



Roj: SAN 1572/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1572
Id Cendoj: 28079220032016100013
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 3/2016
Nº de Resolución: 18/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: JUAN PABLO GONZALEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD. NACIONAL SALA PENAL SECCIÓN 3 MADRID

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN 3ª

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA Nº. 3/2016

Órgano de Origen: Juzgado Central de lo Penal

Proveniente de Diligencias Previas 238/10

Juzgado Central de Instrucción nº 5

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D.F. Alfonso Guevara Marcos

D. Juan Pablo González González

D. Fermín Echarri Casi

SENTENCIA Nº. 18/ 2016

En Madrid, a trece de mayo de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de febrero de 2016 el Juzgado Central de lo Penal nº 1 de Madrid dictó sentencia nº 5/2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Jose Augusto e Juan Alberto como coautores de un delito societario de falsedad contable a la pena, a cada uno de ellos, de dos años de prisión, con la accesoria correspondiente de inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito o del sector financiero durante el tiempo de la condena y una multa de nueve meses con cuota diaria de 111 € (en total cada uno de ellos 29.970 € de multa) asimismo satisfarán la mitad y a partes iguales las costas causadas Incluidas las de la acusación particular y popular.

Asimismo les debo absolver y les absuelvo del delito societario de administración fraudulenta".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia las representaciones procesales de Jose Augusto y de Juan Alberto han interpuesto recurso de apelación.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en el traslado conferido, ha formulado su oposición al recurso de oposición en su informe de fecha 14 de abril de 2016.

Asimismo impugnan el presente recurso las representaciones del Banco Castilla la Mancha S.A. y ADICAE.

CUARTO.- Elevado a esta Sala el Procedimiento Abreviado nº 6/15, lo que dio lugar a la formación del presente Rollo de RAS nº. 3/2016, quedando las actuaciones para su deliberación y votación.

QUINTA- Se dan por reproducidos los Antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Pablo González González.

HECHOS PROBADOS.

ÚNICO.- Se mantienen y se aceptan los hechos probados de la resolución recurrida, que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- Se tienen por reproducidos los argumentos invocados en la resolución impugnada, y que se comparten en lo sustancial y coincidente.

SEGUNDO.- Como punto de partida es conveniente, con la finalidad de dar adecuada respuesta a todas las cuestiones jurídicas que han sido planteadas por ambos recurrentes, distinguir entre el recurso interpuesto por la defensa de don Juan Alberto y el recurso Interpuesto por la defensa de don Jose Augusto , contestando a los diferentes motivos de impugnación, si bien con remisión a lo ya expuesto cuando se detecte reiteración en la formulación de los argumentos.

Con relación al error en la valoración de la prueba, cabe recordar con carácter general que nos encontramos ante un recurso de apelación, y que, por tanto, es el órgano judicial que ha dictado la sentencia ahora objeto de recurso el que ha practicado de manera directa y personal la prueba en el acto del plenario sin que este tribunal haya intervenido en la misma. No es por ese motivo ajustado a derecho pretender sustituir la valoración de la prueba realizada en instancia por el juzgador a quo conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde la privilegiada perspectiva de la intermediación judicial, pues si se entra a revisar y corregir la valoración y ponderación de los medios de prueba practicados por el tribunal de instancia, no respetando los tan mencionados principios de intermediación y contradicción, sería cuando no se respetaría y quedaría vulnerado el derecho un proceso con todas las garantías constitucionales establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española .

Es por ello que el juez o tribunal ad quem no puede llegar nunca a sustituir sin más el criterio valorativo del juez a quo, y es por ello por lo que únicamente cuando se justifique de algún modo que ha existido error notorio en la apreciación de algún elemento probatorio procede revisar aquella valoración lo que, adelantamos, no sucede en este procedimiento seguido contra los apelantes.

Efectivamente, de lo que se trata es determinar si el Magistrado Juez Central de lo Penal ha incurrido en error en cuanto a la determinación del mínimo probatorio exigido para que pueda dictarse sentencia condenatoria sin infringir el derecho fundamental a la presunción de inocencia, así como examinar si en la valoración de la prueba llevada a cabo por el mismo y que le llevó declarar la condena de los acusados como autores del hecho delictivo se ha incurrido por su parte en manifiesto error o se ha alcanzado una conclusión arbitraria, ilógica o irrazonable.

