y desembolsadas, negociadas en las Bolsas de Madrid y Bilbao, cuya cotización fue suspendida inicialmente el 01/03/2013, levantada el 04/03/2013, nuevamente suspendida el 12/03/2013 y levantada definitivamente el 07/06/2017 con un precio por acción de 0,27 €; concurso en el que tras aprobarse el convenio en junio de 2014, Pescanova S.A. ostenta un 1,6% de la Nueva Pescanova, cuyos actuales propietarios son las entidades bancarias que financiaron a la Sociedad desde su inicio pero de una forma imperiosa desde 2008 financiera Pescanova, siendo los más afectados por su crisis y económica. Durante la trayectoria de Pescanova, además del aumento de capital de julio de 2012, por un importe de 125.000.000 €, hubo 5 emisiones de obligaciones: la primera, en 1989, la segunda en 1995 y después, tres seguidas, en 2010, por importe de 110.000.000 €, con fecha de vencimiento de 05/03/2015; en 2011, por importe de 180.000.000 €, con fecha de vencimiento el 20/04/2017 y, en el 2012, con fecha de vencimiento en febrero de 2019.

Su objeto social, según figuraba en la escritura de constitución era "la explotación industrial de todas las actividades relacionadas con los productos destinados al consumo humano o animal, incluso su producción, transformación, distribución, comercialización y desarrollo de otras actividades complementarias o derivadas del principal, tanto de carácter industrial como mercantil, así como la participación en empresas nacionales o extranjeras"; pero, en el transcurso de los años, la actividad principal de la Sociedad matriz ha sido la comercialización al por mayor de pescado congelado, mientras que el resto de sociedades del Grupo Pescanova se ocupaba de la pesca, ya sea extractiva, es decir, a través de su captura en su entorno natural, o mediante la acuicultura, esto es, el cultivo de algunas especies en condiciones controladas, así como su transformación y comercialización a nivel mundial. La pesca extractiva se llevaba a cabo en: África (fundamentalmente, langostino en Mozambique, merluza en Namibia o gamba roja en Angola), Sudamérica (merluza en Chile y Uruguay y gambón en Argentina) o Australia (langostino y bacalao). La acuicultura, en Centroamérica (langostino), Chile (salmón), o el rodaballo de España o Portugal), llegando a ser la cabecera de un grupo de más de 151 sociedades nacionales e internacionales extendidas en 25 países de los cinco continentes, con 14.000 empleados directos.

El órgano de administración de Pescanova estaba formado por el Consejo de administración, integrado por los 10 vocales siguientes:



- 1°.- El acusado Carlos Jesús , reelegido para dicho cargo por plazo estatutario de 5 años, en virtud de acuerdo de la Junta General Ordinaria del 23 de abril de 2008.
 - 2°.- El acusado Baltasar , reelegido para dicho cargo, por plazo estatutario de 5 años, en la misma Junta General.
 - 3°.- ICS HOLDING LIMITED, sociedad sudafricana, propiedad de SOCIEDAD ANONIMA DE DESARROLLO Y CONTROL SODESCO-, cuyo administrador formal era el acusado Carlos Jesús , pero representada por su hermano Maximo , nombrado para dicho cargo por plazo estatutario de 5 años, en virtud de acuerdo de la Junta General Extraordinaria de accionistas de 25 de febrero de 2010.
 - 4°.- INVERLEMA S.L., consejera desde el 24/04/2012, hasta el 12/09/2013, administrada por el acusado Carlos Jesús a través de SOCIEDAD ANONIMA DE DESARROLLO Y CONTROL-SODESCO- y representada por el acusado Romeo , nombrado para dicho cargo, por el procedimiento de cooptación, en virtud de acuerdo del Consejo de administración de 13 de abril de 2012, una vez efectuada la renuncia al cargo de Consejero por parte de INVERPESCA S.A.
 - 5°.- D. Luis Carlos , nombrado para dicho cargo por plazo estatutario de 5 años, en virtud de acuerdo de la Junta General Ordinaria de accionistas de 6 de abril de 2010.
 - 6°.- IBERFOMENTO SL, representada por el acusado Javier , reelegido para dicho cargo por el plazo estatutario de 5 años en virtud de acuerdo de Junta General Ordinaria de accionistas de fecha 8 de abril de 2011.
 - 7°.- SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACION DE CARBONES S.A., (GICSA), accionista de Pescanova y consejera de la Sociedad desde el 04/05/2005 hasta el 12/09/2014, representada por el acusado Romeo .
 - 8°.- D. Emilio , reelegido para dicho cargo, por plazo estatutario de 5 años, en base al acuerdo adoptado en la misma Junta de 8 de abril de 2011.
 - 9°.- LUXEMPART S.A., sociedad de inversión de Luxemburgo, representada por D. Gonzalo , ratificado en dicho cargo por el plazo estatutario de 5 años, en virtud del acuerdo de la Junta General Extraordinaria de 30 de enero de 2012 y
 - 10°.- Corporación Económica Delta, representada por D. Florentino , ratificado en dicho cargo por plazo estatutario de 5 años, de conformidad a lo acordado en la Junta General Extraordinaria de 30 de enero de 2012. Actuando como secretario no consejero, D. Ángel , según lo acordado en Consejo de administración de 21 de septiembre de 2000.
- Pescanova contaba con dos órganos sociales: El Comité de auditoría, formado por tres miembros, su presidente, D. Luis Carlos , designado por plazo de 4 años de conformidad con el acuerdo del Consejo de administración de fecha 24 de junio de 2011; ICS HOLDING LIMITED, representado por el acusado Maximo , designado secretario por plazo de 4 años en virtud de lo establecido en el Consejo de administración de 2 de diciembre de 2009, y el también acusado Baltasar , como vocal designado por 4 años según acuerdo del Consejo de administración de 24 de junio de 2011.
- El segundo órgano social era el Comité de Nombramientos y Retribuciones, integrado por su presidente, D. Agustín , designado por tiempo indefinido en base a lo acordado en el Consejo de administración de 25 de febrero de 2005, cargo en el que cesó a partir de la renuncia como consejero de la Sociedad; ICS HOLDING LIMITED, representado por el acusado Maximo , que actuaba como secretario en virtud del acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad de 2 de diciembre de 2009 y D. Luis Carlos , designado por plazo indefinido, según el acuerdo del Consejo de administración de 25 de febrero de 2005.
- Dentro de las funciones del Comité de auditoría se encontraban las de información, asesoramiento y supervisión de los servicios de auditoría interna, así como el conocimiento del proceso de información financiera y de los sistemas de control interno de la sociedad, comprobando su adecuación e integridad, lo que suponía que 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 criterios contables, encargándose igualmente de canalizar las relaciones del Consejo con el auditor externo.
- El único poder general para representar a la Sociedad era el ostentado por el acusado Carlos Jesús , según escritura autorizada por el notario de Vigo D. Alfredo Arturo Lorenzo Otero, con fecha 10 de junio de 1993 que, junto a cualquier otro, fue revocado por la administración concursal en virtud de escritura autorizada por el notario de Vigo D. José Pedro Riol López, el 22 de mayo de 2013; además del citado poder, los acusados Vicente , Amadeo y Jose María , ostentaban otro de forma mancomunada a partir del 10/09/2012, existiendo

otros poderes especiales para casos concretos, en particular, dos de ellos otorgados en 1982 en favor del también acusado Alexander .

Pescanova y el Grupo Consolidado estuvo auditada por BDO AUDITORES S.L. desde 2002, siendo reelegida para el ejercicio que finalizó el 31/12/2012, en virtud de acuerdo de la Junta General Ordinaria de 13/04/2012. BDO Auditores S.L. asumió la auditoría de Pescanova S.A. (sociedad matriz), y las sociedades del grupo siguientes: Pescafin S.A., Frinova S.A., Bajamar Séptima S.A., Frigodis S.A. Insuiña S.L., Pescafresca SAU, Pescanova Alimentación S.A., Frivipesca Chapela S.A., Harinas y Sémolas del Noroeste S.A., Pescafin Bacalao S.A., Ultracongelados Antartida S.A y Fricatamar SLU.

La administración concursal, de conformidad con la información facilitada por la Sociedad, realizó tres grupos de sociedades participadas o controladas por la matriz: En un primer grupo, estaban las sociedades en las que la matriz poseía una participación directa o indirecta en el capital social superior al 50%; en el segundo, aquellas en las que no habiendo alcanzando la mayoría de votos, ejercía control y en el tercer grupo, las sociedades que, según la matriz, eran controladas por aquella, pese a no tener una participación directa ni indirecta, sin que tal control haya podido ser evaluado.

De entre las sociedades integrantes del Grupo Pescanova radicadas en España, se encuentran las siguientes:

1º.- NOVAPESCA TRADING S.L, con domicilio en la misma sede de la matriz, Chapela, cuyo capital social pertenecía a Pescanova en un 99,99952% y cuyo representante físico fue el acusado Carlos Jesús .

2º.- INSUIÑA S.L., con domicilio en Chapela, cuyo capital social pertenecía a Novapesca Trading S.L. con una participación y a Pescanova en un 99,99998% del capital social, siendo su administrador único Pescanova y su representante, el mismo acusado, Carlos Jesús .

3º.- FRIGODIS S.A., con el mismo domicilio que la matriz y cuyo capital social pertenecía en un 99,9994% a Pescanova que ostentaba su administración a través del mismo acusado, Carlos Jesús .

4º.- FRINOVA S.A., con domicilio en Porriño (Pontevedra), cuyo capital social pertenecía en un 90,3613% a Pescanova que era también su administrador que era ejercido por el mismo acusado, Carlos Jesús .

5º.- BAJAMAR SEPTIMA S.A., con domicilio social en Arteixo (A Coruña), cuyo capital social pertenecía a Pescanova en un 99,9999%, que era su administrador, estando representada por el mismo acusado, Carlos Jesús .

6º.- PESCAFRESCA S.A., con domicilio social en Pontevedra, cuyo accionista único y administrador era Pescanova, representada por el mismo acusado, Carlos Jesús .

7º.- PESCAFINA S.A., con domicilio social en Madrid, cuyo capital social pertenecía en un 98,828431% a Pescanova que era su administradora, estando representada por el ya citado.

8º.- LAFONIA SEA FOODS S.A., con domicilio social en Vigo (Pontevedra), cuyo capital social pertenecía en un 99,99% a Novapesca Trading S.L.

9º.- FRICATAMAR S.L., con domicilio social en Valencia, cuyo socio único era Novapesca Trading S.L.

10º.- ACUANOVA HOLDING GROUP S.A., con domicilio social en Chapela, cuyo capital social pertenecía en un 99,983% a Novapesca Trading S.L.

11º.- ACUINOVA S.L., con domicilio social en Ayamonte (Huelva), cuyo capital social pertenecía a Novapesca Trading S.L. en un 99,99996%.

12º.- FRIVIPESCA CHAPELA S.A., con domicilio social en Chapela, cuyo capital social pertenecía en un 96,01% a Novapesca Trading S.L.

13º.- PESCANOVA ALIMENTACIÓN S.A., con domicilio social en Chapela, cuyo capital social pertenecía en un 99,9998% a Novapesca Trading S.L.

14º.- PESCAFINA BACALAO S.A., con domicilio social en Paterna (Valencia), cuyo único accionista era Novapesca Trading S.L.

15º.- MARINA ESURI S.L., con domicilio social en Chapela, cuyo capital social pertenecía en un 99,67% a Acuinova S.L.

De entre las radicadas fuera de España, merece destacar por lo que afecta a las presentes actuaciones, las siguientes:

- En Argentina, ARGENOVA S.A., con sede en Buenos Aires, cuyo capital social pertenecía en un 94,9999% a Pescanova y el resto a Novapesca Trading S.L.; PESQUERA LATINA S.A. y ARKOFISH S.A., cuyos capitales sociales pertenecían en un 95% a Novapesca Trading S.L., y MEDOSAN S.A.
- En Ecuador, PROMARISCO S.A., cuyo capital pertenecía en un 99,999998% a Novapesca Trading S.L., de la que Carlos Jesús era apoderado.
- En Uruguay, AMERICAN SHIPPING S.A., con sede social en Montevideo, cuyo único accionista era Novapesca Trading S.L.
- En Chile, PESCA CHILE S.A., cuyo capital social pertenecía en un 49% a Novapesca Trading S.L. y el resto a Pescanova, ANTARTIC SEA FISHERIES S.A., cuyo capital social pertenecía en un 99,999998% a Lafonia Sea Foods S.A. y PORVENIR S.A.
- En Mozambique, ENTREPOSTO FRIGORIFICO DE PESCA DE MOZAMBIQUE LDA. (EFRIPEL), cuyo capital social pertenecía en un 93,201% a Novapesca Trading S.L.

Además, había sociedades en países como Honduras, Nicaragua, Perú, Sudáfrica, Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Grecia, Portugal, Francia, Italia, Australia y Japón.

De entre las sociedades participadas por Pescanova, se encuentran las domiciliadas en Namibia, tales como: NOVANAM LIMITED, en la que Pescanova participaba con un 49% del capital social a través de Novapesca Trading S.L. y de cuyo Consejo de administración formaba parte el acusado Carlos Jesús y SKELETON COAST TRAWLING LTD, cuyo socio único era Novanam Limited y entre cuyos administradores se encontraba el mismo acusado Carlos Jesús.

Las personas acusadas y su desempeño profesional son:

1°.- Carlos Jesús, hijo de uno de los cofundadores de la Sociedad, consejero entre 1977 y 1985, llegó a detentar un 30% del accionariado, siendo propietario y administrador único de:

- a) La Sociedad Gallega de Importación y Exportación de Carbones S.A., -accionista de Pescanova y miembro de su Consejo de administración desde 2005 a 2013.
- b) Inverpesca S.A., -accionista y miembro del Consejo de Administración de Pescanova desde el 27 de mayo de 2000 al 24 de abril de 2012.
- c) Inverlema S.L., consejera de Pescanova desde el 24 de abril de 2012 hasta el 12 de septiembre de 2013 - y administrada por el citado, a través de Sociedad Anónima de Desarrollo y Control-SODESCO- de la que era administrador único.
- d) SOCIEDAD ANONIMA DE DESARROLLO Y CONTROL (SODESCO).
- e) A su vez, ICS Holding LTD era una sociedad propiedad al 100% de SODESCO, cuyo administrador formal era el indicado acusado.

Fue presidente ejecutivo desde 1985 hasta 2013, bajo cuya dirección y 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, 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 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.

Los indicados mecanismos, ya adelantados, fueron:

- 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 que:

1º.- o bien el responsable de la auditoría interna y responsable de los estados financieros consolidados, se encargaba de recordar a los jefes de área para que fuera aplicado por las sociedades que desempeñaban sus funciones en su ámbito de influencia;

2º.- o bien, el citado responsable se encargaba de que se llevara a efecto entre la cada vez más abultada deuda financiera con activos de tesorería;

3º.- o bien, el citado responsable llevaba a cabo a través del denominado "ajuste nº 1" del proceso de consolidación y los ajustes de las cuentas individuales, o finalmente,

4º.- el mismo responsable se encargaba de que se compensaran los depósitos que las entidades bancarias exigían para la concesión de un préstamo con el importe en efectivo del citado crédito.

En síntesis, el presidente ejecutivo de Pescanova, conociendo la falta de tesorería de la Sociedad, convocó por teléfono en la tarde del 22/02/2013 (viernes) a 4 accionistas, en concreto, los acusados Sres. Javier y Baltasar y a los inversores Sres. Florentino, por Corporación Damm, (sustituida por Corporación Económica Delta, más tarde) y al Sr. Gonzalo, por Luxempart, a una reunión que tuvo lugar en la sede de la Sociedad en la calle Ferraz de Madrid al mediodía del 25/02/2013 (lunes), en la que después de explicarles que la situación de la Sociedad era buena, adelantándoles los datos que así lo confirmaba el borrador de las cuentas anuales que iban a ser formuladas en el Consejo de administración ya convocado para dos días después, donde aparecían unas cifras de tesorería de unos 140.000.000 €; sin embargo, les adelantó que había un problema de tesorería al no haberse vendido el salmón de la planta de acuicultura de Chile por la bajada de precio y vencía en marzo una cuota de 50.000.000 € de un préstamo sindicado de 150.000.000 €; por lo que propuso a los asistentes prestar a la Sociedad, entre todos, los 50.000.000 € necesarios para el pago de la cuota durante un mes, comentándoles que él mismo ya había prestado a la matriz dos cantidades, una de 9.300.000 € y otra de 6.000.000 €. Sin embargo, la citada propuesta no sólo no fue secundada por ninguno de los asistentes, sino que el Sr. Gonzalo manifestó a los asistentes no entender la situación ya que unos diez días antes, el acusado Carlos Jesús había ido a Luxemburgo y le había asegurado que los resultados del ejercicio de la Sociedad eran mejores que el año anterior.

Llegada la reunión del Consejo de administración del 27 de febrero de 2013, en la que se iban a formular las cuentas anuales del ejercicio 2012, el presidente del Comité de auditoría explicó a los miembros del Consejo de administración, entre los que no estaba el acusado Maximo, que no había problemas en la formulación de las cuentas según el informe presentado por la auditoría externa, pero el Sr. Florentino leyó una carta en referencia a la reunión celebrada dos días antes, poniendo en conocimiento de los asistentes la falta de tesorería al no poderse abonar la cuota de los 50.000.000 €, oponiéndose a la formulación de las cuentas, lo que provocó una situación de intranquilidad y desconcierto que motivó la retirada de las cuentas anuales que no llegaron a ser formuladas, acordándose, en su lugar, por mayoría, la presentación de la situación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal, con objeto de renegociar las deudas con los acreedores -preconcurso- y la contratación de la mercantil de abogados especialistas en derecho concursal LENER, para la revisión de los estados financieros de 2010, 2011, 2012 y hasta principios de 2013 que tras realizar su trabajo llegó a la conclusión de que la deuda bancaria estaba mal contabilizada, y la comunicación a la CNMV como hecho relevante, lo que determinó que ésta enviara a la Sociedad un primer requerimiento para que informara sobre la situación económica de la sociedad.

En el Consejo de administración siguiente, de 14/03/2013, la firma LENER manifestó no conocer todavía el importe de la deuda bancaria.

En el Consejo del 4 de abril de 2014 al que asistió BDO y más adelante, LENER, ésta última detectó un grave problema de tesorería, por lo que propuso a la Sociedad la presentación de un concurso voluntario de acreedores, en lugar del concurso habida cuenta del déficit de tesorería lo que fue acordado por mayoría junto con el nombramiento de un forense que recayó en la firma KPMG. La firma LENER presentó el concurso voluntario de acreedores ante el juzgado nº 1 de lo Mercantil de Pontevedra en abril de 2013 que una vez admitido nombró a dos administradores judiciales de la firma Deloitte que se hicieron cargo de la Sociedad y sus filiales.



Entre tanto, los servicios administrativos de la matriz informaron a la CNMV de la situación económica de la Sociedad y su grupo, considerando que la deuda del grupo consolidado era 3.235.000.000 €, la neta 3.056.000.000 € y la bancaria 2.362.000.000 €. Pocos días después, el 10 de abril de 2013, los acusados Virgilio y Juan Francisco acudieron a la CNMV a requerimiento de la indicada entidad, a la que informaron que la contabilidad de Pescanova estaba neta y que BDO lo sabía y que existían créditos documentarios basados en operaciones ficticias.

Igualmente, participó en dejar fuera del perímetro de consolidación a las filiales EFRIPEL, AMERICAN SHIPPING, MEDOSAN, ANTARTIC SEA FISHERIES Y PORVENIR, omitiendo hacer constar unas pérdidas en las cuentas anuales de 65.000.000€.

Supervisó y 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 buenos resultados que no se correspondía con la realidad. Como quiera que conocía los problemas de tesorería desde finales del ejercicio de 2012 al no venderse el salmón, antes de convocar la reunión del 25/02/2013 ya citada, realizó dos préstamos a la matriz, el primero el 7 de febrero de 2013, por importe de 9.300.000 € por un periodo de tres meses y el segundo, en representación de SODESCO (Sociedad Anónima de Desarrollo y Control) el 20 de febrero de 2013, por importe de 6.000.000 €, por espacio de 5 días, como apoyo puntual de tesorería, que fue desembolsado en Pescanova el 25/02/2013 con objeto de contribuir a alcanzar los 50.000.000 € que solicitó al resto de asistentes en la reunión del 25 de febrero de 2013. La citada suma provenía de dos transferencias realizadas por SODESCO una desde la cuenta NUM000 del Banco Etxebarria y la número NUM001 del Banco Sabadell y con anterioridad, de la venta de acciones de Pescanova llevadas a cabo por el Sr. Carlos Jesús) entre el 18 de enero y el 22 de febrero de 2013 a través de SODESCO.

Llegada la fecha de vencimiento del 1 de marzo de 2013, fecha coincidente con la presentación del precurso ante el juzgado de lo mercantil de Pontevedra tras ser acordado en el Consejo de administración de 27 de febrero anterior, el acusado, Sr. Amadeo, en nombre de Pescanova, devolvió el préstamo a KIWI ESPAÑA S.A., por cuenta de SODESCO, que invirtió 4.000.000 € en un depósito a favor de Quinta Do Sobreiro en una sucursal española del Banco Etxebarria y transfirió 2.000.000 € a favor de la cuenta que Quinta Do Sobreiro -sociedad de la esposa e hijos de D. Carlos Jesús, pero de la que él era administrador único- tenía en el Banco de Sabadell.

Sin embargo, con objeto de salvaguardar la devolución del préstamo de las responsabilidades económicas derivadas de la situación financiera de Pescanova, el acusado conociendo que:

- A) La crisis económica y financiera de Pescanova trascendió inmediatamente a la prensa desde finales de febrero de 2013.
- B) El Consejo de administración del 27/02/2013 acordó la presentación de la solicitud de precurso ante el juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, para lo cual se aprobó el asesoramiento de la firma de abogados LENER.
- C) Una vez que los miembros de la citada firma empezaron a trabajar en Pescanova para llevar a cabo su cometido y, tras realizar una primera evaluación de la situación de Pescanova, observaron que existía deuda que no había sido bien contabilizada, lo que implicaba la necesidad urgente de tesorería que aconsejó sustituir la presentación del precurso, por un concurso voluntario de acreedores.
- D) La prensa publicó la presentación de varias querellas de perjudicados ante el juzgado central de instrucción nº 5 durante el mes de abril de 2013, lo que motivó la incoación de las presentes diligencias, su declaración de competencia a finales de mayo de 2013, la admisión de la querella y posteriormente, la adopción de medidas cautelares reales frente a los investigados.

Decidió, junto a su mujer, la acusada D^a Joaquina, que ésta última abriera una cuenta a Quinta Do Sobreiro en Portugal desde donde, después, transferirían el importe del préstamo a una cuenta que habían abierto en Hong Kong, en concreto en el banco Standard Chartered Bank of China, a donde el matrimonio se había desplazado con anterioridad.

De acuerdo a lo planeado, Joaquina, abrió una cuenta a Quinta Do Sobreiro en el banco Banif de Valençá el 29/05/2013, a donde en nombre de Quinta Do Sobreiro, remitió tres transferencias los días 26, 28 y 29 de agosto de 2013. Así el 26 de agosto, la citada cuenta recibió 4.000.000 € de la cuenta que Quinta Do Sobreiro tenía en una sucursal española del Banco Etxebarria; el 28 de agosto, recibió una segunda transferencia de la cuenta que KIWI ESPAÑA S.A. tenía en el Banco de Sabadell, por importe de 236.000 € y, el 29 de agosto, una tercera, por importe de 215.000 €, procedente de la misma cuenta, es decir, un total de 4.451.000 €.

Pero siguiendo con el plan acordado de trasladar la citada cifra a la cuenta que la acusada D^a Joaquina, de acuerdo con su marido, había abierto en Hong-Kong, el matrimonio suscribió el 23 de agosto de 2013

un contrato de préstamo por el que Carlos Jesús, en concepto prestamista y como administrador único de Quinta Do Sobreiro, y D^a Joaquina, a título de prestataria y como particular, el primero prestaba a la segunda la cantidad de 5.200.000 dólares, a devolver en un año. Efectuado lo anterior, el 28 de agosto de 2013, D^a Joaquina, justificando ser propietaria de la indicada cifra, rellenó en la sucursal del Banco Banif de Portugal el impreso de la transferencia una vez que el dinero allí depositado, es decir, los 4.451.000 € se convirtieron en los 5.200.000 USD, con objeto de transferirlo a la cuenta que ambos habían abierto en Hong-Kong, sin que tal transferencia llegara a producirse al ser considerada por el banco lusitano como operación sospechosa el propio 28/08/2013, sin perjuicio de que el banco recibiera un comunicado de su cliente el 30/08/2013 desistiendo de la transferencia ordenada.

Con anterioridad a lo relatado, antes de que tuviera lugar el Consejo de administración del 27/02/2013, en concreto, entre el 7 de enero y el citado 27 de febrero, el entonces presidente de la Sociedad vendió a través de SODESCO, de la que era administrador único, 1.688.518 acciones de Pescanova a un precio medio de 16,26 €, lo que supuso un ingreso de 27.459.442 € y la evitación de una posible pérdida de 15.592.537 €, sin que conste acreditado que tratara de buscar beneficio derivado de su conocimiento de la difícil situación económica de la Sociedad, como lo prueba el hecho de haber prestado a la Sociedad las dos cantidades ya referidas de 9.300.000 € y más tarde, 6.000.000 € el 20 de febrero 2013, con entrada en Pescanova el 25 de febrero, por 5 días, por razones de tesorería y con objeto de contribuir a la aportación de fondos para la tesorería de Pescanova.

Asimismo, el acusado Carlos Jesús había vendido entre septiembre y diciembre de 2012 y enero de 2013 a través de INVERPESCA y SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARBONES, un total de 560.678 y 24.000 acciones, respectivamente, cuyas pérdidas no han sido evaluadas.

El acusado Carlos Jesús, había constituido Quinta Do Sobreiro mediante escritura de 29/04/2003, vendiendo sus participaciones en escritura de 15/09/2009 a su esposa D^a Joaquina y a sus hijos, conservando la condición de administrador único, si bien su esposa tenía un amplio poder de representación de la sociedad.

De forma similar, el acusado Sr. Carlos Jesús) había constituido Kiwi España S.A. en escritura de 22/05/1984, pero en escritura de 01/08/2009, SODESCO vendió Kiwi España S.A. a Quinta Do Sobreiro, si bien siguió siendo el administrador único de la sociedad, concediendo a su esposa un amplio poder de representación en escritura de 16/01/2013.

Además del citado, fueron acusados los accionistas siguientes:

2º.- Baltasar, hijo del otro cofundador de la Sociedad y accionista desde 1960, llegó a tener un 5,2%, porcentaje que se redujo al 3,2% a través de las acciones adquiridas por la sociedad Nova Ardara Equities S.A. de la que era copropietario; sin perjuicio de los extremos acreditados a los que se hagan referencia a lo largo de este relato de hechos, han resultado acreditado los datos siguientes:

Perteneció al Consejo de administración desde diciembre de 1975 hasta septiembre de 2013 y ejerció como Consejero-Delegado hasta la fecha de su jubilación efectiva en el 2006, dedicando gran parte de esos años a viajar a numerosos países para comprar pescado, obtener licencias de pesca o crear sociedades mixtas. Fue miembro del Comité de auditoría desde septiembre de 2003 hasta septiembre de 2013.

Asistió junto con el acusado Sr. Javier y los accionistas Florentino y Gonzalo a la reunión del 25/02/2013, convocada por el presidente de la Sociedad para comunicar la necesidad urgente de tesorería para pagar una cuota de 50.000.000 € de un préstamo sindicado de 150.000.000 € en la que el Sr. Carlos Jesús adelantó el resultado positivo de las cuentas que iban a ser formuladas en el Consejo de administración señalado para el 27/02/2013 y que concluyó sin aportación alguna de los asistentes, y también a la reunión del Comité de auditoría que tuvo lugar al día siguiente, 26/02/2013 a la que asistieron como miembros del propio Comité, su presidente, Sr. Luis Carlos y el citado acusado a quienes los encargados de la elaboración de las cuentas anuales, esto es, el responsable del departamento de administración, el acusado Sr. Virgilio y el auditor interno, el acusado Juan Francisco, les informaron de los buenos resultados de las cuentas anuales del ejercicio 2012 y de la existencia de tesorería, anticipando, el auditor externo, el acusado Sr. Sebastián, también presente, que emitiría un informe favorable, sin que ni en la referida sesión ni en la del Consejo de administración que se celebró al día siguiente, 27/02/2013, hiciera el menor comentario sobre la reunión del 25/02/2013, exigiendo alguna explicación a la necesidad de aportar efectivo por falta de tesorería expuesta por Carlos Jesús como consecuencia de la no venta del salmón.

Con anterioridad a los citados Consejos, el Sr. Baltasar participó en dos ampliaciones de capital.

La primera, en el 2009, aportando 5.200.000 €, solicitando su primera póliza de crédito a Caixa Galicia, por importe de 5.500.000 € a reembolsar en 5 años. No obstante, antes de que transcurriera el indicado plazo, vendió, a través de la sociedad Nova Ardara Equities S.A., de la que era copropietario, entre el 29/01/2013 y el

27/02/2013 el número de acciones de Pescanova necesario para saldar la póliza, en concreto, 344.972, a un precio medio de 16,86 €, lo que supuso un ingreso de 5.815.674 € y la evitación de una pérdida de 3.400.000 €; sin que conste acreditado que la finalidad del reembolso anticipado fuera aprovecharse del conocimiento de la verdadera situación económica de la Sociedad.

Igualmente, participó en la ampliación de capital aprobado en el Consejo de administración del 2 de julio de 2012, aportando a través de Nova Ardara Equities S.A. 3.000.000 € con objeto de no depender tanto de la financiación bancaria, para lo que pidió un préstamo de 3.000.000 € a la mercantil IBERCOMERCIO E INDUSTRIA (IBERCISA) por un año, que se amortizó con la venta el 27/02/2013 de 420 acciones a un precio medio de 16,53 €, evitando una pérdida 3.991 €, sin que conste acreditado que el motivo de la venta estuviera determinado por la situación económica de la Sociedad, sino por la difícil situación económica de IBERCISA.

3º.- Joaquina, esposa de Carlos Jesús, era propietaria, con sus dos hijos, de Quinta Do Sobreiro S.L. desde el 15/09/2009, que hasta esa fecha pertenecía al citado; después compró a SODESCO, propiedad de su marido, mediante escritura de 01/08/2012 todas las acciones de Kiwi España S.A., conservando el citado la administración de las dos sociedades, quien otorgó a su esposa un amplio poder el 16/01/2013.

Una vez trascendida la crisis de Pescanova a la prensa y publicadas en los periódicos las querellas presentadas por algunos inversores contra la Sociedad en abril de 2013, de consuno con su marido y con la intención de poner fuera del alcance de los deudores de Pescanova parte del último préstamo realizado por el citado acusado en nombre de SODESCO el 25/02/2013, por espacio de 5 días y por importe de 6.000.000 €, abrió en la localidad portuguesa de Valença dos cuentas corrientes a favor de Quinta Do Sobreiro, una el 29/05/2013 en la entidad Banif y otra el 11/06/2013 en la entidad Millennium.

La primera de ellas recibió los días 26, 28 y 29 de agosto de 2013, tres transferencias por un importe total de 4.451.000 €, con la común intención de transferirla a la cuenta abierta a su nombre en el Banco Standard Chartered Bank of China de Hong Kong, a donde ambos habían viajado antes para su apertura, habiendo firmado el 23/08/2013 un préstamo por el cual Quinta Do Sobreiro, representada por su administrador único, prestaba a la acusada, a título personal, durante un año, 5.200.000 dólares USA, cantidad de dinero ligeramente inferior a la ya indicada en euros y que la acusada ordenó a cambiar el 28/08/2013 en el propio impreso de la transferencia del Banco Banif, a favor del banco chino, sin que tal transferencia llegara a producirse al ser considerada por el banco lusitano como operación sospechosa el propio 28/08/2013. La entidad Millennium recibió desde la cuenta del Banco Sabadell de Kiwi España S.A. otra transferencia de 200.000 €. procedente de la devolución del préstamo realizado por SODESCO a Pescanova.

El importe de las dos cuentas a nombre de Quinta Do Sobreiro en los bancos Banif y Millennium de Valença, con un importe de 4.651.000 € fueron bloqueadas por el Tribunal Central de Instrucción de Lisboa de acuerdo a lo ordenado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en autos de 4 y 23 de septiembre de 2013.

4º.- Romeo, hijo de Carlos Jesús y de Dª Joaquina, fue Director General de área y miembro de la Alta dirección de la matriz, participó en varios Consejos de administración de Pescanova en nombre de Sociedad Gallega de Importación y Exportación de Carbones, después de Inverpesca S.A. y luego de Inverlema S.L.; tuvo poderes de representación de las filiales Frigodís S.A. y Frinova S.A., fue Consejero de Pescafin y miembro del órgano de administración de otras 8 filiales del Grupo Pescanova.

El citado acusado estuvo al margen de la actividad financiera llevada a cabo por la matriz y su grupo desde finales de 2007 sobre la base de contratos ficticios, desconociendo igualmente que las cuentas anuales y otros documentos publicados no se correspondían con la realidad económica y financiera de la Sociedad.

5º.- Maximo, fue miembro del Consejo de administración de Pescanova desde 1990 hasta el 12 de septiembre de 2013; perteneció al Comité de auditoría desde el 9 septiembre de 2003 hasta septiembre de 2013 y, al Comité de Nombramientos y Retribuciones desde mayo de 2005 hasta septiembre de 2013, ya sea a título particular o, a partir de 2009, como representante de la mercantil sudafricana ICS HOLDING LTD.

El citado acusado residía fuera de España desde 1987, excepto en los casos de sus asistencias al Comité de auditoría y Consejos de administración, razón por la que desconocía la situación deficitaria de la Sociedad y las operaciones de financiación realizadas con sociedades que no llevaban a cabo operaciones de compraventa de pescado.

El indicado acusado no acudió al Comité de auditoría del 26/02/2013, ni al Consejo de administración del día siguiente.

Entre los acusados con cargos de responsabilidad en la compañía, que actuaban de acuerdo a las directrices de su presidente o de sus superiores, se encuentran, con distinto nivel de responsabilidad, los siguientes:

6º.- Juan Francisco , era jefe de la auditoría interna de Pescanova desde 1985, director de relaciones con los inversores y responsable de los estados financieros consolidados del Grupo Pescanova. Con anterioridad a la citada fecha, había sido miembro del equipo de la firma auditora de la firma Ernest & Young, antigua auditora de Pescanova. Figuraba en las Memorias de las cuentas anuales de la matriz de 2010, 2011 y 2012, como personal clave de la Alta dirección de la empresa; firmó en representación de Pescanova las cartas de encargo con la auditora externa BDO Auditores S.L. de 15/12/2009, 18/10/2010, 27/10/2011 y 26/10/2012; fue asistente habitual a las reuniones del Comité de auditoría de Pescanova en las sesiones de 26/02/2009, 24/02/2010, 02/09/2010, 24/02/2011, 08/09/2011, 03/02/2012, 08/09/2012 y 26/02/2013 y, a petición del presidente de la compañía, a las del Consejo de administración, donde informaba de la situación económica de la Sociedad.

Sin perjuicio de su participación concreta en determinadas operaciones de financiación irregular de la Sociedad, 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.

Igualmente, como responsable del consolidado, tuvo conocimiento y participó en la ocultación de sociedades fuera del perímetro de consolidación con objeto de no hacer constar la deuda financiera, conociendo y participando en los neteos que se hacían en el consolidado. A través de tales mecanismos permitió y fue uno de los responsables de que las cuentas anuales y demás documentos esenciales demostrativos del estado financiero de la Sociedad que después fueron conocidos por terceros y por la CNMV, se diera una imagen de resultados positivos que no se correspondía con la imagen real financiera y económica de la Sociedad.

Acudió al Comité de auditoría del 26/02/2013 informando a sus dos miembros, el presidente Sr. Luis Carlos y al vocal, el acusado, Sr. Baltasar , de los buenos resultados del ejercicio 2012 y de que representaban la imagen fiel de la Sociedad, a pesar de conocer que 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.

7º.- Alexander , empezó a trabajar en Pescanova en 1970, llegando a ser su director financiero en 1980, cargo que desempeñó hasta su efectiva jubilación en julio 2012; sin perjuicio de las concretas facetas que se enumeraran más adelante, consta acreditado que su misión fundamental era 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.

Figuraba en las Memorias de las cuentas anuales de los años 2010, 2011 y 2012 como personal clave de la dirección de la empresa y miembro de la alta dirección.

En los informes de gobierno corporativo de Pescanova de 2010 y en los complementarios de 2010 y 2011 figuraba que los procedimientos de revisión y autorización de la información financiera de Pescanova que se publican en los mercados se inician con la revisión de la Dirección General Financiera, de la que era el responsable.

En su condición de director financiero desde finales de 2007, participó activamente en la financiación irregular de la Sociedad, en particular, mediante las denominadas sociedades instrumentales; de hecho, fue la persona que puso en contacto con la matriz tanto a los 3 administradores de las 12 sociedades instrumentales como al administrador de las otras dos (World Frost y Seafrizen), interviniendo también en la ocultación de sociedades que la matriz dejaba fuera del perímetro de consolidación.

8º.- Virgilio , 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, siendo su jefe el presidente, de quien recibió instrucciones en los últimos 13 años.

Sin perjuicio de la concreta participación que se indicará más adelante, su responsabilidad se centraba en elaborar la información final de la contabilidad llegando, mediante una tabla, a 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.

Al igual que el anterior, figuraba en las Memorias de las cuentas anuales de los años 2010, 2011 y 2012 como personal clave de la dirección de la empresa y miembro de la alta dirección. Tuvo poder mancomunado en bancos con otras 4 personas y otros 2 poderes operativos para las declaraciones con la Agencia Tributaria.

Acudió al Comité de auditoría del 26/02/2013, donde presentó las cuentas anuales elaboradas por su departamento, revisadas por el auditor interno y por el externo, que suponían unos resultados positivos con respecto del ejercicio anterior, pese a haber participado en las operaciones de financiación inexistentes, especialmente en lo que se refería a los contratos ficticios con las sociedades instrumentales o con antiguos clientes, con objeto de seguir consiguiendo la financiación de la Sociedad pese a la restricción bancaria.

Una vez conocida la crisis de la Sociedad a partir de finales de febrero de 2013, acudió junto con el Sr. Juan Francisco a la CNMV, a petición de esta última, como persona conocedora de la situación de la Sociedad, revelando una situación financiera deficitaria que ya conocía.

Colaboró activamente en la obtención de financiación bancaria, líneas de factoring y operaciones de descuento bancario, sobre la base de actividades comerciales ficticias que permitieron la continuación de la actividad de la Sociedad colaborando activamente como representante de la matriz para alejar a final de ejercicio la deuda contraída por aquella como consecuencia de las operaciones ficticias realizadas con las sociedades instrumentales que eran asumidas por Novapesca Trading S. L., representada por el acusado Sr. Vicente y que volvían a la matriz a principios del ejercicio siguiente.

9º.- Sixto, licenciado en ciencias económicas, empezó a trabajar en la contabilidad de Pescanova en 1985, llegando a ser el jefe de contabilidad, incluido en el de administración, siendo su superior Sr. Virgilio, de quien recibía instrucciones. Sin perjuicio de su concreta participación en un buen número de aspectos relacionados con la financiación irregular de la Sociedad, entre sus funciones estaba coordinar todos los departamentos contables de la empresa y elaborar los balances de sumas y saldos que quedaban archivados en el sistema a disposición del director del departamento.

Su departamento contabilizó las denominadas "operaciones triangulares" que utilizaban la cuenta NUM002 para el ingreso en la matriz de los importes de los créditos documentarios, así como las facturas procedentes de las líneas de factoring de forma distinta según eran con o sin recurso, siendo remitidas después a los bancos por el departamento de financiero de la Sociedad.

Conoció y participó en la financiación de la Sociedad a través de las operaciones ficticias de compraventa de pescado que la Sociedad llevaba a cabo con las denominadas sociedades instrumentales, a las que impartía continuas instrucciones y haciéndose cargo, junto con el Sr. Virgilio, para que llevaran a cabo todas las gestiones que desde el departamento de administración se les encargaba remitiéndoles para ello las facturas y los pagarés ya rellenados, que una vez firmados por alguno de los tres administradores de las 12 sociedades instrumentales, permitía a la matriz solicitar a las entidades bancarias líneas de factoring o pólizas de crédito, presentando al descuento los pagarés, lo que permitía a la matriz tener tesorería hasta tanto hubiera que reembolsar a la entidad bancaria.

Igualmente, participó en la financiación de la matriz a través de esas mismas líneas de factoring o pólizas de descuento de efectos sobre la base de las operaciones ficticias realizadas por Pescanova con antiguos o inexistentes clientes de la matriz, ordenando con ese mismo motivo a Pescafina anular unas facturas y pagar a la matriz.

Como encargado de la contabilidad llevó a cabo neteos con objeto de disminuir la deuda bancaria.

Supo que a partir de marzo de 2013, la matriz empezó a recibir numerosas quejas de varios clientes porque estaban recibiendo reclamaciones de pago derivadas de ficticias compras a Pescanova; una de ellas fue realizada por Ubi Banca por teléfono en nombre de Scanfish Sea Food, cliente de la entidad financiera que negó haber tenido una relación comercial con la matriz, razón por la que el banco le advirtió haber puesto los hechos en conocimiento del Banco de España por creer que estaban haciendo facturas falsas, hecho que una vez comunicado a los Sres. Virgilio y Amadeo, contestaron a la entidad bancaria tratarse de simples errores informáticos.

10º.- Amadeo, entró en Pescanova en 1974, como auxiliar administrativo, cursando después la carrera de derecho en la UNED, prestando sus servicios en el departamento financiero, dirigido por el Sr. Alexander, siendo el encargado de la tesorería, -pagos y cobros-.

Al igual que los anteriores, sin perjuicio de las particulares funciones que más tarde se indicarán, tuvo un conocimiento directo por razón del cargo que desempeñaba de la situación deficitaria de la Sociedad, llevando

a cabo cuantas actividades le encargó el director del departamento, Sr. Alexander , o incluso el presidente para conseguir financiación de los bancos sobre la base de operaciones contractuales inexistentes, firmando algunos de los contratos que después eran ratificados por el presidente de la entidad. Entre estos mecanismos de financiación de la Sociedad sin actividad económica real, el Sr. Alexander propuso utilizar créditos documentarios, para lo cual solicitó a los bancos la emisión de unas cartas de crédito a favor de una compañía extranjera filial proveedora de la matriz encargándose Pescanova de pagar la línea.

Igualmente, a petición del presidente de la compañía y, en condición de mandatario verbal, firmó una póliza de crédito por la que el Banco de Sabadell concedía un préstamo a Argenova y otro a Medosán estando avalados por Pescanova, en los que sólo aparecía una firma, la del presidente, que lo hacía tanto por Pescanova como por las prestatarias.

También firmó, por orden del presidente de la Sociedad, diversos contratos de factoring, suscritos también con el Banco de Sabadell, elaborándose en el propio departamento unas hojas de remesas que contenían cientos de facturas que el banco aceptaba porque, según se indicaba en el contrato, Pescanova garantizaba la existencia y legitimidad del crédito.

En su continuo contacto con los bancos, tales como el Banco Espirito Santo o el Banco Sabadell, le pidieron que les informara sobre sociedades que utilizaran como medio de pago pagarés para su posterior descuento, sabiendo que la matriz utilizaba esta forma de pago con las denominadas sociedades instrumentales, razón por la que se lo transmitió al jefe de contabilidad, Sr. Sixto , quien le propuso utilizar a las citadas sociedades instrumentales porque siempre pagaban con pagarés. Una vez conocida la crisis de Pescanova en el 2013 se recibieron muchas quejas de personas que manifestaron estar recibiendo reclamaciones de los bancos por supuestas compras a Pescanova que no habían realizado.

11°.- Jose María , desempeñó el cargo de apoderado de Bajamar Séptima S.A., cuyo capital social pertenecía en un 99,9999 a Pescanova que era su administrador, representada por el acusado Carlos Jesús ; de Fricatamar S.L., cuyo socio único era Novapesca Trading S.L., entidad cuyo capital social pertenecía en un 99,999 a Pescanova, administrada por el citado y de Pescafinia Tampico S.A. y además ostentó el cargo de director financiero y consejero desde 1994 de Pescafinia, principal filial de Pescanova, cuyo capital social pertenecía en un 98,828% a la matriz que era su administrador, encargándose de su representación, el citado acusado, Carlos Jesús ; tras la jubilación efectiva del Sr. Alexander en julio de 2012, pasó a desempeñar el cargo de director financiero del grupo Pescanova empezando desde entonces su contacto con los bancos y centrando sus esfuerzos en continuar la financiación bancaria.

Sin perjuicio de las funciones llevadas a cabo por el citado y que se detallarán más adelante, durante los años en los que ejerció como director financiero de Pescafinia conoció las operaciones ficticias que la indicada filial realizaba con las denominadas sociedades instrumentales que servían para financiar a la matriz y, también en menor medida a Pescafinia, a través de contratos de factoring y de pólizas de descuento de efectos, llevando a cabo compensaciones de activos con pasivos que fueron trasladadas a sus cuentas anuales permitiendo dar una imagen de solvencia que no correspondía a su situación financiera real.

Esas operaciones de financiación para la matriz realizadas por Pescafinia con las sociedades instrumentales habían sido ordenadas por aquella y, en particular, tanto por su presidente como por el departamento de administración, en concreto, a través de los correos que el Sr. Sixto remitió durante los años 2009, 2010, 2011 y 2012, en los que se incluían la cantidad de producto que tenían que comprar, los precios, que eran más elevados que con otros clientes y la forma de pagar, limitándose Pescafinia a registrar la mercancía o a rellenar la factura sin pedido anterior.

El conjunto de todas estas ventas supusieron más de 207.000.000 € en el 2009; 130.000.000 € en el 2010; 1.000.000 € en el 2011 y 61.000.000 € en el 2012. En los últimos ejercicios recibió emails del Sr. Juan Francisco dándole instrucciones para disminuir el pasivo, netear el pasivo bancario y considerar el factoring como sin recurso.

Supo que después del Consejo de administración de 04/04/2013, el departamento administrativo de la Sociedad, bajo la supervisión de LENER, elaboró el denominado mapa de la deuda, en el que el endeudamiento bancario era de casi 3.000.000.000 €, que ni figuraba en el balance de la matriz ni en el consolidado, ya que estas operaciones no estaban registradas.

Además, de lo anterior y con respecto a Pescafinia, reconoció haber firmado en las cuentas anuales del ejercicio 2011 y supo que tanto las de ese ejercicio como las de 2012 fueron revisadas por la administración concursal lo que supuso una reducción de las ventas en unos porcentajes de un 42% y un 48,2%, es decir, 211.765.000 € y 318.898.000 €, entre las que se anularon figuraban las ventas a la matriz al no responder a operaciones comerciales reales.



Esas operaciones ficticias a base de las sociedades instrumentales a instancia de Pescanova con Pescafinia continuaron hasta mayo de 2013, lo que supuso un importe de 60.561.285 €, que fueron también anuladas por la administración concursal al no responder a operaciones reales.

Pescafinia presentó concurso voluntario de acreedores, siendo declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra en auto de 08/07/2013; en el informe emitido sobre las causas de la insolvencia por la administración concursal se decía: "la explicación de las causas de la insolvencia se encuentra dificultada por el hecho de que la sociedad, su matriz y otras sociedades del Grupo Pescanova han venido realizando prácticas contables y de financiación irregulares lo que dificulta sobremanera la determinación y adecuada cuantificación de las causas y la definición temporal del momento en el que Pescafinia se encontró, de hecho, en una situación de insolvencia"...

12.- Vicente, desempeñó el cargo de jefe de servicio de Pescanova, donde empezó a trabajar en 1978 en el departamento comercial, que dependía del departamento de administración y, después en gestión de divisas, reportando respecto a ellas al director financiero y, en relación el resto de gestiones bancarias relacionadas con los intereses de Pescanova o sus filiales (tales como las argentinas, Argenova o Medosan o la uruguaya, American Shipping), directamente al presidente, con quien compartió la administración solidaria de Novapesca Trading S.L. durante algunos años y con quien mantenía una relación de confianza derivada de la generación anterior.

Sin perjuicio de lo que se mencionará más adelante sobre sus concretas actividades, compartiendo la misma finalidad de algunos de los ya mencionados de sacar adelante la compañía ante las dificultades de conseguir financiación bancaria y la falta de operaciones reales de comercio de pescado, participó en ocultar sociedades de Pescanova fuera del perímetro de consolidación con objeto de disminuir el pasivo de la matriz, también llevó a cabo ocultación del pasivo traspasando las deudas que la matriz contraía con las sociedades instrumentales a Novapesca Trading S.L., que él mismo representaba a final de ejercicio y haciendo la operación inversa a principios del siguiente.

Una de las sociedades filiales excluida del perímetro de consolidación fue Efripel, cuya deuda ascendía a 5.145.624 €, sociedad de Mozambique que pertenecía a Novapesca Trading S.L., administrada por Pescanova, pero con objeto de disminuir pasivo, colaboró en la venta del 93,20% de Efripel al acusado Sr. Jose Antonio, administrador de World Frost S.L. el 28/10/2010 por 10.000 €, utilizando para ello Novapesca Trading S.L. representada por el propio presidente, firmándose ese mismo día otro contrato de promesa de recompra de Efripel por parte de Novapesca Trading S.L. siempre que se hiciera antes de finalizar el año siguiente, es decir, el 31/12/2011, por un precio de 15.000 €, fecha que transcurrió sin que se ejerciera el derecho de recompra por lo que Efripel estuvo fuera del perímetro de consolidación durante los ejercicios 2010 y 2011, incluso llegado el 31/12/2012 tampoco se ejerció el derecho de recompra por parte de Novapesca Trading S.L.; sin embargo, surgida la crisis de la matriz y habiendo sido ésta requerida por la CNMV, en marzo de 2013, se llegó a un acuerdo con el comprador de Efripel, el acusado Jose Antonio, para la recompra de Efripel por parte de Novapesca Trading S.L. representada, nuevamente, por el presidente de Pescanova, firmándose un contrato antedatado a la fecha tope de recompra, es decir, el 31/12/2012.

De forma similar a lo que sucedió con Efripel, llevó a cabo gestiones en Novapesca Trading S.L. para traspasar a final de ejercicio de cada año, el 49% de las acciones de las que era titular en Novanam Limited, sociedad de Namibia con importantes deudas, a la mercantil Cuvimarket, sociedad española de capital namibio, que volvía a Novapesca Trading S.L. en enero del ejercicio siguiente para no rebasar los topes establecidos al capital extranjero por Namibia. El citado acusado comunicó al presidente de la Sociedad sobre la necesidad de que Cuvimarket tuviera un representante fiscal en España, para lo que habló con Alexander proponiéndole a Eduardo, persona de confianza, ya prejubilado, que se haría cargo del tema a cambio de una remuneración de 1.500 € al mes, sin retención, de modo que una vez que obtuvo el visto bueno del presidente le fue comunicado su nombramiento al Sr. Virgilio a los efectos de contabilizar su sueldo pero, como quiera que a finales de diciembre de 2012, los Sres. Virgilio y Juan Francisco le contestaran que no había dinero, se decidió liquidar a Cuvimarket encargándose American Shipping de realizar la misma gestión.

13º.- Javier, su relación con Pescanova fue la propia de pertenecer al Consejo de administración, sin actividad ejecutiva directa en su financiación ni participación alguna en ninguna de las operaciones comerciales inexistentes que servían para financiar a la Sociedad durante los últimos años.

Su única participación se encuentra relacionada con la venta de acciones de la mercantil Golden Limit S.L., a la que estaba vinculado y cuya decisión de venta fue adoptada con anterioridad a la reunión convocada por el presidente de la Sociedad el 25/02/2013 sobre la necesidad de aportar dinero ante la falta de tesorería por el hecho de no haberse podido vender el salmón.

Sin perjuicio de una mayor precisión de las citadas operaciones, ordenó la venta de 110.000 acciones a un precio medio de 17,02 €, antes del inicio de la reunión del 25/02/2013 lo que supuso un ingreso de 1.872.113 € y la evitación de una pérdida de 1.390.057 €, de acuerdo al valor que tuvieron las acciones días después, sin que en el momento de decidir la venta supiera la difícil situación económica que atravesaba Pescanova.

14°.- Sebastián, pertenecía a la firma BDO Auditores S.L., como auditor adscrito desde 1996 hasta 2002, fecha en la que empezó a tener contacto con Pescanova, integrándose en el equipo de auditoría como socio-auditor en 2009, razón por la que firmó con el Sr. Juan Francisco las cartas de encargo de 2009, 2010, 2011 y 2012 ya indicadas. Desde 2009 estuvo también en contacto con cada uno de los auditores de las sociedades, con el Sr. Virgilio, jefe de administración de la matriz y con Jose María, de Pescafina.

Ya se ha indicado que dentro de las cartas de encargo, BDO Auditores S.L. asumió la auditoría de: Pescanova SA (matriz), Pescanova SA y sociedades del Grupo, Pescafina S.A., Frinova S.A., Bajamar Séptima S.A., Frigidis S.A., Insuñá S.L., Pescafreca SAU, Pescanova Alimentación S.A., Frivipesca Chapela S.A., Harinas y Sémolas del Noroeste S.A., Pescafina Bacalao S.A., Ultracongelados Antártida S.A. y Fricatamar SLU. En esas cartas, firmadas por el socio auditor de BDO, Sr. Sebastián con el Sr. Juan Francisco, jefe de la auditoría interna de la matriz, figuraban las afirmaciones siguientes:

"Al completar la auditoría de cada una de estas sociedades, emitiremos nuestros informes que contendrán nuestra opinión sobre las cuentas anuales, individuales y consolidadas examinadas y sobre la información contable incluida en los informes de gestión individuales y consolidados. Adicionalmente, informaremos sobre las debilidades significativas en el control interno; el objetivo de nuestro trabajo, indicaba el compromiso asumido por BDO-, es obtener una seguridad razonable de que las cuentas anuales estén libres de errores o irregularidades significativos".

No obstante, los citados compromisos, la actuación de BDO, como se expone al analizar cada una de las operaciones en las que intervino por razón de su cometido, fue diferente pudiendo distinguirse los dos tipos de situaciones siguientes:

En algunos casos, fue ajeno al hecho de que la matriz ocultaba deuda en el consolidado utilizando sociedades filiales EFRIPEL, AMERICAN SHIPPING, ANTARTIC SEA FISHERIES, MEDOSAN y PORVENIR, cuya existencia no conoció hasta abril de 2013.

Pero, en el resto de los supuestos 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.

Así, en relación a los créditos documentarios:

a) Era enormemente revelador el hecho de que las sociedades utilizadas por Pescanova como soporte de este mecanismo de financiación fueran filiales, pues tales operaciones de crédito utilizando una entidad bancaria tienen su razón de ser, precisamente, en asegurar los riesgos de una operación comercial internacional entre partes que no se conocen; sin embargo, en el presente supuesto, el importador (Pescanova) no utilizó como exportadores a empresas desconocidas que exigieran la intermediación de una entidad bancaria para asegurarse el buen fin de la operación comercial supuestamente existente entre las partes, sino que los exportadores utilizados, esto es, Pesca Chile, Promarisco, Skeleton Coast, Argenova y Medosan eran filiales de la matriz, por lo tanto, no había ningún elemento del que surgiera una situación de desconfianza mutua; todo ello, sin perjuicio del enorme coste que la comisión financiera suponía para la matriz; datos, sin embargo que el auditor externo pasó por alto, tras examinar todos y cada uno de los créditos documentarios suscritos.

b) BDO utilizó en sus papeles de trabajo y en el Memorandum elaborado al efecto el modelo de otro crédito documentario suscrito por Pescanova en el 2006, en el que, a diferencia de los supuestos ahora en entredicho, existía: un exportador real de mercancía, no filial de la matriz y con la documentación legal necesaria exigida por el banco, circunstancias, totalmente contrarias a los suscritos en los ejercicios 2010, 2011 y 2012, donde las partes eran la matriz y sus filiales, no había más documentación que la factura y no había transacción real.

c) BDO pasó desapercibido al revisar los créditos documentarios que el banco no pedía la documentación necesaria ordinaria en este tipo de transacciones, como, por ejemplo, el seguro, los certificados sanitarios o la documentación de aduana, sino sencillamente el efecto y la factura de Pescanova o copia de ella.

d) Otro dato que BDO conocía por haber auditado las cuentas era que las cifras de compras que figuraban en las cuentas anuales no se correspondían con las enormes cifras de las operaciones financieras.

e) Una quinta circunstancia de la que también prescindió en su análisis fue la falta de concordancia entre las cifras solicitadas por Pescanova y los datos que figuraban en la Agencia Tributaria.

f) Otro dato que pasó desapercibido fue el ingreso del importe del crédito documentario en Pescanova a través de American Shipping, tal como figuraba en los libros de contabilidad.

g) Y otro elemento del que también prescindió era consultar los datos que las entidades bancarias comunicaban a la CIRBE (Central de información de Riesgos del B.E.).

Y, algo parecido sucedió en relación a la utilización de las sociedades instrumentales como medio de financiación; efectivamente, no consta que BDO se hubiera percatado de que:

a) Las compraventas de Pescanova con las citadas sociedades supusieron entre los años 2007 a 2013, el 84% del total de su comercio y sin embargo no tuvo ningún contacto con ellas.

b) Los precios eran más elevados que con otros proveedores.

c) Unas sociedades aparecían como compradoras de la matriz, después entre ellas y más tarde, como vendedoras.

d) Con objeto de ocultar el volumen de deuda que suponía para Pescanova las continuas transacciones con las citadas sociedades instrumentales, se sirvió a final del ejercicio de Novapesca Trading S.L. para cederle las deudas que luego recuperaba a principios del ejercicio siguiente, estando los citados contratos revisados y supervisados por la auditora externa.

e) No todas las facturas o sus remesas que se enviaban a las entidades bancarias para la concesión de la oportuna financiación reunían los requisitos necesarios.

Y, lo mismo podría decirse en relación a la función de revisión realizada por BDO con respecto a los contratos de factoring o pólizas de descuento en donde se utilizó como base, bien los créditos documentarios o las ficticias compraventas con las sociedades instrumentales, dando el visto bueno a todas ellas, como ya se indicará y pasando desapercibido determinados datos no coincidentes sometidos a su control.

Pero aparte de que la laxitud de la labor desempeñada por BDO en relación a los supuestos anteriores permitió este desfase en las cuentas presentadas por la matriz a su consideración, existía otro grupo de actividades irregulares realizadas por Pescanova de acuerdo a lo acordado por su presidente, departamento administrativo, financiero, auditoría interna y con la participación del Sr. Vicente, supervisadas, como las anteriores, por BDO en las que se constataba reiteradamente la existencia de una infracción contable que los estamentos responsables de Pescanova, encabezados por su auditor interno, llevaba a gala transmitir a todas las áreas y ante la que tampoco BDO reaccionó impidiéndolo, mostrando una vez más, su complacencia con los datos que la matriz hacía constar en sus cuentas.

Nos referimos a la forma de reducir el pasivo, a través del neteo, y en este caso, Pescanova no tenía otra finalidad distinta de la que aparentaba, sino que los encargados de la elaboración de las cuentas cumplían, a rajatabla, las instrucciones recibidas desde la dirección para reducir en las cuentas su dependencia de la banca, con objeto de seguir disfrutándola y poder hacer frente a los gastos de su tesorería creciente. Pues bien, en este caso, tampoco BDO puso ningún obstáculo 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.

Y, ciertamente, BDO no objetó salvedad alguna a las cifras elaboradas por el departamento administrativo de la compañía, supervisadas por el auditor interno y que después ella revisaba nuevamente:

1º.- En los informes favorables emitidos a las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012.

2º.- En los informes favorables sobre las informaciones financieras trimestrales o semestrales.

3º.- En los informes favorables sobre las ampliaciones de capital que se aprobaron en los años 2009 y 2012.

4º.- En los informes de gestión de las cuentas individuales y de las consolidadas.

De modo que, superado el último control de supervisión de los datos que figuraban en los citados documentos por un organismo independiente como era el auditor externo, sin que, pese a conocer que Pescanova neteaba todo lo que podía, presentara algún tipo de objeción, se inició el principio de su difusión mediante su remisión al organismo supervisor y con ello a cualquier tercero interesado en invertir, conociendo que la información que se transmitía no era acorde a la situación económica y financiera real de la Sociedad, de forma tal que todos aquellos que invirtieron confiados en la veracidad de los datos publicados, perdieron sus inversiones.

Y, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, que BDO sabía que las cuentas de Pescanova estaban neteadas se constata, en primer lugar, porque admitía como premisa haber revisado tanto las cuentas anuales individuales como las consolidadas y en relación a estas últimas hacía una serie de precisiones indicativas de esa misión como era en relación a las cuentas anuales de los ejercicios 2010 y 2011 cuando en el informe de gestión de ambos ejercicios, al hablar del denominado "ajuste nº 1", BDO precisaba que la finalidad de este ajuste respondía a las reclasificación, homogeneizaciones y agrupación de partidas, y una de esas agrupaciones era la compensación de la deuda financiera con activos por el mismo importe.

Otra forma concreta de neteo practicado por la Sociedad y plasmado en sus cuentas y después revisadas por BDO era la obligación de constituir un depósito bancario asociado a la financiación solicitada por la Sociedad; en estos casos, la forma de registrar las deudas contraídas con las entidades bancarias contablemente no era la realmente contraída, sino el importe neto, es decir, deduciendo el importe del depósito, y así lo aceptó BDO.

Pero, de ese neteo no sólo hay datos de que se llevaba a cabo en las cuentas consolidadas, sino también en las individuales de una serie de sociedades por un importe total "desneteadado" de 1.440.005.929 €, como se indicará.

La entidad auditora BDO Auditores S.L. tenía concertado con la entidad MPFRE un seguro obligatorio de responsabilidad civil profesional en los ejercicios 2010, 2011 y 2012.

El resto de los acusados son:

- De una parte, Aquilino, Ernesto y Luis María, los 3 administradores de las denominadas 12 sociedades instrumentales, creadas algunas y reutilizadas por Pescanova para financiarse sobre la base de unas operaciones comerciales inexistentes que, no obstante, le permitieron la firma de numerosas líneas de factoring o de descuento bancario cuyo soporte contractual eran las inexistentes relaciones comerciales que se encontraban plasmadas en facturas que eran remitidas a los bancos mediante remesas de las facturas que reflejaban las supuestas transacciones comerciales.

- De otra parte, el administrador de la mercantil "Buena Pesca 97", el acusado, Belarmino, que mantenía durante años una relación comercial con Pescanova de la que ésta se valía para financiarse al abonarse las facturas mediante pagarés y

- De otra, el administrador de las sociedades "World Frost" S.L. y "Seafrizen", el acusado Jose Antonio, que fueron creadas expresamente para fingir una relación comercial que pudiera servir de soporte a una financiación financiera por parte de Pescanova.

Las 12 sociedades administradas por los tres primeros fueron las siguientes:

1ª.- EFIALTES S.L., fue constituida el 22 de noviembre de 2007; una vez que el Sr. Jose Pedro aceptó la propuesta de Pescanova por llevar la administración formal se hizo cargo de la misma a partir del 27/12/2007, aunque figuraba como administradora su mujer; a partir del 21/05/2010 fue nombrado administrador único Luis María.

2ª.- PONTEPESCA S.L., fue constituida el 20/05/2010, fecha en la que fue nombrado administrador único Luis María.

3ª.- MAR DE ARENCO S.L., fue constituida el 28/11/2008, desde el 26/02/2010 fue nombrado administrador Ernesto y a partir de 20/05/2010 Luis María.

4ª.- INTERMEGA PESCA S.L. fue constituida el 20/05/2010, siendo su administrador único, Luis María.

5ª.- GRAN SOL DE ALTURA S.L. fue constituida el 20/08/2008, siendo su administrador el Sr. Jose Pedro.

6ª.- PESCADOS JORFRAS S.L. fue constituida el 21/08/2008, siendo su administrador desde el 11/02/2010, el Sr. Jose Pedro.

7ª.- PESCAEJE SUR S.L. fue constituida el 20/08/2008, siendo su administrador el Sr. Jose Pedro.

8ª.- PESCAGALICIA NOROESTE S.L. fue constituida el 20/05/2010, siendo su administrador el Sr. Jose Pedro.

9ª.- TEMPLETON FISH S.L., fue constituida el 26/09/2007, siendo administrador único el Sr. Ernesto desde el 06/11/2009.

10ª.- VENTRES FISH S.L., fue constituida el 20/08/2008, siendo su administrador el Sr. Ernesto.

11ª.- CALADEROS DEL NORTE S.L., fue constituida el 20/05/2010, siendo su administrador el Sr. Ernesto.

12ª.-SIEG VIGO S.L., fue constituida el 18/09/2008, siendo su administrador el Sr. Ernesto.



Sociedades, todas ellas, que fueron utilizados por la matriz para financiarse a base de simular operaciones de compraventa de pescado que se plasmaban en facturas elaboradas por la matriz y que eran utilizadas como soporte de las pólizas de descuento de efectos o líneas de factoring, sin que ninguno de los tres citados tuviera conocimiento que la contabilidad de las operaciones que registraban eran ficticias.

15.- Aquilino, gestionaba en Vigo una pequeña gestoría dedicada a trámites administrativos sencillos que, ni tenía almacenes ni guardaba relación alguna con el pescado, si bien a finales de 2007, a través del padre de un amigo a quien le había comentado que si conocía a algún posible cliente para la gestoría, se lo dijera, le puso en contacto con Alexander, reuniéndose con tal motivo los tres en una comida donde el Sr. Alexander le comentó que Pescanova quería externalizar la gestión de sociedades dedicadas a la compraventa de pescado, proponiéndole encargarse de la contabilidad de dos sociedades, en concreto, "Efialtes" S.L. y "Templeton Fish" S.L., a cambio de una remuneración (de unos 400 euros mensuales inicialmente), asegurando su interlocutor que el departamento administrativo de Pescanova se haría cargo de la gestión del negocio de compra y venta de pescado de las sociedades, de sus gastos de constitución, del abono de las cantidades necesarias para las aportaciones de las sociedades, del pago de los impuestos, de los informes de auditoría y de llevar las cuentas anuales que sólo tendría que firmar y mandarlas al Sr. Sixto que trabajaba en el departamento de administración de Pescanova, de modo que, en realidad, sólo se encargaría de ser el administrador formal, es decir, encargado de llevar la contabilidad y de firmar los pagarés que le mandaba la matriz.

La citada propuesta viniendo de Pescanova, que en aquella época era no sólo de las empresas más importantes de Galicia, sino una de las más conocidas y solventes a nivel nacional e internacional en el mundo de la pesca, y con la absoluta convicción de que las operaciones que iba a llevar a cabo se correspondían con compraventas reales, fue aceptada por el citado acusado, determinando que fuera a la notaría que la matriz le indicó para su nombramiento como administrador y después al banco para abrir las cuentas de las distintas sociedades y, en el caso de "Efialtes", Pescanova compró y pagó las participaciones y, por indicación del Sr. Alexander se cambió de domicilio a la sociedad que ya estaba constituida, avisándole de que el Sr. Sixto le enviaría la documentación necesaria, como así fue, previa llamada de teléfono del citado y posterior email para que contabilizara unas facturas y aceptara unas letras que Pescanova libraba contra las citadas sociedades, actuando de la misma forma desde finales de 2007.

Es decir, desde el inicio de empezar a trabajar para Pescanova el Sr. Sixto le enviaba las facturas de venta y después los efectos que, en el caso de ser letras ya venían rellenas y sólo tenía que firmar y si eran pagarés el Sr. Sixto le daba instrucciones para que las rellenara de acuerdo a las facturas recibidas, siendo aproximadamente hacia abril de 2008 cuando el citado Sr. Sixto le indicó que hiciera las facturas de venta fijando un precio determinado y con un código.

Aproximadamente sobre ese mismo mes, abril de 2008, recibió una llamada del Sr. Alexander invitándole a comer, acudiendo con el Sr. Virgilio, expresándole ambos que estaban muy contentos con el trabajo realizado y querían saber si podía hacerse cargo de la contabilidad y administración formal de otras dos sociedades que, en este caso iban a tener como domicilio Madrid, lo que supondría algún desplazamiento que le sería remunerado.

Aceptada nuevamente la oferta, confiando en la fama y el prestigio de Pescanova, se constituyó "Gran Sol de Altura" S.L., y "Ventres Fish" S.L. en agosto de 2008, con la misma finalidad que las anteriores, es decir, compraventa de pescado y como en el caso anterior, fue el Sr. Sixto quien le dio las instrucciones, le mandaba las facturas de venta, los efectos y fijaba los precios de los productos, limitándose a apuntar en los asientos contables las compras, las ventas y los gastos, indicándole el Sr. Sixto que solicitara del banco impresos de pagarés lo que unido a que la matriz le instaló un programa informático que le permitía imprimirlos en papel continuo, se limitó a firmarlos de acuerdo a los datos que le facilitaban desde la matriz.

En primavera de 2009, recibió una llamada del Sr. Virgilio para invitarle a comer, yendo acompañado del Sr. Juan Francisco, comunicándole, como en la anterior ocasión, que estaban muy contentos con la labor realizada y querían proponerle si podía hacerse cargo de llevar la administración de otras tres sociedades, en las mismas condiciones, siendo en este caso, las nuevas sociedades, "Pescados Jorfras" S.L., "Sieg Vigo" S.L. y "Mar de Arencos" S.L., preguntándole si podía hacerse cargo de las labores de administración otra persona; razón por la que se lo propuso al empleado de su gestoría, Ernesto, que aceptó la propuesta a cambio de una remuneración similar a la suya, con la absoluta y total convicción de que todas las actividades contables que reflejaban correspondían a operaciones reales, encargándose el Sr. Jose Pedro de llevar la administración de estas tres nuevas sociedades, bajo las directrices del Sr. Sixto.

En septiembre u octubre de 2010, el Sr. Virgilio le invitó a comer, estando acompañado en esta ocasión por el Sr. Sixto, quienes le transmitieron, de parte del presidente de Pescanova, si podía hacerse cargo de otras 5 sociedades que, en concreto, fueron: "Pescagalicia Norte" S.L., "Pescaeje Sur" S.L., "Pontepesca" S.L., "Intermega

Pesca" S.L. y "Caladeros del Norte" S.L., que se constituyeron el 20/05/2010, proponiendo como administrador, previa consulta con el interesado a su amigo Luis María, a cambio de una remuneración similar a las anteriores. Aceptada la propuesta sobre la base del prestigio de Pescanova y con el absoluto convencimiento de que las operaciones que se iban a reflejar en la contabilidad respondían a la realidad, Luis María fue al notario y al banco para llevar a cabo las gestiones necesarias de nombramiento de administrador, encargándose el Sr. Jose Pedro de llevar la contabilidad de las 12 sociedades.

A finales de febrero de 2013, los tres administradores empezaron a recibir burofaxes de los bancos diciendo que no había dinero en las cuentas de las sociedades, apareciendo por esas fechas noticias preocupantes sobre la situación económica de Pescanova que motivó que los citados intentaran ponerse en contacto telefónico con el Sr. Sixto, Alexander, Juan Francisco o Virgilio, sin conseguirlo inicialmente, hasta que después de varios días pudieron contactar con el Sr. Virgilio quien, como en las ocasiones anteriores, invitó a comer a los tres administradores en el "Asador Siglo XXI", estando acompañado por el Sr. Sixto y en la que los dos interlocutores de Pescanova les dijeron que no pasaba nada y que se ocuparían de arreglarlo.

No obstante, en marzo de 2013, recibió una llamada de teléfono del Sr. Sixto para que hiciera facturas de devoluciones y también el borrador de las declaraciones de I.V.A. que tendría que ser abonado, aconsejándole que hiciera un reconocimiento de deuda, lo que dio lugar a que la Agencia Tributaria le reclamara en vía administrativa los impuestos devengados al no haber sido pagados por la matriz.

El Sr. Jose Pedro aportó a las actuaciones toda la documentación que encontró sobre las instrucciones recibidas en los correos electrónicos, las facturas mandadas desde la matriz, los precios de los productos que les fijaron y la relación de cuentas de las empresas.

Como muestra de que seguía escrupulosamente las instrucciones que recibía prácticamente a diario del Sr. Sixto, reconoció un correo electrónico de 30/02/2013 en el que el citado Sr. Sixto le adjuntaba una carta que incluía el saldo que "Pescagalicia" S.L. debía a Pescanova a 31/12/2012 para presentarlo a la auditoría y que ascendía a 1.585.619, 55 €, pero que el indicado Sr. le manifestó ser errónea, instándole a que la rectificara, por lo que el Sr. Jose Pedro rectificó en el mismo sobre la anterior cantidad por la que el Sr. Sixto le dijo, es decir, 7.999.717 €, devolviéndole al remitente la carta con el mismo sobre en el que había corregido la cifra.

16º.- Luis María, que trabajaba en otra gestoría de Vigo, aceptó la propuesta de ser administrador formal del resto de las sociedades que le comentó su amigo Ernesto, de cuya gestión y negocio efectivo se encargaba Pescanova, a cambio de una remuneración por el mismo importe que el anterior; de modo que tras hacer las gestiones burocráticas necesarias, tales como constituir las sociedades acudiendo al notario que la matriz le indicó donde aceptó ser nombrado administrador y después al banco para el reconocimiento de la firma; aceptó la oferta basándose en el buen nombre y fama de la empresa, sin poder sospechar que las gestiones contables encargadas y de las que se hacía cargo su amigo Ernesto no fueran reales, limitándose a firmar los pagarés cuando aquél se lo pedía. En marzo de 2013, cuando empezaron a surgir problemas en Pescanova asistió con el Sr. Jose Pedro y Ernesto a una comida con los Sres. Sixto y Virgilio, quienes les aseguraron que arreglarían el problema.

17º.- Ernesto, trabajaba como administrativo en la gestoría de Aquilino, quien le propuso ser administrador de varias sociedades de Pescanova, a cambio de una remuneración por el mismo importe que los anteriores, de modo que tras aceptar la oferta y basado en la confianza que suponía trabajar para la empresa más famosa de toda Galicia, fue al notario de Vigo que la matriz le indicó y después a un banco para abrir las cuentas de las sociedades, siendo nombrado administrador de "Templeton Fish" S.L., "Ventres Fish" S.L. "Caladeros del Norte" S.L., y luego de "Sieg Vigo" S.L., dedicadas a la compra-venta de pescado, encargándose su jefe Ernesto de llevar la contabilidad de las sociedades, limitándose a firmar los documentos que aquél le pedía; acudiendo con los otros dos a la comida de primeros de marzo con los Sres. Virgilio y Sixto donde ambos se comprometieron a solucionar el problema.

18º.- Belarmino, se dedicaba a la compraventa de pescado desde su juventud, fundando en 1997 la mercantil "Buenapesca 97", de la que sigue siendo administrador único, después de haber salido de un concurso como consecuencia del de Pescanova de la que era acreedor, donde su crédito fue reconocido, siendo también deudor de Pescanova, razón por la que también su crédito fue reconocido. Ambas sociedades mantuvieron relaciones comerciales reales de compraventa de pescado con Pescanova, sin perjuicio de que ésta última descontara los pagarés con los que pagaba su mercancía que era utilizada por Pescanova, sin su conocimiento, como medio de financiación.

19º.- Jose Antonio, trabajó en el sector bancario desde 1976 hasta el 2006, donde conoció a Pescanova y a su director financiero y después se dedicó al mundo empresarial y, en concreto, a la venta al por mayor de pescado, razón por la que entabló una relación comercial con Pescanova y reanudando la antigua relación con su director financiero Alexander y también con parte del personal del departamento administrativo.

Llegó al acuerdo con Alexander de constituir las sociedades "World Frost" S.L. y "Seafrizen" S.L., de las que era administrador y cuyo objeto social era la compra-venta de pescado congelado, con las que simuló realizar operaciones de compraventa de pescado con la matriz con el único objeto de financiarla, a cambio de una importante remuneración; igualmente y, a cambio de otra remuneración de entre 10.000 y 15.000 €, participó en sacar a la sociedad filial de Pescanova llamada EFRIPEL del perímetro del grupo al final de los ejercicios fiscales, con la posibilidad por parte de la sociedad matriz de recomprarla a principios del ejercicio siguiente.

Finalmente, como se ha indicado, la responsabilidad penal de determinados acusados determinó que fuera solicitada la de determinadas entidades por las que aquellos actuaron y al respecto.

Como consecuencia de lo hasta ahora declarado probado y de la falta de responsabilidad penal de sus autores, estarían exentas de responsabilidad penal, sin perjuicio de una más detallada explicación, las siguientes mercantiles:

1º.- SOCIEDAD ANONIMA DE DESARROLLO Y CONTROL (SODESCO), SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACION DE CARBONES, INVERPESCA S.L. e INVERLEMA S.L. como consecuencia de la ausencia de responsabilidad penal de Carlos Jesús y Romeo de los delitos de uso de información relevante e insolvencia punible y de la falta de participación en los delitos de falseamiento de información económica y financiera y estafa.

2º.- NOVA ARDARA EQUITIES S.A., como consecuencia de la no responsabilidad penal de Baltasar en lo que afecta al delito de uso de información relevante.

3º.- GOLDEN LIMIT S.L., vinculada al Sr. Javier, cuya personación en juicio consta, además de como perjudicada, como acusada por un delito de uso de información relevante, por la inversión realizada por el indicado acusado a través de la citada sociedad, respecto de quien, como ya se ha indicado, no hay datos de la comisión del delito de uso de información relevante.

SEGUNDO.- Se expone a continuación los hechos relativos al contexto de Pescanova y los problemas surgidos como consecuencia de la crisis del sector bancario.

Durante los primeros años del siglo XXI, aprovechando la bonanza económica anterior y la facilidad de seguir disfrutando de los créditos bancarios baratos y en la confianza de la continuación de esas mismas premisas, Pescanova decidió llevar a cabo una serie de inversiones, especialmente en acuicultura que según los datos de contabilidad de la matriz entre 2007 y 2013, ascendieron a 833.832.000 €, de acuerdo a las cifras siguientes:

2007	2008	2009	2010	2011	2012	abril 13	Total
Acuicultura	23.751	123.885	56.529	26.031	87.304	58.294	3479
379.273							
España					5.001	6.071	130
11202							
África					35.093	3.938	485
39.516							
Cono sur					65.840	104.989	15.273
186.102							
Resto				1843	958		2.801
Australia					4087	4879	2927
11.893							
Península	20.636	124.688	41.189	10.501	2.457	3.378	196
203.045							
Total	44.387	248.573	97.718	36.532	201.625	182.507	22.490
833.832							

El objeto de esta importantísima inversión era incrementar el rendimiento y extensión de su explotación, a través de la construcción de granjas marinas para la cría del salmón, langostino y rodaballo (acuicultura), así como a la modernización de las actividades de pesca tradicionales, adquisición de nuevas compañías con origen en Sudamérica o África, incrementando su perímetro y creación de nuevas técnicas, maquinaria e instalaciones para los nuevos cultivos.

No en vano, es interesante destacar que, así como los estudios relacionados con la pesca extractiva señalaban que las capturas llevadas a cabo por el Grupo Pescanova se mantuvieron relativamente estables en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2010, la acuicultura que era insignificante en el siglo XX, suponía en 2010 una producción mundial total de 60 millones de toneladas, siendo el número de especies cultivadas superior a las 600, tanto en agua dulce como salada.

Estas inversiones que se financiaron inicialmente mediante capital y créditos del Grupo que se recibían desde Novapesca Trading S.L. y de la propia Pescanova, fue evolucionando paulatinamente en favor de la financiación exterior incrementándose el nivel de préstamos con entidades bancarias que, con la crisis financiera, dejaron de utilizar instrumentos de financiación de inversiones a largo plazo que fueron sustituidos por otros métodos de financiación de circulante, a corto plazo y con un elevado coste.

Lo anterior, unido a: a) que las sociedades receptoras carecieran de caja suficiente para hacer frente a la devolución de la inversión al encontrarse en las fases iniciales de inversión; b) que algunos de esos proyectos sufrieran determinados problemas que impidieron que las inversiones empezaran a generar flujos de caja positivos, (como fue el caso del rodaballo de Portugal o de algunas enfermedades en los proyectos de acuicultura del salmón o del rodaballo); c) la necesidad de obtener los permisos y licencias en Sudamérica y África para la construcción y explotación de las propias granjas marinas o la creación de sociedades mixtas; d) el hecho de que superado el citado trámite, fuera necesario respetar el ciclo biológico de las crías que, en algunos casos, era superior a los dos años; e) el que los precios finales tampoco fueran los esperados; f) lo elevado de los gastos derivados del mantenimiento y normal funcionamiento de toda la estructura de la compañía y g), especialmente, la restricción financiera del sector bancario que dificultó la continuidad de la financiación bancaria de la que dependía la Sociedad, determinó que, por decisión del presidente de la Sociedad, el acusado Carlos Jesús, con la anuencia de los responsables de los departamentos de administración, Sres. Virgilio; o financiero, Alexander; de los empleados de uno y otro, Sres. Sixto y Amadeo; del Sr. Vicente y del jefe de la auditoría interna, el Juan Francisco, y la escasa labor realizada por el responsable de la auditoría externa, Sr. Sebastián, se utilizaran diversos mecanismos de financiación bancaria sobre la base de inexistentes operaciones comerciales, tales como:

- a) Los créditos documentarios que la matriz llevó a cabo con sociedades filiales, tales como Pesca Chile S.A., Promarisco S.A., Skeleton Coast Trawling Ltd., Argenova y Medosán.
- b) La creación por parte de Pescanova de una red de 14 sociedades instrumentales ya mencionadas, con las que aparentaba tener operaciones de compraventa reales, y
- c) La utilización de los datos de antiguos clientes o incluso de sociedades con las que no habían tenido ninguna relación comercial.

Que permitió a la matriz, de una parte, solicitar a las entidades bancarias financiación a través de líneas de factoring o pólizas de descuento de efectos bancarios, cuyo descuento le garantizaba suficiente liquidez para mantener su tesorería y de otra, desfigurando la realidad de su verdadera situación económica y financiera, hicieron constar en las cuentas anuales, en los folletos de ampliaciones de capital, en informes trimestrales o semestrales o en el resto de la documentación oficial, toda ella supervisada por el auditor externo, una imagen de bonanza que no se correspondía con la imagen fiel de la sociedad, provocando que terceros inversores, confiando en que los datos publicados reflejaban esa imagen financiera y económica era acorde a la situación de la Sociedad y su grupo, invirtieran importantes cantidades de dinero, que perdieron.

TERCERO.- Se exponen a continuación los hechos relativos a las denominadas prácticas irregulares de financiación.

En efecto, la necesidad imperiosa de financiación de Pescanova por los motivos expuestos y la restricción bancaria, determinó que el presidente de la Sociedad con la colaboración de las personas de su confianza con responsabilidad en los departamentos financieros y de administración, del auditor interno, del Sr. Vicente y de una auditoría externa relajada en el ejercicio de las funciones encomendadas, llevara a cabo la búsqueda de mecanismos de financiación bancaria sin contar con los soportes legales necesarios, es decir, sin que esas solicitudes de financiación bancaria estuvieran respaldadas por el necesario e imprescindible sustrato comercial derivado de la genuina actividad de compraventa de pescado, lo que necesariamente suponía modificar la contabilidad que, de esta forma, no reflejaba la imagen real de la Sociedad, utilizando para ello:

- Créditos documentarios entre la matriz y sus filiales sobre la base de operaciones comerciales inexistentes.
- Las denominadas sociedades instrumentales, cuyas ficticias operaciones comerciales entre sí, con Pescanova o con Pescafin, suponían más del 80% de las compraventas anuales de la matriz y el 14% para Pescafin.
- Los datos de antiguos clientes o de terceros no clientes que fueron utilizados por la matriz como soportes de otras inexistentes operaciones comerciales, pero aptas y suficientes para conseguir financiación bancaria
- Operaciones de compensación de activos con pasivos y de deudas con créditos, ordenadas por la matriz a todas las filiales para disminuir la deuda bancaria (neteos).
- La eliminación de importantes deudas de las filiales que desaparecían del perímetro.

- O la forma de resolver ciertos problemas con algunas de esas sociedades deficitarias como fue el caso de la sociedad de Namibia, Novanam Limited o la inclusión o exclusión periódica de Efripel.

Pues bien, sobre la base de esas inexistentes operaciones comerciales a que hacen referencia los tres primeros supuestos y que, sin embargo, dieron lugar a que Pescanova llevara a cabo una amplia actividad contable, en la medida en que tenía que cuadrar su propia contabilidad con la que ella misma elaboraba para las 14 sociedades, haciendo las correspondientes facturas de compras o ventas que enviaba a las sociedades para que las hicieran constar en su contabilidad, cuidando que unas sociedades no asumieran simultáneamente la doble función de compradoras o vendedoras y que al final las transacciones entre unas y otras no fueran incompatibles, sirvió para solicitar financiación bancaria ya sea mediante:

- Contratos o líneas de factoring que eran contabilizados como "sin recurso" o,

- Pólizas de descuento de efectos, remitiendo en ambos casos a los bancos remesas de esas facturas reales que se correspondían a operaciones de compraventa inexistentes pero que los bancos, basándose en la confianza que suponía la constante relación financiera con la matriz mantenida desde años, unida al hecho de que en ninguna ocasión se hubieran desatendido sus compromisos de pago y, con el absoluto convencimiento de que esas remesas de facturas se correspondían con operaciones reales de compraventa, siguió prestando la financiación que le era requerida.

Se inicia la exposición de lo que se ha venido llamando las prácticas comerciales irregulares, consistentes, en definitiva, en mecanismos de financiación otorgados por los bancos sobre la base de inexistentes operaciones comerciales.

1°.- Créditos documentarios:

Consistían en la elaboración por Pescanova de una factura pro-forma de venta que, pese a no responder a una operación real de importación y exportación de mercancías, ni ser conocida por las teóricas beneficiarias del producto y filiales del Grupo, singularmente, Pesca Chile S.A. (Chile), Promarisco S.A., (Ecuador), Skeleton Coast Trawling Ltd (Namibia), Argenova S.A. y Medosan S.A. (Argentina), permitía a la matriz solicitar a un banco español la apertura de un crédito a favor de estas últimas quienes, supuestamente en su condición de beneficiarias, interesaban el anticipo de los fondos que el banco ingresaba en una cuenta bancaria de la misma entidad desde donde la matriz, suplantando a la filial beneficiaria, transfería los fondos a una cuenta corriente abierta en España a nombre de American Shipping S.A., -sociedad de Uruguay cuyo único accionista era Novapesca Trading S.L., propiedad al 99% de Pescanova y administrada por ella, en la que su administrador, el acusado Carlos Jesús, autorizó a los Sres. Juan Francisco y Virgilio, quienes transferían los fondos a otra cuenta de Pescanova que, a la fecha del vencimiento del crédito documental, se hacía cargo de reintegrarlo al banco.

El fin perseguido con esta operación de crédito ideada por Pescanova, a espaldas de las filiales, para quienes, en rigor estaba destinada, era obtener liquidez y financiación durante el plazo que duraban los propios créditos documentarios (180 días).

Para formalizar estas operaciones, los bancos sólo pedían a Pescanova la factura de compra comercial o fotocopia visada por la matriz, no siendo necesario aportar alguno de los documentos que acreditaban una transacción internacional, tales como los relativos al transporte de mercancías (conocimiento de embarque o carta de transporte aéreo), seguro, certificado de origen, facturas consulares, de aduanas, certificados de análisis o de inspección.

El hecho de que los bancos no requirieran a la matriz la aportación de estos documentos con los que se acreditaba la realidad de una transacción comercial internacional, permitía a aquella hacer creer a los bancos la realidad de una operación de comercio a nivel internacional y el consiguiente acceso a esta forma de financiación.

