

EL CASO BANKIA: CUESTIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 282 BIS Y 290 DEL CÓDIGO PENAL

LUZ MARÍA PUENTE ABA*

I. INTRODUCCIÓN¹²

La sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 4.^a), núm. 13/2020, de 29 de septiembre, absolvió a los treinta y cuatro acusados en el caso de la salida a Bolsa de Bankia, a quienes se había atribuido la comisión de los delitos de falsedad en documentos sociales (art. 290 CP) y falsedad en la inversión en los mercados de valores (art. 282 bis CP)³. Este trabajo preten-

* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de A Coruña.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Ganancias ilícitas y Derecho penal» (RTI2018-094287-B-I00), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación–Agencia Estatal de Investigación.

² La realización de este trabajo pretende ser una contribución al homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, cuyos trabajos sobre bienes jurídicos supraindividuales, delitos de peligro y responsabilidad penal por el producto ya constituyeron un pilar fundamental en el inicio de mis estudios de doctorado. A partir de ese momento, he tenido la fortuna de poder seguir leyendo y escuchando sus investigaciones en muy diferentes ámbitos, y de conocerla personalmente; que este Libro homenaje sirva como reconocimiento a su labor y a su persona.

³ Sobre la historia de Bankia, *vid.* por ejemplo: CLIMENT SERRANO, S., y PAVÍA, J. M., «Bankia: ¿Para qué sirven los estados contables y los órganos de control?», *Estudios de Economía Aplicada*, 33-1, 2015, pp. 287 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA–Bankia», en Marimón Durá, R. (dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson Reuters), 2016, pp. 22 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Delito corporativo, el rescate de las Cajas de Ahorro y el caso Bankia S. A.», en Suárez López, J. M. *et al.* (dirs.), *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid (Dykinson), 2018,

de constituir un breve comentario a los fundamentos en los que se basó el Tribunal para dictar la sentencia absolutoria, en relación con estas dos figuras delictivas.

II. EL CASO BANKIA Y EL ARTÍCULO 282 BIS DEL CÓDIGO PENAL

¿Por qué la AN absolvió a los acusados de la comisión del delito del artículo 282 bis CP? La absolución tomó como base las siguientes argumentaciones: la apreciación de que el folleto informativo contenía una información «más que suficiente» y «muy extensa» sobre la entidad, y el hecho de que la salida a Bolsa de Bankia había contado con la aprobación de los organismos supervisores, esto es, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el FROB y la Autoridad Bancaria Europea (EBA).

En primer lugar, comenzando por la primera cuestión, debe partirse de que el artículo 282 bis CP exige que la información presentada sea falsa. Tal falsedad ha de interpretarse como una falsedad objetiva, es decir, una discordancia real y objetiva entre lo manifestado en el documento y lo que existe en realidad⁴. No obstante, se plantea el problema de cómo determinar si son objetivamente falsas determinadas alegaciones que no constituyen una manifestación de hechos o datos concretos, sino que suponen auténticos juicios de valor. Esto se plantea de forma destacada en el contenido de los folletos informativos ya que, además de los datos contables de la sociedad y de la descripción de los valores, se presenta un análisis de los factores de riesgo que conlleva la inversión, que pueden venir referidos a circunstancias muy diferentes

pp. 85 ss. Vid. también HORTAL IBARRA, J. C., «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal», en Puente ABA, L. M. (dir.), *Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española*, A Coruña (Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña), 2015, pp. 166-167, en relación con la aplicabilidad del artículo 282 bis CP al caso de la salida a Bolsa de Bankia.

⁴ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito (El art. 282 bis del Código Penal)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 112; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 6.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 350; MENDOZA BUERGO, B., «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2019, marg. 11999; NIETO MARTÍN, A., «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en DE LA MATA BARRANCO, N.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 410; PUENTE ABA, L. M., «El artículo 282 bis del Código Penal: la falsedad en la inversión en los mercados de valores», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 3.ª época, 2012, pp. 63 ss.

como por ejemplo la situación de endeudamiento de la sociedad, o la actividad de la propia entidad emisora⁵.