SEGUNDO.- Análisis de los motivos de la impugnación.

Recurso interpuesto por don Juan Alberto .

Los motivos de la impugnación son los siguientes:

a) Error en la valoración de la prueba al atribuir a la Juan Alberto la condición de administrador de hecho de la entidad Caía Castilla La Mancha (en adelante CCM), vulnerando con ello los artículos 4.1 y 290 del código penal y 24 CE sobre presunción de inocencia.

Sostiene el recurrente como base de su primer alegato que la sentencia apelada, al atribuir a don Juan Alberto la condición de administrador de hecho, incurre en flagrante error en la apreciación y valoración de la prueba, considerando que conforme a los estatutos de la entidad ha actuado siempre bajo la superior autoridad del consejo de administración, al que no puede suplir en ningún caso, pues no dispone de la autonomía decisoria y del control sobre los actos que son típicos de un auténtico administrador de hecho y que, en cuanto a la presentación de las cuentas, se ha limitado a realizar propuestas y no a adoptar decisiones, que competen sólo a los miembros del consejo de administración sin que el hecho de que dicho consejo le haya encomendado cumplir los requerimientos dirigidos por el Banco de España en octubre de 2008 le convierta en administrador, porque es "una tarea material ordinaria que en su condición de empleado le encomienda el órgano administrador".

Esta cuestión ya fue objeto de amplio debate en la instancia y al respecto el Juez Central se ha pronunciado con claridad en los siguientes términos "según el artículo 157.3 de la mencionada Ley de Sociedades de Capital 1/2010 a los efectos sancionadores se reputarán como responsables de la infracción a los administradores considerándose tales no sólo los miembros del consejo de administración sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora. En cuanto a los administradores de hecho serán todos aquellos que han ejercido tales funciones en nombre de la sociedad entendiéndose desde el punto de vista penal que es administrador de hecho toda persona que por sí sola o conjuntamente con otros adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, "quien de hecho manda o quién gobierna desde la sombra". Así SSTs 816/2006 de 26 julio y 286/2012 de 19 abril".

También se nos dice cómo el testigo Geronimo, a la sazón secretario general de la CCM, y perfecto conocedor de su funcionamiento, relató en el plenario que "Juan Alberto ... funciona a manera de "guía" diría de los demás haciendo prevalecer sus decisiones" y concluye la sentencia afirmando que "en suma y para concluir conforme establece la STS 134/2013 es administrador de hecho quien gestiona diariamente una sociedad, por tanto ambos acusados pueden ser considerados administradores de hecho en el aspecto concreto de cerrar y enviar las cuentas desatendiendo los requerimientos del Banco de España, siendo ambos acusados quienes trataron con el Banco de España la forma de cumplirlos, o dicho más adecuadamente, de incumplirlos", conclusión que se comparte plenamente.

Sabido es que en derecho penal se opera con un concepto de administrador de hecho que no coincide con el concepto mercantil y que se encuentra vinculado al dominio del hecho que tiene una determinada persona física. Adicionalmente, los vaivenes jurisprudenciales, que restringen y amplían el concepto de administrador de hecho, son decisivos para seguir la evolución de la Interpretación de este precepto, si bien se viene considerando que quienes se comporten como administradores, aun sin previo nombramiento, si su actuación "se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo" serán administradores de hecho con la posibilidad de aplicar dicho concepto a directores generales y altos directivos.

Es conveniente poner de relieve en este punto que la condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es "el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege" (STS 822/2015, de 14 diciembre)

En el caso concreto, al recurrente le fue encomendado expresamente por el consejo de administración en su reunión extraordinaria del 12 diciembre 2008 el cumplimiento de los requerimientos formulados por el Banco de España, que incluían la realización de los ajustes contables que fueron omitidos en los estados financieros del año 2008 remitidos al Banco de España en febrero de 2009, comportándose en todo momento como administrador de hecho al asumir la responsabilidad de elaborar las cuentas, siendo quien en unión del Presidente adoptaba las decisiones, quien de hecho envió las cuentas en febrero de 2009.

b) Error en la apreciación y valoración de la prueba, al atribuir a unos estados provisionales incompletos, por haberse publicado sólo parcialmente la condición de documentos que deban reflejar la situación económica de la entidad, con nueva infracción de los artículos 4.1 y 290 del Código penal .