Aceptadas por las entidades bancarias la concesión de créditos documentarios, Pescanova, con objeto de maquillar la realidad de su endeudamiento con terceros, no reflejaba los aprovisionamientos que hacía a las filiales en las cuentas de compras, tampoco contabilizaba las transferencias de las filiales a American Shipping S.A., ni de ésta a la propia matriz, que se limitaba a recibirla en la cuenta contable 44042900, denominada "operación triangular", cuenta de proveedores, sin considerarla como deuda financiera, con la peculiaridad de que como estas entradas de fondos tenían que devolverse por Pescanova a los bancos en un plazo de 180 días, -plazo de duración de los créditos documentarios-, la deuda contraída desaparecía o se compensaba en el citado plazo.

De los datos obtenidos a través de los PIF's (Paquetes de Información Financiera) de las filiales citadas y los remitidos por Pescanova a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en el mes de abril de 2013,

los importes pendientes de vencimiento y de abono por parte de Pescanova a los bancos a 31 de diciembre de los años 2009, 2010, 2011 y 2012 por las cinco filiales, eran los siguiente:

- a) En el 2009, 833.699.000 €.
- b) En el 2010, 1.006.080.000 €.
- c) En el 2011, 1.066.649.000 € y
- d) En el 2012, 972.591.130 €.

A su vez, el importe pendiente de abono en el 2012 provenía de las siguientes filiales:

- 1º.- Pesca Chile 131.905.845 €
- 2º.- Promarisco 156.219.526 €
- 3º.- Skeleton Coast 352.655.776 €
- 4º.- Argenova 162.142.311 €
- 5º.- Medosan 158.881.320 €
- 6º.- Otros 10.786.352 €
- TOTAL 972.591.130 €

Ello no quiere decir que durante los citados años el importe total de los créditos documentarios interesados por Pescanova a los bancos fueran las cantidades del primer gráfico, sino que esas cantidades eran las que vencían cada medio años, a los 180 días, por lo tanto, lo adeudado cada año por la matriz era el doble de las cifras expuestas.

En concreto, el importe total de los créditos documentarios pedidos por Pescanova en el 2012, según los datos facilitados por la indicada entidad a la CNMV fue 1.857.000 €, cantidad ésta última y las anteriores que no guardaban relación con el número de ventas reales realizadas por las filiales a Pescanova, que en el 2012 fue de 125.000.000 €, según se desprende del gráfico siguiente:

S.filiales	Ventas a Pescanova	Créditos Documentarios
Pesca Chile	25 000 000 €	249 000 000 €
Promarisco	28 000 000 €	271 000 000 €
Skeleton Coast	60 000 000 €	718 000 000 €
Argenova	12 000 000 €	306 000 000 €
Medosan	10 000 000 €	313 000 000 €
Total	125 000 000 €	1 857 000 000 €

Para que el importe de los créditos documentarios tuviera entrada en la matriz, ésta utilizaba a American Shipping S.A. que, como ya se ha indicado, era una sociedad uruguaya cuyo único accionista era Novapesca Trading S.L., propiedad al 99% de Pescanova y administrada por ésta última a través del presidente de la Sociedad.

No obstante, el resto de personas que trabajaban en la citada sociedad (American Shipping S.A.) desconocía que estaba siendo utilizada por la matriz para financiarse y así se constata cuando, tras conocerse la situación de déficit real de la sociedad a partir de marzo de 2013, la sede de American Shipping S.A., en Montevideo (Uruguay), empezó a recibir reclamaciones del BNP, por importe de 5.057.995,44 €; de La Caixa, por importe de 725.372,02 €, y del Banco Popular por importe de 10.042.796,56 €, contestando la requerida, mediante cartas a los tres bancos, que tales créditos ni estaban registrados en sus libros, ni figuraban en su contabilidad, ni habían sido gestionadas por la mercantil, declinando cualquier responsabilidad sobre las reclamaciones formuladas.

Así en la carta de 2 de mayo de 2013, remitida por American Shipping a BNP Paribas, la mercantil uruguaya decía:

"Hemos recibido una notificación.... Haciendo referencia a un contrato de crédito suscrito con fecha 27 de septiembre de 2012 entre BNP Paribas, Sucursal en España y dieciséis sociedades del Grupo Pescanova por importe de 5.057.995,44 €. Dejamos constancia que dicha operación no ha sido gestionada ni confirmada por American Shipping S.A. Dejamos constancia de que dicha operación no ha sido gestionada ni confirmada por American Shipping S.A. Desconocemos el origen de la misma, así como también el destino".

Del mismo modo, en la carta de 26 de abril de 2013, Amerian Shipping S.A. contestaba a la Caixa:

"Hemos recibido una notificación e intimación de la Caixa de Vigo haciendo referencia a un préstamo de 725.372,04

Dicha operación no ha sido gestionada por American Shipping. Desconocemos el origen de la misma como así también el destino y su respaldo, por tanto, no la consideramos válida y no la tenemos registrada en nuestra contabilidad".

Y, el 23 de abril de 2013, American Shipping S.A. contestaba al Banco Popular:

"Con referencia a la póliza mencionada.... Donde figura nuestra empresa American Shipping S.A., entre otras, con prenda en garantía de dicho pago por importe de 10.000.000 €, le informamos que dicha operación no ha sido gestionada ni confirmada por American Shipping.

Desconocemos el origen de la misma como así también el destino y su respaldo, por tanto, no la consideramos válida y no la tenemos registrada en nuestra contabilidad"

Las personas que conocían y participaron en esta forma de financiación, además del presidente de la Sociedad, fueron los Sres. Virgilio y Juan Francisco, el responsable del departamento financiero, Sr. Alexander, encargado de hacer las cartas a los bancos solicitando la concesión de los créditos documentarios a favor de las filiales y el Sr. Gil, que en su cometido de llevar a cabo las órdenes recibidas las entregaba a los bancos solicitando los créditos documentarios en favor de las filiales.

Por lo que se refiere al Sr. Sebastián, estando bajo su cometido la correcta calificación contable de esta forma de financiación, no la consideró como deuda financiera, sino como riesgo, es decir, como pasivo contingente; sin embargo, los importes de estos créditos tampoco se hicieron constar como pasivo contingente en las cuentas anuales de 2010, 2011 y 2012.

En realidad, el Sr. Sebastián 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 bancarias y entre esos otros datos absolutamente fiables con los que no coincidían las abultadas cifras solicitadas por Pescanova, estaban:

a) Los proporcionados por la AEAT que figuraban en sus papeles de trabajo, concretamente, en el documento de planificación de la auditoría de 2011, conforme al que la declaración del IVA de la Sociedad fue:

1. En el 2009, 53.502.895,12 €
2. En el 2010, 48.260.679,66 €
3. En el 2011, 35.363.773,19 € y
4. En el 2012, 35.805.615,56 €.

Por lo tanto, muy inferiores con el volumen de los créditos documentarios que BDO autorizó durante los citados ejercicios.

b) Las compras del segundo semestre de cada uno de los ejercicios citados y de todo el año. En efecto:

- 1.- Las compras del segundo semestre de 2010 ascendieron a 270.979.000 €; por lo tanto, no guardaba relación con la cifra de 1.006.080.000 € de créditos documentarios de la segunda mitad del citado año.
- 2.- Las compras del segundo semestre de 2011 fueron 298.496.000; por lo tanto, tampoco guardaba relación alguna con la cifra de 1.066.649.000 € de créditos documentarios de la mitad del citado año.
- 3.- Las compras del segundo semestre de 2012 eran 344.267.000 €; por lo que no existía correspondencia con la cifra de los 1.857.000.000 €, de créditos documentarios del citado año.

c) El importe de los créditos documentarios era superior a las compras de todo el año, según se desprende de las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012, incluso cuando esas compras incluían las de importación, las adquisiciones intracomunitarias y las compras nacionales.

En efecto, según constan en la formulación de las cuentas anuales de 2012 que fue presentada al Consejo de administración de 27/02/2013 y en las que se recogían como importe de las compras de 2011, la cantidad de 519.244.000 € y en el ejercicio 2012, 588.932.000 €, puede deducirse que tales cifras no guardan relación alguna con los más de 2.000.000.000 € a que ascendieron los créditos documentarios del 2011 y los 1.857.000.000 € a que ascendieron en el ejercicio 2012. En efecto, en las cuentas de ambos ejercicios figuraban como compras las partidas siguientes:

	2012	2011
	Mercaderías	Mercaderías
Importaciones	27.045.000 €	31.478.000 €
Adquisiciones Intracomunitarias	3.042.000 €	4.100.000 €
Compras nacionales	528.172.000 €	485.455.000 €
Variaciones		
Existencias	30.672.000 €	(1.789) €
Total	588.932.000 €	519.244.000 €

(Nota: la abreviación nales, se refiere a nacionales).

d) La información que reportaban las entidades financieras al Banco de España no coincidían con las de la Sociedad y además las consideraban como riesgo dispuesto.

Por lo tanto, ninguno de los créditos documentarios suscritos por Pescanova con entidades financieras en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 estaban justificados en razón a ninguna de las partidas examinadas.

2º.- Utilización de sociedades instrumentales

Otra de las formas de financiación era la creación y utilización de una serie de sociedades mediante las que Pescanova simulaba tener operaciones de compraventa de pescado con el único fin de financiarse.

La referida idea fue conocida y aprobada por el presidente de Pescanova después del acuerdo alcanzado por el director del departamento financiero, Sr. Alexander , con el Sr. Jose Pedro para hacerse cargo de la administración formal, inicialmente, de dos de las citadas sociedades en la total confianza de que la contabilidad que registraba respondía a operaciones de compraventa real de pescado; la estrecha colaboración de quienes trabajaban en el departamento de administración, singularmente, los Sres. Virgilio y Sixto , con quien el Sr. Jose Pedro estaba en contacto a diario, con el auditor interno, Sr. Juan Francisco , que conocía el artificio societario creado para financiar la matriz y en menor medida, con el director financiero de Pescafinia, Sr. Jose María , conocedor de la falta de contenido de las operaciones de compraventa en las que intervenía la propia Pescafinia y el Sr. Vicente , que cumpliendo las órdenes dadas representó a Novapesca Trading S.L., para asumir las deudas que Pescanova adeudaba a las sociedades instrumentales.

Y, al igual que en el supuesto anterior, no consta que por la auditoría externa se llevara a cabo un análisis suficiente de los datos contables de las millonarias cifras de las operaciones comerciales que la matriz o, de forma secundaria, Pescafinia, llevaban a cabo con las citadas entidades y que aún habiendo sido revisadas por la auditoría externa no fueron detectadas pese a poder fácilmente ser constatados a través de datos como:

- a.-) Los altos precios que figuraban en los productos de esas transacciones, notablemente superiores a los de esos mismos productos en compraventas con otros proveedores.
- b.-) La falta de control sobre los datos necesarios que debían tener las remesas de facturas que Pescanova enviaba a los bancos.
- c.-) La existencia de un código o claves específicas en las transacciones económicas entre Pescanova y las sociedades instrumentales que no aparecían en otras compraventas.
- d.-) La falta de control efectivo acerca de los datos que proporcionaban los almacenes de Pescanova cuyo análisis permitía comprobar que las compras en las que intervenían las sociedades instrumentales no se registraban.
- e.-) El que sus operaciones se anularan a fin de ejercicio a petición de la matriz, sin objeción alguna por su parte.
- f.-) El que las deudas contraídas por Pescanova con las citadas sociedades fueran asumidas por Novapesca Trading S.L. a finales de ejercicio y nuevamente cedidas a Pescanova por aquella a principios del siguiente, siendo revisadas tales operaciones por el auditor externo.

De las 14 sociedades instrumentales utilizadas por Pescanova como mecanismo de financiación desde finales de 2007 hasta 2013, 12 de ellas, esto es: 1ª.- Efiartes S.L.; 2ª.- Gran Sol de Altura S.L.; 3ª.- Pescados Jorfras S.L.; 4ª.- Templeton Fish S.L.; 5ª.- Ventres Fish S.L.; 6ª.- Sieg Vigo S.L.; 7ª.- Pescaje Sur S.L.; 8ª.- Pescagalicia Noroeste S.L.; 9ª.- Caladeros del Norte S.L.; 10ª.- Intermega Pesca S.L.; 11ª.- Pontepesca S.L. y 12ª.- Mar de Arenco S.L., estaban administradas por los acusados Sres. Jose Pedro , Ernesto y Luis María , quienes desconocían que esas operaciones eran ficticias.

El administrador de las otras dos sociedades, esto es, World Frost S.L. y Seafrizen S.L., era el Sr. Jose Antonio quien, por el contrario, llegó a un acuerdo con la matriz para simular llevar a cabo operaciones de compraventa

ficticias de pescado a cambio de que Pescanova abonara los gastos de constitución de las dos sociedades y a recibir una importante compensación económica.

De las 12 primeras sociedades, fueron los Sres. Alexander, Virgilio, Sixto y Juan Francisco, quienes trataron y propusieron de forma paulatina, hacerse cargo de la administración de las indicadas sociedades a Aquilino, Ernesto y Luis María, en la forma que ya se ha indicado, encargándose el departamento administrativo de la matriz, singularmente, el Sr. Sixto de darles las instrucciones necesarias, remitirles las facturas, en las que incorporaban las mercaderías que unas sociedades vendían a otras y fijando los precios de los diversos pescados incluyendo en las facturas, el código RCM, (red central mayor), limitándose el Sr. Jose Pedro a llevar la administración formal, es decir, la contabilidad de las sociedades, según los datos que le remitía el Sr. Sixto y a firmar los pagarés que después eran recogidos por la matriz para presentarlos a los bancos con objeto de solicitar las líneas de factoring o las pólizas de descuento, habiendo asumido la matriz todos los gastos derivados de la constitución y puesta en funcionamiento de las sociedades, incluidas la adquisición de participaciones mínimas, el pago de los impuestos, el abono de una remuneración inicial mensual de unos 400 o 500 €, por todas ellas, que se incrementó gradualmente hasta llegar en el 2012 a los 1.000 €, aceptando los citados administradores la citada oferta sobre la base del prestigio de la compañía y de que era la matriz la que gestionaba el negocio que ellos se limitaban a plasmar en la contabilidad según los datos facilitados por aquella, sin que en ningún momento, pudieran sospechar que esas operaciones que contabilizaban de cada una de esas 12 sociedades, carecían de un negocio jurídico que era la base comercial de las operaciones que realizaban e ignorando absolutamente que, en realidad, la única finalidad que la matriz pretendía era financiarse mediante el descuento de los citados pagarés hasta la fecha de su vencimiento.

Por el contrario, las dos últimas sociedades, esto es, "World Frost" y "Seafrizen", estaban administradas por Jose Antonio, quien también entró en contacto con la Sociedad a través del Sr. Alexander, y que en connivencia con el citado asumió el encargo propuesto, creando al efecto las dos mercantiles para la realización de operaciones ficticias de compraventa a cambio de una remuneración anual de 18.000 euros que él mismo propuso.

La mecánica de financiación ideada por la matriz utilizando las citadas sociedades instrumentales era la siguiente:

Primero, Pescanova suscribía un producto financiero con un banco para el descuento de efectos hasta determinado importe.

En segundo lugar, actuando como vendedora, emitía facturas a una o varias de las 14 sociedades, que pagaban a través de pagarés con un vencimiento de entre 90 y 100 días.

Tercero, al vencimiento de los indicados plazos, la matriz, que previamente había recogido los pagarés de las sociedades instrumentales, los presentaba a la entidad bancaria para su descuento, obteniendo la correspondiente financiación durante los 90 o 100 días.

Cuarto, a su finalización, la matriz ingresaba en la cuenta de la sociedad efectivo bastante para pagar los efectos.

A continuación, se hacía el proceso inverso, es decir, la sociedad (instrumental), compradora de los productos de Pescanova, emitía una factura de venta a otra de esas sociedades (instrumentales) que la volvía a vender a Pescanova.

Era importante tener en cuenta que la primera operación de Pescanova siempre era vender la mercancía a alguna de las sociedades instrumentales y que en la operación de retorno, es decir, cuando Pescanova asumía la función de adquirir la mercancía, la sociedad vendedora no podía ser la misma que había adquirido previamente la mercancía.

A diferencia de las operaciones de financiación obtenidas por Pescanova a través de créditos documentarios, en los que apenas había rastro documental en la contabilidad de la matriz, en esta forma de financiación a través de las sociedades instrumentales, tanto la matriz como estas últimas, registraban las continuas compraventas de pescado, lo que permitió conocer el volumen de ventas contabilizadas por el Grupo Pescanova entre los años 2007 y 2012.

Atendiendo a esos datos, obrantes tanto en la contabilidad de Pescanova como en las propias sociedades instrumentales, el Grupo Pescanova emitió facturas de venta durante los años 2007 a 2012 por los importes siguientes:

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
EFIALTES	5.627.785	31.983.660	64.063.204	66.811.923	41.968.383	85.200.662
GRAN SOL DE ALTURA		28.113.977	61.410.828	61.653.884	15.364.987	38.862.553
PESCADOS JORFRAS		8.006.010		31.894.689	39.540.561	56.141.875
TEMPLETON FISH	7.369.003	38.235.776	66.655.956	54.049.879	42.527.911	83.255.551
VENTRES FISH		23.874.963	62.090.115	54.898.639	24.041.772	68.677.773
SIEG VIGO		18.041.490		30.253.265	44.994.936	84.557.326
WORLD FROST		9.870.188	25.040.631	31.332.814	33.835.501	19.842.457

A su vez, las sociedades instrumentales emitieron facturas de venta a Pescanova en ese periodo, atendiendo a los datos que figuran en la contabilidad de ambas, siendo las cifras las siguientes:

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
EFIALTES		10.202.731	61.177.173	60.256.349	21.472.698	
GRAN SOL DE ALTURA		11.163.892	58.210.663	71.336.008	28.857.310	
PESCADOS JORFRAS			8.014.016			
TEMPLETON FISH		3.493.082	57.950.386	55.468.603	23.302.175	
VENTRES FISH		10.025.381	54.001.273	55.883.640	21.666.193	
PESCAEJE SUR					41.143.725	80.774.948
PESCAGALICIA NOROESTE					48.707.601	33.759.316
PONTEPESCA					63.504.655	63.572.960
MAR DE ALENCO			18.060.757		24.502.641	12.070.102
CALADEROS DEL NORTE					31.306.205	25.329.195
INTERMEGA PESCA					3.036.794	23.313.469
WORLD FROST				2.230.774		
SEAFRIZE			24.507.725	27.491.817	33.574.690	34.522.678

Como consecuencia de lo ficticio de las operaciones indicadas, en la elaboración de las cuentas del Grupo Pescanova del ejercicio 2013, la administración concursal regularizó y saldó la citada operativa para dejarla a cero.

Con objeto de ocultar la deuda que Pescanova asumía con las sociedades instrumentales se llevó a cabo entre la matriz, representada por el Sr. Virgilio y Novapesca Trading S.L., representada por el Sr. Vicente, una serie de contratos de asunción de deuda que evitaba que Pescanova hiciera constar en su contabilidad una deuda de 506.000.000 €; para ello, se suscribieron 5 contratos, dos de ellos el 29/12/2010, un tercero el 30/12/2010, por un importe de 290.000.000 € y los otros dos, el 29/12/2011, por un importe de 216.000.000 €.

Posteriormente, a principios del ejercicio siguiente, los citados representantes de Pescanova y Novapesca Trading S.L., asumiendo esa misma condición realizaron la operación contraria, de modo que Novapesca Trading S.L. transmitía a la matriz deudas por un importe global de 241.900.000 € mediante 2 contratos de 29/04/2011 por importe en conjunto de 147.400.000 € y un tercero de fecha 01/03/2012 de 134.500.000 €.

En el primer contrato de asunción de 29/12/2010, Novaspesca Trading S.L. asumió la deuda de 102.300.000 € que Pescanova tenía con Templeton Fish, Pescados Jorfras, Sieg Vigo, Buena Pesca Trade, World Frost, Ventres Fish y Ubi Banca.

En el segundo contrato de asunción de deuda, de la misma fecha, Novapesca Trading S.L. asumió la deuda de 133.660.139,25 € que Pescanova tenía con Lafonia Sea Food, Medosan S.A., Caladeros del Norte y Pescagalicia Noroeste.

En el tercer contrato de asunción de deuda de 30/12/2010, Novapesca Trading S.L. asumió la deuda de 54.226.845,41 € que Pescanova tenía con Efiates y Gran Sol de Altura.

En el cuarto contrato de asunción de deuda de 29/12/2011, Novapesca Trading S.L. asumió la deuda de 82.136.182,87 € que Pescanova tenía con el Banco Sabadell, Madrid Leasing, Bancantabria, Crédito Mutuel, BBVA Factoring, Novagalicia Banco y Ubibanca.

En el quinto contrato de asunción de deuda de la misma fecha que el anterior, Novapesca Trading S.L. asumió la deuda de 134.494.004,87 € que Pescanova tenía con Bodegas Gran Ribera del Tajo, Gran Sol de Altura, Efiates, Intermegapesca, Mar de Arencos, Pescagalicia Noroeste, Pescados Jorfras, Pescaje Sur, Sieg Vigo, Seafrizen, Templeton Fish, Ventres Fish y Pontepesca.

De forma inversa a la anterior, en los ejercicios siguientes, Novapesca Trading S.L. transmitió parte de la deuda asumida a Pescanova en tres contratos:

En el primero de ellos de 29/04/2011, Novapesca Trading S.L. cedió la deuda de 102.301.247,38 € a Pescanova, derivada de la relación comercial con Templeton Fish, Pescados Jorfras, Sieg Vigo, Buena Pesca 97, World Frost, Ventres Fish y Ubibanca.

En el segundo, de la misma fecha, Novapesca Trading S.L. transmitió a Pescanova la deuda de 45.186.435,38 € derivada de la relación comercial con Intermeg Pesca, Caladeros del Norte y Mar de Arencos.

En el tercero, Novapesca Trading S.L. transmitió a Pescanova la deuda de 134.494.004,87 € con Bodegas Gran Ribera del Tajo, Gran Sol de Altura, Efiates, Intermegapesca, Mar de Arencos, Pescagalicia Noroeste, Pescados Jorfras, Pescaje Sur, Sieg Vigo, Seafrizen, Templeton Fish, Ventres Fish y Pontepesca.

El análisis de la contabilidad de cada una de las 14 sociedades instrumentales, así como las de Pescanova y Pescafin, ha permitido constatar que entre los años 2007 y 2013, un 84% de las operaciones de compraventa de Pescanova fueron hechas con las sociedades instrumentales y, un 14% con Pescafin.

Pero la matriz no sólo utilizaba las 14 sociedades para financiarse sino también a su principal filial, Pescafin.

Tal como se refleja en el gráfico siguiente, elaborado de acuerdo a los datos de la contabilidad de Pescanova y Pescafin con las 14 sociedades instrumentales desde 2007 al 2013, se desprende que el porcentaje promedio durante los citados años de ventas en la contabilidad de Pescanova suponía un 84%, mientras que el de Pescafin supuso un 14%; las sociedades instrumentales en el 2009, fue superior a los 207.000.000 €; en el 2010, se redujo a algo más de 130.000.000 €; en el 2011, superó el 1.000.000 €; en el 2012, casi llegó a los 62.000.000 € y, hasta abril de 2013 fue deficitario en menos 60.561.285 €, cantidades que al proceder de ventas inexistentes motivó que una vez presentado por Pescafin concurso de acreedores y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra acordara el concurso en auto de 08/07/2013, la administración concursal anulara las facturas de venta por el importe indicado. Los citados datos se corresponden, de forma resumida con el gráfico siguiente. Los títulos de cada una de las columnas siguientes se corresponden con:

1ª columna: Año.

2ª columna: Importe total de las ventas realizadas por el grupo con las sociedades instrumentales.

3ª columna: Importe de las ventas realizadas por Pescanova con las sociedades instrumentales (SI).

4ª columna: Porcentaje de las ventas según los años de Pescanova (Pva).

5ª columna: Importe de las ventas realizadas por Pescafin con las sociedades instrumentales (Pfin).

6ª columna: Porcentaje de las ventas, según los años, de Pescafin.

1ª Columna	2ª Columna	3ª Columna	4ª Columna	5ª Columna	6ª Columna
Año	Ventas SI	Ventas PVA	Porcentaje	Ventas Pfin	Pfin
2007	92.851.438	85.233.102	92%	3.518.658	4%
2008	229.965.925	229.965.925	100%	--	--
2009	535.738.575	328.240.556	61%	207.498.019	39%
2010	545.362.773	414.556.891	76%	130.805.883	24%
2011	484.755.972	483.044.413	100%	1.711.560	--
2012	652.631.053	564.441.114	86%	61.976.151	9%
2013	(123.036.769)	(62.475.486)	51%	(60.561.285)	49%
TOTAL	2.4418.258.967	2.043.006.515	84%	344.948.986	14%

Como se indicó con anterioridad, el director financiero de Pescafin, Jose María recibía instrucciones del departamento de administración de la matriz para realizar operaciones de compra-venta ficticias con las sociedades instrumentales con objeto de financiarla a través de líneas de factoring y pólizas de descuento de efectos, pero, también, esas operaciones de compraventa con las sociedades instrumentales servían para el propio financiamiento de la filial.

Esas órdenes incluían las cantidades que Pescafina tenía que comprar y los precios o la forma de pago; algunas de estas órdenes fueron dadas en emails del Sr. Sixto, como por ejemplo la de devolver el calamar a Pescafina para venderlo a Templeton Fish; otras venían del departamento de administración, donde aquél trabajaba como las de: a) anular la factura de Efiates por importe de 6.000.000 €; b) la de facturar por importe de 8.000.000 €; c) la de vender por 14.000.000 € a Efiates que después volvían a comprar y lo mismo sucedía con Ventres Fish.

De hecho, cuando durante la instrucción, Pescafina fue requerida para la aportación de los pedidos con alguna de las denominadas sociedades instrumentales contestó:

"En los ejercicios 2010, 2011 y 2012, Pescafina S.A. tiene ventas registradas a las sociedades Efiates S.L., El Gran Sol de Altura S.L., Pescados Jorfras S.L. Templeton Fish S.L., Ventres Fish S.L., Sieg Vigo S.L. World Frost S.L., de las cuales no existen pedidos ya que fueron operaciones gestionadas por la matriz Pescanova S.A. y Pescafina S.A. se limitaba a registrarlas contablemente...

Las compras a algunas de las sociedades relacionadas que Pescafina S.A. registró en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 eran autorizadas y gestionadas por Pescanova El departamento de administración se limitaba a registrar las entradas de mercancías en el inventario con la documentación que aportaba para cada operación Pescanova S.A."

Ningún empleado de Pescafina S.A. acordaba devoluciones de compras a las sociedades relacionadas ya que estas operaciones eran gestionadas por la matriz, incluidas las devoluciones de compras.

Pescafina S.A. pudo haber suscrito algún contrato de descuento de efectos durante los ejercicios 2008 a 2012, como partícipe en líneas multigrupo Pescanova, de los cuales la sociedad participada (Pescafina S.A.) no tiene constancia.

En ningún caso Pescafina S.A. descontó efectos emitidos a alguna de las sociedades relacionadas".

Por lo demás, ya se indicó que el director financiero de la filial, Sr. Jose María, firmó las cuentas anuales de Pescafina en el ejercicio 2011, que fueron revisadas por la administración concursal, constatando discrepancias con la deuda que Pescanova había informado a la CNMV el 12/03/2013, lo que supuso la revisión retroactiva de las operaciones contabilizadas por Pescafina y la eliminación de las transacciones de compra y venta de operaciones sin sustancia comercial, de modo que las del ejercicio de 2011 se redujeron en más de 211.000.000 € y con respecto a las aprobadas en el 2012, en un importe de 208.000.000€.

Consta en la cuenta de pérdidas y ganancias de Pescafina correspondiente a los ejercicios 2011, 2012 y 2013 (éste último en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de mayo de 2013) que los importes de las ventas que figuraban, respectivamente, de 504.253.000 €, 661.023.000 € y 124.810.000 €, fueron reducidos por la administración concursal a 292.488.000 €, 342.125.000 € y 84.776.000 €.

La citada filial y su director financiero colaboraron en las instrucciones de neteos dadas por la auditoría interna de la matriz para compensar activos con pasivos y especialmente deuda bancaria que fueron trasladados a sus cuentas anuales, permitiendo dar una imagen de solvencia que no correspondía con su situación financiera real.

Obviamente, desplegada la red de sociedades instrumentales con la finalidad ya indicada, era necesario que esas supuestas transacciones económicas que figuraban tanto en la contabilidad de las sociedades instrumentales como en la matriz, tuvieran el efecto financiero pretendido por la matriz concertando con las entidades financieras las oportunas pólizas de descuento bancario que fueron hallados en la propia matriz y que permitieron el descuento de efectos y pagarés. Entre tales instrumentos bancarios, se encuentran los siguientes:

1º.- El 30/04/2009 Pescanova formalizó un contrato de factoring con UVI Banca, por importe de 2.500.000€, permitiendo el descuento de efectos comerciales de Efiates, Gran Sol de Altura, Templeton Fish y Ventres Fish.

2º.- El 08/01/2010, Pescanova formalizó una póliza de liquidación, responsabilidad y garantía de operaciones mercantiles con la entidad Banco Pastor, por un importe de 20.000.000 €, permitiendo el descuento de efectos comerciales de Efiates, Gran Sol de Altura, Templeton Fish, Ventres Fish, Pescados Jorfras, Sieg-Vigo, Pescaje Sur, Pescagalicia Noroeste, Pontepesca, Caladeros del Norte, Intermega Pesca y Mar de Arencó.

3º.- El 15/12/2010, Pescanova formalizó una póliza de apertura de crédito para la negociación de letras de cambio, cheques, recibos y otros efectos con el Banco Espirito Santo, por un importe de 50.000.000 €.

4º.- El 27/07/2011, Pescanova formalizó un contrato de factoring con HSBC, permitiendo el descuento de pagarés de Efiates, Gran Sol de Altura, Templeton Fish, Ventres Fish, Pescados Jorfras, Sieg-Vigo y World Frost.



5º.- El 21/12/2012, Pescanova formalizó un contrato mercantil sobre negociación de documentos y efectos de comercio con Banco Caixa Geral, por importe de 40.000.000 €, permitiendo el descuento de efectos comerciales de Efiates, Gran Sol de Altura, Templeton Fish, Ventres Fish, Pescados Jorfras, SiegVigo, Pontepesca, Pescaje Sur, Caladeros del Norte y Mar de Arencó.

6º.- El 31/12/2012, Pescanova formalizó una póliza de pignoración de créditos documentados en imposiciones a plazo fijo con Banco de Galicia, por importe de 10.641.529 €, para el descuento de efectos de Efiates, Gran Sol de Altura, Templeton Fish, Ventres Fish, Pescados Jorfras, Sieg-Vigo, Pontepesca, Pescaje Sur, Caladeros del Norte, Mar de Arencó y Pescagalicia Noroeste.

7º.- El 31/12/2012, Pescanova formalizó una póliza de pignoración de derechos de crédito documentado con Banco Popular, por importe de 3.557.212 €.

8º.- Finalmente, Pescanova firmó dos pólizas con Insuñza por importe total de 5.541.212 €, para el descuento de las mismas sociedades.

Los citados documentos de financiación y las facturas de encontraron esas compraventas de pescado ficticias se en el departamento de contabilidad de la matriz y otras fueron entregadas al juzgado de instrucción por Aquilino en el momento de prestar declaración, junto con los correos electrónicos remitidos por parte del Sr. Andrés dando instrucciones acerca de la gestión de las sociedades instrumentales.

Entre las facturas aportadas por el Sr. Jose Pedro se aprecian una serie de notas comunes, tales como:

a) Las siglas RCM (red comercial mayor), expresión que significaba que todas las sociedades eran mayoristas por el volumen de compraventas que hacían y que se correspondía con el código que el Sr. Sixto incluyó en la segunda mitad de su relación comercial.

b) Las operaciones sólo se realizaban desde las instalaciones centrales de Vigo.

c) Los precios de los productos, establecidos por el Sr. Sixto, eran notoriamente superiores a los de otras sociedades.

d) En los movimientos de estas transacciones aparecía "Red 060 (Comercial Mayor)", y

e) Existía una virtual salida del producto del almacén que se compensaba con la teórica operación de compra por parte de Pescanova.

3º.- Utilización de los datos de antiguos clientes o de personas que carecieron de relación comercial con Pescanova para financiarse.

Una vez conocido públicamente el hecho relevante del 28 de febrero de 2013, acerca de los problemas económicos de la matriz, los bancos empezaron a dirigirse contra las denominadas sociedades instrumentales, en su condición de deudoras de los contratos de cesión de créditos concertados por Pescanova, como consecuencia de las pólizas de descuento bancario indicados y también frente a varios de los antiguos clientes de Pescanova o incluso personas que no habían tenido relación comercial con la Sociedad, tales como las mercantiles: Froxa SA.; Abel Fernández SA.; Scanfisk Sea food SL.; Congelados Garoa SL.; Congelados Lopemar; Congelados "El Junta"; Frigoríficos Morales SL; Frilac SA.; "Hijos de José del Hoyo" S.L.; "Friobas Basilio" S.L.; representante legal de la mercantil "Morell Esteva", D. Avelino, D. Aurelio, al haber sido utilizados por la matriz para simular haber tenido relaciones comerciales ficticias como soporte básico necesario para concertar operaciones de financiación bancaria. El importe total de las reclamaciones presentadas por los bancos frente a estos antiguos clientes de Pescanova o terceros ajenos a ella, ascendió a 6.529.418 €.

Ese aluvión de reclamaciones bancarias, tanto contra las sociedades instrumentales, como contra aquellos antiguos o inexistentes clientes, determinó que en el caso de las primeras, como ya se ha anticipado, sus administradores (Sres. Jose Pedro, Ernesto y Luis María) se pusieran en contacto con las personas con las que habían tratado, esto es, los ya citados Sres. Virgilio, Sixto, Alexander o Juan Francisco, para pedirles una explicación de lo sucedido, reuniéndose a tal efecto en una comida que tuvo lugar en el "Asador siglo XXI", en marzo de 2013, a la que acudieron por parte de la Sociedad, el responsable del departamento de administración, el Sr. Virgilio y el jefe de contabilidad, Sr. Sixto, quienes les aseguraron que no se preocuparan y que se encargarían de solucionarlo.

De forma simultánea a los anteriores, esos antiguos clientes de Pescanova o entidades que nunca habían tenido una relación comercial con la matriz, tales como la mercantil Froxa SA., Abel Fernández SA., Scanfish Seafood SL., Congelados Garoa SL., Frigoríficos Morales SL, Frilac SA. y otros muchos más, empezaron a recibir burofaxes y reclamaciones de bancos procedentes de 564 facturas derivadas de cesión de deudas de contratos inexistentes que Pescanova había "cedido" a los bancos. Los bancos, que desconocían que

estas operaciones eran ficticias, habían descontado los efectos procedentes de las facturas presentadas por Pescanova, de forma que, al no hacer frente Pescanova a los importes, se dirigieron hacia quienes figuraban como originales deudores.

En estos casos, la reacción no podía ser como la anterior, ya que los receptores de esas reclamaciones bancarias desconocían todo lo ocurrido; por lo tanto, lo que cada uno de estos "clientes" hizo fue enviar correos a la matriz pidiendo explicaciones, recibiendo como excusas, a modo de respuesta del departamento de atención de clientes o del de administración, en el mejor de los casos, el tratarse de generales, burdos, continuos, inconsistentes y no acreditados errores informáticos. No obstante, ninguno de esos terceros abonó importe alguno a los bancos, toda vez que la deuda era de Pescanova.

4º.- Factoring

El factoring utilizado por la matriz para su financiación consistía en un contrato, por virtud del cual, el banco (factor), asumía frente al cedente (Pescanova), el riesgo de impago derivado de la insolvencia del deudor y el cedente también asumía ciertas obligaciones frente al banco.

En el citado contrato, la posición de los deudores era ostentada por las denominadas sociedades instrumentales o por antiguos o inexistentes clientes de Pescanova sin deuda alguna.

La insolvencia de estos deudores que el banco (factor) garantizaba frente al cedente (Pescanova) era la derivada de un crédito judicialmente reclamado o que la insolvencia del deudor, es decir, de las sociedades instrumentales, fuera pública y notoria -como podía ser la derivada del cierre del establecimiento-.

Por su parte, Pescanova (cedente) se obligaba frente al banco (factor) a responder de la existencia y legitimidad de los créditos cedidos y de los documentos representativos de los créditos, tales como facturas (que deberían reunir una serie de requisitos, tales como el número, deuda, importe, fecha de la factura, vencimiento y datos del seguro), notas de abono, albaranes de entrega, letras de cambio, pagarés.

El uso del indicado mecanismo de financiación por parte del grupo Pescanova se remontaba a cuando, a finales de 2002, la matriz suscribió un contrato de factoring con Finanmadrid, luego Madrid Leasing y más tarde Bankia, con un límite de 20.000.000 €, continuando desde entonces con otras 12 entidades bancarias, hasta llegar a 2012, sin que durante ninguno de esos años fuera considerado deuda financiera.

El importe creciente de las líneas de factoring procedentes en muchos casos de facturas emitidas por ventas inexistentes, por facturas duplicadas, descontadas en otros bancos o ya abonadas por clientes reales en los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012, fueron, respectivamente:

En el 2009 170.000.000 €

En el 2010 203.000.000 €

En el 2011 253.000.000 €

En el 2012 337.799.000 €

No obstante, de los citados importes, la matriz sólo reconoció, en relación al ejercicio 2012, 338.000.000 €, en la contestación que hizo el 16/04/2013 a requerimiento de la CNMV del 5/04/2013.

De todos los contratos de factoring suscritos por Pescanova durante los citados años, sólo se han analizado los datos de los factoring suscritos por Pescanova, y en algunos casos con Pescafina, desde el 01/01/2012 al 06/03/2013 con las entidades que se indican a continuación y por los importes que se mencionan. En todos ellos, la matriz aportaba a los distintos bancos, bien en formato Excel, en un listado, o a través de cartas o documentos, el conjunto de facturas cedidas al objeto de proceder más tarde a su descuento.

Las entidades, los importes prestados, la parte que de esas cifras correspondía a operaciones comerciales reales y qué otra parte no estaba respaldada por operación alguna mercantil, se reflejan en la lista de entidades con sus respectivos importes que se indica y en el gráfico que aparece después que refleja el resto de datos:

1º.- Novacaixagalicia, suscribió 27 procesos de factoring, por un importe total de 85.270.455,12 €.

2º.- Bancantabria, suscribió 23 procesos factoring, por 39.807.125,89 €.

3º.- BBVA, suscribió 27 procesos, por un total de 34.683.688,59 €.

4º.- Caixa Cataluña, suscribió un total de 25 operaciones, por 15.863.198,24 €.

5º.- Grupo Popular, entidad que agrupaba a Targo Bank, Credit Mutuel, Banco Galicia y Banco Popular, suscribió un total de 80 procesos, por un importe global de 106.525.752,12 €.

6º.- Ubibanca, suscribió 29 operaciones de factoring, por un importe de 104.817.086,30€

7º.- Finanzmadríd, luego Madrid Leasing y después Bankia, suscribió 31 operaciones, por un importe de 53.079.845,41€.

8º.- Sabadell, suscribió 28 procesos, por un importe de 59.071.637,72 €.

9º.- Y HSBC, suscribió 32 procesos de factoring, por importe de 23.577.978,99 €; en este caso, entre las mercantiles que aparecían como deudoras de las facturas cedidas, estaban, Buena Pesca 97, Efiates, Gran Sol de Altura, Pescados Jorfras, Sieg Vigo, Templeton Fish y Ventres Fish.

El importe de todas estas operaciones de factoring supuso para Pescanova percibir 499.118.789,39 €; de la citada cantidad, 487.420.780,25 €. no estaba soportada por operaciones comerciales reales, sino que se correspondían con las operaciones ficticias realizadas directamente por la matriz o a través de alguna filial del Grupo (por ejemplo, Pescafinia) con las citadas sociedades instrumentales o utilizando los datos de algunos de los antiguos clientes a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

Banco (procesos)	Facturas cedidas (Importe)	Facturas indebidas (Importe)
NGC ABANCA (27)	6.524 (95.270.455,12€)	6.295 (92.160.261,04€)
LIBERBANK (23)	3.007 (39.807.125,89€)	1.268 (22.845.823,98€)
BBVA (27)	3.528 (34.683.688,59€)	3.528 (34.683.688,59€)
CAIXA CATALUNA (26)	2.081 (15.863.198,24€)	71 (669.358,79€)
TARGOBANK (26)	2.786 (51.401.731,87€)	2.786 (51.401.731,87€)
CREDIT MUTUEL (26)	2.068	2.068
	(22.590.700,83€)	(22.590.700,83€)
BANCO GALICIA (26)	2.056 (22.535.439,26€)	2.056 (22.535.439,26€)
BANCO POPULAR (2)	560 (9.997.880,46€)	560 (9.997.880,46€)
UBI BANCA (29)	9.443 (104.817.086,30€)	9.443 (104.817.086,30€)
FINANMADRID (31)	5439 (53.079.845,41€)	5435 (53.056.475,37€)
BANCO SABADELL (28)	4.331 (59.071.637,72€)	4.273 (58.884.335,17€)
HSBC (33)	70 (23.577.978,99 €)	70 (23.577.978,99 €)
Total (304)	41.823 (499.118.789€)	37.783 (487.420.780€)

Como ya se ha indicado, de la utilización de estos factoring por parte de Pescanova para financiarse sin base comercial se tuvo conocimiento por primera vez cuando las sociedades instrumentales, por una parte, o esos antiguos o inexistentes clientes, de otra, empezaron a recibir, a partir de marzo de 2013, infinidad de reclamaciones y burofaxes a los que ya se ha hecho referencia.

Las personas acusadas que sabían y participaron, según su puesto de trabajo, en los contratos de factoring o las pólizas de descuento de efectos financiaban a la Sociedad pese a carecer de una cobertura contractual fueron:

- 1º además del presidente.
- 2º el responsable del departamento de administración, Sr. Virgilio .
- 3º el jefe de contabilidad, Sr. Sixto , por el contacto específico, concreto y continuo en este tiempo con las sociedades instrumentales.
- 4º el responsable del departamento financiero, Sr. Alexander , no en vano, era el encargado de conseguir financiación para el banco, aportando la documentación que fuera necesaria.

- 5° el Sr. Juan Francisco, no sólo por ser el responsable de la auditoría interna, sino porque, como se ha indicado, también participó en una de las reuniones de Pescanova con el Sr. Jose Pedro en el proceso de encargo para que se hiciera cargo de llevar la administración formal de las 12 sociedades.

- 6° el Sr. Jose María, por cuanto en su condición de director financiero de Pescafin, además de contribuir a la financiación de la matriz por orden de Pescanova, también Pescafin llevó a cabo operaciones de financiación con alguna de las entidades bancarias sobre la base de esas transacciones de pescado inexistentes con las sociedades instrumentales.

Pero el factoring, además de no tener soporte contractual, suscitaba una cuestión de vital importancia, la de su correcto encaje en la contabilidad. Es decir, de considerarse "sin recurso", no era necesario hacerlo constar en la contabilidad de Pescanova porque el banco asumía el riesgo, pero, de considerarse "con recurso", la responsabilidad correspondía a Pescanova y debía figurar en la contabilidad como deuda.

Los contratos de factoring suscritos por Pescanova, según aparecía en sus textos eran "sin recurso" y, así fue considerado por la matriz y, en concreto, por su departamento de administración, por el financiero, por la auditoría interna y por la auditoría externa, sin que por ésta última se adoptaran ninguna comprobación tendente a su constancia.

Sin embargo, con independencia de que cada uno de los responsables de esos dos departamentos y el jefe de la auditoría interna conocían que el sustrato de las operaciones que se cedían era inexistente; el auditor externo mostró su conformidad con la calificación efectuada por su auditada sin llevar a cabo ningún control.

En cualquier caso, no todos los factoring eran "sin recurso"; en efecto, como se ha indicado Pescanova suscribió contratos de factoring desde 2002 con Finanmadrid, luego Madrid Leasing y después, Bankia en los que, pese a figurar la cláusula de "sin recurso", la Sociedad se veía obligada a firmar, de forma privada, es decir, fuera del propio contrato de factoring, un compromiso de asunción de pago en caso de impago de los deudores cedidos.

En efecto, figura en autos las 7 cartas de recompra o garantía de pago de fechas 27/02/2002, 27/06/2003, 25/02/2004, 28/05/2004, 23/12/2004, 25/11/2008 y 23/03/ 2012, relativos a otros 7 contratos de factoring suscritos entre las dos partes, en las que Pescanova se comprometía con Madrid Leasing, primero, y con Bankia después, a hacerse cargo de los impagos de las deudas desde aquél primer contrato de factoring suscrito el 27/12/2002, cuyo texto, repetido durante los citados años, era el siguiente:

"En relación con el contrato de referencia de 27/12/2002, modificado el 27/06/2003, 26/02/2004, 28/05/2004, 10/12/2004 y sucesivos anexos, les confirmamos nuestro compromiso de que en el caso que los pagos previstos en el contrato no se efectúen por los deudores por cualquier motivo, incluyendo la insolvencia, de forma parcial o total, a la fecha de sus respectivos vencimientos, PESCANOVA SA. se compromete, por ella misma y por cualquiera de los demás titulares (Pescafin SA., Pescafin Bacalao SA y Pescafresca SA.) a reembolsar y/ o recomprar los créditos el día hábil siguiente a la fecha límite indicada, con independencia de qué titular haya hecho la cesión, para lo cual autorizo a MADRID LEASING SA. a efectuar el adeudo en la cuenta... que PESCANOVA mantiene en Caja Madrid".

La consecuencia de la firma de esas cartas, de las que no consta que el Sr. Sebastián tuviera conocimiento, suponía que la matriz asumía la responsabilidad en caso de insolvencia de los deudores.

Aparte del citado supuesto, aparecía en el apartado de los papeles de trabajo de BDO denominado "Memorandum sobre factoring", una reflexión acerca de la consideración que debían merecer los factoring en el supuesto de que los bancos utilizaran retenciones en garantía de la existencia de alguna incidencia con los clientes cedidos, la citada reflexión no sólo concluye que en ese supuesto el factoring seguiría siendo "sin recurso", sino que de forma rotunda descarta la idea de insolvencia por parte de Pescanova.

El texto de la indicada reflexión es el siguiente: *"Se nos plantea la duda de que a pesar de las condiciones de los contratos y la mención expresa de gran parte de las entidades de factoring a que los mismos son sin recurso, el hecho de que exista una retención de garantía puede hacernos pensar que no se haya transferido sustancialmente los riesgos y beneficios inherentes a su propiedad.*

En base al conocimiento de la Sociedad, podemos afirmar que la garantía de dichos contratos no se establece para cubrir el posible riesgo de insolvencia, dado que el mismo en esta Sociedad es prácticamente nulo, sino para cubrir posibles discrepancias en factura.... Con lo cual concluimos que los factoring son sin recurso y están correctamente contabilizados".

Como consecuencia de las operaciones de descuento debidas a los contratos de factoring analizadas, esto es, las originadas por las remesas de facturas comprendidas entre enero de 2012 y marzo de 2013, Bankia sufrió un perjuicio de 19.959.494 € como consecuencia del descuento de facturas remitidas por la matriz en

remesas de fecha 9 y 24 de octubre de 2012, 9,20 y 26 de noviembre de 2012, de 10 y 24 de diciembre de 2012, 10 y 23 de enero de 2013 y 6 de febrero de 2013.

Como se ha indicado, Finanzmadrid suscribió un primer contrato de factoring "sin recurso" el 27/12/2002, suscrito por el Presidente de la Sociedad, con la intervención de Alexander, para la gestión de facturas con un límite de 3.000.000 €; en este contrato, por razón de su fecha, no se nombraban los deudores cedidos, sino que se hablaba de "clientes nacionales del cedente"; tal cesión, que no era comunicada a los deudores, se hacía mediante la unión al contrato de un anexo con una relación de deudores y créditos y el posterior envío de unas "hojas de remesa" con el número e importe de las facturas que no se trasladaban físicamente; entre la citada fecha y el 19/11/2012, se incorporaron hasta 10 anexos con límites máximos crecientes de cesión hasta llegar a los 20.000.000 €; posteriormente, como ya se ha indicado, Finanzmadrid fue sustituida por Madrid Leasing en el 2004 y ésta por Bankia.

UBI Banca ha acreditado un perjuicio de 18.899.617,45 € por el descuento de facturas remitidas por Pescanova en remesas de 12 y 26 de septiembre de 2012, 11 y 28 de diciembre de 2012, 11 y 28 de enero de 2013 y 27 de febrero de 2013, al no obedecer a operaciones reales de entre las que figuran 8 de las sociedades instrumentales; además de esta deuda, UBI Banca tiene reconocido un crédito concursal de 86.080.645,28 €, de los que 42.061.052,30 € correspondían a factoring suscrito entre el 24 de mayo de 2011 y el 15 de junio de 2011, según los datos de la contabilidad.

El Banco Espirito Santo de Portugal concedió créditos documentarios a la matriz por importe de 47.993.437 €, a favor de las filiales Promarisco, Skeleton Coast Trawling, Pesca Chile, Medosan y Argenova y varias de las sociedades instrumentales que fueron impagados después de haber sido descontados por Pescanova; no obstante, las dudas surgidas en torno a su reclamación obliga a posponerla a la fase de ejecución de sentencia.

En el momento de la presentación de la solicitud del concurso, 15/04/2013, el Grupo Pescanova tenía, además de otros pasivos financieros, deudas con 109 bancos por un importe de 3.003.926.507 €, según aparece en el documento de 22/04/2013 elaborado por Lener a petición de Pescanova; de la citada cifra, 1.938.671.801 € correspondían a deudas de Pescanova con 40 bancos, cuyos créditos figuran reconocidos en el concurso.

5º.- No inclusión en el perímetro de consolidación de determinadas sociedades

Otra de las formas utilizadas por Pescanova para disminuir su deuda financiera y aparentar frente a terceros una imagen económico-financiera positiva no coincidente con la real, era apartar del grupo consolidado algunas de las filiales extranjeras con deudas hasta que, surgida la crisis y rectificadas las cuentas anuales, fueron nuevamente incorporadas.

Las sociedades en cuestión fueron, Efripel, American Shipping, Antartic Sea Fisheries, Medosan y Porvenir.

De ellas, se conoce con total detalle las vicisitudes del proceso de salida y entrada en el grupo de Efripel y las comunicaciones mantenidas por el presidente con los Sres. Juan Francisco, Virgilio y Vicente en ambos procesos y, con menos detalle, cómo se regularizaron American Shipping, Medosan, Antartic Sea Fisheries y Porvenir.

Al final, las cinco sociedades fueron incorporadas en el perímetro de consolidación de Pescanova en abril de 2013, comunicándose a la CNMV. El importe de la deuda afluída en abril de 2013 y que había sido ocultada hasta entonces por la matriz supuso el incremento de la suma de las deudas de las que la matriz se deshizo por importe de 65.751.802 €. según los importes del gráfico siguiente extraídos de la contabilidad de cada una de las siguientes sociedades:

Efripel 5.145.624€

American Shipping 28.822.001€

Antartic Sea Fisheries 1.784.177€

Medosan 21.000.000€

Porvenir 9.000.000€

Total 65.751.802 €

El mecanismo ideado por el presidente de la matriz, en relación con EFRIPEL (ENTREPOSTO FRIGORÍFICO DE PESCA MOCAMBIQUE, LIMITADA), fue concertar, a través de una persona de confianza, la venta de la indicada sociedad a final de ejercicio, con el compromiso de comprarla de nuevo e incorporarla al grupo a principios del ejercicio siguiente. Para poner en marcha el citado mecanismo, el presidente de la Sociedad, Carlos Jesús, sirviéndose de la colaboración del acusado Sr. Vicente y utilizando a Novapesca Trading S.L., -sociedad propiedad de Pescanova en un 99%, y de la que según los años, eran administradores solidarios el propio

presidente y el acusado Sr. Vicente y, en otros años, sólo el presidente- y de la colaboración del acusado Sr. Jose Antonio, administrador de World Frost, a finales de 2010, vendió el 93,20% de Efripel a World Frost S.L. por importe de 10.000 €, con el compromiso por parte de World Frost S.L. de volver a vender la sociedad a Novapesca Trading S.L. por un precio de 15.000 €, siempre que World Frost S.L. fuera requerida antes del 31/12/2011; de forma que no interesando a la matriz el retorno de Efripel, el 30/12/2011 se prorrogó el contrato hasta el 30/12/2012; si bien, en marzo de 2013, cuando la deuda de Pescanova era conocida y la CNMV estaba requiriendo a la matriz para que informara sobre las sociedades que se integraban en el consolidado, el presidente de la Sociedad, en representación de Novapesca Trading S.L., firmó un nuevo contrato de compra del 93,20% de Efripel con el Sr. Jose Antonio, antedatando la fecha del indicado contrato de recompra a 31/12/2012.

La integración de las otras cuatro sociedades en el perímetro de consolidación no se llevó a efecto hasta que la sociedad fue requerida por la CNMV, pues aun cuando con anterioridad a la citada fecha y con motivo de la compra de acciones por Pescanova de American Shipping y Medosan y la consiguiente obligación de comunicarlo al Ministerio de Industria español, le fue consultado al presidente sobre la conveniencia de facilitar determinados datos a las autoridades españolas, contestó negativamente, y tampoco tuvo éxito la gestión realizada en abril de 2013 por el Sr. Juan Francisco cuando trató de antedatar la compra de las acciones de Porvenir a fecha de 31/12/2012.

En cambio, sí existen datos objetivos que han permitido corroborar la vinculación de las citadas sociedades con Pescanova antes de abril de 2013 y son, al menos, 3 pólizas de crédito multi-titular a nombre de alguna de estas sociedades y otra del grupo cuyo objeto era traspasar, a final de ejercicio y antes del cierre contable, el saldo dispuesto por Pescanova a estas sociedades filiales lo que permitía que figurara en los estados financieros consolidados de Pescanova como un saldo a pagar frente a un acreedor en vez de una deuda con una entidad de crédito, tal como se corrigió en los estados financieros de referencia (la denominación de estados financieros de referencia fue utilizada con frecuencia por los peritos de KPMG para referirse a todos los datos aportados por Pescanova en abril de 2013 a la CNMV aforando parte de su deuda que había permanecido oculta a los consejeros y acreedores hasta esa fecha).

Una de estas pólizas, suscrita el 13/10/2010 entre el Banco de Sabadell y American Shipping S.A., por importe de 4.000.000 €, en la que Pescanova actuaba como fiador, fue firmada, por ambas sociedades, por el presidente de la compañía.

Otra de ellas, suscrita por Argenova con el mismo banco el 30/09/2011, por importe de 13.000.000 €, en la que Pescanova también desempeñaba el papel de fiador, fue igualmente firmada por el presidente de la Sociedad por las dos entidades.

Y lo mismo ocurrió en la suscrita por Medosan con Caja Cantabria el 15/12/2010, con el respaldo de la matriz por un importe de 4.000.000 €. y firmada sólo por el presidente, tanto en nombre de la prestataria como de la fiadora.

6º.- Inversión en Novanam

Otra específica forma a través de la que la matriz ocultaba deuda fue la llevada a cabo en relación con Novanam Limited, sociedad de Namibia en la que Pescanova, a través de Novapesca Trading S.L., invirtió un total de 1.989.999 dólares namibios, equivalentes a 223.217.369 €, en una emisión de acciones preferentes (preference shares) entre 1998 y 2010, lo que le permitió adquirir un 49% de su accionariado, aunque la realidad es que dependía financieramente de la matriz.

Sin embargo, con objeto de ocultar la indicada inversión, a partir de 2007, Novapesca Trading S.L. transmitía su participación a final de año a la sociedad Cuvimarket constituida en Vigo, en diciembre de 2002 y disuelta en febrero de 2013, cuyo administrador desde 2007 era el Sr. Candido -, con el compromiso de recomprarla al año siguiente, hasta que al surgir determinados problemas con la Agencia Tributaria, el acusado Sr. Vicente, a principios de 2013, propuso al presidente y a los Sres. Alexander y Virgilio, encargar a un conocido de la Sociedad, D. Eduardo, su liquidación y continuar haciendo esa labor de venta y recompra con American Shipping S.A., sin que estas operaciones llegaran a materializarse al darse a conocer la crisis de la sociedad. Si bien en la contabilidad de Novapesca Trading S.L. figura que la cantidad invertida por Pescanova en Novanam fue 227.362.150 €, los Sres. Virgilio y Juan Francisco manifestaron, en la reunión mantenida con la CNMV el 10/04/2013, que la inversión había sido de 170.010.124 €.

7º.- Desnecos

Ya se ha mencionado que una de las formas de sortear la correcta contabilización de las operaciones llevadas a cabo por Pescanova y su filial Pescafinia fue el neteo que, en realidad, no era más que una forma de compensar las deudas con activos trasladando esas compensaciones a la contabilidad lo que permitía maquillar las

prácticas contables irregulares ya citadas (créditos documentarios; sociedades instrumentales; operaciones de factoring sobre la base de operaciones inexistentes, o de no contabilizarlas como deudas; contratos de asunción de deudas entre Pescanova y Novapesca Trading S.L. mediante las que la matriz se deshacía de la deuda contraída con las denominadas sociedades instrumentales a finales de ejercicio y hacía la operación contraria a principios del siguiente; la exclusión de sociedades fuera del perímetro para disminuir sus deudas; la utilización de las filiales extranjeras para trasladarles pasivo o las partidas dedicadas a subvencionarlas que, sin embargo iban destinadas a la matriz) pero, además de esas prácticas que implicaban técnicas de neteo, se indicarán otra serie de actuaciones con la misma finalidad y, entre ellas:

- 1.- La derivada del "ajuste nº 1" del proceso de consolidación.
- 2.- Los ajustes derivados del desneteo tanto en las cuentas individuales de determinadas sociedades o en las cuentas consolidadas.
- 3.- La compensación de la deuda financiera con los depósitos bancarios exigidos por los bancos y
- 4.- Las instrucciones genéricas impartidas por el Sr. Juan Francisco a los directores de área para su distribución entre las sociedades de su área.

1.- En relación a la primera, su práctica se concentraba en la fase de consolidación, cuyo proceso se desenvolvía a través de los pasos siguientes:

- La matriz recibía los estados financieros individuales de cada una de las sociedades- (PIF's) paquetes de información financiera, auditados por BDO que se incluían en la aplicación de consolidación del Grupo para formar un balance agregado.

- A partir de ahí, el departamento de consolidación, cuyo responsable era el Sr. Juan Francisco, introducía los ajustes de consolidación obteniendo los estados financieros consolidados.

- Pero, sobre este patrón, el indicado departamento de consolidación introducía el "ajuste nº 1", que tenía por objeto compensar activos con pasivos e ingresos con gastos, ajenos al proceso de consolidación, con objeto de conseguir la imagen que se pretendía transmitir.

El citado mecanismo era fácilmente detectable cuando se comparaban las cifras de la deuda total de los estados financieros presentados al Consejo de administración de 27 de febrero de 2013 que, con el ajuste nº 1, alcanzaba los 2.413.187.107 € y el total pasivo de los estados financieros de referencia presentados a la CNMV en abril de 2013, que importaba 3.750.085.452 €, obviamente sin ajuste (es decir, desneteados). La diferencia entre ambas cantidades -de 1.336.898.345 €, tuvo por objeto anular y revertir parte de ese ajuste 1, incorporando además al perímetro de consolidación el pasivo de las 5 sociedades ya indicadas y otras partidas de la deuda financiera.

En el gráfico siguiente se puede observar en la primera columna que el importe de la deuda que aparecía en los estados financieros (es decir, las cuentas anuales elaboradas por el departamento de administración de Pescanova, revisado por el auditor interno, Sr. Juan Francisco y después por la auditoría externa, Sr. Sebastián y que fue presentado para su formulación al Consejo de administración del 27/02/2013) era de 2.413.187.107€, mientras que el que figuraba en la última columna -que eran los datos que la Sociedad hizo constar ante la CNMV en abril 2013-, ascendía a 3.750.086.452 €, reincorporando a esos estados financieros el desneteo que se había producido entre la columna 3 y la última.

El cuadro que se aporta permite ver cómo la Sociedad ocultó deudas mediante el neteo en la primera columna y cómo después, ante la CNMV fue incorporando las cantidades neteadas teniendo en cuenta únicamente los datos de la contabilidad existentes en Pescanova, de cuya elaboración y supervisión eran responsables: además del presidente, el responsable del departamento administrativo, el acusado Sr. Virgilio; el jefe de contabilidad, el acusado Sr. Sixto; el responsable del departamento financiero, el acusado Sr. Alexander; obviamente el acusado Juan Francisco, en su condición de auditor interno, y, el acusado responsable de la supervisión de las cuentas y miembro de BDO, Sr. Sebastián.

A efectos de su correcto entendimiento se precisa que:

a) el encabezamiento de las 6 columnas que aparecen en abreviatura de izquierda a derecha son: Balance de situación. Activo

1ª columna: Estados financieros del Consejo de administración del 27/02/2013.

2ª columna: Incorporaciones al perímetro y otros ajustes.

3ª columna: Reversión parcial del ajuste nº 1.

4ª columna: Otras modificaciones del ajuste nº 1.

5ª columna: Otros ajustes.

6ª columna: estados financieros de referencia, es decir, los datos aportados por la entidad en abril de 2013 a la CNMV.

b) las cifras que aparecen entre paréntesis son negativas;

c) las siglas que aparecen en el margen de la izquierda se corresponden con:

1.- Patrimonio Neto, con los subapartados siguientes:

1.1- capital suscrito.

1.2- prima de emisión.

1.3-reserva de revalorización.

1.4- reservas revalorización por transición a NIC's.

1.5- otras reservas de la sociedad.

1.6- reservas en sociedades consolidadas por integración.

1.7- reservas en sociedades puestas en equivalencia

1.8- Menos: valores propios.

1.9- diferencia de conversión

1.10- pérdidas y ganancias atribuibles a la sociedad dominante.

1.11- dividendo a cuenta del ejercicio

1.12- intereses minoritarios

2.- Pasivos no corrientes y dentro de él, los subapartados siguientes:

2.1- emisión de obligaciones y otros valores negociables.

2.2- deudas con entidades de crédito.

2.3- deudas con empresas del grupo y asociadas.

2.4- ingresos a distribuir en varios ejercicios.

2.5- pasivos por impuestos diferidos.

2.6- provisiones para riesgos y gastos

2.7- otros acreedores

3.- Pasivos corrientes, y dentro de él, los subapartados siguientes:

3.1 emisión de obligaciones y otros valores negociables.

3.2- deudas con entidades de crédito.

3.3- deudas con empresas del grupo y asociadas.

3.4- acreedores comerciales.

3.5- otras deudas no comerciales.

3.6- provisiones para operaciones de tráfico.

3.7- ajustes por periodificación.

3.8- pasivos directamente ANCMV (activos no corrientes mantenidos para la venta)

1ª c. 2ª c 3ª c. 4ª c 5ª c 6ª c

Bs.Activo E.F. I.per. R.parcial. otras otros

E.F.

Refe

A) Patrimonio Neto

1 suscrito 653.890.666 (43.100.741) (43.100.741)
(12.915.970) (450mmC) 147.873.955
Prima e 172.426.308 --- --- --- 172.426.308
R.R. 113.561.436 ----- 113.561.436
R.R.nic 16.846.315 ----- 16.846.315
Otras R 67.992.681 ----- 67.992.681
R. S.Cons 42.348.552 --- --- ---
2.348.552
R.S. equi (11.141.755) --- --- --- (11.141.755)
Menos v.p.(2.405.805) ----- (2.405.805)
Dif conv. 5.259.943 ----- 5.259.943
P y G.S 36.427.456 (43.885.000)(12.915.970) (20.373.514)
Dividendo -----
Intereses 25.835.525 784.259 --- --- --- 26.619.784
B) PnoC. 876.788.513 632.534 176.297.990 1.379.731) 5434.332
1057773638 e.obli 349.442.428 --- --- ---
- 349.442.428
d.banc 390.693.028 63.334.149 110.000.000 --- -
5.434.332569.461.509 d grup 290.000 (3.290.000) ---
3.000.000 --- --- --- ingresos 104.509.672 --- ---
(270.756) --- --- 104.238.916 pasivos ---
4..379.731 --- (4.379.731) --- --- prov. 639.093
96.495 12.255.160 --- --- --- 2.990.748 acreedores
31.214.292 (63.887.841) 54.313.586 --- --- 12.990.748
C) PC 882.507.928 1.027.861.281 184.963.340 19915970 429189340
2544437859 Emi.o -----
D. banc 294.704.239 1092851480 205162149 22915979 440272087
2055905925
D grup 217.795.792 (7.356.257) (203.142.081) 4.161.377 ---
11.458.831
A.Com. 94.402.139 (77.696.296) 234785768 16557970 16557970
(7719347) 260.330.234
Otrasd. 101.797.936 6.033.557 (34523160) (20309188)
(3363400) 59.635.745 Prov 108.146 3.410.159 ----- (3.410.159)
--- 108.146 a.perio 29.938.236 618.638 (17.319.336) -----
--- --- 13.237.538 P. ANCMV 143.761.440 --- --- ---
--- --- 143.761.440
TP 413.187.107 985.393.074 --- 361261330 5620269 (15376328)
3.750.085.432

2.- La segunda modalidad de neteo derivaba del propio reconocimiento por parte de la entidad en los estados financieros presentados ante la CNMV en las cuentas individuales de determinadas sociedades del grupo,

en concreto, Pescanova, Pescanova Alimentación, Pescafina, Bajamar Séptima, Promarisco, Pescafresca y Camanica Zona Franca, por un importe de 1.440.005.929 €, que junto con el desneteo de las cuentas consolidadas del grupo, por importe de 434.212.436 €, ascendió a 1.874.218.365 €, de acuerdo a los datos aportados por la Sociedad a la CNMV consistentes en otros 1.440.005.929 € de deuda aflorada ante el organismo regulador, según el desglose siguientes:

Pescanova	1.249.188.095 €
Pescanova Alimentación S.A.	31.608.065 €
Pescafresca S.A.	14.648.170 €
Bajamar Séptima	5.477.978 €
Promarisco S.A.	8.254.809 €
Pescafina S.A.	98.556.962 €
Camanica Zona Franca	32.271.850 €
Total	1.440.005.929 €

3º.- El tercer tipo de neteo obedecía a una práctica habitual de los bancos al conceder un préstamo, consistente en obligar a contratar un depósito bancario en la concesión de préstamos. Es decir, si Pescanova estaba interesada en pedir un crédito de 10.000.000 €, tenía que pedir uno de 50.000.000 €, porque el banco exigía un depósito de 40.000.000 €.

Partiendo de la citada premisa, cuando el departamento de administración de la Sociedad, de conformidad con las directrices del auditor interno y supervisadas por el auditor externo, registraba la deuda en sus estados financieros, neteaba ambas cifras y contabilizaba la diferencia, esto es, los 10.000.000 €, práctica con la que trataba de cumplir con los límites de riesgos exigidos por los bancos (covenants) y maquillar la situación patrimonial de la compañía.

Y 4º.- La última modalidad de neteo, tenía por objeto ocultar deuda financiera a través de correos electrónicos remitidos por el auditor interno a los directores de área para su distribución entre las filiales, en relación a los ejercicios 2010, 2011 y 2012 que, sin perjuicio de su exposición más adelante, recordaba a los directores de área al final de cada ejercicio recomendaciones como:

1º.- El EBITDA debe ser el mayor posible.

2º.- El resultado final debe ser el mejor posible.

3º.- El gasto financiero debe ser el menor posible.

4º.- El pasivo bancario debe ser el menor posible.

5º.- El pasivo a corto plazo debe ser el menor posible, preferiblemente trasladándolo a otras partidas.

6º.- La tesorería debería ser lo más elevada posible.

7º.- El activo fijo debe ser el menor posible.

8º.- En último extremo, se deben compensar gastos financieros con cualquier partida que afecte al EBITDA y otras semejantes.

Ya se ha indicado que el responsable en Pescanova del consolidado era el Sr. Juan Francisco, que efectivamente era quien dirigió las operaciones de neteo del ajuste nº 1, pero también era el impulsor de instar a todos los estamentos sobre la importancia de reducir la deuda financiera a través de la compensación de activos con pasivos y de créditos con deudas pero la autoría en este ámbito también fue asumida por los encargados del departamento de administración y, como se anticipó, debe ser también compartida por el auditor externo.

Exponíamos antes que en las cartas de encargo que el Sr. Sebastián suscribió con el auditor interno, Sr. Juan Francisco, BDO asumía el compromiso siguiente: "Al completar la auditoría de cada una de estas sociedades, que ya se han mencionado, emitiremos nuestros informes que contendrán nuestra opinión sobre las cuentas anuales, individuales y consolidadas..."

Desde que en el 2009 BDO asumiera el citado compromiso, ninguna de las cuentas anuales elaboradas por el departamento de administración o el resto de documentos oficiales en que se plasmaban la situación económica y financiera de la sociedad, supervisadas por el auditor interno dio lugar a que la auditora externa efectuara salvedad alguna de la documentación económica o financiera de la Sociedad.

También se ha indicado que la actuación de Pescanova para con el auditor externo no fue siempre la misma.

En efecto, en unos casos, concretamente los relativos a las 5 filiales extranjeras (EFRIPEL, AMERICAN SHIPPING, ANTARTIC SEA FISHERIES, MEDOSAN Y PORVENIR), la Sociedad las mantuvo ocultas, es decir, fuera del perímetro de consolidación que debía ser revisado por BDO porque eran utilizadas para trasladar la deuda desde la matriz hacia aquellas, por lo que no podían ser objeto de evaluación; por lo tanto BDO no tuvo conocimiento de su existencia hasta que la matriz las dio a conocer a la CNMV en abril de 2013.

Pero el resto de la contabilidad de las actividades comerciales, una vez elaboradas por el departamento de administración, se registraban ya neteadas en los libros y en las cuentas y después supervisadas por el auditor externo.

También se ha anticipado que BDO, conoció el contenido de las cuentas, todos los datos de contabilidad de la matriz o de las filiales a las que auditaba y tenía acceso a las operaciones de base con reflejo contable, es decir, facturas, contratos, préstamos, líneas de factoring, créditos documentarios, cesión de créditos, asunciones de deuda, sin restricción alguna salvo la relativa a que en los contratos de factoring no podían sacar una copia, pero sí examinarlos el tiempo que hiciera falta.

Por lo demás, varios acusados admitieron que las cuentas de Pescanova estaban neteadas; es más, los dos acusados responsables de la elaboración de las cuentas y de su supervisión, es decir, los Sres. Virgilio y Juan Francisco así lo manifestaron ante la CNMV; también LENER lo comprobó en el tiempo en que estuvo trabajando para la presentación del concurso voluntario y lo mismo sucedió con los administradores concursales cuando tuvieron que presentar la memoria para el juzgado de lo mercantil.

Pero a los efectos de concretar determinados extremos acerca de lo que BDO tuvo a su alcance, procede detenerse en los aspectos siguientes:

1º.- En la revisión realizada del consolidado y explicación sobre el ajuste nº 1, BDO señalaba que correspondía principalmente con reclasificaciones y homogeneizaciones y agrupación de partidas en línea con ejercicios anteriores, y una de esas partidas era la agrupación de la deuda financiera con activos del mismo importe. Pues bien, en la revisión de la contabilidad de la mecánica de consolidación del ejercicio 2010, que figura realizado el 31/12/2010, preparado por el miembro de BDO designado con las siglas BUR y revisado por LCS, al tratar del ajuste nº 1, los miembros del equipo manifestaron haber realizado la revisión del consolidado, señalando como epígrafes a comprobar:

- a.-) Actualizar el conocimiento del proceso de consolidación seguido por la Sociedad.
- b.-) Cuadre de las reservas del consolidado.
- c.-) Comprobación de los principales ajustes de consolidación.
- d.-) Verificación de los datos introducidos en el ejercicio 2010, las sábanas de consolidación.
- e.-) Realizar una revisión analítica de las cifras consolidadas, y
- f.-) Revisar las cuentas consolidadas.

Cuando la realidad es que la citada cifra de -90.162.149 €, se corresponde con una reducción de la deuda (neteo) con las entidades bancarias en el ejercicio 2010 que aparecía en las cuentas y que fue revisada por BDO.

2º.- En la revisión del consolidado del ejercicio 2011, sucede otro tanto, en el epígrafe "otras deudas a largo plazo" aparece una reducción de la deuda financiera por importe de 285.158.131 €, que es la misma cifra, (menos 4 euros) de neteo con los bancos.

3º.- Y por lo que se refiere a los estados financieros presentados por la Sociedad en el ejercicio 2012, que se iban a formular en el Consejo de administración de 2013, bastaría examinar cómo en la primera columna del gráfico ya indicado aparece como total pasivo un importe de 2.413.187.107 €, en los que tras reconocerse por la Sociedad los neteos que figuran en las columnas 2', 3', 4º y 5', la realidad del pasivo que no figuraba en las cuentas ascendía a 3.750.085.432 €, habiendo sido todas las partidas que componen las cuentas examinadas por BDO.

4º.- Pero, también se neteaba en las cuentas individuales de las sociedades que a continuación se reflejan en el gráfico siguiente, que fueron supervisadas por BDO sin salvedad alguna y, donde la cifra de los neteos llevados a cabo ascendió a 1.440.005.929€, ya citados.



Nombre Sociedad	Importe
	1.249.188.095
	31.608.065
	14.648.170
	5.477.978
	8.254.809
	98.556.962
	32.271.850
	1.440.005.929
Pescanova	
Pescanova Alimentación S.A. Pescateros	
S.A. Bajamar Séptima	
Promarisco S.A.	
Pescarina S.A.	
Camánica Zona Franca	
Total	

CUARTO.- Se exponen a continuación los hechos relativos a cómo se reflejaron: a) en las cuentas anuales de la Sociedad; b) en los informes trimestrales o semestrales o c) en los folletos de emisión, memorias u otros documentos económicos de obligada publicación, los datos económicos de Pescanova que no reflejaban la imagen real de la Sociedad con el objetivo fundamental de poder seguir accediendo a la financiación bancaria y atraer a nuevos inversores que confiaran en los buenos datos económicos publicados.

En definitiva, mediante el conjunto de prácticas irregulares de financiación descritas, el presidente de la compañía, de consuno y con la colaboración de los acusados que prestaban sus servicios en los departamentos de administración, financiero, auditoría interna y el Sr. Vicente, por una parte, y la falta del necesario control de la auditoría interna por quien le competía, de otra, 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 publicados a través de la 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.

Así, en relación al ejercicio de 2009, la compañía hizo constar en sus cuentas anuales consolidadas una deuda financiera de 749.851.000€, cuando los resultados de la contabilidad demostró que la deuda del citado ejercicio ascendió a 2.514.040.000 €.

Igualmente, las cuentas anuales formuladas por el Consejo de administración de Pescanova en el ejercicio 2010, tanto para la matriz como para el Grupo, presentaron unos resultados positivos, respectivamente, de 36.860.000 € y 15.448.000 €, que al no responder a la situación económica real fueron sustituidos por la administración concursal por los patrimonios negativos, respectivamente de -177.355.000 € y -222.910.000 €.

En el gráfico siguiente se expone el resultado positivo de las cuentas anuales del ejercicio 2010, tanto de la matriz (PV) como del grupo consolidado (GPV), tal como fueron formulados por el Consejo de administración y después tal como fueron reexpresados por la administración concursal (AC)

CCAA 2010	Consejo 25-2-2011	AC 30-3-2014 Re-expresadas
-----------	----------------------	-------------------------------



Activo	PV	699.791.000	1.508.748.000
	GPV	2.190.140.000	3.250.763.000
Pasivo	PV	457.535.000	2.271.467.000 (+ 1.814 M)
	GPV	1.712.976.000	3.784.319.000 (+ 2.071 M)
Deuda financiera	PV	432.326.000	2.081.395.000 (+ 1.649 M)
	GPV	794.431.000	2.958.806.000 (+ 2.164 M)
Patrimonio Neto	PV	242.256.000	- 762.719.000 1.005 M)
	GPV	477.166.000	- 533.556.000 1.010 M)
Resultado	PV	15.448.000	- 222.910.000 (- 238 M)
	GPV	36.860.000	- 177.355.000 (- 214 M)

Igualmente, en el ejercicio 2011, los resultados positivos presentados al Consejo de administración de 16.164.000 € en la matriz y 50.421.000 € en el consolidado, fueron reformulados por la administración concursal tras el análisis de su contabilidad por los resultados negativos que aparecen en el cuadro adjunto de -260.110.000€ y -292.594.000€.



GCAA 2011		Consejo 24-2-2012	AG 30-3-2014 Reformuladas
Activo	PV	932.467.000	1.820.801.000
	GPV	2.276.481.000	3.277.990.000
Pasivo	PV	670.289.000	2.872.336.000 (+ 2.002 M)
	GPV	1.744.591.000	4.068.717.000 (+ 2.324 M)
Deuda financiera	PV	639.237.000	2.406.709.000 (+ 1.767 M)
	GPV	960.927.000	3.356.792.000 (+ 2.396 M)
Patrimonio Neto	PV	262.198.000	- 1.051.535.000 (- 1.314 M)
	GPV	531.890.000	- 790.757.000 1.323 M)
Resultado	PV	16.164.000	- 292.594.000 (- 309 M)
	GPV	50.421.000	- 260.110.000 (- 310 M)

La auditoría externa ejercida por BDO Auditores S.L., contratada por Pescanova desde 2002, emitió informes favorables de auditoría de las cuentas anuales y consolidadas de los ejercicios 2010 y 2011, haciendo constar que expresaban la imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera. Los cuatro informes fueron firmados respectivamente, para el ejercicio 2010, el 28 de febrero de 2011 y, para el ejercicio 2011, también el 28 de febrero de 2012, por el Sr. Sebastián como socio auditor de las cuentas y fueron remitidos a la CNMV por los responsables de la entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores.

Por lo que se refiere a las cuentas anuales de 2012, aparecen en el siguiente cuadro:

En la primera columna, las cuentas de la matriz (PV) y del grupo (GPV) presentadas al Consejo de administración de 27/02/2013.

Cuentas anuales 2012		Consejo 27-2-2013	CNMV 5.15 y 16-6-2013	KPMG 10-7-2013	Admón. concursal 29-11-2013
Activo	PV	1.237.102.000	2.369.000.000		1.432.454.000
	GPV				



			3.750.000,00 0 + 1.337 M)	3.031.310,413 - 718.774,913)	2.731.428,000
	GPV	2.413.187,107			
	PV	841.374,000	2.248.000,000		2.955.003,000
			3.602.000,00 0 (+1.842 M)	3.969.103,714 (+ 357.103,174)	4.218.489,000
Pasivo	GPV	1.759.296,000			
	PV	787.393,000	2.198.000,000		2.473.161,000
			3.056.000,000 (+ 2.021 M)	3.543.669,000 (+ 487.611,000)	3.545.279,000
Deuda Financiera	GPV	1.034.809,00			
	PV	395.728,000	121.000,000		1.522.549,000
			148.000,000 506 M)	- 927.793,175 1.075.667,130)	1.487.061,000
Patrimonio Neto	GPV	603.891,000			
Resultado	PV	17.719,000	- 26.000,000		-569.978,000
	GPV		- 20.000,000 (- 16,6 M)	-587.931,484 -567.557,971)	-791.423,000
		36.600,000			

- En la segunda columna, los datos elaborados por el departamento de administración de la Sociedad y enviadas a la CNMV en los días 15 y 16 de abril de 2013.
- En la tercera columna, el importe de las mismas según el informe pericial elaborado por KPMG, y
- En la última columna, los resultados a los que llegó la administración concursal.

En el siguiente gráfico aparecen las diferencias entre la primera y la última columna del gráfico anterior.

Diferencia borrador CCA-CCAA definitivas 2012

CCAA 2012		Consejo 27-2-2013	AC 29-11-2013
Activo	IV	1.237.192.000	1.432.454.000
	GPV	2.413.167.167	2.731.426.000
Pasivo	IV	841.374.000	2.955.093.000 (+ 2.113 M)
	GPV	1.759.296.000	4.218.489.000 (+ 2.459 M)
Deuda financiera	IV	787.393.000	2.473.161.000 (+ 1.686 M)
	GPV	1.004.629.000	3.545.273.000 + (2.510 M)
Pagamien- to Neto	IV	395.728.000	-1.522.549.000 (- 1.918M)
	GPV	653.891.000	-1.487.061.000 (- 2.140 M)
Resultado	IV	17.713.000	-569.978.000 (- 566 M)
	GPV	36.600.000	-791.423.000 (828 M)

Del mismo modo, como consecuencia de lo dispuesto en el citado artículo 35 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, que obligaba a la entidad a remitir declaraciones de gestión intermedia del primer y tercer trimestre e información financiera del primer y segundo semestre de cada ejercicio, entre el 11 de mayo de 2009 y el 15 de noviembre de 2012, los responsables de su elaboración remitieron a la CNMV los informes elaborados, conociendo que los resultados que se iban a publicar ocultaban la deuda financiera real y no reflejaban la imagen fiel de la sociedad, así:

1º.- En el informe de gestión intermedia del primer trimestre de 2009, aparecía a 31 de marzo de 2009, como datos de interés que el grupo Pescanova había obtenido un beneficio neto de un 6% sobre el año anterior, alcanzando los 7.600.000 € y que el Ebitda de los tres primeros meses había crecido más de un 7%, alcanzando más de 27,8 millones, una cifra de negocios neta de 293.446.000 € y un beneficio neto del Grupo Pescanova de 7.641.000 €, con un beneficio antes de impuestos de 1,1 millones de euros, lo que suponía un 11% más que en el mismo periodo del año anterior.

2º.- En la información financiera del primer semestre de 2009, figuraba:

1º semestre 2009	Pescanova SA	Grupo Pescanova
Patrimonio neto	122.718.000 €	327.121.000 €
Cifra de negocios	241.574.000 €	548.579.000 €
Resultado acumulado (beneficio)	3.577.000 €	10.025.000 €
Deuda con entidades de crédito	457.245.000 €	717.796 €

3º.- En el informe de gestión intermedia del tercer trimestre de 2009, figuraba a 30 de septiembre de 2009, una cifra de negocios neta de 912.768.000 €, un resultado consolidado de 14,1m € y un beneficio neto del Grupo Pescanova de 14.057.000 €, lo que suponía un incremento del 28,3 % respecto al mismo período del ejercicio anterior.

4º.- En la información financiera del segundo semestre de 2009, figuraba:

2º Semestre 2009	Pescanova SA	Grupo Pescanova
Patrimonio neto	229.163.000 €	444.459.000 €
Cifra de negocios	286.411.000 €	924.397.000 €
Resultado acumulado (beneficio)	14.307.000 €	32.584.000 €
Deuda con entidades de crédito	353.480.000 €	749.851.000 €

5º.- En el informe de gestión intermedia del primer trimestre de 2010, figuraba a 31 de marzo de 2010, una cifra de negocios neta de 311.323.000 €, y un beneficio neto del Grupo Pescanova de 8.031.000 €, es decir, un 5,1 % en relación al mismo período del ejercicio anterior.

6º.- En la información financiera del primer semestre de 2010, figuraba:

1º semestre 2010	Pescanova SA	Grupo Pescanova
Patrimonio neto	224.163.000 €	452.334.000 €
Cifra de negocios	247.062.000 €	590.253.000 €
Resultado acumulado (beneficio)	3.718.000 €	12.569.000 €
Deuda con entidades de crédito	431.745.000 €	552.126.000 €

7º.- En el informe de gestión intermedia del tercer trimestre de 2010, figuraba un resultado consolidado de 15,4 M €, lo que suponía un incremento del 9,50 % respecto al mismo período del ejercicio anterior, una cifra de negocios neta de 991.169.000 € y un beneficio neto del Grupo Pescanova de 15.393.000 €.

8º.- En la información financiera del segundo semestre de 2010, figuraba:

2º Semestre 2010	Pescanova SA	Grupo Pescanova
Patrimonio neto	242.256.000 €	477.156.000 €
Cifra de negocios	575.401.000 €	1.564.825.000 €
Resultado acumulado (beneficio)	15.448.000 €	36.860.000 €
Deuda con entidades de crédito	327.800.000 €	630.177.000 €

9º.- En el informe de gestión intermedia del primer trimestre de 2011, figuraba una cifra de negocios de 329.571.000 € y un beneficio del Grupo Pescanova de 8.553.000 €, lo que suponía un incremento del 6,50 % respecto al mismo período del ejercicio anterior.

10º.- En la información financiera del primer semestre de 2011, figuraba:



1º semestre 2011	Pescanova SA	Grupo Pescanova
Patrimonio neto	247.672.000 €	490.511.000 €
Cifra de negocios	254.460.000 €	624.998.000 €
Resultado acumulado (beneficio)	5.395.000 €	15.223.000 €
Deuda con entidades de crédito	373.952.000 €	487.753.000 €

11º.- En el informe de gestión intermedia del tercer trimestre de 2011, aparecía una cifra de negocios de 1.055.000.000 € y un beneficio del Grupo Pescanova de 24.000.000 €, llamando la atención sobre el incremento del 58 % que dicho resultado suponía respecto al mismo período del ejercicio anterior.

12º.- En la información financiera del segundo semestre de 2011, aparecía:

2º Semestre 2011	Pescanova SA	Grupo Pescanova
Patrimonio neto	262.198.000 €	531.890.000 €
Cifra de negocios	629.219.000 €	1.670.864.000 €
Resultado acumulado (beneficio)	15.164.000 €	50.421.000 €
Deuda con entidades de crédito	393.000.000 €	716.223.000 €

13º.- En el informe de gestión intermedia del primer trimestre de 2012, en el que se llevó a cabo una presentación del presidente de la Sociedad y de Juan Francisco, la cifra de negocios era de 351.000.000 € y el beneficio del Grupo Pescanova de 9.000.000 €, indicándose un incremento del 5,7 % con respecto al mismo período del ejercicio anterior.

14º.- En la información financiera del primer semestre de 2012, se reflejaba:

2º Semestre 2012	Pescanova SA	Grupo Pescanova
Patrimonio neto	265.221.000 €	535.747.000 €
Cifra de negocios	257.425.000 €	667.998.000 €
Resultado acumulado (beneficio)	5.109.000 €	15.619.000 €
Deuda con entidades de crédito	324.425.000 €	490.376.000 €

15º.- En el informe de gestión intermedia del tercer trimestre de 2012, la cifra de negocios era de 1.149.000.000 € y el beneficio del Grupo Pescanova, 24.900.000 €, resaltándose el incremento del 2,2 % que dicho resultado suponía respecto al mismo período del ejercicio anterior.

Una vez que el Consejo de administración de Pescanova de 02/07/2012, aprobó una ampliación de capital por importe de 124.956.740 €, que fue escriturada el 2 de agosto de 2012 y que supuso la emisión de 9.290.464 nuevas acciones de Pescanova, 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% más de capital, 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 la CNMV el 26 de junio y el 10 de julio de 2012 respectivamente, 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.

Entre los extremos que se hacían constar, figuraban los siguientes:

	31-3-2012	2011	2010	2009
Patrimonio neto	525.245.000 €	531.890.000 €	477.116.000 €	444.499.000 €
Resultado	9.042.000 €	50.421.000 €	36.860.000 €	32.584.000 €
Deuda financiera	947.092.000 €	960.527.000 €	794.431.000 €	749.851.000 €

El 10 de julio de 2012, Sebastián, en nombre de BDO, llevó a cabo un procedimiento de "due diligence" con motivo de la revisión de las cuentas consolidadas limitada al mes de mayo, firmando una "confort letter"

dirigida al Consejo de Administración de Pescanova y BNP PARIBAS, como Entidad Coordinadora Global y aseguradora de la ampliación de capital, verificando la corrección de determinados cálculos y la conformidad de la información financiera suministrada con sus respectivas fuentes.

QUINTO.- El apartado siguiente va dirigido a exponer tres tipos diferentes de hechos que son tratados en tres apartados distintos.