El caso Bankia revestía una especial complejidad en este punto, ya que las apreciaciones subjetivas del emisor no solo estaban presentes en la exposición de los riesgos asociados a la inversión, sino también en la propia descripción del estado contable de la entidad⁶. La presentación de esta clase de información en el folleto está conectada con la facultad que el artículo 12 del Real Decreto 1310/2005 otorga a la CNMV, en relación con la obligación de presentación de las cuentas anuales del emisor ante el organismo de control: si bien la regla general es que los estados contables presentados «deberán comprender, al menos, los tres últimos ejercicios en el caso de valores participativos, y los dos últimos ejercicios en los demás casos», se establecen dos situaciones en las cuales la CNMV podrá considerar suficiente la presentación de cuentas anuales de un período inferior. Como indica la sentencia, «en el caso de Bankia, la CNMV hizo uso de la referida excepción eximiendo a la entidad de la obligación de presentar las cuentas de los tres últimos ejercicios, dado que Bankia no tenía tal antigüedad en ese momento»⁷.

Por lo tanto, se plantea la dificultad de cómo determinar si la presentación de las estimaciones de beneficios y de riesgos, y de los riesgos asociados a la inversión, puede calificarse como falsa. En cualquier caso, no basta con la constatación de la presencia de advertencias al inversor para afirmar la veracidad del folleto. Resulta sin duda complejo, pero habrá que tratar de discernir si estas apreciaciones descansan sobre hechos objetivamente comprobables, y serán tales hechos los que podrán ser calificados como verdaderos o falsos. Puede partirse, como perspectiva de referencia, del ámbito propio en el que se lleva a cabo

⁵ Vid. sobre esto, por ejemplo, PUENTE ABA, L. M., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 3.ª época, 2012, pp. 64 ss., y bibliografía citada; también PUENTE ABA, L. M., «El artículo 282 bis del Código Penal y el caso Bankia: la falsedad del folleto informativo y el papel de los organismos supervisores», *La Ley Compliance penal*, núm. 4, 2021, pp. 1 ss. Según PRAT WESTERLINDH, C., «Estafa de inversores», *La Ley Penal*, 77, 2010, p. 5, habría que comprobar que la información relativa a perspectivas de desarrollo e inversión cuenta con fundamentos sólidos para las apreciaciones de cara al futuro, esto es, se halla amparada por hechos, por actuaciones previas de la empresa.

⁶ Según la sentencia, el contenido de la información financiera del folleto era el siguiente: «Estados financieros intermedios consolidados auditados de Bankia del período 1 de enero a 31 de marzo de 2011; información financiera consolidada proforma de Bankia y sociedades dependientes, correspondiente al ejercicio anual terminado a 31 de diciembre de 2010, elaborada de conformidad con el anexo II del Reglamento 809/2004, acompañadas de informe del auditor; información financiera consolidada proforma de Bankia y sociedades dependientes, correspondiente al período entre el 1 de enero y 31 de marzo de 2011, acompañada de informe del auditor; estados financieros auditados por las 7 Cajas correspondientes a los ejercicios 2008, 2009 y 2010 depositadas en la CNMV por las Cajas e incorporados por referencia, y estados financieros consolidados y auditados de Bankia correspondientes al ejercicio 2010 y al primer trimestre de 2011».

⁷ Vid. al respecto PUENTE ABA, L. M., *La Ley Compliance penal*, núm. 4, 2021, pp. 3-4.

esta comunicación, el mercado de valores, sujeto al cumplimiento de requisitos de información y transparencia, con base en la gran asimetría entre las entidades emisoras y, fundamentalmente, los pequeños inversores. Es interesante analizar hasta qué punto las perspectivas de rédito de los productos financieros, o de beneficio de la propia sociedad emisora, pueden llegar a constituir un elemento del folleto que pueda recibir un juicio de veracidad. Así, podrían ser objeto de este juicio determinadas valoraciones efectuadas por el emisor, cuando estén tan estrechamente vinculadas a datos objetivos, que quepa calificarlas no como una mera apreciación subjetiva, sino más bien como una proyección basada en hechos objetivos⁸, teniendo en cuenta, además, que las valoraciones y estimaciones contenidas en el folleto constituyen un contenido fundamental a la hora de elaborar un juicio sobre la conveniencia de una inversión⁹.