Considera el recurrente que, a diferencia de lo referido a las cuentas anuales, la elaboración de los estados provisionales es una tarea material propia de la actividad ordinaria de la empresa, que dichos estados constituyen un conjunto unitario habiéndose publicado y difundido sólo una parte mutilada del conjunto como son el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, que el supervisor debe verificar la correcta confección de los estados y que si existió alguna situación de peligro, derivará de quien no cumplió su deber de revisión.

La argumentación expuesta por el apelante no resulta en modo alguno convincente, siendo claro que los estados financieros remitidos al Banco de España, aún siendo provisionales, eran documentos que debían reflejar la situación económica de la entidad a los efectos de Integrar el tipo previsto en el artículo 290 del Código penal .

Por su parte, el Ministerio fiscal en su informe subraya lo manifestado en el plenario por los inspectores del Banco de España y la jurisprudencia del TS sobre cuáles son los "documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico" entre los que de manera clara y terminante se encuentran "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 figura en el mercado" con cita de la STS 1270/2013 .

En la reciente STS 822/2015, de 14 de diciembre , reiterando las STSS 655/2010, de 13 de julio , y 194/2013, de 7 de marzo , se afirma "que el tipo descrito en el art. 290 del C. Penal consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El falseamiento puede serlo de las "cuentas anuales" o de "otros documentos". 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 solo 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 del C. Penal 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 (STS 1458/2003, de 7-11)."

Y en cuanto al núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010 , "falsear" en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la Información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una Información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (art. 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

El delito se comete cuando se falsean las cuentas "de forma idónea" para causar "un perjuicio económico". Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad (la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (Párr. 1º), y otro de resultado, cuando se ha producido (Párr. 2º).

Por otro lado, no podemos obviar el contenido de las normas 4ª y 5ª de la Circular 4/ 2004 del Banco de España que establecen que las entidades de crédito, con Independencia de formular y publicar las cuentas anuales Individuales que dispone el Código de Comercio, remitirán al Banco de España, para su publicación, los balances, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de ingresos y gastos reconocidos, estado total de cambios en el patrimonio neto y estados de flujos en efectivo, disponiendo que la difusión de esta información, en lo relativo a las cajas de ahorro, la realizará la CECA.

Alega también el recurrente que remitió al Banco de España los cinco estados contables anteriormente mencionados, pero que la CECA únicamente publicó dos de ellos, el balance y la cuenta de resultados, no ofreciendo por tanto una imagen completa de la situación financiera de la entidad, así como que el Banco de España no procedió a su revisión, y que eran cuentas provisionales.

Dicha cuestión carece de relevancia pues los documentos publicados eran los más relevantes y falseaban gravemente la realidad financiera de la entidad, sin que el Banco de España tenga la obligación de comprobar la corrección de los estados financieros y, caso de haber advertido que eran incorrectos, no haberlos mandado a la CECA para su publicación. Los inspectores del Banco de España explicaron en el juicio que la comprobación que realiza el organismo es meramente formal, y que en modo alguno tiene la obligación de efectuar una labor de supervisión, comprobación o filtro de los datos. En todo caso, la falsedad, que es un delito de riesgo, se consuma con la elaboración de los estados y su remisión al organismo para su publicación, siendo irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente publicadas, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado.

En la sentencia recurrida también se nos dice que "una cuenta, aun cuando tenga el carácter de provisional no tiene por qué ser falsa o inveraz... en suma al 31 diciembre 2008 se hizo constar a la opinión pública, o si se quiere al mercado, que CCM había obtenido ganancias, cuando su situación financiera era tan crítica que apenas tres meses después fue intervenida por el Banco de España", argumentos que la Sala no puede sino compartir plenamente.

c) Error en la apreciación y valoración de la prueba, al tener por falsos unos estados provisionales que no lo son, con infracción del artículo 290 del código penal .