En el primero, se expondrán cómo los datos publicados anteriores atraieron a importantes inversores, tales como SILICON METALS HOLDING LLC., LUXEMPART S.A., CORPORACIÓN ECONOMICA DELTA S.A. y GOLDEN LIMIT.

En el segundo, se hará una breve mención de aquellas acusaciones particulares o perjudicados personados en las actuaciones pero que, a diferencia de los anteriores y según ellos mismos manifestaron, no podrían comparecer en juicio y por tanto practicar prueba, limitándose a presentar determinada documentación acreditativa de su inversión y, a veces, la fecha.

Y, en tercer lugar, cómo se llegó a conocer que esos documentos publicados no reflejaban la imagen fiel de la Sociedad, incluyendo las decisiones adoptadas por los diversos Consejos de administración y las del organismo regulador.

Tras la formulación de las cuentas anuales de los ejercicios 2010 y 2011 y el resto de los documentos referenciados, los buenos datos económicos publicados por Pescanova en el Registro Mercantil, en la CNMV y en los folletos de ampliación de capital o emisión de bonos, motivó la captación de cientos de pequeños y medianos ahorradores y sociedades dedicadas a invertir en empresas.

1º.- En relación a la primera parte de este apartado, entre la documentación que la Sociedad remitía a la CNMV como datos que reflejaban su imagen fiel disponible para que los inversores pudieran conocer su situación financiera, se encontraban, para aquellos que decidieron invertir en el año 2011, que el resultado de las cuentas anuales de 2010, como se ha indicado, reflejaban unos resultados positivos, tanto para la matriz como para el Grupo, respectivamente, de 36.860.000 € y 15.448.000 €, que lejos de ser así fueron corregidos y sustituidos por la administración concursal por otros resultados negativos, respectivamente de -177.355.000 € y 222.910.000€.

Además, las citadas cuentas anuales reflejaban una positiva evolución del patrimonio neto que, desde los 124 millones de euros en el 2008, había pasado a 229 millones en el 2009 y a 242 millones en el 2010.

En lo que afectaba a la matriz, el informe de Gestión elaborado por los administradores y acompañado a las cuentas anuales recogía:

"Durante el ejercicio 2010 la evolución económica de la Sociedad, se puede resumir en un incremento de la cifra de negocios en torno a un 91 sobre el año anterior, hasta superar los 575 millones de euros, mejorando también el beneficio de explotación en torno al 191 y el resultado del ejercicio, que superando los 15 millones de euros, representa un aumento cercano al 81 sobre el resultado del ejercicio anterior".

Y en lo que respecta a la información del grupo de sociedades del indicado ejercicio, el indicado informe resaltaba que el holding habría obtenido un beneficio neto atribuido a la sociedad dominante de 36,29 millones de euros, lo que suponía un 13,1% en relación al ejercicio anterior; que la facturación había ascendido en 2010 a 1.564,80 millones de euros, un 6,2% más respecto de las cifras de 2009, y el resultado bruto de la explotación (EBITDA) había sido de 163,30 millones de euros, es decir, un 9% superior al ejercicio precedente.

Por su parte, el informe de auditoría de cuentas anuales emitido por BDO para el citado ejercicio, decía lo siguiente:

"Hemos auditado las cuentas anuales de Pescanova S.A., que comprenden el balance al 31 de diciembre de 2010, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria correspondientes al ejercicio anual terminado en dicha fecha... Nuestra responsabilidad es expresar una opinión sobre las citadas cuentas anuales en su conjunto, basada en el trabajo realizado de acuerdo a la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas vigente en España.... En nuestra opinión, las cuentas anuales del ejercicio 2010 expresan, en todos los aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de Pescanova S.A. a 31 de diciembre de 2010 de conformidad con el marco normativo de información financiera que resulta de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo".

Igualmente, los inversores podían conocer el informe de gestión intermedia del primer trimestre de 2011, donde figuraba una cifra de negocios de 329.571.000 €, un beneficio del Grupo Pescanova de 8.553.000 €, y el incremento del 6,50% que esta cifra suponía respecto al mismo período del ejercicio anterior.

Entre los que, confiando en la veracidad de los datos publicados, optaron por invertir en Pescanova se encuentran los siguientes:

A) En la primavera de 2011, se puso en contacto con el acusado Carlos Jesús, a través de un Banco de Londres, Diego, administrador y presidente de la mercantil americana "Silicon Metals Holdings" LLC, interesada en invertir en empresas que, como Pescanova, fueran recomendadas por las publicaciones especializadas a la vista de la publicación por el organismo regulador de los buenos resultados económicos de sus cuentas anuales, su reputación de líder en el sector de la acuicultura, estar auditada por BDO, empresa que ostentaba el quinto puesto en el ranking mundial; datos que, junto a la buena imagen recibida por personal de su equipo tras visitar las instalaciones en Vigo y las buenas perspectivas transmitidas por el presidente de la Sociedad, tanto en las reuniones personales que mantuvieron como de forma telemática, motivó su decisión de invertir, comprando 241.168 acciones que Nova Caixa Galicia vendía en la Bolsa, a razón de 30 euros por acción, por 7.227.719 € entre mayo y junio de 2011, como también lo hizo el acusado.

Diego también participó también en la ampliación de capital aprobada por el Consejo de administración del 2 julio de 2012, donde adquirió 1.195.718.718 acciones por 16.082.407 € aprovechando que el precio de la acción era de 13,45 euros, ofreciéndole el acusado Carlos Jesús la posibilidad de ser miembro del Consejo de administración, al que sin embargo no pudo acceder por cuestiones legales.

El citado inversor conoció la decisión de Pescanova de presentar concurso de acreedores por el periódico, lo que motivó que su equipo se desplazara a las instalaciones, hablara con BDO, con la CNMV, con otros inversores y con el gobierno para enterarse de lo sucedido, habiendo perdido, en definitiva, la totalidad de su inversión, que ascendió a 23.310.126 €.

B) A mediados de mayo de 2011, Gonzalo, consejero de la sociedad inversora luxemburguesa "Luxempart" SA., conoció a través del Banco belga con el que trabajaba -KBC, la existencia de la empresa familiar española Pescanova, cliente del mismo banco, muy conocida en el sector pesquero y con muy buenas referencias en el mundo de las inversiones como consecuencia de los buenos resultados económicos publicados, auditada por BDO.

Con objeto de acercar a las dos partes, el citado banco se puso en contacto con el acusado Carlos Jesús, quien se desplazó a Luxemburgo el 20/05/2011 junto con el Sr. Juan Francisco, encargado de la relación con los inversores, quien hizo una presentación de la empresa sobre la base de la información pública, esto es, los datos de las cuentas del ejercicio 2010, los publicados por la CNMV y el Registro Mercantil. Después de esa primera reunión, el Sr. Gonzalo se desplazó a Vigo con otras dos personas del equipo analítico y con el asesor legal Sr. Hubiert, visitando la planta de surimi, la de Mira en Portugal y las instalaciones principales, reuniéndose con el Consejo de administración, mientras su equipo se reunió con el Sr. Juan Francisco y otros empleados de la compañía, decidiendo finalmente comprar un 5% del 25% de las acciones que vendía Nova Caixa Galicia, a razón de 30 euros la acción, al igual que el propio Carlos Jesús, por lo que Luxempart elaboró un memorandum of understanding (carta de intenciones) para la compra de las acciones; pero resultó que Nova Caixa Galicia quería vender las acciones antes de finales de mayo, por lo que el Banco belga KBC aconsejó constituir una sociedad- que resultó ser "Pescahold"- que se creó el 31/05/2011, formada por el acusado Carlos Jesús, su hijo Romeo, a propuesta del primero, y el asesor legal de Luxempart, Sr. Hubiert, a la que Luxempart concedió un préstamo de 29.760.000 € para la compra de 992.000 acciones de Pescanova que fue garantizada por SODESCO y Pescanova, firmándose el contrato el 06/06/2011, en el que ambas partes estuvieron asesoradas por un despacho de abogados y en el que, pese a figurar una serie de cláusulas sobre "due diligente", al ser una empresa que cotizaba en Bolsa su contenido quedaba muy reducido. El citado memorandum of understanding se elevó a público el 13/06/2012, adquiriendo Luxempart 992.000 acciones el 04/07/2011 por un importe de 29.783.824 €.

Tras esa primera inversión, la citada entidad llevó a cabo otras tres:

La primera, en septiembre de 2011, de 8000 acciones, por importe de 208.401,54 €.

La segunda, en febrero de 2012, por importe de 17.000.000 € en bonos convertibles en acciones, confiando en la veracidad de los datos publicados en el folleto de inversión, donde figuraban los buenos resultados de los ejercicios 2009 y 2010.

La tercera, participando con 10.000.004,15 € en la ampliación de capital aprobado por el Consejo de administración el 13 de julio de 2012, donde adquirió 677.507 acciones y abonando además a SODESCO 829.785,41 € por la compra de derechos de suscripción preferente. Se vendieron bonos convertibles en marzo de 2013 por importe de 5.000.000 €, por lo que Luxempart invirtió un total de 51.162.445€.

B) De forma similar a los otros dos inversores, entre los meses de mayo y junio de 2011, la mercantil CORPORACIÓN ECONÓMICA DELTA S.A., dedicada a invertir en empresas, confiando en el prestigio, diversidad

de la actividad llevada a cabo por Pescanova y, sobre todo, en la publicidad de los buenos resultados de los últimos años y el hecho de estar auditada por una empresa reconocida a nivel mundial como era BDO, decidió invertir hasta un 5% de las acciones de Pescanova en tres ocasiones:

Entre los meses de mayo y junio de 2011 y a través del mercado de valores, adquirió 972.366 acciones por importe de 29.181.390,14€. Más adelante, participó en la ampliación de capital aprobada en julio de 2012, donde compró 673.762 acciones por importe de 9.123.125,28 €. Y, en diciembre de 2012, adquirió en el mercado otras 135.670 acciones; la referida inversora perdió toda la inversión, que ascendió a 40.182.609 €.

D) Por su parte, DISA, CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A., confiando en los buenos datos de la matriz, compró el 19/07/2012 en el mercado 5.000 acciones, por un importe de 71.450€; abonó 297.377,72 € por la adquisición de los derechos de suscripción preferente en julio de 2012 y adquirió 464 acciones en la ampliación de capital de 2012, gracias a los derechos anteriores, por importe de 6.240.800 €, que fueron vendidas el 29/12/2016 por un importe de 14.070 €; como consecuencia de los sufrió un perjuicio de 6.605.997,72 € que se corresponden con la diferencia entre el precio de adquisición y el de venta.

E) En similar medida, la mercantil GOLDEN LIMIT S.L., vinculada al accionista Sr. Javier, invirtió entre noviembre de 2009 y marzo de 2013, 469.302 acciones, perdiendo su inversión por importe de 5.544.013€.

F) Por su parte, la mercantil CITURRIOZ INVERSIONES S.L. sufrió un perjuicio de 59.820,48 €.

2º.- En relación al segundo apartado, como ya se ha indicado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, además de los inversores o entidades bancarias perjudicadas que han venido compareciendo a lo largo de las sesiones del juicio interviniendo en la prueba propuesta, existen otras muchas entidades y particulares personados que hicieron constar la imposibilidad de su asistencia a las sesiones de juicio, proponiendo como prueba la documental acreditativa de las inversiones realizadas y las fechas en que las inversiones se realizaron que serán expuestas en el apartado de la responsabilidad civil en los fundamentos de derecho y cuyos datos serán tenidos en cuenta como base de la indemnización que les pueda corresponder, cuya decisión deberá realizarse en trámite de ejecución de sentencia como consecuencia de la necesidad de hacer un estudio de los datos aportados.

3º.- Entrando en el tercer aspecto de este quinto apartado sobre los hechos que permitieron conocer a los miembros del Consejo de administración y demás inversores la realidad de la situación económica de la Sociedad, se ha acreditado lo siguiente:

El Consejo de administración de Pescanova señalado para el 27 de febrero de 2013, tenía como principal objeto la formulación de las cuentas anuales para su posterior aprobación por la Junta General. Sin embargo, el viernes, 22 de febrero, el presidente de la compañía convocó por teléfono, a una reunión urgente a celebrar el día 25, lunes, en la sede de la empresa en Madrid, a los Sres. Javier, Baltasar, Florentino y Gonzalo, que acudió con el asesor legal Alain Hubiert, en la que, después de hablar de los buenos resultados del ejercicio 2012 enseñando a tal efecto el borrador de las cuentas anuales que se iban a formular el día 27 de febrero, en las que figuraba una tesorería de más de 140.000.000 € y un balance y resultados mejores que los esperados, explicó que no se había vendido el salmón -en referencia a la planta de acuicultura de salmón de Chile- y que había que pagar, en marzo, una cuota de 50.000.000 € de un préstamo sindicado de 150.000.000 €, por lo que pidió si podían prestar a la Sociedad, entre todos, los 50.000.000 € necesarios para pagar la cuota del préstamo sindicado durante un mes, añadiendo que él ya había prestado a la sociedad 9.300.000 € y 6.000.000 €.

La petición fue rechazada por los asistentes no sólo porque según el borrador de las cuentas anuales del ejercicio 2012 al que los asistentes tuvieron acceso en la citada reunión y que se iban a formular dentro de dos días, figuraba un saldo positivo de tesorería, sino en lo que respecta al Sr. Gonzalo, porque informó a los asistentes que unos días antes, el 15 de febrero, Carlos Jesús fue a Luxemburgo y le transmitió que las cuentas y los beneficios iban a ser mejores porque el salmón estaba casi vendido, entendiendo, por lo tanto, a la vista de la contradicción entre la petición de dinero y los datos que figuraban en el borrador de las cuentas que se iban a formular que las cuentas no reflejaban la imagen fiel de la empresa, por lo que anticipó, junto con el Sr. Florentino, que no votarían a favor de su formulación.

Al día siguiente, 26 de febrero 2013, el Sr. Gonzalo entregó una carta al presidente de la compañía considerando que los problemas de la Sociedad no eran sólo de tesorería, solicitando la asistencia de BDO a la reunión del Consejo y acudir con un abogado, petición ésta última que fue contestada y denegada por el entonces presidente, remitiéndose a lo explicado en la reunión.

Ese mismo día 26 de febrero, Sebastián remitió al Consejo de administración un borrador del informe de la auditoría externa sobre las cuentas en sentido favorable y sin salvedades, anunciando que firmaría las definitivas una vez recibiera determinada información.

También en ese día y con objeto de preparar el Consejo de administración, los responsables de haber elaborado las cuentas para su formulación por el Consejo, es decir, el director del departamento de administración, el acusado Sr. Virgilio ; el responsable de la auditoría interna, el acusado Sr. Juan Francisco y el auditor externo, el acusado Sr. Sebastián , se reunieron con dos de los miembros del Comité de auditoría, en concreto, con su presidente, Sr. Luis Carlos y con el también acusado Sr. Baltasar .

En la citada reunión tras explicar aquellos a los dos miembros del Comité el resultado positivo de las cuentas que se iban a formular al día siguiente y anticipar el Sr. Sebastián su informe favorable a la formulación de las cuentas, el Sr. Baltasar que había asistido a la reunión convocada por el presidente y celebrada el día anterior con motivo de la difícil situación financiera de la entidad por falta de tesorería, no solicitó al responsable del departamento de administración o a los responsables de la auditoría interna o externa algún tipo de explicación tendente a aclarar la necesidad urgente de dinero con motivo del inminente vencimiento, en marzo, de una cuota de 50.000.000 € de un préstamo de 150.000.000 €; de la misma manera, el Sr. Baltasar no hizo ningún comentario a la cuestión en la reunión del Consejo de administración del día siguiente, incluso cuando la noticia fue revelada por uno de los asistentes.

Según consta en el acta levantada de la reunión del Consejo de administración del 27/02/2012, el acusado Sr. Juan Francisco presentó las cuentas anuales del ejercicio 2012 así como las notas a los balances y cuentas de resultados. Por su parte, el acusado Sr. Sebastián añadió en su informe que:

- a.-) El perímetro de consolidación no había cambiado en relación al ejercicio anterior.
- b.-) La deuda financiera del Grupo contenía las estipulaciones financieras (covenants).
- c.-) A 31 de diciembre de 2012, ni Pescanova, ni ninguna de las filiales se encontraba en situación de incumplimiento de sus obligaciones financieras o de cualquier tipo de obligación que pudiera dar lugar a una situación de vencimiento anticipado de sus compromisos financieros.
- d.-) No se conocían contingencias significativas que pudieran afectar al patrimonio o a los resultados del Grupo y,
- e.-) En relación al control interno, informó sobre las mejoras de unificación de sistemas de información financiera y de gestión y en la estandarización de procedimientos de control interno.

Sobre este particular, al ser preguntado por el presidente del Comité si había suficientes actividades de control en el Grupo para reducir los riesgos de incurrir en errores, omisiones o fraudes que pudieran afectar a la fiabilidad de la información financiera, contestó afirmativamente, manifestando confiar en la preparación del management.

El principal punto del orden del día del Consejo de administración del 27 de febrero de 2013, al que tampoco asistió Maximo , en representación de ICS Holding Limited, era la formulación de las cuentas del ejercicio 2012.

En la indicada sesión, el presidente del Comité de auditoría explicó la reunión mantenida el día anterior con el responsable del departamento de administración, auditor de la sociedad y auditoría externa, quien manifestó que tras haber revisado el borrador de cuentas anuales, emitiría un informe limpio y en el mismo sentido se manifestaron los Sres. Juan Francisco y el presidente.

En concreto, y de conformidad con lo anticipado por el Sr. Sebastián , presentó al Consejo el informe siguiente: "En relación a la situación de la auditoría de las cuentas anuales consolidadas individuales correspondientes al ejercicio 2012 de PESCANOVA S.A., les informamos que: Hemos completado sustancialmente los procedimientos de auditoría de las cuentas anuales consolidadas e individuales correspondientes al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2012. A la fecha actual, nos falta recibir documentación soporte no significativa para cerrar la auditoría de la que en principio no se espera se pueda desprender ninguna incidencia significativa. Una vez recibida la mencionada documentación, si de la revisión de la misma no se desprenden incidencias que pudiesen afectar a nuestra opinión, el informe de Auditoría que emitiríamos sería el que se adjunta como borrador".

En un momento determinado de la reunión del Consejo de administración, el Sr. Florentino leyó una carta explicando que el presidente había reunido a un grupo de accionistas dos días antes para decirles que no se había podido vender el salmón y que había que aportar dinero porque vencía una cuota de un préstamo sindicado y, en esas condiciones, manifestó que no aprobaría las cuentas porque no reflejarían la realidad. La carta, que fue apoyada por el Sr. Gonzalo , provocó una situación de preocupación y tensión entre los miembros del Consejo y pese a afirmar el presidente que era una situación coyuntural, la sesión concluyó retirando las cuentas que iban a ser formuladas.

El contenido de la carta leída por el Sr. Florentino era el siguiente: "(i) Que con anterioridad a la presente reunión del Consejo de administración de Pescanova SA., el pasado 25 de febrero recibió del Sr. Carlos Jesús, Presidente del Consejo de administración de la Sociedad determinados comentarios en relación con la situación de tesorería y patrimonial de la misma de acuerdo con las cuales, de verificarse ciertos, por circunstancias acaecidas tras la fecha de cierre de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012, pudiera hallarse incurso en incumplimiento de alguna de sus obligaciones contractuales en materia financiera particularmente del préstamo sindicado- y, adicionalmente hallarse bajo dificultades graves de tesorería;

(ii) que, a pesar de su potencial gravedad, no ha tenido conocimiento de dichas eventuales circunstancias ni recibido ningún tipo de comentario previo o documentación al respecto, ni a título individual ni en el seno del consejo de administración y;

(iii) que, a la vista de lo anterior, entiende que, por consideraciones elementales de información, diligencia, cumplimiento de la normativa aplicable y de las previsiones estatutarias, así como preservación del interés social, es absolutamente improcedente que se someta al Consejo de administración de la Sociedad, según se pretende, una propuesta de formulación de las cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2012 sin una actualización exhaustivamente documentada y detallada de eventuales circunstancias posteriores al cierre que pudieran haber deteriorado gravemente su situación patrimonial o, de tesorería, acompañada del correspondiente borrador de informe de auditoría, todo ello a fin de preservar el reflejo de la imagen fiel de los estados financieros correspondientes.

En consideración a lo anterior, se opone expresamente y vota en contra de la formulación de las cuentas anuales de la Sociedad correspondientes al ejercicio 2012 según son objeto de presentación por parte del presidente del Consejo de administración en este acto y, le requiere formalmente, para que:

(i) Se presente y de cuenta detallada al Consejo de administración de la situación financiera y patrimonial de la Sociedad a la fecha de la formulación de sus cuentas anuales, haciendo entrega a los Sres. Consejeros, con carácter previo para su información y análisis debido, de la documentación correspondiente, inclusiva de borrador del informe de auditoría correspondiente y (ii) Se convoque a continuación, con carácter extraordinario y a la mayor brevedad, nueva sesión del Consejo de administración, con presencia y presentación del auditor de cuentas de Pescanova SA, al objeto de formular, según proceda las cuentas anuales referidas y el informe de gestión, en términos que reflejen la situación financiera y patrimonial de la Sociedad".

Tras la lectura de la carta, se produjo un tenso debate entre los asistentes, figurando en el acta levantada que: "Ante la incertidumbre de poder afirmar el principio contable de gestión continuada (el going concern) en relación a los hechos posteriores al cierre de las cuentas anuales de 2012, se acuerda dejar sobre la mesa y, de momento, no formular las referidas cuentas anuales. Ante esa misma incertidumbre y ante una posible insolvencia inminente de la sociedad, se adopta por unanimidad el acuerdo de realizar el próximo viernes ante el juzgado mercantil de Pontevedra la comunicación de inicio de las negociaciones previstas en el artículo 5 bis de la Ley Concursal".

El 28 de febrero de 2013, Pescanova remitió un hecho relevante a la CNMV cuyo texto fue el siguiente:

"El Consejo de administración de Pescanova S.A., ante la incertidumbre de poder afirmar el principio contable de gestión continuada (el going concern) en relación a los hechos posteriores al cierre de las cuentas anuales de 2012 ha procedido, de momento, a no formular las cuentas anuales en tanto no se den con carácter inminente una de las dos condiciones siguientes:

La certeza de la venta de ciertos activos de la actividad de cultivo del salmón, reclasificados para la venta.

O, la renegociación de la deuda a través del inicio del procedimiento establecido en el artículo 5 bis de la Ley Concursal.

Pudiéndose dar una u otra situación con efectos dispares sobre la cotización de la acción, Pescanova pone de manifiesto estos hechos a los efectos de que esa CNMV evalúe la conveniencia de suspender cautelarmente la cotización de la acción."

Al día siguiente, uno de marzo de 2013, Pescanova remitió a la CNMV un nuevo hecho relevante, cuyo objeto era la presentación de la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal para la renegociación de la deuda, lo que determinó la suspensión de la cotización de las acciones cerrando la cotización el día anterior a 17,40 € hasta que se alzó desde el 04/03/2013, cuando la cotización ya estaba a 6,96€, hasta el 12/03/2013, cerrándose a 5,91 €, fecha en que se suspendió nuevamente hasta el 07/06/2017.

Tras recibirse este hecho relevante, la CNMV requirió el propio 01/03/2013 a los responsables de la entidad para que en un plazo de 15 días aportaran los estados contables a 31/12/2012, el desglose de la deuda y el informe relativo al segundo semestre de 2012.

Por otra parte, el consejero Sr. Javier envió dos correos del 07 y 13/03/2013 al presidente de la Sociedad y al Secretario del Consejo interesando la convocatoria urgente de un nuevo Consejo de administración con la presencia de BDO y del letrado asesor jurídico de la empresa. Por su parte, el Sr. Gonzalo remitió una carta al presidente del Comité de auditoría el 11/03/2013, en la que después de comentarle brevemente lo acordado en el Consejo de 27/02/2013, le instaba a tomar las decisiones oportunas derivadas de su cargo. Los apartados de la citada misiva eran los siguientes:

"Como bien sabe, tanto la ley como los estatutos sociales de la Sociedad imponen una serie de funciones y confieren determinadas facultades de supervisión al Comité de auditoría.

Dentro de las competencias del Comité de auditoría se encuentran la supervisión del proceso de elaboración y la integridad de la información financiera de la Sociedad, recibir del auditor externo información sobre el plan y proceso de auditoría y los resultados de su ejecución y proporcionar al Consejo de administración información detallada respecto a la información financiera que, por su condición de cotizada, la Sociedad deba hacer pública de forma periódica. Nos resulta llamativa la contradicción entre las manifestaciones que hizo usted durante la sesión del Consejo de administración del 27 de febrero, en la que indicó que el informe del auditor no contendría reserva o salvedad alguna sobre las cuentas anuales presentadas al Consejo para su formulación y el contenido del hecho relevante que pocas horas más tarde se difundió al mercado... La gravedad de las implicaciones de la información contenida en el hecho relevante, que se publicó sin previa comunicación a los miembros del consejo de administración y la incoherencia con las manifestaciones hechas en la sesión del Consejo inmediatamente anterior, ponen en entredicho la eficacia de los sistemas de control de los procesos de la información financiera de la Sociedad.... Le instamos a tomar las medidas oportunas para asegurar que, a la mayor brevedad posible, estén preparadas unas cuentas anuales que reflejen la imagen fiel del patrimonio social, de la situación financiera y de los resultados de la Sociedad, de forma que permita el cumplimiento de los requisitos legales aplicables."

El 12/03/2013, la Sociedad comunicó a la CNMV otro hecho relevante consistente en haber detectado discrepancias entre sus registros contables y las cifras de deuda bancaria que pudieran ser significativas y que estaban en proceso de revisión y conciliación, lo que motivó que el organismo regulador acordara una segunda suspensión de la cotización y un segundo requerimiento a la Sociedad con el objeto de conocer la deuda.

Al siguiente Consejo de administración, que tuvo lugar el 14/03/2013, acudieron 4 representantes de la firma de abogados y economistas LENER, especialistas en derecho concursal en Pontevedra, quienes explicaron que el régimen jurídico que implicaba la comunicación aprobada en el Consejo anterior relativa al artículo 5 bis de la Ley Concursal suponía abrir un proceso de negociación con los acreedores para reestructurar la deuda.

Ese mismo día se comunicó a la CNMV un nuevo hecho relevante, consistente en que por unanimidad se había acordado ratificar la línea de reestructuración de la política financiera de la sociedad y el análisis con los auditores y la información aportada el progreso de los trabajos referentes al hecho relevante comunicado el 12/03/2013. No obstante, el contenido de ese hecho relevante fue desmentido por otros dos hechos relevantes, suscritos uno de ellos por los Sres. Gonzalo y Florentino y el otro por el Secretario del Consejo de Iberfomento, Sr. Javier, coincidentes en manifestar no haber votado la reestructuración de la política financiera de la empresa y que mereció una aclaración por parte del Secretario del Consejo de administración de Pescanova en el sentido de que se decidió continuar con el proceso anunciado en los hechos relevantes del 28 de febrero y 1 de marzo relativos a la renegociación de la deuda financiera.

Por otra parte, los Sres. Gonzalo y Florentino, una vez recibida la convocatoria de la reunión del Consejo del 04/04/2013, remitieron una carta al presidente de la Sociedad, informándole de los hechos que estaban conociendo a través de la prensa, esto es, el requerimiento recibido de la CNMV para la remisión de las cuentas anuales antes del 05/04/2013 y el hecho de que la Sociedad podría estar poniendo obstáculos a facilitar la información, instándole a que antes de la indicada se facilitara el borrador del informe de auditoría, con asistencia del auditor e información puntual por parte de todos los miembros del Consejo de administración sobre la situación económica y financiera real de la Sociedad; peticiones, a las que también se sumó el sr. Javier.

La contestación de la Sociedad a los dos requerimientos de la CNMV fue realizada por los servicios administrativos de la Sociedad, sin conocimiento ni participación del Consejo de administración el 5 de abril, de forma genérica, precisando sobre la deuda que:

- a.-) el importe total era 3.056.000.000 €.
- b.-) el de la sociedad individual, 2.247.000.000 €
- c.-) el del grupo consolidado, 3.235.000.000 €, y
- d.-) el de las entidades de crédito, 2.362.000.000 €.

En el siguiente Consejo de administración, que tuvo lugar el 4 de abril de 2013, BDO manifestó que le faltaba información, lo que fue desmentido por los acusados Sres. Virgilio y Juan Francisco, quienes presentaron un borrador de la deuda que podía ascender a los 3.000.000.000€.

Por su parte, la firma LENER indicó que había necesidades urgentes de tesorería, aconsejando presentar un concurso voluntario y dejar sin efecto la decisión de presentar el precurso del artículo 5 bis de la Ley Concursal y otros asistentes, entre los que estaba el presidente, solicitaron la remoción de BDO y contratar un forense; aprobándose presentar el concurso voluntario de acreedores, contratar un forense y la solicitud de revocación del nombramiento de BDO como auditores al Juzgado de lo Mercantil, lo que fue comunicado a la CNMV mediante un hecho relevante.

La incompleta respuesta de los servicios administrativos de Pescanova a la CNMV del 05/04/2013 motivó un nuevo requerimiento a la Sociedad, que fue contestado el 15/04/2013, añadiendo los datos siguientes:

1º.- La decisión de acudir al mecanismo del artículo 5 bis de la Ley Concursal se debió a problemas de tesorería, al vencer el 28 de enero 2013 una cuota de 50 millones de un préstamo sindicado de 150 millones, que se esperaba haber abonado con la venta del salmón, que finalmente no se produjo.

2º.- La presentación de la declaración de concurso voluntario de acreedores, en lugar del precurso (art. 5 bis de la Ley Concursal), fue acordada en el Consejo de administración de 04/04/2013, al considerarlo más conveniente a los intereses de la sociedad, de conformidad con el informe de LENER.

3º.- La Sociedad se mostraba proclive a la continuación de la actividad, siempre que pudiera renegociarse la deuda.

4º.- El total de la deuda neta a 31/12/2012 del grupo consolidado era 3.498.000 €, de los que 2.626.000.000 € era deuda con entidades de crédito.

5º.- La deuda total de la sociedad individual era 3.056.058.000 €, cifra notoriamente superior a la que figuraba en las cuentas consolidadas presentadas al Consejo de administración de 27/02/2013 de 1.034.849.000 €. De la citada cifra, 1.848.000.000 € era deuda con entidades de crédito.

La diferencia entre ambas de 1.939.970.167 € provenía:

a) De haberse ocultado al Consejo de administración los 65.751.802 € de la incorporación al perímetro de las 5 sociedades que se ha indicado, es decir, EFRIPEL, AMERICAN SHIPPING, ANTARTIC SEA FISHERIES, MEDOSAN y PORVENIR.

b) De no haberse recogido los 1.874,218.365 € de desneteo también referenciados.

No obstante, los servicios administrativos de Pescanova referenciaban un patrimonio neto de 148.000.000 €, que no coincidió con el patrimonio real neto negativo de 1.487.061.000€.

6º.- En relación a las sociedades en las que Pescanova ejercía una influencia significativa, los servicios administrativos de la Sociedad manifestaron que eran las siguientes:

a.-) Novanam Limited (Namibia) con un 49%, auditada por BDO.

b.-) Harinas y Sémolas del Noroeste (España), con un 50%, auditada por BDO.

c.-) Abad Exim PVT LTD (India), con un 32,1%.

d.-) Abad Overseas Private (India), con un 45%.

e.-) Eyethu-Nova Joint Venture (Sudáfrica), con un 49%.

7º.- La Sociedad reconoció haber concedido garantías a Novanam, por importe de 27.000.000 € y a Hasenosa, por 4.000.000 €. Igualmente, en el 2011, la Sociedad había concedido garantías a:

1) Grupo Novanam, por importe de 20.000.000 €.

2) American Shipping S.A., por importe de 49.000.000 €.

3) Hasenosa, por importe de 5.000.000 €

4) Porvenir, por importe de 11.000.000 € y

5) Medosan, por importe de 11.000.000€.

También informaron a la CNMV que American Shipping S.A., Porvenir y Medosan, se integraron en el perímetro en 2012, por lo que las garantías se integraron en el pasivo consolidado.

8°.- La Sociedad reconoció una deuda por créditos documentarios de 1.857.000.000 € con Argenova, Promarisco, Pesca Chile y Medosán, derivadas del ejercicio 2012.

9°.- Igualmente informaron de la consolidación por integración global de American Shipping S.A. mediante la compraventa el 31/12/2012 de la mayoría de las acciones de Global Fish, lo que supuso un incremento del pasivo financiero de 29.000.000 9°.- En cuanto a los motivos para solicitar la remoción de BDO, la Sociedad explicó que si bien en la reunión del Consejo de 27/02/2013, BDO no exigió más documentación, después del hecho relevante empezó a solicitarla, alegando la Sociedad haberla tenido a su disposición, incluida la de la CIRBE, entendiéndose que al existir un conflicto de intereses, debía prescindirse de BDO, lo que no obstante, no se aprobó, razón por la que el Consejo de administración acordó el nombramiento de un forense.

El 10/04/2013, los acusados Juan Francisco y Virgilio acudieron a una reunión a petición de la CNMV, en la que al ser preguntados por los extremos que se indican a continuación manifestaron:

a.-) Sobre el incremento del pasivo, explicaron que se debía a la distinta forma de presentación de la información contable que ya existía pero que antes estaba neteada y así era aceptada por BDO.

b.-) En relación a si BDO podía conocer la deuda bancaria de la Sociedad, contestaron que podía obtener toda la información sobre los riesgos bancarios de Pescanova a través de la CIRBE que se encontraba a su disposición.

c.-) Con respecto a los créditos documentarios, manifestaron que los compromisos de compra que los sustentaban después se anulaban y esta práctica era conocida tanto por los bancos como BDO, estando esas cuentas recogidas en los libros, pero en las cuentas anuales e intermedias se neteaban.

En el gráfico siguiente se pone de manifiesto:

A.-) En la primera columna, el pasivo de los estados financieros presentados al Consejo de Administración (E.F. Cjo. Admón) de 27/02/2013 elaborados por el departamento de administración de la Sociedad, supervisados por la auditoría interna y por la auditoría externa.

B.-) En la segunda columna, los estados financieros de referencia (E.F.R.), es decir, la revisión de las cifras anteriores elaboradas por los servicios administrativos que Pescanova comunicó a la CNMV en abril 2013 y en la que la Sociedad aforó parte de las deudas de la Sociedad que habían sido neteadas.

C.-) En la tercera columna, las diferencias entre ambas cantidades, precisándose que las cifras que aparecen entre paréntesis equivalen a saldos negativos:

Concepto		2ª Columna E.F.R.	3ª Columna Diferencia
Patrimonio neto	628.055.141	121.254.171	(506.800.970)
Capital reservas	591.627.685	141.627.685	(450.000.000)
Pérdidas y ganancias	36.427.456	(20.373.514)	(56.800.970)
Intereses minoritarios	25.835.525	26.619.784	784.259
Patrimonio neto	53.890.666	147.873.955	(506.016.711)

Ingresos a distribuir	104.509.672	104.238.916	(270.756)
Riesgos y gastos	639.093	12.990.748	12.351.655
E. obligaciones L/P	349.442.428	349.442.428	---
Deudas con bancos	390.693.028	569.461.509	178.768.481
Deudas empresas grupo	290.000	---	(290.000)
Otros acreedores L/P	31.214.292	21.640.037	(9.574.255)
Pasivos no corrientes	876.768.513	1.057.773.638	180.985.125

Deudas con bancos C/P	294.704.239	2.055.905.9251	761.201.686
Deudas empresas grupo C/P	217.795.792	11.458.831	(206.336.961)
Acreedores comerciales	94.402.139	260.330.234	165.928.095
Deudas no comerciales	101.797.936	59.635.745	42.162.191
Provisión ope. tráfico	108.146	108.146	---
Ajustes periodificación	29.938.236	13.237.538	(16.700.698)
P. no cts venta	143.761.440	143.761.440	---
Pasivos corrientes	882.507.928	2.544.437.859	1.661.929.931
Total pasivo	2.413.187.928	3.750.437.859	1.336.898.345

Las siglas C/P significan corto plazo; L/P, largo plazo.

De conformidad con lo acordado con el Consejo de Administración del 4 de abril de 2013, el 15/04/2013, Pescanova contrató los servicios profesionales de KPMG para cuantificar su deuda, que fue monitorizada por la CNMV, a la que reportó y a la que le entregó sus conclusiones el 15/07/2013, -fecha en la que también las trasladó a la propia auditada, al juzgado central de instrucción nº 5 y a la UDEF-.

En esa misma fecha de 15/04/2013, la firma LENER presentó, en nombre de Pescanova, concurso voluntario de acreedores ante el juzgado de lo mercantil nº 1 de Pontevedra, que el 25/04/2013 declaró a la entidad en concurso voluntario de acreedores, nombrando, a propuesta de la CNMV, a Deloitte Advisory, administradora concursal.

En la citada fecha y según la documentación que la firma LENER presentó al juzgado de lo mercantil el 22/04/2013, además de otros pasivos financieros, Pescanova adeudaba a 109 bancos 3.003.926.507 €, de los que 1.938.671.801 € correspondían a deudas de la matriz con 40 de esos bancos, estimándose un déficit patrimonial de la sociedad el 02/09/2013 de 1.667.074.000 €.

Igualmente, se reexaminaron las cuentas anuales de los ejercicios 2011 y 2012 y se procedió a la formulación de las cuentas del ejercicio 2013, que arrojó un patrimonio neto de la matriz de -1.923.091.000 € y un resultado neto de - 401.562.000 € y, con respecto al Grupo consolidado, un patrimonio neto de -2.236.862.000 € y un resultado de 718.863.000 €.

Sin perjuicio de las citadas cifras, los servicios administrativos de la matriz siguieron trabajando y elaboraron el denominado "mapa de la deuda", que fue notificado al Sr. Juan Francisco el 16/05/2013 y que contenía las deudas de la matriz y del resto del grupo durante los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012 que recogía las partidas de créditos documentarios, factoring sin recurso, préstamos y créditos, que suponía una deuda de 3.535.000.000 €.

El mapa en cuestión, que fue enviado al auditor interno por la empleada de la matriz Ofelia, era el siguiente (en millones de euros):

Pescanova S.A. 2012 2011 2010 2009

Ctos. Doc. 963 987 961 795

Descuento 286 353 458 344

Factoring 172 142 96 85

Prest./créditos 599 574 327 353

Obligaciones 349 245 104 0

Total Pva. 2.369 2.301 1.946 1.577

Ctos. Doc. 10 18 45 39

Descuento 14

Factoring 166 111 107 85

Prést./créditos 937 920 768 763

Pagarés 39 50 43 50

Total grupo 1.166 1.099 963 937

Total 2012 2011 2010 2009

Ctos doc. 973 1.005 1.006 834

Descuento 300 353 458 344

Factoring 338 253 203 170

Prést/créditos 1.536 1.494 1.095 1.116

Pagarés 39 50 43 50

Total deuda bcos.3.186 3.155 2.805 2.514

Obligaciones 349 245 104 0

Total 3.535 3.400 2.909 2.514

Por su parte, Pescafin SA. también presentó concurso voluntario de acreedores, en el que la administración concursal apreció en el ejercicio de 2012 un resultado de -28.943.661 € y un patrimonio neto de -17.551.033 €; resultados muy diferentes a las ventas millonarias de los ejercicios 2011, por importes respectivos de 211.765.000 € y 318.818.000 €, y de la omisión de las deudas con entidades bancarias, que en el 2011 ascendieron a 133.418.151 € y, en el 2012, a 121.883.768 €

SEXTO.- En fechas anteriores y próximas al Consejo de administración de 27 de febrero de 2013, tres miembros del Consejo de administración vendieron parte de sus acciones de Pescanova, sin que conste indubitadamente acreditado que el motivo de esta venta de acciones estuviera relacionado con la inminente pérdida de su valor una vez trascendiera al mercado secundario su situación de déficit.

El acusado D. Javier fue uno de los consejeros de Pescanova que asistió a la reunión convocada por el presidente el 25/02/2013 para informar, no sólo del buen resultado del ejercicio 2012, sino de la necesidad de aportar dinero como consecuencia del vencimiento de una cuota de 50.000.000 € de un préstamo sindicado de 150.000.000 €, en marzo, al no haber vendido el salmón de la planta de acuicultura de Chile. Antes del inicio de la citada reunión, que comenzó sobre las 12 horas, es decir, a las 10,20 horas de ese 25 de febrero de 2013, había ordenado verbalmente la venta de 110.000 acciones del total de las 974.307 de las que Golden Limit S.L., entidad vinculada al citado, era titular. La citada orden, confirmada por escrito a las 10,50 horas, que estableció un precio medio mínimo de 17€ por acción, fue cumplimentada los días 25 y 26 de febrero, aprovechando el alza que las acciones había tenido en esas fechas, obteniendo un ingreso de 1.872.113 €. El objeto de la venta, como se deduce de lo anterior, no podía ser utilizar la información de esa reunión que en el momento que el Sr. Javier ordenó la venta todavía no conocía, sino sencillamente amortizar el préstamo que Golden Limit S.L. había suscrito con Nova Caixa Galicia para financiar el 50% de la compra de 118.302 acciones por 3.554.400 € el 05/07/2011.

Pocos días después, el 05/03/2013 Golden Limit S.L. compró 145.000 acciones de Pescanova a un precio de 4,43 € por acción, lo que supuso un desembolso de 643.000 €, razón por la que, como ya se anticipó, la citada mercantil ostentó la doble condición de acusada y como perjudicada, precisamente por desconocer que la situación financiera y económica de la Sociedad no era la que reflejaban los libros y cuentas oficiales publicados.

El segundo miembro del Consejo de administración que también procedió a la venta de 344.972 acciones por aquellas fechas fue el también acusado Baltasar .

En concreto, entre el 29 de enero y el 27 de febrero de 2013, a través de Nova Ardara Equities S.L., sociedad de la que era titular junto con su madre, a un precio medio de 16,86 € por acción, con lo que obtuvo 5.815.674 € y, en una segunda ocasión, el 27 de febrero de 2013, vendió a través de Ibercomercio e Industria, 420 acciones de Pescanova a un precio de 16,53 €. La razón de ordenar tales ventas fue haber acudido a las dos últimas ampliaciones de capital, en concreto, a la de 2 de julio de 2012, en la que junto con los representantes de Luxempart y Damn, llegaron al compromiso de aportar hasta un 80% de la ampliación de capital, por lo que asumió la parte correspondiente a los derechos de suscripción preferente, de modo que, siendo accionista de un 5'2 % del capital de Pescanova, aportó 3.000.000 €, para lo que Nova Ardara Equities S.A. pidió un préstamo

a Ibercomercio e Industria (IBERCISA), el 1 de julio de 2012, por un año que se amortizó anticipadamente con la venta de acciones de Pescanova ante la difícil situación financiera de la prestamista y, con anterioridad a la citada ampliación, había acudido a la aprobada en el 2009, con otros 5.200.000 €, para la que solicitó una póliza de crédito a Caixa Galicia, a reembolsar en el plazo de 5 años, que amortizó anticipadamente vendiendo el número de acciones necesario para el abono de la póliza, coincidiendo la última venta de acciones de Pescanova con el 27 de febrero de 2013; extremos que permiten concluir la falta de datos incriminatorios contundentes sobre la comisión del delito de uso de información privilegiada.

El tercer acusado por la venta de acciones en torno a la reunión del 25 de febrero de 2013 y en fechas anteriores, fue el presidente de la Sociedad, quien vendió entre el 7 de enero y el 27 de febrero de 2013, a través de SODESCO, 1.688.518 acciones de Pescanova a un precio medio de 16,26 €, lo que supuso un ingreso de 27.459.442 €, cuya venta, como en los dos casos anteriores, no tenía por objeto evitar una inminente pérdida del valor de la acción, sino destinar parte de ese importe a prestar dinero a la Sociedad como consecuencia del déficit de tesorería que a partir de entonces se dio a conocer y que motivó que el entonces presidente prestara a la Sociedad el 07/02/2013 dos cantidades, una de 9.300.000 € y otra de 6.000.000 € el 25/02/2013, ésta última por espacio de 5 días, para atender necesidades de tesorería.

Pero es más, con anterioridad a la citada fecha, entre septiembre y diciembre de 2012, el presidente de la Sociedad había vendido a través de INVERPESCA, 560.678 acciones y, en enero de 2013, a través de la Sociedad Gallega de Importación de Carbones, 24.400 acciones que volvió a invertir, al menos parcialmente, en los dos préstamos citados.

SEPTIMO.- Presentadas dos de las querellas que dieron origen a estas actuaciones, el entonces presidente de la Sociedad y su esposa, con objeto de poner fuera del alcance de los inversores parte de la devolución del préstamo de los 6.000.000 €, que el entonces presidente de la Sociedad, en nombre de SODESCO, prestó a Pescanova el 25/02/2013 por espacio de 5 días, -cantidad que provenía de tres transferencias, una de 4.600.000 € de la cuenta de SODESCO del Banco Sabadell y, el resto, de las cuentas de Kiwi España y Quinta Do Sobreiro del Banco Sabadell cuyos saldos provenían, al menos en parte, de la venta de acciones de Pescanova por parte de SODESCO ya citadas-, llegada la fecha de vencimiento del préstamo el 01/03/2013, el acusado Sr. Amadeo del departamento financiero de Pescanova, hizo una transferencia de los 6.000.000 €. desde la cuenta NUM003 de la sucursal Barclays Bank de Vigo, de la que era titular Pescanova, a favor de la cuenta NUM004 del Banco Etcheverría, de la que era titular Kiwi España, figurando en el concepto de la transferencia "por cuenta de Sociedad Anónima de Desarrollo y Control S.A." (SODESCO). Recibida la orden, personal de la sucursal del Banco Barclays Bank de Vigo solicitó la ratificación de la transferencia al personal de Pescanova que realizó el Sr. Amadeo, recibándose durante esa mañana varias llamadas del personal de Pescanova para interesarse si la transferencia había sido realizada. Pero, con objeto de situar parte de los 6.000.000€ recibidos por Kiwi España S.A. fuera de la jurisdicción española y del alcance de quienes habían invertido en Pescanova, el acusado Carlos Jesús, de acuerdo con su esposa Joaquina, elaboraron un plan consistente en abrir dos cuentas bancarias en Portugal, a donde sería transferido parte de la devolución del préstamo desde donde, después, sería nuevamente transferido a la cuenta abierta a nombre de la citada, de consuno con su marido, en Hong Kong, transferencia que fue finalmente impedida por la propia entidad bancaria como consecuencia de ser considerada como una operación sospechosa, a la vista de los datos publicados en prensa tras la presentación de sucesivas querellas que motivaron el inicio de las presentes actuaciones. Así, en ejecución del citado plan, el 11/06/2013, la Sra. Joaquina, abrió la cuenta número NUM005, a nombre de Quinta Do Sobreiro, en el Banco Millennium BCP de Valença (Portugal), que recibió 200.000 € de la cuenta que Kiwi España tenía en una sucursal española del Banco Sabadell.

Unos días antes, el 29/05/2013, la Sra. Joaquina había abierto a Quinta Do Sobreiro la cuenta número NUM006, en el Banco Banif de Valença. Una vez abierta la cuenta y antes de que recibiera una serie de transferencias a finales de agosto, la citada Sra., actuando de acuerdo con su marido, y con la intención de eludir las eventuales responsabilidades civiles que pudieran derivarse de la situación deficitaria de Pescanova, llevaron a cabo dos operaciones consistentes:

a.-) En desplazarse ambos a Hong Kong para abrir una cuenta a su nombre en el Standard Chartered Bank of China, con el propósito de transferir a esta segunda cuenta el dinero que llegara a la cuenta abierta en el banco Banif de Portugal y,

b.-) Con objeto de que no hubiera ningún problema que dificultara la transferencia por parte del banco de Portugal o del chino, suscribieron un contrato de préstamo el 23/08/2013, por el que el acusado Carlos Jesús, en concepto de prestamista y como administrador único de la sociedad Quinta Do Sobreiro, prestaba a su esposa, D^a Joaquina, 5.200.000 dólares USA. a devolver en un año.

Firmado el contrato de préstamo y abierta la cuenta en el banco de Hong-Kong, Kiwi España rescató parcialmente el depósito y el 23/08/2013 transfirió 2.000.000 € a la cuenta que Quinta Do Sobreiro tenía en el Banco Etcheverría, de donde fueron transferidos, junto con otros 2.000.000 € a la cuenta del Banco Banif de Valença a nombre de Quinta Do Sobreiro, donde, en el momento de la apertura el 29/05/2013, le pidieron a D^a Joaquina la escritura de constitución de Quinta Do Sobreiro de 29/04/2003 ya citada que, en aquella fecha era propiedad de su marido.

A la cuenta del Banco Banif llegaron los días 26, 28 y 29 de agosto de 2013, 3 transferencias, una del Banco Etcheverría, ya citada por importe de 4.000.000 €, y otras dos desde la cuenta que Kiwi España S.A. tenía en una sucursal del Banco de Sabadell en España por importes de 236.000 y 215.000 euros.

La intención del matrimonio no era dejar los 4.451.000 € en la cuenta del Banco Banif, sino transferirlos a la cuenta que D^a Joaquina había abierto en Hong-Kong con su marido, con anterioridad.

Para ello, el 28/08/2013, Joaquina rellenó en el Banco Banif el impreso de transferencia que incluía un apartado sobre la moneda de la transferencia que rellenó solicitando el cambio de moneda de euros a dólares para transferir 5.200.000 dólares USA a la cuenta ya abierta a su nombre en el Standard Chartered Bank of China de Hong-Kong que, sin embargo, no fue cursada por el banco al considerarla sospechosa como consecuencia de las noticias publicadas derivadas del presente procedimiento penal en el que estaba implicado Carlos Jesús en relación a la crisis económica de Pescanova; si bien, el 30 de agosto de 2013, la Sra. Joaquina comunicó al Banco Banif el desistimiento de la transferencia al Banco de China.

En efecto, con anterioridad a las citadas fechas, el 09/04/2013 se había presentado ante el juzgado central de instrucción n° 5 una primera querella frente a D. Carlos Jesús en su condición de presidente ejecutivo del grupo Pescanova por los delitos de falsedad en información financiera, falsedad contable y uso de información privilegiada, a la que siguió una segunda, dos días más tarde, lo que motivó se dictara auto el 12/04/2013 acordando la incoación de diligencias previas en las que el 23/05/2013 se dictó auto declarando la competencia del juzgado en relación a las querellas presentadas frente a varios miembros del Consejo de administración; el 04/06/2013 se dictó auto de admisión de las querellas y el 16/08/2013, se fijaron las fianzas para asegurar las eventuales responsabilidades civiles que podían derivarse de estos hechos, incluyendo entre los obligados al después acusado D. Carlos Jesús, aunque ninguna de las citadas resoluciones le habían sido notificadas antes de la apertura de las cuentas en Portugal, si bien desde marzo de 2013 habían aparecido en la prensa noticias relevantes acerca de los hechos y personas frente a las que se habían presentado las querellas.

Las dos cuentas abiertas en Portugal, con un saldo total de 4.651.000 €, fueron bloqueadas el 13/02/2014 por el Tribunal Central de Instrucción Criminal con sede en Lisboa, de conformidad con lo acordado por el Juzgado encargado de la instrucción en autos de 04/09/2013 y 23/09/2013.

El acusado Carlos Jesús había constituido Quinta Do Sobreiro mediante escritura de 29/04/2003, siendo socio y administrador único, pero mediante escritura de 15/09/2009 vendió sus participaciones a su esposa, D^a Joaquina e hijos comunes, conservando la administración de la Sociedad y otorgando un amplio poder a su esposa Joaquina para actuar por cuenta de la sociedad.

Igualmente, mediante escritura de 1 de agosto de 2012, Carlos Jesús, propietario y administrador único de SODESCO, vendió a Quinta Do Sobreiro las acciones de Kiwi España S.A. No obstante, como en el caso anterior, conservó la administración de Kiwi España S.A., otorgando a Joaquina un amplio poder.

OCTAVO.- El antepenúltimo apartado va referido a los hechos que hubieran podido desembocar en considerar la actuación del acusado Carlos Jesús como determinante de la causación de una situación dolosa de insolvencia.

De los hechos descritos hasta ahora no se ha constatado que la situación de insolvencia determinante de la presentación de un concurso voluntario de la matriz y de las filiales hubiera sido causada o agravada de propósito por la entidad, con independencia de que así ocurriera.

Como se ha venido diciendo, el objetivo del núcleo de personas que dentro de Pescanova trataban de sacar adelante a la matriz a base de las prácticas irregulares y de los inexistentes contratos de compraventa que servían de base a los numerosos contratos de financiación con hasta 109 entidades bancarias, de las prácticas de neteo expuestas, de la ocultación del pasivo sacando fuera del perímetro de consolidación sociedades filiales deficitarias o excluyéndolas a finales de ejercicio para desprenderse de la deuda que lastraban para incorporarlas nuevamente a principios del ejercicio siguiente, resultaban incompatibles con el propósito doloso de hundirla y tampoco sería legalmente compatible en este supuesto la aplicación de alguna de las modalidades previstas en la posterior redacción del precepto de insolvencia punible por las razones que se indicarán en la fundamentación jurídica.

NOVENO.- Y, por lo que se refiere a la labor entorpecedora y obstructiva hacia el organismo regulador, sobre la base de no contestar a sus requerimientos de la CNMV o no hacerlo adecuadamente, y las incompletas o insuficientes respuestas de la requerida ya mencionadas, que motivaron la incoación de una serie de expedientes administrativos, de lo actuado puede desprenderse que una vez que la Sociedad contratara a la firma LENER para preparar, inicialmente, el acuerdo aprobado por el Consejo de administración de 27/02/2013, de renegociar la deuda con los acreedores al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal, empezando los trabajos necesarios para averiguar la situación financiera y económica real de la Sociedad, constatando la defectuosa contabilidad llevada a cabo al haber omitido y ocultado gran parte de la deuda bancaria hasta que, avanzado el trabajo, llegaron a la conclusión de la no viabilidad de esta vía, proponiendo a la Sociedad acudir directamente a presentar el concurso voluntario de acreedores, lo que consta es un acelerado aunque incompleto trabajo del departamento de administración y en general de los servicios internos de la Sociedad para tratar de contestar, aunque fuera de forma incompleta e imperfecta las cuestiones interesadas por la CNMV a la que desvelaron una parte muy relevante de la deuda que habían ocultado, los neteos practicados, parte de la deuda de los créditos documentarios, la inexistencia de base real en las sociedades instrumentales, la ocultación de filiales en el perímetro de consolidación, aunque toda esa información fuera llevada a cabo prescindiendo de los cauces legales, es decir, poniéndolo en conocimiento de los administradores de la Sociedad y del auditor interno y externo, sin que se dedujera que el ánimo de quienes manejaban la Sociedad existiera el propósito necesario de dificultar y desoír las labores de inspección que eran propias del organismo regulador.

En efecto, como se ha indicado, el 28 de febrero de 2013 la matriz envió un hecho relevante informando a la entidad supervisora la decisión adoptada en el Consejo de administración de 27 de febrero de 2013 de presentar ante el juzgado de lo mercantil de Pontevedra, la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal. El 1 de marzo el organismo regulador mandó un primer requerimiento recabando información sobre las razones determinantes de tal decisión, así como el endeudamiento de la Sociedad; igualmente fue requerida al no haber aportado el segundo informe semestral del ejercicio 2012, al haber finalizado el plazo para su presentación el 28 de febrero de 2013.

El 12 de marzo de 2013 se remitió otro requerimiento, complementario del anterior, cuyo objeto era saber el motivo de la suspensión del asesor financiero, recabando información sobre los principales acreedores de la Sociedad, existencia de incumplimiento de covenants, importe total de avales o garantías de Pescanova y su grupo y operaciones vinculadas.

El 15 de marzo de 2013, se requirió por tercera vez a Pescanova la remisión inmediata de las cuentas del segundo semestre de 2012 de la Sociedad y su grupo.

El 5 de abril de 2013, coincidiendo con la prórroga concedida por el organismo regulador para contestar a los dos requerimientos del 1 y 12 de marzo, si bien a la vista de la insuficiencia de las respuestas dadas, se remitió un nuevo requerimiento a los efectos de completar la información recibida.

El 12 de abril de 2013, la CNMV remitió otro requerimiento para que antes de las 18 horas del 15 de abril, comunicaran el nombramiento del auditor forense, que fue contestado por la Sociedad antes del cumplimiento del citado límite, recayendo en KPMG Asesores S.L.

El 15 de abril de 2013, Pescanova contestó al requerimiento de la información financiera solicitada el 5 de abril y no sobre las cuestiones interesadas en los dos requerimientos anteriores, por lo que se le exigió una nueva respuesta, que fue realizada el 16 de abril de 2013, aunque nuevamente de forma incompleta precisando además que la información había sido elaborada por los servicios administrativos de Pescanova no siendo conocida por el Consejo de administración. Ese mismo día 16 de abril de 2013, la CNMV se dirigió a Pescanova en el ámbito de la competencia de supervisión que la Ley del Mercado de Valores establece, indicando que iba a monitorizar los trabajos de KPMG.

El 7 de mayo de 2013, la DGM de la CNMV elaboró dos informes, uno relativo a la no remisión de los estados financieros del segundo trimestre de 2012 y otro por la remisión de contestaciones incompletas, insuficientes y con omisiones importantes a los requerimientos interesados, incoando más adelante un procedimiento administrativo sancionador.

En definitiva, de las respuestas dadas por los servicios administrativos de Pescanova a los requerimientos realizados por la CNMV no se ha constatado una voluntad obstaculizadora de la entidad a la actuación inspectora del organismo regulador, sin perjuicio de reconocer que, aun siendo las respuestas de la matriz incompletas o el organismo supervisor detectara múltiples incorrecciones en las cuentas acerca de no considerar deuda los créditos documentarios, el factoring, o la práctica sistemática de los neteos en los ajustes del consolidado, la ocultación de filiales extranjeras, los artificios contables para disminuir la deuda financiera o las llamadas prácticas irregulares, también es cierto que en esas defectuosas e incompletas contestaciones,

la matriz fue aportando datos de su incorrecta contabilidad y de la existencia de una abultada deuda financiera que facilitó y orientó, en definitiva, la labor de auditoría de KPMG.

Con independencia de lo anterior, y a la vista de las respuestas dadas, se acordó la remisión al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, las cuentas anuales individuales y consolidadas con los correspondientes informes de auditoría de los ejercicios 2010 y 2011 a los efectos de evaluar las eventuales responsabilidades en que pudiera haber incurrido DBO Auditores S.L. en relación a la labor de auditoría.

DECIMO.- El último apartado de los hechos que se estiman probados necesariamente tiene que hacerse eco de la tramitación y consecuencias de la presentación ante el juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de la solicitud del concurso voluntario por parte de Pescanova el 15/04/2013, en el que se dictó auto el 25/04/2013, acordando declarar en concurso voluntario a Pescanova dado su estado de insolvencia y suspendiendo a su presidente ejecutivo de las facultades de administración y disposición, siendo nombrados administradores concursales D. Ovidio y D. Florencio, de la firma Deloitte Advisory quienes de conformidad con la Ley Concursal y tras el estudio de la contabilidad concluyeron que el volumen de la deuda era significativamente mayor que el que se conocía públicamente, calificándola como inasumible y producida, según indicaron en su informe, por varios motivos, entre los que señalaron que el gran esfuerzo inversor desde 2007 no sólo no generó el beneficio esperado sino que había pérdidas que había que financiar y gastos de financiación importantes en un momento de restricción bancaria.

Además, tras analizar la contabilidad llegaron a fijar por sus propios medios, es decir, con independencia del resultado obtenido por KPMG, el importe de la deuda financiera en 3.545.000.000 €; aclarando que la entidad concursada supone un 1,6% de la Nueva Pescanova. Tras dictarse sentencia el 13 de mayo de 2014 se aprobó el convenio en junio de 2014 que evitaba la liquidación de la compañía, a base de un plan de viabilidad y de pagos con importantes quitas y esperas. Tras levantarse la cotización de la acción en el mercado de valores, el 07/06/2017, el precio de la acción es de 0,27 €.

Como consecuencia de la prueba practicada, no consta indubitadamente acreditado la participación en ninguno de los hechos descritos como delito de:

- 1º.- Romeo .
- 2º.- Maximo .
- 3º.- Aquilino .
- 4º.- Luis María .
- 5º.- Ernesto y
- 6º.- Belarmino ".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados que se indican a continuación de los delitos que se mencionan:

- Amadeo , del delito de falsedad en documento mercantil, con declaración de las costas de oficio.
- Jose Antonio y SODESCO, del delito de estafa, con declaración de las costas de oficio.
- Aquilino ; Ernesto ; Luis María y Belarmino , de los delitos de falsedad en documento mercantil y estafa, con declaración de las costas de oficio.
- Romeo y Maximo de los delitos de falseamiento de cuentas anuales, falseamiento de información económica y financiera, estafa e insolvencia punible, con declaración de las costas de oficio.
- Baltasar , Alexander ; Virgilio ; Juan Francisco ; Sixto ; Jose María ; SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARBONES; INVERLEMA S.L.; INVERPESCA; SODESCO e ICS HOLDING LTD, del delito de falseamiento de información económica y financiera, con declaración de oficio de las costas.
- Carlos Jesús , Baltasar , Alexander , Virgilio , Juan Francisco , Sixto , Jose María , Pescanova; SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARBONES; INVERLEMA S.L.; INVERPESCA S.L.; SODESCO e ICS HOLDING LTD, del delito de insolvencia punible, con declaración de las costas de oficio.
- Carlos Jesús ; Baltasar ; Javier ; SOCIEDAD ANONIMA DE DESARROLLO Y CONTROL (SODESCO); NOVA ARDARA EQUITIES S.A; GOLDEN LIMIT S.L; INVERLEMA e INVERPESC, del delito de uso de información relevante, con declaración de las costas de oficio.

- Carlos Jesús , del delito de impedimento de la actuación del organismo supervisor con declaración de las costas de oficio.

Y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a:

- Jose Antonio , 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 6 meses de prisión y multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 50 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas y las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio del comercio y la administración de sociedades mercantiles durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.
- Amadeo , como autor de un delito de estafa agravada, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión y multa de 6 meses a razón de 10 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas incluidas las de las acusaciones particulares.
- Baltasar , 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, a razón de una cuota diaria de 50 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para el ejercicio del comercio y la administración de sociedades mercantiles durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.
- Vicente , 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 y multa de 6 meses a razón de 10 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.
- Carlos Jesús , 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 6 años de prisión y multa de 12 meses, con una cuota diaria de 100 euros, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para el ejercicio del comercio y la administración de sociedades mercantiles durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.
- Alexander , Virgilio , Juan Francisco , Sixto y Jose María , 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 3 años, 6 meses y 1 día de prisión, multa de 9 meses a razón de 10 euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.
- Sebastián , 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 3 años, 6 meses y 1 día de prisión y multa de 6 meses a razón de 10 € diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para el ejercicio del comercio y la administración de sociedades mercantiles durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.
- 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 €, pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.
- 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 €, pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

- Carlos Jesús y Joaquina, como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para el primero de los citados de 2 años de prisión y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 50 € y, para la segunda, a la pena de 1 año de prisión y multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 40 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y las accesorias para los dos de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

- QUINTA DO SOBREIRO S.L. Y KIWI ESPAÑA S.A., como autoras de un delito de alzamiento de bienes, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa para cada una de ellas, de dos años a razón de una cuota diaria de 30 €, pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

Se acuerda el comiso de los fondos obrantes en la cuenta nº NUM006 del Banco Banif en Valença y el de la cuenta NUM005 del Banco Millennium BCP de Valença (Portugal), por un importe de 4.651.000€.

Igualmente, se condena conjunta y solidariamente a los acusados: Carlos Jesús, Alexander, Virgilio, Juan Francisco, Sixto, Amadeo, Jose María, Vicente, Sebastián, Pescanova y BDO Auditores S.L., a que en concepto de responsabilidad civil indemnicen conjunta y solidariamente a los perjudicados que se indican en las cantidades siguientes:

A LUXEMPART S.A., en la cantidad de 51.162.445 €.

A CORPORACIÓN ECONÓMICA DELTA S.A. en la cantidad de 40.182.609 €.

A SILICON METALS HOLDINGS LLC, en la cantidad de 23.310.126 €.

A GOLDEN LIMIT S.L., en la cantidad de 5.544.013 €.

A CITURRIOZ INVERSIONES S.A. en la cantidad de 59.820,98 €.

A DISA CORPORACIÓN PETROLÍFERA S.A., en la cantidad de 6.605.997,72 €.

Y a los perjudicados que invirtieron en el período a que se contraen las presentes actuaciones de acuerdo con las bases que se establecen en la presente resolución, cuyo importe se fijará en el trámite de ejecución de sentencia.

La compañía de seguros MAPFRE responderá solidariamente con BDO Auditores S.L. hasta el límite de las cantidades aseguradas en relación a los daños y perjuicios sufridos por los citados inversores durante los ejercicios 2010, 2011 y 2012.

Igualmente se condena como responsables civiles solidarios a los acusados: Carlos Jesús, Alexander, Virgilio, Juan Francisco, Sixto, Amadeo, Jose María y Pescanova S.A. a que indemnicen conjunta y solidariamente a las entidades bancarias que se indican en las cantidades siguientes:

A BANKIA, en la cantidad de 19.959.494 €.

A UBI BANCA, en la cantidad de 18.899.617,45€.

Al BANCO ESPIRITO SANTO, en la cantidad que se determine, en su caso, en ejecución de sentencia.

Sin perjuicio de la responsabilidad directa de BDO Auditores S.L. y PESCANOVA S.A., en los términos citados, se declara la responsabilidad civil subsidiaria de BDO Auditores S.L. en relación a la responsabilidad civil directa de Sebastián y, a Pescanova S.A. en relación al resto de los acusados.

Las citadas cantidades devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

Así por esa sentencia definitivamente juzgando en la instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Con fecha 13 de octubre de 2020, la sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"EL TRIBUNAL ACUERDA: **ACLARAR** la sentencia dictada en los apartados siguientes:

1º.- Sustituir en el Fallo de la sentencia la pena impuesta a Baltasar, de un año de prisión y multa de 6 meses, por la de 8 meses de prisión y 4 meses de multa, permaneciendo el resto de los pronunciamientos.

2º.- En relación al escrito presentado por la representación legal de Vicente , rectificar la calificación definitiva subsidiaria a la absolución que figuraba en el Antecedente de hecho por la solicitud de imposición de una pena de un año de prisión y multa de 6 meses a razón de 50 euros por día; igualmente se suprime del fundamento de derecho décimo-sexto y de los párrafos que aparecen en los folios 570 y 571 cualquier mención relativa a que Vicente fuera autor de un delito de estafa.

3º.- Se aclara que la fecha en que fue conocida públicamente la situación financiera de Pescanova fue el 12/03/2013.

4º.- Se aclara el apartado del Fallo sobre la responsabilidad civil a favor de Bankia y demás entidades bancarias, que quedará redactada en los siguientes términos:

Igualmente se condena como responsables civiles solidarios a los acusados: Carlos Jesús , Alexander , Virgilio , Juan Francisco , Sixto , Amadeo , Jose María , Vicente , Sebastián y Pescanova S.A. a que indemnicen conjunta y solidariamente a las entidades bancarias que se indican en las cantidades siguientes:

- A Bankia, en la cantidad de 19.959.494 €.

- A Ubi Banca, en la cantidad de 18.899.617,45 €.

- Al Banco Espirito Santo, en la cantidad que se determine, en su caso, en ejecución de sentencia.

5º.- En cuanto al resto de aclaraciones sobre perjudicados personados que no figuran en la sentencia, o no con el nombre correcto, o figuran con otras cantidades o fechas distintas, una vez se comprueben los extremos indicados, se dictará la oportuna resolución.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno ordinario

Así lo acuerdan, mandan y firman los lmos. Sres. Magistrados".

Con fecha 16 de octubre de 2020, la misma Sala dictó un segundo Auto de aclaración, por el que se acordó lo siguiente:

"EL TRIBUNAL ACUERDA:

DESESTIMAR las aclaraciones interesadas por las representaciones legales de D. Jose María , de D. Sebastián , de D. Marcos , del conjunto de perjudicados representados por el procurador D. Carlos Piñeira y el de la representación legal de D. Sixto y D. Amadeo .

Se sustituye la cifra de 499.118.789 € que aparece en el folio 206 y 536 por la de 512.708.886,00 €.

SE ESTIMAN las solicitudes de aclaración presentadas por las entidades Luxempart S.A., Corporación Económica Delta S.A. y Silicon Metals Holding LLP. en el sentido de añadir al Fallo de la sentencia que, en relación a las cantidades que se condena a la entidad de seguros MAPFRE, además de a las cantidades que se indican, al pago del interés legal del dinero incrementado en un 20%.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno ordinario.

Así lo acuerdan, mandan y firman los lmos. Sres. Magistrados".

Con fecha 29 de octubre de 2020, la sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un tercer auto aclaratorio que contiene el siguiente Fallo:

"1º.- En relación al escrito presentado por la representación legal de D. Jose María : No haber lugar a la aclaración de la sentencia en los términos interesados.

Se acuerda modificar la cifra de 512.708.886,00 € que aparece en los folios 206 y 536 de la sentencia, por la de 522.696.768,58 €.

2º.- En relación al escrito presentado por la representación legal de D. Rodrigo , no haber lugar a tenerlo como perjudicado, sin perjuicio de lo que se acuerde en trámite de ejecución de sentencia.

3º.- En relación al escrito presentado por la representación legal de D. Jorge , subsanar la omisión padecida e incluirlo en la relación de personados como perjudicados y en la calificación presentada en su día como acusación particular.

4º.- En relación al escrito presentado por la representación legal de D. Lázaro , se acuerda sustituir el correcto nombre del indicado perjudicado.

5º.- En relación al escrito presentado por la representación legal de D. Ignacio , Dª Aurelia y D. Marcelino , se subsana la fecha de la adquisición de los bonos a la de 2011.



6º.- En relación a la petición de que figure como perjudicada la entidad **EASTHAM S.L.** en lugar de su apoderada D^a Delfina , procede acordar la indicada sustitución tanto en los antecedentes de hecho como en la calificación y en la relación del cuadro de perjudicados.

7º.- En relación al escrito presentado por la representación legal de D. Julián y D^a Carmela , procede incorporarlos en la relación de perjudicados de los Antecedentes de Hecho y en la relación del cuadro de perjudicados, sin poder precisar la cuantía que les corresponde que se fijará en ejecución de sentencia.

8º.- En relación a los inversores que aparecen dos veces en el cuadro de perjudicados con distintas cifras, en concreto: Anibal , Bruno , Eloy , Rodolfo , Artemio y Edmundo , Hipolito y Amalia y José y Saturnino , procede su nueva inclusión en el cuadro de la presente resolución quedando pendiente la fijación de la cantidad que corresponda para el trámite de ejecución de sentencia.

9º.- Con respecto al resto de escritos relacionados con la modificación de las cantidades establecidas a su favor, se incorpora el cuadro siguiente en el que se hace constar la relación de perjudicados, la cuantía asignada a cada uno de ellos y las variaciones que se han consignado, sin perjuicio de lo que se acuerde en el trámite de ejecución de sentencia siguiente en el que se hace constar la relación de perjudicados, la cuantía asignada a cada uno de ellos y las variaciones que se han consignado, sin perjuicio de lo que se acuerde en el trámite de ejecución de sentencia.

PERJUDICADO	IMPORTE RECONOCIDO EN SENTENCIA	IMPORTE RECONOCIDO EN AUTO DE ACLARACION	
GUILERMO	194,52 €	6.547,50 €	PROCEDE RECTIFICAR
FLORENCIA	428,18 €	19.734 €	PROCEDE RECTIFICAR
GESRENTA S.L.	20.325 €	20.000 €	PROCEDE RECTIFICAR
ANGELA	33.588,28	33.569,28 €	PERMANECE INVARIABLE
DESIDERIO	34.331,10 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN

			TRAMITE DE EJECUCION
DOMINGO	67.900,38 €	45.813 €	PROCEDE RECTIFICAR
EDMIRA	45.813,31 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ELIAS	12.062 €	12.062,32 €	PROCEDE RECTIFICAR
ISILANA	21.610,27 €	21.610,27 €	PERMANECE INVARIABLE
CAMELA	12.064,96 €	12.064,96 €	PERMANECE INVARIABLE
EULOGIO	58.945,41 €	58.945,41 €	PERMANECE INVARIABLE
CHERSA 2002 S.L.	12.000 ACCIONES	143.196 €	PROCEDE RECTIFICAR



VIDAL	101.497,92 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
PELAYO	185.113,99 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
CIRILO	400.000 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
MAXIMO	6.918,00 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
IVAN	65.955,98 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
HECTOR	29.437,31 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
JOSE CARLOS	104.813,95 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
MARCO ANTONIO	2.155,41 €	4.330,88 €	PROCEDE RECTIFICAR
OCTAVIO	3.494,47 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
FRUCTUOSO	29.541,40 €	—	ACLARAR

			CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
IGNACIO	20.477,46 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ANIBAL	41.730 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
GRUPO DE INVERSION FONT DE DINS S.A.	9.505 €	15.824,19 €	PROCEDE RECTIFICAR



JOSE MARIA	22.645 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ALMUDENA	7.550,00 €	2.657,73 €	PROCEDE RECTIFICAR
NARCISO	56.942,40 €	13.504,41 €	PROCEDE RECTIFICAR
MARCO ANTONIO	6.548,50 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
COEME	1.988,54 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
BRUNO	18.859,50	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ANA	15.000 €	—	ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
JORGE			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
LAZARO		95.350, €	NO APARECIA PROCEDE RECTIFICAR
MARIA			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
MATEO			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
SANTIAGO			ACLARAR
			CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION



EASTHAM S.L.			SUSTITUYE A VIRGINIA BLANCA ESTELINA RAYA HIDALGO ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
CARLOS MIGUEL			FIGURAN 1000 TITULOS ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
JOSE CARLOS	2.659,50 €	5.927 €	PROCEDE RECTIFICAR ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
LUIS	1.000 ACCIONES		
JUAN PEDRO	3.500 ACCIONES		ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ANGEL JESUS	900 ACCIONES		ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
MIGUEL ANGEL	2.900 ACCIONES		ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ANGEL	1.802 ACCIONES		ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ADRIAN	20.954,16 €	20.848,85 €	PROCEDE RECTIFICAR
SALVADORA	3.020 €	2.997 €	PROCEDE RECTIFICAR
SARA	15.179,62 €	7.536,72 € 7.536,72 €	PROCEDE RECTIFICAR
ANGELMO	31.328,53 €		ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
CESARZO	47.001 €		ACLARAR



			CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
VERONICA	25.934,06 €		ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
VERITACION	59.020,57 €		ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
HERNANDO			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
ELOY			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
RODOLFO			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
SERGIO			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION
LUCAS			ACLARAR CANTIDAD EN TRAMITE DE EJECUCION

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

Contra la presente resolución no caber recurso alguno.

Así lo acordado, manden y firman los Ilmos. Sres. Magistrados-.

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Mapfre España, S.A, Quinta Do Sobreiro, S.L. y Kiwi España, S.A., doña María del Rosario Andrade Detrell, don Alfonso Paz-Andrade

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

Contra la presente resolución no caber recurso alguno.

Así lo acordado, manden y firman los Ilmos. Sres. Magistrados".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Mapfre España, S.A, Quinta Do Sobreiro, S.L. y Kiwi España, S.A., doña Joaquina, don Baltasar, fallecido-, Pescanova, S.A., don Juan Francisco, don Alexander, Corporación Económica Delta S.A., don Jose Antonio, Silicon Metals Holding, LLC., don Sixto, don Carlos Jesús, don Amadeo, BDO, Auditores, S.L.P., don Sebastián, Luxempart, S.A., don Jose María, don Virgilio y don Vicente, anunciaron su propósito de interponer sendos recursos de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma, recursos que se tuvieron por preparados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso de casación formalizado por **Mapfre España, S.A.** se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos, e infracción del art. 73 de la ley núm. 50/1980, del contrato de seguro, en relación con el art. 3.1 del mismo texto legal.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por inaplicación del art. 73.2 de la Ley de contrato de seguro. Alega que la póliza está contratada en la modalidad de "claims made" y la delimitación temporal respetó las garantías del art. 3 de ese mismo texto legal, en cuanto a las cláusulas limitativas.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. Alega infracción, por inaplicación, del art. 11.2 de la ley 19/1988 de auditoría de cuentas; dice que la sentencia recurrida no aplica el principio de responsabilidad proporcional del auditor.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por inaplicación del art. 19 de la Ley de contrato de seguro.

Motivo quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. Se queja de aplicación errónea del artículo 20 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

El recurso de casación formalizado por **Quinta Do Sobreiro, S.L.** y **"Kiwi España, S.A.** se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por considerar que se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo, en concreto los artículos 258 y 261 bis del Código Penal.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por considerar que se ha infringido un precepto penal sustantivo y, en concreto el artículo 127 del Código Penal (Título VI del libro I) al ser proyectada la orden de comiso como acto de reparación por el concepto de responsabilidad civil (Título V del libro I).

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 LECrim. Alega vulneración del artículo 24 de la CE, en concreto, del derecho a un proceso con todas las garantías y a obtener la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia, en cuanto a las razones por la que se exige responsabilidad penal a las personas jurídicas recurrentes como a la aplicación del comiso de las cantidades depositadas en las cuentas de "Quinta do Sobreiro, SL" abiertas en Portugal.

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim, en concreto, del artículo 24 de la CE en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia.

El recurso de casación formalizado por doña Joaquina, se basó en los siguientes motivos.-

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 258 del Código Penal (en su redacción vigente en el año 2013).

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por vulneración de precepto penal sustantivo y en concreto del artículo 28.b del Código Penal, -participación en concepto de cooperador necesario-.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por vulneración de precepto penal sustantivo y, en concreto, el artículo 16.2 y 3 del Código Penal, -efecto del desistimiento voluntario-.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo quinto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim., en concreto, art. 24 de la CE en cuanto al derecho a la presunción de inocencia.

El recurso de casación formalizado por **Pescanova, S.A.**, se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 de la LECrim., en su modalidad de "vicio in iudicando", como consecuencia de la incongruencia omisiva al no haberse resuelto en la Sentencia recurrida todos los puntos que fueron objeto de defensa.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, al considerar que la sentencia vulnera el artículo 24.2 de la CE en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, a la presunción de inocencia.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., al haberse infringido el artículo 31 bis 1) del Código Penal vigente en el momento de los hechos y la jurisprudencia aplicable, en cuanto al concepto de "provecho" o "beneficio directo o indirecto", que resulta exigible a las personas jurídicas para poder ser declaradas responsables criminales de los hechos.

El recurso de casación formalizado por don Juan Francisco, se basó en los siguientes motivos:

Motivos primero, segundo y tercero.- Al amparo de los arts. 852 LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción de los arts. 248.1 y 250.1. 5º CP.

Motivo quinto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción del art. 21 6º del CP, en relación al art. 66.1. 2º del CP.

Motivo sexto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción del art. 21. 4º y 7º del CP, en relación con el art. 66.1º y/o 2º del CP.

Motivo séptimo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción del art. 116 del CP.

El recurso de casación formalizado por don Alexander , se basó en los siguientes motivos:

El recurrente desiste de motivos previamente anunciados y formaliza los restantes motivos.

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 24 de la Constitución española.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 852 de la LECrim., por vulneración de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución. Alega falta de motivación de la sentencia recurrida.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim., por vulneración del artículo 25.1 de la Constitución española. Alega infracción del principio de legalidad, en su aspecto de prohibición del principio *non bis in ídem*, por la aplicación simultánea a don Alexander de los delitos de falsedad documental, arts. 390 y 392 del CP, falsedad societaria, art. 290 y estafa, art. 250 todos ellos del mismo texto legal; y también formaliza este motivo por infracción de precepto legal, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación del art. 8 de la ley sustantiva penal.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del delito a título de cooperación necesaria, previsto en el art. 28 del CP, en lugar de a título de complicidad.

Motivo quinto.- Con carácter subsidiario, interpone este motivo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación de la atenuante prevista en el art. 65.3 del CP.

Motivo sexto.- Con carácter subsidiario, formaliza este motivo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación de dilaciones indebidas prevista en la atenuante del art. 21.6 del CP, y ello en relación con el art. 24 CE.

El recurso de casación formalizado por la entidad **Corporación Económica Delta S.A.** se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de ley, por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 76 de la Ley 50/1980, del Contrato del Seguro, de 8 de octubre, en el art. 117 del Código Penal y en el art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e, inaplicación indebida de los arts. 216, 217 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a los principios de justicia rogada, dispositivo y de aportación de parte respecto a la responsabilidad civil de Mapfre España, que, entiende, no debería cubrir la indemnización de aquellos perjudicados que en la presente causa no han ejercitado acción frente a dicha aseguradora.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 127 a 129 del Código Penal e inaplicación indebida de los arts. 109 a 122 del mismo texto legal, en relación a la condena de don Carlos Jesús , doña Joaquina y las mercantiles Quinta do Sobreiro y Kiwi España, S.A., como autores de un delito de alzamiento de bienes, toda vez que la responsabilidad civil derivada de dicho delito consiste en la restitución de los bienes al patrimonio del deudor, no en su decomiso.

El recurso de casación formalizado por don Jose Antonio , se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por Infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y a la protección de datos personales consagrados en el art. 18.1, 2, 3 y 4 de la Constitución Española. Alega infracción del artículo 24.1, y 2 en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de la indefensión, que impide la valoración de las pruebas obtenidas ilícitamente, con vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. Falta de proporcionalidad y prohibición de exceso proclamado en los arts. 10.2, 15, 17 y 25 de la Carta Magna.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con las debidas garantías sin indefensión, falta de debida motivación, y seguridad jurídica, proporcionalidad e igualdad, consagrados en los arts. 1.1, 9.3, 10, 14, 24.1 y 2, 25.1 y 120.3 de la Constitución Española y ello en relación con el delito de falsedad en documento mercantil.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., por vulneración del art. 120.3 de la Constitución Española por falta de motivación de la pena de multa impuesta con vulneración del principio de proporcionalidad y de igualdad consagrados en los arts. 1.1, 9.3, 10, 14 y 25.1 de la Constitución.

Motivo cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim. por vulneración de los arts. 392 y 390 del Código Penal.

Motivo quinto.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim, por vulneración de los arts. 588 sexies A, 588 sexies B y 588 sexies C de la LECrim. y 11 de la LOPJ.

Motivo sexto.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por vulneración del art. 21.6 del Código Penal y del art. 66.2º del citado texto legal ante el rechazo de la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en su consideración de muy cualificada.

Motivo séptimo.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por vulneración de los artículos 50.4 y 5 y 52.2 del Código Penal.

Motivo octavo.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2 de la LECrim., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El recurso de casación formalizado por la entidad **Silicon Metals Holding, LLC**, se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de ley y doctrina legal, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim., por vulneración de los preceptos 216, 217, 218 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes.

Motivo segundo.- Por infracción de ley y doctrina legal, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 de la LECrim., por vulneración de los arts. 109 a 122 del Código Penal, y aplicación indebida de los arts. 127 a 129, en relación con la responsabilidad civil y comiso derivados del delito de alzamiento de bienes.

El recurso de casación formalizado por don Sixto , se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim., por vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2).

Motivo segundo.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim. por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, con impedimento de valoración probatoria de pruebas obtenidas ilícitamente, en tanto vulneradoras del derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 de la Constitución española.

Motivo tercero.- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 de la LECrim., por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, art. 24 de la CE.

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim. y 24 de la CE. en concreto, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por defecto de motivación de la sentencia recurrida.

Motivo quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por vulneración del art. 290. 1 y 2 del CP.

Motivo sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por vulneración del art. 65.3 del CP.

Motivo séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por vulneración del art. 248 y 250.1.5º. del CP.

Motivo octavo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por vulneración del de los arts. 31.1, 390 y 392 del CP.

Motivo noveno.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por inaplicación del art. 21.6ª del CP, en relación con el art. 66.1.2º C.P.

Motivo décimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por violación de los arts. 109.2, 114 y 116.1 del CP.

El recurso de casación formalizado por don Carlos Jesús , se basó en los siguientes motivos:



Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim., por vulneración del art.24.2 CE., en cuanto al derecho a la presunción de inocencia.

Motivos segundo, tercero y cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim., por haberse acreditado error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 390 y 392 del Código Penal, por no concurrir en los hechos declarados probados los elementos objetivos y subjetivos del delito de falsedad en documento mercantil.

Motivo sexto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 248 del Código Penal, por no concurrir en los hechos declarados probados los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa.

Motivo séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 257 y 258 del Código Penal, por no concurrir en los hechos declarados probados los elementos objetivos y subjetivos del delito de alzamiento de bienes.

Motivo octavo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 21.4 del Código Penal, al no apreciar la Sentencia recurrida la atenuante de confesión, cuando de los hechos declarados probados se constatan los elementos propios de ella.

Motivo noveno.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 21.5 del Código Penal, al no apreciar la Sentencia la atenuante de disminución de efectos del delito, cuando de los hechos declarados probados se constatan los elementos propios de ella.

Motivo décimo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 20.5 y 21.1 del Código Penal, al no apreciar la Sentencia la atenuante de estado de necesidad, cuando de los hechos declarados probados se constatan los elementos propios de ella.

Motivo undécimo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 21.6 del Código Penal, al no apreciar la sentencia la atenuante de dilaciones indebidas, cuando de los hechos declarados probados se constatan los elementos propios de ella.

El recurso de casación formalizado por don Amadeo , se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 de la LECrim., por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) con impedimento de valoración de pruebas obtenidas ilícitamente, al vulnerar el derecho a la intimidad consagrado también como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 de la LECrim., por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, art 24 de la CE.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim., en concreto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 de la CE. Alega defecto de motivación.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim. por vulneración de los arts. 248 y 250.1.5ª del CP.

Motivo quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 28 del Código Penal e inaplicación del art. 29 y 63 del mismo texto legal o, subsidiariamente por inaplicación del art. 28 b) y 65.3 del mismo texto legal.

Motivo sexto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por inaplicación del art. 21.6 del CP, en relación con el art. 66.1.2º del CP.

Motivo séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por vulneración de los arts. 109.2, 114 y 116.1 del CP.

El recurso de casación formalizado por la entidad **BDO, Auditores, S.L.P.**, se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de los arts. 31 bis y ss del Código Penal y, siendo un proceso incoado antes del 6 de diciembre de 2015 (DT única L 41/2015), al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la legalidad sustantiva de los delitos y las penas, de culpabilidad penal y de personalidad de las penas (arts. 7.1 CEDH, 49 CDFUE y 25 CE), dada la forma en que la Sentencia recurrida infringe los arts. 31 bis y ss CP.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de los arts. 282 bis y 288 del CP, en relación con el art. 31 bis del mismo texto legal.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 31 bis, 282 bis y 288 del Código Penal, por condenar penalmente a la persona jurídica BDO Auditores S.L.P. en relación con una conducta individual que en cuanto constitutiva de participación no constituye la "comisión" de un delito.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de los arts. 109, 113 y 115 CP, 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas y 22 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

Motivo quinto.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de los arts. 109, 113, 115, 116.1 CP, 11.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas y 22.2 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio.

Motivo sexto.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de los arts. 109 y 116.3 del CP.

Motivo séptimo.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de los arts. 109 del CP y 216 de la LECv.

Motivo octavo.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de los arts. 109 y 120.4 del CP.