A mayores, el Tribunal reiteró en diversas ocasiones que las cuentas anuales de las Cajas de Ahorros constitutivas del Sistema Institucional de Protección (SIP), origen de las posteriores entidades BFA y Bankia, no constituían objeto del procedimiento penal, y por lo tanto no era posible pronunciarse sobre su presunta falsedad. No obstante, teniendo en cuenta que el artículo 282 bis CP castiga falsear la información incluida en el folleto, constituirán objeto material de este delito todos aquellos datos que formen el contenido de este documento informativo¹⁰; en tal caso, los posibles autores de

⁸ Como sugerencia de indicio en la valoración de una correcta estimación de los riesgos, cabe traer a colación la siguiente actuación de la entidad, relatada en la sentencia: «la ausencia de referencias en la formulación de las cuentas anuales del ejercicio de 2011 de BFA de deterioros no se produjo con la finalidad de ocultarlos, sino en el convencimiento de que esa situación se solventaría con la adopción del «Plan de Actuación» confeccionado el 30 de marzo de 2012 con las medidas que tenía previsto adoptar el Grupo BFA para gestionar la situación de la matriz y devolver un importe sustancial de lo debido al FROB, remitido al Banco de España el 3 de abril de 2012, siendo aprobado por la Comisión Ejecutiva el 17 de abril de 2012, previo informe favorable de la Dirección General de Supervisión el 13 de abril de 2012. Avala el contenido de esta deducción, la inmediatez que se detecta entre la fecha de la formulación de las cuentas referidas con la tan reiterada omisión, 28 de marzo de 2012, y la de la elaboración dos días después, el 30 de marzo de 2012, del «Plan de Actuación» remitido al Banco de España el 3 de abril de 2012 confeccionado con anterioridad a esa fecha, lógicamente, realizado para eliminar los efectos de tal omisión, y ello evidencia la ausencia de intencionalidad de falsificar las cuentas para alterar la imagen fiel de la entidad, al ejecutarse tan prontamente actos que, de forma indubitada, iban dirigidos a lograr la adecuación de esas cuentas a la realidad, a través de una operación respaldada por el Banco de España». A estos hechos cabe añadir el dato de registro del folleto informativo en la CNMV: el 29 de junio de 2011. Como pone de relieve FARALDO CABANA, P., «Caso Bankia: TS vs. AN», *Fonte limpa*, diciembre 2020, p. 18, esta inmediata presentación del proyecto de reestructuración evidencia la escasa consistencia de los pronósticos de futuro presentados tan solo unos días antes.

⁹ Vid. NIETO MARTÍN, A., 2018, p. 413, quien considera que la información valorativa es esencial en este ámbito; por consiguiente, encajarían en el ámbito típico aquellas afirmaciones que constituyen una prognosis o valoración que es insostenible desde cualquier perspectiva, a la vista de la situación presente de la entidad.

¹⁰ Vid. por ejemplo sobre el contenido del folleto informativo como objeto material del delito del artículo 282 bis CP, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La protección de los inversores a través del delito con-

este comportamiento delictivo serían los administradores de la sociedad emisora de los valores. A esto parece referirse el Ministerio Fiscal cuando afirma que «la imputación por falsedad contable respecto a las cuentas anuales a 31 de diciembre de 2010 de las 7 Cajas quedó fuera del marco del presente proceso. Sin embargo, los hechos relatados inciden en la presente acusación, por cuanto que los estados financieros de las 7 Cajas fueron incluidos expresamente en el Folleto de salida a Bolsa por referencia, y fueron el punto de partida de los estados proforma de BFA, también exigidos por la CNMV e incluidos en la información financiera del referido Folleto».

La información financiera del folleto informativo incluía datos de BFA, de Bankia y también de las siete Cajas de Ahorros, dado que la CNMV había admitido la inclusión de las cuentas de estas últimas, atendiendo a la breve trayectoria de BFA y Bankia. Por consiguiente, aunque quedase al margen del procedimiento penal el examen de la posible responsabilidad de los directivos de las Cajas, la aplicación del artículo 282 bis CP exige analizar la presunta falsedad de todo el contenido del folleto, para determinar si la sociedad emisora de los valores ha falseado el folleto informativo. Lo que surge aquí es un problema derivado de la configuración típica del artículo 282 bis CP: la conducta que han de llevar a cabo los administradores de la entidad emisora es la de «falsear» la información ofrecida. Por lo tanto, si quienes incluyen la información falsa en el folleto (para su remisión a la CNMV y posterior publicación) no son los mismos sujetos que han elaborado la falsedad, no se cumplen las exigencias típicas del artículo 282 bis. Por este motivo, hubiera sido más adecuado que el comportamiento delictivo se centrara en la publicación de datos falsos, no en la confección misma de la falsedad¹¹.