En este motivo se reiteran en gran medida las alegaciones efectuadas en el apartado precedente a las que ya se ha dado respuesta. Añade el apelante que en el expediente sancionador que el propio Banco de España siguió frente al recurrente así como frente a la propia CCM y otras personas no se considera existente irregularidad contable que impida conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, añadiendo que la cuestión primordial es que en el conjunto enviado se mostraban pérdidas del ejercicio, por Importe de 163,07 millones de unos y no beneficios, dado que, si las provisiones de cartera a que correspondía la discusión y el requerimiento efectuado por el banco de España debían reflejarse en la cuenta de pérdidas y ganancias o en ajustes a patrimonio neto, constituye una disquisición técnica acerca de la cual ni siquiera los eminentes expertos que han declarado como peritos alcanzaron consenso, si bien acepta como más ortodoxo lo primero que lo segundo.

Sobre esta cuestión, la sentencia se ha pronunciado con absoluta precisión remitiéndose, entre otros elementos probatorios, al testimonio del señor Rafael , perito propuesto por la defensa de Jose Augusto quien afirma que "contablemente es indiferente que las pérdidas se consignen en el patrimonio neto pero socialmente no tiene el mismo valor que se consigne en esa partida que en la cuenta de resultados".

Lo que ocurrió es que los acusados, desatendiendo el encargo efectuado por el consejo de administración de diciembre de 2008 alteraron la cuenta de resultados para que reflejara unos beneficios inexistentes en el cierre del ejercicio en diciembre de 2008 y que este falseamiento era un medio idóneo para causar perjuicio económico a terceras personas a quienes iba dirigida, todas las personas que operan económicamente con la entidad (posibles inversores, clientes, etc.), personas que si bien entienden perfectamente lo que significa que una entidad haya tenido beneficios en lugar de pérdidas, no tienen por qué conocer lo que implica un ajuste por valoración en el patrimonio neto.

Además no podemos olvidar un dato que resulta decisivo: el Banco de España es la máxima autoridad en materia de contabilidad de las entidades de crédito pues conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la ley 26/1988, de 29 julio , sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que faculta al Ministerio de economía para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a los que debe sujetarse el balance en la cuenta de resultados de las entidades de crédito, facultad que fue encomendada al Banco de España mediante orden de 31 marzo 1989, de modo que la Circular 4/2004 del banco de España se aplica con preferencia, en virtud de la delegación normativa conferida al Banco de España por la propia ley.

Pues bien, es Incuestionable que conforme a dichas normas de contabilidad, que eran de obligado cumplimiento, no pueden considerarse correctos unos estados financieros que se apartan radicalmente de los criterios contables dictados por el Banco de España. El requerimiento efectuado para la contabilización de las minusvalías de determinados valores en la cuenta de resultados era consecuencia directa de unos criterios contenidos en la mencionada Circular, que eran claros y diáfanos, en concreto, en el apartado 19 de su norma 29 se establece "cuando existan evidencias objetivas de que el descenso del valor razonable de un valor se deba a su deterioro, tal como una caída durante un período de un año y medio y de un 40% en su cotización, las minusvalías latentes reconocidas como ajustes de valoración en el patrimonio neto se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias. Si con posterioridad se recuperan todas o parte de las pérdidas por deterioro, su importe se reconocerá directamente en la correspondiente partida de ajustes por valoración del patrimonio neto".

d) Error en la apreciación y valoración de la prueba al atribuir a don Juan Alberto la condición de autor del envío y confección de los estados provisionales al Banco de España.

El motivo tampoco puede tener acogida, pues actuando el recurrente en su condición de administrador de hecho, y siendo el máximo responsable de la elaboración de las cuentas y de que se cumplieran los requerimientos y los ajustes exigidos por el Banco de España, ninguna relevancia tiene quien confeccionara materialmente las cuentas y quien las enviará al Banco de España. En todo caso, es claro que el recurrente era plenamente consciente de que los ajustes no se habían realizado y que los estados financieros remitidos al Banco de España no reflejaban la situación real de CCM en cuanto a los resultados del ejercicio 2008, ni cumplían con las normas de contabilidad establecidas por el Banco de España para las entidades de crédito.

e) Error por la no apreciación del atenuante de dilaciones indebidas.