El recurso de casación formalizado por don Sebastián se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación de los arts. 290 y 282 bis del Código Penal. Se queja quien aquí recurre de que ha sido condenado como cooperador necesario de ambos delitos a pesar de que no era posible la pretendida subsunción en ninguno de ellos, ya que, dice, dados los hechos probados -que se respetan- los mismos no son ni sugerentes de las respectivas y necesarias subsunciones.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por indebida aplicación de los arts. 290 y 282 bis del CP, al haber condenado al Sr. Sebastián como cooperador necesario de ambos delitos, a pesar de que no era posible la pretendida subsunción en ninguno de los dos delitos, no ya solo a la vista de lo recogido en el motivo precedente, sino que incluso integrando o reformulando los hechos probados a la luz de los fundamentos jurídicos se ratifica aún más, si cabe, la conclusión de que una subsunción no es posible

Motivo tercero.- Al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del art. 24.2 de la Constitución, al haber sido condenado el Sr. Sebastián como cooperador necesario de un delito de falsedad de cuentas - art. 290 CP- y de un delito de estafa de inversores - art. 282 bis del mismo texto legal- a pesar de que no había sido desvirtuada su presunción de inocencia, ya que en lugar de haberse producido como era necesaria una valoración de la prueba de una forma racional -para llegar a la supuesta conclusión de que quien aquí recurre, era pretendido cooperador desde el punto de vista objetivo (tipo objetivo)-, la estructura externa de la valoración probatoria -perfectamente revisable en casación- demuestra que tal valoración es irracional y, por ende, vulneradora del derecho a la presunción de inocencia

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 852 LECrim. por vulneración del art. 24.2 de la Constitución, al haber sido condenado quien aquí formaliza este motivo, como cooperador necesario de un delito de falsedad de cuentas - art. 290 CP- y de un delito de estafa de inversores - art. 282 bis del mismo texto legal -a pesar de que no había sido desvirtuada su presunción de inocencia ya que en lugar de haberse producido como era necesaria una valoración de la prueba de una forma racional -para llegar a la supuesta conclusión de que era pretendido cooperador desde el punto de vista subjetivo (dolo)-, la estructura externa de la valoración probatoria -perfectamente revisable en casación- demuestra que tal valoración es irracional y, por ende, vulneradora del derecho a la presunción de inocencia

Motivo quinto.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, al haberse producido la condena, a pesar de que no había sido desvirtuada la presunción de inocencia del Sr. Sebastián, al haber valorado la prueba de un modo manifiestamente irracional y al haberse omitido la valoración de abundante prueba relevante de naturaleza exculpatoria.

Motivo sexto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por vulneración del artículo 65.3 del CP, al no haberse rebajado la pena del aquí recurrente, pese a ser éste un *extraneus*, ya que no es administrador ni de hecho ni de derecho de ninguna de las sociedades del grupo Pescanova, debiendo proceder por tanto la correspondiente aminoración de la pena.

Motivo séptimo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim., y por lesión del art. 849.1 de la misma ley procesal, por vulneración del principio non bis in ídem del art. 25 y 9.3 de la CE, por indebida inaplicación de los arts. 8, 282 bis y 290 del Código Penal, por cuanto se condena por ambos delitos en concurso medial pese a comprenderse en ambos la misma conducta: no oponer salvedades a las cuentas



anuales; así como por lesión del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 de la CE, por cuanto la sentencia emplea dicha solución de doble punición solamente respecto de dos condenados por autoría y por participación en dicha conducta.

Motivo octavo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECrim. y por lesión del art. 849.1 de la LECrim. por lesión del principio de legalidad penal del art. 25.1 CP, por vulneración de la disposición transitoria primera de la lo 1/2015 de 30 de marzo y del art. 2.2 CP al no haberse aplicado el principio de retroactividad favorable en el cálculo de las penas del recurrente y, subsidiariamente, por vulneración del art. 77 CP al haberse calculado erróneamente las penas impuestas con el código penal anterior.

Motivo noveno.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida aplicación de los arts. 109, 115 y 116 del Código penal. Se queja de error notorio y arbitrariedad en la fijación de la responsabilidad civil, llegando a exceder incluso lo solicitado por las acusaciones, e inaplicando la legislación específica reguladora de la responsabilidad de los auditores -pese a declararla aplicable la propia sentencia-, e incluso absteniéndose de fijar cuotas diferenciadas en función del aporte realizado por cada condenado.

El recurso de casación formalizado por la entidad **Luxempart, S.A.**, se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, por infracción de precepto penal sustantivo y normas jurídicas de igual carácter y, en concreto, los artículos 216, 217 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes; y, por infracción de los principios de justicia rogada, principio dispositivo y de aportación de parte, en lo que a la responsabilidad civil se refiere.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por considerar que se han infringido preceptos penales sustantivos y, en concreto, los artículos 109 a 122 del Código Penal y los artículos 127 a 129 del mismo texto legal, en relación con la responsabilidad civil y el comiso derivado del delito de alzamiento de bienes.

Motivo tercero.- Por Infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim., por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos literosuficientes que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, y no resultan contradichos por otros elementos probatorios.

Por esta misma razón, y al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., se esgrime y formaliza el motivo de casación por infracción del artículo 1106 del Código Civil, en relación con los artículos 109 y siguientes del Código Penal, por cuanto que la reparación del perjuicio ha de incluir el lucro cesante, materializado en las ganancias dejadas de percibir a causa de la conducta ilícita.

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional de los artículos 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, al conculcar la Sentencia recurrida el derecho fundamental de quien aquí recurre a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE., y, en relación con el art. 120.3 de la CE.

El recurso de casación formalizado por don Jose María se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, en concreto de los arts. 24.2 y 25.2 de la Constitución española, en particular a la tutela judicial efectiva por vulneración del derecho de defensa en relación con las exigencias derivadas del principio acusatorio. Se queja de haber sido condenado como autor de un delito continuado de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos previstos en el art. 290 del CP, -Fundamento de derecho décimo- segundo-, con referencia al ejercicio 2009, sin haber sido abierto Juicio Oral al respecto.

Motivo segundo.- Por Infracción del principio acusatorio, de los arts. 24.2 y 25.2 de la Constitución española. Alega haber sido condenado como autor de un delito continuado de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos del artículo 290 del CP. -Fundamento de derecho décimo-segundo de la sentencia recurrida-, *"en los ejercicios 2009, 2010, 2011 y en grado de tentativa en el 2012; ..."* dice textualmente, *"por su presunta intervención en las cuentas anuales de Pescafin, S.A., sin haber sido formulada acusación por presunto delito de falsedad de las cuentas anuales de Pescafin, S.A."*

Motivo tercero.- Por infracción del artículo 24.1 y 2, de la Constitución española, en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva con proscripción de la indefensión, que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas las derivadas del principio acusatorio y la garantía del acusado de ser informado de la acusación formulada, lo que exige concreción y precisión de los presuntos hechos objeto de acusación, por haber sido condenado el recurrente como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil sin previa acusación idónea para respetar esas garantías.

Motivo cuarto.- Por vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución española -derecho a la tutela judicial efectiva con proscripción de la indefensión, que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas las derivadas del principio acusatorio-, y la garantía del acusado de ser informado de la acusación formulada, lo que exige concreción y precisión de los presuntos hechos objeto de acusación, por haber sido condenado el recurrente como autor de un delito continuado de estafa sin previa acusación idónea para respetar esas garantías.

Motivo quinto.- Por vulneración del artículo 24.1 y 2, de la Constitución española, derecho a la tutela judicial efectiva con proscripción de la indefensión, por haber valorado, dice, la sentencia recurrida, pruebas de cargo obtenidas ilícitamente, en concreto, los correos electrónicos incorporados al informe emitido por "KPMG", obtenidos sin previa autorización judicial y sin informar el Juzgado ni "KPMG" ni nadie a los ahora condenados, al pedir consentimiento de acceso a su correo electrónico, de que el Juzgado había dictado Auto ordenando la entrega del informe a emitir por KPMG.

Motivo sexto.- Asegura, quien aquí formaliza este motivo, que la sentencia recurrida infringe el artículo 24.2 de la Constitución española, que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, sin indefensión, al haber sido condenado como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil sin prueba de cargo idónea para destruir su presunción de inocencia. Esta ausencia de prueba de cargo recae sobre los elementos objetivos y subjetivos del delito de falsedad en documento mercantil.

Motivo séptimo.- Alega, quien aquí formaliza este motivo, que la sentencia recurrida infringe el artículo 24.2 de la Constitución española, que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, sin indefensión, al haber sido condenado como autor de un delito continuado de estafa agravada sin haber sido practicada prueba de cargo idónea para destruir su presunción de inocencia. Esa ausencia de prueba de cargo recae sobre los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa agravada.

Motivo octavo.- Por infracción por la Sentencia recurrida del artículo 24.2 CE., que reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, sin indefensión, al haber sido condenado, como cooperador necesario de un delito continuado de falsedad de cuentas anuales u otros documentos, sin haber sido practicada prueba de cargo idónea para destruir su presunción de inocencia.

Esa ausencia de prueba de cargo recae sobre los elementos objetivos y subjetivos del delito de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos mercantiles.

Motivo noveno.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por infracción de los artículos 392.1, 390.1.2º, y 74, del Código Penal, al haber condenado al recurrente como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, sin concurrir sus elementos objetivos (acción y modalidad falsaria, documento objeto de la falsedad) y subjetivos (dolo falsario).

Motivo décimo.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por vulneración de los artículos 248.1 y 250.1.5º, y 74 del CP., al haber sido condenado como autor de un delito continuado de estafa agravada sin concurrir, dice quien formaliza este motivo, engaño previo bastante, desplazamiento patrimonial fruto de un error provocado por ese inexistente engaño, dolo y ánimo de lucro, y perjuicio penalmente típico".

Motivo undécimo.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por infracción de los arts. 290. 2 y 74, ambos del CP., al haber sido condenado como cooperador necesario de un delito continuado de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos.

Motivo duodécimo.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. Alega infracción del artículo 31.1 del CP. vigente en la fecha de los hechos y la doctrina jurisprudencial pronunciada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Sentencias 59/2007, de 26 de enero y 816/2006, de 26 de junio, al haber sido condenado como autor de delitos de falsedad en documental mercantil y de estafa, y como cooperador necesario del delito de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos, sin tener el dominio funcional de los hechos.

Motivo décimo tercero.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. Alega infracción del artículo 28.1º del CP., al haber sido condenado el Sr. Jose María, como autor de los delitos de falsedad en documento mercantil y estafa, sin reunir los requisitos de la autoría.

Motivo décimo cuarto.- Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. Se queja de infracción del artículo 28, párrafo segundo, letra "b" del Código Penal, al haber sido condenado como cooperador necesario de un delito de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos, sin reunir los requisitos de la cooperación necesaria.

Motivo décimo quinto.- Se formaliza al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por infracción del artículo 65.3 del Código Penal, por inaplicación, -en el caso de la condena del recurrente como cooperador necesario-, del delito continuado de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos.

Motivo décimo sexto.- Se formaliza al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. Alega infracción del artículo 21.6ª CP, por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, con reducción de la pena a la inferior en grado en su extensión mínima.

Motivo décimo séptimo.- Se formaliza al amparo del artículo 849.1º de la LECrim., por infracción de los artículos 109.1, 110, 116.1 y . 2 del Código Penal, al haber impuesto al recurrente "la responsabilidad pronunciada en la Parte Dispositiva de la Sentencia recurrida, comprensiva, solidariamente, de todas las indemnizaciones reconocidas a banco e inversores".

El recurso de casación formalizado por don Virgilio , se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por Infracción de precepto constitucional. Alega vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, art. 24.2 de la CE, con impedimento, asegura, de que resulten valoradas pruebas obtenidas ilícitamente, en tanto vulneradoras del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) o de las declaradas nulas por auto de 24 de junio de 2014 (t. 53, f. 609 a 612 de las actuaciones)".

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 852 de la LECrim., por vulneración del art. 24 de la CE, que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de precepto penal sustantivo y, en concreto de la aplicación indebida del artículo 28.b del Código Penal y por inaplicación de los artículos 29 y 63 del mismo texto legal, pues sostiene el recurrente que, en todo caso, su aportación debería ser calificada como constitutiva de complicidad.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por infracción de precepto penal sustantivo y, en concreto por la indebida inaplicación del artículo 65.3 del CP.

Motivo quinto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción de precepto penal sustantivo y en concreto de la inaplicación indebida como muy cualificada -o en todo caso simple- de la atenuante del art. 21 6º del CP, habida cuenta de que, quien aquí recurre, ha padecido un proceso con dilaciones extraordinarias, vulnerándose el artículo 24.2 de la CE, -derecho a un proceso sin dilaciones indebidas-.

Motivo sexto.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim., por infracción de precepto penal sustantivo y, en concreto, por aplicación indebida de los artículos 109 a 116 del Código penal, pues se le condena a indemnizar a los perjudicados, sin que se hayan determinado.

El recurso de casación formalizado por don Vicente , se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por indebida del art. 290 del CP.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la LECrim., por vulneración del art. 24.2, que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

Motivo tercero.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 28. b), -cooperación necesaria-, y por inaplicación de los art. 29 y 63 del CP.

Motivo cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim. Denuncia inaplicación del art. 65.3 del Código Penal.

Motivo quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim., por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo sexto.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por infracción de precepto penal sustantivo y, en concreto, por aplicación indebida de los artículos 109 a 116 del Código penal, pues se le condena a indemnizar a los perjudicados, sin que se hayan determinado claramente los perjuicios causados, así como por la infracción del principio dispositivo y de rogación.

Motivo séptimo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, - art. 24.1 de la CE-, en su vertiente de derecho a una resolución judicial motivada de forma congruente y no arbitraria y con infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad, - art. 9.3 CE-.



QUINTO.- Por Diligencia de ordenación de 16 de febrero de 2021, se da traslado para instrucción, por plazo común de diez días, al Ministerio Fiscal, a las representaciones procesales de las partes recurridas y a las representaciones procesales de los recurrentes, de los recursos de casación interpuestos, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos de casación interpuestos estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó el apoyo de los siguientes motivos: motivo sexto del recurso formalizado por don Vicente, motivo noveno del recurso formalizado por don Sebastián; el segundo motivo del recurso formalizado por doña Joaquina; el motivo séptimo del interpuesto por BDO Auditores SLP; y el primer motivo de los recursos de casación formalizados por la entidad Corporación Económica Delta SA, la entidad Silicon Metals Holding LLC y la entidad Luxempart SA, -en el caso de que Mapfre se adhiera a ellos-. Respecto al resto de los recursos formalizados interesa de esta Sala su inadmisión y subsidiariamente su desestimación en razón de las consideraciones expuestas en su informe de fecha 2 de junio de 2021. Las partes recurrentes y recurridas cumplimentan el trámite conferido y presentan las alegaciones pertinentes.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 11 de junio siguiente se tienen por incorporados los anteriores escritos y se tienen por hechas las manifestaciones sobre adhesión de los Procuradores de los Tribunales en nombre de sus representados y se da traslado a las partes interesadas por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim. Las partes presentan sus alegaciones cumplimentando el trámite conferido.

OCTAVO.- El 1 de febrero de 2022 la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala Segunda dicta Decreto del tenor literal siguiente:

"[...] Declarar desierto el recurso de casación interpuesto en su día por la representación procesal del recurrente D. Baltasar. Acordar el archivo de las actuaciones respecto de dicho recurrente. Comunicar esta resolución a la Sección 4 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a los efectos de la declaración de firmeza de la sentencia y de su ejecución en los términos del fallo dictado en su día, sin perjuicio de declarar extinguida la responsabilidad criminal por fallecimiento del reo [...]"

NOVENO.- Por providencia de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2022, se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 1 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- 1.- Aunque alguno de los recurrentes, -concretamente la representación procesal de Jose María -, interesó la celebración de vista en la tramitación del presente recurso, no se establece la misma para estos casos con carácter preceptivo. En efecto, la entidad de la pena impuesta no determina por sí sola la obligatoriedad de la vista. El tenor del art. 893 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hace imperativa su celebración en este supuesto, conforme lo han venido interpretando tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional: la petición solo es vinculante cuando es compartida por todas las partes (entre otros, ATC 588/1995, de 27 de marzo y SSTs 429/2015, de 9 de julio, 734/2015, de 3 de noviembre, 80/2017, de 10 de febrero, por citar solo algunos ejemplos).

En este caso, ha considerado el Tribunal que la vista interesada no resultaba necesaria, ni aun conveniente, tomando en consideración la ordenada y extensa exposición de sus quejas por parte de cada uno de los recurrentes, siendo, además, que las mismas percuten, al menos en la inmensa mayor parte de los casos, sobre extremos ampliamente debatidos en el acto del juicio. Como observábamos, por ejemplo, en nuestra muy reciente sentencia número 671/2022, de 1 de julio: <<Nada queda oscuro, confuso ni necesitado de aclaración o ampliación -el recurso es muy detallado-, lo que convierte la vista en un trámite prescindible. Las razones aducidas tampoco contienen alguna motivación específica o singular que mostrase la oportunidad de una vista pública y oral>>.

2.- La sentencia que es ahora objeto de recurso contiene pronunciamientos condenatorios, bajo diferentes formas de participación, respecto de sendos delitos continuados, todos ellos en relación de concurso medial, de: i) falsedad en documento mercantil cometido por particulares (artículo 392, en relación con el artículo 390, del Código Penal); ii) estafa agravada (artículos 248 y 250); iii) falseamiento de cuentas anuales y otros documentos (artículo 290); y iv) falseamiento de información económica y financiera (artículo 282 bis). Además, condena también a cuatro de los acusados (dos personas físicas y otras dos jurídicas, también bajo distintos títulos de participación), por la comisión de un delito de alzamiento de bienes. Absuelve a los acusados con relación al resto de las infracciones penales que se les atribuían por alguna o algunas de las acusaciones.

Al efecto de simplificar el abordaje de cada uno de los diecinueve recursos de casación que aquí se han interpuesto (dieciocho, si se descuenta el que sostuvo don Baltasar, declarado desierto), y tratando de evitar,



en lo posible, enojosas reiteraciones, procederemos, en primer lugar, --siguiendo con ello el ejemplo que nos brinda el Ministerio Público en su impugnación--, a ocuparnos del recurso sostenido por la representación procesal de Carlos Jesús , presidente ejecutivo de la compañía Pescanova, S.A. hasta el año 2013, en la medida en que el mismo es el único acusado que resultó condenado como autor de todas y cada una de las mencionadas infracciones, ofreciendo así su recurso un catálogo de protestas que, si no agotan, sí encuentran diferentes paralelos en las impugnaciones de otros varios condenados en la sentencia recurrida.

Es evidente, además, que de resultar estimados alguno o algunos de los motivos de queja del referido recurso, que en este sentido será utilizado como patrón o guía de muchas de las cuestiones sometidas aquí a consideración, dicha decisión podría proyectar también efectos sobre el resto de las impugnaciones.

1.- Recursos de las defensas de los acusados:

1.1.- Recurso de Carlos Jesús .-

Planteamiento de diversas cuestiones vinculadas a la calificación jurídico penal de los hechos que se declaran probados.-

PRIMERO.- Las quejas que se contienen en los motivos primero, segundo, quinto, sexto y séptimo del recurso, aunque con cierta autonomía funcional, vienen a percutir en un mismo orden de consideraciones y aconsejan, por ello, un tratamiento conjunto, aunque, inevitablemente, no pueda ser breve.

En efecto, en el motivo primero se denuncia la pretendida infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución española), por considerar el recurrente, en síntesis, que todas las actuaciones que se describen en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada se realizaron en beneficio de la sociedad y del grupo empresarial que lideraba, sin causar perjuicio alguno a las entidades financieras. Acepta, quien aquí recurre, la parte sustancial de los hechos que la Audiencia Nacional consideró probados. Pero explica que las compraventas concertadas con las sociedades instrumentales fueron verdaderas y lícitas, como lo eran también los documentos que las reflejaban. Admite igualmente que existieron determinados "neteos", aunque los mismos resultaban irrelevantes a los efectos de obtener el fiel conocimiento del estado económico de la empresa (en tanto venían a compensar activos con pasivos de forma equilibrada); y reconoce que los créditos documentarios se emplearon para obtener financiación, como también los contratos de factoring o de cesión de facturas. Y por lo que respecta a la alteración del perímetro de consolidación del grupo, argumenta que con él se prescindía no solo del pasivo de las sociedades filiales sino también de su activo que, asegura, era superior.

En definitiva, quien ahora recurre viene a aceptar, en lo sustancial, el relato de los hechos que la sentencia impugnada considera probados, --al punto que reivindica, incluso, en otro motivo del recurso, la aplicación de la atenuante de confesión--, impugnando únicamente que las conductas que en aquél se describen estuvieran orientadas a defraudar a las entidades bancarias a cuyo crédito se acudió o a captar mendazmente inversiones de terceros. No hubo falsedad en documentos mercantiles, nos dice, ni tampoco estafa.

En el segundo de los motivos de queja, extiende el recurrente estas mismas protestas, ahora con relación al delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal. Tampoco impugna, en realidad, el aspecto objetivo de los hechos que se declaran probados, pero explica, en síntesis, articulando la queja por el cauce que ofrece el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en ningún momento hizo ver en la documentación publicada para el conocimiento de los posibles inversores que la compañía no tuviera riesgo de vencimientos anticipados, limitándose a publicar las cuentas de los ejercicios correspondientes y a proclamar que, en aquellos momentos, dichos eventuales riesgos no se percibían.

En el quinto motivo de impugnación, --ahora bajo la fórmula correspondiente a la infracción de ley (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)--, se sostiene que los hechos probados no prestan fundamento bastante a la configuración normativa de los mismos a la luz de lo prevenido en los artículos 390 y 392 del Código Penal, por razones en esencia ya explicadas. Insiste en que los documentos que sirvieron a Pescanova para obtener las líneas de descuento, los contratos de factoring o los créditos documentarios no eran falsos. Al contrario, obedecían a operaciones reales (compraventa de pescado), aunque no fuera el propósito de los contratantes la entrega de la mercancía. Y, en cualquier caso, añade que, aunque estuviéramos en presencia de contratos simulados, ello no alcanzaría para proclamarlos penalmente falsos.

En el motivo sexto, también por infracción de ley, se considera indebidamente aplicado el tipo penal que regula el delito de estafa (artículo 248), habida cuenta, en sustancia, de que ningún engaño determinó el desplazamiento patrimonial efectuado por las entidades bancarias. Tampoco el engaño sería la causa que movió a una buena parte de los inversores, --concretamente Luxempart, Damm y Silicom--, quienes adquirieron acciones de la compañía, no directamente de ésta ni del ahora acusado, sino de quien era en ese momento su



propietario (Novacaixa), sin que, en consecuencia, mediara tampoco engaño alguno por parte del acusado ni éste obtuviera tampoco ninguna clase de beneficio como consecuencia de la adquisición referida.

Y, finalmente, en el motivo séptimo del recurso se denuncia, a partir también del relato de los hechos que se consideran probados, que el mismo no permite tampoco construir el delito de alzamiento de bienes (artículos 257 y 258 del Código Penal, texto vigente a la fecha de producirse los hechos), habida cuenta de que ninguna de las transferencias que se describen en el factum, realizadas por Sodesco, Kiwi o Quinta do Sobreiro, permite considerarlo así, toda vez que ninguna de dichas mercantiles tenía la condición de deudor, cuyas responsabilidades pudieran pretender ser eludidas a través de aquéllos movimientos económicos.

SEGUNDO.- 1.- El extenso relato de hechos probados que se contiene en la sentencia recaída en la instancia (que se extiende a lo largo de sus folios 115 a 278) abraza las diferentes conductas que en el mismo se describen bajo el común designio de obtener para Pescanova financiación externa y captación de inversores. Quien ahora recurre, –se afirma en el factum–, con la anuencia y colaboración de otros acusados, se habría servido, en esencia, de documentos falsos de naturaleza mercantil que le permitieron, a través de distintos procedimientos, negociarlos con diferentes entidades bancarias (obteniendo de ese modo financiación externa a corto plazo); así como le capacitaron también para proyectar en las cuentas anuales de la mercantil que presidía y en los folletos informativos correspondientes, una falsa imagen de solvencia, hábil para embaucar a posibles inversores.

Así, empieza por describirse en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, el objeto social de Pescanova, S.A., –compraventa de pescado al por mayor–, señalando que ésta llegó a ser la cabecera de un grupo de más de ciento cincuenta sociedades, nacionales e internacionales, domiciliadas en veinticinco países de los cinco continentes y con un total de catorce mil empleos directos. Se consigna quiénes eran los integrantes de su Consejo de administración. Se alude a la existencia de un Comité de auditoría (señalando quién lo integraba) y de un Comité de nombramientos y retribuciones (indicando también la identidad de sus miembros). Y se añade que las cuentas eran auditadas, como experto independiente, por la compañía BDO Auditores, S.L. desde 2002.

Seguidamente, el relato de hechos probados de la sentencia impugnada señala cuáles eran las sociedades integradas en el grupo (en España y fuera de nuestro país), para detenerse después en el desempeño profesional que correspondía en la empresa a cada uno de los acusados.

A los folios 172 y siguientes, se declara probado que: *"Durante los primeros años del siglo XXI, aprovechando la bonanza económica anterior y la facilidad de seguir disfrutando de los créditos bancarios baratos y en la confianza de la continuación de esas mismas premisas, Pescanova decidió llevar a cabo una serie de inversiones, especialmente en acuicultura que según los datos de contabilidad de la matriz entre 2007 y 2013, ascendieron a 833.832.000 €,..., [e]l objeto de esta importantísima inversión era incrementar el rendimiento y extensión de su explotación, a través de la construcción de granjas marinas para la cría del salmón, langostino y rodaballo (acuicultura), así como a la modernización de las actividades de pesca tradicionales, adquisición de nuevas compañías con origen en Sudamérica o África, incrementando su perímetro y creación de nuevas técnicas, maquinaria e instalaciones para los nuevos cultivos... Estas inversiones que se financiaron inicialmente mediante capital y créditos del Grupo que se recibían desde Novapesca Trading S.L. y de la propia Pescanova, fue evolucionando paulatinamente en favor de la financiación exterior incrementándose el nivel de préstamos con entidades bancarias que, con la crisis financiera, dejaron de utilizar instrumentos de financiación de inversiones a largo plazo que fueron sustituidos por otros métodos de financiación de circulante, a corto plazo y con un elevado coste.*

Lo anterior, unido a: a) que las sociedades receptoras carecieran de caja suficiente para hacer frente a la devolución de la inversión al encontrarse en las fases iniciales de inversión; b) que algunos de esos proyectos sufrieran determinados problemas que impidieron que las inversiones empezaran a generar flujos de caja positivos, (como fue el caso del rodaballo de Portugal o de algunas enfermedades en los proyectos de acuicultura del salmón o del rodaballo); c) la necesidad de obtener los permisos y licencias en Sudamérica y África para la construcción y explotación de las propias granjas marinas o la creación de sociedades mixtas; d) el hecho de que superado el citado trámite, fuera necesario respetar el ciclo biológico de las crías que, en algunos casos, era superior a los dos años; e) el que los precios finales tampoco fueran los esperados; f) lo elevado de los gastos derivados del mantenimiento y normal funcionamiento de toda la estructura de la compañía y g), especialmente, la restricción financiera del sector bancario que dificultó la continuidad de la financiación bancaria de la que dependía la Sociedad, determinó que, por decisión del presidente de la Sociedad, el acusado Carlos Jesús, con la anuencia de los responsables de los departamentos de administración, Sres. Virgilio; o financiero, Alexander; de los empleados de uno y otro, Sres. Sixto y Amadeo; del Sr. Vicente y del jefe de la auditoría interna, el (Sr.) Juan Francisco, y la escasa labor realizada por el responsable de la auditoría externa, Sr. Sebastián, se utilizaran

diversos mecanismos de financiación bancaria sobre la base de inexistentes operaciones comerciales, tales como:

A.- Los créditos documentarios que la matriz llevó a cabo con sociedades filiales, tales como Pesca Chile S.A., Promarisco S.A., Skeleton Coast Trawling Ltd., Argenova y Medosán.

B.- La creación por parte de Pescanova de una red de 14 sociedades instrumentales ya mencionadas, con las que aparentaba tener operaciones de compraventa reales, y

C.- La utilización de los datos de antiguos clientes o incluso de sociedades con las que no habían tenido ninguna relación comercial".

Todo ello, siempre conforme se describe en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada: "[P]ermitió a la matriz, de una parte, solicitar a las entidades bancarias financiación a través de líneas de factoring o pólizas de descuento de efectos bancarios, cuyo descuento le garantizaba suficiente liquidez para mantener su tesorería y, de otra, desfigurando la realidad de su verdadera situación económica y financiera, hicieron constar en las cuentas anuales, en los folletos de ampliaciones de capital, en informes trimestrales o semestrales o en el resto de la documentación oficial, toda ella supervisada por el auditor externo, una imagen de bonanza que no se correspondía con la imagen fiel de la sociedad, provocando que terceros inversores, confiando en que los datos publicados reflejaban esa imagen financiera y económica era acorde a la situación de la Sociedad y su grupo, invirtieran importantes cantidades de dinero, que perdieron".

2.- Sin embargo, la circunstancia de que el conjunto de conductas que detalladamente se describen en la sentencia impugnada estuvieran anudadas por un común propósito final (la obtención de financiación de entidades bancarias y la captación de inversores), objetivo que, de otro modo, se considera probado que no habría podido obtenerse, por más que pueda, o no, justificar el tratamiento de las diferentes figuras delictivas en relación de concurso medial (no es este el objeto que ahora centra nuestra atención), no releva de la necesidad de precisar cuáles, de entre los concretos hechos que se consideran acreditados, vendrían a integrar cada una de las diferentes figuras delictivas invocadas.

En este sentido, las distintas prácticas que la sentencia impugnada califica como "irregulares", (créditos documentarios, factoring, neteos y desneteos, etc.) se describen con detalle en las páginas 178 y siguientes de la resolución recurrida, dentro aún de su relato de hechos probados, no considerando preciso reproducirlas aquí en este momento.

Sin embargo, será naturalmente en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada donde habrá de hallarse la calificación penal que a cada uno de este grupo de hechos corresponde. Centraremos, por eso, nuestra atención ahora en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia impugnada. Dice así, por lo que ahora importa: "[C]omo consecuencia de los problemas derivados de la crisis financiera que empezó a detectarse en el 2008, el presidente de la entidad, con objeto de poder seguir disfrutando de la financiación bancaria de la que dependía Pescanova como consecuencia del esfuerzo inversor realizado en los años anteriores, planeó, junto con un grupo de personas de su confianza, entre los que se encontraban los responsables de los departamentos administrativo y financiero, otras personas que trabajaban en ellos, del Sr. Vicente, del auditor interno y la falta de salvedad a los datos de la contabilidad por parte de la auditoría externa, seguir obteniendo financiación a través de una serie de mecanismos o prácticas irregulares de financiación con objeto de seguir obteniendo financiación bancaria; de forma que una vez obtenida, se llevaron a cabo otra serie de manipulaciones en sus cuentas anuales u otros documentos oficiales que reflejaban su situación financiera para conseguir unos resultados positivos que no se correspondían con su situación real y, que tras ser oficialmente publicados, permitían captar nuevos inversores y desplazar a la financiación bancaria y sus excesivas comisiones...

...[L]a primera fase, formada por la ideación de las formas ilegales de financiación llevadas a cabo por el Sr. Alexander, en primer lugar, con sus contactos con el Sr. Jose Pedro, su empleado, Sr. Ernesto y su amigo, Luis María y, en segundo lugar, con el Sr. Jose Antonio y la creación ficticia de una serie de operaciones comerciales de compraventa; operaciones que traducidas legalmente serían constitutivas de un delito de falsedad en documento mercantil cometido por particulares del artículo 392 en relación con el 390, ambos del código penal.

La segunda fase, consistente en que una vez puesto en marcha por el departamento de administración de la Sociedad el organigrama de qué sociedades vendían y cuales compraban evitando que se entremezclaran, se inició la propia fase de financiación bancaria a través de líneas de factoring o de pólizas de descuento bancario; lo que dio lugar al surgimiento del segundo delito del que el primero era el medio; es decir, estaríamos ante un delito de estafa en el que los engañados por la Sociedad eran los bancos y el mecanismo del engaño fueron esas facturas, transformadas en remesas de facturas, supuestamente vinculadas a unos inexistentes contratos de compraventa de pescado.

Y, la tercera fase, tenía a su vez, dos partes: Una de ellas, era trasladar a las cuentas anuales y otros documentos que debían reflejar la situación jurídica o económica de la Sociedad una imagen con beneficios y con poca deuda financiera, muy distinta a la real, que se transmitió perfectamente al público en general y a los inversores en particular.

La segunda, una vez conseguida esa buena imagen irreal, se trataba de captar inversores que les permitiera una situación financiera más relajada que la propia de la financiación bancaria.

Pues bien, también esta tercera fase está compuesta por una relación concursal medial entre el delito de falseamiento de cuentas anuales y otros documentos del artículo 290 y la modalidad de falseamiento de la información económica y financiera regulada en el artículo 282 bis, ambos del código penal ; de tal modo que, como se indicará más adelante, los cuatro delitos que se han indicado están en una única relación de concurso medial".

Por lo que respecta al delito de alzamiento de bienes, por el que también resultó condenado el ahora recurrente, la sentencia impugnada declara probados los hechos que se consignan, --sin necesidad de reproducirlos aquí en este momento--, en su ordinal séptimo (páginas 268 a 272).

En definitiva, será a partir de este relato de hechos probados, y de la calificación jurídica que respecto a cada uno de ellos ha realizado la resolución impugnada, que deberán analizarse las quejas del recurrente, lo que procederemos a efectuar, de manera desagregada y con relación a cada específico ilícito penal, en los próximos ordinales.

TERCERO.- El delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por particulares (artículos 390 y 392 del Código Penal).- 1.- Según acaba de dejarse expuesto, el delito (continuado) de falsedad en documento mercantil cometido por el ahora recurrente (y otros) aparecería integrado, en lo que la sentencia impugnada denomina "*primera fase*", por la "*creación ficticia*" de una serie de operaciones comerciales de compraventa de pescado, que proporcionaban el soporte indispensable para después presentar dichos documentos ante las correspondientes entidades bancarias y, bajo distintas fórmulas jurídicas, obtener la deseada financiación (a corto plazo).

Así, el acusado, a través de sus empleados y con la anuencia explícita de algunos de ellos, contando con la objetiva contribución de otras personas (administradores de las sociedades instrumentales), tras proceder a la creación de las mismas, simulaba la existencia de sucesivas compraventas de pescado, con cuyos documentos (contratos, facturas), presentados a diferentes entidades bancarias, ya fuera por el cauce de los créditos documentarios (éstos, sobre la base de simuladas operaciones con sociedades filiales), ya a través de líneas de descuento o factoring, procedía a obtener la financiación que ambicionaba. De forma simple: se creaban facturas que, en realidad, no guardaban correspondencia, --según la sentencia impugnada afirma--, con operaciones comerciales reales, para después negociar con dichos documentos en las correspondientes entidades bancarias (descontándolos, cediendo al Banco los créditos, etc).

La sentencia impugnada no afirma, al contrario, que los concretos documentos creados (facturas, albaranes, contratos) fueran falsos en sí mismos, en tanto aparecían suscritos por sus auténticos emisores y observaban las formalidades exigibles (resultaban formalmente auténticos), sino que se correspondían con operaciones irreales (ausencia de contratos subyacentes: no había habido compraventa ninguna que los soportara), sin más destino o sentido real identificable en aquéllos, en los documentos de esa manera confeccionados, que el de ser negociados con terceros (las entidades bancarias) al efecto de obtener la liquidez que la empresa demandaba.

En sustancia, ya se ha indicado también, Carlos Jesús acepta la realidad de los hechos que acaban de dejarse expuestos, con la salvedad de que, explica en su recurso, las operaciones que subyacían a la emisión de las facturas eran verdaderas, se trataba de auténticas compraventas. Cierto, reconoce el recurrente, que el propósito de Pescanova, S.A. al vender las mercancías no era el de que se entregaran éstas a la compradora (una cualquiera de las sociedades instrumentales), a cambio de un precio. Había intención de vender, pero no de transmitir la posesión del objeto vendido. Al contrario, el pescado que se facturaba se encontraba en los almacenes de Pescanova, S.A., era real y formaba parte de las "*existencias*" de la empresa. Mas reconoce que el objeto de las ventas así documentadas no era otro que el de dar lugar, a partir de las mencionadas existencias, a los títulos correspondientes, que le permitiesen obtener financiación a corto plazo, habida cuenta de que la empresa precisaba tesorería y la financiación a largo, más barata, tal y como la propia sentencia impugnada afirma, se encontraba en ese momento obturada. Explica la recurrente que esto no significa que las compraventas, --ni el pescado que se vendía--, no existieran, añadiendo que la compraventa con posterior intención de revender por parte del comprador (o de recomprar por parte del vendedor) resulta ser un negocio jurídicamente válido.

Ciertamente, la sentencia impugnada destaca que, incluso, una parte de las facturas reflejaban un precio de adquisición notablemente superior al que podía obtenerse en el mercado. Y precisamente, quien ahora recurre aprovecha este dato para inferir del mismo que ello constituye buena demostración de que el pescado vendido existía y se encontraba en poder de Pescanova. De no haber sido de ese modo, no se comprendería la necesidad de incrementar el precio, –al que primero se vendía y después se recompraba la mercancía–, habiendo sido suficiente con emitir más facturas, reflejando un precio menor, hasta alcanzar el importe de financiación que se precisaba.

En definitiva: asume el recurrente que, a pesar de la efectiva existencia de los contratos de compraventa que servían de fundamento a la emisión de las facturas giradas contra las empresas instrumentales compradoras, éstos no tenían por objeto que el pescado vendido les fuese entregado a las mismas, sino que las operaciones comerciales se realizaban al exclusivo efecto de negociar después las referidas facturas, obteniendo con ellas la (costosa) financiación a corto plazo que la empresa precisaba, satisfaciendo a su vencimiento Pescanova el importe de las mismas a la entidad bancaria, y procediendo a la recompra del pescado inicialmente vendido. No se trataba, concluye el recurrente, de documentos mercantiles falsos, sino que obedecían a una realidad comercial cierta, a partir de unos productos efectivamente existentes, con el propósito de procurarse, a través de la posterior negociación de dichos títulos, la tesorería indispensable para la adecuada continuación del funcionamiento de la empresa.

Y ciertamente, la operativa que el recurrente describe resulta en todo compatible con el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada. Así, cuando esta se refiere *"a la creación ficticia de una serie de operaciones comerciales de compraventa"*, lo que está queriendo decir, con razón, es que el pescado vendido (que no se afirma, en realidad, inexistente) no era después entregado a la compradora, y que la finalidad de dichos contratos no era otra que la de procurar la documentación necesaria con la que Pescanova negociaría después con las entidades bancarias con la finalidad exclusiva de financiarse a corto plazo.

Cumple ahora profundizar en si esta clase de documentos mercantiles, así confeccionados, permite, como en la sentencia impugnada se afirma, su *"traducción legal"* en un delito de falsedad en documento mercantil *"cometido por particulares del artículo 392 en relación con el 390, ambos del Código Penal"*.

2.- Como recuerda últimamente nuestra sentencia número 728/2022, de 14 de julio, invocando la doctrina sentada en la sentencia del Pleno de esta Sala, número 232/2022, de 14 de marzo: <<La conducta falsaria sobre el documento mercantil aparece mencionada en el artículo 392 CP junto a los comportamientos falsarios que recaen sobre documentos públicos y oficiales, equiparándose en sus consecuencias penológicas. Lo que sugiere, también con claridad, que las tres conductas comparten bien jurídico público y colectivo. No parece discutible que mediante la sanción de la falsedad de documentos públicos u oficiales se pretende proteger el interés general, la confianza de la ciudadanía, en el buen uso de las facultades o potestades reconocidas a determinadas autoridades o funcionarios para confeccionar documentos. Condiciones de confección presuntivas que son las que otorgan al documento falseado público u oficial la idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido y afectar a las funciones documentales con mayor intensidad.

Dicha equiparación acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore también una especial intensidad lesiva de dichas funciones documentales, equiparable a la de los documentos públicos u oficiales. Nivel especial de lesividad que cabe predicar de aquellos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, gocen de una proyección cualificada en el tráfico jurídico.

Como argumento de interpretación histórica que refuerza dicha conclusión cabe referirse a la anterior redacción del artículo 303 CP, texto de 1973, precedente del actual artículo 392, en la que se precisaban las clases de documentos mercantiles en relación de analogía o similitud con las letras de cambio. Dicha referencia patentizaba, de forma concluyente, la ratio protectora en cuanto tales documentos por su potencialidad fijadora del crédito y su intrínseca operatividad abstracta, sí incorporan evidentes marcadores de lesividad del bien jurídico de la seguridad del tráfico en su dimensión colectiva o general. El hecho de que la nueva definición típica no incorpore dicha precisa referencia no permite interpretar de contrario la ruptura contextual de significados, pues sigue situándose al documento mercantil en una posición de aventajada protección punitiva que continúa reclamando explicación sistemática.

La consideración del bien jurídico, como elemento rector tanto para la interpretación de los elementos del tipo como para la medición de la antijuricidad exigida, justifica reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP. Limitando su aplicación a aquellas conductas falsarias que recaen sobre documentos mercantiles 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. De tal modo, resultará suficiente la protección penal mediante el tipo del artículo 395 CP frente a la falsedad de otros tipos de documentos que, si bien plasman operaciones mercantiles o han sido confeccionados por empresarios o comerciantes, carecen de dicha



especial idoneidad lesiva colectiva -por ejemplo, contratos, presupuestos, tiques, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros-.

Por su parte, entre los documentos cuyo falseamiento sí podría comprometer el bien jurídico protegido por el artículo 392 CP cabe encontrar, con fines meramente enunciativos, los que tienen el carácter legal de título-valor; los que obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación mercantil que funcionalmente les acerca a los documentos emitidos por ciertos funcionarios con capacidad documentadora -por ejemplo, libros y documentos contables, actas de juntas de sociedades de capital, certificaciones con potencial acceso al Registro Mercantil, etc.-; los que documentan contratos-tipo, clausulados generales o particulares en relaciones de consumo -por ejemplo, contratos de seguro, bancarios, de financiación, transporte etc.-; aquellos contratos sometidos a condiciones normativas de forma o de supervisión o a algún tipo de intervención pública -por ejemplo, contratos de gestión financiera, de correduría de seguros, de inversión, etc.- y documentos que, bajo la apariencia de corresponder al giro mercantil de una empresa, tengan como finalidad la comisión de delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, fraude de subvenciones o la obtención de financiación por entidades bancarias o de crédito, etc>>.

3.- Nos encontramos, pues, ante documentos que, por las razones explicadas y, en tanto proyectarían sus efectos sobre terceros inicialmente indeterminados, tienen la condición, a los fines de calificación que aquí importan, de documentos mercantiles. Falta, sin embargo, saber si, en efecto, deben o no los mismos reputarse falsos.

Ciertamente, y como señala el Ministerio Público, al tiempo de oponerse al presente recurso, la emisión de un documento que en absoluto responde a la efectiva realización del negocio que expresa, trasciende el ámbito de la mera "*falsedad ideológica*", inhábil para configurar la falsedad en documento público o mercantil cometida por un particular (artículo 392.1 del Código Penal). Lo expresaba, por ejemplo, recopilando la doctrina jurisprudencial al respecto, nuestra sentencia número 483/2019, de 14 de octubre, al observar: "La jurisprudencia de esta Sala ha señalado en general que el número 2 del apartado 1 del art. 390, la simulación de un documento, puede incluir supuestos de falsedad ideológica cuando la mendacidad afecta al documento en su conjunto porque se haya confeccionado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente. Por el contrario, la alteración del contenido del documento de forma parcial, sería atípica por la despenalización expresa del art. 392 ya que sería un supuesto de falta a la verdad en la narración de los hechos. En la STS nº 817/1999, de 14 de diciembre se razonaba que un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva es decir la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir -con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido- presupone como realidad objetiva verdadera. Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4º del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido".

En la STS nº 905/2014, de 29 de diciembre, se citan las sentencias 784/2009, de 14 de julio; 278/2010, de 15 de marzo; 1064/2010, de 21 de octubre; y 1100/2011, de 27 de octubre, y recuerda que en todas ellas "se subraya que el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente (STS 309/2012, de 12 de abril)".

La STS 213/2008, de 5 de mayo cita a su vez la STS 145/2005, 7 de febrero que repasa el estado de la jurisprudencia en esta materia. Como señala la STS 28.199 (RJ 1999, 488) "la diferenciación entre los párrafos 2 y 4 del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo 2º aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituiría la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los

hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la STS 28.10.97 (RJ 1997, 7843) y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26.2.99, en el que se acordó que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el art. 390.1.2 CP (SSTS 1). Esta Sala ha optado por una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo tres supuestos para la aplicación del art. 390.1.2, entre aquellos que afecten a la autenticidad del documento: a) la formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (autenticidad subjetiva o genuinidad); b) la formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando ésta sea esencialmente relevante, c) la formación de un documento enteramente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir, de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva)>>.

4.- En el caso, es lo cierto que, en el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, se señala que de las cantidades que dieron lugar a las diversas operaciones de factoring, por cuya virtud el Banco anticipaba al cedente (Pescanova), con el correspondiente descuento, el importe de los créditos cedidos, en su inmensa mayor parte *"no estaban soportadas por operaciones comerciales reales, sino que se correspondían con las operaciones ficticias realizadas directamente por la matriz o a través de alguna filial del grupo (por ejemplo Pescafina) con las citadas sociedades instrumentales o utilizando los datos de algunos de los antiguos clientes a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior"*. Sin embargo, no consigna la sentencia que se aparentara la firma de ningún antiguo cliente en factura o documento alguno, por más que en las remesas que se enviaban a las entidades financieras pudiera consignarse alguna con aquellos datos; y, desde luego, los documentos elaborados con las sociedades instrumentales aparecían debidamente firmados por los representantes legales de aquéllas.

El proceso, –y lo mismo podría decirse, en general, con la totalidad de las operaciones de descuento y con los llamados créditos documentarios–, presenta notables analogías con las llamadas "letras de favor", en las que dichos títulos resultan aceptados por quien, en realidad, carece de obligación alguna en el plano causal o subyacente. Respecto a ellas, resultan aquí de ineludible cita, las reflexiones que realizaba nuestra sentencia, –cuya doctrina expresamente invoca el recurrente–, número 627/2016, de 13 de julio: <<El núcleo de la queja consiste en dilucidar si la emisión de pagarés (o, en su caso, letras de cambio) que no obedecen a una operación comercial (es decir se expiden como puro instrumento de financiación: letras financieras, o de favor o de peloteo o ruedas de cheques o pagarés) suponen un falseamiento de la realidad incardinable en el art. 390.1.2º (simular un documento de forma que induzca a error sobre su autenticidad).

La cuestión 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 y por tanto continúan siendo punibles (que es lo debatido en el Pleno no jurisdiccional de 1998). A ese terreno lleva la discusión el Ministerio Fiscal en su elaborado dictamen evocando la distinción entre la autenticidad y la genuinidad de un documento.

No. El problema es otro, distinto y previo: viene heredado de la legislación anterior. No es un debate aparecido a raíz de la despenalización en el Código Penal de 1995 de algunas de las falsedades ideológicas (faltar a la verdad en la narración de los hechos) cuando no interviene en ellas funcionario o autoridad. Ya bajo la vigencia del texto de 1973 se discutía (y era patente la divergencia entre la doctrina frente a lo que se solía sostener en la jurisprudencia –no sin excepciones y fluctuaciones–) si una letra de favor, una letra vacía, es decir aquélla tras la cual no subyace una operación real, constituía una falsedad punible. La cuestión se presentaba de forma paralela en relación a otros documentos mercantiles como el cheque o el pagaré. Frente a la posición jurisprudencial mayoritaria (aunque no unánime) que se inclinaba por la respuesta afirmativa, los comentaristas resaltaban que el carácter abstracto y no causal de la letra de cambio llevaba a concluir que consignar en ella como librado a una persona no significaba afirmar que era deudor real. Sería, en su caso, deudor cambiario si aceptaba la letra. Deudor cambiario no equivale necesariamente a deudor en una real relación causal subyacente. Por eso aparecer como librado en un título abstracto no implica ser deudor. No es falsedad señalar como librado a quien no es deudor. Como tampoco resulta falso un pagaré firmado por quien no adeuda nada. Expresa sencillamente que asume una obligación de realizar un abono en la fecha indicada por la cantidad consignada; que emite una promesa de pago. Solo si la firma no es auténtica podríamos estar ante una falsedad. Si no, el pagaré es ejecutable, al margen de las relaciones causales.

Ya antes de 1995 era más que cuestionable que en esos casos estuviésemos ante un delito de falsedad. Era controvertido aceptar que se tratase de un caso de narración falsa, es decir no ajustada a la verdad (art. 302.4º del CP 1973).



Eso es lo que plantea en rigor el recurrente...; y no tanto el debate sobre el alcance del art. 390.1.2 CP que es propio de un estadio posterior, que solo surgirá si se responde afirmativamente al primer interrogante: ¿es conducta falsaria la emisión de pagarés no comerciales?

La jurisprudencia, según hemos anticipado, no ha sido homogénea. Pero los pronunciamientos más recientes y singularmente aquellos que abordan más a fondo la cuestión, en su planteamiento más hondo, abonan la idea patrocinada por el impugnante en este primer motivo: estaremos en su caso ante un medio apto para engañar y por tanto para constituir uno de los elementos básicos del delito de estafa si confluyen sus demás componentes; pero no es un documento falso en sí mismo en el sentido de que afirme falazmente algo discordante con la realidad. El pagaré acredita la obligación asumida por el firmante: el compromiso puro de abonar la cantidad que se refleja. Pero no acredita que esa obligación que se asume obedezca a una deuda previa real. Ni acredita que sea sincera la voluntad reflejada en el documento. Si no hay voluntad de atenderlo, estaremos ante una mendacidad, pero no una falsedad punible. Quien recibe el pagaré sabe que podrá ejecutarlo frente al firmante: su garantía es su solvencia. Como no es falsedad un cheque librado con fines exclusivos de garantía, tampoco lo son unas letras o pagarés de favor, más allá de que su descuento ocultando al banco esa realidad y presentándolos como si fuesen letras, o pagarés que se basan en relaciones comerciales pueda constituir el presupuesto de un delito de estafa (si concurren el resto de elementos: perjuicio, dolo antecedente...).

Quien emite un cheque sin intención de pagarlo por no existir fondos no incurre en falsedad. Era un delito de cheque en descubierto, cuando tal conducta estaba tipificada (antiguo art. 563 bis b) 1º CP 1973). Es delito de estafa si hay contraprestación simultánea. Nunca una falsedad.

El paralelismo con el pagaré conduce a idéntica conclusión, lo que determina el acogimiento de este primer motivo: los hechos no encajan en los arts. 390 y 392 CP. El banco que acepta el descuento de pagarés, letras o cheques está concediendo un crédito al descontante avalado por esos documentos. Si con ellos se está fingiendo solvencia o una actividad comercial inexistente, creando la apariencia de un próspero negocio que no obedece a la realidad, podremos enfrentarnos a una estafa. Pero si el banco admite el descuento conociendo el carácter de favor de tales instrumentos, no solo no hay falsedad, sino que tampoco habrá estafa: la entidad asume el riesgo sabiendo que la operación descansa sobre la solvencia del firmante>>.

5.- Y esa es aquí, consideramos, la cuestión. Cuando la sentencia impugnada se refiere a que la documentación presentada al banco (contratos de compraventa en los créditos documentarios; facturas en las líneas de descuento o factoring) *"no estaba soportada por operaciones comerciales reales"*, quiere dar a entender que no se trataba de auténticas compraventas (en la medida en que el vendedor no entregaría al comprador, ni fue nunca éste su propósito, el objeto del negocio). En cualquier caso, y aunque así fuera, lo cierto es que los documentos presentados expresaban una plena identidad entre sus autores formales y materiales (no había suplantación o simulación de firma), apareciendo suscritos por los representantes legales de las mercantiles que intervenían en el negocio, sin que se hubiera alterado tampoco ningún otro de los elementos esenciales del documento, ni se atribuyera en el mismo a quienes intervinieron en su confección declaraciones o manifestaciones diferentes de las que realmente hicieron.

Los tan citados 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. Y la finalidad de dichos documentos no era otra, tal y como en la propia sentencia impugnada se afirma, que la de ser presentados por el vendedor a negociación con entidades bancarias (descuentos, factoring, créditos documentarios) 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 trataba de documentos auténticos y hábiles para la finalidad proyectada. Cuestión distinta sería que, ya inicialmente, la cedente, Pescanova, hubiera proyectado desentenderse, con relación a los documentos negociados, de cualquier responsabilidad en el pago, teniendo conocimiento, además, de que los mismos tampoco podrían ser (o no serían) atendidos por el deudor cedido, lo que desplazaría la cuestión al ámbito propio del delito de estafa.

Procede de este modo estimar el presente recurso con relación al delito de falsedad en documento mercantil cometido por particulares, debiendo ser absuelto del mismo el recurrente, así como, por identidad de razón, todos los demás acusados que resultaron condenados como autores o partícipes de dicho delito.

CUARTO.- El delito de estafa (artículo 248 y 250 del Código Penal).- 1.-También resultó el recurrente condenado como autor de un delito continuado de estafa que, como hemos observado ya, se concretaría, en la que la Audiencia Nacional califica como *"segunda fase"*, consistente en que *"una vez puesto en marcha por el departamento de administración de la Sociedad el organigrama de qué sociedades vendían y cuales compraban*

evitando que se entremezclaran, se inició la propia fase de financiación bancaria a través de líneas de factoring o de pólizas de descuento bancario; lo que dio lugar al surgimiento del segundo delito del que el primero era el medio; es decir, estaríamos ante un delito de estafa en el que los engañados por la Sociedad eran los bancos y el mecanismo del engaño fueron esas facturas, transformadas en remesas de facturas, supuestamente vinculadas a unos inexistentes contratos de compraventa de pescado".

2.- Observa a este respecto el recurrente que la mercantil Pescanova se habría visto "obligada" a procurarse financiación a corto plazo, –habida cuenta de que la situación económica del momento hacía a las entidades financieras refractarias a ofrecerla a largo–, "vendiendo y recomprando su propia mercancía, descontando las facturas en contratos de factoring (realizando compraventas con las sociedades denominadas instrumentales) o mediante créditos documentarios (realizando compraventas en este caso con sus filiales en el extranjero)".

Pero sostiene también que las propias entidades financieras, "con la misma finalidad de superar las restricciones de crédito que les impedían facilitar más dinero a Pescanova S.A.,..., decidieron documentar unos préstamos dándole la forma de un contrato de cesión de facturas o 'factoring'". Viene a sostenerse, en definitiva, por quien ahora recurre, que las entidades bancarias que abrieron a Pescanova, S.A. líneas de descuentos, factoring o créditos documentarios resultaban plenamente conscientes del tipo de operaciones que las sustentaban, no obstante lo cual se avinieron a facilitar crédito a corto plazo, no en atención a la garantía que pudieran añadir a la devolución de lo prestado las empresas terceras (formalmente obligadas al pago) sino a partir de la confianza que tenían en la solvencia de la que era entonces una de las más importantes empresas de nuestro país, Pescanova, S.A. Por esa razón, explica la parte recurrente, las entidades bancarias ni siquiera recibían, ni solicitaban, las facturas supuestamente cedidas, conformándose con un listado de las mismas en formato excell (que proclama, además, tampoco podría considerarse como documento a efectos mercantiles). De hecho, ni siquiera comunicaban al deudor aparente (empresas instrumentales o filiales), la cesión del crédito, ni emprendieron nunca, respecto a las mismas, gestión alguna enderezada a su cobro. "Los Bancos, –añade la recurrente–, optaron por esta fórmula por cuanto, al tratarse en apariencia de una cesión de créditos, Pescanova S.A. no figuraba en la contabilidad del banco como deudora de las cantidades prestadas (lo cual les permitía superar los límites de riesgo asumidos ante el Banco de España), aunque quien devolvía el préstamo era siempre Pescanova S.A.".

Incide, además, el recurrente en que esta clase de operaciones se efectuaron, tal y como se afirma en la propia sentencia impugnada, no con el propósito de provocar engaño alguno en las entidades bancarias, ni con la intención de proceder después al impago de sus obligaciones, sino, muy al contrario, con el de procurar la continuidad de la empresa, continuidad que inexcusablemente pasaba por la devolución de lo prestado, tal y como fue sucediendo regularmente hasta que, como consecuencia de la frustración de otros negocios (particularmente, la venta proyectada de la planta de salmón), no lo permitió la tesorería. Finalmente, quien ahora recurre concluye que los hechos que al acusado se atribuyen no resultan constitutivos de un delito de estafa, habida cuenta de que: "desde una perspectiva objetiva, no concurre falsedad o ánimo de engaño alguno ni puede sostenerse, desde una perspectiva subjetiva, que mi mandante fuera consciente de su irregularidad ni mucho menos que accediera a formalizarlos con la intención de perjudicar a terceros".

3.- Lo cierto es que la sentencia aquí impugnada, con relación a la operativa comercial descrita, afirma, efectivamente, por lo que respecta a las pólizas de descuento de efectos, que Pescanova remitía a los bancos "remesas de las facturas", sin que éstos reclamaran o exigieran la entrega de los documentos mismos y sin que en ninguna oportunidad comunicaran la cesión o hicieran intento alguno de cobro frente a los deudores formales, en la confianza de que Pescanova nunca había desatendido sus compromisos de pago y con el convencimiento de que ésta sería quien los abonase llegada que fuera la fecha de su vencimiento.

Importa detenerse también en lo que la sentencia impugnada afirma con relación a los contratos de factoring o cesión de créditos. Después de describir su mecánica, –y dejando sentado que las entidades financieras en momento alguno se dirigían a los deudores cedidos, les reclamaron nunca el importe de los créditos, ni efectuaron con ellos gestión alguna para su cobro, esperando el pago de Pescanova a su vencimiento–, la resolución impugnada, explica: "Pero el factoring, además de no tener soporte contractual, suscitaba una cuestión de vital importancia, la de su correcto encaje en la contabilidad. Es decir, de considerarse "sin recurso", no era necesario hacerlo constar en la contabilidad de Pescanova porque el banco asumía el riesgo, pero, de considerarse "con recurso", la responsabilidad correspondía a Pescanova y debía figurar en la contabilidad como deuda.

Los contratos de factoring suscritos por Pescanova, según aparecía en sus textos eran "sin recurso" y, así fue considerado por la matriz y, en concreto, por su departamento de administración, por el financiero, por la auditoría interna y por la auditoría externa, sin que por ésta última se adoptaran ninguna comprobación tendente a su constancia".



Ello permite colegir razonablemente que, en efecto, la mayor parte de dichos contratos de factoring, --según aparecía en sus textos--, eran "sin recurso", expresión que determina que, ante el eventual impago de los deudores cedidos, quedaría Pescanova liberada de toda responsabilidad, sufriendo la pérdida el Banco, pese a lo cual ni éstos se dirigían al deudor cedido ni era éste, sino Pescanova, quien atendía los pagos, llegado su vencimiento. Incluso, en alguna oportunidad, conforme la sentencia impugnada declara probado, la entidad financiera correspondiente y Pescanova suscribían un contrato complementario para que, pese a lo que rezaba el contrato de factoring, quedara asegurada la responsabilidad final de la cedente (Pescanova). Lo proclama así, en su página 208, el relato de hechos probados de la sentencia que aquí se impugna: *"En cualquier caso, no todos los factoring eran 'sin recurso'; en efecto, como se ha indicado Pescanova suscribió contratos de factoring desde 2002 con Finanmadrid, luego Madrid Leasing y después, Bankia en los que, pese a figurar la cláusula de 'sin recurso', la Sociedad se veía obligada a firmar, de forma privada, es decir, fuera del propio contrato de factoring, un compromiso de asunción de pago en caso de impago de los deudores cedidos"*.

A su vez, con relación a los llamados créditos documentarios, explica la sentencia impugnada muy correctamente que los mismos resultan instrumentos convencionales empleados, por regla general aunque no exclusivamente, en el marco de transacciones internacionales entre empresas. Esquemáticamente, en estos casos, la empresa importadora y obligada al pago de las mercancías adquiridas, lo garantiza a través de una entidad bancaria que, sin embargo, solo liberará el importe comprometido previa la presentación de ciertos documentos que, a su vez, aseguran la existencia y el envío de las mercancías (conocimiento de embarque, documentación del seguro, factura de aduana, etc).

En el caso, observa la sentencia impugnada que Pescanova, S.A. solicitaba a un Banco español la apertura de un crédito de las referidas características en favor de diversas empresas filiales extranjeras (que aparecían como exportadoras) cuyo importe, una vez satisfecho por el banco, llegaba a poder de Pescanova a través de American Shipping, S.A., --sociedad uruguaya, cuyo único accionista era Novapesca Trading, S.L., propiedad al 99% de Pescanova y que ésta administraba--. Dicha mercantil, una vez el dinero en su poder, por orden de los también acusados Juan Francisco y Virgilio, trasfería después los fondos así obtenidos a una cuenta de Pescanova que *"a la fecha del vencimiento del crédito documentario, se hacía cargo de reintegrarlo al Banco"*. Todo ello, actuando los representantes de Pescanova, nuevamente, con la finalidad de *"obtener liquidez y financiación durante el plazo que duraban los propios créditos documentarios"*.

En este contexto, la sentencia impugnada considera, entre sus hechos probados que: *"Para formalizar estas operaciones, los bancos sólo pedían a Pescanova la factura de compra comercial o fotocopia visada por la matriz, no siendo necesario aportar alguno de los documentos que acreditaban una transacción internacional, tales como los relativos al transporte de mercancías (conocimiento de embarque o carta de transporte aéreo), seguro, certificado de origen, facturas consulares, de aduanas, certificados de análisis o de inspección."*

El hecho de que los bancos no requirieran a la matriz la aportación de estos documentos con los que se acreditaba la realidad de una transacción comercial internacional, permitía a aquella hacer creer a los bancos la realidad de una operación de comercio a nivel internacional y el consiguiente acceso a esta forma de financiación."

En realidad, el hecho de que, frente al sentido y funcionalidad del crédito documentario, --que, en realidad, se concibe partiendo de una suerte de principio de desconfianza entre exportadora e importadora--, las entidades financieras que liberaban el pago (lo anticipaban) no requiriesen documentación alguna a la empresa exportadora, referida a la realidad de la mercancía y a su efectivo envío, permite considerar como altamente razonable la inferencia sostenida aquí por el recurrente: las entidades financieras autorizaban los pagos sin asegurarse en modo alguno que la mercancía hubiera sido enviada lo que, en sustancia, comportaba la concesión de un simple crédito en favor de Pescanova, que ésta reintegraba a su vencimiento, para lo que ambas, entidad financiera y Pescanova, se servían de un instrumento (los créditos documentarios) que, ni resultaba preciso (en la medida en que las exportadoras eran empresas no solo conocidas por la importadora sino filiales de ésta), ni se disciplinaba por las reglas propias de esta clase de contratos (liberando los pagos la entidad financiera, sin exigir a la exportadora la presentación de documento alguno, que es lo que da sentido a esta clase de negocios).

4.- No se trata aquí, a nuestro juicio, de que las entidades financieras que participaron en los diferentes tipos de contrato que hasta ahora se han descrito, no agotaran la diligencia imaginable o posible para desvelar el pretendido engaño ni, incluso, de que pudieran haber relajado hasta el extremo las naturales precauciones para evitarlo. Es muy cierto, como en la sentencia impugnada se pone de manifiesto, que, frente a una concepción en origen más amplia, este mismo Tribunal Supremo ha venido a reconducir, de manera ya regular y sostenida, la operatividad de los llamados deberes de auto protección o autotutela en relación con el delito de estafa. Así, por ejemplo y por todas, nuestra reciente sentencia número 177/2022, de 24 de febrero, explica: <<Dijimos en la STS 660/2014 de 14 de octubre, con cita de las anteriores 482/2008 de 28 de junio y 162/2012 de 15 de marzo, que



el principio de confianza o de la buena fe negocial que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, ni obliga al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección. Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio>>.

Las razones por las que consideramos asiste también aquí la razón al recurrente no tienen que ver con una supuesta desidia o falta de precauciones por parte del pretendido sujeto pasivo del delito sino con la que valoramos como inexistencia del engaño como elemento funcionalmente vinculado al desplazamiento patrimonial (o, cuando menos, a la inexistencia de prueba suficiente, más allá de toda duda razonable, de dicho pretendido engaño). No sostenemos, dicho de otra manera, que el desplazamiento se produjera como consecuencia de un engaño previo que la víctima no fue capaz de advertir debido, acaso, a su credulidad excesiva, a su ingenuidad o a su ausencia de precauciones ordinarias. Lo que afirmamos es que el relato de hechos probados no presta fundamento bastante a la consideración de que los sucesivos desplazamientos patrimoniales, obtenidos por el descrito procedimiento, fueran en realidad consecuencia funcional de un engaño previo.

En el delito de estafa, como explica entre muchas otras nuestra sentencia número 737/2022, de 19 de julio, la disminución patrimonial del perjudicado debe ser la causa directa del lucro buscado por el estafador. No aparecen esos elementos concatenados en la forma que exige un delito de estafa: un engaño que provoca el error determinante del acto de disposición patrimonial (que por muy ampliamente que pueda ser concebido exige disponer -afectar- del propio patrimonio), que ha de ser justamente el que provoca un empobrecimiento del sujeto pasivo y el correlativo enriquecimiento del sujeto activo. Para proteger el crédito existen otras figuras que han de actuar con preferencia. El desplazamiento patrimonial debe así, en el marco de esta figura delictiva, aparecer causalmente vinculado a la existencia del engaño – *"utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición"*, reza la magistral definición contenida en el artículo 248 del Código Penal--.

En el caso, para que el delito de estafa resultara aplicable devendría preciso que las entidades financieras se hubieran avenido a efectuar las diferentes entregas de dinero, movidas por la errónea creencia, generada como consecuencia del pretendido engaño, de que terceros (ya fueran las sociedades instrumentales compradoras, ya las filiales exportadoras, ya los deudores cedidos) respondían efectivamente de las deudas que pudieran generarse como consecuencia de los diversos contratos, disposiciones patrimoniales que, en otro caso, no habrían realizado.

No es esto, sin embargo, --no, al menos, de forma inequívoca--, lo que fluye del extenso relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada. Las entidades financieras no exigían la entrega de las facturas expresivas de los créditos cedidos o descontados (conformándose con un listado de aquéllas). No emprendieron tampoco en caso alguno gestión de cobro de ninguna naturaleza frente a los aparentes deudores cedidos. A pesar de que la mayor parte de los contratos de factoring se formalizaron *"sin recurso"*, sus importes resultaban satisfechos invariablemente por la propia Pescanova y no por ninguno de los deudores cedidos. Y en los créditos documentarios ni siquiera se entretenían las entidades financieras, conforme la propia sentencia impugnada viene a proclamar, antes de liberar los fondos, en recabar los correspondientes documentos que fundamentan la existencia misma de esta clase de negocios. A partir de este conjunto de consideraciones, resulta razonable inferir que la presencia formal de terceros resultaba por entero indiferente a las entidades financieras que, al contrario, realizaban los correspondientes desplazamientos patrimoniales no en la creencia (errónea y consecuencia del pretendido engaño) de que éstos procederían al pago o aportarían alguna clase de garantía complementaria, sino con la certeza de que las cantidades adelantadas, bajo cualquiera de dichas fórmulas contractuales, les serían reintegradas, con el correspondiente y no insignificante beneficio, por la propia Pescanova. En este mismo sentido, milita, creemos que de modo elocuente, la existencia de los contratos que, según se declara probado en la sentencia impugnada, una de las entidades bancarias *"obligó"* a suscribir a Pescanova, *"de forma privada"*, por cuya virtud y en el marco de contratos de factoring que se formalizaban como *"sin recurso"*, ésta asumía, sin embargo, el compromiso de asunción del pago.

Resulta, por tanto, al menos igualmente probable en términos de razonabilidad, a partir de los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida que, como el recurrente proclama, dichas operaciones obedecerían al propósito, perseguido de consuno por Pescanova y por las entidades bancarias con las que contrataba, de que éstas proporcionaran crédito a aquélla, a corto plazo y con los correspondientes (y no

insignificantes) beneficios, sin rebasar los límites de riesgo que su formalización, abierta y explícita, hubieran impedido.

Para concluir, de ningún modo fluye del relato de hechos probados que el propósito del ahora recurrente fuera, conseguido con engaño el dinero que precisaba, dejar de atender sus obligaciones. Más todavía: es la propia sentencia impugnada la que afirma que el ahora recurrente diseñó un sistema orientado a obtener la tesorería que precisaba para continuar con el desarrollo de su empresa, sin propósito alguno, ya inicial, de desatender sus obligaciones. Habrían sido circunstancias posteriores, –la imposibilidad de vender, conforme estaba previsto y acordado, una nave de salmón–, las que determinaron la imposibilidad de atender sus deudas, eventualidad que trató de resolver el acusado, recurrente ahora, aportando a la empresa, en concepto de préstamo, una determinada cantidad de su patrimonio personal y requiriendo a los otros consejeros para que hicieran lo mismo, a lo que éstos se negaron.

Tiene razón el Ministerio Público cuando, al tiempo de oponerse a este motivo del recurso, recuerda que en el marco de operaciones comerciales sostenidas, la inexistencia inicial de un propósito resuelto de incumplir las obligaciones contraídas, no excluye que, en un determinado momento de su *tracto* o desarrollo, el sujeto activo comprenda ya que el cumplimiento no será posible en lo futuro, –o aun contemple esa eventualidad como altamente probable–, y, pese a ello, persista en esa misma operativa. Nuestra sentencia número 706/2022, de 11 de julio, en efecto proclama, precisamente con relación a un contrato de descuento, que: *<<El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 de febrero de 2006 refrenda la idoneidad del descuento bancario para convertirse en mecanismo defraudatorio (STS 39/2007, de 15 de enero). "Quien pactó ese sistema decidido a cumplir y lo hace puntualmente -retomamos la literalidad de la STS 209/2018 - pero cuando el curso de su empresa varía y aparecen condiciones que le sitúan en la imposibilidad de atender sus obligaciones, cae en la tentación de ocultar esos datos y continuar aprovechando ese crédito, cebando la apariencia de normalidad mediante la presentación de nuevos efectos, defrauda. El previo cumplimiento se convierte en un elemento contextual del engaño que no es puramente omisivo, sino expresión de un acto concluyente.*

"La intención de cumplir y afrontar las obligaciones contractuales en la actividad empresarial -y traemos a colación otra vez un pasaje de la citada STS 852/2014 - puede estar claramente presente al principio e ir enturbiándose en el curso del tiempo dando paso progresivamente y no de forma instantánea, primero a una poco prudente continuación de una actividad cuyo porvenir por razones económicas se torna incierto; y luego ya a un dolo eventual en que la probabilidad de no poder atender las propias obligaciones es percibida como riesgo muy elevado. Si, pese a ello y con indiferencia a los previsibles resultados perjudiciales para terceros, se prosigue en una huida hacia delante impregnada ya de una actitud interna cuyo encaje penal es el dolo, podremos identificar un delito de estafa".

Sin embargo, la sentencia ahora impugnada no precisa, ni en el relato de hechos probados (donde debería, en tal caso, haberlo hecho) ni a lo largo de su fundamentación jurídica, en qué preciso momento el ahora recurrente, y/u otro cualquiera de los acusados, decidió seguir adelante con el procedimiento que durante años había venido manteniendo con las diferentes entidades bancarias, conociendo ya o debiendo representarse como altamente probable la imposibilidad de atender a los pagos comprometidos. Muy al contrario, parece resultar del *factum* que esa imposibilidad no es percibida hasta el momento en el que, antes de proceder a la aprobación de las cuentas anuales de 2012 (lo que estaba previsto realizara el Consejo de Administración el día 27 de febrero de 2013), el ahora recurrente convocó a algunos de sus miembros (Sres. Javier , Baltasar , Florentino y Gonzalo) a una reunión, que se llevó a efecto en Madrid el día 25, haciéndoles saber en ella, – así lo proclama el relato de hechos probados de la sentencia impugnada–, *"después de hablar de los buenos resultados del ejercicio 2012 enseñando a tal efecto el borrador de las cuentas*

anuales que se iban a formular el día 27 de febrero, en las que figuraba una tesorería de más de 140.000.000 € y un balance y resultados mejores que los esperados", que: "no se había vendido el salmón -en referencia a la planta de acuicultura de salmón de Chile- y que había que pagar, en marzo, una cuota de 50.000.000 € de un préstamo sindicado de 150.000.000 €, por lo que pidió si podían prestar a la Sociedad, entre todos, los 50.000.000 € necesarios para pagar la cuota del préstamo sindicado durante un mes, añadiendo que él ya había prestado a la sociedad 9.300.000 € y 6.000.000 €". Habiendo rechazado los así requeridos la posibilidad de aportar este dinero, expuestos los hechos en síntesis, en la mencionada reunión de 25 de febrero de 2013, las cuentas anuales (correspondientes, claro, al ejercicio anterior) no fueron finalmente aprobadas y, el mismo día 28 de ese mes: *"Pescanova remitió un hecho relevante a la CNMV cuyo texto fue el siguiente: El Consejo de Administración de Pescanova, S.A., ante la incertidumbre de poder afirmar el principio contable de gestión continuada (el going concern) en relación a los hechos posteriores al cierre de las cuentas anuales de 2012 ha procedido, de momento, a no formular las cuentas anuales, en tanto no se den con carácter inminente una de las dos condiciones siguientes:*

La certeza de la venta de ciertos activos de la actividad de cultivo del salmón, reclasificados para la venta, o

La renegociación de la deuda a través del inicio del procedimiento establecido en el artículo 5 bis de la Ley Concursal.

Pudiéndose dar una u otra situación con efectos dispares sobre la cotización de la acción, Pescanova pone de manifiesto estos hechos a los efectos de que esa CNMV evalúe la conveniencia de suspender cautelarmente la cotización de la acción".

Las vicisitudes posteriores aparecen también cumplidamente reflejadas en el relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada: comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal para la renegociación de la deuda; suspensión de la cotización de las acciones el día 1 de marzo, que se alzó el día 4, volviéndose a suspender el día 12; reunión del Consejo de Administración, el día 14 de marzo, a la que ya fueron convocados abogados y economistas de la firma LENER, especialistas en Derecho concursal, expertos que, finalmente, aconsejaron la presentación de un concurso voluntario, así como la contratación de un forense, lo que, efectivamente fue acordado el día 4 de abril.

Así las cosas, conforme resulta de la propia resolución impugnada y en síntesis, Pescanova efectuó cuantiosas inversiones, *"a lo largo de los primeros años del siglo XXI, aprovechando la bonanza económica anterior y la facilidad de seguir disfrutando de créditos bancarios baratos"*, vinculadas esencialmente a la acuicultura, que, se afirma, en seis años ascendieron a casi 834 millones de euros, con objeto de incrementar el rendimiento y extensión de su explotación (declara probado la sentencia impugnada que la pesca extractiva llevada a cabo por el grupo se mantenía entonces estable). Y seguidamente, se explica también en el factum: *"Estas inversiones, que se financiaron inicialmente mediante capital y créditos del Grupo que se recibían desde Novapesca Trading S.L. y de la propia Pescanova, fue evolucionando paulatinamente en favor de la financiación exterior incrementándose el nivel de préstamos con entidades bancarias que, con la crisis financiera, dejaron de utilizar instrumentos de financiación de inversiones a largo plazo que fueron sustituidos por otros métodos de financiación de circulante, a corto plazo y con un elevado coste"*. Aunque la descripción resulta, en cierto modo al menos, algo confusa, sí permite comprender que, según la sentencia impugnada afirma, no fueron los responsables de Pescanova quienes decidieron prescindir de la financiación a largo plazo, menos onerosa y más idónea para las inversiones realizadas (que precisaban de un cierto tiempo para ofrecer beneficios), sino que habrían sido las entidades bancarias las que prefirieron, en el contexto económico dicho, acudir a otros métodos de financiación de circulante *"a corto plazo y con un elevado coste"*.

En ningún pasaje se afirma en la sentencia impugnada que desde un primer momento el ahora recurrente y/o cualquiera otro de los acusados, acudiera a este mecanismo de financiación, aceptado por las entidades bancarias en exclusiva consideración a la solvencia empresarial de Pescanova como ya se ha explicado, con el resuelto propósito de desatender sus obligaciones o con clara conciencia de la alta probabilidad de que así fuera. Y tampoco es posible identificar en la resolución recurrida, ningún salto cualitativo, ninguna cesura en la voluntad de atender los pagos generados por estas formas de financiación hasta, al menos, la reunión del día 25 de febrero de 2013, en la que ya quedaron evidenciadas las gravísimas tensiones de tesorería al no haber sido posible vender la planta de salmón, ni reunir de entre los convocados a dicha reunión la cantidad suficiente para atender los pagos; conductas, todas ellas, posteriores a los hechos que el relato de los probados describen como pretendidamente engañosos.

En estas circunstancias, procede estimar también el recurso interpuesto por la representación procesal de Carlos Jesús, debiendo ser absuelto del delito de estafa que se le atribuye, así como, por identidad de razón, habrán de serlo igualmente los demás condenados por este delito.

QUINTO.- El delito de falsificación de las cuentas anuales (art. 290) y el delito de falseamiento en la información económico-financiera (art. 282 bis).- 1.- Aunque ninguno de los motivos que aquí se abordan efectúa una referencia explícita a estas dos infracciones penales, –aunque sí se deslizan en ellos ciertas referencias a la pretendida ausencia de falsedad en los datos contables–, conviene realizar ahora una, siquiera sucinta, referencia a los mismos, al efecto de que dichas aseveraciones, en cierto modo oblicuas, no queden sin respuesta.

El artículo 290 del Código Penal, –a cuya figura típica nos referiremos en lo sucesivo como falsedad en las cuentas anuales–, sanciona la conducta de quien, naturalmente de forma dolosa, siendo administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, falseare las cuentas anuales (u otros documentos) que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero, incrementándose en el segundo párrafo la sanción asociada a esta conducta si el perjuicio económico llegara a causarse.

Mucho ha discurrido la doctrina científica acerca de si nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, en términos de mero peligro hipotético, contra el patrimonio o si, por el contrario, su naturaleza jurídica se compadece mejor con los delitos denominados de peligro abstracto-concreto, con capacidad *ex ante* para



generar un perjuicio en cualquiera de los destinatarios legítimos de la información documental, alcanzado a través de la provocada desorientación de éstos que la información falsa que consta en los referidos documentos genera. Sí existe, en cualquier caso, generalizado acuerdo en que el artículo 290 del Código Penal contempla una conducta cuyas falsedades relevantes no se concretan en las modalidades previstas para el delito de falsedad documental en los artículos 390 y 392 del mismo texto legal, de tal manera que las denominadas falsedades ideológicas contempladas por el artículo 390.1.4, cometidas aquí por particulares, permanecerían intramuros de la descripción típica. Cumple al respecto traer a colación las reflexiones que ya se efectuaban en nuestra sentencia número 259/2013, de 19 de enero. En dicha resolución se observa que: <<La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el tipo previsto en el art. 290 del CP encierra una modalidad falsaria. De hecho, hemos llegado a afirmar que aquel precepto encierra de forma específica "... una modalidad delictiva falsaria", que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Constituye una verdadera modalidad falsaria en que su componente esencial es el faltar a la verdad en la narración de los hechos, tal y como también ocurre en los arts. 261, 326 y 382 del CP (cfr. STS 867/2002, 29 de julio). Y es que aunque el legislador resultó condescendiente con las falsedades ideológicas en términos generales, al mismo tiempo, a lo largo de numerosos artículos del Código Penal, introduce figuras concretas de falsedades ideológicas que por su especial relevancia con bienes jurídicos especialmente protegidos son elevadas de manera específica a la categoría de delitos. Esto sucede, entre otros casos, en los delitos societarios en relación con la obligación de que las actividades societarias, que tanto repercuten sobre la vida económica de un país, reflejen de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados. Por esta razón, faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el art. 290 del CP (STS 1256/2004, 10 de diciembre)>>.

Sentado lo anterior, la sentencia aquí impugnada residencia las conductas atribuidas al recurrente en el artículo 290 del Código Penal, por lo que respecta a las que sitúa en la primera parte de la que denomina fase tercera, observando 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.

Frente a lo anterior, quien ahora recurre objeta que, con relación a los denominados "neteos", aunque estuvieran prohibidos por la normativa contable, ningún perjuicio podían causar a los destinatarios de la información contable, en la medida en que dichas prácticas consistían en la compensación de activos y pasivos. De este modo, se refiere la recurrente a que, por ejemplo, si recibido un crédito por importe de diez millones, la entidad financiera forzaba a Pescanova a recibir y mantener en depósito otros cuarenta millones, resultaba inane compensar la posición activa (40) con la pasiva (50), consignando tan solo como pasivo en la contabilidad los diez millones de diferencia.

No es así, exactamente. Ciertamente que el resultado final de la operación (10) se consigna contablemente de ambos modos. Pero no es en esto solamente en lo que consiste la obligación de que las cuentas transmitan *"la situación jurídica o económica de la entidad"*. Al contrario es relevante para conocer ésta que lo contabilizado refleje la verdadera naturaleza de activos y pasivos (la facilidad y/o probabilidad de su realización, por ejemplo, no es extremo irrelevante en este punto).

En cualquier caso, bastará para comprender la adecuada calificación jurídica que de estas conductas efectúa la sentencia impugnada, detenernos en los contratos de factoring, ya comentados. Aduce el recurrente que contabilizar los mismos como *"sin recurso"*, es decir, sin responsabilidad alguna frente al cesionario de los créditos, resultaba ser una consecuencia necesaria de lo consignado en los contratos, conforme a lo convenido con las entidades bancarias. Ya se ha dicho que podrá no resultar inequívocamente acreditado que aquellos comportamientos produjeran un engaño en las entidades financieras, apto para calificar los hechos como constitutivos de estafa. Pero no es menos cierto, ahora de forma inconcusamente acreditada, que el propósito del acusado fue siempre el de que Pescanova satisficiera a las entidades cesionarias el total importe de los créditos (empleado el factoring como un simple método de financiación). Así era también, ya se ha explicado, conocido por las entidades bancarias, que ninguna gestión de cobro practicaban con el deudor, limitándose a esperar simplemente el pago, vencido el plazo, por Pescanova. Actuando de ese modo, y llevando a las cuentas anuales la consignación de dichos contratos como *"sin recurso"*, –vale decir, sin responsabilidad para Pescanova–, se estaba, de hecho, ocultando a los destinatarios de la información contable, la existencia de un pasivo bancario muy relevante, de forma plenamente idónea para causar un perjuicio económico a los socios o a terceros, sin que las cuentas, en fin, reflejaran la verdadera situación económica de la sociedad. Y todo ello con independencia de que el ahora recurrente, incluso aunque hubiera sido de forma razonable, confiase en la posibilidad de enjugar esos créditos cuando las importantes inversiones implementadas años antes llegaran a dar sus frutos.

A mayor abundamiento, censura el recurrente, con respecto a la alteración del perímetro de consolidación del grupo (deshaciéndose de algunas filiales deficitarias antes de finalizar el año y retomando el control de las mismas al comenzar el siguiente), que dicha conducta, si ciertamente lograba eludir el pasivo de las sociedades "omitidas", tampoco reflejaba el activo de aquellas, que, afirma, sin fundamento corroborador alguno y frente a lo que fluye del relato de hechos probados, resultaba superior.

2.- Por lo que respecta al delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, residenciado éste ya no entre los delitos societarios sino entre los relativos al mercado y a los consumidores, también sanciona el mismo la conducta de los administradores de hecho o de derecho, siempre que, como aquí, se trate de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, que falsearan la información económico financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar o difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, ya fuera con el propósito de captar inversores o depositantes, ya con la intención de colocar cualquier tipo de activo financiero u obtener financiación por cualquier medio, agravándose también la sanción asociada a estas conductas cuando se llegara a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor; incrementándose aún más la pena prevista cuando el perjuicio causado resultara de notoria gravedad.

Se ha dicho, con razón, que este precepto presenta una estructura similar al analizado con anterioridad (artículo 290 del Código Penal), aun cuando la conducta sancionada en el primero únicamente puede cometerse, actuando como administrador de sociedades emisoras de valores negociables en mercados oficiales, y aun cuando, en consecuencia, la documentación falseada presente aquí ciertas particularidades (especialmente, por lo que se refiere a los folletos de emisión). Pero es que, además, mientras el artículo 290 del Código Penal requiere que la conducta se realice de forma idónea para causar un perjuicio económico a la propia sociedad o a alguno de los socios (incapaces de conocer de ese modo la verdadera situación jurídica o económica de la entidad), enmarcándose la figura delictiva entre los denominados delitos societarios; en el caso de este artículo 282 bis, –delitos relativos al mercado y a los consumidores–, la conducta falsaria se orienta a captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero u obtener financiación por cualquier medio.

Importa señalar ahora que el comportamiento del acusado, que se describe en el relato de hechos probados, colma también plenamente las exigencias típicas de este último ilícito penal, –en relación de concurso medial con el delito previsto en el artículo 290–, en la medida en que resolvió dolosamente incorporar a las cuentas anuales y a la documentación económico financiera que debía ser publicada, datos que conocidamente no reflejaban la verdadera situación económica de la sociedad, –al punto que llega, incluso, a reclamar la aplicación de la circunstancia atenuante de confesión–, consciente como era de que una muy significativa parte de la financiación bancaria recibida en las formas ya descritas, –y que frustró finalmente la ordinaria continuidad de la empresa–, no aparecía reflejada en dichas cuentas ni en el correspondiente folleto de emisión, con la ya referida finalidad de captar inversores confiados en dicha desfigurada información.

SEXTO.- El delito de alzamiento de bienes (artículo 257 del Código Penal).- 1.- Viene a señalar, en síntesis, quien ahora recurre, por lo que a esta figura típica respecta, que a partir de la descripción que se realiza en el relato de los hechos que se declaran probados, no se advierte fundamento para considerar concurrentes los elementos constitutivos de dicho ilícito penal. De ahí, que, en buena técnica casacional, su protesta se canalice en este caso a través de las previsiones del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Explica, en sustancia, quien ahora recurre que ninguna de las empresas citadas en el factum (Sodesco, Kiwi o Quinta do Sobreiro) eran deudoras ni se ha acreditado tampoco que se encontraran en situación de insolvencia o falta de liquidez. Ambos extremos, indudablemente, son ciertos. Mal podría existir entonces, asegura el recurrente, perjuicio alguno respecto de unos acreedores inexistentes a través de las sucesivas transferencias que el factum de la sentencia impugnada describe.

2.- Resulta aquí ineludible traer a colación, aunque sea sintetizado, el pasaje de los hechos probados que concierne a esta cuestión. Dice así el ordinal séptimo de dicho relato: *"Presentadas dos de las querellas que dieron origen a estas actuaciones, el entonces presidente de la Sociedad y su esposa, con objeto de poner fuera del alcance de los inversores parte de la devolución del préstamo de los 6.000.000 €, que el entonces presidente de la Sociedad, en nombre de SODESCO, prestó a Pescanova el 25/02/2013 por espacio de 5 días, -cantidad que provenía de tres transferencias, una de 4.600.000 € de la cuenta de SODESCO del Banco Sabadell y, el resto, de las cuentas de Kiwi España y Quinta Do Sobreiro del Banco Sabadell cuyos saldos provenían, al menos en parte, de la venta de acciones de Pescanova por parte de SODESCO ya citadas-, llegada la fecha de vencimiento del préstamo el 01/03/2013, el acusado Sr. Amadeo del departamento financiero de Pescanova, hizo una transferencia de los 6.000.000 €. desde la cuenta NUM003 de la sucursal Barclays Bank de Vigo, de la que era titular Pescanova, a*

favor de la cuenta NUM004 del Banco Etcheverría, de la que era titular Kiwi España, figurando en el concepto de la transferencia "por cuenta de Sociedad Anónima de Desarrollo y Control S.A." (SODESCO). Recibida la orden, personal de la sucursal del Banco Barclays Bank de Vigo solicitó la ratificación de la transferencia al personal de Pescanova que realizó el Sr. Amadeo, recibíendose durante esa mañana varias llamadas del personal de Pescanova para interesarse si la transferencia había sido realizada. Pero, con objeto de situar parte de los 6.000.000 € recibidos por Kiwi España S.A. fuera de la jurisdicción española y del alcance de quienes habían invertido en Pescanova, el acusado Carlos Jesús, de acuerdo con su esposa Joaquina, elaboraron un plan consistente en abrir dos cuentas bancarias en Portugal, a donde sería transferido parte de la devolución del préstamo desde donde, después, sería nuevamente transferido a la cuenta abierta a nombre de la citada, de consuno con su marido, en Hong Kong..."