En segundo lugar, el pronunciamiento absolutorio de la sentencia también tomó como fundamento de peso el papel de los organismos de supervisión y control: el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el FROB y la EBA. Por lo tanto, cabe analizar el papel que tiene la actuación concreta de los organismos supervisores en la configuración de la

tenido en el art. 282 bis del Código Penal», en Puente Aba, L. M. (dir.), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada (Comares), 2016, pp. 57 ss.; SANTANA VEGA, D., «Fraude de inversores», en Corcoy Bidasolo, M., y Gómez Martín, V. (dir.), *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*, 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 387-388.

¹¹ Vid. FARALDO CABANA, P., «Artículo 282 bis», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*. Tomo III, 1.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi Thomson-Reuters), 2015, p. 499; LLEDÓ BENITO, I., *El fraude de inversores*, Madrid (Dykinson), 2017, p. 208; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2012, pp. 113 ss.; PUENTE ABA, L. M., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 3.ª época, 2012, pp. 61 ss.; SOUTO GARCÍA, E. M., «Algunas consideraciones penales sobre el caso Gowex: ¿fraude de inversores y/o delito societario?», en Puente Aba, L. M. (dir.), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada (Comares), 2016, pp. 101-102.

conducta delictiva; es decir, qué aportan la supervisión y la aprobación del folleto al juicio de veracidad de la información que la entidad emisora ha incluido en tal documento.

Centrándonos específicamente en la CNMV, en este caso no solo desempeñó la labor de aprobación del folleto afirmativo, sino que también, como se ha indicado, ejerció la facultad prevista en el artículo 12 del Real Decreto 1310/2005, en relación con la admisión de una información financiera distinta a la prevista en la regla general del citado precepto. Así, cabe interrogarse sobre qué grado de garantía aporta la intervención de la CNMV en relación con la supervisión y aprobación del folleto informativo en su conjunto.

En este importante punto hay que reconocer, junto con doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado al respecto¹², que la CNMV no ejerce un control absoluto ni una fiscalización exhaustiva sobre el contenido de la documentación presentada por la entidad. Su labor consiste en efectuar un control sobre la apariencia de legalidad de los documentos, en el sentido de impedir la operación si aprecia directamente una infracción del ordenamiento jurídico, pero no le corresponden tareas intensas de investigación en el sentido de dar fe de la veracidad de las manifestaciones efectuadas por la entidad. Precisamente sobre la entidad emisora recae el peso del deber de veracidad en la elaboración de sus estados contables, conjuntamente con unos requisitos de auditoría y otras exigencias formales en la presentación de su información financiera. El organismo de control verifica que la entidad presenta la documentación legalmente requerida, pero no llega a investigar si todos los extremos de su contenido son absolutamente veraces.

De hecho, pueden traerse a colación otros conocidos casos penales en los que estaba presente la actuación de la CNMV, donde puede constatarse cómo su intervención no ha constituido una piedra angular para afirmar la actuación

¹² Vid. BELANDO GARÍN, B., «La eventual responsabilidad administrativa del supervisor en la oferta pública de suscripción. A propósito de la fallida salida a Bolsa de Bankia», en Marimón Durá, R. (dir.), *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial: análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Aranzadi Thomson Reuters), 2016, pp. 212-215, citando las SSTs 16 de mayo de 2008 y 9 de octubre de 2008 y la SAN 20 de enero de 2013. Como manifiesta la STS de 16 de mayo de 2008, «la función que la Ley encomienda a la CNMV es supervisar e inspeccionar los mercados de valores y, en los términos ya explicados, asegurar la transparencia de los mismos. En ningún caso puede concebirse a la CNMV como garante de la legalidad»; vid. comentando esta sentencia, FUERTES LÓPEZ, M., «De la responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (A propósito de la sentencia del TS de 16 de mayo de 2008)», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 113, 2009, pp. 233 ss. Vid. también RUIZ DEL POZO, F. J., y GARCÍA ALCUBILLA, R., *Mercado primario de valores: admisión a negociación en mercados secundarios oficiales y ofertas públicas de venta o suscripción*, Cizur Menor (Thomson Civitas), 2006, pp. 128-129, indicando que la CNMV únicamente se asegura de que el folleto contiene la información requerida por las normas, y que es coherente y comprensible, sin que esto suponga una valoración sobre la inversión propuesta por la sociedad.