La sentencia combatida explica los motivos por los que no procede apreciar la concurrencia de dicha circunstancia atenuante. Es obvio que un instrucción algo superior a cuatro años no puede ser considerada

excesiva en un asunto de la complejidad del ahora contemplado en el que se ha practicado una muy extensa prueba pericial dirigida al examen detallado del modo en que se desarrollaron gran número de operaciones bancarias y a la determinación del eventual perjuicio derivado de las mismas, sin que el hecho de que gran parte de dicho tiempo haya sido empleado a la investigación de otro delito del que finalmente han sido absueltos los acusados, el de administración desleal del artículo 295 del código penal, constituya circunstancia que determine la existencia de dilación indebida dada la imposibilidad de dividir la causa.

TERCERO.-

Recurso formulado por don Jose Augusto .

Los motivos de la impugnación son los siguientes:

a) Error en la apreciación de la prueba.

Al respecto nos remitimos a lo ya expuesto con carácter general sobre el alcance y límites del recurso de apelación en lo que se refiere a la valoración de la prueba.

Sostiene el recurrente que no pretende en ningún caso poner en tela de juicio la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el juzgador a quo, para a continuación señalar que pretende una revisión de la prueba practicada.

Pues bien, no se advierte en el desarrollo argumental de la sentencia recurrida ningún error notorio que necesite ser corregido o conclusión que sea arbitraria, ilógica o irrazonable.

En el recurso se analizan desde su particular visión una serie de declaraciones para sostener como conclusión que el presidente del consejo de administración no tenía funciones ejecutivas. Lo relevante es que el señor Jose Augusto era administrador de derecho y de hecho de la entidad. Resulta absurdo pretender lo contrario, pues presidía el consejo de administración, la comisión ejecutiva, percibía un sueldo con dedicación exclusiva, y todos los testimonios coinciden en que tomaba todas las decisiones de mayor relevancia en el ámbito de la entidad, sin perjuicio de que posteriormente fueron ratificadas por los órganos de gobierno.

b) Infracción del precepto penal por incorrecta aplicación del artículo 290 del Código penal a los hechos.

Descansa la argumentación del señor Jose Augusto en la imposibilidad de equiparar los estados financieros remitidos al Banco de España con las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, manteniendo que en ningún caso los mencionados estados financieros, por su conocido carácter provisional, cumplen con esta finalidad de mostrar al público la situación económica de la entidad, y en la imposibilidad de subsumir los hechos probados en la conducta típica del delito de falseamiento del artículo 290 del código penal, por entender que los estados financieros presentados por CCM al Banco de España muestran la situación económica general de la empresa, insistiendo en que la inclusión de las minusvalías en patrimonio neto es una operación contable perfectamente ortodoxa y que no supone una falsificación o alteración del balance de la situación económica general de la empresa.

Este motivo coincide en gran medida con el segundo motivo del recurso formulado por don Juan Alberto, a cuya respuesta nos remitimos para no incurrir en reiteraciones Innecesarias.

Únicamente cabe reiterar, como ya se indicó anteriormente, en primer lugar, que los estados financieros remitidos vulneraban las normas contables establecidas por el Banco de España, que eran de obligado cumplimiento, pues si bien incluir las pérdidas por minusvalías en el patrimonio neto puede ser considerado ortodoxo, no lo es no reflejarlas en la cuenta de resultados, tal y como exige con claridad la norma 29.19 de la circular 4/2004 y el propio Banco de España había ordenado expresamente, y en segundo lugar, que el hecho de tratarse de estados provisionales no significa que la información que dichos estados ofrecen al público no haya de ser veraz y fiable.

En el mismo sentido, el propio perito Don. Rafael, propuesto por el recurrente, manifestó en el acto del juicio que tenía que haberse cumplido la Circular 4/2004, lo que no se hizo.

En definitiva, el Banco de España había ordenado expresamente llevar las plusvalías y deterioros a la cuenta de resultados, y todos los peritos coinciden en que eso es lo que tenían que haber hecho, no sólo porque lo ordena el Banco de España, que es la autoridad competente, sino porque lo exige la normativa contable.

No puede decirse, como hace el recurrente, que todos los documentos contables son una unidad de modo que del conjunto de todos ellos resultaría la imagen fiel, pues lo cierto es que la unidad de los documentos se predica de las cuentas anuales que el empresario de aprobar para su depósito en el Registro Mercantil, pero

no de la información contable de que estamos tratando, pues la Circular 4/2004 no los considera una unidad en la medida en que se remiten separadamente y en períodos distintos. No forman una unidad puesto que se confeccionan y remiten separadamente y además cada uno de ellos ofrece una Información particular. La cuenta de resultados Informa de sí habido beneficios o pérdidas en un determinado período tiempo, no Informa sobre el patrimonio de la sociedad. Y desde luego, una cuenta de resultados no puede reflejar beneficios cuando en realidad tuvo pérdidas, y si lo hace, debe considerarse que incurre en falsedad.