A partir del anterior relato, el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada califica estos hechos como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, en la medida en que, con las referidas transferencias, "se trataba de impedir que una parte de la devolución del préstamo de los 6.000.000 de euros prestados por don Carlos Jesús en nombre de SODESCO el 25/02/2013 para apoyo puntual de tesorería por espacio de cinco días, estuviera fuera del alcance de los inversores de Pescanova, razón por la que, transcurrido el indicado plazo y devueltos por Pescanova a Kiwi España, S.A. por cuenta de Sodesco, tras varios traspasos por varias sucursales bancarias de Quinta do Sobreiro o de Kiwi España en territorio español, salieran fuera del mismo una vez que doña Joaquina abriera a Quinta do Sobreiro dos cuentas en Portugal".

Explica la resolución recurrida que el delito de alzamiento de bienes se define por la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo, de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar con lo que poder cobrarse. Y recuerda, con razón, que, aun cuando se trata de un delito especial, en el sentido de que el sujeto activo del mismo ha de ostentar la condición de deudor, nada obsta a que las contribuciones relevantes al proyecto delictivo que resulten efectuadas por *extraneus* puedan sancionarse a título de cooperación necesaria o de complicidad, citando al respecto abundante doctrina jurisprudencial en tal sentido.

Se califican así los hechos como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes, de los previstos en los artículos 257 y 258 del Código Penal, conforme a la redacción vigente al tiempo de producirse los hechos, preceptos que sancionaban al responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizara actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente. Y a partir de estas consideraciones se condena como autor al ahora recurrente, mientras que doña Joaquina y las mercantiles Quinta do Sobreiro, S.L. y Kiwi España, S.A., son condenadas a título de cooperadoras necesarias.

3.- Así las cosas, las quejas del recurrente arrancan en este caso de una premisa errónea cuando señala que Carlos Jesús "ha sido condenado por este delito de alzamiento porque una sociedad propiedad de su esposa (Quinta do Sobreiro S.L.) abrió y transfirió dinero a unas cuentas corrientes en Portugal". Y, tomando como referencia este punto de partida erróneo, argumenta que la mercantil Quinta do Sobreiro no era deudora de cantidad alguna, no había sido querellada o encausada en ningún procedimiento y era completamente ajena a los hechos que aquí se han enjuiciado en relación con la crisis financiera de Pescanova. Así, quien ahora recurre explica que: "De hecho, la Sentencia hoy recurrida no le vincula con ningún hecho relacionado con la crisis de Pescanova S.A. ni le condena a indemnizar a ningún perjudicado por tales hechos. No existiendo deuda real o previsible de la cual responder, ni teniendo Quinta do Sobreiro S.L. acreedores (ni entonces ni ahora), la gestión de su patrimonio era libre y no condicionada, sin que pueda cometer alzamiento aquel que nada debe y a quien nada se reclama".

El hecho cierto, sin embargo, es que el único condenado en concepto de autor por el delito de alzamiento de bienes resulta ser, como ya se ha dicho, el ahora recurrente Carlos Jesús. Y ello en atención a que el mismo, teniendo ya conocimiento de la pendencia de los procedimientos penales en los que se le atribuía la comisión de distintas figuras delictivas, –presentadas ya dos de las querellas que dieron origen a la formación de la presente causa–, con el propósito de eludir o dificultar severamente el cumplimiento de las responsabilidades civiles que de aquéllos pudieran derivarse, procedió, una vez le fue reintegrado por Pescanova el importe del crédito, a disponer que el mismo fuera satisfecho en la cuenta de sociedades terceras, propiedad de su esposa e hijos y también administradas por él, cantidades que éstas transfirieron a sendas cuentas abiertas en Portugal, todo ello con el designio de eludir o dificultar seriamente las mencionadas responsabilidades.

Resultan, en este sentido, muy elocuentes las reflexiones que la resolución impugnada realiza (página 502): "En el caso, como se ha indicado con anterioridad, ambos acusados reconocieron, sin ambages, las transferencias en cuestión, aunque discreparon de su carácter delictivo, por cuanto, según alegaron, su intención no era ocultar

patrimonio a los inversores de Pescanova, sino poder utilizar su patrimonio a la vista de los inconvenientes derivados de la situación económica de la sociedad".

El motivo, que en atención al canal de impugnación escogido ha de ceñirse al relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, se desestima.

SÉPTIMO.- Errores en la valoración de la prueba (artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).-

1.- Los motivos de impugnación segundo, tercero y cuarto, al amparo del referido artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pretenden identificar sendos errores en la valoración de la prueba que se realiza en la sentencia impugnada. El primero, en relación con el delito cometido en el artículo 282 bis del Código Penal (motivo segundo). El siguiente, (motivo tercero), con pretendidos efectos en materia de responsabilidad civil, en tanto referido al momento en el cual los inversores de Pescanova tuvieron conocimiento de la delicada situación financiera de la compañía. El último (motivo cuarto) viene a sostener que no fue la entidad Pescanova sino el propio Carlos Jesús quien comunicó a la CNMV la existencia de discrepancias entre la deuda financiera real y la que figuraba en los estados financieros, pretendiendo esclarecer este extremo a los fines de la aplicación de la circunstancia atenuante de confesión.

Así, explica el recurrente, –motivo segundo de su impugnación–, que la sentencia recurrida le condena como autor de un delito de defraudación de inversores (artículo 282 bis) *"con el argumento de que D. Carlos Jesús "asumió personalmente" la Nota de acciones y el Documento de Registro de acciones aprobados para la ampliación de capital de Pescanova S.A., documentos en los que se diría "que la sociedad emisora había cumplido sus compromisos financieros sin riesgo alguno de vencimiento anticipado de sus obligaciones". Sin embargo, la parte ahora quejosa pretende que la propia nota y documentos aludidos, obrantes en las actuaciones vendrían a poner en evidencia que ni en ellos, ni en ningún otro documento, el acusado expresó que no existiera riesgo de vencimiento anticipado de las obligaciones de Pescanova, limitándose a trasladar al mercado el contenido propio de las cuentas aprobadas por el grupo "sin aportar ningún hecho nuevo o relevante y sin que la firma de estos instrumentos incorporase en consecuencia ningún contenido material de antijuridicidad".*

En el motivo tercero de su recurso, sirviéndose también de este mismo canal impugnativo, razona la representación procesal de Carlos Jesús que *"los problemas de Pescanova",* transcendieron al mercado el día 1 de marzo de 2013, y no el día 12 de ese mismo mes y año, frente a lo sostenido en la sentencia y en los autos de aclaración que la integran. Ello vendría a evidenciar que las personas que hasta esta última fecha invirtieron en Pescanova, S.A. ya conocían que la empresa no había sido capaz de aprobar sus cuentas, correspondientes al ejercicio 2012, que tenía comprometida su continuidad y que había solicitado la declaración de concurso. Invirtieron así, quienes lo hicieron a partir de ese momento, *"con afán especulativo y aprovechando la debacle de la cotización al conocerse estos hechos, por lo que no pueden ser tenidos por perjudicados".* Aunque en el encabezamiento de este motivo de queja no se entretiene la parte en citar documento alguno que así viniera a evidenciarlo, sí se refiere en su desarrollo al que refleja el *"hecho relevante"* que la compañía comunicó aquel día 1 de marzo de 2013 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, anunciando el *"precurso de acreedores"* y dando lugar a la suspensión de las cotizaciones, que fue levantada, por razones que el recurrente asegura ajenas a su propia voluntad, el siguiente día 4.

2.- Como es sabido, y expresa, por ejemplo, nuestra reciente sentencia número 707/2022, de 12 de julio, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002, de 3 de diciembre, ya recordaba, en relación con el art. 849.2 LECrim. que: <<[C]onstituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad

de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, el órgano jurisdiccional la había desconocido y había redactado los hechos probados de espaldas a tal medio probatorio>>. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la inmediatez judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por el Tribunal que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

No obstante, esta misma sentencia, subraya también que el motivo en estudio deberá prosperar únicamente cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, siempre, además, que no exista contradicción con algún otro medio probatorio.

3.- En el caso, tal y como certeramente destaca el Ministerio Fiscal al oponerse al presente recurso, la condena del ahora recurrente como autor de un delito de los previstos en el artículo 282 bis del Código Penal no descansa, ni primera ni principalmente, en las afirmaciones que éste pudiera haber realizado en la nota de acciones y el documento de registro presentado con motivo de la ampliación de capital acerca de la posible existencia de riesgos de vencimientos anticipados, que efectivamente resultaba de las cuentas anuales y del conjunto de la documentación (falsa) aportada para conocimiento de los inversores con tal fin, sino precisamente en la presentación de estos últimos documentos, con plena conciencia por parte del acusado de que no reflejaban la imagen fiel de la mercantil. Por eso, tal y como nuevamente destaca el Ministerio Público al tiempo de oponerse al presente recurso, el eventual error en la valoración probatoria denunciado carecería de efecto alguno con respecto al sentido del fallo, sin aptitud para alterar ninguno de sus pronunciamientos.

Por lo que respecta al motivo tercero del recurso, vinculado con cuestiones relativas a la responsabilidad civil que la sentencia declara, lo cierto es que el documento citado no es único sino que concurre con otros elementos probatorios, igualmente valorados por el Tribunal de instancia para fijar el momento a partir del cual los inversores de Pescanova adoptaron su decisión sobre la base de una información falseada y, en consecuencia, sin conocimiento de la verdadera situación económica de la mercantil. Entre ellos no es el menor que el propio acusado, cuando reivindica para sí la aplicación de la circunstancia atenuante de confesión, explica que procedió a comunicar la existencia de irregularidades serias y sustanciales en las cuentas, precisamente, el día 12 de marzo de 2013, *"antes de que trascendiera al mercado la situación"*. Del mismo modo, la sentencia aquí impugnada (pág. 274) explica que el día 1 de marzo del 2013, el organismo regulador *"mandó un primer requerimiento recabando información sobre las razones determinantes de tal decisión"*, –promover el precursoso contemplado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal–, así como acerca del *"endeudamiento de la sociedad"*. Igualmente, la compañía fue requerida *"al no haber aportado el segundo informe semestral del ejercicio 2012, al haber finalizado el plazo para su presentación el 28 de febrero de 2013"*. Y, a partir de estos antecedentes, la sentencia recurrida proclama: *"El 12 de marzo de 2013 se remitió otro requerimiento, complementario del anterior, cuyo objeto era saber el motivo de la suspensión del asesor financiero, recabando información sobre los principales acreedores de la sociedad, existencia de incumplimiento de covenants, importe total de avales o garantías de Pescanova y su grupo y operaciones vinculadas"*.

Así pues, y con independencia de la primera suspensión de las cotizaciones, levantada más tarde, no puede afirmarse, a partir de los documentos a los que la parte recurrente se refiere aquí, que los posibles inversores tuvieran cabal conocimiento de la situación económica de Pescanova, proporcionada por la información que ésta debía facilitarles, con anterioridad a la referida fecha. Y es que, precisamente, el día 12 de marzo de 2013, es cuando por primera vez, *"la Sociedad comunicó a la CNMV otro hecho relevante consistente en haber detectado discrepancias entre sus registros contables y las cifras de deuda bancaria, que pudieran ser muy significativas y que estaban en proceso de revisión y conciliación, lo que motivó que el organismo regulador acordara una segunda suspensión de la cotización y un segundo requerimiento a la sociedad con el objeto de conocer la deuda"*.

En lo que se refiere al motivo cuarto de la impugnación, el pretendido error en la valoración probatoria carecería también de aptitud para modificar cualesquiera pronunciamientos contenidos en la sentencia. Nos remitimos ahora a lo que a continuación se señalará al abordar las quejas que se contienen

en el motivo octavo de este recurso.

Los motivos de queja se desestiman.

OCTAVO.- La atenuante de confesión (artículo 21.4 del Código Penal).- 1.- Argumenta aquí, en síntesis, quien ahora recurre que debió ser apreciada en la conducta de Carlos Jesús , con rango además de muy cualificada, la circunstancia atenuante prevista en el número 4 del artículo 21 del Código Penal.

Explica la recurrente que dicha reivindicación se efectúa respetando en todo el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, del que resultaría que el acusado confesó *"la existencia de las divergencias entre la contabilidad y la deuda financiera ante la autoridad competente antes de que este hecho trascendiera al mercado, en una actitud de ayuda y colaboración que se prolongó en el tiempo"*.

La sentencia ahora impugnada admite a este respecto, en sus páginas 563 y siguientes, que algunos acusados, entre ellos el ahora recurrente, relataron esencialmente lo ocurrido, ajustándose en términos razonables a lo verdaderamente acaecido. Sin embargo, el reconocimiento de estos hechos no comportaba la asunción de que se hubiere infringido precepto alguno, –destacando que el artículo 21.4 del Código Penal, se refiere a la necesidad de confesar *"la infracción"*–, ni representó tampoco colaboración alguna relevante con la Administración de Justicia *"para restaurar el orden jurídico quebrantado con sus acciones"*. Se acepta, en efecto, que Carlos Jesús, incluso antes de ser incoado el procedimiento penal, comunicó a la CNMV *"que una de las razones del déficit de la sociedad podía ser que los créditos documentarios no estuvieran bien contabilizados"*. Como se acepta también que, pese a responder de forma *"confusa, incompleta y tardía"* a sus requerimientos, la sociedad acabó *"aflorando"* a las mercantiles que *"no se habían incorporado al perímetro de consolidación"*. Y los mismos razonamientos se extienden a lo relativo a la existencia de *"neteos"*, a los factoring sin recurso, y a la creación y operativa de las sociedades instrumentales.

Sin embargo, añade la sentencia impugnada, para hacerse acreedor de esta atenuante, no basta solo con decir, en esencia, la verdad de lo ocurrido. Es preciso admitir, –explica–, que dichas conductas asumidas resultan constitutivas de delito, extremo que en ningún momento reconoció Carlos Jesús, al punto que, como viene también a subrayar el Ministerio Público, parece poco compatible con el sentido mismo de la atenuante, invocar su aplicación y, al mismo tiempo, denunciar, como aquí se hace, la pretendida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y es preciso también, –continúa razonando la sentencia impugnada–, mostrar una actitud de *"colaboración positiva con el orden jurídico dañado"*. Actitud que se echa en falta en la conducta del acusado, tratando en todo momento de justificar su actuación, sin que *"ni siquiera después del juicio haya demostrado comprender el alcance de las decisiones adoptadas y los enormes perjuicios que tales decisiones han conllevado"*.

Frente a los razonamientos anteriores, aduce el recurrente, en sustancia, que Carlos Jesús remitió a la CNMV, el día 12 de marzo de 2013, como hecho relevante, la existencia de discrepancias entre la contabilidad y las cifras reales de la deuda bancaria. Además, el Consejo de administración de Pescanova, S.A., presidido por el recurrente, el día 4 de abril de ese mismo año, acordó la realización de un forense, que encomendó a la firma KPMG, a la que se indicó también *"dónde debía buscar las disfunciones"*. Fue el mismo Carlos Jesús, se razona en el recurso, quien suscribió la hoja de encargo con KPMG, e interesa que *"si no se valora este hecho como indicio de desconocimiento e inocencia, al menos que se valore como prueba de confesión"*. Y esa misma actitud de reconocimiento de los hechos, explica la parte recurrente, se mantuvo en el tiempo, antes y después de conocer la existencia del procedimiento penal. Destaca, además, que dicho primer reconocimiento se produjo ante la CNMV, que reputa *"autoridad o funcionario cualificado para recibirla"*, al señalar que: *"tratándose de las cuentas de una sociedad cotizada, la confesión se realiza ante el órgano competente, que es el órgano supervisor"*.

Reprocha el ahora recurrente a la sentencia impugnada que lo exigible es que se confiese un hecho y no una culpa. La aplicación de la atenuante de confesión se debe conformar con el reconocimiento de un hecho, permanecer en el terreno de lo estrictamente fáctico, sin que resulte exigible ninguna clase de arrepentimiento o cualquier otra aproximación interna de contenido ético.

2.- Ha tenido este Tribunal Supremo múltiples oportunidades de abordar el tratamiento de la circunstancia atenuante ahora controvertida. Hemos dicho, en sintonía con la doctrina científica, que la misma presenta un fundamento de naturaleza político criminal. En tanto, por definición posterior a la comisión del hecho, no parece pueda vincularse ni a la menor gravedad de la conducta ni a la eventual disminución de la culpabilidad del confesante, toda vez que ambos aspectos deben ser valorados con relación al momento en el que el delito fue cometido. Ha procurado el legislador, en gran medida de manera paralela a lo que persigue también con el artículo 21.5 (reparación del daño), promover conductas que, aun temporalmente posteriores a la comisión del hecho delictivo, contribuyen de manera relevante al buen funcionamiento de la administración de justicia (facilitando la investigación y promoviendo la condena de los verdaderos responsables, como también dificultando o impidiendo la eventual condena de inocentes) o, en el caso de la atenuante de reparación, compensando o disminuyendo el daño infligido y/o protagonizando un *"acto contrario"* que vendría a reafirmar la vigencia del Derecho. Hasta ha llegado a señalarse que, en ambos casos, –confesión y reparación–, de algún modo se expresa ya, de manera anticipada, el principio de un proceso de reinserción por quien admite los hechos y/o contribuye a reparar sus efectos o a paliarlos.

Tiene razón, desde luego, el recurrente cuando señala que esta Sala, con insistencia, ha recordado que, aunque en términos de mero antecedente histórico, ambas atenuantes puedan vincularse con el viejo *"arrepentimiento espontáneo"*, ninguna de aquellas exige ya para su aplicación, la expresión por el acusado de ninguna clase de disposición ética, relativa a la desaprobación explícita de lo realizado, aflicción o angustia moral.

En este sentido, nuestra reciente sentencia número 800/2022, de 5 de octubre, recuerda: <<No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido, pues lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido la STS 1072/2002, de 10 de junio; STS 1526/2002, de 26 de septiembre; y STS 590/2004, de 6 de mayo, entre otras>>. En el mismo sentido, nuestra sentencia número 472/2022, de 17 de mayo.

Incluso, en alguna otra resolución, hemos puesto también el acento en la necesidad de valorar que la confesión supone un reconocimiento de la vigencia de la norma y un aquietamiento a las previsiones de penalidad previstas en el ordenamiento para su conducta. En tal sentido, sentencia número 440/2022, de 4 de mayo (que cita, a su vez, las SSTs 832/2010 de 5 de octubre; 240/2012, de 26 de marzo; 764/2016 de 14 de octubre; 118/2017 de 23 de febrero; 750/2017 de 22 de noviembre).

En todo caso, como señala nuestra sentencia número 415/2022, de 28 de abril: <<La confesión supone necesariamente una revelación veraz de lo que el destinatario de ella conoce, y no puede confundirse con la posición de quien se limita a aceptar lo evidente, reconociendo lo obvio, o anticipando lo inmediatamente inevitable>>.

3.- A partir de las consideraciones anteriores, y aun cuando este Tribunal no coincida plenamente con alguna de las razones expresadas por el órgano jurisdiccional de instancia para desechar la aplicación de la atenuante invocada (en particular, con las consideraciones relativas a la falta de comprensión por el acusado del alcance de las decisiones que adoptó y a los enormes perjuicios que tales decisiones han conllevado), el motivo no puede prosperar.

Tiene razón el recurrente cuando observa que la confesión no ha de venir referida al reconocimiento de la existencia de un delito, a una suerte de aquiescencia con el juicio de subsunción o normativo que finalmente efectúa el Tribunal, sino que ha de permanecer en el ámbito de lo estrictamente fáctico. Sin embargo, éste no se conforma en exclusiva, –y dicho entendimiento debe ser explícitamente rechazado–, con los aspectos llana y lisamente objetivos. Lo fáctico no se comprende si no es con la integración de los elementos subjetivos que lo conforman. Reconocer, por ejemplo, que se ha causado una muerte, de un modo objetivamente determinado (por ejemplo, empleando un cuchillo), no equivale, por sí, a confesar la infracción, por más que pueda simplificar o aliviar parcialmente los esfuerzos probatorios indispensables en el procedimiento. La atenuante exige también, –cuando, persistiendo en el ejemplo, de un homicidio se trata–, admitir que se actuó con el propósito de causar la muerte (o contemplando la alta probabilidad de que éste fuera el desenlace final). No confiesa quien arguye que el resultado mortal (admitidas sus causas en los aspectos estrictamente objetivos) se produjo como consecuencia de un accidente imprevisible, ni quien lo atribuye a una simple conducta negligente. No se trata tanto de que se comprenda la magnitud de lo realizado ni la dimensión de los perjuicios que efectivamente llegaron a provocarse, cuanto de que no se desfiguren los hechos en aspectos sustanciales, como lo son, sin duda, los vinculados con el ánimo que impulsaba al autor.

Lo explicábamos, por ejemplo, en nuestra sentencia número 836/2017, de 20 de diciembre, cuya doctrina invoca certeramente el Ministerio Público, al tiempo de oponerse al presente recurso. Dicha resolución señala: <<No hay confesión de un delito de asesinato, sino de una imprudencia. Por tanto, no es factible la atenuación...La atenuante de confesión no supone renunciar al derecho de defensa, pero sí confesar en el sentido de reconocer en lo esencial (actuación externa y elemento interno) la infracción>>. Ciertamente, como esta misma resolución explica, <<los elementos internos, salvo los casos de acreditación mediante la confesión del acusado, han de probarse mediante inferencias o deducciones>>.

Y esto es, cabalmente, lo que ha sucedido aquí. Ciertamente Carlos Jesús vino a señalar en qué particulares aspectos de la contabilidad social podían hallarse las disfunciones que impidieron conocer la verdadera situación del (muy importante) pasivo bancario del grupo (créditos documentarios, contratos de factoring contabilizados como sin recurso, etc.). Sin embargo, ello lo hizo, tal y como resulta del relato de hechos



probados de la sentencia impugnada, ante la imposibilidad de atender importantes créditos de vencimiento próximo, habiéndose frustrado la venta de la nave del salmón, y a la vista del fracaso de sus desesperados intentos por mantener la empresa en ordinario funcionamiento, solicitando de algunos de sus consejeros la aportación de numerario, ofrecimiento que éstos declinaron. No siendo posible, en esas circunstancias cumplidamente descritas en el factum de la resolución impugnada, continuar con el desarrollo de la mercantil, resultaba obligado conocer la verdadera situación económica de ésta y, a su vista, acudir a los procedimientos previstos, para supuestos de insolvencia o falta de liquidez, en la ley concursal. Con esa finalidad se contrató el forense y también los servicios de una empresa especializada en procedimientos concursales. Y para facilitar una y otra labor, el acusado desveló determinadas prácticas que, en otro caso, habrían sido también descubiertas por los referidos expertos, aunque, seguramente, invirtiendo más tiempo en ello.

Este reconocimiento aparece animado por la idea de *"salvar lo salvable"*, en términos de continuidad de la empresa y con miras a la protección del propio patrimonio; pero no se extiende a la asunción de que dichas prácticas, pergeñadas y ejecutadas bajo la dirección del ahora acusado, en tanto reflejadas en las cuentas anuales, tenían por objeto y resultaban idóneas para provocar un perjuicio a la propia sociedad o a un tercero, para captar inversores o para posibilitar la obtención de recursos externos, extremo sobre el que versó la prueba practicada en el juicio y las inferencias que de ellas obtuvo el Tribunal de la instancia. Al contrario, el acusado presenta y asume la realización de esas prácticas como una suerte de comportamiento inane, que le fue impuesto por la realidad del mercado. Desvinculándose así de cualquier clase de propósito defraudatorio que pudiera derivarse de la evidente distorsión de la imagen económica y financiera de la sociedad que proyectaban sus cuentas. No se colman de ese modo las exigencias de la circunstancia atenuante reclamada, por más que su limitada colaboración, en el sentido explicado, pudiera ser tomada en cuenta a la hora de individualizar la pena que le resultó impuesta.

El motivo se desestima.

NOVENO.- Disminución de los efectos del delito (artículo 21.5 del Código Penal).- 1.- Al amparo también de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, –y en consecuencia asumiendo el relato de los hechos probados que se contiene en la resolución impugnada–, sostiene quien ahora recurre, en síntesis, primeramente que él mismo procedió a prestar a Pescanova una determinada cantidad de dinero en el intento de que pudiera atender al crédito que vencía de forma inminente, así como que solicitó a la CNMV que procediera a suspender la cotización de la empresa, nombró un auditor forense para esclarecer lo sucedido, y acabó interesando, finalmente, la declaración de Pescanova, S.A. en situación de concurso; todo con el designio de evitar o paliar los daños que a terceros pudieran causarse. Solicita, además, que la referida circunstancia atenuante sea aplicada con carácter de muy cualificada.

Observa así quien ahora recurre, en este su noveno motivo de casación, que el propio Carlos Jesús prestó dinero a la compañía *"para aliviar su tesorería"*; que impulsó después, ante la evidente insuficiencia de aquel préstamo, la correspondiente declaración concursal; y, sobre todo, que procedió a contratar una auditoría forense para que *"esclareciera todo lo sucedido y calculara, a la mayor brevedad, la deuda financiera real"*. Interesó también de la CNMV que suspendiera provisionalmente, y en tanto la situación resultara esclarecida, la cotización de las acciones, evitando con ello el perjuicio que pudieran sufrir quienes las negociaran *"en aquellos momentos de incertidumbre"*. Y todo ello pese a que, en alguna de estas decisiones, su voto no fue acompañado por el de otros miembros del Consejo de Administración. Aunque admite el recurrente que, tal y como la sentencia impugnada expresa, ello no significó minoración de las ingentes pérdidas, ni tampoco consistió en partida económica alguna destinada a los perjudicados, pone también de manifiesto que la jurisprudencia ha venido admitiendo otras posibles fórmulas de reparación no directamente vinculada con la indemnización, ni siquiera parcial, de los perjuicios efectivamente provocados.

2.- La sentencia impugnada, ciertamente muy lacónica al respecto, se limita a señalar: *"No hay posibilidad alguna de apreciación de la referida atenuante cuya petición incluso es difícilmente entendible. No consta en autos acto alguno del citado acusado tendente a minorar las cuantiosas pérdidas de quienes confiaron en la veracidad de los datos económicos publicados, lo que hace inviable su aplicación"*.

La formulación escueta obedece seguramente a que, de acuerdo una vez más con lo señalado en su oposición por el Ministerio Público, las conductas que el recurrente vuelve ahora a invocar ante nosotros no tenían por objeto ni estaban destinadas a evitar o paliar los daños efectivamente causados a terceros, sino que se realizaron en exclusivo interés de la propia continuidad de la empresa, –y, en último término, del patrimonio personal del acusado–.

3.- Este Tribunal Supremo ha venido también perfilando los contornos de aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el número 5 del artículo 21 del Código Penal. Tomando en cuenta que los dos fundamentos principales que la doctrina científica reclama para la misma, –y sin haber acabado de perfilar



todavía cuál de ellos debe reputarse como predominante, en caso de un eventual conflicto entre ambos-, nuestra reciente sentencia número 762/2022, de 15 de septiembre, por ejemplo, se inscribe entre las que ponen el acento en la idea de que el acto reparatorio resulte suficientemente significativo y relevante desde la perspectiva de la víctima, titular de los intereses lesionados por el delito que se pretenden mitigar. Así, recuerda que: <<La atenuación reclama un juicio de merecimiento que al no basarse en fórmulas de contrición debe, al menos, justificarse en que la víctima ha sido resarcida completa o significativamente o que su resarcimiento constituye un objetivo serio y prioritario para la persona acusada>>.

Por otro lado, es cierto que, tal y como señala quien ahora recurre, no se ha negado tampoco, en ocasiones, la existencia de sustrato fáctico bastante para la aplicación de esta circunstancia en algunos casos en los que no ha tenido lugar reparación económica o explícita en beneficio de la víctima del delito. Así, por ejemplo, nuestra sentencia número 393/2022, de 21 de abril, observa: <<[A]unque la propia ley prevé la disminución del daño y, por lo tanto, su reparación parcial, ha de tratarse de una contribución relevante (STS nº 601/2008, de 10 de octubre y nº 668/2008, de 22 de octubre, entre otras), para lo que ha de tenerse en cuenta el daño causado y las circunstancias del autor, especialmente en los delitos patrimoniales. Solo de forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril), señalando que la reparación no solo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras la STS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de marzo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero>>.

Y es que, en definitiva, en otro grupo no menor de resoluciones, hemos puesto también el acento en que el fundamento de la reparación no debe vincularse de forma necesaria con la legítima necesidad de compensación desde la perspectiva de la víctima (de la *víctima actual*, si tomamos prestada la terminología propuesta por un sector de la doctrina), sino que también puede descansar, incluso fundamentalmente, en lo que el esfuerzo reparatorio significa como *actus contrarius*, como modo de reafirmación de la vigencia del Derecho por parte de quien lo quebrantó, en atención aquí a los intereses de las, si mantenemos el empleo de dicha terminología, *víctimas potenciales*, del conjunto en fin de la comunidad. Lo recuerda, por ejemplo, nuestra reciente sentencia número 810/2022, de 13 de octubre, cuando señala: <<La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTs 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora>>.

4.- En el caso, ceñidos al relato de los hechos que se declaran probados, tal como impone el motivo de impugnación aquí escogido, lo cierto es que las conductas pretendidamente reparadoras a las que el ahora recurrente alude, no es ya que no comportaran efectivamente reparación o disminución efectiva del daño patrimonial infligido a los perjudicados por los ilícitos penales que aquél cometió, ni aun en términos meramente simbólicos, sino que tampoco se orientan en modo alguno a la reafirmación del Derecho. Muy al contrario, los mencionados comportamientos, tal y como subraya el Ministerio Fiscal, se realizaron en exclusivo interés y beneficio de la propia Pescanova, S.A. y de un modo indirecto del ahora recurrente. Ni siquiera puede sostenerse, con motivo bastante, que en un determinado momento y de manera espontánea comprendiera el acusado la necesidad de poner fin a los daños que la conducta emprendida pudiera causar a perjudicados futuros (este parece ser el argumento de quien ahora recurre). Al contrario, lo que en el relato de hechos probados se describe es que, cerradas ya las cuentas correspondientes al ejercicio 2012, que debían ser asumidas por el Consejo de Administración en su reunión prevista para el día 27 de febrero de 2013, con objeto de presentarlas a aprobación de la Junta General de accionistas, el presidente de la compañía, recurrente aquí, convocó el viernes 22 de febrero a una reunión urgente que se celebraría el lunes 25, a los Sres. Javier , Baltasar , Florentino y Gonzalo . Reunión en la que, después de ponderar los que calificó como "*buenos resultados*" correspondientes a aquel ejercicio (2012), figurando en las cuentas una tesorería de más de 140.000.000 de euros, y una cuenta de resultados mejor incluso de lo esperado, les comunicó también que no había podido venderse la planta de acuicultura de salmón en Chile, y les hizo ver que había que afrontar en el mes de marzo el vencimiento de una cuota de 50.000.000 de euros de un préstamo sindicado (por importe total de 150 millones), solicitando que prestaran a la sociedad, entre todos ellos, esa cantidad que se precisaba de manera acuciante de 50 millones, préstamo que, explicó, se haría por un plazo de un mes, añadiendo que él mismo había prestado ya a la sociedad una suma próxima a los quince millones de euros. Declinando los asistentes la mencionada oferta, no fue posible, a partir de este hallazgo y ante la desconfianza que el mismo generó, aprobar las cuentas. Y es a partir de aquí que el acusado, siempre con el propósito de salvar, en lo posible, la continuidad de la empresa, -y no con la intención ni el efecto de reparar o paliar los daños que

ya se hubieran producido para terceros–, resolvió contratar una auditoría forense, comunicar a la CNMV los "hechos relevantes" a los que en su recurso se refiere, contratar una empresa especialista en derecho concursal y, a la postre, promover la declaración de concurso de la empresa. Comprendió el acusado que el impago del plazo del préstamo sindicado que vencía en el mes de marzo, impediría a Pescanova seguir disfrutando de financiación externa, ya fuera a través de nuevos créditos bancarios ya por medio de la captación de inversores, sin que acertara a encontrar otra salida, –encaminada, como se ha dicho, a salvar lo que pudiera ser todavía salvable–, que implementar lo necesario para emprender el procedimiento concursal, a cuyo fin era preciso contener el previsible descenso del valor de las acciones de Pescanova, conocer el verdadero y exacto importe de su pasivo bancario y formalizar los correspondientes procedimientos judiciales.

Nada de esto contribuyó decisivamente a reparar, ni a disminuir sustancialmente, los perjuicios ya causados a quienes, confiados en la documentación contable publicada, que ocultaba la realidad de los créditos bancarios realmente pendientes, habían invertido en Pescanova. Ni, desde luego, la conducta del acusado puede ser valorada desde la perspectiva de la reafirmación del Derecho, del *actus contrarius*, en la medida en que aquélla vino presidida, como se ha explicado, no por el intento de mitigar los perjuicios causados por la propia conducta o de evitar otros futuros daños a terceros, sino por la exclusiva procura del interés de la propia Pescanova y, de forma mediata, del particular patrimonio de quien ahora recurre.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- Estado de necesidad (artículo 20.5, en relación con el 21.1 del Código Penal).- 1.- Considera quien aquí recurre que debió ser aplicada la circunstancia eximente incompleta de estado de necesidad (artículos 20.5, en relación con el 21.1, ambos del Código Penal).

Argumenta el recurrente, en síntesis, para así justificarlo, que la propia sentencia impugnada determina que *"el plan delictivo se diseñó con el único fin de salvar a la Compañía y a sus 14.000 puestos de trabajo"*. Habiéndose estrechado de manera sensible el mercado crediticio, no era posible obtener financiación a largo plazo, indispensable para la empresa en tanto las cuantiosas inversiones realizadas comenzaran a ofrecer sus frutos. *"La restricción del crédito provocada por la crisis obligó a los directivos de Pescanova S.A. a implementar estas prácticas de financiación y a ocultar la deuda financiera real en sus Estados Financieros, para así conservar el flujo de tesorería a la Compañía y mantenerla a flote mientras las inversiones realizadas no eran todavía productivas"*.

Es incuestionable, considera la recurrente, que sobre Pescanova pendía *"un mal inminente si no conseguía prolongar sus líneas de financiación"*. Y para evitarlo se habría visto *"obligada"* a aceptar las condiciones que le venían impuestas por las entidades bancarias para conseguir, al menos, créditos a corto plazo, naturalmente mucho más costosos en términos financieros; operaciones que habrían arrastrado después las que el recurrente califica como *"incorrecciones contables"*. Concluye su razonamiento señalando que: *"el mal que se dice causado (un perjuicio económico) es de la misma naturaleza que el que se pretendía evitar (se pretendía evitar también un perjuicio económico); no se ha lesionado un bien jurídico diferente o más merecedor de protección que el que se pretendía salvaguardar"*.

Expresa la recurrente que interesa la aplicación de la circunstancia eximente descrita solo en su modalidad incompleta, pues conoce la doctrina jurisprudencial refractaria a la aplicación de la misma, al menos en su modalidad completa, cuando de crisis empresariales se trata. Invoca, en este sentido, la doctrina que se contiene en nuestra sentencia número 1556/2004, de 30 de diciembre, doctrina que también hace propia, al oponerse a este motivo de impugnación, el Ministerio Público.

2.- La sentencia ahora recurrida observa al respecto, de modo en particular lacónico, que resulta, también en este caso, *"difícil de entender que el responsable de gestionar y dirigir la sociedad, a la vista de la crisis financiera y las repercusiones que supuso a nivel general no utilizase otras medidas legales como, en definitiva, la de anticipar la salida finalmente escogida en vez de iniciar una dinámica delictiva del tamaño de la generada, como si no hubiese otra alternativa legal"*.

3.- La circunstancia eximente de estado de necesidad viene a considerarse, por lo general, en el plano dogmático, según el mal que se trata de evitar resulte igual o mayor que el efectivamente causado, como causa de exclusión de la culpabilidad, en el primer caso; o de justificación, en el segundo.

En efecto, si el mal que pretendía evitarse resulta igual al efectivamente causado, el ordenamiento jurídico no puede decantarse en beneficio de uno u otro, no le es posible establecer preferencia con relación a males de la misma naturaleza y entidad. No obstante, a quien actúa con el propósito de evitar un mal, propio o ajeno, de la misma naturaleza que el que con esa finalidad produce, no le resulta exigible otra conducta, quedando excluida (o reducida, según se aprecie la circunstancia en forma completa o incompleta) su culpabilidad. Por el contrario, cuando el mal efectivamente causado resulte de menor entidad que el que logró evitarse,

nos encontraremos frente a una causa de justificación: el ordenamiento jurídico autoriza en esos casos esa conducta, en la medida en que la distinta magnitud de los males en concurso permite establecer entre ellos una relación de prioridad o jerarquía.

Nuestra sentencia número 664/2018, de 17 de diciembre, deja explicado que: <<El estado de necesidad, cualquiera que sea su configuración dogmática, encuentra su fundamento eximente o atenuante en que la acción típica sea el único medio para salvar un bien jurídico, que ha entrado en conflicto con el que ampara el delito cometido. Cuando el conflicto de bienes o deberes admita otra solución, faltará la necesidad, y con ella la justificación o exclusión de la culpabilidad.

Siguiendo la STS 769/2013 de 18 de octubre que condensó la doctrina de esta Sala de casación en relación a tal circunstancia (entre otras, SSTs 924/2003, de 23 de junio; 186/2005, de 10 de febrero; 1146/2009, de 18-11; y 853/2010, de 15 de octubre), la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

A partir de tal configuración requiere su apreciación la pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo. La necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro. Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que a posteriori corresponderá formular a los Tribunales de Justicia. Y finalmente, que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación, ni que, a razón de su cargo u oficio, esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

Si la esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, resulta imprescindible que el necesitado carezca de otro medio de salvaguardar el peligro actual, inminente, grave, injusto e ilegítimo que le amenaza, que no sea infringiendo un mal al bien jurídico ajeno; y que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

La concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna>>.

Por otro lado, y conforme la ahora recurrente viene a reconocer, este Tribunal Supremo se ha venido mostrando refractario a la posibilidad de apreciar como mal, justificada o no culpablemente evitado, el que resulta de la existencia de la presentación de una crisis empresarial. Así, en la sentencia que el propio recurrente cita, dejábamos señalado: <<Pues una situación de crisis empresarial como aquella a la que alude no sería apta para justificar su comportamiento (STS de 9 de febrero de 1985); y reiterada y conocida jurisprudencia exige, para que la eximente sea apreciable, condiciones de verdadera angustia y estrechez económica, connotadas por la inmediatez o inminencia>>.

Del mismo modo, nuestra sentencia número 419/2009, de 31 de marzo, profundiza algo más en la cuestión, viniendo a señalar: <<[E]s inherente a la actividad económica y contractual la existencia de obligaciones, y consiguientemente de deudas; y es propio de éstas el tener que pagarlas. Tener deudas no es un mal en sentido jurídico ni su ejecución forzosa es otra cosa que el cumplimiento de un deber jurídico, o sea del ordenamiento legal. Esto no es un mal injusto o ilegítimo que justifique la comisión de un delito. No puede por tanto construirse un estado de necesidad sobre la base de tener muchas o cuantiosas deudas, se tenga o no solvencia para satisfacerlas. Otra cosa es que como consecuencia de ellas sobrevenga al sujeto una material 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. En tal caso es esa personal indigencia o necesidad de lo imprescindible para sobrevivir lo que pudiera, en su caso, valorarse en la apreciación de un hipotético estado de necesidad, que -repetimos- no cabe en modo alguno construirse directamente sobre un fracaso de los negocios, una crisis empresarial o una sobrevenida imposibilidad de hacer frente a las deudas asumidas. Nada de esto es un mal que justifique defraudar a los demás mediante la estafa. Por lo tanto, ni "la situación de la entidad" por grave que fuera tiene relevancia alguna a estos efectos, ni lo tiene tampoco "la existencia de deudas reclamadas y existentes con anterioridad a la compraventa">>.

4.- En aplicación de la referida doctrina jurisprudencial, resulta obligada aquí la desestimación de este motivo de recurso.



Ciertamente, la actividad empresarial presenta, por su propia naturaleza, un cierto componente de riesgo, sin que pueda de antemano venirse en conocimiento del conjunto de circunstancias económicas que, durante un período de tiempo dado, concurrirán en el desarrollo del negocio. La realización de inversiones, especialmente cuando se trata de cantidades muy significativas, pueden coronarse, transcurrido cierto plazo, con un éxito comercial, más o menos rotundo, y ser, por eso, mayores o menores los beneficios legítimamente obtenidos. Pero la existencia misma de éstos, aparece precisamente justificada por la posibilidad inversa, nunca descartable, de que, ya fuera por consecuencia de una gestión inadecuada, ya por factores externos al desarrollo mismo de la actividad empresarial, lo invertido no pueda, en todo o en parte, ser recuperado, superando las deudas contraídas a la tesorería disponible durante un período de tiempo suficientemente prolongado como para que dicho déficit pueda considerarse ya estructural. Precisamente, para estos casos, 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.

Si ello es así, naturalmente, no puede considerarse autorizada, justificada (ni tampoco menos culpable) la conducta de quien, en las referidas circunstancias, en lugar de acudir a dichos procedimientos normativamente previstos, resuelve trasladar los efectos de dicha crisis a terceros por completo desvinculados de aquella actividad negocial (en nuestro caso, los inversores), valiéndose de añaegas o conductas falsarias.

DECIMOPRIMERO.- Dilaciones extraordinarias e indebidas (artículo 21.6 del Código Penal).- 1.- En el último motivo de su recurso, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 del Código Penal, interesa la parte quejosa la aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el número 6 del artículo 21 del Código Penal (dilaciones indebidas y extraordinarias).

Argumenta, en síntesis, quien ahora recurre, que habiéndose iniciado el presente procedimiento en el año 2013 y no habiéndose dictado la sentencia definitiva en primera instancia hasta el mes de octubre de 2020, no puede más que aceptarse la aplicación de la referida circunstancia atenuante, en especial cuando, --señala quien aquí recurre--, el informe forense elaborado por KPMG, *"en el cual ya se describen todas las conductas que soportaron la acusación contra mi mandante"*, fue unido a la causa en el mes de julio del año 2013, y el informe de los administradores concursales de Pescanova S.A. se unió también en septiembre de ese mismo año. Concluye sus razonamientos la parte quejosa señalando: *"La Sentencia deniega la apreciación de la atenuante interpretando, con error, que pretendemos hacer "injustificadamente responsable del lento avance del procedimiento al órgano judicial" (pág. 563); no tiene razón. Pero más allá de quien sea el responsable, o incluso aunque no haya ningún responsable, es evidente que este "lento avance" ha existido. Por más que se nos diga que era una causa compleja porque "se trataba de analizar la contabilidad de una gran multinacional durante los años 2010, 2011 y 2012" (pág. 562), la verdad es que este análisis ya estaba hecho en julio de 2013, cuando KPMG --en una labor contratada, impulsada y orientada correctamente por D. Carlos Jesús -- redactó su análisis forense"*.

En definitiva, la parte que ahora recurre, sin señalar la existencia de períodos concretos de paralización injustificada del procedimiento, sí censura la extensión temporal del mismo en su conjunto, aproximadamente siete años, incompatible con la idea del proceso debido si no resulta atemperado con la aplicación de la circunstancia atenuante que demanda.

2.- Ciertamente, la sentencia impugnada se ocupa de esta cuestión, viéndose obligada a reconocer que *"desde el inicio del procedimiento hasta la iniciación del juicio han transcurrido seis años y medio"*. Destaca, sin embargo, que en ningún momento estuvo el procedimiento indebidamente paralizado y que tampoco el ahora recurrente, ni ninguna otra parte, *"presentó queja alguna derivada de la falta de atención a su investigación"*, practicándose durante la fase de instrucción las diligencias interesadas por los veintinueve acusados, las numerosas acusaciones particulares y perjudicados. Pone de relieve, además, la resolución recurrida, el número de tomos generados en el curso de la instrucción (próximo a los 100), el número de folios de la causa (que supera los 80.000), y la circunstancia de que el desarrollo del juicio demandara la celebración de sesiones de mañana y tarde, desde los primeros días de diciembre de 2019 hasta los últimos del mes de julio del año siguiente, al haberse visto interrumpidas las sesiones por el período de confinamiento que se determinó como consecuencia de la reciente pandemia.

Además, se explica en la sentencia impugnada, no estamos, desde luego, ante una causa sencilla. *"[S]e trataba de analizar la contabilidad de una gran multinacional durante los ejercicios 2010, 2011 y 2012 en los que un gran número de inversores, españoles y extranjeros, depositaron su confianza por los buenos resultados publicados y, esta falta de coincidencia entre la situación de la sociedad y lo publicado, ha requerido una exhaustiva investigación y un dilatado juicio oral"*.

Desde otro punto de vista, la sentencia impugnada señala que: "[H]an sido las defensas y obviamente los interesados los que, al haber interesado todo tipo de diligencias, han requerido seis años de instrucción que ahora esgrimen haciendo injustificadamente responsable del lento avance del procedimiento al órgano judicial". Todo ello para concluir: "Por lo tanto, ni cabe hablar de dilación, ni de extraordinaria, ni de indebida; solo una lenta tramitación, sin queja alguna, habida cuenta de la dificultad del tema y de los claros intereses contrapuestos".

3.- La aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas descansa con frecuencia en la producción de injustificadas paralizaciones en la tramitación de la causa ajenas a la conducta del propio inculpado. Sin embargo, aun en ausencia de dichas segmentarias paralizaciones, la idea del derecho al juicio debido se vincula también con la duración global del procedimiento, comprendiéndose como uno de los factores hábiles para valorar su razonabilidad, que aquélla guarde o no proporción con la complejidad de la causa.

En este sentido, no se insistirá nunca lo suficiente en que, en el diseño legal de nuestro proceso, la fase de instrucción tiene por objeto la preparación del juicio oral, en términos tales que, siempre con respeto a los derechos de los investigados (en particular, el que tienen a conocer los elementos fácticos y normativos esenciales que conforman la imputación y a ejercitar su derecho de defensa, participando en la práctica de las diligencias de investigación que tengan lugar y proponiendo la práctica de las que juzguen precisas), las acusaciones se encuentren en disposición de formular sus conclusiones provisionales, interesando, llegado el momento, la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa. Así resulta, plásticamente, de lo establecido en el artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando señala que, acordado acomodar las actuaciones a los trámites previstos para el procedimiento penal abreviado, y dándose traslado a las acusaciones para que soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, será posible que el Ministerio Fiscal, manifestando la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, inste, con carácter previo, "la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado", posibilidad que también se habilita para las demás acusaciones, aunque acordando el juez lo que estime procedente en este caso.

Es obligado, por lo tanto, sobreponerse a la inercia de recopilar en dicha fase de instrucción la totalidad de las fuentes de información que pudieran resultar imaginables, anticipando, en realidad, la práctica de todas aquéllas que, ya como pruebas en sentido propio, habrán de llevarse a término en el acto del juicio oral.

4.- Con relación a la atenuante de dilaciones indebidas y extraordinarias, tenemos dicho, por ejemplo en nuestra reciente sentencia número 801/2022, de 5 de octubre, que: <<... esta Sala ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un "plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las "dilaciones indebidas" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/2010, de 15 de febrero o 416/2013, de 26 de abril). En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/2005, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/2002 , de 16 de septiembre), como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/2008 , de 10 de diciembre)>>.

A su vez, nuestra sentencia número 788/2022, de 28 de septiembre, observaba: <<En relación a la atenuante de dilaciones indebidas, expresábamos en la sentencia núm. 169/2019, de 28 de marzo, "este Tribunal viene señalando (sentencias núms. 360/2014 y 364/2018) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto



de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal>>.

5.- En el caso, no puede desconocerse, además, que transcurridos aproximadamente siete años desde que el procedimiento se dirigió contra el investigado y hasta el dictado de la sentencia recaída en la primera instancia, aún han sido necesarios otros, aproximadamente, dos años para poner definitivamente término al procedimiento, tras la resolución de este recurso de casación. Este Tribunal ha expresado ciertas vacilaciones acerca de si los períodos posteriores al dictado de la sentencia en primera o única instancia (o, más precisamente, al momento en que quedaron las actuaciones vistas para sentencia) deben también o no ser computados a los efectos que aquí importan, lo que se viene admitiendo, aun con todas las cautelas y cierta excepcionalidad, cuando los períodos posteriores vienen a percutir sobre un procedimiento que, ya de por sí, había excedido o estaba próximo a exceder el tiempo razonable. Así, por ejemplo, nuestra reciente sentencia número 784/2022, de 22 de septiembre, señalaba: <<La reiteración de pronunciamientos jurisprudenciales que han conferido trascendencia a estos efectos a los retrasos tramitadores posteriores al juicio oral (además de las ya citadas y como más reciente STS 22/2021, de 18 de enero) roturan el camino para no negar radicalmente la valoración de ese lapso de tiempo posterior a la sentencia, a efectos de la estudiada atenuante.

Lo hacemos, aunque sin desdeñar estos razonamientos que alientan a ser especialmente cautos y restrictivos a la hora de basar una atenuante de dilaciones (o su cualificación) en los lapsos temporales posteriores al juicio oral. En el momento del visto para sentencia parece que debiera quedar clausurada la posibilidad de aportar elementos fácticos. Lo que suceda después no habría de ser relevante para el enjuiciamiento. Podrá tener incidencia excepcionalmente el acopio de pruebas novedosas sobre hechos anteriores a la sentencia; pero no el acaecimiento de nuevos hechos. El objeto del proceso penal -el hecho justiciable con todas sus circunstancias- cristaliza definitivamente en el instante en que se pronuncia esa fórmula quasi sacramental ("visto para sentencia")>>.

Lo cierto es que el presente procedimiento se ha prolongado desde el mes de marzo del año 2013 hasta que concluyeron las sesiones del juicio oral en el mes de julio de 2020 (dictando su sentencia la Audiencia Nacional en el mes de octubre de ese año). Y han transcurrido después algo más de dos años para que pudiera resolverse el presente recurso de casación. Ya el primero de dichos períodos, aproximadamente siete años, supera con holgura los parámetros que, de ordinario, vienen siendo empleados por esta Sala para calibrar, de manera flexible, la eventual existencia de dilaciones indebidas.

Consideramos, por esto, que existen méritos bastantes para, estimando este motivo de impugnación, proceder a la aplicación de la atenuante demandada, aunque en su modalidad simple, no muy cualificada (frente a lo interesado también por otros recurrentes), precisamente ponderando la innegable complejidad de la causa, ya por el importante número de acusados y acusaciones, ya por la complejidad de la calificación jurídica del prolongado conjunto de conductas que se sometieron a enjuiciamiento, ya por la cuantiosa prueba practicada en el juicio y por la ingente cantidad de documentos que hubieron de ser sometidos a consideración.

El motivo se estima.

1.2.- Recurso de Sebastián .-

DECIMOSEGUNDO.- Resultó condenado este recurrente como cooperador necesario de sendos delitos de falseamiento de las cuentas anuales (artículo 290 del Código Penal) y falseamiento de la situación económica y financiera (artículo 282 bis del mismo texto legal), en relación de concurso medial, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años, seis meses y un día de prisión, y multa, además de a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para el ejercicio del comercio y la administración de sociedades mercantiles, también durante el tiempo de la condena.

Su recurso se estructura sobre la base de hasta nueve motivos diversos de impugnación. Los cinco primeros, en realidad, aunque abordando la cuestión desde distintas perspectivas, pivotan o inciden sobre una misma idea, a saber: los hechos que al acusado se atribuyen en la sentencia impugnada no resultarían constitutivos de ninguna de las figuras típicas que, a la postre, determinaron un pronunciamiento de signo condenatorio. Y ello, ya sea porque del relato de los hechos que se declaran probados no resulta que el acusado actuara con conocimiento de la falsedad (motivo primero); porque tampoco en la fundamentación jurídica de la sentencia puede hallarse colmada aquella carencia, fuera o no suficiente para subsanarla a efectos de justificar su fallo (motivo segundo); porque no se habrían tenido en cuenta las obligaciones normativas que corresponden al auditor, -cita, en tal sentido, la improcedencia de aplicar aquí meros criterios causales, prescindiendo de cualquier clase de elementos que permitirían colmar las exigencias propias de la imputación objetiva-, (motivo tercero); porque la sentencia carece de una motivación razonable, en particular sobre la (in)existencia del dolo,

pretendiendo la parte que la sentencia únicamente ha sido capaz de identificar un comportamiento culposo (motivo cuarto); y porque se ha dejado de valorar, también en el marco de esta denunciada falta de motivación, determinada prueba exculpatória (algunos correos electrónicos entre empleados de la empresa y el contenido de la página 28 del informe forense).

Este grupo de motivos, que comparten en sustancia una misma raíz, se abordarán primero y de forma conjunta.

DECIMOTERCERO.- La responsabilidad penal del auditor.- 1.- No puede, ciertamente, caber duda acerca de la posibilidad de que el auditor responda como cooperador necesario de los ilícitos penales contenidos tanto en el artículo 290 del Código Penal, como en el artículo 282 bis del mismo texto legal. Lo recuerda, en su escrito de oposición, el Ministerio Fiscal, invocando al respecto nuestras sentencias números 94/2018, de 23 de febrero y 688/2019, de 4 de marzo de 2020.

En la primera de dichas resoluciones veníamos a observar, por lo que ahora importa: <<En cuanto al aspecto subjetivo, el conocimiento de la falsedad de las cuentas es un elemento imprescindible para sostener la comisión de un delito de falsedad de las cuentas anuales a través de su aportación como auditor, omitiendo las salvedades necesarias en su informe.

Pero, además, lo es también en relación con la cooperación en el delito de estafa, pues para afirmar la comisión del mismo es necesario acreditar, no solo que el recurrente sabía que las cuentas formuladas por el administrador único no ofrecían la imagen fiel de la situación económica de la sociedad, sino que, de ellas, podría desprenderse que los directivos de aquella estaban desarrollando una conducta defraudatoria constitutiva de un delito de estafa contra sus propios clientes, a los que vendían lotes de objetos artísticos de los que una parte, al menos, carecía de cualquier valor. Es decir, para la condena por la comisión de un delito de estafa no es suficiente con acreditar que el recurrente sabía que las cuentas no reflejaban la imagen fiel de la empresa, sino que además es preciso que haya quedado acreditado que sabía que estaban cometiendo un delito de estafa y que, consecuentemente, si contribuía al mantenimiento y operatividad del instrumento que utilizaban para el engaño, contribuía asimismo a la continuidad de la comisión de la estafa>>.

En el mismo sentido, nuestra sentencia número 688/2019, de 4 de marzo de 2020, confirma la decisión adoptada en la instancia a partir de las siguientes consideraciones: <<El recurrente ha sido condenado como cooperador necesario de un delito continuado de falsedad de las cuentas anuales, por emitir informes de auditoría de las cuentas anuales de Fórum Filatélico desde 1999 a 2004, ambos incluidos, en los que admitía que las cuentas reflejaban la imagen fiel, a pesar de saber que no era así. Los elementos decisivos para apreciar el delito son, en el tipo objetivo, de un lado, que las cuentas han sido falseadas de forma idónea para causar un perjuicio a los mencionados en el artículo; y, de otro lado, que el acusado ha emitido un necesario informe de auditoría en el que no hace constar que no reflejan la imagen fiel de la sociedad. En el tipo subjetivo, que el acusado, al emitir su informe, sabe que las cuentas que avala no reflejan la imagen fiel de la sociedad, y que actúa en connivencia con los responsables de aquella>>.

Definitivamente, por lo tanto, quien incumple las normas de auditoría como consecuencia de su impericia o desidia profesional habrá de responder, desde luego, de los daños y perjuicios que pudiera haber causado con ello, en la vía civil. Y podrá también incurrir en la correspondiente responsabilidad disciplinaria. Pero su actuación, así descrita, evidentemente, no alcanzará para que pueda predicarse su participación en un delito doloso.

Desde otro punto de vista, muchos han sido los autores que se han ocupado de precisar que la responsabilidad penal de los auditores de cuentas, como partícipes en los delitos como el previsto en el artículo 290 del Código Penal, no puede conformarse con que su informe de auditoría pueda ser considerado causal con respecto a los perjuicios producidos o, incluso, que podrían haberse producido, (*"de forma idónea para causar un perjuicio económico"*, reza el precepto), resultando exigible, además, que aporte una contribución relevante para la causación del resultado, tanto si éste consiste en la generación de un riesgo potencial como si se trata de un daño efectivo, conforme a los criterios derivados de la doctrina de la imputación objetiva (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por la norma y que el resultado finalmente producido, –en términos de puesta en peligro o de lesión–, resulte ser la materialización de dicho riesgo).

DECIMOCUARTO.- La exigencia de dolo en ambos ilícitos penales (artículos 290 y 282 bis).- 1.- Considera, en esencia, quien ahora recurre que en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada se advierte una *"ausencia total y absoluta"* de elementos fácticos que pudieran justificar el dictado de una condena con relación a dos ilícitos penales que, evidentemente, solo presentan en su configuración una modalidad dolosa.

Lo que viene a describirse en el factum, siempre según el entendimiento que del mismo realiza la parte quejosa, es que el Sr. Sebastián y su equipo, en tanto auditor externo de la compañía, *"podría haberse dado cuenta del engaño y del fraude, dada su condición de auditor"*, se realiza, de este modo un *"duro reproche"* a la actividad



profesional desempeñada por el Sr. Sebastián . Sin embargo, añade el recurrente, ello no basta para colmar las exigencias de los delitos que se le atribuyen, en la medida en que éstos exigen su atribución dolosa, precisando que quien en los mismos participa, actúe, al menos con conocimiento de las falsedades que los referidos tipos penales sancionan. En ningún pasaje de los hechos probados se señala, insiste el recurrente, que el Sr. Sebastián *"engañase, ocultase, fingiese, simulase, realizara operaciones ficticias, etc., ni que realizase aporte alguno de cooperación en tal sentido"*. Se afirma en el factum que fue el Presidente de la compañía quien ideó el mecanismo falsario para obtener la financiación pretendida, ocultando la práctica de ciertas actuaciones o distorsionando sustancialmente el sentido de las mismas, prácticas que, se dice, habrían pasado por alto al auditor o que éste habría sido incapaz de descubrir, aún cuando pudo hacerlo. Tampoco se identifica, censura el recurrente, beneficio alguno (sobreprecio, cliente único o muy principal de la empresa auditada), que pudiera haber obtenido el Sr. Sebastián con esta conducta. Así, destaca quien ahora recurre que: *"la única diferencia entre el Sr. Sebastián y otros engañados"* radicaría en que aquél tenía un *"deber profesional de descubrir"*. Pero no haber advertido o no haberse percatado de las falsedades descritas no le convierte en autor (o partícipe) doloso de las mismas.

Ya en el motivo segundo de su recurso, observa la parte quejosa, que los elementos fácticos exigibles para la conformación de los elementos estructurales del tipo penal solo deben aparecer emplazados, como tantas veces ha reiterado este Tribunal, en el relato de los hechos que la sentencia tiene por probados. En cualquier caso, tampoco aquí la fundamentación jurídica, aporta, a juicio del recurrente, consideración sustantiva alguna que permita solventar aquellas carencias, aun cuando fuera en un emplazamiento llanamente inadecuado para este fin.

Obligan estas quejas a recuperar aquí, hasta donde resulte necesario, el contenido del relato de hechos probados, por lo que al ahora recurrente respecta, así como las consideraciones que, en lo concerniente a su atribución de responsabilidad, se incorporan a la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada.

2.- El muy extenso relato de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida, tras una breve exposición analítica de las materias que después se abordarán (en la que para nada se cita al ahora recurrente), comienza con un primer ordinal, relativo a una *"visión general"* de Pescanova, S.A. y su grupo. Por lo que ahora importa, en este primer ordinal se señala: *"Pescanova y el Grupo Consolidado estuvo auditada por BDO AUDITORES S.L. desde 2002, siendo reelegida para el ejercicio que finalizó el 31/12/2012, en virtud de acuerdo de la Junta General Ordinaria de 13/04/2012. BDO Auditores S.L. asumió la auditoría de Pescanova S.A. (sociedad matriz), y las sociedades del grupo siguientes: Pescafina S.A., Frinova S.A., Bajamar Séptima S.A., Frigodís S.A., Insuiña S.L., Pescafresca SAU, Pescanova Alimentación S.A., Frivipesca Chapela S.A., Harinas y Sémolas del Noroeste S.A., Pescafina Bacalao S.A., Ultracongelados Antártida S.A. y Fricatamar SLU"*.

Seguidamente, ya en la página 155 de la sentencia impugnada, puede hallarse la primera referencia específica al ahora recurrente: " Sebastián pertenecía a la firma BDO Auditores S.L., como auditor adscrito desde 1996 hasta 2002, fecha en la que empezó a tener contacto con Pescanova, integrándose en el equipo de auditoría como socio-auditor en 2009, razón por la que firmó con el Sr. Juan Francisco las cartas de encargo de 2009, 2010, 2011 y 2012 ya indicadas. Desde 2009 estuvo también en contacto con cada uno de los auditores de las sociedades, con el Sr. Virgilio , jefe de administración de la matriz y con Jose María , de Pescafina.

Ya se ha indicado que dentro de las cartas de encargo, BDO Auditores S.L. asumió la auditoría de: Pescanova SA (matriz), Pescanova SA y sociedades del Grupo, Pescafina S.A., Frinova S.A., Bajamar Séptima S.A., Frigodís S.A., Insuiña S.L., Pescafresca SAU, Pescanova Alimentación S.A., Frivipesca Chapela S.A., Harinas y Sémolas del Noroeste S.A., Pescafina Bacalao S.A., Ultracongelados Antártida S.A. y Fricatamar SLU. En esas cartas, firmadas por el socio auditor de BDO, Sr. Sebastián con el Sr. Juan Francisco , jefe de la auditoría interna de la matriz, figuraban las afirmaciones siguientes: *"Al completar la auditoría de cada una de estas sociedades, emitiremos nuestros informes que contendrán nuestra opinión sobre las cuentas anuales individuales y consolidadas examinadas y sobre la información contable incluida en los informes de gestión individuales y consolidados. Adicionalmente, informaremos sobre las debilidades significativas en el control interno; el objetivo de nuestro trabajo, -indicaba el compromiso asumido por BDO-, es obtener una seguridad razonable de que las cuentas anuales estén libres de errores o irregularidades significativos"*.

Se limita, hasta aquí, el relato de hechos probados a describir las obligaciones profesionales asumidas por la compañía auditora, y en su nombre por el Sr. Sebastián , para señalar inmediatamente después: *"No obstante, los citados compromisos, la actuación de BDO, como se expondrá al analizar cada una de las operaciones en las que intervino por razón de su cometido, fue diferente pudiendo distinguirse los dos tipos de situaciones siguientes:*

En algunos casos, fue ajeno al hecho de que la matriz ocultaba deuda en el consolidado utilizando sociedades filiales EFRIPEL, AMERICAN SHIPPING, ANTARTIC SEA FISHERIES, MEDOSAN y PORVENIR, cuya existencia no conoció hasta abril de 2013.

Pero, en el resto de los supuestos 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.

Así, en relación a los créditos documentarios:

a.- Era enormemente revelador el hecho de que las sociedades utilizadas por Pescanova como soporte de este mecanismo de financiación fueran filiales, pues tales operaciones de crédito utilizando una entidad bancaria tienen su razón de ser, precisamente, en asegurar los riesgos de una operación comercial internacional entre partes que no se conocen; sin embargo, en el presente supuesto, el importador (Pescanova) no utilizó como exportadores a empresas desconocidas que exigieran la intermediación de una entidad bancaria para asegurarse el buen fin de la operación comercial supuestamente existente entre las partes, sino que los exportadores utilizados, esto es, Pesca Chile, Promarisco, Skeleton Coast, Argenova y Medosan eran filiales de la matriz, por lo tanto, no había ningún elemento del que surgiera una situación de desconfianza mutua; todo ello, sin perjuicio del enorme coste que la comisión financiera suponía para la matriz; datos, sin embargo que el auditor externo pasó por alto, tras examinar todos y cada uno de los créditos documentarios suscritos.

b.- BDO utilizó en sus papeles de trabajo y en el Memorandum elaborado al efecto el modelo de otro crédito documentario suscrito por Pescanova en el 2006, en el que, a diferencia de los supuestos ahora en entredicho, existía: un exportador real de mercancía, no filial de la matriz y con la documentación legal necesaria exigida por el banco, circunstancias, totalmente contrarias a los suscritos en los ejercicios 2010, 2011 y 2012, donde las partes eran la matriz y sus filiales, no había más documentación que la factura y no había transacción real..."

Y, a partir de aquí, con relación a las demás operaciones relacionadas en el factum, se declara probado que sucedió "algo parecido", utilizándose a las sociedades instrumentales como medio de financiación, "sin que conste que BDO se percatara", del volumen que dichas operaciones representaban respecto del total de las relacionadas, de que los precios eran más elevados que los que se establecían respecto de otros proveedores, y de otros aspectos que igualmente se detallan en las páginas 159 y siguientes de la sentencia impugnada, que también se extiende en consideraciones acerca de los contratos de factoring o las pólizas de descuento, insistiéndose en que a la auditora "le pasaron desapercibidos determinados datos no coincidentes sometidos a su control". Tampoco BDO habría puesto ningún obstáculo, con relación a los denominados neteos, incumpliendo con ello una norma esencial de la contabilidad, contribuyendo así, se afirma, "de forma decisiva a que la contabilidad no reflejara la imagen fiel de la compañía".

La inferencia de que BDO conocía que las cuentas de Pescanova estaba "neteadas" la obtiene la sentencia impugnada de: "en primer lugar, porque admitía como premisa haber revisado tanto las cuentas anuales individuales como las consolidadas y en relación a estas últimas hacía una serie de precisiones indicativas de esa misión como era en relación a las cuentas anuales de los ejercicios 2010 y 2011 cuando en el informe de gestión de ambos ejercicios, al hablar del denominado "ajuste nº 1", BDO precisaba que la finalidad de este ajuste respondía a la reclasificación, homogeneizaciones y agrupación de partidas, y una de esas agrupaciones era la compensación de la deuda financiera con activos por el mismo importe.

Otra forma concreta de neteo practicado por la Sociedad y plasmado en sus cuentas y después revisadas por BDO era la obligación de constituir un depósito bancario asociado a la financiación solicitada por la Sociedad; en estos casos, la forma de registrar las deudas contraídas con las entidades bancarias contablemente no era la realmente contraída, sino el importe neto, es decir, deduciendo el importe del depósito, y así lo aceptó BDO."

3.- A nuestro parecer, la redacción del relato de hechos probados por lo que a este recurrente respecta resulta particularmente confusa. Se afirma, en algunos pasajes, que conocía la existencia de las referidas irregularidades, en particular de los tan mencionados "neteos", porque admitía en sus informes, como premisa, haber revisado sus cuentas, lo que, creemos entender, obligadamente conduciría a la conclusión de que avaló la existencia de los mencionados neteos, sin presentar ningún tipo de objeción, contribuyendo (objetivamente) con su actuación a que se transmitiera a los terceros una imagen irreal de la situación económica y financiera de la empresa. En otros casos, se alude, sin embargo, al incumplimiento de normas contables, o a otros extremos relevantes que habrían pasado "desapercibidos" a la empresa auditora. Tampoco se añade explicación alguna, --ni las razones por las que dicha explicación no pudiera hallarse disponible--, con relación a los motivos por los cuáles el ahora acusado se habría prestado a dichas prácticas, sin que exista la menor constancia de que, en efecto, percibiera por ello alguna clase de sobreprecio, en su propio beneficio y/o en el de la sociedad, o a

que el cliente representara para esta empresa una parte muy relevante de su cartera, mostrándose así proclive a aceptar, después de haberlas conocido, ciertas irregularidades en sus cuentas.

La realidad es que el relato de hechos probados, así redactado, 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, abogando por este último entendimiento buena parte de las expresiones empleadas en la sentencia que se impugna (le pasaron desapercibidos determinados datos, sin que conste que se percatara, etc.).

Fuera de las referencias anteriores, y siempre dentro del relato de hechos probados, vuelve a aludirse a la actuación del ahora recurrente en la página 174, para señalar: *"la escasa labor realizada por el responsable de la auditoría externa, Sr. Sebastián "*; o en la página 183, para asegurar que: *"En realidad, el Sr. Sebastián 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 bancarias y entre esos otros datos absolutamente fiables con los que no coincidían las abultadas cifras solicitadas por Pescanova, estaban:..."*; para referirse después a los proporcionados por la AEAT, que figuraban entre sus *"papeles de trabajo"*, las compras efectuadas por la compañía en los ejercicios citados, o la información que reportan las entidades financieras al Banco de España.

Con respecto a la utilización de sociedades instrumentales, (página 186) la sentencia impugnada considera probado que: *"[A]l igual que en el supuesto anterior, no consta que por la auditoría externa se llevara a cabo un análisis suficiente de los datos contables de las millonarias cifras de las operaciones comerciales que la matriz o, de forma secundaria, Pescafin, llevaban a cabo con las citadas entidades y que aun habiendo sido revisadas por la auditoría externa no fueron detectadas pese a poder fácilmente ser constatados a través de datos como:..."* (altos precios, falta de control sobre las remesas de facturas, existencia de códigos o claves específicas, falta de control efectivo acerca de los datos que proporcionaban los almacenes de Pescanova, etc).

Por lo que respecta a los contratos de factoring, el relato de hechos probados, observa: *"[E]l factoring, además de no tener soporte contractual, suscitaba una cuestión de vital importancia, la de su correcto encaje en la contabilidad. Es decir, de considerarse "sin recurso", no era necesario hacerlo constar en la contabilidad de Pescanova porque el banco asumía el riesgo, pero, de considerarse "con recurso", la responsabilidad correspondía a Pescanova y debía figurar en la contabilidad como deuda.*

Los contratos de factoring suscritos por Pescanova, según aparecía en sus textos eran *"sin recurso"* y, así fue considerado por la matriz y, en concreto, por su departamento de administración, por el financiero, por la auditoría interna y por la auditoría externa, sin que por ésta última se adoptaran ninguna comprobación tendente a su constancia. Sin embargo, con independencia de que cada uno de los responsables de esos dos departamentos y el jefe de la auditoría interna conocían que el sustrato de las operaciones que se cedían era inexistente; el auditor externo mostró su conformidad con la calificación efectuada por su auditada sin llevar a cabo ningún control". Para, poco después, a nuestro parecer de un modo relativamente contradictorio, afirmar que, no obstante, en algunos casos se firmaban documentos privados en los que Pescanova asumía la responsabilidad respecto de los créditos cedidos, teniéndose por acreditado que: *"La consecuencia de la firma de esas cartas, de las que no consta que el Sr. Sebastián tuviera conocimiento, suponía que la matriz asumía la responsabilidad en caso de insolvencia de los deudores"*.

Por otro lado, volviendo sobre los *"neteos"* (ahora en la página 223), se considera probado que: *"Desde que en el año 2009 BDO asumiera el citado compromiso, ninguna de las cuentas anuales elaboradas por el departamento de administración o el resto de documentos oficiales en que se plasmaba la situación económica y financiera de la sociedad, supervisadas por el auditor interno, dio lugar a que la auditora externa efectuara salvedad alguna de la documentación económica o financiera de la sociedad... También se ha anticipado que BDO, conoció el contenido de las cuentas, todos los datos de contabilidad de la matriz o de las filiales a las que auditaba y tenía acceso a las operaciones de base con reflejo contable, es decir, facturas, contratos, préstamos, líneas de factoring, créditos documentarios, créditos de cesión, asunción de deudas, sin restricción alguna, salvo en lo relativo a que en los contratos de factoring no podían sacar una copia, pero sí examinarlos el tiempo que hiciera falta"*.

Finalmente, ya en la página 238 de la sentencia recurrida, se añade: *"El 10 de julio de 2012, Sebastián, en nombre de BDO, llevó a cabo un procedimiento de "due diligence" con motivo de la revisión de las cuentas consolidadas limitada al mes de mayo, firmando una "comfort letter" dirigida al Consejo de administración de Pescanova y BNP PARIBAS, como entidad coordinadora global y aseguradora de la ampliación de capital, verificando la corrección de determinados cálculos y la conformidad de la información financiera suministrada con sus respectivas fuentes"*. Todo ello, junto a algunas otras referencias esporádicas, no particularmente

relevantes en lo que ahora importa, que se dispersan en el extenso relato de hechos probados, ya fuera, indistintamente con relación a BDO, a alguno de sus empleados o al propio acusado Sebastián .

4.- Así las cosas, consideramos justificadas las quejas del ahora recurrente en cuanto a la insuficiencia del relato de hechos probados para nutrir de fundamento fáctico bastante a los elementos que integran los ilícitos penales por los que, finalmente, resultó condenado. Muy en particular, por lo que se refiere al aspecto subjetivo de los mismos.

El relato resulta, en relación con Sebastián , confuso y carente de la necesaria asertividad. No hemos sido capaces de identificar en el mismo pasaje alguno en el que el Tribunal afirme de forma inequívoca y sostenida que Sebastián , en el desempeño de su actividad profesional como auditor externo, 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. Cierto que se afirma que conocía la existencia de neteos y, naturalmente, la prohibición contable de que los mismos fueran practicados, aunque ese conocimiento se colige del hecho de que dispuso de la información necesaria, tanto por lo relativo a las cuentas individuales como con relación a las consolidadas, para poder detectarlo y ponerlo de manifiesto. El resto de las afirmaciones fácticas, dispersas en un relato de hechos probados que se extiende por espacio de más de ciento cincuenta folios, en unos casos con referencia genérica a BDO y, en otros, al propio Sebastián , aluden a las razones que la Sala apreció para considerar que el auditor debió haber detectado las irregularidades contables, hallazgo que considera estuvo en todo momento a su alcance.

Ciertamente, 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 es esto lo necesitado de prueba–, de lo que estaba realizando, con exclusión de cualquier otra alternativa igual o parecidamente válida en el plano epistemológico.

No resulta, sin embargo, técnicamente correcto, prescindir en el relato de hechos probados del elemento, fáctico aunque concerniente a aspectos subjetivos, decisivo y sustancial así obtenido, sustituyendo el mismo por aquellos otros aspectos que sustentan el juicio de inferencia. Lo necesitado de prueba, por decirlo en términos más simples, en el marco, por ejemplo, de un delito de homicidio doloso, es que el acusado actuara con la intención de matar. Esta, por lo general, será inferida a partir de otros elementos concurrentes que, aun recayendo sobre aspectos periféricos, sustentan la conclusión de manera bastante (las expresiones proferidas, el número y dirección de los golpes, el arma empleada, etc.). Ambos elementos, los acreditados por prueba directa y el juicio de inferencia que se obtiene de ellos, en buena técnica, deben aparecer incluidos en el relato de hechos probados.

Veamos, en cualquier caso, si podría sostenerse aquí que el conocimiento del auditor de la falsedad de las cuentas que refrendaba y su voluntad de provocar con ello una distorsión relevante de la imagen económico-financiera de la mercantil, con intención de causar un perjuicio a terceros, aparece esclarecida en la fundamentación jurídica de la sentencia que se impugna, pudiendo o no considerarse que dichos elementos fluyen con naturalidad y solvencia del relato mismo.

5.- Interesa a este respecto el Ministerio Fiscal, al tiempo de oponerse al presente recurso, que reparemos en las consideraciones que la sentencia impugnada realiza en la página 475 y después en las 532 a 538. Seguimos su sugerencia.

Se observa, en la primeramente citada, después de admitir que no podía recaer sobre BDO *"la responsabilidad de averiguar el mecanismo ideado por otros acusados para seguir financiando a la entidad pese a la situación deficitaria en la que se encontraba"*, que *"sí le era exigible en su cometido profesional el control último de responder que los datos que se iban a reflejar en las cuentas correspondían a la realidad financiera y económica de la sociedad auditada, y para ello hubiera sido necesario llevar a cabo un control riguroso y coherente con otros datos que le ofrecían muchos soportes a su disposición, ya sea generados por la propia Sociedad (derivados de sus propias Memorias, de las partidas que se recogían en sus Cuentas anuales) o de las aportadas por terceros (Bancos, Agencia Tributaria o Banco de España) cuyos datos no fueron confrontados, cuando los aportados por la Sociedad resultaban a todas luces incoherentes y ciertamente no puede disminuirse su responsabilidad por el hecho de que los auditores se desplazaran desde Barcelona a Vigo para llevar a cabo su cometido en determinado periodo del año tal como se puso de manifiesto en el informe elaborado por BDO al Comité*

de auditoría el 26 de febrero de 2013, en el que en el "Power Point" elaborado al efecto (Tomo 10, folios 4648), además de informar favorablemente sobre las cuentas que iban a ser formuladas por el Consejo de administración al día siguiente, especificaba que el equipo de auditoría había dedicado al desarrollo de la



auditoría: En la fase preliminar: 2 semanas en octubre. Para la toma de inventarios físicos, otras fechas próximas al 31/12/2012. En la fase final, 5 semanas, desde mediados de enero de 2013 hasta mediados de febrero. Para la consolidación, 3 semanas, de las que dos de ellas, coincidían con dos de febrero. Por lo tanto, de entender bien los datos, equivaldría a decir que BDO realizaba su trabajo de auditoría en unos dos meses al año".

Es evidente que las anteriores consideraciones permiten concluir que el Tribunal sentenciador, –se compartan o no sus conclusiones, que esto sería una cuestión diferente–, entendió que la auditora externa, BDO (si se quiere, también el acusado Sebastián) desempeñaron su función de manera descuidada, desatendiendo las facultades de supervisión a las que se había comprometido, y pasándole inadvertidas deficiencias relevantes que, en una praxis profesional adecuada, hubiera podido y debido detectar. Como parece claro también que la sentencia impugnada considera, seguramente con buenas razones, que aquella conducta censurable pudo haber provocado perjuicios económicos, tal vez a la propia sociedad y, desde luego, a terceros. Ello podría justificar, con toda evidencia, el ejercicio frente a la auditora y/o frente a Sebastián de las acciones civiles que los perjudicados por su actuación pudieran considerar procedentes. Pero no equivale, desde luego, a la comisión de un delito doloso. Las consideraciones anteriores, a nuestro juicio, no evidencian, –en ningún momento lo afirma así tampoco taxativa y llanamente la sentencia impugnada–, que el acusado Sebastián tuviera conocimiento de la falsedad de las cuentas que supervisó, ni tampoco que albergara el propósito de coadyuvar a la consecución de los objetivos propuestos por quienes decidieron distorsionarlas.

En sus páginas 532 a 538, a cuya lectura nos emplazaba también el Ministerio Público, ya con respecto a la concreta responsabilidad de Sebastián , se describe, en síntesis, que fue Carlos Jesús quien adoptó la *"decisión última"* de llevar a cabo las formas irregulares de financiación ya tan referidas. Sin embargo, con razón se afirma igualmente que *"resultaba obvio que una sociedad del volumen de Pescanova"* tenía que contar con gente de su confianza *"que llevara a la práctica esa inveraz contabilidad"*. Por lo que ahora importa, explica la sentencia impugnada que, entre ellos, el Sr. Sebastián , respecto del cual señala que no habría efectuado objeción alguna desde que asumió la responsabilidad de la auditoría externa a las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, ni tampoco a las que se elaboraron para el año 2012, emitiendo su parecer favorable en los informes de gestión intermedia trimestrales o en las periódicas informaciones financieras semestrales y, en fin, realizando el resto de conductas que la sentencia detalla, por más que *"entre las tareas de supervisión pasaron por unos u otros miembros de BDO"* las diferentes informaciones, ya en otras partes referidas (datos de la agencia tributaria, cifras de importaciones, datos del Banco de España a través de la CIRBE, etc). Remata la resolución impugnada que: *"Por lo tanto, ante una sociedad netamente incumplidora de las obligaciones de llevar una contabilidad que reflejara la situación real de la matriz y una auditora externa relajada ante los resultados fijados por aquélla, el resultado fue el inicio de este procedimiento penal y los enormes perjuicios económicos derivados de la comisión de determinados ilícitos penales durante varios años, sin que ni la sociedad auditada ni los responsables de velar porque aquella reflejara la imagen fiel de su situación en cuentas, cumplieran el contenido de sus obligaciones de transparencia hacia terceros"*.

6.- No identificamos, en definitiva, pasaje alguno en la resolución impugnada en el que, de manera inequívoca y precisa, se afirme que Sebastián , en su condición de auditor externo, tuviera conocimiento de las irregularidades contables tan extensamente glosadas, ni de que el mismo hubiera en algún momento resuelto sumarse al plan diseñado por el Presidente de la empresa auditada, de forma idónea para causar un perjuicio a ésta, a alguno de sus socios o a un tercero (artículo 290 del Código Penal) o con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero u obtener financiación por cualquier medio (artículo 282 bis).

La sentencia ahora impugnada describe, refiriéndose unas veces al propio Sebastián , otras genéricamente a BDO y, en las oportunidades ya referidas, a *"unos u otros miembros de BDO"* o a *"los responsables de velar porque la empresa auditada reflejara la imagen fiel de su situación en cuentas"*, que dispusieron de información suficiente para desvelar la existencia de las mencionadas irregularidades, sin que en momento ninguno se excluya tampoco, antes al contrario, como alternativa paralela plausible, que ese desconocimiento, que les habría llevado a *"no percatarse"* de la existencia de determinadas situaciones pudiera haber sido consecuencia de su desidia, de su *"relajación en el ejercicio de sus funciones"*, descuido o impericia profesional. Sobre este sustrato fáctico, en el sentido dicho confuso, tanto en las personas de los responsables dentro de la auditoría como en cuanto a la razón por la que no se formularon salvedades a las cuentas, no es dable construir, a nuestro parecer, ninguno de los ilícitos penales, de naturaleza esencialmente dolosa, por los que Sebastián resultó condenado.

Los motivos de impugnación se estiman, debiendo determinar la absolución del acusado. Decaen, en consecuencia, el resto de las quejas, planteadas con carácter subsidiario a las anteriores, relativos a la pretendida aplicación del artículo 65.3 del Código Penal, a la relación concursal entre los delitos previstos en

los artículos 290 y 282 bis, a la individualización de la pena, y a cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil.

1.3.- Recurso de BDO, Auditores, S.L.P.

DECIMOQUINTO.- Al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 31 bis del Código Penal, – responsabilidad penal de las personas jurídicas–, resultó condenada esta recurrente, como cooperadora necesaria de un delito de falseamiento de la situación económica y financiera, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La sentencia impugnada destina un particularmente lacónico argumento para justificar dicha condena: *"La responsabilidad personal en concepto de autor de Carlos Jesús y del cooperador necesario, Sebastián, acarrea la responsabilidad penal, de conformidad con el artículo 31 bis y 288 del Código Penal, de las sociedades Pescanova, S.A. y BDO Auditores, S.L."*

Es claro, en consecuencia, que estimado íntegramente el recurso interpuesto por Sebastián, decae también cualquier imputación relativa a la persona jurídica de la que éste formaba parte, habiendo quedado así sobrevenidamente sin objeto el presente recurso de casación.

1.4.- Recurso de Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.-

DECIMOSEXTO.- Se adhiere, como no podía esperarse fuera de otro modo, esta recurrente a las impugnaciones sostenidas por el propio Sebastián y por la compañía BDO.

Resulta claro, en este sentido, que, condenada la recurrente como responsable civil directa, en su calidad de aseguradora de la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la actuación negligente de los auditores, y absuelto en este procedimiento el mencionado Sebastián, –y por extensión, la mercantil BDO–, de los delitos que se les imputaban, ninguna responsabilidad civil ex delicto podría sostenerse aquí tampoco con relación a la aseguradora, habiendo quedado así su recurso sobrevenidamente sin objeto; por descontado, con independencia del resultado de las acciones civiles que, ante dicha jurisdicción, pudieran ser suscitadas por quienes se considerasen perjudicados.

1.5.- Recurso de Joaquina .-

DECIMOSÉPTIMO.- 1.- Resultó condenada esta recurrente como cooperadora necesaria de un delito de alzamiento de bienes, sin concurrir en su conducta circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y multa, con las correspondientes accesorias y pago proporcional de las costas.

Su recurso se articula sobre la base de hasta cinco motivos de impugnación. Alterando el orden que la recurrente propone, sostiene en el último de ellos, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habría sido vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia; denuncia también, en este caso invocando la cobertura ofrecida por el artículo 849.2 del mismo texto legal, la existencia de un error en la valoración probatoria, que pretende justificar a través de los documentos que invoca; y finalmente, ya por infracción de ley, conforme a las previsiones del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, demanda la aplicación de la figura del desistimiento voluntario (artículos 16.2 y 3 del Código Penal); pretende que la condena, de mantenerse, lo sea como cómplice y no como cooperadora necesaria (artículo 28.2 y 29); y se queja, por último, de la que califica como indebida aplicación del artículo 258 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de producirse los hechos.

DECIMOCTAVO.- Presunción de inocencia.- Argumenta, en síntesis, quien ahora recurre, en primer lugar, que ni siquiera el relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada *"refleja que el propósito de Rosario fuera auxiliar a su esposo para que éste no tuviera que hacer frente a la responsabilidad civil derivada de un delito"*. Conviene ya salir al paso de esta afirmación, en absoluto exacta. Establece el factum de la sentencia recurrida, por lo que a este particular importa: *"Presentadas dos de las querellas que dieron origen a estas actuaciones, el entonces presidente de la sociedad y su esposa, con objeto de poner fuera del alcance de los inversores parte de la devolución del préstamo de los seis millones de euros, que el entonces presidente de la sociedad prestó a Pescanova"*, llevaron a término las sucesivas transferencias bancarias que después precisa.

En todo caso, la recurrente objeta que, sin previa actividad delictiva por la que hubiera sido condenada SODESCO, a la que considera titular del préstamo realizado a Pescanova, ninguna responsabilidad civil habría nacido para ésta, ni tampoco podría la misma derivarse a la persona de Carlos Jesús. La realidad, sin embargo, es que, como acaba de señalarse, la sentencia impugnada tiene por acreditado que el préstamo se lo realizó a Pescanova, es verdad que a través de Sodesco, el propio Carlos Jesús, tal y como, por cierto, él mismo ha tenido ocasión de reivindicar repetidamente. No es aquí la cuestión relevante si Carlos Jesús era o no el único propietario de SODESCO. De lo que no cabe duda es de que, en su calidad de administrador de la misma, dispuso por propia decisión y contra su patrimonio personal, de una determinada cantidad para prestarla

a Pescanova, sociedad también administrada por él; y estableció igualmente, a través de qué conductos, –interposición de otras mercantiles, respecto de las que se cuidó de no disponer ya en esa fecha de participación alguna–, el capital prestado le debía ser devuelto, precisamente con la finalidad de sustraerlo a la acción de sus acreedores.

Tampoco es relevante, por la misma razón, que ni Joaquina, ni las dos sociedades de las que ella era propietaria, mantuvieran deuda alguna ni pudiesen, en consecuencia, actuar en perjuicio de sus propios acreedores, habida cuenta de que, precisamente, esta es la razón por la que Joaquina resultó condenada en concepto de cooperadora necesaria del delito de alzamiento de bienes y no como autora. En este sentido, se queja la recurrente de que la sentencia impugnada no habría valorado que el dinero que se prestó a Pescanova, a través de la mercantil SODESCO, procedía de aportaciones previas realizadas a aquélla por Kiwi España. Lo cierto es, al respecto, que la sentencia impugnada parte de la consideración acreditada de que Carlos Jesús disponía con plena libertad de los fondos de una y otra mercantil, de las que se servía aquí como pantalla, resultando inequívoco el propósito de burlar con las referidas maniobras las legítimas expectativas de sus acreedores.