correcta de la entidad que opera en el mercado de valores¹³. Así, cabe citar el caso CAM (SAN 28/2017, de 17 de octubre, y STS 369/2019, de 22 de julio)¹⁴: aquí, la condena por el delito del artículo 282 bis CP se basó en la falsedad de la información financiera creada en el seno de la propia entidad, que llegó a ser comunicada a la CNMV y posteriormente publicada en la página web de este organismo, hasta que poco después se decretó la intervención de la entidad.

También cabe referirse a la SAN 14/2020, de 6 de octubre (caso Pescanova). Aquí, la condena se basó en el hecho de «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». Según consta en la sentencia, el primer requerimiento de la CNMV a la entidad tuvo lugar a principios de 2013, de modo que, como se acaba de ver, la información relativa a períodos anteriores fue falseada en la entidad y a pesar de ello fue comunicada y publicada en sucesivas ocasiones.

Si ya ni siquiera una supervisión y aprobación correctas por parte de los organismos supervisores constituyen garantía absoluta de la veracidad del contenido, hay que tener en cuenta a mayores la posibilidad de que tales organismos lleven a cabo una actuación irregular¹⁵. Esto se sugirió, por ejemplo, en la STS 986/2009, de 13 de octubre (caso Gescartera), que condenó a los acusados

¹³ Vid. más extensamente PUENTE ABA, L. M., *La Ley Compliance penal*, núm. 4, 2021, pp. 7 ss.

¹⁴ Sobre este caso, vid. el comentario de FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Crisis bancarias y Derecho penal. Comentario de urgencia a la Sentencia núm. 28/2017, de 17 de octubre, de la Sección cuarta de la Sala de lo Penal de la AN (Caso Caja de Ahorros del Mediterráneo)», *La Ley Penal*, 132, 2018, pp. 1-50.

¹⁵ Como pone de relieve GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2016, p. 39, justamente en relación con el caso Bankia, pueden plantearse diversas posibilidades, como por ejemplo que el organismo supervisor resulte engañado por la entidad, o que incluso participe con ella en la ejecución de la conducta delictiva. También hacen referencia a esa posibilidad general, en relación con este artículo 282 bis CP, PASTOR MUÑOZ, N., «Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, 1.ª ed., Barcelona (Atelier), 2020, p. 290; y SILVA SÁNCHEZ, J. M.; ROBLES PLANAS, R., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid (La Ley Wolters Kluwer), 2012, p. 398. Asimismo, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 822, resalta el hecho de que la comprobación administrativa no prejuzga el contenido real del folleto; y MORALES GARCÍA, O., «Fraude de inversores», en Quintero Olivares, G. (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Cizur Menor (Aranzadi), 2010, p. 238, señala que resulta imaginable que la CNMV no advierta la falsedad del folleto. En este punto, resulta de interés el trabajo de CLIMENT SERRANO, S., y PAVÍA, J. M., *Estudios de Economía Aplicada*, 33-1, 2015, pp. 259 ss., sobre el método de análisis de los estados contables de Bankia, como forma de determinar las pérdidas que podían ocultar.