Tampoco es cierto que el cumplimiento del requerimiento relativo a la contabilización de las minusvalías de la cartera de valores en la cuenta de resultados supusiera un arduo trabajo de modificación contable, teniendo en cuenta los medios de los que la CCM disponía, o que un hombre medio hubiera sido capaz de detectar que se habían producido pérdidas en lugar de los beneficios que figuraban en la cuenta de resultados, pues un hombre medio es el que se limita a tomar conocimiento de lo publicado los medios de comunicación reflejando que " CCM cerró 2008 con un beneficio consolidado de 29,86 millones de euros" o en el mejor de los casos, el que accede a las publicaciones de la CECA.

En cuanto a la pretendida inidoneidad para causar peligro, reproduce el recurrente las alegaciones efectuadas por la defensa de don Juan Alberto que pretende hacer culpable de los hechos al Banco de España por no haber supervisado previamente las cuentas antes de remitirlas a la CECA.

No remitimos a lo ya expuesto con anterioridad al dar respuesta a dicho alegato.

La sentencia recurrida expone con detalle por qué las cuentas así falseadas eran aptas para causar un perjuicio a terceros, en particular, a potenciales inversores. Así se indica que "este artículo contempla un delito de riesgo o de peligro, por cuanto no se trata de que expertos financieros o doctos contables conozcan una exacta y altamente precisa situación económica de la sociedad sino que se busca proteger a los ciudadanos que se relacionen con la misma, en definitiva, pequeños inversores y depositantes y en general cualquiera que se relacione con la entidad de crédito pues natural y obviamente no se producirá esta relación de la misma manera que en la cuenta de resultados se informan pérdidas que si se dan ganancias".

A ello cabe añadir el hecho de que CCM había emitido participaciones preferentes y que la remuneración de las mismas estaba vinculada a la existencia de beneficios en la sociedad, aun cuando posteriormente fueran amortizadas, lo que explica que no haya sido aplicado el subtipo agravado.

c) Indebida aplicación del artículo 11 del código penal en relación con el artículo 28 del mismo texto legal .

Sostiene el recurrente, en síntesis, que el artículo 290 del Código penal configura un delito especial, en el que sólo los administradores de hecho y de derecho pueden ostentar la condición de sujetos activos, extendiéndose sobre la consideración de que es imposible atribuir dicha condición al señor Jose Augusto .

Sobre esta cuestión damos por reproducido lo ya expuesto en el fundamento de derecho 2º.

Según la tesis de la defensa en CCM no habría administradores, ni de hecho ni de derecho. Las decisiones se adoptaban por los órganos colegiados en cuyo seno la responsabilidad se diluía y el señor Jose Augusto limitaba su participación a "la adopción de políticas y objetivos generales de la CCM, sin tomar en ningún caso decisiones concretas ni individualmente ni en colaboración con otros" añadiendo de manera tajante que "en ningún caso ejercía funciones propias de administrador". Ciertamente sorprende en quien es presidente del consejo de administración, cobra un salario con dedicación exclusiva, que pese a ello afirme tajantemente que "todo ello no implica ningún caso la realización de funciones de administración de la sociedad".

En su calidad de Presidente fue el destinatario de los requerimientos del Banco de España, el director general declaró, como no podía ser de otro modo, que le informaba de absolutamente todo, de lo que se deduce que en lo relativo a las cuentas, el director general no podía dar ningún paso sin aprobación del recurrente, y así lo demuestra la secuencia de hechos y reuniones que se describen con sumo detalle en la sentencia.

En segundo lugar, y dentro del mismo motivo, alega el recurrente que no concurren los requisitos objetivos exigidos para la fundamentación de la autoría por comisión por omisión.

La sentencia considera que don Jose Augusto es coautor junto a don Juan Alberto del delito de falsedad por haber realizado ambos conjuntamente y de mutuo acuerdo el hecho delictivo.