Tan es así, efectivamente, que mal podrían progresar también las quejas de la recurrente acerca de que la misma desconocía la existencia de créditos derivados de posibles hechos delictivos que, por el procedimiento dicho, trataban de sortearse. Y ello no solo porque en la fecha referida se habían presentado ya, tal y como se afirma en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, dos de las querellas que dieron origen al presente procedimiento, resultando razonable inferir que Joaquina tendría efectivamente conocimiento de su existencia, sino por otros dos elementos que, a nuestro parecer, resultan particularmente elocuentes por lo que ahora importa. En primer lugar, porque, una vez convenientemente simulada la procedencia del dinero, a través de la interposición de las mencionadas sociedades, el día 23 de agosto de 2013, la ahora recurrente y su marido celebraron un contrato por el que éste, en concepto de prestamista y como administrador único de la sociedad Quinta do Sobreiro, de la que su esposa era titular, prestaba a Joaquina la cantidad de 5200000 dólares USA, préstamo que carece de cualquier clase de justificación material. Pero es que, además, y por si aun pudiera persistir alguna duda al respecto, resultan también particularmente ilustrativas las reflexiones que se contienen en la sentencia impugnada acerca de que (página 502): *"En el caso, como se ha indicado con anterioridad, ambos acusados reconocieron, sin ambages, las transferencias en cuestión, aunque discreparon de su carácter delictivo, por cuanto, según alegaron, su intención no era ocultar patrimonio a los inversores de Pescanova, sino poder utilizar su patrimonio a la vista de los inconvenientes derivados de la situación económica de la sociedad"*. Así pues, resulta incuestionable que el comportamiento de ambos acusados se orientaba a poder utilizar *"su patrimonio"*, desligándolo de los *"inconvenientes derivados de la situación económica de la sociedad"* (Pescanova), es decir actuaron de consuno con el propósito de apartar del alcance de los acreedores una parte al menos, no insignificante, del patrimonio de Carlos Jesús, situándola primeramente en cuentas de las que era titular una sociedad propiedad de su esposa e hijos y, en el proyecto final, y ya desfigurada su procedencia, en el patrimonio de ésta.

El motivo se desestima.

DECIMONOVENO.- Error en la valoración de la prueba.- 1.- También argumenta quien ahora recurre, al amparo en este caso de las previsiones contenidas en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se habría producido un error en la valoración probatoria, pretendidamente evidenciado por los documentos a los que se refiere, y que vendrían a justificar que la propia recurrente desistió de que se llevara a término la transferencia ordenada, con destino a la cuenta de Hong Kong, desde las entidades bancarias portuguesas, habida cuenta de que, aun admitiendo que las autoridades bancarias del país vecino bloquearon la cuenta, ante la sospecha de que pudiera tratarse de una operación irregular, dicha decisión se produjo unas horas después de que la propia Joaquina desistiera ya voluntariamente de su propósito inicial.

2.- Como recuerda, entre muchas otras y por todas, nuestra reciente sentencia número 743/2022, de 20 de julio: <<La finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim, consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio; en modo alguno autoriza una revisión genérica de la valoración de la prueba, como pretende el recurrente>>.

El motivo no puede prosperar, en este caso, porque, como ya se ha explicado, por más que el destino final que los acusados pretendieran dar al dinero no pudiera, –o, incluso, no quisiera– completarse con éxito, culminando la cadena de transferencias con el envío de los fondos a Hong Kong, el hecho cierto, como destaca precisamente el Ministerio Público al oponerse al presente recurso, es que la figura típica por la que ambos resultaron condenados, como autor y como cooperadora necesaria respectivamente, se consumó al distraer la devolución



del préstamo realizado por Carlos Jesús, disponiendo del mismo en favor de sociedades que, aunque éste administraba, correspondían en propiedad a su esposa e hijos, todo con el propósito acreditado, admitido incluso por ellos mismos, de ponerlo a cubierto de las acciones que, frente al primero, pudieran emprender sus acreedores, sirviéndose para ello de la interposición de las referidas mercantiles y trasladando los fondos hasta Portugal.

VIGÉSIMO.- El delito de alzamiento de bienes.- 1.- Al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, –infracción de ley–, considera también quien ahora recurre que los hechos que se le atribuyen no se alcanzarían para colmar las exigencias típicas del delito previsto en el artículo 258 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de producirse los que aquí se enjuician.

Argumenta la recurrente, en síntesis, que el precepto últimamente mencionado sancionaba la conducta de quien, en perjuicio de sus acreedores, efectuara actos de disminución de su patrimonio y no de simple ocultación.

2.- Tampoco esta queja puede progresar. En innumerables ocasiones, hemos tenido oportunidad de señalar que el motivo de impugnación escogido determina la necesidad de sujetarse al relato de los hechos que la resolución impugnada declara probados. Ello resulta plenamente lógico si se tiene en cuenta que lo que pretende denunciarse aquí es la existencia de un supuesto error en el juicio de subsunción, resultando así, lógica y metodológicamente, preciso tomar como referencia un relato fáctico ya determinado de manera inconcusa. Es claro que si lo que se persigue es la modificación de este último, queda alterada la premisa sobre la que el referido juicio de subsunción opera. Lo explica, por todas, nuestra sentencia número 758/2022, de 15 de septiembre, cuando señala: <<Y es que, en definitiva, tanto en el plano estrictamente lógico como en el normativo, si lo que quiere combatirse es la corrección de la calificación jurídica de los hechos, resulta obligado partir de un relato, firme y ya inamovible, de los mismos, que sirve precisamente como ineludible premisa del mencionado juicio de subsunción. Cualquier alteración en el relato fáctico (que puede, por descontado, perseguirse por otras vías), desplazaría el problema a un terreno distinto (la valoración y/o suficiencia de la prueba), pero dejaría sin contenido alguno el juicio sobre el eventual acierto o yerro en la calificación de unos hechos que devendrían alterados y, en consecuencia, resultarían distintos de aquellos sobre los que recayó el juicio de subsunción>>.

Lo cierto es, en el caso, que lo que se declara probado es la realización de un préstamo por el marido de la ahora recurrente a la compañía Pescanova, para cuya devolución, y precisamente con el propósito de perjudicar a los acreedores de aquél, se arbitró la interposición de ciertas sociedades mercantiles, con el designio de que los fondos (y el correspondiente derecho de crédito frente a Pescanova), dejaran de aparecer en el patrimonio del deudor, frustrando así las legítimas expectativas de sus acreedores. Se dispuso de ese modo de los referidos bienes, sin perjuicio de que, como resulta consustancial a esta clase de figuras delictivas, el objetivo del autor fuera el de conservar el control y disfrute de los mismos. Y, por eso, se satisfacen aquí las completas exigencias típicas del mencionado artículo 258, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, cuando señalaba: *"El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses"*.

El motivo se desestima.

VIGESIMOPRIMERO.- Desistimiento voluntario en la tentativa.- 1.- En el tercero de sus motivos de queja, encauzado también a partir de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reprocha la parte recurrente la que considera indebida falta de aplicación de lo establecido en el artículo 16, números 2 y 3 del Código Penal.

Viene a insistir quien ahora recurre, en el desarrollo de este motivo, en que la propia Joaquina resolvió espontáneamente dejar sin efecto la transferencia que previamente había ordenado desde las cuentas radicadas en Portugal hasta la que, con ese exclusivo fin, había abierto en Hong Kong, antes, aunque fuera poco antes, de que la propia entidad bancaria, considerando que la operación proyectada resultaba sospechosa, hubiera resuelto bloquear la cuenta.

2.- Mal podría progresar este motivo de queja a la vista de lo que hasta aquí va dicho. La condena de la ahora recurrente, en su condición de cooperadora necesaria en un delito de alzamiento de bienes, desde luego no se produce en grado de tentativa. Al contrario, y en plena coherencia con los hechos que se declaran probados, el delito se reputa consumado. De ningún modo podría considerarse entonces que la recurrente hubiera evitado voluntariamente la consumación del ilícito penal, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado.



Hemos señalado ya que el delito de alzamiento de bienes, por más que la voluntad del autor, de consuno con la ahora recurrente, fuera, en su proyecto inicial, hacer llegar el dinero finalmente a la cuenta que, con ese exclusivo fin, ésta había abierto a su nombre en Hong Kong, se consuma a partir del momento en el que los fondos se desplazan desde el patrimonio del deudor, Carlos Jesús, hasta las cuentas de unas sociedades interpuestas, que él mismo administraba y de las que eran exclusivos propietarios sus familiares, cuentas domiciliadas primero en España y después a las abiertas en Portugal. Por eso, el que finalmente no se materializara el envío de dichas cantidades a la cuenta de Hong Kong no resulta relevante a los efectos que aquí se pretenden. En ese momento, el delito de alzamiento de bienes estaba ya consumado. El resto son actos posteriores copenados (dirigidos a dificultar, en mayor medida, el cobro por parte de los acreedores). Pero es que, además, conforme resulta del relato de hechos probados de la sentencia ahora impugnada, la referida transferencia con destino a la cuenta de Hong Kong se ordenó por Joaquina el día 28 de agosto de 2013, trasferencia que no fue cursada de inmediato por el Banco al considerarla sospechosa, desistiendo Joaquina de la misma el siguiente día 30, con independencia de que los fondos no quedaran bloqueados, como la recurrente asegura, hasta unas horas más tarde.

VIGESIMOSEGUNDO.- Complicidad/Cooperación necesaria.- 1.- Con carácter subsidiario a los motivos anteriores, considera quien aquí recurre que su intervención en los hechos, "en el peor de los casos", no rebasaría la participación a título de cómplice. Y ello porque, explica, en sustancia, la importancia de su aportación a la ejecución del plan del autor fue de menor intensidad. Carlos Jesús, –observa la recurrente–, no sólo era el administrador de SODESCO, sino que también lo era de "Quinta do Sobreiro, SL" y de "Kiwi España, SA" y estaba autorizado en sus cuentas después de que dejara de tener participación social en estas compañías... "*no precisaba de nadie que actuase como cooperador necesario para sus propósitos*". Partiendo de dicha premisa, –remata quien ahora recurre–, no aparece en la resolución descripción fáctica que permita calificar los actos atribuidos a Joaquina como esenciales para la realización de los movimientos de fondos de unas cuentas a otras de la misma compañía, pues podrían ser realizados en exclusiva y sin ningún otro apoyo por Carlos Jesús que las administraba.

El Ministerio Fiscal, por su parte, apoya, aunque solo parcialmente, este motivo de queja. No participa de la consideración de que la atribución de responsabilidad a la recurrente hubiera de hacerse, tal y como ella persigue, a título de cómplice; pero sí destaca que, habiendo resuelto el Tribunal de instancia, hacer aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal, sin embargo, no haya bajado la pena impuesta en un grado. Propone, en consecuencia, que sea reducida a ocho meses la extensión de las penas de prisión y multa (manteniendo, respecto a esta, la cuantía diaria señalada en la sentencia de instancia).

2.- En innumerables resoluciones hemos tratado de establecer los criterios que han de tomarse en consideración a los efectos de deslindar la participación del cooperador necesario de la del no necesario (cómplice). También han sido muy abundantes las reflexiones doctrinales al respecto. Cumple traer aquí a colación las consideraciones que dejábamos expresadas en nuestra sentencia número 692/2021, de 15 de septiembre: <<La doctrina del conocido como "dominio funcional del hecho", procedente, como tantas veces sucede en el ámbito propio del derecho penal, de la academia alemana, ha ofrecido un particular rendimiento en el marco de la participación delictiva. Su propósito y finalidad originaria entronca con 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), "gobernaban 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). La referida doctrina, como con otras ha sucedido, resultó importada a nuestro derecho, primeramente en el marco propio de los estudios universitarios, encontrando también pronta acogida en las resoluciones de nuestros distintos Tribunales. Esta realidad, sin embargo, no puede oscurecer la circunstancia de que, acaso, no resultaba aquí tan necesaria como en su país de origen o, cuando menos, no lo era para sobreponerse a una cierta insuficiencia legal, que en España no padecíamos.

Importa tener en cuenta que el Código Penal alemán no contempla más formas de participación que la complicidad y la inducción. Así, en su parágrafo 25 determina que se castiga como autor a quien comete el hecho punible por sí mismo (autoría en sentido propio) o a través de otro (autoría mediata), añadiendo el párrafo segundo de este mismo parágrafo que si varios cometen mancomunadamente el hecho punible responderán como coautores. A su vez, el parágrafo 27 (el 26 alude al instigador o inductor) señala que será castigado como cómplice quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión de un hecho doloso antijurídico. Por eso, quien, no cometiendo el hecho, en el sentido de no haber efectuado ningún acto ejecutivo típico, hubiera mantenido, sin embargo, el gobierno mismo de la conducta delictiva, podría ver degradada su intervención a una forma secundaria de participación, la complicidad, salvo que se entendiera que el hecho se comete no solo por quien realiza dichos actos ejecutivos típicos (concepto restrictivo de autor), sino también por aquellos que dominan el hecho funcionalmente. Quedaba reservada así, en consecuencia, la participación

a título de cómplice para quienes prestaran su ayuda a otro, con conocimiento de la realización del delito, pero careciendo de todo dominio funcional sobre el mismo.

En España, sin embargo, desde antiguo contamos con una forma de participación añadida: la cooperación necesaria, anticipándose el legislador a considerar que quienes así contribuyen al hecho delictivo "se considerarán autores", artículo 28 b) del Código Penal. No lo son, 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". En este contexto, una parte significativa y especialmente caracterizada en el tratamiento de estas materias en nuestra doctrina, ha entendido que dicho precepto ya permitía, entre nosotros, sin necesidad de "extender" el concepto de autor, dispensar idéntico tratamiento penal a quienes, sin haber protagonizado actos ejecutivos típicos, gobernaban el suceso histórico de tal forma que les correspondía la posibilidad de "ponerlo en acto" (dominio funcional positivo) o de hacerlo cesar (dominio funcional negativo), en tanto dichas conductas resultaban contribuciones necesarias, incardinables en el artículo 28 b) del Código Penal, habida cuenta de que, sin ellas, el delito no se habría cometido>>.

3.- En el caso, es evidente que nos encontramos frente a un delito especial (en el sentido de que presenta restringido el círculo potencial de sus posibles sujetos activos). El precepto demanda que el autor ostente la condición de deudor, cualidad de la que, sin duda, quien ahora recurre carecía. Sin embargo, la misma, 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 Carlos Jesús. Añade el relato de hechos probados que *"en ejecución del citado plan, el 11/06/2013, la Sra. Joaquina, abrió la cuenta número NUM005, a nombre de Quinta do Sobreiro"* y, unos días antes, el 19 de mayo había abierto también otra en el Banco Banif radicado en la localidad de Valença (Portugal). E igualmente, fue la propia Joaquina, la que ordenó transferir las cantidades desde aquellas cuentas portuguesas hasta Hong Kong, localidad a la que se había desplazado con el único propósito de abrir allí una cuenta bancaria con el referido objeto.

Así, ni contemplando la cuestión desde criterios vinculados a la doctrina de los "recursos escasos" ni, incluso, desde consideraciones vinculadas al dominio funcional del hecho, –en realidad, no tan distantes entre sí–, pueden progresar ahora las quejas de la recurrente, pretendiendo que su participación en el hecho delictivo resultaba de menor entidad, secundaria o intercambiable. Muy al contrario, el plan delictivo trazado por ambos cónyuges no podía prescindir de la presencia de Joaquina, propietaria, junto con otros miembros de su familia, de las empresas recipiendarias de los fondos (administradas por Carlos Jesús, pero de las que éste no tenía titularidad alguna). Solo de este modo, y con la decisiva participación de Joaquina, 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"*.

4.- Es evidente, sin embargo, en relación con este motivo de queja, que asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando señala que la sentencia impugnada, aun habiendo resuelto hacer aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal, no acierta a individualizar correctamente la pena por lo que a Joaquina respecta.

En efecto, el artículo 258 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de cometerse los hechos que aquí se enjuician, asociaba al delito de alzamiento de bienes allí descrito las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. La ahora recurrente fue condenada, como también se ha dicho ya, en su condición de cooperadora necesaria. Eso sentado, la sentencia aquí impugnada (páginas 571 y siguientes) determina: *"Sin embargo, la atenuación del artículo 65.3 del código penal, sí sería de aplicación al delito de alzamiento de bienes con respecto a la acusada Joaquina"*. Y, pese a ello, a la hora de proceder a la individualización de la pena con respecto a esta acusada, (página 576), tras insistir en que deben ser aplicadas las previsiones del artículo 65.3 del Código Penal, resuelve imponerle *"en razón a la posibilidad de rebajar la pena en base (sic) al artículo 65.3 del Código Penal, la de un año de prisión y multa de seis meses, a razón de 25 euros por día"*. En el fallo de la sentencia, en cambio, aquella multa de seis meses, se transforma en otra de doce meses de duración (y ahora con la cuota diaria de 40 euros).

La individualización de la pena impuesta a esta acusada resulta llanamente incorrecta. Primeramente porque, decidida la aplicación del artículo 65.3 del Código Penal, la pena privativa de libertad inferior en grado prevista para el delito de alzamiento de bienes por el que se la condena, necesariamente habría de permanecer por debajo de un año de duración. Propone el Ministerio Fiscal, razonablemente, que la impuesta se sustituya por

la de ocho meses de prisión. En cuanto a la pena de multa, que necesariamente habría de extenderse entre los seis meses y los doce meses menos un día, la propuesta del Ministerio Público es que la misma se reduzca también a ocho meses. Sucede, sin embargo, como ya se ha señalado que, aunque en el fallo de la sentencia impugnada la multa se impone, erróneamente, en una extensión de doce meses y con una cuota diaria de 40 euros, en la fundamentación jurídica de lo resuelto, la multa que, justificadamente, se asegura imponer es la referida de seis meses a razón de 25 euros por día, siendo ésta la que deberemos mantener en nuestra segunda sentencia.

1.6.- Recurso de Pescanova, S.A.-

VIGESIMOTERCERO.- 1.- Pescanova, S.A. resultó condenada en la sentencia recurrida como autora responsable de un concurso medial entre un delito de estafa agravada y otro de falseamiento de información económica y financiera (artículo 282 bis del Código Penal), con la atenuante analógica de confesión, a la multa de dos años, a razón de una cuota diaria de treinta euros.

Se estructura la presente impugnación sobre la base de los siguientes tres motivos: i.- el primero, denuncia la existencia de un pretendido quebrantamiento de forma, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (contemplado para el caso de que no se resuelvan en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa). De resultar estimado este motivo, debería procederse a la declaración de nulidad de la sentencia impugnada, con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior, a efectos de que dicha incongruencia resultara subsanada; ii.- se alude en el segundo, por el cauce previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva; y iii.- por último, infracción de ley, se reputa indebidamente aplicado el artículo 31 bis del Código Penal, puesto que la recurrente no obtuvo, con la comisión de los hechos que se atribuyen a sus directivos, beneficio alguno.

2.- Importa tener en cuenta que, con relación al delito de estafa agravada por el que se condenó a la ahora recurrente, remitiéndonos en todo a lo ya señalado en el ordinal cuarto de esta fundamentación jurídica, en el marco del recurso de casación interpuesto por Carlos Jesús , por identidad de razón, deberemos absolver también a la ahora recurrente, limitándose así el análisis de sus quejas al único de los delitos subsistentes (artículo 282 bis del Código Penal).

VIGESIMOCUARTO.- Incongruencia omisiva.- 1.- Argumenta quien ahora recurre que la sentencia impugnada no habría resuelto acerca de todos los puntos propuestos por la defensa. Explica, en este sentido, que nada se argumenta en la resolución impugnada, *"acerca de la concurrencia o no de uno de los presupuestos básicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como es la existencia de un beneficio directo o indirecto para Pescanovaderivado de la actuación irregular de las personas físicas que han sido condenadas. Y ello, a pesar de tratarse de una cuestión jurídica oportunamente suscitada por esta defensa a lo largo de todo el procedimiento y, muy especialmente, en el juicio oral"*.

2.- En realidad, no se advierte aquí, en sentido propio, omisión alguna relativa a las pretensiones de las partes, siendo que, en caso de ser cierto lo denunciado, nos encontraríamos, más bien, ante una insuficiente motivación de la resolución impugnada, al omitir consideraciones relativas a un extremo que, en términos reiterados, la defensa sostuvo a lo largo del procedimiento y en el desarrollo del acto del juicio oral. Habría quedado sin explicar, en la tesis de la recurrente, la existencia de un elemento indispensable a los efectos de sustentar su responsabilidad penal. De hecho, así parece entenderlo la propia parte recurrente cuando, en el motivo segundo de su impugnación, denuncia la pretendida inobservancia de sus derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (en su modalidad de falta de motivación), precisamente al amparo de esa misma omisión argumental.

3.- Importa reproducir aquí las consideraciones que este Tribunal dejó efectuadas, entre muchas otras, en nuestra reciente sentencia número 804/2022, de 6 de octubre: <<[P]odemos traer a colación, de nuestra STS 746/2022, de 21 de julio de 2022, el siguiente pasaje: "Respecto a la incongruencia omisiva, hay que recordar que este vicio procesal exige que ni explícita, ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio). En efecto, esta Sala viene afirmando de forma constante (SSTS 603/2007, de 25-6; 54/2009, de 22-1; y 248/2010, de 9-3), que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de

pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para eso debe hacerse previamente uso del remedio previsto en los arts. 161.7 LECrim y 267.7 LOPJ que la jurisprudencia de esta Sala -por todas citamos la sentencia 648/2018, de 14 de diciembre- ha convertido en presupuesto insoslayable previo de un motivo por incongruencia omisiva".

Las razones expresadas, y la circunstancia de que la parte no haya hecho uso del referido presupuesto procesal, determina necesariamente la desestimación del motivo, sin perjuicio de lo que más adelante se explicará.

VIGESIMOQUINTO.- Derecho a la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia. Ausencia de beneficio, directo o indirecto, para la persona jurídica penalmente responsable.- 1.- Insistiendo en esta misma cuestión, considera quien ahora recurre que 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"*.

A su vez, considera quien ahora recurre que *"la decisión del Tribunal sentenciador resulta arbitraria e irrazonable"*, habiéndosele aplicado el *"régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma genérica y sin analizar la concurrencia de los diferentes requisitos que el mismo exige en su artículo 31 bis del Código Penal"*, vale decir: con manifiesta falta de motivación. Explica la recurrente que: *"el Tribunal de instancia no proporciona argumentos de los que pueda desprenderse que Pescanova experimentó algún tipo de provecho o beneficio, por mínimo que fuera"*.

2.- Tampoco puede progresar esta queja. No cabe la menor duda, --así resulta con toda evidencia del tenor literal del propio artículo 31 bis del Código Penal--, que la declaración de responsabilidad criminal de una persona jurídica demanda como presupuesto indispensable que la actuación desarrollada por las personas físicas que actuaron en nombre o por cuenta de las mismas, lo hubiera sido también en beneficio, directo o indirecto, de la persona jurídica declarada a la postre responsable.

Ciertamente, 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. Y cierto también que su enfoque, a nuestro juicio, no resulta correcto en algunos extremos en los que habrá ocasión de profundizar con motivo de otros recursos.

Sin embargo, la queja que ahora se suscita parte también 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. Llega a señalar quien ahora recurre como la mejor prueba de que no fue aquí de este modo que: *"al contrario, (Pescanova, S.A.) ha sufrido múltiples perjuicios directamente relacionados con estas irregulares conductas"*.

En realidad, 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. Dicha exigencia se ha venido justificando desde perspectivas doctrinales muy diversas. 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.

Sea cual fuere su justificación última, lo indiscutible es que la responsabilidad penal de la persona jurídica deberá asentarse, en el supuesto previsto en el artículo 31 bis a) del Código Penal, en la existencia de un delito cometido por quien, actuando en su nombre o por su cuenta, y manteniendo con ella los vínculos de



representación o capacidad para tomar decisiones en su nombre, hubieran actuado en su beneficio. Pero ello no significa, naturalmente, frente a lo que parece pretender quien aquí recurre, que dicho beneficio haya de ser efectivamente obtenido y, mucho menos aún, que, descubierto el delito o como consecuencia final del mismo, los beneficios o aprovechamientos que se perseguían no puedan finalmente frustrarse o, incluso, situar a la propia persona jurídica en una posición desfavorable, también en términos económicos, con relación a la que tuviera antes de cometerse la infracción. Ya lo proclamaba, por ejemplo, nuestra sentencia número 164/2016, de 29 de febrero, tantas veces invocada cuando de responsabilidad penal de las personas jurídicas se trata: <<Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el de que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública, reporte alguna clase de "provecho" (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a "beneficio directo o indirecto") para la entidad.

Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates.

Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete.

Dice a propósito de ello la reiterada Circular de la Fiscalía que "La sustitución de la expresión "en su provecho" por la de "en su beneficio directo o indirecto", conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad" (Conclusión 3ª)>>.

3.- Nos parece muy claro, en el caso, a partir de las consideraciones anteriores, que la única actuación delictiva, cometida por el representante legal de la entidad, con respecto a la cual cabe aún proclamar la responsabilidad penal también de la persona jurídica (artículo 282 bis del Código Penal), --supuesta la absolución por el delito de estafa que ya se dejó sentada--, tuvo lugar inequívocamente en beneficio de la compañía, cualesquiera que sean las consecuencias perjudiciales que, como consecuencia del descubrimiento del delito y/o de una imprudente gestión empresarial, hayan podido producirse después. Lo cierto es que Carlos Jesús 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, conforme, también repetidamente, se ha explicado ya.

El motivo se desestima.

VIGESIMOSEXTO.- Infracción de ley. Artículo 31 bis 1 del Código Penal . Ausencia de provecho o beneficio

directo o indirecto.- 1.- Percute el recurrente, en este motivo de queja, ahora desde la perspectiva de la infracción de ley, en consideraciones vinculadas a la pretendida inexistencia de beneficio, directo o indirecto, para la compañía, que pudiera vincularse a la actuación delictiva de su representante legal. E insiste también en la consideración de que, cualquiera que fuese el propósito de éste, el mencionado beneficio no se obtuvo. No solo ha sido, explica, penalmente condenada, sino que, además, se le impone también la responsabilidad civil directa, debiendo indemnizar a los perjudicados, de forma conjunta y solidaria con el resto de los condenados. Observa la recurrente que: "[L]os hechos que la Sentencia de instancia declara probados -sin prescindir de ninguno de ellos, ni añadir otros nuevos- no integran los presupuestos básicos de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, en concreto, evidencian la ausencia de cualquier beneficio directo o indirecto, en este caso, respecto de PESCANOVA, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 bis 1) del Código Penal en su redacción vigente al momento de los hechos [actual artículo 31 bis 1), apartados a) y b)]".

2.- Expuesta de este modo la cuestión, no queda sino remitirse ahora a lo que hemos dejado expuesto en el fundamento anterior, acerca de que inequívocamente la conducta de la persona física condenada por el delito

previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, se desarrolló en beneficio de la mercantil en cuyo nombre y por cuya cuenta actuaba.

Obviamente, sin embargo, la absolución por el delito de estafa agravada que igualmente se le atribuía en la sentencia recaída en la instancia, determinará también los correspondientes efectos en materia de responsabilidad civil ex delicto.

1.7.- Recurso de Quinta do Sobreiro, S.L. y Kiwi España, S.A.-

VIGESIMOSEPTIMO.- Responsabilidad penal de personas jurídicas.- 1.- Ambas mercantiles resultaron condenadas en la sentencia recaída en la instancia como autoras de un delito de alzamiento de bienes, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de multa, ordenándose igualmente el comiso de los fondos obrantes en la cuenta nº NUM006 del Banco Banik en Valençã y en la cuenta NUM005 del Banco Milenium BCP, también de Valençã, por un importe de 4.651.000 euros.

El recurso interpuesto por ambas mercantiles se estructura sobre la base de hasta cuatro motivos de impugnación. Primeramente, se objetan infringidos los artículos 258 y 261 bis del Código Penal, por considerar, en definitiva, que el delito cometido por Carlos Jesús, y del que resultó cooperadora necesaria Joaquina, no se realizó en modo alguno en provecho o beneficio, directo o indirecto, de ninguna de las dos compañías. Ninguna consideración se efectúa con relación a este extremo en la resolución impugnada, ni en sus apartados fácticos ni en sus consideraciones jurídicas, más allá de afirmarse que las mismas *"fueron utilizadas"* para llevar a término los planes alcanzados por Carlos Jesús y Joaquina. *"El planteamiento condenatorio, --explica la recurrente--, descansa por tanto en la consideración de que "Kiwi España, SA" y "Quinta do Sobreiro, SL" son sociedades utilizadas por Joaquina para cooperar en el alzamiento de bienes del que fue acusado Carlos Jesús. Y que dicho alzamiento se cometió ante la previsión de éste de tener que hacer frente a las responsabilidades civiles de los delitos que se le atribuían en las querellas promotoras del presente proceso...El planteamiento es inconciliable con la exigencia del artículo 31 bis CP a la hora de exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es que los actos se realizaran "en nombre o por cuenta de éstas, y en su provecho".*

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.

Por otro lado, destacan también las recurrentes que la sentencia impugnada guarda silencio acerca de que cualquiera de las dos personas jurídicas hubiera omitido los deberes de supervisión, vigilancia o control de su actividad, silenciando cualquier referencia a sus modelos de organización.

Argumentan, complementariamente, que el artículo 261 bis del Código Penal, (en su redacción vigente a la fecha de los hechos, hoy artículo 258 ter) prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente con relación a supuestos de insolvencias propias y no de participación en las ajenas. *"No hay previsión punitiva, --argumentan las recurrentes--, para la participación de una persona jurídica como "cooperadora necesaria" del delito de un tercero (art. 28 b CP) pues o se actúa por cuenta de aquélla (art. 31 bis CP) o la utilización como instrumento de la empresa, pero no por su cuenta, no permite la sanción separada e independiente de ésta".*

2.- Son, por tanto, diversas, y todas muy sugestivas, las cuestiones que plantean quienes ahora recurren. Contrastan estas complejas construcciones con el expeditivo argumento que al respecto se invoca en la resolución impugnada. No hemos sido capaces de identificar más consideración relativa a la responsabilidad penal de las ahora recurrentes que las que siguen: i.- en el fundamento jurídico noveno, se reputan los hechos que ahora importan como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes de los artículos 257 y 258 del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de producirse aquéllos, determinándose que sería autor del mismo el acusado Carlos Jesús y cooperadora necesaria la acusada Joaquina, añadiéndose seguidamente (página 513): *"así como Kiwi España, S.A. y Quinta do Sobreiro, S.L. de conformidad con los artículos 31 bis y 261 bis del citado Código Penal, en la redacción vigente por la L.O. 5/2010, de 22 de junio".* ii.- Por tanto, y ahora con relación a otras personas jurídicas y otros delitos, se añade: *"la responsabilidad personal en concepto de autor de ..., acarrea la responsabilidad penal, de conformidad con el artículo 31 bis... de las sociedades".* (página 545).

3.- 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 transferida 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. Un muy caracterizado sector de



nuestra doctrina científica sostiene, efectivamente, esta tesis que denominaremos de responsabilidad por transferencia o por atribución.

Otros autores, –a cuya línea se adscriben decididamente quienes ahora recurren–, en cambio, consideran que la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede encontrar su fundamento en hechos propios de la persona jurídica misma, a ella imputables en tanto sujeto social real.

Nuestra sentencia, dictada por el Pleno de la Sala, número 154/2016, de 19 de febrero, aunque advierte que intenta eludir en lo posible el empleo de categorías doctrinales innecesarias para la decisión de las pretensiones entonces deducidas, parece también sustentar esta segunda tesis, cuando señala: <<[E]l sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), 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.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física>>.

No profundizaremos ahora, por exceder del objeto de este motivo de impugnación, en las discrepancias expresadas en su voto concurrente por hasta siete magistrados integrantes de la Sala, con relación a la consideración de la ausencia de una cultura de control como elemento objetivo del tipo. Sirva señalar solamente que, también esos magistrados disidentes consideraban que <<el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno>>, aunque no compartieran que dicha ausencia pudiera ser considerada, en la específica regulación vigente, como *"el núcleo de la tipicidad"* o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, frente a lo que se entendía en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la circunstancia prevenida en el párrafo segundo del citado precepto.

En ese mismo sentido, –responsabilidad por actos propios–, se alinea también, por ejemplo, nuestra reciente sentencia número 747/2022, de 27 de julio, cuando observa: <<Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad>>. También se enmarcan en esta misma tesis, entre varias otras, nuestras sentencias números 534/2020, de 22 de octubre o la número 234/2019, de 8 de mayo.

4.- En cualquier caso, ya se acepte que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento punitivo se asienta sobre criterios de atribución o trasfencia, vicarios de la que resulta de la persona física; ya se considere que el fundamento de aquella descansa en la responsabilidad propia de la persona jurídica como *"entidad social real"*, lo cierto es que nuestro legislador se ha preocupado de limitar aquélla, al menos, en un doble (o triple) sentido. Exige, por una parte, como presupuesto fáctico, que se constate la comisión de un hecho delictivo por parte de la persona física integrante de la organización; y, como presupuesto normativo, que se trate de alguno de los delitos previamente seleccionados por la ley como aptos para acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*"En los supuestos previstos en este Código"*, comienza diciendo el artículo 31 bis). Y junto a ello, dicho precepto establece también, como elemento

determinante para que aquella responsabilidad pueda ser exigida, que las conductas de las personas físicas se hayan realizado "*en nombre o por cuenta*" de la persona jurídica y "*en beneficio directo o indirecto de la misma*".

No desconoce este Tribunal que 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.

A su vez, determinados ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno matizan esta exigencia (así, por ejemplo, el artículo 11 del Código Penal portugués no emplea las expresiones "beneficio" o "provecho", sustituyéndolas por la exigencia de que la conducta se realice en su "interés colectivo"; el Código francés, por su parte, exige únicamente que se haya actuado "por cuenta" de la persona jurídica).

Sin embargo, dichas observaciones críticas permanecen, naturalmente, en el ámbito de *lege ferenda*, habida cuenta de la inequívocidad, por lo que a esta cuestión respecta, de la redacción de nuestro artículo 31 bis 1. No existe la menor duda a partir del mismo, 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 aquélla. Sin duda, en el marco del entramado organizativo que se gestiona en el seno de una persona jurídica se generan riesgos de muy diversa naturaleza. Entre ellos destacan, por lo que ahora importa, los relativos a que las personas que actúan en su representación o por su cuenta puedan cometer hechos delictivos con el correspondiente perjuicio para terceros o para el interés público. 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.

En la interpretación de esta última exigencia, resulta necesario nuevamente, traer a colación lo establecido al respecto por la sentencia del Pleno de esta Sala número 154/2016, de 19 de febrero, que ha sido ya reproducido en el fundamento jurídico vigésimo quinto de la presente resolución.

También se ha destacado en el ámbito de la doctrina científica que la necesidad de que la persona jurídica responda únicamente cuando las actuaciones delictivas se llevan a término "*en su beneficio directo o indirecto*" puede plantear particulares dificultades en relación con aquellos ilícitos cuya comisión no produzca por su propia naturaleza incidencia mensurable en términos económicos (ya fuera de enriquecimiento, ya de ahorro), proponiéndose, en cualquier caso, como adecuada interpretación del precepto, la necesidad de excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se trate de hechos cometidos en contra de sus propios intereses y/o en beneficio exclusivo de las personas físicas que los protagonizan.

5.- Queda sentado, por tanto, que no es preciso para que pueda predicarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, colmadas todas las demás exigencias para ello, que los hechos delictivos hubieran producido efectivamente un beneficio para ésta. Pero sí debe ser exigido, a partir del texto legal vigente, que la conducta delictiva imputable a las personas físicas que actúan en representación o por cuenta de aquéllas, se realice en beneficio directo o indirecto de las mismas. 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.

En el caso, no se 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 Carlos Jesús, de acuerdo con su esposa, orientada a impedir que los acreedores de aquél pudieran cobrar sus créditos. Muy al contrario, lo que con naturalidad fluye del relato de los hechos que se declaran probados es que Carlos Jesús, aprovechando su posición de dominio en las diferentes mercantiles que concurrían en el negocio, resolvió prestar un dinero propio a la mercantil Pescanova. Llegado el plazo convenido para la devolución del mismo, en lugar de hacerse pago Carlos Jesús de la cantidad que Pescanova le reintegró, optó por servirse de otras mercantiles (Sodesco, absuelta en este procedimiento de las imputaciones que se dirigían contra ella, y las ahora recurrentes), para "*camuflar*" el dinero en sus cuentas, aparentando un acto de disposición a favor de las mismas y con el propósito final de hacer llegar los fondos a una cuenta que su esposa, cooperadora necesaria en el delito de alzamiento de bienes, había abierto con ese fin en Hong Kong.

De este modo, Kiwi España, S.A. y Quinta do Sobreiro, S.L., empresas que, al parecer, mantenían una actividad comercial propia, fueron utilizadas por Carlos Jesús y su esposa, 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.

El motivo de impugnación, sin necesidad de profundizar en los demás elementos que lo conforman, se estima y, en consecuencia, procede absolver a las mercantiles recurrentes del delito por el que fueron condenadas en la instancia.

VIGÉSIMO OCTAVO.- El decomiso (artículo 127 del Código Penal).- 1.- Estimado el primer motivo de impugnación, que se planteaba al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (infracción de ley), quedan, naturalmente, sin contenido los motivos interpuestos como tercero y cuarto, en tanto, articulados por el cauce que ofrece el artículo 852 del mismo texto legal (vulneración de derechos fundamentales), que denunciaban la falta de motivación de la sentencia (tutela judicial efectiva) y el quebrantamiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia (inexistencia de prueba y ausencia de explicación suficiente con relación a los extremos ya analizados).

2.- Persiste, sin embargo, la necesidad de ocuparnos del que se plantea como motivo segundo del recurso, también articulado por el cauce que ofrece el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en este caso por entenderse indebidamente aplicadas las previsiones que se contienen en el artículo 127 del Código Penal.

Razonan, en síntesis, quienes ahora recurren que el decomiso nada tiene que ver con la responsabilidad civil. Procediendo los fondos que fueron objeto de decomiso en la sentencia impugnada de la comisión de un delito de alzamiento de bienes, resultaría lo procedente la restauración del orden jurídico perturbado por la infracción, decretando la nulidad de los contratos fraudulentos. En ningún caso, resulta consecuencia de lo anterior el decomiso de los fondos depositados en las cuentas bancarias de las dos entidades de Valença (Portugal).

Argumenta la recurrente a este respecto que: *"[L]a técnica penal empleada no es correcta. El comiso del artículo 127 CP es una consecuencia accesoria regulada en el Título VI del Libro primero del Código Penal. Nada tiene que ver con la responsabilidad civil, regulada en el Título V del Libro primero y en concreto en el Capítulo I."* E insiste también en que, a su juicio, *"[L]os fondos de "Quinta do Sobreiro, SL" no proceden de la comisión de un ilícito, ni fueron un bien, medio o instrumento para la preparación o ejecución del delito, ni una ganancia procedente de éste"*.

Obviamente, y con relación a la primera queja, –la relativa a que los fondos no proceden de la comisión de un hecho delictivo–, únicamente cabe remitirnos ahora a lo ya explicado, en el marco de los recursos interpuestos por Carlos Jesús (fundamento jurídico sexto) y Joaquina (fundamentos jurídicos decimosexto, decimonoveno y vigésimo), autor y cooperadora necesaria, respectivamente, del delito de alzamiento de bienes.

La segunda cuestión, sin embargo, –la procedencia del comiso–, sí demanda un análisis pormenorizado ahora.

3.- La sentencia impugnada dedica su fundamento décimo séptimo a determinar las responsabilidades civiles derivadas de los hechos delictivos que proclama. Y, por lo que ahora importa, señala: *"En relación a la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes, este Tribunal se hace eco y acoge la petición de decomiso de las cantidades que se encuentran depositadas en las dos cuentas abiertas por la acusada Joaquina, a nombre de la mercantil Quinta do Sobreiro, en las entidades Millennium y Baif de la localidad portuguesa de Valença"*, pronunciamiento que, –sin ninguna otra explicación complementaria–, lleva después al fallo.

4.- Asiste, en principio, la razón a las ahora recurrentes, al menos contemplada la cuestión desde un punto de vista estrictamente categorial. Por todas, nuestra reciente sentencia número 907/2021, de 24 de noviembre, vino a recordar que: <<La jurisprudencia de esta Sala (SSTS 16/2009 de 27 de enero; 11/2011, de 1 de febrero; 600/2012, de 12 de julio; 969/2013, de 18 de diciembre; y 877/2014, de 22 de diciembre, recogidas en la STS 793/2015, de 1 de diciembre), atendiendo a la normativa del Código Penal, considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así el Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias".

Recogiendo la doctrina de la Sala STS 793/2015, de 1 de diciembre, señalamos que en el Código Penal de 1973 el comiso era catalogado como una pena accesoria (art. 48), mientras que en el Código Penal de 1995 es configurado como una "consecuencia accesoria" de la pena (art. 127 C.P. 1995). En ambos Códigos, por tanto, se considera como una figura ajena a la responsabilidad civil "ex delicto", ya que ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y



nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición. Se trata de una consecuencia del delito y referido a bienes estrechamente relacionados con la actividad ilícita que es objeto de investigación y punición.

Desde una perspectiva procesal, conviene subrayar que el comiso ha de ser solicitado por el Ministerio Fiscal o por las partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTs 3 de junio de 2002, 6 de septiembre de 2002, 12 de marzo de 2003, 18 de septiembre de 2003 y 24 de junio de 2005).

Los problemas surgen a la hora de determinar su exacta delimitación, partiendo de que la finalidad de los arts. 127 y 374 del Código Penal es anular cualquier ventaja obtenida por el delito. Las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes de los actos delictivos.

Por efectos del delito viene entendiendo la jurisprudencia, con un criterio amplio acorde con los fines de la institución, todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, se incluyó en la norma penal la referencia específica a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en su ejecución. Y en cuanto a las ganancias provenientes del delito (arts. 127 y 374 del Código Penal), ha de extenderse su determinación a cualesquiera transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito (SSTs 924/2009 de 7 de octubre; y 16/2009, de 27 de enero).

Finalmente, en lo que atañe al límite de la aplicación del comiso, vendría determinado por su pertenencia a terceros de buena fe, no responsables del delito, que los hayan adquirido legalmente; bien entendido que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y para constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir la realidad del tráfico jurídico y para enmascarar el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición. Así lo especifican las sentencias anteriormente reseñadas (16/2009 de 27 de enero; 11/2011, de 1 de febrero; 600/2012, de 12 de julio; 969/2013, de 18 de diciembre; y 877/2014, de 22 de diciembre)>>.

5.- Condenadas las mercantiles ahora recurrentes como cooperadoras necesarias de un delito de alzamiento de bienes, lo procedente, en puridad, habría sido, en efecto, declarar la nulidad de los negocios que apartaron las cantidades referidas del patrimonio del deudor (Carlos Jesús), reintegrando las mismas a éste y quedando de ese modo a disposición de sus legítimos acreedores.

Sin embargo, considera el Ministerio Público, al tiempo de oponerse a este motivo de impugnación, que resultaba indiferente aquí acordar el decomiso de las mencionadas cantidades o proceder a su embargo, aplicando en uno y otro caso su producto al pago de los acreedores cuyos derechos se vieron frustrados por la conjunta acción delictiva de Carlos Jesús y Joaquina ; careciendo así el motivo de cualquier efecto práctico.

Al respecto, nuestra reciente sentencia número 146/2022, de 17 de febrero, explica, con relación al delito de alzamiento de bienes, que: <<como hemos dicho en reciente STS 635/2021, de 14-7, la propia naturaleza del ilícito penal, delito de mera actividad y no de resultado, trae como consecuencia que la responsabilidad civil acumulada no comprenda, en principio y negativamente, el montante de la deuda, que deberá seguir su propio camino en tanto que tiene un origen anterior a los actos defraudatorios.

Sí alcanzará, sin embargo, a los dos extremos siguientes. Por un lado, a la restitución de la cosa, a la restauración del orden jurídico alterado: con carácter general, a través de anulaciones de las operaciones realizadas y, excepcionalmente cuando ello no fuera posible -transmisiones a terceros de buena fe, por ejemplo-, mediante el correspondiente resarcimiento del importe del crédito impagado (arts. 110 y 111 CP). Por otra parte, a la indemnización de los perjuicios causados por gastos posteriores -básicamente procesales- ocasionados en evitación de una insatisfacción definitiva de la deuda.

En efecto, es doctrina tradicional de esta Sala que en el delito de alzamiento de bienes, la responsabilidad civil no alcanza el importe de la deuda. La responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes ha de



contraerse, según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos (art. 1305 C. Civil). El montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es un presupuesto y por definición ha de ser preexistente (entre muchas otras, SSTS 1077/2006, de 31-12; 1091/2010, de 7-12; 209/2012, de 23-3; 400/2014, de 15-4)>>.

A partir de dicha doctrina y en línea de principio, hubiera sido aquí lo procedente acordar la nulidad de la devolución del préstamo que realizó Carlos Jesús a la mercantil Pescanova, efectuada en favor de Sodesco y de las posteriores transmisiones de dicha suma en favor de las mercantiles interpuestas, ahora recurrentes, reintegrándose la misma en el patrimonio del referido Carlos Jesús y quedando a resultas de las acciones civiles que frente al mismo ejercitaran sus acreedores. No obstante, obrando en la causa debidamente intervenida la referida cantidad, consideramos, en línea con lo propuesto por el Ministerio Fiscal, que lo procedente habría sido acordar, tras la declaración de nulidad de los mencionados negocios, el embargo cautelar de la suma intervenida a resultas de la ejecución de la sentencia.

En definitiva, este Tribunal considera que, aunque asista la razón al recurrente en el aspecto referido (no estamos, en puridad, ante un supuesto que justificara el comiso de las cantidades intervenidas), lo que en este momento procede es declarar la nulidad de las transmisiones referidas y, reintegradas dichas sumas en el patrimonio de Carlos Jesús, proceder al embargo de las mismas a los efectos de destinarlas, en el trámite de ejecución de sentencia, al pago de sus acreedores, sin que dicho pronunciamiento vulnere, a nuestro parecer, exigencia ninguna del principio dispositivo (partiendo, claro está, de que nos hallamos en el marco de reclamaciones civiles), en la medida en que las acciones fueron aquí ejercitadas por los acreedores de Carlos Jesús, siendo, precisamente, que el delito de alzamiento de bienes se cometió para eludir el pago de las obligaciones generadas como consecuencia de la comisión de otros hechos delictivos por los que resultó condenado en la presente causa.

1.8.- Recurso de Juan Francisco .-

VIGÉSIMO NOVENO.- 1.- Resultó condenado este recurrente como autor criminalmente responsable de un concurso medial entre los delitos de falsedad en documento mercantil cometido por particulares, estafa agravada y falseamiento de cuentas anuales, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siéndole impuesta la pena de tres años, seis meses y un día de prisión; y multa, además de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago proporcional de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

El acusado, conforme declara probado la sentencia recurrida, era el jefe de auditoría interna de Pescanova desde el año 1985, director de relaciones con los inversores y responsable de los estados financieros consolidados del grupo Pescanova. Figuraba en las memorias de las cuentas anuales de la matriz, correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, como personal clave de la alta dirección de la empresa; y firmó en representación de Pescanova las cartas de encargo con la auditora externa BDO Auditores, S.L., asistiendo, a petición del Presidente de la compañía, Carlos Jesús, a las reuniones del Consejo de Administración, *"donde informaba de la situación económica de la sociedad"*.

La sentencia impugnada, sin embargo, le absuelve del delito de falseamiento de información económica y financiera (previsto en el artículo 282 bis del Código Penal), por el que también se formuló acusación contra él. Pronunciamiento este, el absolutorio, que ha ganado firmeza.

2.- El recurso se estructura sobre la base de hasta siete motivos de casación. Uno primero, de alcance general, se articula al amparo de las previsiones contempladas en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Considera el recurrente que habría sido vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución española), al tomarse en consideración elementos de prueba (determinados emails corporativos), obtenidos con vulneración del derecho a la intimidad, de la *"autodeterminación informativa"* y del derecho de defensa; que, por eso, deben reputarse nulos, conforme así lo impone el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siguen a ese, dos motivos de impugnación, --segundo y tercero-- que, desde una perspectiva distinta, consideran también vulnerada la presunción de inocencia. El primero, por entender el recurrente que resulta irracional el juicio de autoría que se efectúa en la sentencia impugnada, en tanto no tiene en cuenta que este acusado, únicamente efectuó actos que reputa como neutrales, *"conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico"*. Nunca fue, destaca quien recurre, accionista ni administrador de Pescanova, *"su vínculo con el poder de organización de la empresa era de absoluta sumisión, al quedar sujeto a las órdenes del empleador"*. La queja siguiente, --motivo tercero del recurso--, se refiere exclusivamente al delito de falsedad en documento mercantil, cometido por particular.

Los siguientes motivos de impugnación, todos ellos interpuestos al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian la indebida aplicación de los artículos correspondientes al delito de estafa (248.1 y 250.1 y 5 del Código Penal); de los artículos 21.6, en relación con el 66.1.2ª del mismo texto legal (dilaciones indebidas); de los artículos 21.4 y 7 del Código Penal (atenuante de confesión, aun en su modalidad analógica, pero muy cualificada); y 116 del Código Penal (responsabilidad civil) al habersele condenado a indemnizar a los inversores, a pesar de que, efectivamente, resultó absuelto del delito previsto en el artículo 282 bis, que también le atribuían las acusaciones.

3.- Fácilmente se comprenderá que, sin necesidad de profundizar en los motivos que se refieren a los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil cometida por particular, debamos remitirnos aquí a lo señalado en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de esta misma sentencia, en el contexto del recurso interpuesto por el también condenado Carlos Jesús . Declarada la insuficiencia del relato de hechos probados y de la valoración probatoria efectuada con relación a los mismos, y absuelto de ambos delitos el referido Carlos Jesús , es claro que ese mismo pronunciamiento absolutorio, por identidad de razón y con estimación de sus quejas, deberá ser extendido al ahora recurrente.

También habremos de tener aquí por reproducidas, con las imprescindibles particularidades, las consideraciones que, en el fundamento jurídico octavo de esta resolución, nos condujeron a rechazar, respecto de Carlos Jesús , la circunstancia atenuante de confesión.

Y, finalmente, resulta obligado remitirnos, ahora con relación a la invocada circunstancia atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas, artículo 21.6 del Código Penal, aquí sin necesidad de ningún matiz complementario, en su modalidad de atenuante simple, a lo que ya dejamos expuesto en el fundamento jurídico decimoprimer de esta sentencia.

TRIGÉSIMO.- La pretendida nulidad del contenido de los emails corporativos.- 1.- Explica quien ahora recurre que los correos electrónicos corporativos que fueron revisados y se adjuntaron al informe forense contratado por Pescanova y que llevó a término KPMG, fueron obtenidos sin consentimiento explícito de alguno de los acusados, prestando otros, en cambio, consentimiento para ello, aunque en condiciones que el ahora recurrente considera insuficientes o viciadas. Dichas evidencias digitales, en la medida en que fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, --continúa discurriendo quien ahora recurre--, deben reputarse nulas y, por tanto, ningún rendimiento probatorio permitirán obtener, así como tampoco aquellos otros medios de prueba que, aunque sea indirectamente, derivan de ellas.

Admite el recurrente que la mayoría de los interesados, --directivos y trabajadores de la empresa--, el propio Juan Francisco entre ellos, prestaron su consentimiento a que se revisaran los correos contenidos en sus equipos corporativos. Mas observa también que dicho consentimiento aparecería viciado "*por error*". Señala al respecto que otorgó el consentimiento por escrito el día 28 de mayo de 2013, concretamente a las 17:10 horas, a fin de que pudiera realizarse, con el conocimiento de dichas evidencias digitales, el correspondiente informe forense por la ya citada entidad. En todo caso, argumenta quien ahora recurre que "*cuando se recabó el consentimiento de los interesados para registrar sus equipos el Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en las Diligencias previas 31/2013 de las que dimanaban la presente causa, por auto de 23 de mayo de 2013 ya había acordado, dentro de la práctica de diligencias, solicitar a KPMG la remisión de su informe forense al Juzgado. Ello convertía dicho informe en una medida de investigación judicial, a la que se iba a unir el resultado del registro de unos ordenadores, sin que los interesados en dicho registro conocieran que el requerimiento judicial se hallaba en curso...El informe de KPMG tuvo entrada en el Juzgado por carta de 10 de julio de 2013, con sello de registro del día 11 (pdf. 9, f. 2, del tomo 11) y el Juzgado por providencia del siguiente día 18 del mismo mes y año (pdf. 938 y ss, f. 464 y ss del tomo 11), acordó citar, entre otros, a JVT a declarar como imputado con fecha 17 de octubre de 2013*".

Observa, en resumen, quien ahora recurre, que su consentimiento para la revisión del equipo informático propiedad de la empresa, y que el recurrente utilizaba en el desempeño de su actividad profesional (en particular por lo referido a los correos electrónicos que enviaba y recibía), fue recabado y obtenido cuando ya los expertos que protagonizaban el referido forense eran conocedores de que su final informe debería ser remitido al Juzgado instructor. Este consentimiento fue así prestado por quien ahora recurre ignorando que dicho informe pericial "*se realizaba ya para su incorporación a un proceso penal en curso, sin que se les comunicara el hecho punible investigado, ni se les advirtiera de sus derechos a no aportar información o documentación que pudiera incriminarles y a la asistencia letrada a través de la consulta con un abogado, se obtuvo de ellos un consentimiento viciado (pues se recabó sin que pudieran ejercer los derechos que el art. 24.2 CE les confiere)*".

A partir de lo anterior, remata el recurrente señalando que los correos electrónicos mencionados fueron obtenidos "*con vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la autodeterminación informativa*".

(art. 18.1 y 4 CE) o si se prefiere al derecho de nueva generación al entorno digital o virtual (enunciado así en las SSTs 342/2013, de 17 de abril , y 489/2018, de 23 de octubre), en relación con el derecho de defensa, al conocimiento del hecho investigado y a la asistencia letrada del art. 24.2 CE . De la vulneración de los referidos derechos fundamentales se desprende la necesidad de exclusión de la prueba, en aplicación del art. 11.1 LOPJ y de la doctrina constitucional de la prueba prohibida, que la STS 489/2018, de 23 de octubre también aborda con amplitud...Eliminados los correos electrónicos incorporados al informe de KPMG, no existe prueba alguna de la que, racionalmente, pueda desprenderse que JVT conocía la idiosincrasia delictiva de las operaciones de financiación ideadas por el Presidente de la compañía".

2.- La sentencia aquí impugnada tuvo oportunidad de enfrentarse con esta objeción, planteada por alguna de las partes como cuestión previa, ofreciendo al respecto la correspondiente respuesta, en su fundamento jurídico primero, folios 299 y siguientes. En síntesis, viene a argumentarse allí que la realización del informe forense fue acordada por el Consejo de Administración de Pescanova el día 27 de febrero de 2013, nombrándose para su desempeño a la mercantil KPMG el día 15 de abril siguiente, lo que ese mismo día le fue notificado, como hecho relevante, a la CNMV. La decisión se adoptó así por los administradores, dentro del ámbito propio de sus competencias, con el propósito de conocer las causas del ya indisimulable déficit de tesorería que Pescanova presentaba. Las razones explicativas de dicha situación, añade la sentencia impugnada, no eran conocidas "por una gran mayoría de los administradores, ni tampoco por varios de los acusados, de forma que ninguno de ellos podía conocer que poco después ese informe pudiera ser incorporado a las presentes actuaciones". Se trataba, continúa razonando la sentencia impugnada, de un "cometido puramente empresarial".

Tras serle encargada la pericia, KPMG expone el modo en que se dispone a llevarla a cabo. El mismo día 15 de abril, Pescanova había solicitado su declaración en situación de concurso voluntario, siendo sustituido el Presidente de la entidad en sus funciones ejecutivas por la administración concursal el siguiente día 25 de abril. Por eso, los encargados de desempeñar la pericia hubieron de solicitar de la administración concursal autorización para poder acceder a los ordenadores de la mercantil, autorización que obtuvieron el 28 de ese mismo mes y año, con expresa invocación de que: "La finalidad de estos procesos no es otra que la de obtener la información y la documentación necesaria que explique, y en su caso cuantifique, la naturaleza de determinadas operaciones... Entre estos procedimientos forenses se encuentra la obtención de evidencias digitales de los equipos informáticos que Pescanova tiene asignados a distintos empleados o directivos de la misma". Precisándose, además, en la autorización referida, que dichos procedimientos se llevarían a cabo "de acuerdo a la legislación vigente, respetando la intimidad de las personas afectadas y el secreto de las comunicaciones e información personal, exigiéndose para llevarlo a cabo permiso de los afectados...precisando que en ningún caso formará parte del análisis que lleve a cabo KPMG la información de carácter personal que puedan albergar los usuarios en los dispositivos objeto de análisis".

Cinco de los ahora acusados prestaron, establece la sentencia impugnada, efectivamente, su consentimiento expreso a dicha fiscalización: Carlos Jesús , Virgilio , Jose María , Vicente y el ahora recurrente Juan Francisco .

Destaca también la resolución impugnada que el contenido extraído de los ordenadores de la empresa se limitó al archivo de sus buzones de correo y carpetas departamentales (página 248 del informe de KPMG), entregándose una copia del volcado para su custodia a un Notario de Vigo.

Admite la sentencia impugnada que, en efecto, el día 9 de abril de 2013, se presentó ante el Juzgado Central de Instrucción la primera querrela, seguida por otra, interpuesta dos días más tarde. El día 12 de abril, ya con relación a ambas, se dictó auto de incoación de Diligencias Previas. El siguiente día 23, entre otras varias actuaciones, se ordenó oficiar a KPMG para que remitiera al Juzgado copia del informe que elaborase al respecto, sin impartirle instrucción alguna acerca de la forma en que debería realizarlo. Concluido el informe forense el día 10 de julio, se remitió una copia al Juzgado, conforme había sido ordenado, "sin que durante la fase de instrucción se cuestionara la posible vulneración del derecho a la intimidad o de cualquier otro derecho fundamental de los investigados que se suscitó, por primera vez, en los escritos de conclusiones provisionales como cuestiones previas y se volvió a insistir en algunos de los informes".

A partir de esos elementos, la sentencia aquí impugnada explica, primeramente, que buena parte de los acusados prestaron efectivamente su consentimiento ante quien era en ese momento la máxima autoridad de la empresa, los administradores concursales. Además, el informe forense fue acordado en el ámbito estrictamente empresarial, sin referencia ninguna a la existencia de un procedimiento de investigación penal y sin propósito alguno de impulsarlo, por más que sus resultados fueran después recabados por el órgano instructor como consecuencia de sendas querrelas interpuestas por terceros. Invoca la sentencia impugnada determinadas consideraciones jurisprudenciales relativas al juicio de validez/nulidad de las pruebas obtenidas por particulares, sin la finalidad explícita de hacerlas valer después en un procedimiento judicial.

Concluye al respecto la resolución impugnada señalando que, en el caso, el informe forense fue acordado en el ámbito y con finalidades exclusivamente empresariales (conocer las razones que justificaban el evidente desfase de tesorería), y por razones enteramente desvinculadas de cualquier propósito ulterior de ejercitar cualesquiera clase de acciones penales. En la fecha en la que se acordó la elaboración del informe no existía procedimiento judicial alguno en curso. Fue el Juzgado instructor quien solicitó a KPMG la remisión de una copia del informe cuando estuviere finalizado (lo mismo que realizó con relación a otros informes, como, por ejemplo, el elaborado por la propia administración concursal). Fue, precisamente, la administración concursal la que permitió el acceso a los ordenadores de la empresa, con las condiciones y en las circunstancias ya dichas. *"El objeto del forense, –explica la sentencia impugnada–, era averiguar el porqué de la deuda de la matriz, sin que en ese momento, febrero de 2013, fuera previsible que dos meses más tarde se detectarían indicios de una actuación delictiva no sólo en alguno de los empleados de la matriz, sino sobre todo en su presidente y en personas de su confianza con una importante y relevante responsabilidad".*

Respecto a los correos electrónicos obtenidos sin el consentimiento de algunos de los trabajadores, se observa en la resolución impugnada que en la mayor parte de los casos los obtenidos no tenían un solo destinatario sino varios (entre ellos, alguno de los que prestó el consentimiento) al tratarse de cuestiones propias de la empresa; y, en otros supuestos, la veracidad de su contenido aparece proporcionada por el resultado de otros elementos probatorios (en particular, las explícitas declaraciones al respecto de varios de los acusados en el acto del juicio, la propia documental contable analizada en las diferentes pericias, la aportada por el Banco de España o por la Agencia Tributaria, etc.), observando, además, que los correos *"solo vinieron a ratificar la forma de organizarse los distintos departamentos dentro de la Sociedad para distribuir el trabajo quedando al margen de sus conclusiones principales que no tenían por objeto futuros imputados, sino averiguar a través del análisis contable de la Sociedad y su grupo el origen y el importe del déficit de la entidad y cómo se había ocultado en las cuentas anuales y demás documentos destinados a dar a conocer al público inversor la situación real de la entidad a través de esas denominadas prácticas irregulares que se han expuesto en los hechos probados"*.

La sentencia impugnada concluye, en definitiva, que una buena parte de las denominadas evidencias digitales se corresponden con correos en los que, o bien el remitente o bien alguno de los destinatarios había prestado autorización en la forma dicha. Un segundo grupo de evidencias proceden de terceros, que se ponían en contacto con Pescanova para tratar de solucionar algún problema surgido en el marco de sus relaciones comerciales. Estos, afirma la sentencia impugnada, han sido ratificados por sus propios emisores en el acto del juicio oral, de tal manera que, aunque se declarase la nulidad de las denominadas evidencias digitales que a ellos corresponden, el rendimiento probatorio no resultaría sustancialmente alterado, habida cuenta de que se ha contado con los mencionados testimonios. Y aún resta un tercer grupo de correos electrónicos que se referían a comunicaciones entre empleados o de éstos con sus superiores.

Explica la sentencia impugnada que respecto a los correos que los Sres. Virgilio, Juan Francisco, –ahora recurrente–, Alexander o Sixto, intercambiaban con los tres administradores de las doce *"sociedades instrumentales"*, también acusados, sus contenidos fueron también adverbados por numerosa documental, –destacando la propia contabilidad de dichas sociedades, llevada conforme a las instrucciones recibidas, y las facturas de compraventa elaboradas por la matriz–, y, desde luego, por las propias declaraciones prestadas en el juicio por los administradores de las referidas sociedades, por lo que, se concluye, la *"supresión"* de las evidencias digitales en nada modificaría tampoco el resultado probatorio. Y lo mismo se considera respecto de otros correos electrónicos (comunicaciones de algunos de los empleados con entidades bancarias), *"que se hallaban dentro del cometido encomendado por Pescanova a KPMG"* y que, *"en todo caso estarían también adverbados a través de las declaraciones testificales de los propios empleados de la sociedad o incluso por las testificales de los propios empleados de Pescanova"*.

Concluye, por lo que a esta cuestión respecta la resolución impugnada que: *"Por lo demás, y como se decía, para la acreditación de las denominadas prácticas irregulares resultaría suficiente, como se expone a continuación, acudir al resto del material probatorio obrante en las actuaciones, sin que sea necesario el texto de los correos en cuestión"*, resto de la actividad probatoria a la que, se dice: *"se añadirían, como otro dato más, las evidencias digitales extraídas del clonado de los ordenadores de algunos de los acusados"*.

Hemos de admitir que ciertos argumentos que se contienen en la sentencia impugnada, respecto a la validez o nulidad de las pruebas consistentes en las, tan referidas, *"evidencias digitales"*, resultan, en cierto modo al menos, circulares y confusos. Circulares, porque parecen partir de la validez de dichos medios probatorios (consentimiento válido, en la mayor parte de los casos, prestado por alguno de los emisores de la comunicación; y prueba obtenida por particulares sin vinculación a la posterior existencia de un procedimiento penal), para afirmar después que, en todo caso, aún prescindiendo de dichas evidencias, su contenido habría igualmente quedado acreditado por otros medios probatorios (documental, testifical y declaraciones de los propios acusados). Y confuso por cuanto afirma que esos otros medios probatorios resultan suficientes



por sí, aunque a los mismos se añadiría *"como otro dato más"*, el resultado de los correos electrónicos cuestionados. Parece claro que, si las evidencias digitales hubieran sido obtenidas sin vulneración de derechos fundamentales y, en fin, pudieran reputarse válidas, tendrían por sí mismas *"aptitud probatoria"*; pero si no fuera así, es claro que, declarada su nulidad, no podrían ser valorados *"como otro dato más"*.

3.- Importa recordar aquí cuál es el *"estado de la cuestión"* en el plano jurisprudencial respecto de la validez de las fiscalizaciones realizadas en los terminales informáticos que pone la empresa a disposición de sus empleados (o directivos). Procede para ello invocar primeramente la doctrina general que se contiene en la muy reciente sentencia, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional número 119/2022, de 29 de septiembre. Es cierto que el supuesto de hecho sobre el que opera resulta distinto (se trataba de la captación de unas imágenes grabadas procedentes de las cámaras de seguridad de una empresa), pero gran parte de sus fundamentos jurídicos, proporcionan, no obstante, elementos valiosos para la resolución del problema aquí suscitado.

Empieza recordando la referida sentencia que: <<] "el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Además, el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas) (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14, en el mismo sentido STC 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 2)".

Por otro lado, se deja también claramente sentado que este derecho debe ser protegido igualmente en el ámbito de las relaciones laborales <<ya que "esta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106/1996, de 12 de junio; 186/1996, de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo)" [STC 98/2000, de 10 de abril (FJ 6)]... la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador>>. A su vez, se recuerda también que: <<es doctrina reiterada de este tribunal que 'el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho'>>.

Recuerda el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales que: <<de conformidad con la doctrina de este tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad...para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)>>.

Por lo que ahora importa, glosa después la sentencia del Tribunal Constitucional citada, la doctrina que al respecto mantiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, poniendo el acento en las muy relevantes y continuamente referidas en esta materia, STEDH de 5 de septiembre de 2017 (asunto Barbulescu c. Rumanía) y STEDH de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda y otros c. España). En la primera de ellas, relativa a la monitorización por el empresario de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la aplicación informática de mensajería denominada Yahoo Messenger, y su uso con fines disciplinarios, se dejaba sentado que, desde luego, las comunicaciones del demandante en el lugar de trabajo estaban comprendidas en los conceptos de 'vida privada' y 'correspondencia'.

Seguidamente, el TEDH establece, en la primera de las resoluciones citadas, que: <<[E]l derecho laboral "tiene características específicas que deben tenerse en cuenta. La relación empresario empleado es contractual, con derechos y obligaciones particulares para ambas partes, y se caracteriza por la subordinación jurídica" (§ 117). "Desde una perspectiva regulatoria, el derecho laboral deja un margen de negociación entre las partes en el contrato de trabajo" (§ 118). El "Tribunal considera que debe concederse a los Estados contratantes un amplio margen de apreciación al evaluar la necesidad de establecer un marco jurídico que regule las condiciones en que un empresario puede regular las comunicaciones electrónicas o de otro tipo de carácter no profesional de sus empleados en el lugar de trabajo" (§ 119). "No obstante, la discreción de que gozan los Estados en este ámbito no puede ser ilimitada" (§ 120). Por ello se establecen unos criterios generales que habrán de ser ponderados por los Estados (§ 121):

"(i) Si se ha notificado al empleado la posibilidad de que el empresario adopte medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones, y la implementación de esas medidas. Si bien en la práctica los empleados pueden ser notificados de diversas maneras en función de las circunstancias fácticas particulares de cada caso, el Tribunal considera que para que las medidas se consideren compatibles con los requisitos del artículo 8 del Convenio, la notificación debería normalmente ser clara sobre la naturaleza de la supervisión y darse con antelación; (ii) El alcance de la supervisión por parte del empresario y el grado de intrusión en la intimidad del empleado. A este respecto, debe distinguirse entre la monitorización del flujo de comunicaciones y de su contenido. También debe tenerse en cuenta si se han monitorizado todas las comunicaciones o solo parte de ellas, así como la cuestión de si la monitorización fue limitada en el tiempo y el número de personas que tuvieron acceso a los resultados [...]. Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la monitorización; (iii) Si el empresario ha proporcionado razones legítimas para justificar la monitorización de las comunicaciones y el acceso a su contenido real [...]. Dado que la monitorización del contenido de las comunicaciones es, por naturaleza, un método claramente más invasivo, requiere una justificación más ponderada; (iv) Si hubiera sido posible establecer un sistema de supervisión basado en métodos y medidas menos intrusivos, que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado. A este respecto, debería evaluarse, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario podría haberse logrado sin haber accedido directamente al contenido completo de las comunicaciones del empleado; (v) Las consecuencias del control para el empleado sometido a él [...]; y la utilización por el empresario de los resultados de la operación de monitorización, en particular si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida [...]; (vi) Si se habían proporcionado al empleado las garantías adecuadas, especialmente cuando las operaciones de supervisión del empresario eran de carácter intrusivo. Esas garantías deben garantizar, en particular, que el empresario no pueda acceder al contenido real de las comunicaciones en cuestión a menos que el empleado haya sido notificado con antelación de esa eventualidad...

Criterios que, conocidos como "test Barbulescu" se han convertido en parámetros ponderativos que han de ser valorados por los tribunales en la resolución de los asuntos que se les sometan a su consideración>>.

Por lo que respecta a la doctrina de la segunda de las sentencias citadas, STEDH de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda y otros c. España), la misma hacía referencia a un supuesto derivado de la colocación de cámaras ocultas, dirigidas a la zona de caja de un supermercado para comprobar irregularidades y, por ello, presenta aquí un menor alcance.

4.- También este Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de ocuparse de cuestiones como la ahora controvertida. Así, en nuestra sentencia número 56/2022, de 24 de enero, se comenzaba recordando que: <<El espacio relacional protegido por el derecho a la vida privada se extiende, también, *prima facie*, a las comunicaciones que puedan mantener las personas en su horario laboral. Como también ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los correos electrónicos están comprendidos en los conceptos de "vida privada" y "correspondencia" en el sentido del artículo 8 -en términos coincidentes, vid. SSTC 241/2012 y 170/2013, sobre la protección que ofrece el artículo 18.1 CE a los correos electrónicos archivados en el ordenador-. También, en principio, cuando dichas comunicaciones proceden o se reciben en centros de trabajo -Vid. SSTEDH, caso Halford c. Reino Unido, de 25 de junio de 1997; caso Amann c. Suiza de 16 de febrero de 2000; caso Copland c. Reino Unido, de 3 de abril de 2007-.

A este respecto, debe destacarse también la Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2015) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre *el tratamiento de datos personales en el contexto laboral*, adoptada el 1 de abril de 2015, en la que se establece en relación con el uso de Internet y de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo -vid, principio 14 y siguientes-, que *"los empresarios deben evitar las interferencias injustificadas e irrazonables en el derecho a la intimidad de los empleados. Este principio se extiende a todos los dispositivos técnicos y TIC utilizadas por un empleado. Los interesados deben ser informados adecuada y periódicamente de acuerdo con una política de privacidad clara, en línea con el Principio*

10 de esta Recomendación. La información facilitada debe estar actualizada e incluir la finalidad del tratamiento, el periodo de conservación de los datos recogidos, el almacenamiento de los datos de conexión y el archivo de los correos electrónicos comerciales. (...) El acceso por parte de los empresarios a las comunicaciones comerciales electrónicas de sus empleados, que han sido informados previamente de esta posibilidad, solo podrá producirse, en su caso, si es necesario por razones de seguridad u otras razones legítimas. En caso de ausencia de un empleado, los empleadores deben tomar las medidas necesarias y proporcionar los procedimientos adecuados para permitir el acceso a las comunicaciones electrónicas de la empresa solo cuando dicho acceso sea necesario desde una perspectiva empresarial. El acceso debe realizarse de la forma menos intrusiva posible y solo después de informar a los empleados afectados. (...) En ningún caso se debe controlar el contenido, el envío y la recepción de comunicaciones electrónicas privadas en el curso del trabajo">>.

Seguidamente, tras reproducir las exigencias del conocido como "test Barbulescu", invocábamos también la STEDH, caso Libert contra Francia, de 22 de febrero de 2018, esta vez desde la perspectiva de las obligaciones negativas del Estado, dado el contexto público en el que se desarrollaba la relación laboral [la empresa de ferrocarriles SCNF], que abordaba también un supuesto de acceso por el empleador a datos almacenados en la unidad interna del ordenador de un empleado. En el caso, el Tribunal concluye que el trabajador, al no etiquetar los datos almacenados como privados, renunció a su expectativa de privacidad, dadas las precisas previsiones reglamentarias sobre las condiciones que habilitan a los responsables designados a acceder al contenido almacenado en ordenadores utilizados por los empleados, propiedad de la empresa. Y es que, en definitiva, la expectativa legítima de privacidad resulta ser un parámetro esencial en la valoración de eventuales vulneraciones del derecho fundamental que se dice perturbado en el presente recurso, en tanto el mismo protege a los empleados frente al uso abusivo del contenido de sus comunicaciones a través de los terminales propiedad de la empresa. La expectativa legítima de privacidad constituye, en último extremo, clave de bóveda de la cuestión.

Desde otro punto de vista, en esa misma sentencia número 56/2022, recordábamos también la distinta trascendencia que, a efectos de una eventual declaración de nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, resulta en función de la procedencia de la misma. Y así, dejábamos dicho: <<[E]l sistema de protección de los derechos fundamentales no se basa en 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.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales no implica, por tanto, que las limitaciones y las garantías se activen de la misma manera cuando el conflicto surge entre particulares o con el Estado. No puede desconocerse que la funcionalidad de los derechos fundamentales adquiere una especial dimensión cuando de lo que se trata es, precisamente, de limitar el poder del Estado frente al ciudadano. En puridad, los derechos fundamentales vienen a configurar la comprensión general de las relaciones del Estado y los ciudadanos, garantizando el espacio de libertad del que disponen los segundos para el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de dignidad.

Lo anterior se traduce en que si bien la lesión de un derecho fundamental a consecuencia de una actividad inherente de un particular activa mecanismos reparadores ello no supone que, de forma necesaria, cuando se produzca un efecto reflejo en un proceso judicial resulte siempre de aplicación la regla de exclusión probatoria prevista en el artículo 11 LOPJ.

Dicha regla constituye una de las garantías de los derechos fundamentales que ofrece el sistema constitucional, pero su efectiva operatividad obliga a tomar en cuenta el contexto en el que se produce la infracción y la finalidad perseguida con el acto inherente. Como se apuntaba con anterioridad, cada caso reclama un estándar de protección y la aplicación de un "balance" concreto de los intereses en juego que tome en cuenta, entre otros, el concreto derecho afectado, la gravedad o entidad objetiva de la infracción, la intencionalidad del infractor, la naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado, la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba, etc.

Si bien en nuestro sistema de garantías constitucionales, la regla de exclusión atiende, esencialmente, a la protección de la integridad del proceso, -vid. SSTC 97/2019, 2/2003-, a diferencia del sistema norteamericano donde prima desalentar comportamientos inadecuados de los agentes estatales -vid. Decisiones de la Corte Suprema, Stone v. Powell, 1976; U.S v. Leon, 1984; Ill v. Krull, 1987; Hudson v. Michigan, 2006; Herring v. United States, 2009-, sin embargo de ello no puede derivarse la exigencia, siempre, de unas mismas consecuencias o efectos reactivos con independencia de las circunstancias que rodean la infracción. En particular, las relativas al infractor y sus fines.

De nuevo, los elementos contextuales, subjetivos y finalísticos deben servir para modular el funcionamiento del sistema de garantías y fijar racional y proporcionalmente sus efectos.

La regla de exclusión probatoria, como manifestación reactiva del sistema de garantías, debe operar, sin duda, con toda la energía, cuando el Estado o los particulares, mediante la infracción del derecho fundamental, acceden a fuentes o medios de prueba y pretenden aprovecharse de su potencial valor incriminatorio.

En estos casos, la regla de exclusión debe actuar como antídoto fundamental para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en el valor de la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales. Cuando estos se sacrifican injustamente y finalísticamente los efectos de la lesión se proyectan sobre el proceso no cabe otra opción que la de renunciar al esclarecimiento de la verdad, preservando el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada que sufre la injerencia intolerable en el núcleo de sus derechos.

El Tribunal Constitucional de manera indirecta -vid. *a sensu contrario*, SSTC 29/84, 56/2003, 97/2019- ha confirmado la operatividad de la regla de exclusión en supuestos en los que los agentes infractores sean particulares, pero siempre que la finalidad fuera la obtención ilícita de evidencias o de fuentes probatorias.

Por ello, si partimos de dicha funcionalidad protectora de la regla de exclusión, deberá convenirse en su inaplicación cuando la lesión del derecho fundamental por particulares aparece desconectada de dicha finalidad -vid. STS 116/2017, de 23 de febrero, 546/2019, de 11 de noviembre-.

Activar en estos supuestos la exclusión probatoria generaría consecuencias totalmente desproporcionadas con respecto a la entidad y naturaleza de la infracción y a las necesidades objetivas de protección sistemática del modelo constitucional -como excepción a lo anterior, cabe referirse a la interesante STEDH, caso *¿Cwik c. Polonia*, de 5 de febrero de 2021, en la que se analiza por primera vez, desde el canon de la integridad del proceso, el aprovechamiento probatorio de grabaciones de manifestaciones obtenidas por particulares, en un contexto desligado de toda finalidad procesal, mediante tortura de una persona que resultó posteriormente acusada. En el caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que la prueba no puede ser valorada. Considera que, con independencia del contexto de producción, una información probatoria que se obtiene bajo tortura compromete radicalmente la equidad del proceso. En supuestos de tortura resulta indiferente, por tanto, que el agente infractor sea un particular y que la finalidad no tuviera relación alguna con el proceso. De especial interés, también, el voto particular que objeta la aplicación al caso de la regla de exclusión por la vía del artículo 6.1 CEDH-.

Salvado el supuesto de tortura, a la luz de la doctrina *¿Cwik*, el fundamento de la regla de exclusión reside, como sostiene el Tribunal Constitucional en la STC 97/2019, en *"proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus derechos fundamentales que ha sido verificada, justamente, para obtener pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular, a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso"*. Cuestión esta sobre la que también se ha pronunciado este Tribunal -vid. por todas, SSTS 45/2014, de 7 de febrero, 517/2016, de 14 de junio, 167/2020, de 19 de mayo-, al hilo del aprovechamiento probatorio de confesiones extrajudiciales grabadas por uno de los interlocutores, exigiendo, para que puedan ser valoradas, que resulten espontáneas y producidas en un contexto comunicativo de buena fe. De contrario, cuando dichas confesiones se obtienen mediante un ardid o engaño del interlocutor para obtener evidencias probatorias se produce un atentado contra el principio de integridad que es el que presta sustento constitucional a la regla de exclusión probatoria como garantía específica del proceso>>.

En la misma dirección, resulta aquí de ineludible cita el contenido de nuestra sentencia número 328/2021, de 22 de abril, dictada por el Pleno de la Sala. Recordábamos en ella que: <<Son muchos los supuestos en los que la adecuada delimitación del contenido material de un derecho fundamental exige una respuesta que dé solución a la tensión generada por la convergencia de otros derechos que puede obligar a restringir, incluso sacrificar, uno de ellos. En tales casos, se impone un ejercicio ponderativo que exige del órgano jurisdiccional atender de modo preferente al rango axiológico de los derechos que entran en conflicto>>. Y añadíamos que: <<El supuesto que hoy centra nuestra atención es un ejemplo paradigmático de esa fricción generada por el derecho del trabajador a su propia intimidad y la facultad del acusado... de fiscalizar el uso adecuado de los elementos productivos puestos a disposición de su empleado. Ambos derechos tienen un reconocimiento normativo explícito. En efecto, las leyes laborales otorgan al empresario la capacidad de organización del trabajo. Además, le reconocen la facultad de control y vigilancia sobre el cumplimiento contractual -cfr. arts. 5 a) y c) y 20.1.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RDL 2/2015, 23 de octubre, que derogó el RDL 1/1995, 24 de marzo-. En definitiva, el empresario goza de la capacidad para adoptar las medidas que aseguren la adecuada utilización del material puesto a disposición del trabajador. Y este poder de dirección, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es ajeno a los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 de la CE (cfr. SSTC 170/2013; 98/2000; 186/2000 y 241/2012, entre otras). Pero el trabajador es también titular -claro es- de una serie de derechos constitucionales de alto nivel axiológico y que no pueden

ser sacrificados, sin matices, por la simple suscripción de un contrato de trabajo, entre ellos, los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE).

La solución histórica ofrecida por el derecho laboral para resolver esa tirantez era puramente convencional y estaba ajustada al limitado potencial invasivo que hasta entonces era imaginable. La inclusión de la capacidad del empresario de efectuar, siempre bajo determinadas condiciones, registros "... sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo" (art. 18 Estatuto de los Trabajadores), era una de las manifestaciones de la fórmula más clásica de solución.

Sin embargo, la capacidad de injerencia que permite la utilización de las nuevas tecnologías ha redimensionado los términos en los que históricamente se suscitaba el problema. El uso de ordenadores y comunicaciones telemáticas ya no define un escenario de vanguardia. Forma parte del día a día de la práctica totalidad de las empresas.

La mejor muestra de esa radical ruptura con la visión más clásica de este escenario de tensión la ofrecen dos preceptos que, aun moviéndose en el terreno de lo programático, reflejan la voluntad legislativa de superar un cuadro jurídico afectado, ya desde hace tiempo, por la obsolescencia.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, en su art. 87 dispone: " 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador; 2 . El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos 3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado".

El art. 20 bis del Estatuto de los Trabajadores, reformado simultáneamente por la disposición final decimotercera, ha quedado, por su parte, con la siguiente redacción: "Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales".

Y es aquí donde surgen los interrogantes que vienen siendo abordados por el orden jurisdiccional laboral y penal, con la obligada referencia que ofrecen la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el TEDH.

La cuestión que abordamos ha sido ya objeto de tratamiento por esta Sala. Y lo ha sido mediante dos sentencias que advierten de los importantes matices que impone la complejidad del problema suscitado.

Se trata de las sentencias 528/2014, 16 de junio y 489/2018, 23 de octubre. El valor de la perspectiva asumida por la jurisdicción laboral era -y sigue siendo- incuestionable, en la medida en que incorpora su propio juicio ponderativo para resolver la confluencia de derechos que convergen en distinta dirección. Pero lo hace, en todos los casos, en la búsqueda de una respuesta a la alegación sobre la ilicitud probatoria de la principal fuente de prueba con la que se pretende respaldar la corrección de un despido.

Es entendible, por tanto, que nuestra primera resolución (STS 528/2014, 16 de junio) abordara el problema reivindicando esa diferente perspectiva y postulando un criterio valorativo propio, de suerte que la fórmula ofrecida por la jurisdicción social, pese al aval de la jurisprudencia constitucional, limitara su efecto al ámbito que le es propio. Decíamos entonces que "... en modo alguno, procede que se extiendan (esos criterios) al enjuiciamiento penal, por mucho que en éste la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas".

La cita del art. 18.3 de la CE y la excepcionalidad de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, limitada a la autorización judicial, daba pie a reivindicar el carácter absoluto de este derecho

frente a actos contractuales de tolerancia. Lo expresábamos señalando que aquel precepto constitucional: "... no contempla (...) ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado ("correo corporativo"), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia. [...] Tampoco una supuesta "tácita renuncia" al derecho, como a la que alude la Audiencia (...) 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 aun 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".

A partir de esas premisas, la Sala proclamaba el carácter indispensable de la autorización judicial para acceder a las comunicaciones personales del trabajador, única vía posible para alzar la barrera de protección que es inherente al derecho que consagra el art. 18.3 de la CE: "...no se trata, por supuesto y en definitiva, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan sólo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos, resultando, a tal efecto, imprescindible, como decimos, la autorización y el control que sólo el Juez puede dispensar en nuestro ordenamiento, incluso según la legislación laboral, que al menos aparentemente sigue el mismo criterio de clara vocación judicial (vid. art. 76.4, en relación con el 90.2 y 4 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción social, en cuya concreta interpretación y alcance no nos compete entrar aquí).

Por consiguiente, bien claro ha de quedar que, en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial".

De forma particularmente relevante por lo que al caso presente concierne, la sentencia comentada explicaba también: <<La exigencia de autorización judicial para legitimar el acceso del empresario a las comunicaciones personales del trabajador quedaba así vinculada a lo que podría calificarse como el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones. Quedaban fuera de esa protección reforzada "... los denominados "datos de tráfico" o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos (art. 18.4 CE) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial (art. 18.1 CE)".

Para seguir observando, inmediatamente después: <<La sentencia 528/2014, 16 de junio, ofreció la primera solución de esta Sala para fijar el alcance y los límites del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, tanto en el momento de formular el juicio de tipicidad del art. 197.1 del CP como a la hora de pronunciarnos sobre la alegada ilicitud probatoria de un acceso al ordenador del empleado carente de autorización judicial.

Y la fórmula que sustraía del régimen de protección reforzada aquellos otros datos no asimilables conceptualmente con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones -derecho a la autodeterminación informativa y derecho a la intimidad- ha venido ofreciendo una solución respaldada por la jurisprudencia constitucional y la dogmática.

Por consiguiente, desde el ángulo analítico de nuestra primera resolución, a diferencia de lo que debería acontecer con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones -que sólo puede quedar limitado por una autorización judicial- el derecho a la intimidad y a la protección de datos sería siempre susceptible de negociación, hasta el punto de que empresario y trabajador podrían fijar los términos de la fiscalización y los límites a la intromisión en ese espacio de intimidad del trabajador.

Así lo venía entendiendo la jurisprudencia constitucional. La STC 170/2013, 7 de octubre, recordaba que "... lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 93/2013, de 23 de abril). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la "esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena"; en consecuencia "corresponde a cada persona

acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno" (STC 241/2012, de 17 de diciembre, de tal manera que "el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad" (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).

Ese ámbito de la intimidad, así definido, también alcanza a las relaciones personales que se derivan del vínculo laboral. No es exclusivo del deseo de blindar nuestro ámbito doméstico frente a injerencias de los poderes públicos. En palabras del Tribunal Constitucional: "... también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)".

En suma, el potencial menoscabo del derecho a la intimidad en aquellas ocasiones en las que la empresa accede a información no vinculada a un proceso de comunicación, quedaría excluido siempre que empresario y trabajador hayan definido de forma anticipada sus respectivos espacios de fiscalización y de legítimo ejercicio de aquel derecho.

La dificultad que ofrece esta solución está ligada, desde luego, a las dudas para discernir qué contenidos de la información obtenida por el empresario están conectados a comunicaciones constitucionalmente protegidas por la garantía jurisdiccional y cuáles quedan fuera de su ámbito. Dicho con otras palabras, dónde termina la intimidad y dónde empieza la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, serán muchas las ocasiones en las que la propia configuración del programa de gestión del correo electrónico alentará la incertidumbre para resolver qué mensaje está todavía en fase de comunicación y cuál ha pasado a convertirse en un documento protegido sólo por el derecho a la intimidad.

Y aunque no siempre con la deseada uniformidad, la jurisprudencia constitucional ha proclamado este criterio. Así, la STC 70/2002, 3 de abril señaló que "... la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos". La misma tesis fue acogida por la STC 123/2002, 20 de mayo, que insistió en la idea de que, finalizada la comunicación, la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, en concreto, de lo recibido, se escapa del ámbito del art. 18.3 de la CE, pasando a residenciarse en el esquema de protección constitucional del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Y este criterio ha sido acogido, entre otras, en las SSTS 1235/2002, 27 de junio o 1647/2002, 1 de octubre.