como autores de delitos de falsedad por la presentación a la CNMV de documentos que tenían como fin generar la falsa apariencia de un saldo inexistente. La primera actuación inspectora de la CNMV sobre la sociedad de valores Gescartera tuvo lugar en 1993, a la que siguieron sucesivas inspecciones hasta la intervención de la entidad en 2001. La sentencia afirmó, en relación con una de las personas condenadas, que «contribuía a tratar de desactivar las iniciativas inspectoras de la CNMV, poniendo en juego sus influencias familiares, con indudable eficacia. Este dato, como otros –de difícil comprensión y, sorprendentemente, sin consecuencias– relativos a las actuaciones de la CNMV que salpican la sentencia, habrían merecido ser investigados, pero aquí está al margen de la imputación». En esta misma línea cabe citar también la STS 468/2014, de 10 de junio (caso agencia de valores ABA), de acuerdo con la siguiente afirmación de la sentencia de instancia: «tampoco sirve de apoyo a dicha tesis exculpatoria el hecho de que la CNMV no le haya abierto ningún expediente sancionador». El TS manifestó que «esta Sala Casacional comparte plenamente las reflexiones que anteceden en relación a las deficiencias observadas en la función de inspección por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

Finalmente, cabe hacer referencia a una última cuestión: como se ha indicado anteriormente, la sentencia de la AN afirmó que Bankia, tras contar con el beneplácito de todos los organismos supervisores, no tenía por qué recelar de tales aprobaciones y tomar prevenciones específicas en relación con la información que hacía pública para los inversores. Con esta afirmación, no solo se otorga a tales organismos un papel absoluto de garantía que, como acabamos de ver, no poseen en relación con la verificación judicial del contenido del folleto, sino que parece desdibujarse el significado de la conducta típica del artículo 282 bis CP. Este precepto castiga la conducta de la sociedad emisora de los valores, que dolosamente falsea la información que va a presentar en el folleto informativo. Por consiguiente, una ulterior intervención de los organismos supervisores no tiene incidencia en la calificación de la conducta delictiva, que desarrolla la propia entidad con carácter previo a las actuaciones de la CNMV.

En suma, recapitulando todo lo anterior, puede afirmarse que la intervención de los organismos supervisores no constituye garantía indubitada de la no ejecución del delito del artículo 282 bis CP. Su actuación supervisora no tiene por qué excluir la realización de una previa falsedad por la entidad emisora, quien en realidad es la auténtica responsable de la veracidad del folleto¹⁶.

¹⁶ Pone de relieve LÓPEZ MARTÍNEZ, M., *La responsabilidad por el contenido del folleto informativo en las ofertas públicas de valores*, Madrid (Thomson Civitas), 2003, pp. 123-124 (y bibliografía citada), la importancia de establecer la responsabilidad por el folleto como un sistema de garantía de la información facilitada por los sujetos emisores.

III. EL CASO BANKIA Y EL ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL

Con respecto al delito de falsedad en documentos sociales, la absolución se basó en dos motivos fundamentales: por una parte, que las presuntamente falsas cuentas de Bankia (las presentadas en 2012) no podían calificarse jurídicamente como «cuentas anuales», y por otra parte, que en cualquier caso también habían obtenido la aprobación de los organismos supervisores (Banco de España, CNMV, FROB y EBA). Dado que esta última cuestión acaba de ser tratada, aquí se hará referencia al interrogante relativo a la naturaleza de las cuentas anuales de Bankia.

La sentencia consideró que en este caso no había auténticas cuentas anuales, y que por lo tanto ya no existía el objeto material del artículo 290 CP: «las cuentas formuladas en marzo de 2012, no llegaron a ser ‘cuentas anuales’ y no pueden constituir el objeto material del delito de falsedad por carecer de potencialidad lesiva, al no haber estado a disposición de los usuarios de la contabilidad».