La defensa del recurrente reproduce razonamientos anteriores afirmando que no procedió al envío de los estados financieros, no constando acreditado ni siquiera que tuviese conocimiento de su elaboración en los términos en los que se remitieron, así como que, de tratarse de un administrador de hecho, no cabe hablar de

comisión por omisión, ya que sólo el que ha sido formalmente investido para gestionar y conducir la empresa puede ostentar la posición de garante.

Olvida el recurrente que la sentencia le atribuye la condición de administrador de hecho, pero también de derecho, explicando de manera pormenorizada, y con absoluta claridad como "la instructora del expediente -del Banco de España-también ha declarado un juicio que aunque el presidente según los estatutos era un cargo no ejecutivo realizaba evidentes Funciones de gestión", que " Jose Augusto es por tanto administrador de derecho en cuanto miembro del consejo de administración y también gestor en la práctica diaria", "a todo ello hay que añadir que siendo indubitado que Juan Alberto en su carácter o condición de director general, técnico bancario configuró el artificio contable no es menos cierto que Jose Augusto en su condición de representante de la entidad, hizo suyo aquel artificio como resulta de las actas", de lo que se desprende su posición de garante, que fluye con claridad de los estatutos de la CCM, en relación con el artículo 225.1 y 226 de la LSC.

En todo caso, la existencia de un acuerdo previo de los dos acusados, hace innecesario acudir a la figura de la comisión por omisión para fundamentar la condena.

Por último, en cuanto a la ausencia de elemento subjetivo, es evidente que el señor Jose Augusto conocía perfectamente la situación real de CCM, así como el contenido de sus obligaciones, siendo consciente de que trasladar al Banco de España para su publicación unas cuentas en las que se indica que la entidad había obtenido un beneficio de 93 millones de euros cuando en realidad ha tenido 119 millones de euros de pérdidas era claramente falso y capaz de generar daño a terceros por la trascendencia de dicha información, lo que excluye la ausencia del elemento subjetivo, o la consideración de que nos encontramos ante una acción imprudente que en este caso no puede generar responsabilidad penal.

Al respecto, son sumamente reveladoras algunas de las actas referidas a la sentencia sobre la manera en que se gestó la respuesta al requerimiento efectuado por el banco de España, en concreto la del Consejo de administración de 12 diciembre 2008 (acta número 13), en la que consta "interviene el presidente para manifestar, en relación a los potenciales impactos de registrar las minusvalías contra la cuenta de resultados, lo que se trata, ciertamente, es del riesgo de entrar en pérdidas al cierre del ejercicio, teniendo en cuenta que dicha situación conllevaría todo tipo de consecuencias que deben evitarse".

Efectivamente, esas consecuencias son las que intentaron evitar con la elaboración de una cuenta de resultados que no reflejaba la situación real de la entidad.

QUINTO.- En conclusión, la valoración del conjunto de toda la prueba ya fue realizada por el juzgador de instancia en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 741 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, no pudiendo pretender la parte recurrente que prevalezca su valoración de las circunstancias que lo rodearon sobre la llevada a cabo por el juez a quo desde su imparcial y privilegiada perspectiva, a lo que debe añadirse que el proceso crítico seguido por dicho juez en la apreciación de las pruebas ha sido detalladamente expuesta, sin que sea dable encontrar quebranto alguno de las reglas de la lógica y de la experiencia, y siendo plenamente acertadas las consecuencias de índole jurídica que se ligan a los hechos aceptados como probados, y la existencia del delito de falsedad contable del artículo 290 del Código penal por concurrencia de todos sus elementos típicos, no queda sino mantener el relato de los hechos consignados en la sentencia recurrida y su calificación jurídica, y por ser dicha resolución plenamente ajustada a derecho, proceder a su total confirmación.

SEXTO.- En atención a lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Criminal, y habiendo sido desestimado el recurso de apelación, se impone al apelante las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de la aplicación y en virtud de la potestad conferida por la soberanía popular y en nombre de Su Majestad El Rey.

FALLAMOS.

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don Juan Alberto y el recurso interpuesto en nombre y representación de don Jose Augusto contra la sentencia de fecha 22 febrero de 2016 dictada por el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, condenando a los apelantes por partes iguales al pago de las costas originadas en esta instancia.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal.



Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta Sentencia, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia celebrando audiencia pública en la Sección 3ª, en el día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