Muchas de estas dificultades se han visto allanadas por la jurisprudencia del TEDH, de la que se ha hecho eco nuestra sentencia 489/2018, 23 de octubre: "... hito reciente y extremadamente relevante de la jurisprudencia recaída en esta materia viene constituido por la STEDH de 5 de septiembre de 2017 (Gran Sala): asunto Barbulescu. (...) Otras sentencias posteriores del mismo órgano, inciden también en esta temática aunque de forma oblicua (videovigilancias: SSTEDH de 28 de noviembre de 2017 asunto Antori and Murkon de 9 de enero de 2018 asunto López Ribalde; o también examen de un ordenador, asunto Libert, STEDH de 22 de febrero de 2018).

No puede decirse que la sentencia Barbulescu II sea totalmente rupturista con los criterios que han ido cristalizando en nuestra jurisprudencia (...). Pero aporta y concreta al establecer con diáfana claridad parámetros de inexcusable respeto empujando a nuevas modulaciones y matizaciones que ya han aparecido en la jurisprudencia laboral (STS -Sala 4ª- 119/2018, de 8 de febrero, que realiza una síntesis clara e íntegramente trasladable al ámbito penal del estado de la cuestión tras Barbulescu)...

...Se enuncian criterios de ponderación relacionados con la necesidad y utilidad de la medida, la inexistencia de otras vías menos invasivas; la presencia de sospechas fundadas... Algunos se configuran como premisas de inexcusable concurrencia. En particular, no cabe un acceso incontestado al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa (los usos sociales admiten en algún grado y según los casos, como se ha dicho, el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada).

El resto de factores de ponderación entrarán en juego para inclinar la balanza en uno u otro sentido solo si se cuenta con ese presupuesto. En otro caso, habrá vulneración aunque exista necesidad, se use un método poco invasivo, etc."...

...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.

Razonábamos en el FJ 7º de la STS 489/2018, que "... la clave de la ilegitimidad de la intromisión y, consiguientemente, de la nulidad probatoria se sitúa en la vulneración de la expectativa de intimidad por parte del trabajador. Una expectativa, basada en un uso social de tolerancia respecto de una moderada utilización personal de esos instrumentos, que, no es ajena a los contenidos de la protección constitucional del derecho a la intimidad".

Y con el fin de singularizar la anticipada fijación de los límites del espacio de exclusión de la intimidad, en el ámbito de una relación laboral, frente a lo que acontece en relación con los poderes públicos, apuntábamos lo siguiente: "... hay un relevante signo diferenciador entre el acceso por el empresario y el acceso por agentes públicos; el primero en virtud de sus facultades de supervisión del trabajo que se presta por una relación laboral; los segundos, en virtud de potestades públicas. En el primer caso nos movemos en el marco de una relación contractual entre particulares. La clave estará en si el trabajador ha consentido anticipadamente reconociendo esa capacidad de supervisión al empresario y, por tanto, cuenta con ello; está advertido; es decir, es una limitación conocida y contractualmente asumida. [...] En las relaciones con los Poderes Públicos, sin embargo, no cabe esa "cesión" anticipada o renuncia previa a ese espacio de intimidad virtual. [...] El reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad del empresario constituye el *punctum dolens* la clave, en el ámbito de las relaciones laborales. En una investigación penal lo será la autorización judicial o el consentimiento actual".

5.- En aplicación al caso que ahora nos convoca de la doctrina jurisprudencial referida, acaso de forma excesivamente extensa, resulta obligado obtener las siguientes conclusiones:

5.1.- Primeramente, no hubo aquí injerencia alguna en el derecho fundamental del ahora recurrente al secreto de sus comunicaciones, artículo 18.3 de la Constitución española, en tanto el proceso comunicativo documentado en los correos que se incorporan al informe forense de KPMG estaba del todo concluido. De ese modo, las quejas del recurrente se focalizan correctamente en la eventual vulneración de su derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución española o aun de la "autodeterminación informativa", artículo 18.4).

5.2.- La fiscalización o examen fue acordada por la representación legal de la empresa (por un particular) y en modo alguno decidida por cualquier autoridad o funcionario público. La conveniencia de practicar el informe forense se determinó por el Consejo de Administración de Pescanova, el día 4 de abril de 2013, cuando desde luego ningún procedimiento judicial existía al respecto (la primera querella se interpuso varios días después y por personas enteramente ajenas a la empresa).

Una vez comenzados los trabajos por KPMG, se dirigió, ya a la administración concursal, para expresarles la conveniencia de poder acceder a los ordenadores de la empresa, en tanto los mismos podrían aportar "*datos de interés para el cometido encomendado*" (conocer las razones explicativas de la discrepancia entre las referencias contables y la realidad de la tesorería). Dicha administración concursal autorizó la práctica de la referida actuación, autorización sujeta expresamente a la necesidad de obtener el consentimiento de los afectados, limitándose, además, la fiscalización acordada a los contenidos que pudieran referirse a la actividad comercial de la empresa, con radical exclusión de las comunicaciones que, en el marco de sus actividades privadas, aun cuando fuera sirviéndose de los terminales de la empresa, pudieran haber desarrollado los trabajadores. Dicho consentimiento explícito se obtuvo, además de en el caso del recurrente, en el de Carlos Jesús, Virgilio, Jose María y Vicente.

5.3.- El Juzgado instructor interesó en la resolución ya citada que la empresa forense, como también lo haría respecto de otras instancias, remitiera el resultado de su informe, una vez se hallara finalizado, sin referencia o indicación alguna acerca de la práctica de las actuaciones que deberían conformarlo, y sin conocimiento concreto de las mismas.

Partiendo de las mencionadas consideraciones, es claro que ninguna expectativa legítima de privacidad pudo verse frustrada en el caso de quienes, como el ahora recurrente, prestaron su consentimiento explícito a la fiscalización de los terminales de la empresa que ellos utilizaban, con el objeto y finalidad dichos, respecto de la cual dejaron prestada expresa aquiescencia. La concreta actuación, y en términos más generales la totalidad del informe forense, tenía por objeto, tal y como en la sentencia impugnada se explica, conocer "*el porqué de un déficit que; a) ni figuraba en las cuentas; b) ni era conocido por una gran mayoría de los administradores...de forma que (no) podían conocer que poco después ese informe pudiera ser incorporado a las presentes actuaciones*". Y la práctica de la concreta fiscalización de los terminales fue después acordada con la autorización de los administradores concursales que, precisamente con relación a las



controvertidas evidencias digitales obtenidas de los equipos informáticos, además de exigir que se recabara el consentimiento de los directivos o empleados afectados por la medida, precisaba que la finalidad de esa actuación *"no era otra que la de obtener la información y la documentación necesarias para explicar, y en su caso cuantificar la naturaleza de determinadas operaciones... siempre respetando la intimidad de las personas afectadas y el secreto de las comunicaciones e información personal"*.

Mal puede pretenderse, además, con razón que el objetivo, siquiera mediato, de dichas informaciones fuera la preparación de determinada actividad probatoria de cara a un ulterior y previsible proceso judicial. El forense fue acordado inicialmente por el Consejo de Administración de la propia Pescanova, y asumido después por la administración concursal que fue, precisamente, quien autorizó, en el marco de sus funciones, la fiscalización y recogida de las mencionadas evidencias digitales, sin que ni uno ni otra (ni tampoco, por descontado, la empresa que efectuó el informe), tuvieran conocimiento, cuando decidieron reunir la mencionada información, de que iba a ser incoado un procedimiento penal, a instancia de terceros absolutamente ajenos a su ámbito de influencia.

Consideramos, por esto, ya en conclusión, que las evidencias digitales unidas al informe pericial forense, al menos con relación a las que tenían como protagonistas (emisores o receptores) a las personas que expresamente prestaron su autorización para que los terminales de los que hacían uso pudieran ser fiscalizados, no vulneró su legítima expectativa a la privacidad ni, en definitiva, ningún derecho fundamental, sin que obste a ello que el instructor, sin conocimiento alguno de las actuaciones que conformarían el referido informe, recabara que a su finalización fuese incorporado a los autos, sin que en ese momento existiera indicio alguno de responsabilidad en los mencionados directivos o empleados, ni ostentaran desde luego en la causa el estatus de investigados.

Se trató, en definitiva, de una actuación realizada con el explícito consentimiento de los afectados, --desvanecida, por tanto, cualquier legítima expectativa de privacidad--, plenamente proporcionada al objeto legítimo pretendido, y necesaria en la medida en que lo resultaba el conocimiento de las actividades comerciales que, en el ámbito de la empresa cuya verdadera situación económica y sus causas pretendían conocerse, efectuaban sus directivos y trabajadores, al margen por entero de sus actividades particulares o privadas que, naturalmente, no tienen reflejo en ninguna de las evidencias digitales incorporadas al informe.

Distinto podría ser el caso, en alguna medida al menos, con relación a las evidencias digitales concernientes en exclusiva a empleados o directivos que no consintieron el examen de sus terminales, extremo del que, si hubiera lugar a ello, nos ocuparemos más adelante.

El motivo se desestima.

TRIGESIMOPRIMERO.- Presunción de inocencia en relación con el delito de falseamiento de las cuentas anuales (artículo 290 del Código Penal).- 1.- Ya dejamos señalado que el ahora recurrente fue absuelto en la sentencia impugnada del delito de falsedad en la información económico financiera (artículo 282 bis del Código Penal). Y que debe serlo también de los delitos de falsedad en documento mercantil, cometida por particulares, y estafa. Solo procede, por eso, centrarnos ahora en las quejas que se refieren al delito (continuado) de falseamiento de las cuentas anuales (desarrolladas en el motivo segundo del presente recurso).

Entiende, en síntesis, quien ahora recurre que el juicio de autoría que se contiene respecto a él en la sentencia impugnada resulta irracional, en la medida en que *"no se sustenta en el resultado de la prueba practicada en el juicio"*, que habría sido valorada *"de forma fragmentaria y arbitraria"*, *"existiendo una explicación, alternativa y razonable, sobre la legalidad de la actuación de mi mandante"*.

Explica el ahora recurrente que el mismo carecía de un conocimiento cabal acerca de la operativa comercial de Pescanova y que, en cualquier caso, era ajeno al círculo en el que se pergeñaba la toma de decisiones en el marco de la empresa. Como "jefe de consolidación" se limitaba, con mayor o menor acierto, a trasladar la información que le facilitaban, siendo así que, *"aunque sus actos hubieran podido servir de auxilio a comportamientos de un superior suyo, que pudieran declararse delictivos"* habrían de ser reputados como meros actos neutrales, causales en el plano natural, pero carentes de aptitud para crear o incrementar un riesgo jurídicamente desaprobado. Nunca fue accionista, ni administrador de Pescanova. Pone el acento también el recurrente en que la empresa era dirigida, de forma prácticamente exclusiva, por su Presidente, don Carlos Jesús , tal y como él mismo reconoció en el acto del juicio. Quien ahora recurre *"no realizaba función alguna en la matriz del Grupo ni en sus filiales. Se dedicaba solamente a la consolidación de las cuentas del Grupo y a prestar asistencia protocolaria al Presidente en las relaciones institucionales"*. Se limitaba, en el desempeño de su actividad profesional, a efectuar la agregación de los datos contables de las diversas sociedades para formular las cuentas del grupo en su conjunto, *"tras la realización de determinados ajustes que resultaban necesarios para evitar las distorsiones que se hubieran seguido de un simple solapamiento en bruto"*.



de las distintas contabilidades, muy numerosas, voluminosas y que afectaban a modelos de contabilización de diferentes países, que se debían consolidar". Y todo lo realizaba partiendo de la "confianza legítima que le merecían los servicios de contabilización internos de cada una de las sociedades del grupo", no pudiendo detectar en sus cuentas ninguna clase de irregularidad, como no lo habría hecho tampoco la auditora externa ni los grandes inversores de la sociedad.

Remata sus razonamientos el ahora recurrente señalando que la denominación que se atribuía a su empleo, jefe de la auditoría interna, no debe inducir a confusión acerca de cuál era su verdadera función en la empresa, meramente subordinada a las decisiones adoptadas por su Presidente.

2.- Como recuerda, por todas, nuestra sentencia número 354/2019, de 10 de julio: <<Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme se expone en el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se traslada de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la



prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (artículo 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur (STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de intermediación>>.

3.- La sentencia que es ahora objeto de recurso, por lo que a Juan Francisco respecta, tiene por acreditado que el mismo, en su condición de jefe de la auditoría interna de Pescanova desde el año 1985, habiendo sido con anterioridad miembro de la firma que asumía la auditoría externa del grupo (Ernst and Young), figuraba también en las cuentas anuales de la matriz como *"personal clave de alta dirección de la empresa"*, cargo y funciones que no deben ser minimizadas frente a lo que, de modo comprensible, pretende aquí quien recurre. 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.

En cualquier caso, afirma, también con buenas razones, la sentencia impugnada que el acusado 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. A su vez, se considera probado que 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"*.

Dichas conclusiones se asientan sobre la razonable valoración de los diferentes elementos probatorios que en la sentencia impugnada se analizan también cumplidamente. Así, se procede a la valoración del contenido de los diferentes correos electrónicos obrantes en las actuaciones, de los que resulta que, precisamente el Sr. Juan Francisco insistía, *"a diestro y siniestro"*, en los que intercambiaba con los jefes de área y responsables de las filiales, *"en la necesidad de netear y de disimular deuda bancaria"*; así como se destaca que, en compañía del Sr. Virgilio, se encargó, a través de la mercantil American Shipping, S.A., de que el importe de los créditos documentarios llegara disimulado a la contabilidad. Incluso, aparece también acreditado que el propio Sr. Juan Francisco mantuvo contacto expreso con los administradores de doce sociedades instrumentales, por lo que mal podría sostenerse, con razón, frente a lo que proclama la tesis defensiva, que desconociese la verdadera dinámica económica y comercial de la empresa.

En definitiva, a partir del resultado de los medios probatorios, que extensa y razonablemente se analizan en la sentencia impugnada, de naturaleza documental (los mencionados correos electrónicos y la contabilidad de la empresa, fundamentalmente), así como de las pruebas periciales practicadas y de las propias declaraciones de los representantes de las empresas instrumentales, fluye con naturalidad la idea de que el ahora recurrente ejecutaba en la empresa el desempeño de la jefatura de la auditoría interna y de responsable de las cuentas del consolidado, no de forma meramente nominal, figurativa o irrelevante, –otra vez, frente a lo que se pretende en el recurso–, sino de un modo activo, plenamente informado de lo sustancial de las actividades comerciales de la empresa y de su verdadera situación económica y financiera, –al punto que asistía, a requerimiento del Presidente, a las reuniones del Consejo de Administración para informar sobre ella–, y con cumplido conocimiento así de que la contabilidad anual, que tan decisivamente contribuía a confeccionar, aparecía disimulada, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la propia empresa, a sus socios o a terceros.

No se advierte, en consecuencia, que se haya producido vulneración alguna de su derecho fundamental a la presunción de inocencia que, al contrario, aparece cumplidamente enervado a través de la prueba de cargo referida, resultando plenamente razonables las conclusiones expresadas en la sentencia que aquí se impugna, sin espacio para ninguna otra alternativa plausible, igual o parecidamente probable desde el punto de vista epistemológico.

Desde luego, no pueden progresar las quejas del recurrente en el sentido de que su conducta debiera ser subsumida en la categoría dogmática de los actos neutrales. 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. Como recuerda, por todas, nuestra reciente sentencia número 605/2021, de 7 de julio, <<en general la Sala se ha inclinado por un criterio mixto como elemento diferenciador de actos neutrales de los que no lo son, exigiendo que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y que este, objetivamente sirva, y coadyuve a la facilitación del delito, lo que supone un aporte necesario a tal fin>>. 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.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Atenuante de confesión. 1.- Observa la parte recurrente que no le ha sido aplicada en la sentencia que impugna la circunstancia atenuante de confesión, al menos por analogía, sin tener en cuenta, como en aquélla se afirma, que el Sr. Juan Francisco *"cooperó con las instituciones para el esclarecimiento de los hechos, incluso antes de saber que era penalmente investigado por esas mismas conductas"*. Ningún otro razonamiento complementario viene a sostener este pedimento.

2.- Más allá de remitirnos ahora a las consideraciones generales que, con relación a la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.4 del Código Penal, dejamos expuestas en el fundamento jurídico octavo de esta resolución, y más allá de destacar el paradójico mantenimiento simultáneo de pretensiones vinculadas a una pretendida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia junto a la reivindicada aplicación de esta atenuante, lo cierto es que la actitud colaboradora del Sr. Juan Francisco con la administración concursal o con los encargados de realizar el forense, o en fin, la mantenida con la CNMV y a lo largo del procedimiento, sin que pueda dejar de ponderarse, en concurso con otros factores, llegado que sea el momento de proceder a individualizar la pena que corresponde imponerle por el delito que cometió, carece de sustantividad bastante para colmar las exigencias de la atenuante reclamada o aun para aplicarla en los términos análogos que permite el artículo 21.7ª del Código Penal, en la medida en que dicha colaboración ni resultó, en general, decisiva o particularmente relevante para el esclarecimiento de lo sucedido; ni, en concreto, supuso asunción alguna de responsabilidad en los hechos por parte del propio Sr. Juan Francisco que, muy al contrario, y como ya se ha analizado, pretendió siempre, en legítimos términos defensivos, esquivar cualquier imputación personal, amparado en una inasumible ignorancia de la verdadera dimensión de sus actos.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Responsabilidad civil respecto a los inversores. 1.- Explica quien ahora recurre que la sentencia impugnada diferencia entre los perjuicios derivados del delito de estafa, causados a diversas entidades financieras, de los que habrían resultado del delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, perjuicios éstos que habrían padecido determinados inversores. Quien ahora recurre fue absuelto de este último delito, pese a lo cual, censura, se le condena a responder civilmente de los perjuicios producidos a los mencionados inversores.

Así, observa el recurrente que en el fundamento jurídico décimo séptimo de la sentencia impugnada se afirma que los condenados por estafa (además de por falsedad en documento mercantil y en las cuentas anuales), entre los que se encuentra Juan Francisco, en coherencia con ello, deberían responder civilmente de los perjuicios causados a las entidades bancarias. Por el contrario, razona, solo los condenados por el delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal deberían responder de los perjuicios causados a quienes, *"confiando en la realidad de los datos publicados invirtieron diversas cantidades durante los ejercicios 2010, 2011 y 2012"*.

2.- Ciertamente, en el fundamento jurídico décimo séptimo de la sentencia impugnada (página 581, en concreto) se precisa que, entre otros el ahora recurrente resultó condenado por la comisión, en relación de concurso medial, de sendos delitos de falsedad en documento mercantil, estafa y falsedad en las cuentas anuales. Determina, por eso, en la página siguiente, que deberá responder civilmente de los perjuicios causados como consecuencia del delito de estafa, – del que la presente sentencia les absuelve –, a las entidades bancarias que cita.

Seguidamente, la sentencia impugnada añade (página 583): *"Pero, como se decía, el concurso medial engloba un cuarto delito, el de falseamiento de información económica y financiera del que son autores...(no estando, entre ellos, el ahora recurrente), quienes deberán asumir, de forma conjunta y solidaria los perjuicios causados a quienes, confiando en la realidad de los datos publicados invirtieron diversas cantidades durante los ejercicios de 2010, 2011 y 2012..."* Perjudicados inversores que después concreta nominalmente. Ningún otro fundamento relativo a la atribución de responsabilidad civil al ahora recurrente, con relación a los mencionados inversores, puede hallarse en la sentencia impugnada, resultando así apodíctico el pronunciamiento que, sin embargo, lleva a su fallo por lo que a este acusado respecta.

Ciertamente, cabría contemplar que esa responsabilidad civil, frente a lo expresamente proclamado en el fundamento jurídico décimo séptimo de la propia sentencia impugnada, no resultara, o no resultara exclusivamente, de la comisión del delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, –imputación de la que el ahora recurrente resultó expresamente absuelto–, sino también de la generada como consecuencia de la comisión del delito previsto en el artículo 290 del mismo texto legal, que contempla, en su párrafo segundo, la efectiva producción a tercero de un perjuicio económico.

Es claro, sin embargo, que la sentencia impugnada no presta fundamento alguno para así mantenerlo. Nada explica al respecto, ni determina vinculación específica ninguna de los perjuicios causados a los inversores con el falseamiento de las cuentas anuales que atribuye al acusado, perjuicios que asocia a una fuente de producción diversa (la comisión del delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, del que el ahora recurrente resulta absuelto; o, si prefiere decirse de este modo: los perjuicios indemnizables derivarían *"de los datos publicados durante los ejercicios de 2010, 2011 y 2012"*, como consecuencia de la condición de Pescanova de sociedad emisora de valores negociados en los mercados oficiales). Ningún vínculo específico se establece en la sentencia impugnada entre el delito (continuado) de falsedad en las cuentas anuales, previsto en el artículo 290 del Código Penal, único por el que se mantiene la condena, –y único del que el ahora recurrente hubiera podido defenderse–, y el perjuicio que se reclama producido, por una causa distinta, a los inversores.

Así, vinculado a la causa específica (y única) que la propia sentencia recurrida reclama, la condena en materia de responsabilidad civil respecto de los referidos inversores, con relación a este acusado (y a los demás que se hallan en su misma situación, artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), resulta contradictoria con los propios razonamientos de la sentencia impugnada y carente de fundamento específico alguno, debiendo quedar sin efecto.

El motivo se estima.

1.9.- Recurso de Alexander .

TRIGÉSIMO CUARTO.- 1.- Como en el caso del recurso anterior, Alexander resultó condenado en la sentencia que ahora impugna como autor responsable, en relación de concurso medial, de los delitos de falsedad en documento mercantil, cometido por particular, estafa agravada y falseamiento de cuentas anuales; y absuelto, en cambio, del delito de falseamiento de información económica y financiera (artículo 282 bis del Código Penal) que también se le imputaba.

2.- Su recurso se articula, tras desistir de alguno de los anunciados previamente, a partir de los siguientes seis motivos de impugnación, a saber: i.- En sus dos primeras quejas, ambas articuladas sobre la base de las previsiones contenidas en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera quien ahora recurre infringidos, respectivamente, su derecho constitucional a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva por falta de motivación que soporte adecuadamente lo resuelto; ii.- en el tercero, se considera vulnerado el principio de legalidad penal (artículo 25 de la Constitución española) y, a su vez, invocando ahora criterios relacionados con la infracción de ley (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), reputa indebidamente aplicado el artículo 8.1 del Código Penal (concurso de normas); iii.- los otros tres motivos de casación, todos canalizados a través del referido artículo 849.1 de la ley procesal, denuncian, respectivamente, la infracción de los artículos 28 y 29 del Código Penal (cómplice y no cooperador necesario), del 65,3 (atenuación de la responsabilidad del extraneus en un delito especial, que se plantea con carácter subsidiario a la queja anterior), y 21.6 del Código Penal (dilaciones indebidas y extraordinarias).

Buena parte del camino que el presente recurso propone, lo llevamos ya andado hasta aquí. En efecto, determinada la inexistencia del delito de estafa y de falsedad en documento mercantil, cometido por particulares, es claro que, conforme a lo ya expuesto, –fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la presente resolución–, el recurso debe ser estimado en el sentido de absolver al acusado de la comisión de dichos ilícitos penales. Y así, queda sin contenido el tercero de sus motivos de impugnación, que sostenía, con sugerentes argumentos, que, entre la eventual estafa continuada y el delito de falsedad en las cuentas anuales, –y entre éstas y la falsedad en documento mercantil, cometida por particular–, cabría apreciar un concurso de normas y no de delitos, considerando quien ahora recurre que únicamente debió aplicarse el tipo penal previsto en el artículo 290, que resulta ser, precisamente, el único que aún subsiste.

A su vez, procede también remitirnos aquí a lo ya señalado en el fundamento jurídico undécimo de esta resolución, respecto a la procedencia de aplicar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y excesivas, contemplada en el artículo 21.6 del Código Penal, en su modalidad de atenuante simple.

Resta, por tanto, abordar el contenido de los dos primeros motivos de queja, lo que se efectuará de manera conjunta; así como al relativo al título de participación (complicidad y no cooperación necesaria) y, en lo que

aun fuera preciso, el que concierne a la posible aplicación de la norma contemplada por el artículo 65.3 del Código Penal.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.- 1.- En sustancia, objeta el recurrente que la sentencia impugnada habría obtenido una inferencia no razonable con relación a la participación en los hechos que se declaran probados por lo que a Alexander respecta, habiendo dejado, además, de valorar ciertas pruebas de descargo, debidamente practicadas en el acto del juicio oral.

Dispersas en la sentencia impugnada pueden hallarse diferentes afirmaciones relativas a este acusado, que el recurrente juzga carentes de la debida consistencia, por lo que se refiere a su participación en los hechos, sin que llegue a identificarse ninguna operación, concreta e irregular, en la que hubiere podido participar.

Destaca también quien ahora recurre que la sentencia impugnada deja sentado que Alexander no pertenecía ni al comité de auditoría, ni al comité de nombramientos y retribuciones de Pescanova, además de no ser miembro, evidentemente, de su consejo de administración, habiéndose otorgado en su favor, únicamente, poderes referidos a "*casos y actuaciones concretas*" (página 123 de la sentencia impugnada). Desde luego, la resolución recurrida no identifica ningún comportamiento en particular en el que el acusado hiciese uso de los referidos poderes, ni vincula dicha eventual conducta a infracción criminal alguna.

Insiste el recurrente en que la función fundamental asumida por este acusado, conforme se asegura en la propia sentencia impugnada, no era otra que la 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"*.

Se reconoce, además, por el recurrente que Alexander se relacionaba como *"personal clave en la dirección de la empresa y miembro de la alta dirección"* en la memoria que acompañaba a las cuentas anuales de la empresa correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012.

Censura el recurrente que es a partir de estos datos, a su parecer escuetos, que se hace responsable a este acusado, con criterios meramente objetivos y vinculados a las responsabilidades profesionales que ostentaba en la empresa, de los ilícitos penales que se le atribuyen, quedando sin explicar las razones por las cuales se infiere que su actuación estaba presidida por el conocimiento de lo realizado (las prácticas comerciales irregulares) y su plasmación contable. A su parecer, la circunstancia, también afirmada en la sentencia de instancia, de que, en su condición de Director financiero, figurase en los procedimientos de revisión y autorización de la información financiera de Pescanova, iniciada precisamente con la revisión de la Dirección General financiera, resulta irrelevante, habida cuenta de que: *"en el ámbito empresarial, o incluso académico, por ejemplo, por razón del cargo, se hacen constar de un modo meramente formal en determinados procedimientos a los Directores de los departamentos. Máxime si lleva 40 años en la empresa. En modo alguno esa pertenencia formal, sin otra argumentación, puede suponer la atribución automática de su participación y conocimiento en hechos delictivos"*.

Después de otras consideraciones, --relacionadas con el delito de estafa que se le atribuía y que, por eso, obviaremos--, destaca el recurrente que la propia sentencia impugnada anuncia (página 323), que no se expondrá en ella el contenido completo de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, en particular el de algunas testificales que considera irrelevantes en lo relativo a su insignificante rendimiento probatorio, reprochando el recurrente que no se valore el resultado de determinadas pruebas propuestas por la defensa.

Concluye así el recurrente, percutiendo en ideas ya anticipadas, que: *"No cabe deducir una atribución automática de la responsabilidad penal de determinados acusados por razón de sus responsabilidades formales, aunque se hayan podido cometer delitos "en" la persona jurídica. Es exigible respetar una responsabilidad criminal individual por el hecho propio. Este silogismo para atribuir responsabilidades genera la creación de una inaceptable responsabilidad objetiva por razón del cargo. Ser responsable por la mera circunstancia de ser Director Financiero"*.

Ya en el motivo segundo de su recurso, nos recuerda: *"La exigencia de motivación no puede suponer satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino que debe permitir a los directamente interesados y a cualquier lector conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso"*.

2.- Importa recordar aquí, con nuestra reciente sentencia número 431/2021, de 20 de mayo, que: <<Este Tribunal Supremo ha observado, por todas en nuestras sentencias números 160/2021, de 24 de febrero y 276/2021, de 25 de marzo, que al introducirse el juicio de racionalidad dentro del margen de fiscalización que

impone la presunción de inocencia, se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva. La suficiencia de la prueba de cargo, núcleo esencial para la desactivación del derecho a la presunción de inocencia, al evidenciarse a través de una motivación coherente y sin fisuras del Tribunal, conforma un espacio en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial, quebrantado cuando el órgano de enjuiciamiento no justifica la respuesta que se ofrece a las pretensiones de las partes. De este modo, la motivación que de la valoración de la prueba realiza el Tribunal de instancia, permite apreciar la solidez de sus conclusiones o bien su evanescencia ante unos instrumentos de prueba que pueden reflejar una realidad incompatible o aportar dudas fundadas sobre lo verdaderamente acontecido.

Como se ha explicitado en numerosas resoluciones de este Tribunal (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), "cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio". Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena>>.

3.- La sentencia impugnada, por lo que a Alexander respecta, empieza por dejar sentado que el mismo empezó a trabajar en Pescanova en el año 1970, llegando a ser nombrado director financiero de la compañía diez años después, cargo éste que desempeñó hasta su jubilación en el 2012. Se afirma también, en línea con el cargo que desempeñaba, que su función fundamental consistía *"en negociar con los bancos y conseguir dinero para Pescanova"* y se precisa que el mismo tenía cumplido conocimiento de que los documentos que en dichas operaciones se generaban (créditos documentarios, facturas cruzadas con las sociedades instrumentales, realización de neteos, ocultamiento de filiales en el perímetro de consolidación) *"no reflejaban la imagen fiel de la sociedad"*. Se destaca, igualmente, que el acusado figuraba en las memorias de las cuentas anuales 2010, 2011 y 2012, *"como personal clave de dirección de la empresa y miembro de la alta dirección"*.

Ciertamente, esas consideraciones objetivas, vinculadas al cargo que el ahora recurrente ostentaba en la mercantil, no determinarían, por sí, la responsabilidad penal del mismo, en relación con el delito de falsedad en las cuentas anuales (artículo 290 del Código Penal), incluso aunque se partiera de su activa participación en los acuerdos que proporcionaban financiación a la mercantil y aunque la Dirección General financiera que ostentaba fuera precisamente la que iniciaba *"los procedimientos de revisión y autorización de la información financiera de Pescanova"*. Para que dicha responsabilidad penal pueda sustentarse será necesario, además, verificar que la sentencia impugnada deja explicado que Alexander era conocedor de la naturaleza *"ficticia"* de las operaciones de las que la mercantil se servía para procurarse la financiación que él mismo negociaba en su nombre; que tuvo en ello relevante participación; y, en fin, que conocía que las cuentas anuales en las que dichas operaciones se volcaban distorsionaba la verdadera situación económica de la empresa, en forma idónea para causar perjuicio, en los términos exigidos por el artículo 290 del Código Penal, contribuyendo a ello de manera eficaz y voluntaria.

Y estas exigencias, a nuestro juicio, aparecen debidamente colmadas en la sentencia que aquí se impugna. Cumple transcribir al respecto, y con ello a nuestro juicio bastaría, las referencias que al acusado conciernen y que se contienen en la página 145 de la resolución impugnada, dentro del relato de hechos probados: *"[F]ue la persona que puso en contacto con la matriz tanto a los tres administradores de las doce sociedades instrumentales como al administrador de las otras dos (Word Frost y Sea Frizen), interviniendo también en la ocultación de las sociedades que la matriz dejaba fuera del perímetro de consolidación"*.

Falta saber ahora si estas afirmaciones fácticas se sustentan en pruebas practicadas de forma regular en el acto del juicio oral, cuyos resultados se alcanzan para justificarlas de forma comprensible para la generalidad. Al respecto, y por solo detenernos en la operativa que se efectuaba con las denominadas *"sociedades instrumentales"*, resulta de particular relevancia la descripción que se contiene en las páginas 395 y siguientes de la sentencia impugnada, que merece aquí ser transcrita: *"El proceso de captación de los tres administradores fue explicado con claridad y precisión en el acto del plenario por el Sr. Jose Pedro , quien relató con todo lujo de detalles que tenía una pequeña gestoría en Vigo desde 2002 para la realización de pequeños trámites, que ni tenía almacenes ni estaba relacionada con el pescado, entrando en contacto con Pescanova a finales de noviembre de 2007, a través del padre de un amigo que, a su vez, era amigo del Sr. Alexander quien, en una comida de los tres, le explicó que querían externalizar la gestión de dos sociedades "Efialtes, S.L." y "Templeton Fish, S.L." y que*

necesitaban un administrador a cambio de 400 o 500 euros mensuales, –al principio por las dos sociedades y luego por todo el resto, aunque durante los últimos años que trabajó para Pescanova, la remuneración llegó a ser de unos 1000 euros mensuales–, asegurando el Sr. Alexander que Pescanova se encargaría del negocio, de los informes de auditoría, incluidas las cuentas anuales y que él sólo firmaría y mandaría los pagarés al Sr. Sixto, encargándose la matriz de los gastos de constitución y de todo tipo de impuestos, aceptando la oferta por el hecho de venir de la empresa más importante en Vigo, en Galicia y una de las mayores de España, con solvencia, fama, seriedad e importancia de la que era imposible tener el menor resquicio de duda de que lo que pretendía al lanzar esa red de sociedades instrumentales era sólo financiarse...en abril de 2008, recibió una llamada del Sr. Taboas invitándole a comer acudiendo también el Sr. Virgilio, proponiéndole hacerse cargo de la gestión contable de otras dos sociedades con sede en Madrid; aceptada la oferta, se constituyeron "Gran Sol de Altura" S.L. y "Ventres Fish" S.L., y una sociedad inmobiliaria llamada "Sobrado Dos Montes" S.L. de la que fue nombrado administrador, continuando el Sr. Sixto mandándole las facturas, con sus precios y los códigos, las letras ya rellenadas y, como quiera que tenía que rellenar los pagarés a mano, le mandaron un informático para instalar un programa en el ordenador y una impresora que permitía imprimir los pagarés en papel continuo.

Sobre febrero o marzo de 2009, le llamó el Sr. Virgilio para invitarle a comer, acudiendo en este caso con el Sr. Juan Francisco, comunicándole ambos que estaban muy contentos con el trabajo que estaba realizando, por lo que le preguntaron si podía llevar la administración de otras tres sociedades, "Pescados Jofras" S.L., "Sieg Vigo" S.L. y "Mar de Arencos" S.L. o si podía encontrar a otro administrador, lo que determinó que se lo dijera a su empleado, Ernesto que aceptó, percibiendo por su trabajo una remuneración semejante a la suya...".

Seguidamente, la sentencia ahora impugnada explica que esta declaración, la del Sr. Jose Pedro, no solo fue totalmente ratificada por los otros dos administradores, Luis María y Ernesto, y por la documentación indicada (es decir, por la existencia de las mencionadas facturas), sino que ya en la fase de instrucción, cuando acudió al Juzgado a declarar aportó los correos que recibió del Sr. Sixto dándole instrucciones y las facturas que le remitía (tomo 39, a partir del folio 308, y tomo 24, a partir del folio 179). Y aún añade la resolución recurrida: "El Tribunal ha otorgado a la declaración prestada por el Sr. Jose Pedro, tanto en relación a los hechos propios como a los asumidos en nombre de su empleado Sr. Ernesto y de su amigo, Luis María, como acordes a la verdad y ello no solamente porque las versiones de los tres en el plenario coincidieron con las ya avanzadas en la fase de instrucción, sino porque fueron averiguadas a través de otros medios, en particular, siquiera sea de forma indirecta, por las declaraciones del Presidente, del Sr. Virgilio, del Sr. Sixto y de la documentación que a continuación se relaciona..."

Efectivamente, el propio Presidente de la compañía, Carlos Jesús, preguntado acerca del sentido y finalidad de las sociedades instrumentales que constituyeron del modo que acaba de relatarse, aunque aseguró que algunas de las ventas fueron reales, al principio, añadió también que, cuando dejaron de serlo "sirvieron para descontarlas en el banco y financiar el circulante".

En definitiva, ni tiene razón el recurrente cuando se queja de que la sentencia no explicita las fuentes informativas que le han servido para forjar sus convicciones incriminatorias respecto de Alexander, ni tampoco cuando asegura que la responsabilidad en los hechos se le atribuye sobre la magra e insuficiente base de los cargos que efectivamente ocupaba en la compañía (director financiero). Al contrario, rigurosamente explica la resolución impugnada las fuentes de prueba de las que nutre sus conclusiones y que, de forma sobrada, justifican la conclusión de que el ahora recurrente no solo conocía la existencia de la red de sociedades instrumentales creadas por Pescanova, sino también la explícita finalidad de la misma, al tiempo que contribuyó con su decisiva participación a la creación de aquélla, dando así lugar a la emisión de una cuantiosa producción de facturas sin otro objeto que el de financiar a Pescanova a corto plazo negociando las mismas con las entidades financieras.

Ya hemos explicado las razones por las que entendemos que dicha conducta no tendría encaje en el delito de estafa. Sin embargo, es evidente que la correspondiente incorporación de dichas facturas a las cuentas anuales de la empresa, desfiguraban su verdadera imagen por lo que a su situación económica se refiere, con evidente idoneidad para causar un perjuicio a terceros, en la medida en que camuflaban o venían a ocultar la importante financiación bancaria pendiente que, naturalmente, condicionaba de forma seria el porvenir y solvencia de la mercantil en la que el recurrente prestaba sus servicios como director financiero.

Nada tiene de censurable, por otra parte, que la resolución impugnada no dé cuenta del resultado completo y exacto de la totalidad de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. No nos encontramos ante un acta que documenta el desarrollo del plenario, sino ante una resolución que, naturalmente, pone el acento en aquellos elementos probatorios que permiten obtener conclusiones fundadas, más allá de toda duda razonable, acerca de las cuestiones sometidas a examen, sin que tampoco acierte quien ahora recurre a determinar qué medio probatorio en concreto o en qué aspectos vendría a cuestionar con razonable solvencia, aquellas conclusiones, tan sólidamente cimentadas.

No advertimos así ni que pueda reputarse vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la presunción de inocencia, ni tampoco que la resolución impugnada carezca de motivación bastante para justificar lo decidido.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Cooperación necesaria/Complicidad. 1.- Ya con invocación de lo prevenido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, –infracción de ley–, considera el recurrente que, en cualquier caso, su participación en el delito previsto en el artículo 290 del Código Penal, no debió serle atribuida a título de cooperador necesario, debiendo responder, a su juicio, como cómplice.

Razona al respecto, en síntesis, que el aquí acusado, conociendo el plan trazado por el Presidente de la entidad, se plegó a sus instrucciones y las llevó a término, descripción que, a juicio del recurrente, *"se corresponde con el carácter subalterno propio de un cómplice y no de un cooperador necesario, siendo un contrasentido sostener que la respuesta penal no puede ser la misma -al ser muy distinta la culpabilidad- y, sin embargo, castigar a los empleados como el Sr. Alexander como cooperadores necesarios (y, como se verá en el siguiente motivo de recurso, sin reconocerles la atenuación del art. 65.3 CP)"*.

Por otra parte, destaca quien ahora recurre que Alexander se jubiló, conforme se reconoce en la propia resolución impugnada, en el año 2012, lo que no impidió que los hechos descritos en el factum continuaran ejecutándose hasta bien entrado el año siguiente, asumiendo, tras la jubilación de aquél, sus funciones en la empresa el también acusado Sr. Jose María. De todo lo anterior, concluye la defensa del Sr. Alexander que: *"Esta idea de la "colaboración prescindible" se corresponde con el papel que la Sentencia de primera instancia (sic) atribuye a mi mandante. Esto es: la de alguien que seguía las órdenes de sus superiores y cuya jubilación no impidió que se continuaran ejecutando los hechos que han motivado la condena"*.

2.- Ya hemos señalado, en líneas generales, los criterios a los que acude la jurisprudencia, y también en muy buena parte la doctrina científica, para perimetrar los límites fronterizos entre la cooperación necesaria y la no necesaria (complicidad). Nos remitimos, con el propósito de no incurrir en dispensables reiteraciones, a lo señalado en el fundamento jurídico vigésimo segundo de la presente resolución.

A partir de los referidos criterios, no es posible compartir las consideraciones que el recurrente realiza. Es verdad que la sentencia impugnada atribuye a Carlos Jesús, Presidente de la compañía, la ideación de un plan destinado a obtener financiación a corto plazo para la empresa, obturado el acceso al crédito en condiciones más favorables y a la espera de que las importantes inversiones efectuadas por la compañía años antes ofrecieran sus frutos. Dicho plan, sin embargo, fácil es comprenderlo, 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, conforme ya se ha señalado, 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. Alexander quien, a través de un conocido, se encargó de contactar con el Sr. Jose Pedro 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. No se trató, evidentemente, de una participación sustancialmente secundaria, prescindible y de sencilla sustitución, frente a lo que, en legítimos términos defensivos, pretende quien ahora recurre.

El motivo se desestima.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Atenuación de la responsabilidad del partícipe extraño en el delito especial. Artículo 65.3 del Código Penal. 1.- Argumenta el recurrente que, en cualquier caso, debió hacerse aquí aplicación de las prevenciones contenidas en el referido precepto.

Por descontado, el delito de falsedad en las cuentas anuales, artículo 290 del Código Penal, debe ser reputado como especial, en el sentido de que presenta restringido su círculo de posibles sujetos activos: los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación. Evidentemente, no era el caso de Alexander, condenado, por eso, a título de cooperador necesario.

Sin embargo, resuelve la sentencia impugnada no hacer aplicación de la facultad que le otorga el referido artículo 65.3 del Código Penal argumentando, en sus páginas 570 a 571: *"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 (se refiere a los acusados Virgilio , Alexander , Juan Francisco , Sixto , Sebastián , Jose María , Amadeo y Vicente), 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 ".

2.- Observa, por ejemplo, nuestra sentencia número 589/2020, de 10 de noviembre, que: <<[P]artiendo de que la participación en los delitos especiales propios ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, el Código Penal contiene una específica previsión normativa, art. 65.3 del CP, que establece, con carácter general, la posibilidad de punir, como inductores o como cooperadores necesarios, a los "extraneus" que participan en el concepto indicado, en aquellos delitos, previendo la posibilidad de reducir la penalidad como lo había hecho la jurisprudencia de esta Sala... disponiendo una atenuación de análoga significación por la no condición ... del título especial del autor... que no concurre en el extraneus. La modificación del precepto en la reforma de 2010 posibilitó y aclaró las dudas que pudieran existir al respecto, ya solucionadas por la interpretación jurisprudencial del tipo penal, por otra parte lógica, toda vez que el concierto a que alude el tipo penal se refiere a personas afectadas por la específica relación o condición y a personas ajenas a esta relación para perjudicar los intereses de terceros, y aunque los primeros infringen un deber, los segundos colaboran en la conducta, previendo la ley y, antes la jurisprudencia, la posibilidad de una atenuación (vid. STS 185/2016, de 4-3). La especificación por la reforma no invalida la posibilidad de aplicación de los tipos penales especiales propios a las personas en las que no concurre el elemento especial, con la posibilidad de atenuación de la pena (STS 63/2017, de 8-2).

Es cierto que el legislador no ha impuesto con carácter imperativo la rebaja de la pena, hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo "podrán", pero la regla general solo deberá ser excluida por el tribunal, explicando de forma motivada, la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de la pena derivada de la condición de tercero del partícipe (SSTS 494/2014, de 18-6; 508/2015, de 27-7; 891/2016, de 25- 11).

En el mismo sentido, se pronunciaba también nuestra sentencia número 246/2018, de 24 de mayo, señalando que: <<En nuestra STS 400/2017 de 1 de junio recordábamos la doctrina ya expuesta en la STS 508/2015, Fundamento Centesimonoveno 2, en la que se dijo: "efectivamente nuestra jurisprudencia afirma que se trata de una facultad del Tribunal la rebaja de la pena en estos casos; igualmente hemos señalado que en principio la regla general debe ser favorable cuando se trata de no funcionarios precisamente porque no cabe predicar de los mismos la infracción de un deber especial; y que la no aplicación debe ir precedida de una motivación especial y suficiente".

3.- Fácilmente se comprenderá, en el caso, la necesidad de estimar este motivo de impugnación, cuyos efectos deberán extenderse a los demás acusados que se hallan en la misma situación que el recurrente (artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En efecto, la propia sentencia impugnada señala que, con relación a los acusados condenados en su calidad de cooperadores necesarios, resultaría posible, –en términos de regla general, como ha observado repetidamente este Tribunal–, proceder a la aplicación del mencionado artículo 65.3 del Código Penal. Sin embargo, en el caso, estima que ello no resulta procedente, en la medida en que aquéllos resultaron también condenados como coautores de un delito de estafa agravada, –que resulta ser, además, el más grave de los que conforman el concurso–, infracción penal que, evidentemente, no puede catalogarse como delito especial.

Sin embargo, habiendo quedado sin efecto la condena por el delito de estafa (y por el de falsedad en documento mercantil), es claro que el único impedimento destacado en la resolución impugnada, que desaconsejaba la aplicación del artículo 65.3 del texto penal, se desvanece, tanto respecto de este acusado recurrente como con relación a todos los otros que se hallan en la misma situación.

El motivo se estima.

1.10.- Recurso de Jose Antonio .-

TRIGÉSIMO OCTAVO.- 1.- Este recurrente resultó condenado como autor de un delito de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siéndole impuesta la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses, a razón de una cuota diaria de cincuenta euros, además de las penas accesorias correspondientes y el pago de las costas proporcionales. Fue absuelto, sin embargo, del delito de estafa que también se le imputaba.

2.- Su recurso se despliega a lo largo de hasta ocho distintos motivos de impugnación. Dos de ellos, –el primero y el quinto–, se refieren a la pretendida nulidad de los correos electrónicos incorporados como evidencias digitales al informe forense de KPMG. El segundo alude a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución española). El tercero y el séptimo conciernen a



la que considera indebida individualización de la cuantía correspondiente a la pena de multa. El motivo cuarto del recurso, invocando las previsiones del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, reputa indebidamente aplicados los artículos 390 y 392 del Código Penal. El sexto, demanda la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Y el último, se refiere a un supuesto error en la valoración de la prueba, articulado por el cauce que ofrece el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TRIGÉSIMO NOVENO.- 1.- El ahora recurrente, Jose Antonio , según deja sentado la resolución ahora impugnada, era el administrador de las empresas World Frost y Seafrizen. En el relato de hechos probados, páginas 171 y 172, se señala, en síntesis, con relación al mismo, que trabajó en el sector bancario desde el año 1976 hasta el 2006, dedicándose después a actividades empresariales y, en particular, al negocio de la venta de pescado, razón por la cual entró en contacto con Pescanova, actualizando la antigua relación que ya mantenía con su director financiero, don Alexander . Llegó con éste al acuerdo de constituir las sociedades World Frost, S.L. y Seafrizen, S.L., en las que figuraría como administrador, efectuando sucesivas operaciones de compraventa de pescado con Pescanova, en las que, como en el caso de las otras sociedades instrumentales, –cuyos administradores resultaron absueltos–, la mercancía facturada no llegaba a entregarse, teniendo como único propósito que Pescanova pudiera negociar dichos documentos con las correspondientes entidades financieras, todo ello, a cambio, de una remuneración más sustanciosa que la obtenida por el resto de los administradores de las sociedades instrumentales, que realizaban con Pescanova el mismo tipo de operaciones.

También se declara probado que participó *"en sacar a la sociedad filial de Pescanova, llamada Eripel, del perímetro del grupo al final de los ejercicios fiscales, con la posibilidad por parte de la sociedad matriz de recomprarla a principios del ejercicio siguiente"*.

La razón por la que el mismo, a diferencia del resto de los administradores de las denominadas sociedades instrumentales, resultó condenado hay que buscarla en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida. Así, al folio 490, puede leerse: *"Es decir, la primera fase, formada por la ideación de las formas ilegales de financiación llevadas a cabo por el Sr. Alexander , en primer lugar, con sus contactos con el Sr. Jose Pedro , su empleado Sr. Ernesto y su amigo, Luis María y, en segundo lugar, con el Sr. Jose Antonio y la creación ficticia de una serie de operaciones comerciales de compraventa; operaciones que traducidas legalmente serían constitutivas de un delito de falsedad en documento mercantil cometido por particulares, del artículo 392 en relación con el 390, ambos del Código Penal "*.

Posteriormente, ya en su fundamento jurídico décimo (páginas 513 y siguientes), la sentencia aquí impugnada vuelve a relatar las actuaciones susceptibles de ser calificadas al amparo de los mencionados preceptos, distinguiendo entre las realizadas con las otras doce sociedades instrumentales (administradas por tres acusados que resultaron absueltos) de las que tuvieron lugar con las dos que gestionaba el ahora recurrente, que se califican como *"operaciones similares"*. El razonamiento sustancial que determina la condena del ahora recurrente radica en la consideración de que, mientras no se reputa acreditado que los administradores de las otras doce sociedades conocieran que la facturación que se cruzaban con Pescanova no se correspondía con *"operaciones reales"* de compraventa de pescado, en la medida en que todo se gestionaba desde y por la sociedad matriz, por lo que respecta a Jose Antonio , se juzga probado, en cambio, que el mismo sí conocía la inexistencia de la entrega material del pescado vendido y que, en definitiva, se trataba de un negocio orientado a que Pescanova pudiera obtener financiación por el método ya tantas veces referido.

Para sustentar este aserto, la sentencia impugnada toma en consideración el contenido de hasta tres de los correos electrónicos incluidos entre las evidencias digitales, también repetidamente mencionadas. Uno primero, redactado por el propio recurrente y enviado al Sr. Alexander , en el que se relacionaban los puntos que debían regir el acuerdo. Otro en el que les comunicaba, ahora tanto al Sr. Alexander como al Sr. Virgilio , la efectiva constitución de la sociedad World Frost, y el último, fechado el 23 de diciembre de 2008, en el que el ahora recurrente comunicaba al jefe de contabilidad de Pescanova las condiciones y compromisos del acuerdo.

2.- En todo caso, condenado este recurrente tan solo como autor de un delito de falsedad en documento mercantil, y habiendo quedado ya establecido que las conductas materializadas sobre las facturas y documentos equivalentes no se alcanzan para conformar las exigencias típicas de esta figura delictiva, en la medida en que los documentos referidos no tenían otro objeto, conforme la propia sentencia impugnada proclama, que el de ser empleados para negociarlos con las entidades bancarias y obtener así la financiación requerida, sin que llegaran nunca a afectar de otro modo, ni estar predispuestos para afectar, al tráfico jurídico, habida cuenta de que ninguna circulación se proyectaba de los mismos distinta a la señalada y cuyo contenido material las propias entidades bancarias nunca tuvieron en consideración, sin entenderse ni dirigirse nunca a las empresas instrumentales, limitándose a adelantar el importe a Pescanova, previo el correspondiente descuento, y recuperar después lo adelantado también de la propia Pescanova, es claro que el presente recurso



debe, por identidad de razón, resultar estimado. Nos remitimos, más en extenso, a los razonamientos que al respecto se contienen en el fundamento jurídico tercero de esta resolución.

1.11.- Recurso de Sixto .-

CUADRAGÉSIMO.- 1.- El ahora recurrente resultó absuelto del delito de falseamiento de información económica y financiera (artículo 282 bis del Código Penal) y condenado, en cambio, como autor de sendos delitos, en relación de concurso medial, de falsedad en documento mercantil, estafa agravada y falseamiento de cuentas anuales.

2.- Se trata del jefe de contabilidad de Pescanova, trabajando, tal y como la sentencia recurrida proclama, bajo las órdenes directas del Sr. Virgilio . Su recurso se articula sobre la base de hasta diez motivos de impugnación, una buena parte de los cuales han recibido respuesta a lo largo de esta resolución y aconsejarán, por eso, remitirnos a lo que hasta aquí va dicho. Analizaremos esos en primer lugar.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Motivos que ya han recibido respuesta en otros recursos analizados previamente.- 1.- La primera queja del ahora recurrente se refiere a la pretendida vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), habiéndosele causado indefensión, habida cuenta, según sostiene, que los hechos que determinaron a la postre la condena como autor de un delito de estafa no le fueron referidos en su primera declaración prestada en la fase de instrucción, no pudiendo declarar entonces sobre estos hechos, ni solicitar tampoco las diligencias que considerase más conducentes para su mejor defensa.

Absuelto, como va a serlo, por las razones ya repetidamente expresadas en esta resolución, del delito de estafa (fundamento jurídico cuarto) el motivo ha de reputarse ahora carente de objeto. Lo mismo puede decirse del motivo octavo del recurso, por infracción de ley, que reputa indebidamente aplicados los artículos 248 y 250 del Código Penal.

2.- En el motivo noveno del presente recurso, interpuesto también por infracción de ley, se consideran indebidamente aplicados los artículos 390 y 392 del Código Penal. Como quiera que será también absuelto este acusado del delito de falsedad en documento mercantil, sobre la base de las consideraciones ya expresadas en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, únicamente es dable ahora remitirnos a lo establecido en el mismo.

3.- En el noveno motivo de impugnación, se reputan indebidamente inaplicadas las previsiones que se contienen en el artículo 21.6 del Código Penal (dilaciones indebidas y excesivas). Coincide enteramente la queja con lo ya resuelto con motivo de otros recursos, fundamento jurídico decimoprimer. A lo allí resuelto deberemos estar ahora.

4.- Finalmente, en el décimo y último motivo de casación, rechaza este recurrente que se le imponga la obligación de indemnizar solidariamente con los demás condenados a los perjudicados por el delito de estafa, y se queja también de que se le impongan obligaciones de resarcimiento a los inversores, cuyos perjuicios derivarían, conforme la propia sentencia impugnada establece, del delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, del que resultó absuelto.

Estimándose su recurso por lo que respecta al delito de estafa, y siendo absuelto del mismo, quedan sin contenido sus protestas referidas a la responsabilidad civil derivada de esta infracción. Por lo que concierne a los que la sentencia impugnada considera como perjudicados por el delito previsto en el artículo 282 bis, infracción de la que el ahora recurrente resultó absuelto, el motivo se estima, de acuerdo con lo ya explicado en el fundamento jurídico trigésimo tercero de esta resolución.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- Validez de las "evidencias digitales".- 1.- El segundo motivo del recurso, articulado por el cauce que ofrece el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la nulidad de las evidencias digitales contenidas en el informe de KPMG, destacando que Sixto , frente a lo exigido en la decisión que acordó su práctica, no prestó consentimiento a la fiscalización del terminal utilizado por él. Destaca, además, que también los expertos accedieron al *"buzón general para todos los usuarios, sin expreso consentimiento de persona alguna"*. Al mismo tiempo, insiste en que tampoco con respecto a los empleados o directivos que sí prestaron el consentimiento a que sus terminales fueran revisadas, dicho consentimiento sería válido en la medida en que el Juzgado instructor había ordenado ya la remisión del informe pericial elaborado por KPMG a su finalización, sin que los interesados fueran oportunamente advertidos de ello.

Además, considera este recurrente que el resto de las pruebas a las que se refiere la sentencia impugnada, particularmente las declaraciones testificales de los administradores de las sociedades instrumentales y el contenido de los correos electrónicos en los que figuraban, como emisores o receptores, otros empleados o directivos que sí habían prestado el consentimiento a la inspección, en ningún caso podrían desvincularse

de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, derivando directa o indirectamente de ellas, y, en consecuencia, también deberían reputarse nulas, conforme lo impone el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Ya en el fundamento jurídico trigésimo de la presente resolución dejamos expuestas las razones por las que, coincidiendo con el criterio expresado en la resolución que aquí se impugna, resultaba preciso concluir en la validez de las denominadas "*evidencias digitales*" que fueron obtenidas, en las condiciones y circunstancias que allí se explican, con el consentimiento expreso de los empleados o directivos de la empresa, tanto si los mismos aparecieran como emisores o como receptores de los correspondientes correos electrónicos que se hallaban en sus terminales. Lo mismo cabe añadir respecto de los obtenidos del denominado por el recurrente "*buzón general para todos los usuarios*", al que, en consecuencia, también los interesados que prestaron su consentimiento a la revisión o fiscalización de sus terminales podían acceder.

No puede, en cambio, mantenerse lo mismo con relación a los documentos de terminales correspondientes a empleados que, como el aquí recurrente, no prestaron, –no fueron requeridos para ello–, el correspondiente consentimiento, sin perjuicio, ya se ha dicho, de los que, por haber sido enviados o recibidos por quienes sí asintieron, se hallaban disponibles para éstos. En este caso, en el de los trabajadores que no prestaron consentimiento a la revisión de sus terminales, y partiendo de que ninguna advertencia u observación previa se les había realizado por la empresa acerca de la posibilidad de acceder al contenido de los mismos, sí puede sostenerse, con razón, que se quebrantó una expectativa legítima de intimidad y, en consecuencia, proclamarse la nulidad de lo así obtenido.

En realidad, la sentencia impugnada no termina de pronunciarse, –no, al menos, de manera asertiva o inequívoca–, acerca de la validez o utilidad de estas concretas evidencias digitales, las obtenidas de los terminales de los trabajadores que no prestaron consentimiento y en las que no aparecieran ni como emisor ni como destinatario ninguno de los que sí lo hicieron, limitándose a señalar que, en cualquier caso, se ha dispuesto de otras pruebas, independientes o desvinculadas de aquéllas, que vendrían a acreditar por sí mismas los hechos que se declaran como probados.

Opone a este razonamiento quien ahora recurre, en particular por lo que respecta al testimonio prestado por los administradores de las, tan citadas, sociedades instrumentales, que solo a partir de las evidencias digitales obtenidas, llegó a tenerse conocimiento de su eventual participación en los hechos, prestando éstos posteriormente declaración en su condición de coacusados, declaración animada por un natural propósito defensivo.

Dicho razonamiento no puede ser compartido por este Tribunal. En primer lugar, porque la existencia de las referidas sociedades instrumentales resultaba ya de los correos cuya validez se ha declarado (es decir, aquellos en los que, como remitentes o destinatarios figuraba alguno de los empleados o directivos que prestaron consentimiento a la revisión de sus terminales). Y, en segundo término, porque, en cualquier caso, la existencia de dichas sociedades y sus relaciones con Pescanova resultaban con toda evidencia de la propia contabilidad analizada por el forense, de modo tal que, aun prescindiendo del contenido de los correos electrónicos, nos hallaríamos frente a lo que ha venido considerándose como hallazgo inevitable. Sirva recordar, en este sentido, lo señalado al respecto en nuestra reciente sentencia número 184/2022, de 24 de febrero, en la que puede leerse, por lo que ahora importa: <<También se ha dicho por esta Sala que la llamada doctrina del "*fruit of the poisonous tree*" (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del "*inevitable discovery*" (descubrimiento inevitable). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, "*conexión de antijuricidad*", que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera dado, no es el resultado de esa condición (SSTS 69/2013, de 31-1; 912/2013, de 4-12; y 963/2013, de 18- 12)>>.

Cuestión distinta, naturalmente, será el valor probatorio que pueda otorgarse a las declaraciones prestadas, en su condición de coacusados, finalmente absueltos, por los administradores de las tan referidas sociedades instrumentales, aspecto del que habremos de ocuparnos al resolver los siguientes motivos de recurso.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- Presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.- 1.- El tercer y cuarto motivo de casación del presente recurso, denuncian la vulneración de derechos fundamentales, por el cauce que ofrece el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretando, para el orden jurisdiccional penal, las previsiones expresadas en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el primero de ellos se alude a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia; y, en el segundo, se reprocha que la sentencia impugnada carece de razones bastantes que justifiquen la decisión de condena, apareciendo así el pronunciamiento carente de la indispensable justificación, quebrantándose con ello el derecho a la tutela judicial efectiva.

Argumenta el recurrente que el Sr. Sixto, jefe de contabilidad de Pescanova, trabajaba, tal y como se afirma en la sentencia impugnada, bajo el mando del Sr. Virgilio, de quien recibía instrucciones. Por eso, ninguna participación habría tenido en la confección de las cuentas anuales, careciendo de todo soporte probatorio su condena, como cooperador necesario, de un delito de los previstos en el artículo 290 del Código Penal. De hecho, añade el recurrente, *"pese a que en varios pasajes de la sentencia se hacen referencias genéricas a que las CCAA de la matriz eran confeccionadas por los responsables del departamento de administración, no se ha desplegado actividad probatoria que acredite tal aserto, ni mucho menos que el Sr. Sixto participase en su confección"*.

Así, viene a sostener la impugnación que en la contabilidad de Pescanova quedaban correctamente asentadas las operaciones efectuadas por la mercantil, produciéndose las distorsiones en la fase de consolidación, ajena a las funciones del ahora recurrente, con la realización de ajustes que le resultaban por entero desconocidos y trascendían a su control.

En suma, afirma la parte quejosa que: *"lo cierto es que de las propias conclusiones de la sentencia no puede inferirse de forma lógica y racional que D. Arsenio hubiese tenido conocimiento de que estas operaciones escondiesen una financiación irregular, limitándose a recogerlas en los libros de contabilidad (Diario y Mayor) de la compañía a través de la cuenta NUM002 cuya existencia la propia sentencia reconoce en varios de sus pasajes"*. Y añade: *"solo desde el conocimiento de que estas operaciones triangulares, a través de CCDD no eran reales y por tanto formaban parte de una financiación irregular, podría afirmarse que éstos eran en realidad un pasivo y que se encontraban mal asentados en la contabilidad"*.

2.- Aunque el anterior razonamiento en abstracto pudiera ser compartible, lo cierto es que el conocimiento que el recurrente niega tener resulta, como la propia parte se ve forzada a admitir, de las declaraciones prestadas en el acto del juicio por el Sr. Jose Pedro, con apoyo en los documentos que el mismo aportó a la causa. Efectivamente, la sentencia aquí impugnada, observa al respecto, en sus páginas 402 y siguientes, que: *"La documental aportada por el Sr. Jose Pedro, que acredita la versión prestada por los tres administradores, está formada por los cuatro tipos de evidencias que se indican a continuación y que se desglosan cada una de ellas en los subapartados que después se indican:*

1º.- *La aportación de las facturas de venta de pescado que Pescanova elaboraba y le remitía a través del departamento de administración y, más en concreto, a través de su jefe de contabilidad para su posterior envío al Sr. Jose Pedro, demostrativas de que era la matriz la que dirigía y organizaba la venta y la compra de distintos productos elaborados de Pescanova entre unas y otras sociedades.*

2º.- *Los correos escritos por Sixto dándole instrucciones sobre determinados aspectos, tales como rellenar los pagarés, conciliaciones, cancelaciones de sociedades o anulación de operaciones.... "*

Igualmente, la sentencia ahora impugnada se refiere a los correos en los que el Sr. Jose Pedro indicaba al jefe de contabilidad, ahora recurrente, que ya podían recoger los pagarés que estaban firmados o se alude también a correos en los que era el propio jefe de contabilidad el que *"le daba órdenes para coordinar los importes de las facturas con los pagos, dar de baja alguna entidad, ratificar los datos ya elaborados por la auditoría y los que tenían por objeto conciliar las operaciones entre las sociedades"*, describiéndose después el contenido, elocuente, de los referidos correos, contenido que impide, en términos de razonabilidad, considerar, frente a lo que el ahora recurrente persigue, que Sixto desconociera el sentido y finalidad de las relaciones existentes entre Pescanova y las sociedades instrumentales que el Sr. Jose Pedro administraba. Cierto que los documentos resultantes de dichas operaciones se trasladaban, sin mutaciones sustanciales, a la contabilidad de Pescanova. Pero la cuestión relevante aquí es que, precisamente los mismos, con conocimiento pleno del ahora acusado, tenían por finalidad obtener la financiación deseada para acabar reflejando, finalmente, en las cuentas anuales de la empresa, la realización de deudas y créditos puramente comerciales, que ocultaran su verdadera finalidad y sentido económico (la obtención por parte de Pescanova de sucesivos créditos bancarios que, de este modo, se ocultaban al conocimiento de terceros, desfigurando la imagen fiel de la mercantil). Y todo esto se realizó no solo con el conocimiento del ahora recurrente, sino también con su activa participación en la gestión ordinaria de dichas operaciones, como vendrían a justificar el testimonio del Sr. Jose Pedro y la documentación que éste aportó, sobre cuyo rendimiento probatorio alcanzó el Tribunal de instancia, conclusiones que solo podemos reputar aquí como plenamente razonables y obstativas a cualquier otra alternativa siquiera seriamente probable.

3.- Objeta también quien ahora recurre, en el marco de estos mismos razonamientos impugnatorios, que *"Las declaraciones de estos tres acusados, cuyo portavoz fue el Sr. Jose Pedro, son espurias y con ánimo exculpatorio y como tales carecen de valor probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia"*.

Ciertamente, el Sr. Jose Pedro afirmó también que D. Sixto había estado, al menos, en una reunión con él, reunión en la que se decidió la constitución de alguna o algunas de las últimas sociedades, así como que era éste quien le daba instrucciones acerca del modo en que debían cubrirse los pagarés que suponían el medio de pago de las operaciones tan referidas. Declaraciones de un coacusado que, según el recurrente afirma, no tendrían otro objetivo, desde el inicio de la instrucción, que el de obtener *"el rédito procesal que finalmente han obtenido"*.

Lo mismo este Tribunal Supremo que el Tribunal Constitucional han tenido múltiples oportunidades de valorar la eficacia probatoria de las declaraciones prestadas por un coacusado y su aptitud para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Así, entre las más recientes, aborda la cuestión nuestra sentencia número 690/2022, de 7 de julio, recordando sobre este particular: <<Por lo que respecta a la aptitud de la declaración de los coacusados a los efectos de enervar la presunción de inocencia, también hemos tenido muy recientemente oportunidad de compendiar el estado de la cuestión al respecto, en nuestra sentencia número 449/2022, de 9 de mayo, que se refiere, a su vez, a la número 853/2021, de 10 de noviembre....

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 258/2006, de 11 septiembre (con cita de la Sentencia 160/2006, de 22 de mayo) decía: "Tal como se puso de manifiesto en dichos pronunciamientos [contenidos en las SSTC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 2, y 233/2002, de 9 de diciembre, F. 3], cabe distinguir una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, F. 4; 98/1990, de 24 de mayo, F. 2; 50/1992, de 2 de abril, F. 3; y 51/1995, de 23 de febrero, F. 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del artículo 117.3 de la Constitución Española.

Un punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997, de 29 de agosto, F. 6; 49/1998, de 2 de marzo, F. 5; y 115/1998, de 1 de junio, F. 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 de la CE), ya mantuvo que las declaraciones inculpativas de los coimputados carecían de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

Un nuevo paso se da en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FF. 5 y 32, respectivamente, en las que el Pleno del Tribunal clarificó que la exigencia de corroboración se concretaba en dos ideas: por una parte, que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada a este Tribunal, sino mínima; y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (ideas que fueron reiterándose en las SSTC 76/2001, de 26 de marzo, F. 4; 182/2001, de 17 de agosto, F. 6; 57/2002, de 11 de marzo, F. 4; 68/2002, de 21 de marzo, F. 6; 70/2002, de 3 de abril, F. 11; 125/2002, de 20 de mayo, F. 3, y 155/2002, de 22 de junio, F. 11).

Esta jurisprudencia fue perfilándose con muy diversos elementos que, aunque hoy ya están asentados en la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, y sólo entre las últimas, SSTC 55/2005, de 14 de marzo, F. 1, o 312/2005, de 12 de diciembre, F. 1), sin embargo, son el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes. Así, la STC 72/2001, de 26 de marzo, F. 5, vino a consolidar que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado. La STC 181/2002, de 14 de octubre, F. 4, estableció que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal de revisión son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena. La STC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 4, determinó que es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. La STC 233/2002, de 9 de diciembre, F. 4, precisó que los diferentes elementos de

credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración, por lo que sólo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia. Las SSTC 17/2004, de 23 de febrero, F. 5, y 30/2005, de 14 de febrero, F. 6, especificaron que el control respecto de la existencia de corroboración al menos mínima ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurran excepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado. Y, por último, las SSTC 55/2005, de 14 de marzo, F. 5, y 165/2005, de 20 de junio, F. 15, descartaron que la futilidad del testimonio de descargo del acusado pueda ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos. En parecidos términos se expresa la STC 125/2009, de 18 mayo.

En el mismo sentido, esta Sala de casación ha recogido con reiteración (SSTS 60/2012, de 8 de febrero; 84/2010, de 18 de febrero; o 1290/2009, de 23 de diciembre, entre otras) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio.

Sin embargo, hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable, y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene (STC 115/1998, 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre).

En todo caso, nuestra Jurisprudencia ha ido otorgando un valor creciente a las pautas objetivas de valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado, expresando (SSTS 763/2013, de 14 de octubre; 679/2013, de 25 de septiembre; 558/2013, de 1 de julio; 248/2012, de 12 de abril o 1168/2010, de 28 de diciembre, entre muchas otras) que la operatividad de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia - cuando sea prueba única- podía concretarse en las siguientes reglas:

- a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.
- c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado.

En lo que hace referencia a cuándo debe considerarse mínimamente corroborado el contenido de la declaración del coimputado que inculpa, en orden a enervar el derecho a la presunción de inocencia de un acusado y respecto de una acusación concreta, la jurisprudencia de esta Sala refleja que para ello deben aportarse hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.

Pero hemos concretado que una visión respetuosa con el núcleo esencial del derecho constitucional afectado no pasa por que la demostración de veracidad se proyecte sobre cualquier extremo del relato sometido a análisis, sino sobre un punto de la declaración que esté específica y directamente relacionado con los hechos punibles. Dicho de otro modo, por más que la corroboración objetiva no alcance la plenitud de la tesis acusatoria, esto es, de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que pretende aplicarse, así como de la participación que pudiera tener en ellos el acusado, pues en tal coyuntura nos encontraríamos con la adecuada y perfecta aportación de un cuadro probatorio que sostiene la declaración de responsabilidad, sí que es preciso que se justifique fría e impersonalmente que la veracidad de las afirmaciones del coimputado se cernía sobre el pasaje específico de atribución de responsabilidad, lo que exige la acreditación de alguno de

los extremos esenciales relativos a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado (STC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 4; o STS 675/2017, de 16 de octubre)".

También en este caso, dos aspectos de dicha doctrina, sólidamente asentada ya en nuestra jurisprudencia, merecen aquí ser especialmente destacados, a saber: i) La sola declaración del coimputado, únicamente se alcanzará para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuando aquella aparezca corroborada objetivamente, no en cualquiera de sus extremos (por ejemplo, efectiva producción del hecho justiciable), sino en relación con aquellos que trata concretamente de justificar (en nuestro caso, la participación en los mismos del ahora recurrente); ii) dichos elementos de corroboración no equivalen a la exigencia de prueba plena. Si así fuera, es decir, si la participación del acusado en los hechos que se le atribuyen apareciese suficientemente probada por aquel elemento externo corroborador, la condena estaría justificada incluso prescindiendo de la declaración del coacusado que, en cualquier caso, no sería la prueba única>>.

4.- Partiendo de las consideraciones anteriores, y en el ejercicio de la función que nos corresponde en sede de casación con respecto a la observancia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya precisadas en otros pasajes de la presente resolución, el hecho cierto es que el propio Presidente de la compañía, Carlos Jesús , vino a reconocer, en sustancia, el contenido y finalidad de las operaciones realizadas con las empresas instrumentales, cuya existencia misma no tenía más fundamento esencial que el de procurar a Pescanova la documentación necesaria para negociarla en los bancos en pos de obtener la indispensable financiación a corto plazo, tal y como repetidamente se ha explicado. En este contexto, Jose Pedro no solo asegura que se entendía ordinariamente para recibir las oportunas instrucciones de Pescanova con su jefe de contabilidad, el ahora recurrente, sino que afirma también que el mismo asistió a una de las reuniones concertadas, precisamente con el propósito de proceder a la creación de nuevas sociedades instrumentales con esa misma finalidad. Y para corroborar la veracidad de su relato aporta un conjunto de comunicaciones mantenidas con el propio Sixto , comunicaciones que el recurrente impugna, no tanto por cuestionar su veracidad, sino oponiendo a cada una, considerada aisladamente, una pretendida explicación exculpatoria.

Lo indudable es que, --frente a lo pretendido por el ahora recurrente--, ninguna finalidad espuria atendible podría estar impulsando el testimonio de Jose Pedro , ninguna ventaja identificable podría obtener señalando al ahora recurrente como una de las personas de las que recibía ordinariamente instrucciones. No se advierte motivo alguno para que asegurara, de no ser cierto, que el mismo estuvo, incluso, presente en una de las reuniones mantenidas con el propósito de incrementar el número de sociedades instrumentales de las que Pescanova, conforme vino a admitir su Presidente, se venía sirviendo, tal y como aparece también cumplidamente acreditado por la documentación contable de la mercantil, debidamente peritada y que, incuestionablemente, pasaba por las manos del ahora recurrente, como el mismo ha venido a reconocer (aunque negando que tuviera conocimiento de la falta de correspondencia de las facturas procedentes de dichas sociedades instrumentales y la realidad negocial que aparentaban evidenciar).

En consecuencia, consideramos que la valoración probatoria que se efectúa en la resolución impugnada aparece como sólidamente fundada, habiendo existido prueba de cargo válida, regular y suficiente para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del ahora recurrente. Se acomoda a las reglas ordinarias de la sana crítica, sin que se advierta en dicha valoración error alguno y sin que la misma deje espacio para cualquier otra alternativa, igual o parecidamente probable, cimentando el relato de los hechos que se declaran como probados, más allá de cualquier duda razonable.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- El delito de falsedad en las cuentas anuales. Complicidad- 1.- Desde la perspectiva ahora de una pretendida infracción de ley (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), considera quien recurre, en el quinto motivo de su impugnación, que habría resultado aquí indebidamente aplicado el artículo 290 del Código Penal destacando, en sustancia, que el autor del mencionado ilícito penal únicamente puede ser el administrador de hecho o de derecho de la mercantil y no, desde luego, quien realiza materialmente los apuntes, citando al respecto la doctrina sentada en nuestra sentencia número 760/2015, de 3 de diciembre.

Insiste, además, quien ahora recurre en que el mismo 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.

2.- No cabe duda, ciertamente, de que no concurrían en el acusado, recurrente ahora, las condiciones o cualidades exigidas por el precepto indicado para que éste pudiera ser considerado autor del mismo. No se trata del administrador, ni de hecho ni de derecho, de la compañía Pescanova. Y es lo cierto que su función

consistía, tal y como resulta del relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, en desempeñar la jefatura de contabilidad de la mercantil.

Sin embargo, a partir de lo que hasta aquí va dicho, no puede negarse, con razón, que el acusado contribuyó de modo muy relevante a la creación de las sociedades instrumentales, ya tantas veces referidas, impartiendo incluso instrucciones concretas a sus administradores, siempre con el propósito de procurarse, conforme al plan diseñado, la documentación necesaria para obtener financiación bancaria, sin que la misma quedara, además, reflejada en tal concepto en las cuentas sociales (a las que, como no podía ser de otro modo, se volcaba, en lo sustancial, el conjunto de las operaciones contabilizadas), dando así lugar a la proyección de una imagen distorsionada acerca de la verdadera situación económica y financiera de la sociedad. Lo hacía, como ya se ha señalado, con pleno conocimiento de la finalidad y sentido de las operaciones contabilizadas en relación con las sociedades instrumentales, a las que instruía sobre la forma más idónea de conseguir la finalidad pretendida, de modo tal que sin su actuación la falsedad de las cuentas anuales, que ciertamente no confeccionaba por sí, no hubiera sido factible.

3.- Dentro de este mismo motivo de queja, argumenta el recurrente que, en cualquier caso, la responsabilidad del acusado no debió traspasar los límites de la complicidad, habida cuenta de que el mismo habría protagonizado una conducta meramente auxiliar, por orden de sus superiores y siempre bajo la supervisión y fiscalización de los mismos.

4.- Tampoco en este aspecto podemos participar del punto de vista del recurrente. Hemos observado ya 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. Virgilio. 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. Cuestión distinta es que, llegado el momento de proceder a la individualización de la pena, pudiera ser tomada en cuenta su posición no principal en el organigrama de Pescanova.

El motivo se desestima.

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- 1.- Finalmente, considera quien ahora recurre indebidamente inaplicable el artículo 65.3 del Código Penal.

2.- El motivo se estima por idénticas razones a las reflejadas en el fundamento jurídico trigésimo séptimo de esta resolución, a cuyo contenido nos remitimos.

1.12.- Recurso de Amadeo .-

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- 1.- La sentencia ahora impugnada condena a este recurrente como autor de un delito de estafa agravada, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena de dos años de prisión y multa, accesorias, y costas proporcionales. Fue absuelto, en cambio, del delito de falsedad en documento mercantil, que también se le imputaba.

Amadeo trabaja en el departamento financiero de Pescanova, estando encargado de la tesorería (pagos y cobros), a las órdenes del también acusado Sr. Alexander .

Se estructura su recurso sobre la base de siete motivos de impugnación. Hace propias, en el primero, las quejas mantenidas por otros recurrentes acerca de la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de ciertos medios probatorios (evidencias digitales), destacando, además, que fue precisamente la defensa de este recurrente quien ya planteó esta objeción como cuestión previa y que, desde luego, el mismo no se encontraba entre los trabajadores o directivos de la empresa que prestaron su consentimiento a la fiscalización de los terminales. Censura también que se habría vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia, y reprocha que la sentencia impugnada carece de motivación bastante por lo que a su condena respecta. Ya en el cuarto motivo de impugnación, éste canalizado por la vía que contempla el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, –infracción de ley–, considera que habrían sido aplicados indebidamente los artículos 248 y 250 del Código Penal, así como también, en el motivo quinto, planteado con carácter subsidiario, que, en todo caso, este acusado no sería autor del delito sino cómplice o cooperador necesario y que, de cualquier forma, debería hacerse aplicación de las prevenciones contempladas en el artículo 65.3



del Código Penal (pese a que su condena lo ha sido exclusivamente por la comisión de un delito de estafa que, evidentemente, no constituye un delito especial). El sexto motivo de impugnación demanda, como lo hicieran también otros varios recurrentes, la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (artículo 21.6 del Código Penal). Y, finalmente, en el motivo séptimo, impugna los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil.

2.- Considera probado la sentencia impugnada que Amadeo comenzó a trabajar en Pescanova en el año 1974, como auxiliar administrativo, pasando luego a prestar sus servicios en el departamento financiero, dirigido por el Sr. Alexander , siendo el encargado de la tesorería (pagos y cobros). Se le atribuye un conocimiento directo, *"por razón de su cargo"*, de la situación deficitaria de la sociedad *"llevando a cabo cuantas actividades le encargó el director del departamento, Sr. Alexander , o incluso el Presidente para conseguir financiación de los bancos, sobre la base de operaciones contractuales inexistentes, firmando algunos de los contratos que después eran ratificados por el Presidente de la entidad"* .

3.- Fácilmente se comprenderá que, habiéndose dejado sentado que las conductas descritas no resultan constitutivas de un delito de estafa, únicamente cabe aquí la estimación del presente recurso, sin necesidad de profundizar en sus concretos motivos de impugnación, debiendo tenerse ahora por reproducidas las consideraciones que ya dejamos expuestas en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución.

1.13.- Recurso de Jose María .-

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- 1.- Jose María fue condenado en la sentencia recaída en la instancia por la comisión de sendos delitos, todos ellos en relación de concurso medial, de falsedad en documento mercantil, estafa agravada y falsedad de cuentas anuales. Resultó absuelto, en cambio, del delito de falseamiento de información económica y financiera (artículo 282 bis del Código Penal), que también se le imputaba.

Su recurso se compone de hasta diecisiete motivos de impugnación. En los dos primeros, objeta que se habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, desatendiéndose las exigencias del principio acusatorio, en la medida en que no habría sido acusado por las falsedades advertidas en las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2009, ni tampoco con relación a las cuentas de la mercantil Pescafin. En el motivo tercero, y en íntima relación con los dos anteriores, denuncia la que considera falta de concreción en los hechos que las acusaciones le atribuían en relación también con el delito previsto en el artículo 290 del Código Penal. Y en el cuarto, se queja de esa misma carencia, pero ahora con relación al delito de estafa por el que también resultó condenado.

En el quinto motivo de impugnación se argumenta que una parte sustancial de las pruebas de cargo (nuevamente las evidencias digitales incorporadas al informe forense de KPMG) se habrían obtenido con vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia, deben reputarse nulas.

En los motivos de casación sexto, séptimo y octavo, se considera vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia, con referencia, respectivamente, a los delitos de falsedad en documento mercantil, estafa y falsedad en las cuentas anuales. Los tres siguientes motivos, del noveno al decimoprimer, discurren acerca de la indebida aplicación, --infracción de ley--, de los preceptos que describen las tres conductas ilícitas referidas (falsedad en documento mercantil, estafa, y falsedad en las cuentas anuales).

En el motivo decimosegundo sostiene que no se habría acreditado que tuviera el dominio funcional con relación a los hechos que se le atribuyen. Y en el motivo siguiente, considera que, a lo sumo, debería haber sido condenado como cooperador necesario o cómplice; y, en cualquier caso, con aplicación de las prevenciones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal, lo que desarrolla, en particular por lo que concierne al delito de falsedad de las cuentas anuales, en los motivos decimocuarto y decimoquinto.

Su siguiente queja se refiere a la que considera indebida falta de aplicación del artículo 21.6 (dilaciones indebidas y extraordinarias).

Cierra su recurso el motivo decimoséptimo, que tiene por objeto la impugnación de determinados pronunciamientos en materia de responsabilidad civil.

2.- Nuevamente, debemos remitirnos aquí a lo ya señalado en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la presente resolución por lo que respecta a la inexistencia de los delitos de falsedad en documento mercantil (artículos 390 y 392 del Código Penal) y estafa agravada (artículos 248 y 250), estimándose el recurso por lo que a dichas imputaciones respecta.

Igualmente, habremos de tener por reproducidas las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico decimoprimer de esta sentencia por lo que concierne a la aplicación de la atenuante simple de dilaciones indebidas. Con estimación del motivo.



También se reproducen las consideraciones, contenidas ahora en el fundamento jurídico trigésimo de esta sentencia, en lo relativo a la validez de las pruebas consistentes en la incorporación de los correos electrónicos (evidencias digitales), cuya nulidad se pretendía en el motivo quinto del presente recurso. Con desestimación del motivo.

Y en cuanto a lo relativo a los pronunciamientos que afectan a la responsabilidad civil, reproducimos también, por identidad de razón, las consideraciones que ya dejamos efectuadas en el fundamento jurídico trigésimo tercero de esta sentencia. Con estimación del motivo.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- Tutela judicial efectiva. Denunciada vulneración de las exigencias derivadas del principio acusatorio.- 1.- En sus dos primeros motivos de queja, denuncia quien ahora recurre que habría sido vulnerado el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, habiendo sido desatendidas las exigencias del principio acusatorio, de modo tal que el acusado no habría tenido cabal conocimiento de los concretos hechos que se le imputaban, no pudiendo ejercitar su derecho de defensa, de un modo verdaderamente eficaz.

En el primero de ellos, se refiere, en particular, a las responsabilidades que le resultaron impuestas como consecuencia del falseamiento de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2009, respecto de las cuales, afirma, no se abrió el juicio oral. Explícitamente se refiere la sentencia impugnada, en su página 539, a que: *"El delito del artículo 290 debe apreciarse en forma continuada porque se cometió, al menos, en los ejercicios 2009, 2010 y 2011, y en grado de tentativa en el 2012"*. Observa quien ahora recurre que la propia resolución recurrida parece aceptar, en otros pasajes de su texto, que las cuentas sociales correspondientes al año 2009 no estaban siendo objeto del juicio. Así, en su página 584, alude a los ejercicios a los que se contraen las presentes actuaciones, con explícita referencia a los años 2010, 2011 y 2012.

En el motivo segundo (y tercero), a su vez, señala la parte ahora recurrente que también se alude a las actuaciones del Sr. Jose María, en relación con la mercantil Pescafina, S.A., sin que tampoco con respecto a las cuentas de dicha entidad se hubiera formulado aquí acusación alguna. Y esta queja la sitúa en las expresiones que la sentencia refiere en sus páginas 529/530, cuando, con referencia al acusado Carlos Jesús, se afirma que *"resultaba obvio que una sociedad del volumen de Pescanova tenía que contar con gente de confianza que llevara a la práctica esa inveraz contabilidad situadas en departamentos estratégicos o de antiguos empleados que con conocimiento de la difícil situación económica de la entidad se convirtieron en elementos indispensables para crear las bases... para sustentar la infinidad de créditos bancarios"*. Entre éstos, se refiere la sentencia impugnada al ahora recurrente, señalando: *"...Como el Sr. Jose María (que) no solo cumplía los neteos ordenados, sino que contrataba con las sociedades instrumentales tanto en beneficio de la propia Pescafina, como para apoyar la financiación de la matriz"*.

2.- Por lo que a la primera queja respecta, solo podemos compartir el punto de vista expresado por el Ministerio Fiscal al tiempo de oponerse al presente recurso, en el sentido de que, incluso aunque se acogieran las protestas del recurrente con relación a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009, ello en nada modificaría los pronunciamientos que la sentencia refiere a los dos años siguientes ni a la naturaleza continuada del delito que al ahora recurrente se atribuye. Carece la queja así de cualquier eficacia material.

Por lo que concierne a la pretendida falta de concreción de los hechos que al acusado se atribuyen, la propia sentencia impugnada tuvo ya oportunidad de despejar esta cuestión, observando que: *"La atribución de responsabilidad del Sr. Jose María vino dada por su condición de director financiero de Pescafina, principal filial de la matriz, a través de la que colaboró a su instancia, a favor de la matriz y de la propia filial de la que era director financiero, en varias de las actividades financieras irregulares, singularmente realizando operaciones comerciales ficticias con las denominadas sociedades instrumentales, participando activamente en la elaboración de unas cuentas anuales tanto de Pescafina como de Pescanova que no reflejaban la situación real"*. En esos términos, acaso escuetos, pero suficientemente expresivos, las acusaciones individualizaban de manera bastante la responsabilidad de quien ahora recurre, naturalmente puestos en relación estos concretos pasajes con el resto de las conductas que los extensos escritos de acusación describen, de manera perfectamente apta para que el acusado pudiera defenderse de las imputaciones que se le realizaban.

Importa recordar, en este sentido, como señala, por ejemplo, nuestra sentencia 572/2011, de 7 de junio, que: *"<<En relación a esta concreta cuestión la doctrina de esta Sala, singularmente contenida en las recientes SSTs 1328/2009 de 30 de Diciembre y 523/2010 de 1 de Junio, es clara y contundente en el sentido de que no se produce tal vulneración cuando el Tribunal sentenciador se limita a concretar o detallar algunos hechos que se integran en el relato más amplio del Ministerio Fiscal porque ello no supone la introducción de hechos nuevos, sino la concreción de los hechos ya incluidos en el escrito acusatorio"*.

Dicen las sentencias citadas:

".... La cuestión, por tanto, es si tal cambio en el relato histórico implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa. Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Sobre este particular hemos de señalar: 1) Que lo que es objeto de contradicción en el debate del juicio oral es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y de defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; 2) Que tal marco no es inflexible, sino que, por un lado, puede traspasarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, no afectantes al derecho de defensa, y por otro, se ensancha o se acorta en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal, para salvaguardar el derecho de defensa; 3) Que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a la consideración del Tribunal, si no se ha producido una petición condenatoria al menos alternativa por parte de las mismas; 4) Por último, tal modificación sustancial debe obviamente valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado....">>.

Tendremos ocasión de referirnos a las singularidades de este concreto supuesto al abordar las siguientes quejas del recurrente.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.- Presunción de inocencia.- 1.- En el octavo motivo de queja, reprocha el recurrente a la sentencia impugnada, que la misma habría vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia con relación al delito de falsedad en las cuentas anuales (artículo 290 del Código Penal), por el que se le condena a título de cooperador necesario.

Expresa, en síntesis, quien ahora recurre, que Jose María no intervino en la elaboración de las cuentas anuales de Pescanova, ni en las individuales ni en las consolidadas del grupo, señalando como encargados de la elaboración de las cuentas anuales al responsable del departamento de administración, Sr. Virgilio y al auditor interno, el acusado Sr. Juan Francisco . *"En consecuencia, el "juicio sobre la prueba", acerca de si Jose María tuvo intervención, no ya poder de decisión, sino mera intervención, en la elaboración de las cuentas anuales de Pescanova, S.A., individuales y consolidadas, de 2009, 2010, 2011 y 2012, concluye con una rotunda respuesta negativa"* , concluye el ahora recurrente.