Para dilucidar este asunto, resulta de interés atender a la STS 94/2018, de 23 de febrero, pues según se indicaba en la sentencia, fue invocada tanto por el Ministerio Fiscal como por el Tribunal, en apoyo de sus respectivas (y contrarias) argumentaciones. Así, la sentencia se refería a «la innovadora acusación del Ministerio Fiscal por delito de falsedad contable en relación con las cuentas de 2011 de BFA y Bankia, que pretende fundamentarla en ‘un cambio operado jurisprudencialmente’, asegurando que con posterioridad al dictado del Auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado, la Sala Segunda de nuestro TS, en Sentencia 94/2018, de 23 de febrero, había modificado su jurisprudencia sobre el delito de falsedad contable, en el sentido de que –a diferencia de la jurisprudencia anterior– la mera formulación a las cuentas anuales, incluso sin informe de auditoría y sin aprobación por la Junta General, podría constituir el objeto material del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal». En sentido contrario la AN, después de analizar lo manifestado en la sentencia del TS, afirmaba: «Extrapolando esta doctrina al caso que nos ocupa ... [...] El informe de auditoría constituye un requisito insoslayable para poder integrar la tipicidad del artículo 290 del Código Penal, ya que solo entonces podría apreciarse la potencialidad lesiva exigida por el artículo 290 del Código Penal, aunque también es verdad que, aun careciendo de ese informe, las cuentas se enviaron a la CNMV, procurando de esa forma cumplir con la obligación legal de remisión de las mismas al Supervisor en el plazo máximo de cuatro meses tras el cierre del ejercicio, si bien a través de una vía excepcional, mediante la publicación de un hecho relevante fechado el 4 de mayo de 2012».

¿Qué es lo que realmente pone de manifiesto el TS en su sentencia de 2018? La propia sentencia de la AN lo citaba textualmente: «El delito de falsedad de las cuentas anuales del artículo 290 CP, es un delito de peligro hipotético que se consuma cuando los administradores, de hecho o de derecho, formulan las cuentas y estas pueden ser accesibles por terceros, de manera que pueda afirmarse su idoneidad para causar un perjuicio a la sociedad, a los socios o a un tercero. Tras la formulación de las cuentas, y la auditoría en los casos en los que es necesaria, ya puede valorarse si concurre esa idoneidad, y por lo tanto, el delito se consuma. La firma de las cuentas por los socios o su aprobación por ellos, es un acto posterior a la consumación.....» [...] Ordinariamente, el delito se consuma con la formulación de las cuentas desde el momento en que se ofrecen a persona distinta de los administradores que las presentan. Solo en ese momento existe el peligro hipotético al que hace referencia el precepto. Sin embargo, cuando la auditoría es necesaria porque así lo impone la ley, la mayoría de la doctrina entiende que la consumación solo tendrá lugar después de emitido el informe de auditoría, pues solo en ese momento las cuentas pueden ser ofrecidas o comunicadas a terceros, incluyendo a los mismos socios, y solo entonces aparecerá el peligro antes mencionado».

A la vista de lo anterior, pueden extraerse algunas conclusiones de interés. De entrada, lo que está dilucidando el TS en su sentencia de 2018 es cuándo puede entenderse consumado el delito del artículo 290 CP. Tal y como afirma, estamos ante un delito de peligro hipotético, de modo que no basta con la mera falsedad de las cuentas, sino que es necesario constatar la potencialidad lesiva de tales documentos. El TS centra la verificación de este peligro típico en la posibilidad de acceso a las cuentas anuales por parte de terceros ajenos a la sociedad. En los casos de auditoría preceptiva de las cuentas anuales (como ocurría en el caso Bankia), el TS puntualiza que, según opinión mayoritaria, la potencialidad lesiva se apreciará después de emitido el informe de auditoría, pues será después de ese momento cuando las cuentas resulten accesibles a terceros. Por consiguiente, el TS no se centra específicamente en definir los contornos del objeto material del delito, ni tampoco contempla el informe de auditoría como requisito imprescindible para la comisión de esta infracción: simplemente sitúa el momento de consumación, cuando se verifica el peligro hipotético (la potencialidad lesiva de las cuentas), en la accesibilidad a las cuentas por parte de terceros. A este respecto, el TS señala que, en los casos en que se lleve a cabo un informe de auditoría, el acceso a las cuentas no se producirá hasta después de la emisión del informe.

Ahora bien, ¿qué ocurre en los casos en que las cuentas llegan a terceros, y se integran en el tráfico jurídico, sin haberse emitido el citado informe? O en

otras palabras, ¿la ausencia de alguno de los elementos constitutivos o requisitos formales de las cuentas determina que ya no existe objeto material del delito del artículo 290 CP, o que ya no puede verificarse el elemento típico de peligro hipotético? Para ofrecer una respuesta, pueden examinarse otros casos relevantes en los que resultó de aplicación este mismo precepto.