Razona también la parte quejosa que se atribuye al Sr. Jose María la realización de los neteos que se ordenaban por el responsable de las cuentas consolidadas (folios 529 y 530 de la sentencia), siendo que dicha declaración resultaría fruto de no haber reparado los miembros del Tribunal en la nota 37 que se contiene en la página 57 del informe elaborado por KPMG, de la que resultaría que en las cuentas individuales de Pescafinia no se había realizado tal neteo, aunque el mismo sí aparece después, en los *"estados financieros de referencia"* en las cuentas consolidadas del grupo.

Por otro lado, en el recurso se afirma que el acusado fue condenado, como cooperador necesario de un delito de falsedad en las cuentas anuales por haber contratado con las sociedades instrumentales, tanto en beneficio de la propia Pescanova como para apoyar la financiación que precisaba la matriz. Estima, sin embargo, que *"no hay prueba del presunto conocimiento, del presunto control, del presunto dominio, por Jose María de las operaciones comerciales que la matriz imponía a Pescafinia, S.A., llevadas por los Departamentos de Administración de ambas Compañías, matriz y filial"*, para terminar recordando que: *"La condena por cooperación necesaria requiere probar la colaboración con los administradores condenados, aportando una conducta sin la cual el falseamiento de cuentas anuales y demás documentos mercantiles no se habría cometido, dejando de impedir la comisión de ese falseamiento"*.

2.- Frente a dichos razonamientos impugnatorios, lo cierto es que la resolución recurrida comienza por determinar que, efectivamente, Jose María desempeñaba el cargo de apoderado de varias filiales del grupo Pescanova, a saber: Bajamar Séptima, S.A. --cuyo capital social pertenecía a Pescanova en un 99,9%--, Fricatamar, S.L., --cuyo socio único era Novapesca Trading, S.L., entidad cuyo capital pertenecía también a Pescanova en ese mismo porcentaje-- y Pescafinia Tampico, S.A. A la sazón, ostentaba desde 1994, el cargo de director financiero y consejero de Pescafinia, que se califica como principal empresa filial de Pescanova (a quien pertenecía en un 98,828%). Además, tras la jubilación efectiva del Sr. Alexander , en el año 2012, el ahora recurrente pasó a desempeñar el cargo de director financiero del grupo Pescanova.

A su vez, la sentencia impugnada considera probado que *"durante los años en los que ejerció como director financiero de Pescafinia conoció las operaciones ficticias que la indicada filial realizaba con las denominadas sociedades instrumentales que servían para financiar a la matriz y, en menor medida, a Pescafinia, a través de contratos de factoring y de pólizas de descuento de efectos, llevando a cabo compensaciones de activos con pasivos que fueron trasladadas a sus cuentas anuales, permitiendo dar una imagen de solvencia que no*



correspondía a su situación financiera real". Se declara también como probado que: *"Estas operaciones de financiación para la matriz realizadas por Pescafina con las sociedades instrumentales, habían sido ordenadas por aquélla y, en particular, tanto por su presidente como por el departamento de administración, en concreto, a través de los correos que el Sr. Sixto remitió durante los años 2009, 2010, 2011 y 2012, en los que se incluía la cantidad de productos que tenía que comprar, los precios, que eran más elevados que con otros clientes y la forma de pagar, limitándose Pescafina a registrar la mercancía o a rellenar la factura sin pedido anterior"*. Y se afirma también que el ahora recurrente, en los últimos ejercicios, recibió emails del Sr. Juan Francisco dándole instrucciones concretas para disminuir el pasivo, netear el pasivo bancario y considerar el factoring como sin recurso.

Además, por lo que ahora importa, se considera también acreditado en la sentencia que es aquí objeto de impugnación que: *"Estas operaciones ficticias a base de sociedades instrumentales a instancia de Pescanova con Pescafina continuaron hasta mayo de 2013"*, desembocando en la declaración de concurso voluntario, también de la propia Pescafina, por auto de fecha 8 de julio de 2013.

Para concluir, la sentencia impugnada declara igualmente probado que las denominadas sociedades instrumentales, a las que en tantas ocasiones nos hemos referido ya, venían efectuando distintas operaciones comerciales de las aparentes características ya extensamente glosadas, ya fuera con Pescanova, ya con Pescafina, hasta llegar a suponer un relevante porcentaje de las compraventas anuales contabilizadas por éstas, así como también (página 177 de la sentencia impugnada) que la matriz ordenaba a *"todas las filiales"* operaciones de compensación de activos con pasivos (neteos) con el propósito de disminuir el reflejo de la significativa deuda bancaria.

3.- Dicho relato resulta razonable consecuencia de considerar que, frente a lo que el ahora recurrente pretende, Jose María no era un simple empleado, carente de particulares atribuciones, limitándose a cumplir lo que le ordenaban sus superiores en el organigrama empresarial, sin conocimiento relevante acerca de la finalidad de aquellos mandatos. Ostentaba, se ha dicho ya, la condición de apoderado de varias filiales del grupo, así como el cargo de director financiero y consejero de la filial más importante, Pescafina. Resulta razonable inferir, en particular, que su condición de director financiero le obligaba a estar impuesto de cuáles eran las formas o modos de recabar los fondos precisos para el desarrollo de la sociedad que, como ya se ha dicho, se obtenían, en buena parte, de las operaciones efectuadas con las sociedades instrumentales (en las que no se producía la entrega del bien objeto del negocio, el pescado, ni en una ni en otra dirección).

Tan impuesto es razonable considerar que se encontraba de los métodos empleados por la matriz y sus filiales, en relación con dichas operaciones que, precisamente, al cesar el Sr. Alexander en el año 2012, como consecuencia de su jubilación, en el cargo de director financiero del grupo, fue sustituido, precisamente, por quien ahora recurre, resultando razonable entender también que dicho cargo no habría sido ofrecido a quien, según afirma, desconociera radicalmente el sistema que venía sirviendo con regularidad para financiar a Pescanova y al grupo que ésta controlaba. En todo caso, cualquier duda que pudiera permanecer al respecto, se disipa reparando en la presencia de los correos electrónicos aludidos, procedentes del Sr. Juan Francisco, en el que se le daban explícitas instrucciones derechamente orientadas a disimular el pasivo bancario.

Como hemos señalado ya con relación a algún otro recurrente, es claro que la confección de las cuentas anuales no estaba entre las específicas funciones del Sr. Jose María. Como también lo es, con relación a las exigencias típicas del delito contenido en el artículo 290 del Código Penal, que no reunía aquél la condición de administrador de hecho o de derecho de la mercantil. Por esa razón, no ha sido condenado como coautor sino como cooperador necesario. Y esto porque la totalidad de la mecánica descrita, como se ha señalado ya, no tenía más objeto que el de proporcionar a Pescanova y su grupo la financiación que por otros cauces y en mejores condiciones no les era obtenible. Simularon para eso un conjunto de operaciones comerciales, que, en realidad, comportaban la asunción de un pasivo bancario creciente que, precisamente a través de las operaciones referidas, en las que el ahora recurrente tuvo una participación relevante en ejecución de lo previamente diseñado, generaba una documentación que, inexorablemente, iba siendo trasladada a las cuentas anuales, individuales y consolidadas, distorsionando de forma sustancial la verdadera situación económica y financiera de la sociedad.

El motivo se desestima, como también el planteado, bajo la cobertura en este caso del artículo 849.1, infracción de ley, –ordinal decimoprimer del recurso–, en el que insiste la parte en consideraciones ya tomadas sustancialmente en cuenta en lo que antecede.

QUINCUGÉSIMO.- Cooperación necesaria/complicidad.- 1.- En los motivos décimo tercero y décimo cuarto del recurso, con carácter subsidiario a sus pretensiones anteriores, viene a sostener la parte que, en cualquier caso, la condena debió ser a título de complicidad y no de cooperación necesaria.

Explica al respecto que Jose María, carecía de "*poder de decisión*", sin que pueda serle atribuido, como sostiene también en otros motivos de su impugnación, el "*dominio funcional del hecho*".

2.- Obligadamente, hemos de remitirnos en este punto a lo ya señalado acerca de los límites conceptuales entre las dos formas, controvertidas aquí, de participación (fundamento jurídico vigésimo segundo de esta sentencia).

En el caso, y como también ha quedado ya explicado, no puede considerarse que la participación del Sr. Jose María en el delito de falsedad de las cuentas anuales previsto en el artículo 290 del Código Penal, tuviera un mero carácter accesorio o secundario, fácilmente sustituible. Al contrario, 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.

El motivo se desestima.

QUINCUGÉSIMO PRIMERO.- Aplicación del artículo 65.3 del Código Penal .- 1.- El motivo décimo quinto del recurso reprocha a la sentencia impugnada la que considera indebida falta de aplicación de las previsiones contenidas en el precepto mencionado.

2.- Es claro que, como consecuencia de lo establecido en el fundamento jurídico trigésimo séptimo de esta resolución, y por identidad de razón con lo allí expuesto, el motivo debe ser estimado.

1.14.- Recurso de Virgilio .-

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO.- 1.- También este recurrente fue absuelto en la sentencia recaída en la instancia por el delito de falseamiento de información económica y financiera (artículo 282 bis del Código Penal) que las acusaciones le atribuían. Se le condenó, en cambio, por los delitos de falsedad en documento mercantil (artículos 390 y 392), falsedad en las cuentas anuales (artículo 292) y estafa agravada (artículo 248 y 259), todos ellos en relación de concurso medial, siéndole impuesta la pena de tres años, seis meses y un día de prisión, multa de nueve meses a razón de diez euros diarios, accesorias y costas proporcionales.

2.- Su recurso se articula a partir de seis motivos distintos de impugnación. En el primero de ellos, interpuesto al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia que haya procedido el Tribunal de instancia a valorar ciertas pruebas (las, tan referidas, evidencias digitales que se contienen en el informe de KPMG), que el recurrente considera fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Prestó su consentimiento a la revisión del contenido de su terminal informática el ahora recurrente, pero dicho consentimiento, --considera--, debe reputarse nulo por las condiciones en las que fue prestado y, muy particularmente porque ya existía entonces un procedimiento judicial iniciado. La nulidad de estas pruebas, --explica--, debe proyectarse también sobre el resto de las obtenidas, directa o indirectamente, a partir de aquéllas.

Este primer motivo de queja, sin necesidad de consideraciones complementarias, debe ser desestimado. Se explican extensamente las razones de dicha decisión en el fundamento jurídico trigésimo de la presente resolución, al que ahora nos remitimos.

3.- La segunda queja denuncia, por el cauce procesalmente previsto para ese fin (artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución española), con relación a la condena pronunciada por el delito continuado de falsedad en documento mercantil (artículo 392 del Código Penal). Sostiene, en sustancia, que lo que el acusado remitía a las entidades bancarias no eran las facturas sino hojas de excel, que no tendrían la consideración de objeto típico con relación al precepto referido.

Igualmente, la queja se hace extensiva también a la condena recaída por el delito de estafa, al considerar, expuestos también en síntesis sus razonamientos, que no se ha acreditado la existencia de un acuerdo global para obtener financiación.

Finalmente, se queja también, dentro de este mismo motivo de impugnación de que, con relación al delito de falsedad de las cuentas anuales, "*el Sr. Virgilio no elaboraba el balance de situación de PVA, sino que era función o cometido del departamento financiero, como tampoco el estado de cambios del patrimonio neto o estado de flujos de efectivo ni confeccionaba la memoria, documentos éstos que conforman el concepto de Cuentas Anuales (en adelante CCAA), y que la sentencia atribuye para su elaboración, un importante papel o responsabilidad al Sr. Virgilio sin que conste en la sentencia porqué se llega a tal conclusión*" (sic) .



Nuevamente, resulta aquí preciso señalar que, por las razones ya explicadas, procede, con estimación del recurso, absolver también a este acusado del delito continuado de falsedad en documento mercantil (fundamento jurídico tercero de esta sentencia) y del delito de estafa agravada (fundamento jurídico cuarto), a cuyo concreto contenido nos remitimos ahora. Respecto a las quejas relativas al delito de falsedad de las cuentas anuales (artículo 290 del Código Penal), que persiste, nos ocuparemos en el próximo ordinal.

4.- Invocando el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley, considera el recurrente que se habrían aplicado indebidamente en la sentencia que impugna los artículos 28 b), 29 y 63 del Código Penal, considerando, con carácter subsidiario a sus planteamientos anteriores, que en cualquier caso su contribución censurable a los hechos enjuiciados no debería traspasar los límites de la imputación a título de cómplice. Y en el motivo siguiente, cuarto, reprocha la falta de aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal (atenuación de la responsabilidad respecto de los partícipes extraneos en el marco de los delitos especiales).

5.- El quinto motivo del recurso sostiene que debió ser aplicada la circunstancia atenuante prevista en el número 6 del artículo 21 del Código Penal (dilaciones indebidas y extraordinarias). Fácilmente se comprenderá que, con estimación del mismo, debemos remitirnos aquí a lo que ya quedó establecido al respecto en el fundamento jurídico décimo primero de la presente resolución.

6.- Abrocha su recurso Virgilio invocando la indebida aplicación de los artículos 109 a 116 del Código Penal. Estima que no debió ser condenado a resarcir a las entidades bancarias que se proclaman víctimas del delito de estafa, en la medida en que algunas de ellas (más en concreto Ubibanca y Banco de Espíritu Santo) ni siquiera formularon frente al mismo pretensión alguna. Reprocha también que, absuelto del delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, se le condene, sin embargo, a indemnizar a los inversores que la sentencia recurrida considera perjudicados como consecuencia de la comisión de aquél.

Absuelto del delito de estafa, es claro que deberán ser dejados sin efecto los pronunciamientos reparatorios establecidos en favor de las entidades bancarias. Por lo que respecta a los perjuicios producidos a los inversores, una vez más, y con el propósito de evitar reiteraciones innecesarias, el motivo deberá ser estimado, conforme a lo ya explicado en el fundamento jurídico trigésimo tercero de la presente resolución.

QUINCUGÉSIMO TERCERO.- Presunción de inocencia.- 1.- Argumenta el recurrente, por lo que respecta a la única condena que todavía subsiste (la referida al delito previsto en el artículo 290 del Código Penal), en sustancia, que el Sr. Virgilio no ostentaba cargo directivo ni en Pescanova ni en ninguna de las empresas del grupo. Tampoco era titular de activos del grupo Pescanova, S.A., ni consta que recibiera retribuciones, primas o bonus, vinculados a los rendimientos económicos de la compañía.

El departamento de administración, que dirigía, se limitaba al tratamiento contable, al registro de los apuntes en los libros de contabilidad relativos a los *"actos y hechos con transcendencia económica"*, concluyendo su función con el balance de sumas y saldos, siendo que, a partir del mismo, se obtenía el balance de situación, ya no dependiente del departamento de administración (sino del departamento financiero). Censura que la sentencia impugnada *"atribuye para su elaboración, un importante papel o responsabilidad al Sr. Virgilio, sin que conste en la sentencia porqué se llega a tal conclusión"* (sic).

Además, el recurrente considera que la Audiencia Nacional no ha acertado a distinguir *"entre lo que es la contabilidad propiamente dicha, o pura, representada por los libros de obligada llevanza, tales como el Libro Diario, o de aquellos que no son obligatorios como el Libro Mayor, de la confección de Estados Financieros (en adelante EEFF) o de las Cuentas Anuales de la matriz o del consolidado. De hecho pese a que en varios pasajes de la sentencia se hacen referencias genéricas a que las CCAA de la matriz eran confeccionadas por los responsables del departamento de administración, no se ha desplegado actividad probatoria que acredite tal aserto"*.

2.- La sentencia impugnada considera probado que el Sr. Virgilio era, efectivamente, el director del departamento de administración de Pescanova. Estaba encargado de la llevanza de los libros de contabilidad, tal y como el propio recurrente admite, *"y era el máximo responsable de la revisión de las cuentas, con una importante responsabilidad en el proceso de elaboración de las cuentas anuales"*, dependiendo directamente del Presidente de la compañía, de quien venía recibiendo instrucciones *"en los últimos trece años"*. Añade la sentencia impugnada que la responsabilidad de este acusado se centraba en *"elaborar la información final de la contabilidad llegando, mediante una tabla, a una propuesta de balance de situación y de cuenta 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"*.

El Sr. Virgilio figuraba en las memorias de las cuentas anuales de los años 2010, 2011 y 2012 como personal clave de la dirección de la empresa y miembro de la alta dirección.



Seguidamente, la sentencia impugnada considera acreditado, con efectos particularmente relevantes, que este recurrente: *"Acudió al comité de auditoría del 26 de febrero de 2013, donde presentó las cuentas anuales elaboradas por su departamento, revisadas por el auditor interno y por el externo, que suponían unos resultados positivos con respecto al ejercicio anterior, pese a haber participado en las operaciones de financiación inexistentes, especialmente en lo que se refería a los contratos ficticios con las sociedades instrumentales o con antiguos clientes, con objeto de seguir consiguiendo la financiación de la sociedad pese a la restricción bancaria"*.

3.- Es claro, en estas circunstancias, que el ahora recurrente carecía de la condición de administrador, de hecho o de derecho, de la mercantil Pescanova. No reunía, por eso, las cualidades o condiciones requeridas por el tipo penal previsto en el artículo 290, para que pudiera ser considerado autor del mismo. La sentencia impugnada le condena, sin embargo, como cooperador necesario del referido ilícito penal, y ello porque, como ya se ha dicho, en su condición de director del departamento de administración estaba encargado de la llevanza y control de la contabilidad de la empresa. Cierto es que ésta no coincide conceptualmente, tal y como el recurrente destaca, con las cuentas anuales, mas resulta evidente también que constituye un elemento necesario para la confección de las mismas. Y en aquella contabilidad, siempre según describe el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, se reflejaban operaciones que el acusado conocía no guardaban correspondencia con la existencia de operaciones comerciales reales (en el sentido, ya explicado también, de que no evidenciaban, frente a su apariencia, contratos de compraventa celebrados con el propósito de transmitir materialmente su objeto al comprador). Se empleaban, antes al contrario, para proporcionar un soporte adecuado con el que negociar con las entidades bancarias la financiación (aunque fuera a corto plazo y con los superiores costes que ello representaba) que Pescanova precisaba para la continuación de su ordinaria actividad. Sin embargo, es claro que las referidas operaciones, registradas primero en la contabilidad y trasladadas después a las cuentas anuales, presentaban una imagen seriamente distorsionada de la verdadera situación económica y financiera de la sociedad, de forma idónea para causar perjuicios a terceros, en la medida en que camuflaban el pasivo bancario creciente que presionaba a la mercantil. Sobradamente conocía así el acusado que las cuentas anuales de Pescanova, aunque aparentaran unos resultados positivos, estaban formuladas a partir de la referida falacia.

Falta saber ahora si estas afirmaciones que se contienen en el factum de la resolución impugnada se nutren o no con suficiencia de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

Bastará para confirmarlo, una vez más, fijar nuestra atención en la declaración prestada en el plenario por el Sr. Jose Pedro. El mismo explicó en el acto del juicio que contactó con el grupo Pescanova a través del Sr. Alexander. Aceptado el ofrecimiento y habiéndole sido explicadas cuáles serían sus funciones como administrador de las sucesivas sociedades instrumentales que se fueron creando a cargo siempre del grupo Pescanova, –funciones que desarrollaría, sin contar siquiera con almacenes y sin relación alguna con el negocio de la compraventa de pescado–, mantuvo otras reuniones, a las que ya acudió el ahora recurrente, Sr. Virgilio, proponiéndole hacerse cargo de la gestión contable de otras dos sociedades más, siempre con la misma finalidad, de las que fue nombrado también administrador. Y aun en febrero o marzo de 2009, el Sr. Virgilio le llamó *"para invitarle a comer, acudiendo en este caso con el Sr. Juan Francisco, comunicándole ambos que estaban muy contentos con el trabajo que estaba realizando, por lo que le preguntaron si podía llevar la administración de otras tres sociedades... o si podía encontrar a otro administrador, lo que determinó que se lo dijera a su empleado, Ernesto que aceptó..."* En septiembre u octubre de 2010, el Sr. Virgilio le llamó *para invitarle a comer, acudiendo acompañado del Sr. Sixto, quienes le trasladaron que el Presidente de la compañía estaba interesado en saber si podía constituir otras cinco sociedades más"*.

A la sazón, el propio Sr. Virgilio admitió en el juicio, ahora con relación a los créditos documentarios, que los mismos permitían que Pescanova solicitara un crédito bancario para garantizar la compra que realizaba a sus filiales, que, al descontarlo, financiaba a la matriz, que lo devolvía al banco. Esa forma de actuar no se recogía, como tal, en los libros de contabilidad hasta que no se materializaba, considerando que el Presidente conocía cómo se llevaba a cabo la contabilidad.

Recapitulando: el Sr. Virgilio, en su condición de director del departamento de administración de Pescanova y encargado de la llevanza de los libros de contabilidad, incorporaba a la misma el reflejo de la documentación obtenida por los procedimientos dichos, en cuya materialización contribuyó de manera activa y plenamente consciente de su sentido y finalidad, proporcionando así el soporte necesario para la definitiva redacción de unas cuentas anuales que, de manera evidente, distorsionaban la verdadera situación económica y financiera de la mercantil.

El motivo se desestima.

QUINGUAGÉSIMO CUARTO.- Participación: cooperación necesaria o complicidad. Aplicación del artículo 65.3 del Código Penal .- 1.- Finalmente, considera quien aquí recurre que su responsabilidad en los hechos



enjuiciados, de mantenerse por este Tribunal con relación a cualquiera de los ilícitos penales que se le atribuyen, debió serlo a título de mero cómplice, y no de cooperador necesario, habida cuenta de que su actuación debe 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"*.

2.- Con independencia de que, nuevamente, tengamos aquí que remitirnos a lo señalado en el fundamento jurídico vigésimo segundo de esta resolución, acerca de los criterios que jurisprudencialmente se han venido considerando para diferenciar uno y otro título de participación (cooperación necesaria y no necesaria), lo cierto, en el caso, es que, efectivamente el Sr. Virgilio 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.

El motivo se desestima.

3.- Sin embargo, por las razones que han sido ya explicadas (fundamento jurídico trigésimo séptimo de esta sentencia), procede hacer aplicación también en este caso, de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal, al haber quedado sin contenido las objeciones que determinaron la decisión de no hacerlo que se invocaban en la resolución impugnada.

En efecto, entre los delitos por los que resultó condenado el Sr. Virgilio se encontraba el de estafa agravada, –siendo, además, de entre todos ellos, el que se halla sancionado con una pena mayor–, delito que no presenta naturaleza especial. Absuelto ahora, sin embargo, por este delito (y también por el de falsedad en documento mercantil), no se advierte motivo alguno atendible para excepcionar la aplicación de la regla general y proceder a la reducción de la pena que contempla el referido artículo 65.3 del Código Penal para supuestos de participación de un extraneus en un delito especial.

1.15.- Recurso de Vicente .-

QUINGUAGÉSIMO QUINTO.- 1.- Este recurrente fue condenado en la sentencia que recayó en primera instancia, únicamente en calidad de cooperador necesario del delito de falsedad de las cuentas anuales, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siéndole impuesta la pena de dos años de prisión y multa de seis meses, accesorias y costas proporcionales, con inclusión de las generadas a las acusaciones particulares.

2.- Tras haber desistido de alguno de los motivos de casación que anunció, su recurso se estructura sobre la base de los siete siguientes: primeramente, se denuncia la infracción de las previsiones contenidas en el artículo 290 del Código Penal, por considerar, en síntesis, que ninguno de los documentos sobre los que pudo haber actuado este recurrente constituirían el objeto típico de dicho precepto. En los motivos segundo y séptimo, interpuestos en ambos casos por el cauce que ofrece el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la pretendida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del derecho a la tutela judicial efectiva (por falta de motivación). El motivo tercero, interpuesto con carácter subsidiario a los anteriores, objeta que, en todo caso, su participación debería ser reconducida a la de mero cómplice, pretendiendo, además, en el motivo cuarto, que debieron aplicarse las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal. El quinto motivo, que se canaliza a través de las previsiones autorizadas en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la existencia de un error en la valoración probatoria, relacionado con las acciones de Novaman. Y, por último, en el motivo sexto de impugnación, se censuran también los pronunciamientos referidos a la responsabilidad civil, al considerar el recurrente que se habría vulnerado el principio de rogación o petición de parte.

QUINGUAGÉSIMO SEXTO.- Presunción de inocencia. Tutela judicial efectiva.-

1.- Reprocha el recurrente a la sentencia impugnada que la misma construye su pronunciamiento condenatorio en completa ausencia de prueba bastante de cargo que pudiera servir para justificarlo. Y censura también que la misma no ofrece una explicación razonable que permita conocer a la propia parte; a este mismo Tribunal a los efectos de que pueda realizar con plenitud sus funciones fiscalizadoras; y, en último término, a la comunidad toda, los motivos que sustentan dicha decisión.

Así, el recurrente explica, en síntesis, que al mismo no correspondía, en el desarrollo de su vínculo profesional con Pescanova, la realización de ninguna actividad relacionada con la elaboración de las cuentas anuales, ni con la consolidación de las correspondientes a las empresas del grupo *"careciendo también de cualquier responsabilidad sobre los documentos y certificaciones de la entidad, que deben reflejar su imagen fiel, económica o jurídica"*.

La sentencia atribuye al Sr. Vicente haber colaborado en la estratégica venta de las participaciones de Pescanova (93,2%) en la mercantil Eripel, con objeto de provocar una artificial disminución de su pasivo. Sin embargo, destaca el recurrente, éste no suscribió ninguno de dichos negocios. Todos ellos fueron formalizados entre el Presidente de Pescanova y el administrador de World Frost (entidad que aparecía como compradora y asumía un compromiso de venta futura a Pescanova de esas mismas participaciones). A su vez, la sentencia no describiría en qué concretas actuaciones habría consistido la colaboración que atribuye al ahora recurrente. Se alude en la sentencia impugnada al contenido de un correo electrónico, fechado el 2 de enero de 2012, en el que don Ángel, abogado y secretario del consejo de Pescanova, pedía la conformidad del Sr. Vicente para pasar al Presidente el documento en el que se concretaba la venta de Eripel a World Frost y el documento de prórroga y promesa de reventa; correo del que no consta que recibiera contestación alguna del Sr. Vicente. También se cita un correo, fechado el 8 de diciembre de 2012, en el que el Sr. Vicente preguntaría al Sr. Juan Francisco sobre la conveniencia de prorrogar la compra. Insiste quien ahora recurre en que *"el Sr. Vicente no redacta ninguno de los documentos relativos a esta operación, y tampoco los suscribe; lo hacen el Sr. Virgilio y el presidente de Pescanova, y la única actividad que se le atribuye, es enviar un correo en el que pregunta si el interés de Pescanova es que Eripel siga fuera del grupo"*.

Considera quien ahora recurre que los mencionados correos han sido valorados en la sentencia que aquí se impugna de un modo descontextualizado, sin que, en realidad, permitan obtener ninguna conclusión que pueda ir más allá de un cierto conocimiento por parte del Sr. Vicente, como trabajador de la empresa, de determinadas irregularidades que pudieran haberse estado cometiendo. De cualquier forma, argumenta, el segundo de ellos *"está fechado en diciembre de 2012, y por lo tanto referido a las cuentas de dicho año, las cuales no llegaron a aprobarse, por lo que en todo caso -y siguiendo con el mismo razonamiento que la sentencia establece para el señor Baltasar- al no existir la posibilidad de haber causado ningún perjuicio económico a la sociedad, se trataría en todo caso de la comisión de un delito en grado de tentativa, lo cual conllevaría una rebaja de la pena y la exclusión de la responsabilidad civil"*.

Razonamientos semejantes, conducen también al ahora recurrente a impugnar que haya podido acreditarse participación alguna por su parte en relación con las gestiones que conciernen a Novapesca Trading, para traspasar al final de ejercicio de cada año, el 49% de las acciones de las que era titular en Novanam Limited, sociedad de Namibia con importantes deudas, a la mercantil Cuvimarket, sociedad española de capital namibio, que volvía después a Novapesca Trading S.L., *"concretando en cuanto a la participación en la misma del Sr. Vicente, el que a principios de 2013, propuso al presidente y a los Sres. Alexander y Virgilio, encargar a un conocido de la sociedad, D. Eduardo, su liquidación y continuar haciendo esa labor de venta y recompra con American Shipping SA, sin que estas operaciones llegaran a materializarse al darse a conocer la crisis de la sociedad"*.

Igualmente, el recurrente cuestiona las valoraciones probatorias que se contienen en la sentencia impugnada por lo que respecta a que el acusado contribuyese a ocultar el pasivo de Pescanova con las sociedades instrumentales, traspasando el mismo a la mercantil Novapesca Trading, S.L., a medio de cinco contratos en los que el Sr. Virgilio aparecería como representante de Pescanova y el Sr. Vicente como representante de Novapesca. Explica el recurrente que: *"El Sr. Vicente reconoció haber firmado dichos contratos, si bien manifestando que lo había hecho por orden del que era su jefe y también administrador solidario de Novapesca, don Carlos Jesús, pero también afirmó, con la misma sinceridad y rotundidad (sic), que desconocía cuando los firmó, cuál era el objeto de los mismos"*. En cualquier caso, el recurrente añade: *"Por otro lado, los contratos de cesión de deuda entre empresas de un mismo grupo no es una operativa ajena a la práctica mercantil de las empresas y realmente, ninguna repercusión tendría que suponer, si ambas empresas, Novapesca y Pescanova consolidaban, como de hecho se puede constatar que así era"*.

Finalmente, quien ahora recurre destaca que el Sr. Vicente no formaba parte de los miembros de la alta dirección de Pescanova ni sus subordinadas funciones guardaban relación alguna, en definitiva, con los documentos que debían reflejar la imagen fiel de la compañía.

2.- La sentencia ahora impugnada, en efecto, considera probado que el ahora recurrente, Vicente, desempeñó el cargo de jefe de servicio de Pescanova, en cuyo departamento comercial había empezado a trabajar en el año 1978. Reportaba, en relación con las gestiones bancarias relacionadas con los intereses de Pescanova o sus filiales, directamente con el Presidente de la compañía, con quien compartió la administración solidaria de Novapesca Trading, S.L. durante algunos años y con quien mantenía relación de confianza.

Seguidamente, la sentencia impugnada añade que *"compartiendo la misma finalidad de algunos de los ya mencionados de sacar adelante la compañía ante las dificultades de conseguir financiación bancaria... participó en ocultar sociedades de Pescanova fuera del perímetro de consolidación con objeto de disminuir el pasivo de la matriz, también llevó a cabo ocultación del pasivo traspasando las deudas que la matriz contraía con las*

sociedades instrumentales a Novapesca Trading, S.L., que él mismo representaba, al final del ejercicio y haciendo la operación inversa a principios del siguiente".

Describe después la resolución impugnada el procedimiento seguido con una de las sociedades filiales, Efripel, sociedad que pertenecía a Novapesca, administrada por Pescanova, con cuya venta colaboró el ahora recurrente con ese mismo propósito de disminuir el pasivo, al suscribirse ese mismo día, el 28 de octubre de 2010, *"otro contrato de promesa de recompra de Efripel por parte de Novapesca Trading, S.L."*. Todo ello con la finalidad de que la referida Efripel permaneciese fuera del perímetro de consolidación durante los ejercicios 2010 y 2011. Y lo mismo, en sustancia, se declara probado sucedió con las acciones de Novanam Limited.

Por lo que respecta a las denominadas sociedades instrumentales, se declara también acreditado que, con objeto de ocultar contablemente la deuda que Pescanova asumía con las mismas como consecuencia de las compraventas efectuadas, –sin traslación alguna del pescado que era su objeto–, Pescanova, representada por el Sr. Virgilio, y la propia Novapesca Trading, S.L., representada por el ahora recurrente, suscribieron hasta cinco contratos de *"asunción de deuda"*, con la finalidad de que Pescanova aliviara también su pasivo, para efectuar después, a principios del ejercicio siguiente, la operación contraria, retrotrayendo las deudas a la matriz. Estas deudas, que salían y entraban del patrimonio de Pescanova, no se olvide, resultaban contraídas con empresas meramente instrumentales, que desde luego nunca iban a exigir el cobro de los créditos surgidos de operaciones que no tenían ninguna otra finalidad real que la de procurar a Pescanova la correspondiente financiación.

Tanto las modificaciones en el perímetro consolidado del grupo, como los referidos traspasos de deudas solo aparentes no tenían más propósito que el de proceder a ocultar la verdadera situación económica de la empresa, sirviéndose para ello de la referida Novapesca Trading de la que, junto al Presidente de Pescanova, llegó el recurrente a ser administrador solidario.

No pueden progresar así las quejas de quien ahora recurre pretendiendo minimizar el conocimiento del contenido y finalidad de los contratos que admite haber suscrito (los relativos al traspaso de las deudas formalizadas con las sociedades instrumentales), al socaire de una pretendida secundaria y poco significativa posición en la empresa. Acreditada la realidad de dichas operaciones y la descrita intervención en las mismas del recurrente, no pueden progresar sus protestas acerca de que se limitara a cumplir las instrucciones recibidas sin tener conocimiento real de la finalidad y sentido de los negocios en los que, tan activamente, intervenía.

Por eso, la descripción de los hechos que concretamente se atribuyen al ahora recurrente no puede, en realidad y frente a lo que éste persigue, considerarse difusa o carente de la indispensable precisión. Ni tampoco puede sostenerse, con razón, que su intervención se produjera, como también aquél postula, desconociendo, en realidad, el contenido y propósito de lo que él mismo admite firmaba, ante las evidencias documentales que lo justifican. Por eso, la valoración probatoria obtenida por el Tribunal de la instancia, a partir de las pruebas de cargo practicadas en el acto del juicio oral, aparece suficientemente justificada y resulta bastante, a nuestro parecer, para enervar el derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMO.- El delito de falsedad en las cuentas anuales. Artículo 290 del Código Penal .-
1.- Al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera quien ahora recurre que el precepto penal sustantivo aplicado lo habría sido incorrectamente.

Argumenta, en sustancia, que ninguna de las conductas que se atribuyen al Sr. Vicente en el relato de hechos probados, –del que obligadamente habrá de partirse aquí, tomado en cuenta el motivo de impugnación escogido en este caso–, se alcanzaría para integrar el delito de falsedad en las cuentas anuales por el que el ahora recurrente resultó condenado. Y ello porque dicha figura delictiva ha de recaer sobre documentos (cuentas anuales u otros que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad), respecto de los cuales ninguna función desarrollaba el ahora recurrente y que en ningún sentido contribuyó a distorsionar. En esta línea de razonamiento, destaca la parte quejosa que ya nuestra sentencia número 153/2019, de 21 de marzo, observaba al respecto: <<La jurisprudencia ha declarado que dentro de las cuentas anuales se incluyen el balance, la cuenta de resultados, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria y dentro de los "otros documentos" se vienen incluyendo el informe de gestión, la propuesta de aplicación del resultado y las cuentas y el informe de gestión consolidados.

En la STS 1458/2003 se señala que "[...] El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un "numerus apertus" en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular

al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 CP se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado [...]". En todos los casos se trata de documentos sociales, documentos emitidos exclusivamente por la propia sociedad y deben reflejar su situación jurídica o económica>>.

A partir de aquí, concluye el ahora recurrente que, por lo que respecta a los contratos de cesión de deuda concertados entre Novapesca y Pescanova, el Sr. Vicente actuaba en representación de la primera, y no de la segunda (por mucho que fuera también empleado de la misma). No estamos ante documentos emitidos por la propia sociedad (Pescanova), aptos para constituir el objeto típico del delito previsto en el artículo 290 del Código Penal. Así, observa el recurrente: *"El delito del art. 290 del CP lo podrían cometer las personas responsables de Pescanova cuando en la contabilidad y en las cuentas de la sociedad no reflejaban la existencia de esa deuda o no la contabilizaban adecuadamente, pero ese hecho era algo ajeno al Sr. Vicente, primero porque no actuaba en representación de Pescanova, ni el documento de cesión lo firmaba en nombre de Pescanova sino de Novapesca, cuya contabilidad en ningún momento afirma la sentencia que hubiese sido falseada, y en segundo lugar y más importante, el Sr. Vicente no tenía ninguna participación en la formulación de los estados contables, ni de cuentas, ni de ningún documento de Pescanova que tuviese que reflejar su imagen fiel"*.

Y en cuanto a su contribución relativa a la venta de las sociedades filiales (Efripel y las acciones de Novaman), se trataba de documentos en cuya elaboración o suscripción no intervino.

Además, tampoco se colmarían, siempre a juicio del recurrente, las exigencias propias del tipo subjetivo contemplado en el artículo 290 del Código Penal, toda vez que el mismo exige *"que cada uno de los acusados por este delito tenga una intervención consciente en esa alteración de la verdad"*, conocimiento que aquí, se nos dice, no resultaría del relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada.

2.- Por lo que a la primera cuestión respecta, es claro que el Sr. Vicente no ostentaba la condición o cualidad de representante legal o de hecho de Pescanova, no reuniendo, por eso, las exigencias para la comisión en concepto de autor del ilícito penal aquí cuestionado. Resulta, por eso, condenado a título de cooperador necesario. Y lo fue no debido a que, efectivamente, participara de forma material en la falsificación de las cuentas anuales de la mercantil, sino por haber proporcionado a ésta, siguiendo un plan por él conocido y compartido, los soportes documentales y negociales indispensables para que aquella pudiera llevarse a efecto. Contribuyó, en la forma que se ha explicado, a través de su actividad en Novapesca Trading a la cesión de las deudas de Pescanova con las sociedades instrumentales, excluyendo éstas de su pasivo, deudas que, además, conocidamente, no se correspondían con créditos reales ni que aspiraran a ser cobrados. Y contribuyó también a lograr que el pasivo de algunas de las sociedades filiales de Pescanova abandonara estratégicamente el perímetro de consolidación; conductas ambas que hicieron posible que, conforme a lo proyectado, las cuentas anuales de la mercantil, que resultaban después de estas operaciones, reflejaran una imagen claramente distorsionada acerca de la verdadera situación económica y financiera de la sociedad.

Sabía el ahora recurrente que esa era la finalidad de sus actuaciones y quería contribuir a lograrla, por lo que tampoco pueden progresar sus quejas relativas a la pretendida ausencia de las exigencias subjetivas del tipo penal aplicado. Y ello, además de por las razones ya explicadas, en consideración a que dicha protesta se formula de espaldas al contenido del relato de hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada, del que, dado el motivo de impugnación que aquí se analiza, resulta obligado partir. Basta recordar que en el factum se afirma: *"Sin perjuicio de lo que se mencionará más adelante sobre sus concretas actividades, compartiendo la misma finalidad de algunos de los ya mencionados de sacar adelante la compañía ante las dificultades de conseguir financiación bancaria y la falta de operaciones reales de comercio de pescado, participó en ocultar sociedades de Pescanova fuera del perímetro... también llevó a cabo ocultación de pasivo traspasando las deudas"*.

El motivo se desestima.

QUINGUAGÉSIMO OCTAVO.- Participación: cooperación necesaria o complicidad. Aplicación del artículo 65.3 del Código Penal .- 1.- En el motivo tercero de su impugnación, insiste el recurrente en considerar, siquiera en este caso de forma subsidiaria a sus pretensiones anteriores, que su participación en los hechos habría tenido una naturaleza meramente secundaria. 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 Carlos Jesús , 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. Vicente 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"*.

Argumenta también quien aquí recurre, ahora en el motivo cuarto de su impugnación, que, al menos, tratándose de la participación de un extraneus en un delito especial, carece de justificación que la resolución impugnada no hiciera uso de la facultad que le otorga el número 3 del artículo 65 del Código Penal.

2.- Más allá de remitirnos aquí, una vez más, a los criterios jurisprudencialmente acuñados para establecer los límites entre la cooperación necesaria y la no necesaria o complicidad (fundamento jurídico vigésimo segundo de esta sentencia), lo cierto es que la exigencia de dominio funcional, positivo o negativo, sobre el hecho, no equivale, frente a lo que parece sostener el recurrente, a que en un plano meramente ideal resulte concebible que el delito hubiera podido cometerse igual aun sin contar con la participación del tercero, asumiendo, por ejemplo, sus funciones el propio autor material. No equivale, en este sentido, a que su participación pueda concebirse como idealmente prescindible en cualquier otra hipótesis alternativa imaginable.

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. Vicente 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. Vicente 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.

Consideramos que no yerra la Audiencia Nacional al subsumir este modo de participación en la cooperación necesaria a la que se refiere el artículo 28 b) del Código Penal.

3.- Sin embargo, y por las mismas razones que ya quedaron expuestas en el fundamento jurídico trigésimo séptimo de esta resolución, debemos estimar la queja del recurrente relativa a la no aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal.

Ello resulta procedente, especialmente en este caso, desde la propia lógica interna de la sentencia impugnada. Siendo la única razón que la misma expresaba, para no aplicar el referido precepto, que los cooperadores necesarios del delito previsto en el artículo 290 del Código Penal, habían sido también condenados por el, más grave, delito de estafa, era ya en este momento notorio que dicho criterio no podría resultarle aplicable a quien, como el ahora recurrente, únicamente había sido condenado, en realidad, por el primero de los ilícitos penales referidos. Así se puso de manifiesto al Tribunal de la instancia, a través de una solicitud de aclaración de sentencia, que fue desestimada por auto de fecha 13 de octubre de 2020, en el que se refería al respecto: *"igualmente se suprime del fundamento jurídico décimo sexto y de los párrafos que aparecen en los folios 570 y 571 cualquier mención relativa a que Vicente fuera autor de un delito de estafa"*. Importa recordar que en dichas páginas se había señalado: *"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"*. Sin embargo, suprimido, con buen criterio, en el auto de aclaración el único obstáculo que la sentencia identificaba para poder hacer aplicación de las facultades contenidas en el mencionado precepto, el pronunciamiento, en cambio, indebidamente se mantiene.

El motivo se estima.



QUINGUAGÉSIMO NOVENO.- Error en la valoración probatoria.- 1.- En el quinto motivo de impugnación, al amparo ahora de las previsiones contempladas en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cree identificar el recurrente un pretendido error en la valoración probatoria, supuestamente evidenciado por documentos obrantes en autos y que no aparecerían contradichos por ningún otro medio de prueba.

Más en concreto, observa el recurrente que las cuentas anuales individuales y consolidadas de Pescanova, correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, vendrían a confirmar que, pese a lo proclamado en la sentencia de instancia, el 49% de las acciones de Novaman permanecieron dentro del perímetro de consolidación de la matriz.

2.- No reiteraremos aquí las consideraciones ya realizadas en nuestro fundamento jurídico séptimo (numeral 2) relativas a las exigencias jurisprudencialmente cristalizadas para que el presente motivo de impugnación pueda alcanzar buen éxito. Basta recordar ahora que, como se encarga de destacar el Ministerio Público al tiempo de oponerse al presente motivo de impugnación, resulta necesario, para que pueda progresar la queja, que el denunciado error tenga relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, siempre, además, que no exista contradicción con algún otro medio probatorio. Y en el caso, el propio recurrente viene a reconocer que el error que asegura haber advertido únicamente concierne a un grupo de operaciones que al acusado se atribuyen, persistiendo las otras, por sí bastantes para justificar el dictado de una sentencia condenatoria a la luz de las previsiones contenidas en el artículo 290 del Código Penal.

El motivo se desestima.

SEXAGÉSIMO.- Pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil declarada.- 1.- En el motivo sexto de su impugnación, censura la recurrente la indebida aplicación de los artículos 109 a 116 del Código Penal, por considerar, en síntesis, que no se han determinado con claridad los perjuicios causados por la actuación que a este recurrente se atribuye, vulnerándose, además, los principios dispositivo y de rogación.

Observa quien recurre que la sentencia impugnada, efectivamente, diferencia entre unos perjuicios determinantes de la proclamación de responsabilidad civil como consecuencia del delito de estafa (del que habrían sido víctimas determinadas entidades bancarias); y otros, que habrían sufrido determinados inversores, y que traen causa del delito cometido en el artículo 282 bis del Código Penal.

Inicialmente, la sentencia condenaba al Sr. Vicente como responsable civil frente a determinados inversores. Posteriormente, y a iniciativa de Bankia, que solicitó aclaración de la sentencia, se dictó auto de fecha 13 de octubre de 2020, que extendió la responsabilidad (civil) del Sr. Vicente a indemnizar también a tres entidades bancarias. Destaca quien aquí recurre, sin embargo, que ni la propia Bankia ni el resto de las citadas entidades financieras había solicitado que se condenase al Sr. Vicente como responsable civil. No lo hizo tampoco el Ministerio Fiscal (que, en plena coherencia con ello, apoya este concreto motivo de impugnación).

A mayor abundamiento, observa el recurrente que, en cualquier caso, si los pretendidos perjuicios de las entidades financieras se vinculan en la sentencia a la comisión del delito de estafa, y no recayó respecto del recurrente pronunciamiento condenatorio alguno con relación al mismo, –ni siquiera fue acusado por ese delito–, es claro que aquellas indemnizaciones, acordadas por dicho concepto, deberían también ser dejadas sin efecto.

Por otro lado, se observa igualmente, ahora en cuanto a los perjuicios causados a los inversores, que algunos de ellos no habían interesado tampoco la condena como responsable civil del Sr. Vicente, de la misma manera que no lo solicitó, con respecto a ellos, el Ministerio Fiscal (se refiere en concreto a Juan Guerra Fernández y Citurrioz Inversiones). Pero es que, además, la sentencia impugnada determina, –fundamento jurídico décimo séptimo, pág. 583–, que: *"... el concurso medial engloba un cuarto delito, el de falseamiento de información económica y financiera del que son autores, además de Carlos Jesús, Pescanova, Sebastián y BDO Auditores, S.L., quienes deben asumir de forma conjunta y solidaria los perjuicios causados a quienes, confiando en la realidad de los datos publicados invirtieron diversas cantidades durante los ejercicios 2010, 2011 y 2012, responsabilidad que, por lo que afecta a BDO Auditores, S.L. deberá ser asumida de forma directa, conjunta y solidariamente, por la aseguradora Mapfre hasta los límites de las diversas sumas aseguradas"*. Seguidamente, determina la sentencia quienes son las personas perjudicadas por este concepto.

Sin embargo, y sin explicación alguna complementaria que pudiera justificarlo, en la parte dispositiva de la sentencia, además de a los responsables civiles citados, se incluyen a otros varios, entre ellos al ahora recurrente, que deberán responder frente a dichos inversores.

2.- En coherencia con lo ya señalado en el fundamento jurídico trigésimo tercero de esta resolución, el motivo debe ser estimado, sin necesidad de más consideraciones adicionales.



2.- Recursos de las acusaciones particulares:

2.1.- Recurso de Corporación Económica Delta, S.A.-

SEXAGÉSIMO PRIMERO.- El presente recurso se interpone por una de las acusaciones particulares en este procedimiento y sobre la base de dos motivos de impugnación cuyo objeto aparece referido a algunos pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil que en la sentencia impugnada se contienen. Los dos se articulan por el cauce que ofrece el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, –infracción de ley–, por considerar vulneradas las prevenciones normativas que se contienen, respectivamente, en los artículos 109 y siguientes del Código Penal (además de en el artículo 107 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); y en los artículos 127 a 129 de aquel mismo texto legal.

SEXAGÉSIMO SEGUNDO.- Principio dispositivo en el marco de la responsabilidad civil.- 1.- Aduce, en primer lugar, quien ahora recurre, expuestos sus razonamientos en síntesis, que la sentencia recaída en la instancia condenó a la compañía aseguradora Mapfre (Mapfre España, compañía de seguros y reaseguros, S.A.) a indemnizar, como responsable civil directo y solidario, y siempre hasta el límite de la suma asegurada, al pago de las cantidades que, en concepto de responsabilidad civil, le fueron impuestas a su asegurada BDO, Auditores, S.L., bien en su condición de autora de un delito de falseamiento de información económica y financiera (artículo 282 bis del Código Penal), bien en su condición de responsable civil subsidiaria del también acusado Sebastián , a quien igualmente se condenaba como cooperador necesario de este mismo delito.

Sin embargo, explica el recurrente, dentro de este grupo de perjudicados, la resolución recurrida distingue entre quienes acudieron al acto del juicio oral y acreditaron la cuantía y causa de la inversión realizada (como es el caso, entre otros, de quien ahora recurre); y los que no asistieron al juicio oral pero ejercieron acciones penales y/o civiles, aportando la documentación relativa a su inversión; quedando pendiente para el período de ejecución de sentencia la acreditación del cumplimiento de los requisitos *"para ser definitivamente considerados perjudicados"*. Por otro lado, y formando un tercer grupo, se encontrarían las entidades bancarias que habrían sido perjudicadas como consecuencia del delito de estafa.

En todo caso, se observa en este primer motivo del recurso que una gran parte de los perjudicados no ejercieron en el procedimiento la acción civil contra Mapfre y, en consecuencia, la condena de esta última sobrepasa indebidamente los límites que resultan de los principios dispositivos y de rogación. Incide la recurrente en que la acción civil, por más que se ejercite en un procedimiento penal, no pierde por ello su verdadera naturaleza. Debe así el Tribunal, observa el recurrente, recordando nuestras palabras contenidas en la sentencia número 1382/2000, de 24 de octubre, *"actuar de acuerdo con los principios de rogación y congruencia, propios del ámbito civil, de tal modo que no podrá condenar sin la correspondiente pretensión previa de la parte y tampoco podrá condenar a más de lo pedido"*. E interesa, en plena coherencia con su argumento central, que se dejen sin efecto los pronunciamientos que condenaban a Mapfre a indemnizar a aquellos perjudicados que no ejercieron frente a ella pretensión civil alguna en este procedimiento.

2.- El Ministerio Fiscal, por su parte, al tiempo de oponerse al presente recurso, comienza por sostener que Corporación Económica Delta, S.A. carecería de legitimación para articular la pretensión que aquí mantiene, habida cuenta de que la misma, naturalmente, no resultó condenada a pago alguno, sin perjuicio de que el Ministerio Público advierta también que, si la compañía Mapfre, única a la que considera legitimada, se adhiciese a estas pretensiones, –como efectivamente, ha sucedido–, aquél apoyaría las mismas, solicitando así que la responsabilidad civil de la compañía Mapfre únicamente sea mantenida con relación a los perjuicios causados a quienes, en su momento, lo interesaron: Luxempart, S.A., Corporación Económica Delta, S.A., ahora recurrente, DISA, Corporación Petrolífera, S.A., Silicon Metals Holding LLP, Citurrioz Inversiones, S.L. y don Jose Carlos y otros catorce que actuaron bajo la misma representación procesal.

Invoca al respecto el Ministerio Fiscal la doctrina contenida en nuestra sentencia número 341/2020, de 22 de junio, en lo relativo a que: <<Como decíamos en nuestra sentencia 224/2013, de 12 de marzo "En efecto, la responsabilidad civil ex delicto puede exigirse con arreglo a lo establecido en los arts 109 y ss del CP, pues a tenor del art. 1092 CC las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. Ahora bien, a diferencia de la acción penal que tiene carácter indisponible al estar regido el proceso penal por el principio de legalidad, la acción civil es renunciable por el perjudicado (art 106 y 107 LECr), quien también puede reservarse su ejercicio ante los tribunales del orden jurisdiccional civil (art 112 LECr y 109.2 CP), o bien transigir sobre su contenido (art 1813 CC).

La declaración de responsabilidad civil no es accesoria de la pena impuesta, sino que responde al interés privado y ha de ser objeto de rogación expresa para que pueda ser atendida (STS 21- 6-1957)."

En la STS 1036/2007, de 12 de diciembre, se dice que, si la acción penal es pública, indisponible en cuanto regida por el principio de legalidad, la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, mantiene sus

principios rectores de disposición y rogación y los que son consecuencia de éstos, como el de renunciabilidad que establecen los arts. 106 y ss LECr. El derecho de resarcimiento se constituye como un derecho subjetivo privado del ofendido, cuya renuncia sólo puede perjudicar a éste.

La STS 10-2-2010, nº 57/2010 proclama que, según el art. 110 L.E.Cr. el perjudicado es el único legitimado para ejercitar su derecho resarcitorio, conforme al principio dispositivo o de rogación, aunque también puede hacerlo el Mº Fiscal.

Así mismo la STS nº 365/2012, de 15 de mayo, nos recuerda que es doctrina consolidada de esta Sala, de la que son exponentes las sentencias 3-5 y 11-12-2001 y 26-10-2002, que "el tratamiento de la cuestión suscitada debe hacerse desde la perspectiva de los principios que informan la responsabilidad civil como acción que se ejercita en cada caso conjuntamente con la penal por las acusaciones, pero que en modo alguno pierde su autonomía, como se desprende de la regulación de los arts. 107 y ss LECr. Los principios dispositivos y de rogación, exigen la expresa declaración de voluntad de la parte dirigida al Tribunal sobre lo que se pide en relación con la responsabilidad civil, de forma que tiene una doble vinculación en relación con la petición en sí misma y con su contenido">>.

3.- Ciertamente que los razonamientos de la recurrente, apoyados en la forma dicha por el Ministerio Fiscal, deberían haber sido estimados, considerando, además, este Tribunal que, incluso aun cuando Mapfre no se hubiera adherido a sus pretensiones, la perjudicada dispondría de legitimación para sostenerlas. Y ello no solo porque, en su condición de acreedora, ostenta un interés legítimo para cuestionar el de los demás titulares de créditos que incidirían sobre el patrimonio del mismo deudor, sino muy especialmente teniendo en cuenta que la responsabilidad de Mapfre ha sido declarada en la sentencia que se impugna, hasta el límite de la suma asegurada, lo que refuerza, a nuestro parecer de modo incontestable, el interés legítimo de los acreedores en que no exceda su número del verdaderamente debido.

En cualquier caso, es muy claro que, estimados los recursos interpuestos por Sebastián y por la compañía BDO Auditores, S.L.P, siendo el primero absuelto de los delitos de falsedad de cuentas anuales y falseamiento de información económica y financiera, y la segunda de este último delito (único por el que había sido condenada en la instancia), el motivo del recurso queda ya sobrevenidamente sin objeto, en la medida en que, lógicamente, quedarán también sin efecto los pronunciamientos resarcitorios establecidos a cargo de Mapfre, en su condición de compañía aseguradora de aquélla.

SEXAGÉSIMO TERCERO.- Indevida aplicación del decomiso.- 1.- Considera también esta recurrente infringidos los artículos 127 a 129 del Código Penal, " en relación a la condena de D. Carlos Jesús , Dña. Joaquina y las mercantiles QUINTA DO SOBREIRO S.L. y KIWI ESPAÑA S.A., como autores de un delito de alzamiento de bienes, toda vez que la responsabilidad civil derivada de dicho delito consiste en la restitución de los bienes al patrimonio del deudor, no en su decomiso".

2.- En realidad, este motivo de impugnación, que debe ser estimado, percute sobre consideraciones que ya han sido analizadas aquí, –fundamento jurídico vigésimo octavo–, al abordar la que era, en sustancia, esta misma queja, mantenida entonces en el recurso interpuesto por Quinta do Sobreiro, S.L. y Kiwi España, S.A., fundamento a cuyo contenido debemos ahora remitirnos.

2.2.- Recurso de Silicon Metals Holding, L.L.C.-

SEXAGÉSIMO CUARTO.- 1.- El recurso de esta acusación particular se sustenta también sobre dos motivos de casación que, además, coinciden, en sustancia, con los mantenidos en el anterior.

En efecto, primeramente, al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se pretenden vulnerados los artículos 216, 217, 218 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar, en síntesis, que por lo que respecta a las responsabilidades civiles de la compañía aseguradora Mapfre, tan solo una parte de los posibles perjudicados dirigió frente a ella acción de reclamación. Entiende así la recurrente que únicamente con relación a éstos debería mantenerse el pronunciamiento resarcitorio a cargo de la compañía, so pena de vulnerar en otro caso las exigencias de los principios dispositivo y de rogación.

Por otro lado, el segundo y último motivo de impugnación, también por este mismo cauce previsto para los supuestos de infracción de ley, considera infringidos los artículos 109 a 122 del Código Penal y 127 a 129 de ese mismo texto legal, por considerar que, con relación a las cantidades que se encuentran depositadas en las dos cuentas abiertas por la acusada Joaquina , a nombre de la mercantil Quinta Do Sobreiro, en las entidades Millenium y Banif de la localidad portuguesa de Valença, lo procedente habría sido, no acordar el comiso de las mismas, sino restituir estos bienes al patrimonio del deudor, a fin de que queden afectos al cumplimiento de las responsabilidades económicas establecidas en la sentencia.



2.- Es claro que la identidad sustancial que presenta el objeto de ambos motivos de impugnación, en relación con el recurso anterior, releva aquí de la necesidad de redundar en las consideraciones que allí se tuvieron en cuenta, remitiéndonos íntegramente al contenido de los dos fundamentos jurídicos que anteceden a éste.

2.3.- Recurso de Luxempart, S.A.-

SEXAGÉSIMO QUINTO.- Se construye en este caso el recurso sobre la base de hasta cuatro motivos de casación.

Los dos primeros resultan, en sustancia, idénticos a los sostenidos por las otras dos acusaciones particulares y, en buena lógica, solo cabe remitirnos ahora a lo allí resuelto, con una sola salvedad. Con relación al segundo de ellos, la recurrente considera que los bienes cuyo decomiso se acuerda en la sentencia de instancia deberían ser reintegrados al patrimonio de SODESCO y no al del propio Carlos Jesús. Sin embargo, lo cierto es que el delito de alzamiento de bienes por el que éste resulta condenado determina como presupuesto necesario que el deudor, en perjuicio de sus acreedores, se deshaga u oculte una parte sustancial de su patrimonio. En el caso de que se hubiera considerado, frente a lo que proclaman los hechos probados, que el dinero fue devuelto por Pescanova a Sodesco como consecuencia del natural cumplimiento de un contrato previo de préstamo entre ambas (única hipótesis en la cual procedería la declaración que la recurrente interesa aquí: reintegración de dichas cantidades al patrimonio de Sodesco), ni habría lugar, en puridad, a la condena por el delito de alzamiento de bienes, ni esos bienes, una vez reintegrados al patrimonio de Sodesco, podrían (deberían) sujetarse a las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia recurrida, ninguna de las cuales se impone a la referida mercantil. Lo que la sentencia impugnada considera es que el capital prestado a Pescanova correspondía a Carlos Jesús, quien se sirvió de Sodesco para formalizarlo, a aquél debía ser devuelto y a su patrimonio debe ahora regresar, único modo, además, de que puedan satisfacerse con el mismo los créditos de los acreedores de éste. Téngase en consideración, a mayor abundamiento, que Sodesco resultó absuelta en la sentencia y, en coherencia con ello, ninguna responsabilidad civil se le impone.

SEXAGÉSIMO SEXTO.- El lucro cesante.- 1.- El tercer motivo del recurso, invoca alternativamente las previsiones contenidas en los artículos 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reputando vulnerados los artículos 1106 del Código Civil y 109 del Código Penal, al no haberse acogido la pretensión del recurrente relativa a que se incluyera en la reparación civil declarada a su favor el lucro cesante que resultaría justificado a través del informe pericial suscrito por Acurazzi. En el cuarto y último motivo de casación, articulado por el cauce previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española), precisamente, por no contener la sentencia impugnada explicación alguna justificativa de las razones por las que resultó excluida de la indemnización reclamada la partida correspondiente a la reparación del lucro cesante.

En tal sentido, argumenta quien ahora recurre que la resolución recurrida reconoce a Luxempart, S.A. la correspondiente indemnización por importe de 51.162.445 euros, como consecuencia de las cantidades invertidas en Pescanova, a partir de la falsa información que recibió y que determinó la condena de su autor como responsable de un delito de los previstos en el artículo 282 bis del Código Penal. Sin embargo, el informe pericial de Acurazzi, fechado el 5 de noviembre de 2019, que la propia Luxempart, S.A. aportó al procedimiento (obrante al folio 3145 del tomo IX del rollo de Sala), que no habría sido refutado ni contradicho por ningún otro elemento probatorio, vendría a poner de manifiesto que la pérdida causada como consecuencia de la inversión que la ahora recurrente efectuó en Pescanova debe comprender también el lucro cesante (no solo el daño emergente) que la referida falsa información le produjo.

Al hilo de lo establecido en dicho documento, explica la recurrente que el perjuicio que verdaderamente se le ha irrogado *"trasciende al mero cómputo de los desembolsos realizados por Luxempart para materializar su toma de participación en el capital de la compañía"*, considerando que deben ser también incluidas en ese concepto *"las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de la conducta ilícita del deudor"*. Ganancias dejadas de obtener *"vinculadas a las legítimas expectativas inherentes a la inversión realizada en Pescanova"*.

Profundizando en la cuestión, explica la recurrente que el cálculo del referido lucro cesante, conforme se sostiene en el mencionado informe, puede efectuarse a partir de alguna de las siguientes alternativas: o bien, proyectando cuál habría sido la razonable evolución de la cotización de las acciones de Pescanova, de haber resultado cierta la información financiera que ésta transmitía al mercado; o bien tomando en cuenta la rentabilidad que, con esa misma inversión, podría haber obtenido Luxempart colocándola en otros productos financieros parecidos o equivalentes. Añade también quien ahora recurre que: *"Las irregularidades contables, afloradas en febrero de 2013, no hacían más que sobrevalorar el precio de la acción de PESCANOVA al enmascarar su desmesurada deuda financiera y arrojar resultados ficticios, de modo que las compras de acciones y bonos realizadas por LUXEMPART en los años 2011 y 2012 lo fueron por un precio mucho mayor al que tenían en realidad. De hecho, a partir del momento en que llegó al mercado la noticia de la existencia de las*

referidas irregularidades, se produjo un desplome del valor de la inversión en acciones y bonos, que a día de hoy, se estima en 2.714.820 €, por lo que LUXEMPART ha perdido el 95% de su inversión".

Ambos cálculos alternativos resultaron efectuados en el informe pericial al que la parte se refiere. Así, "teniendo en cuenta la tasa esperada de rentabilidad ofrecida por otros activos con el mismo riesgo, el valor de la inversión de Luxempart", conduciría al establecimiento de una reparación total, incluyendo el mencionado lucro cesante, de 88.459.351 euros; mientras que, si se tomara como referencia la legítima expectativa de evolución de los valores de Pescanova, a partir de la situación económico financiera reflejada en sus cuentas, "la inversión de Luxempart en Pescanova alcanzaría actualmente, entre acciones y bonos, un valor de 83.395.716 €", que, deducido el valor actual de dichos activos, comportaría un perjuicio final de 81.499.954 euros.

Para concluir, añade la recurrente que entre los días 2 y 11 de junio de 2020, procedió a la venta de todas las acciones de Pescanova de las que era titular, habiendo obtenido por ellas la cantidad de 806.328,21 euros, que deberán ser descontados de su reclamación. "En consecuencia, el perjuicio total experimentado como consecuencia de la pérdida de la inversión realizada en Pescanova provocada por la actividad delictiva de los condenados, una vez descontado el importe correspondiente al ingreso de 806.328,21 € correspondiente a la venta de acciones, es de 87.653.022,79 €". Y, como corolario de sus pretensiones, concluye la recurrente interesando que: "[P]or esa Excm. Sala se modifique la cuantía de la responsabilidad civil fijada en la Sentencia de instancia, de manera que la misma incluya el lucro cesante y se fije en un total de 87.653.022,79 €, cantidad correspondiente al perjuicio sufrido por Luxempart con motivo de la pérdida de valor de los bonos y acciones de Pescanova (primer enfoque de El Informe "inversión alternativa"), es decir, la diferencia entre el valor de la inversión según la rentabilidad equivalente y el valor actual de las acciones de Pescanova una vez descontado el importe correspondiente a la venta de las acciones, o subsidiariamente estime el perjuicio experimentado en 81.499.954 € de acuerdo con la estimación de El Informe aplicando el criterio de expectativa legítima".

2.- En el cuarto y último motivo de impugnación reprocha la parte a la resolución recurrida que la misma habría vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, en relación con el 120.3 de dicho texto legal. Y ello porque la resolución impugnada "nada dice en cuanto a denegar a Luxempart la cantidad de daños que cuantifica el informe Accuracy... sin ni siquiera valorar la credibilidad de la prueba aportada en cuanto al importe íntegro de la acción civil ejercitada".

Añade la recurrente, en el desarrollo de esta queja, que la "incongruencia omisiva atenta contra el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva y que, de otro lado, en las cuestiones civiles ha regido siempre el principio de justicia rogada... Quizás el Tribunal a quo consideró que esas pruebas no eran suficientemente convincentes para ser tenidas en cuenta, o puede que ni siquiera reparara en su existencia. Sobre ello sólo podemos hacer conjeturas, porque el Tribunal, en flagrante contravención del mandato contenido en el artículo 120.3 de la Constitución Española, ha optado por guardar absoluto silencio al respecto. Es imposible saber, por tanto, si el rechazo de esas pruebas procede de un olvido del juzgador o de un juicio razonado, o si obedece a la pura arbitrariedad".

De forma coherente con el motivo que sustenta la queja, solicita la parte que se acuerde la nulidad de la sentencia recaída en la instancia, con reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, a fin de que sea dictada nueva resolución "con un fallo que cumpla el estándar constitucional de motivación de las resoluciones judiciales y valore en su integridad la prueba practicada".

3.- Por lo que al tercer motivo del recurso respecta, más allá de remitirnos en cuanto a las exigencias jurisprudenciales referidas a la aplicación del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se recuerdan en el fundamento jurídico séptimo, numeral 2, de esta sentencia, lo cierto es que la parte no se refiere tanto a la demostración de hechos que pudieran resultar del informe pericial invocado, potencialmente aptos para alterar el relato de los que se consideran probados en la sentencia impugnada, cuanto a las valoraciones o cálculos que aquel informe contiene, supuesta la necesidad de incorporar a la indemnización resultante por la inversión realizada como consecuencia de las falsas informaciones a las que se refiere el artículo 282 bis del Código Penal, el lucro cesante que asegura le fue producido.

No cuestionamos aquí, por descontado, que el lucro cesante sea un concepto incorporable a la responsabilidad civil derivada del delito. Al contrario, hemos afirmado repetidamente, por todas nuestra sentencia número 233/2021, de 11 de marzo, que: <<La indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso, como es el caso que nos ocupa, que realice el Tribunal de instancia, fijando el alcance material del "quantum" de las responsabilidades civiles por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede ser sometida a la censura de la casación por ser una cuestión totalmente autónoma y de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las

bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, lo que es igual, el supuesto de precisar o si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza>>. De un modo más concreto por lo que a esta cuestión respecta, la sentencia número 310/2020, de 15 de junio, categoriza que: <<En el perjuicio causado debe incluirse no sólo el valor económico del patrimonio afectado sino también los derechos patrimoniales del titular del patrimonio así como la finalidad patrimonial pretendida por el titular, lo que permite incluir en el ámbito de los perjuicios conceptos como el lucro cesante, las expectativas frustradas (STS 1232/2002, de 2 de julio) o el daño moral (STS 1/2007, de 2 de enero y 918/2008, de 3 de diciembre)>>.

En el caso, sin embargo, lo que el documento invocado por la parte determina (el referido informe Acurazzi), como no podía ser de otro modo, no es la procedencia de incorporar o no aquí a la indemnización determinada en el marco de la responsabilidad civil ex delicto el tan citado lucro cesante, –decisión que, evidentemente, corresponde al Tribunal–, sino los modos o alternativas que considera más razonables para su cálculo. Es decir, la parte toma como presupuesto de su razonamiento que, si invirtió determinadas cantidades en Pescanova como consecuencia de la falsa información que esta sociedad emisora de valores negociados en los mercados incorporó a los folletos de emisión o a las que debían publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, la indemnización resultante no debe limitarse a acordar la restitución íntegra del importe de las inversiones, tal y como asegura resolvió la sentencia impugnada, sino, que deberá incluir también el beneficio legítimo esperado (y que evidentemente no se obtuvo) o el que habría podido alcanzarse en la hipótesis de que esas mismas sumas hubieran sido invertidas en otros activos comparables a los que la falsa información referida proyectaba de Pescanova. Y a partir de este (pre)supuesto, el informe pericial que la parte acompañó se ocupa de cuantificar ambas alternativas. Dicho de otra manera: el informe pericial que invoca aquí la parte recurrente no tiene por objeto la prueba misma del lucro cesante como concepto indemnizable en el caso, aspecto que tiene mucho más de normativo que de fáctico, sino que, partiendo como supuesto de su procedencia, ofrece razonables alternativas para su cuantificación.

Resta determinar, sin embargo, si el lucro cesante debía, como el recurrente considera, ser o no incluido, en el caso, como concepto indemnizable. Ciertamente, al respecto no se halla en la sentencia impugnada más referencia, en cuanto a la indemnización interesada por Luxempart, S.A., que la que se contiene en su fundamento jurídico décimo séptimo, página 583, cuando señala: *"...el concurso medial engloba un cuarto delito, el de falseamiento de información económica y financiera, del que son autores..., quienes deberán asumir, de forma conjunta y solidaria los perjuicios causados a quienes, confiando en la realidad de los datos publicados invirtieron diversas cantidades durante los ejercicios de 2010, 2011 y 2012, ...*

Los perjudicados en este caso son:

En primer lugar, los inversores que han acudido al juicio y, dentro del mismo, se ha debatido la procedencia de las inversiones realizadas con la prueba que han estimado pertinente, dentro de este grupo deberán ser indemnizados los inversores siguientes:

-Luxempart, en la cantidad de 51.162.445 euros".

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO.- Incongruencia omisiva.- Así las cosas, la sentencia impugnada determina la indemnización correspondiente a Luxempart, S.A., que impone, como ya se ha explicado, a cuantos considera autores del delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal, cuantificándola en correspondencia con la total cantidad invertida por ésta (los referidos 51.162.445 euros), sin descontar de dicha cifra ni el valor de los activos *"a partir del momento en que llegó al mercado la noticia de la existencia de las referidas irregularidades"* (que la propia parte recurrente cifra en su recurso en la cantidad de 2.714.820 €); ni tampoco la cifra que Luxempart, S.A. reconoce haber obtenido posteriormente con su venta (806.328,21 €).

En estas circunstancias, y no existiendo pronunciamiento alguno respecto al lucro cesante en la resolución recurrida, podría, primeramente, considerarse que, siquiera de manera implícita, entendió el Tribunal de instancia que la cifra no descontada de la inversión inicial, ya se tomara la estimación del precio de los activos, una vez conocida la realidad económica de Pescanova, ya el importe de la venta posterior de los mismos, operaba como compensación por ese concepto.

En cualquier caso, si la parte ahora recurrente consideraba, –y había buenas razones para así entenderlo–, tal y como ahora sostiene, que la Audiencia Nacional había omitido realizar un pronunciamiento explícito respecto de esta pretensión indemnizatoria, por el concepto de lucro cesante, bien pudo haber activado los mecanismos legalmente previstos como correctores de la referida omisión. No lo hizo así. Sí solicitó, en cambio, con posterioridad al dictado de la sentencia, que se incluyeran, con respecto a la condena civil de la entidad aseguradora, los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, lo que efectivamente se determinó por auto aclaratorio de fecha 16 de octubre de 2020.



Este Tribunal, últimamente en nuestra sentencia número 852/2022, de 27 de octubre, ha venido a recordar que: <<... a partir de las sentencias 841/2010, de 6-10, y 922/2010, de 28-10, ha mantenido el criterio expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, de 20 de mayo; 444/2015, de 26 de marzo y 134/2016, de 24 de febrero, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo: "...es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (SSTS 1300/2011, 23 de noviembre, 1073/2010, 25 de noviembre, la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre, 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECrim".

Quien ahora lamenta el silencio del Tribunal a quo a la hora de dar respuesta a sus pretensiones, no reaccionó en el momento de la notificación de la sentencia combatida ni hizo valer el expediente que ofrece el art. 267.5º de la LOPJ>>. En el mismo sentido, se pronuncian, entre otras y solo a lo largo del pasado año, nuestras sentencias números 774/2022, de 22 de septiembre; 592/2022, de 15 de junio; 424/2022, de 28 de abril; 379/2022, de 20 de abril; 1025/2021, de 15 de marzo de 2022; 87/2022, de 21 de enero; o 46/2022, de 20 de enero.

El motivo se desestima.

Costas.-

SEXAGÉSIMO OCTAVO.- Habiendo sido estimados, en todo o en parte, los dieciocho recursos interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se declaran de oficio las costas devengadas como consecuencia de cada uno de ellos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar los recursos interpuestos, respectivamente, por la representación de Carlos Jesús , Sebastián , BDO Auditores, S.L., Mapfre España, compañía de seguros y reaseguros, S.A., Joaquina , Pescanova, S.A., Quinta do Sobreiro, S.L. y Kiwi España, S.A., Juan Francisco , Alexander , Jose Antonio , Sixto , Amadeo , Jose María , Virgilio , Vicente , Corporación Económica Delta, S.A., Silicon Metals Holding, L.L.C. y Luxempart, S.A.; contra la sentencia número 14/2020, de 6 de octubre, dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, aclarada por autos de fechas 13, 16 y 29 de octubre de 2020, que se casa y anula.

2.- Se declaran de oficio las costas devengadas como consecuencia de los anteriores recursos.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del órgano jurisdiccional del que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 5765/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 10 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional interpuestos por la representación legal de DON Sebastián , CORPORACIÓN ECONÓMICA DELTA, S.A., BDO AUDITORES S.L.P., DON Sixto , DON Vicente , DON Virgilio , DON Jose María , DON Jose Antonio , DON Carlos Jesús , DON Juan Francisco , DON Alexander , MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., QUINTA DO SOBREIRO, S.L., y KIWI ESPAÑA, S.A., DOÑA Joaquina , DON Baltasar , PESCANOVA, S.A., DON Alexander , SILICON METALS HOLDING, LLC, DON Amadeo , LUXEMPART, S.A., contra la Sentencia núm. 14/2020, de 6 de octubre, dictada por la sección cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el Rollo de Sala 1/2019, aclarada por Autos de 13, 16 y 29 de octubre de 2020, por la que se condenó a don Jose Antonio , como autor penalmente responsable de un delito de falsedad en documento mercantil; a don Amadeo , como autor penalmente responsable de un delito de estafa agravada; a don Baltasar , como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales, en grado de tentativa; a don Vicente , como autor de un delito de falseamiento de cuentas anuales u otros documentos; a don Carlos Jesús , como autor criminalmente responsable, en 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 don Alexander , don Virgilio , don Juan Francisco , don Sixto y don Jose María , 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; a don Sebastián , como autor responsable de un concurso medial de los delitos de falseamiento de cuentas anuales y falseamiento de información económica y financiera; 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 BDO Auditores S.L., como autora responsable de un delito de falseamiento de información económica y financiera; a don Carlos Jesús y a doña Joaquina , como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes; a Quinta do Sobreiro S.L. y Kiwi España, S.A.. como autoras de un delito de alzamiento de bienes. Se condena conjunta y solidariamente a los acusados: don Carlos Jesús , don Alexander , don Virgilio , don Juan Francisco , don Sixto , don Amadeo , don Jose María , don Vicente , don Sebastián , Pescanova y BDO Auditores S.L., a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnizen conjunta y solidariamente a los perjudicados reseñados en la sentencia; resolución que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En lo relativo al recurrente Carlos Jesús , procede absolver al mismo de los delitos de estafa agravada y falsedad en documento mercantil, que se le imputan.

Se mantiene, en cambio, su condena como autor de un delito continuado de falsedad en cuentas anuales (artículo 290 del Código Penal), en relación de concurso medial con un delito, también continuado, de falseamiento de información económico-financiera (artículo 282 bis, segundo párrafo, del mismo texto legal), con aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el número 6 del artículo 21 del Código Penal (dilaciones extraordinarias e indebidas).

En aplicación del artículo 77 del texto normativo referido, procede imponerle una pena superior a la que le habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada uno de los delitos. Siendo el delito más grave el señalado en el artículo 282 bis (pena de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses), debería imponerse la misma en su mitad superior al tratarse de una infracción continuada (artículo 74.1 del Código Penal), lo que nos sitúa en un nuevo marco penológico que se extiende entre los tres años, seis meses y un día de prisión a seis años, y los nueve a doce meses de multa; penas que, en atención al concurso de una circunstancia atenuante (dilaciones indebidas), debería ser impuesta próxima a su límite inferior.

No obstante, a la vista del concurso medial referido y habiendo de ser la pena finalmente impuesta mayor a la que corresponde, en el caso, al delito más grave, se le impondrá, en atención a consideraciones que han sido ya extensamente explicadas, la de cuatro años y seis meses de prisión y multa de diez meses, manteniendo la cuota diaria de cincuenta euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, en los términos previstos en el artículo 53.1 del Código Penal. Igualmente, se le impone la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para el ejercicio del comercio y la administración de sociedades mercantiles durante ese mismo tiempo. La cuota diaria de la pena de multa se reduce a cincuenta euros, –en lugar de los cien establecidos en la sentencia impugnada–, habida cuenta de que esa es la cuantía (50 euros), que se impone a este mismo acusado en la sentencia recurrida por el delito de alzamiento de bienes, sin que se advierta razón alguna para justificar dicha diferencia.

Se mantiene la condena de este acusado a reparar civilmente los perjuicios causados a los inversores en los términos establecidos en la sentencia de instancia y autos que la aclaran. Sin embargo, se resuelve dejar sin efecto el comiso de los fondos obrantes en la cuenta nº NUM006 del Banco Banif en Valença y el de la cuenta NUM005 del Banco Millennium BCP de Valença (Portugal), por un importe de 4.651.000 euros, acordándose, en su lugar, con declaración de nulidad de los negocios que determinaron su salida, la incorporación de dichos saldos al patrimonio de Carlos Jesús , así como el embargo de dichas sumas, que se destinarán al pago de las responsabilidades económicas establecidas en esta resolución.

Igualmente, se condena al acusado como autor de un delito de alzamiento de bienes, concurriendo la misma circunstancia atenuante, a la pena de un año y seis meses de prisión y multa de doce meses (coincidiendo esta última con la impuesta en la sentencia recurrida), con la cuota diaria de cincuenta euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas, en los términos previstos en el artículo 53.1 del Código Penal.

Se le condena al pago de las costas proporcionales devengadas en la instancia, incluyendo también proporcionalmente, las causadas a las acusaciones particulares. Habiéndose formulado acusación por un total de ocho delitos (los cinco por los que recayeron condenas, más los de insolvencia punible, uso de información relevante e impedimento de la actuación del organismo supervisor), la totalidad de las costas generadas deberá ser dividida en octavos; y dentro de cada octavo, este será distribuido, por iguales partes, entre los acusados por cada infracción, imponiéndose su parte a los condenados y declarándose de oficio las porciones restantes.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a los acusados Sebastián , BDO Auditores, S.L., Quinta do Sobreiro, S.L., Kiwi España, S.A., Jose Antonio y Amadeo corresponde absolver a todos ellos de los delitos por los que resultaron condenados en la instancia.

Igualmente, procede absolver a la mercantil Mapfre España, compañía de seguros y reaseguros, S.A. de las pretensiones civiles formuladas contra ella.

TERCERO.- En lo concerniente a la acusada Joaquina , procede mantener su condena como cooperadora necesaria de un delito de alzamiento de bienes, con aplicación de las prevenciones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal y de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Se le impone, en consecuencia, la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses, con una cuota diaria de veinticinco euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago en los términos establecidos en el artículo 53.1 del Código Penal, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, condenándola al pago proporcional de las costas causadas, con inclusión, en la misma proporción, de las devengadas a instancia de las acusaciones particulares.

CUARTO.- Por lo que respecta a la acusada Pescanova, S.A., se absuelve a la misma por el delito de estafa agravada por el que fue condenada en la primera instancia. Se mantiene, sin embargo, su condena por el delito de falseamiento de información económica y financiera, con la atenuante analógica de confesión, a la misma pena de dos años de multa que le resultó impuesta en la resolución recurrida (en cuanto constituye el límite mínimo previsto en el artículo 288, 2º a) del Código Penal), a razón de una cuota diaria de treinta euros y al pago de las costas en la proporción ya referida.

Igualmente, deberá indemnizar a los inversores defraudados en las cantidades establecidas en la sentencia que se impugna, con las precisiones establecidas en los autos de aclaración.

QUINTO.- 1.- Finalmente, y por lo que concierne a los condenados Juan Francisco , Alexander , Jose María y Virgilio , procede absolver a todos ellos de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa, por los que resultaron condenados en la instancia.

Se mantiene, sin embargo, también respecto de todos ellos, la condena como cooperadores necesarios de un delito continuado de falsedad en las cuentas anuales (artículo 290 del Código Penal), con aplicación de las prevenciones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal y de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

No procede hacer aplicación del segundo párrafo de dicho precepto, en la medida en que la sentencia impugnada no determina, con la indispensable fijeza y rotundidad, que dicha conducta llegare a producir perjuicio económico (perjuicio que se asocia en exclusiva a la comisión del delito previsto en el artículo 282 bis del Código Penal).

La pena prevista en abstracto para el mencionado delito continuado de falsedad en las cuentas anuales se fija entre dos y tres años de prisión y multa de nueve a doce meses. Como quiera que procede reducir la pena en un grado, por aplicación de lo previsto en el artículo 65.3 del Código Penal, ésta se sitúa entre un año de prisión y dos años menos un día, y multa de cuatro meses y quince días a nueve meses menos un día. Concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, deben ser condenados a la pena de un año y tres meses de prisión y seis meses de multa, a razón de una cuota diaria de diez euros (que es la misma establecida en la sentencia impugnada), con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en los términos establecidos en el artículo 53.1 del Código Penal. Igualmente, se les impone la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y pago proporcional de las costas, incluyendo, en esa misma proporción, las causadas a instancia de las acusaciones particulares.

2.- En la misma situación que los anteriores se encuentra el acusado Sixto , aunque se modula la pena que le resulta concretamente impuesta en atención a su situación funcional en el organigrama de la empresa, reduciéndose la pena privativa de libertad a un año de prisión y la de multa a cuatro meses y quince días, con la misma cuantía diaria de diez euros.

3.- Respecto al acusado Vicente , se mantiene su condena como cooperador necesario del delito de falsedad en las cuentas anuales, único por el que resultó condenado en la sentencia impugnada, con aplicación de las previsiones del artículo 65.3 del Código Penal y de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Se le impone la pena de un año y tres meses de prisión y multa de seis meses, a razón de una cuota diaria de diez euros (que es la misma establecida en la sentencia impugnada), con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en los términos establecidos en el artículo 53.1 del Código Penal. Igualmente, se le impone la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y pago proporcional de las costas, incluyendo, en esa misma proporción, las causadas a instancia de las acusaciones particulares.

SEXTO.- Por lo que respecta a las costas de la instancia, conforme ya se ha explicado, habiéndose formulado acusación por un total de ocho delitos (los cinco por los que recayeron condenas, más los de insolvencia punible, uso de información relevante e impedimento de la actuación del organismo supervisor), la totalidad de

las costas generadas deberá ser dividida en octavos; y dentro de cada octavo, este será distribuido, por iguales partes, entre los acusados por cada infracción, imponiéndose su parte a los condenados y declarándose de oficio las porciones restantes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Absolver a Sebastián , BDO Auditores, S.L., Quinta do Sobreiro, S.L., Kiwi España, S.A., Jose Antonio y Amadeo , de los delitos por los que resultaron condenados en la sentencia impugnada; con declaración de oficio de la porción de costas que a ellos corresponde. Y absolver, igualmente, a la mercantil Mapfre España, compañía de seguros y reaseguros, S.A. de las pretensiones civiles formuladas contra ella.

2.- Condenar al acusado, Carlos Jesús como autor de un delito continuado de falsedad en las cuentas anuales, en relación de concurso medial con un delito, también continuado, de falseamiento de información económico-financiera, concurriendo respecto de ambos ilícitos la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de prisión y multa de DIEZ MESES, con una cuota diaria de cincuenta euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, en los términos previstos en el artículo 53.1 del Código Penal. Igualmente, se le impone la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para el ejercicio del comercio y la administración de sociedades mercantiles durante ese mismo tiempo.

Se mantiene la condena de este acusado a reparar civilmente, de forma conjunta y solidaria con la mercantil Pescanova, S.A., los perjuicios causados a los inversores en los términos establecidos en la sentencia de instancia y autos que la aclaran.

Igualmente, se condena al acusado como autor de un delito de alzamiento de bienes, concurriendo la misma circunstancia atenuante, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión y multa de DOCE MESES, con la cuota diaria de cincuenta euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas, en los términos previstos en el artículo 53.1 del Código Penal.

Se acuerda dejar sin efecto el comiso de los fondos obrantes en la cuenta nº NUM006 del Banco Banif en Valença y en la cuenta NUM005 del Banco Millennium BCP de Valença (Portugal), por un importe de 4.651.000 euros, acordándose, en su lugar, con declaración de nulidad de los negocios que determinaron su salida, la incorporación de dichos saldos al patrimonio de Carlos Jesús , acordando el embargo de dichas sumas, que se destinarán al pago de las responsabilidades económicas establecidas en esta resolución.

Se absuelve al acusado del resto de las acusaciones formuladas contra él.

Todo ello, con imposición de las costas causadas en la instancia, en la proporción correspondiente, incluidas las de la acusación particular.

3.- Condenar a Joaquina como cooperadora necesaria de un delito de alzamiento de bienes, con aplicación de lo previsto en el artículo 65.3 del Código Penal y de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de seis meses de prisión y multa de seis meses, con una cuota diaria de veinticinco euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago en los términos establecidos en el artículo 53.1 del Código Penal, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, condenándola al pago proporcional de las costas causadas, con inclusión, en la misma proporción, de las devengadas a instancia de las acusaciones particulares.

4.- Condenar a Pescanova, S.A. como autora de un delito de falseamiento en la información económico-financiera, con aplicación de la circunstancia atenuante de confesión, a la pena de multa de DOS AÑOS, con una cuota diaria de treinta euros y al pago proporcional de las costas.

Igualmente, deberá indemnizar a los inversores perjudicados, de forma conjunta y solidaria con Carlos Jesús , en las cantidades establecidas en la sentencia que se impugna, con las precisiones establecidas en los autos de aclaración.

5.- Absolver a los acusados Juan Francisco , Alexander , Jose María y Virgilio de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa agravada, con declaración de oficio de las costas causadas en la proporción que a éstos corresponde.

6.- Condenar a los acusados Juan Francisco , Alexander , Jose María y Virgilio como cooperadores necesarios de un delito continuado de falsedad en las cuentas anuales, con aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal y de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año

y tres meses de prisión y seis meses de multa, a razón de una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en los términos establecidos en el artículo 53.1 del Código Penal. Igualmente, se les impone la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y pago proporcional de las costas, incluyendo, en esa misma proporción, las causadas a instancia de las acusaciones particulares.

7.- Absolver al acusado Sixto de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa agravada, con declaración de oficio de las costas causadas en la proporción que a éste corresponde.

8.- Condenar Sixto como cooperador necesario de un delito continuado de falsedad en las cuentas anuales, con aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal y de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año de prisión y cuatro meses y quince días de multa, a razón de una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en los términos establecidos en el artículo 53.1 del Código Penal. Igualmente, se le impone la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y pago proporcional de las costas, incluyendo, en esa misma proporción, las causadas a instancia de las acusaciones particulares.

9.- Condenar a Vicente como cooperador necesario de un delito continuado de falsedad en las cuentas anuales, con aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 65.3 del Código Penal y de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año y tres meses de prisión y seis meses de multa, a razón de una cuota diaria de diez euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, en los términos establecidos en el artículo 53.1 del Código Penal. Igualmente, se le impone la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y pago proporcional de las costas, incluyendo, en esa misma proporción, las causadas a instancia de las acusaciones particulares.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del órgano jurisdiccional del que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.