En primer lugar, la SJCP 5/2016, de 22 de febrero, en el caso de Caja Castilla La Mancha, ya afirmaba lo siguiente: «Por último resaltar, rechazándose de plano, que para cometer la falsedad sea necesario que las cuentas sean aprobadas por el Consejo de administración, así las SSTS 796/2006 de 14-7, la [578/2011 de 7-6]: ‘el delito de falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en el que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad cualquiera que fuese, no privaría de antijuricidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento’, como ya se ha considerado estamos ante un delito de riesgo que exige una protección anticipada en cuanto se desarrolla la actividad peligrosa por lo tanto no es evidentemente necesario que se aprueben las cuentas por el Consejo de administración para que se consume el delito, en cuanto el peligro ya se ha creado».

En la misma línea cabe reproducir la STS 822/2015, de 14 de diciembre, relativa a un supuesto en que el administrador único de una sociedad suscribió un acuerdo con otra entidad, la cual había realizado una aportación dineraria para entrar a formar parte del capital social: «Sin embargo, el acusado dispuso de esa cantidad, integrándola directamente en su patrimonio, sin que, en ninguno de los ejercicios transcurridos hasta la fecha, haya incluido en las Cuentas de la Sociedad, cantidad alguna como prestaciones accesorias de Inversiones Refesa, falseando así las Cuentas Anuales de Estación De Servicio Julite, S. L. [...]. Con el fin de ocultar todas estas circunstancias a Inversiones Refesa, S. L., el acusado procedió a certificar anualmente la celebración de supuestas Juntas Universales para aprobación de las Cuentas de la Sociedad, Juntas que nunca llegaron a celebrarse. [...] Es claro que concurren todos los elementos del tipo penal aplicado por la Audiencia. Pues el recurrente ocultó la situación económica y jurídica de la empresa acudiendo para ello a falsear actas de juntas que no se celebraban y a presentarlas en el registro mercantil».

Y así se pronunció también el TS en una sentencia posterior a 2018, la ya citada STS 369/2019, de 22 de julio, sobre el caso CAM: «Lo que se identifica en la sentencia como estados financieros intermedios, aunque no pudieran ser así considerados formalmente (no fueron elaborados y firmados por el Conse-

jo de Administración), son realmente documentos que han de ser remitidos obligatoriamente al BdE, que, con toda evidencia, deben reflejar fielmente la situación económica de la entidad. [...] Tampoco es decisivo que los documentos remitidos puedan calificarse de auténticos estados intermedios. Lo que resulta indiscutible es que la información que debe remitirse al BdE debe reflejar el verdadero estado económico de la entidad, por razones evidentes».

En suma, no cabe afirmar que las cuentas anuales, por carecer del preceptivo informe de auditoría, dejan de ser auténticas cuentas anuales y por lo tanto no pueden constituir objeto material del artículo 290 CP. Lo relevante es que los documentos presentados como tales cuentas anuales pretendan «mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad», tal y como indica el artículo 254 LSC, que regula los elementos de estos documentos sociales.

Es cierto que las cuentas anuales de BFA y Bankia fueron formuladas el 28 de marzo de 2012 por sus Consejos Administración, sin el informe de auditoría, sin la aprobación por la Junta general, y sin inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, tales cuentas fueron registradas en la CNMV el 30 de abril de 2012, la cual las publicó como hecho relevante el día 4 de mayo. Por consiguiente, dichas cuentas salieron del estricto ámbito del ente social para operar y desplegar sus efectos en el tráfico jurídico, puesto que fueron enviadas al organismo supervisor y posteriormente publicadas. Aunque después la trayectoria de las cuentas fuera corta (entre el 7 y el 9 de mayo se produjo la dimisión del presidente del Consejo de Administración de Bankia, y el 25 de mayo el nuevo equipo gestor reformuló las cuentas), se cumple el requisito que indicaba el TS para entender verificado el elemento de potencialidad lesiva y consumado el delito: la posibilidad de acceso a las cuentas por parte de terceros, del público en general¹⁷.

¹⁷ Vid. FARALDO CABANA, P., *Fonte limpa*, diciembre 2020, p. 3, poniendo de relieve que las cuentas anuales fueron introducidas en el tráfico jurídico a sabiendas de que no mostraban «la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad», como exige la Ley de Sociedades de Capital.