

II.3 MERCANTIL

EL FALSEAMIENTO DE LA INFORMACIÓN SOCIAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Por el Dr D. JUAN JOSÉ DE SOTO CARNIAGO
Profesor Titular de Derecho Mercantil

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

II. LA CONDUCTA FALSARIA

III. DOCUMENTOS SOCIETARIOS SUSCEPTIBLES DE FALSIFICACIÓN

III.1. LAS CUENTAS ANUALES DEL EJERCICIO

III.2. DOCUMENTOS QUE DEBÁN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD:

IV. SUJETO ACTIVO. LOS ADMINISTRADORES DE HECHO O DE DERECHO

V. RESPONSABILIDAD CIVIL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Uno de los aspectos más significativos del nuevo Código Penal (L.O. 1/1995, de 23 de noviembre) es la expresa regulación de los Delitos Societarios¹ a los que se refieren los arts. 290 a 297, contenidos en el Capítulo XII y cuya inclusión dentro del Título XII de los Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico es, en si mismo, indicativo del pensamiento del legislador sobre su naturaleza y configuración.

La criminalización de determinadas conductas y de ciertas prácticas surgidas en el ámbito de las sociedades mercantiles, a que se refieren los citados artículos del Código Penal, venía siendo urgida, en los últimos años, por todos los sectores sociales y muy particularmente por un importante sector de la doctrina penalista y jurisprudencial conscientes de la insuficiencia de los tipos tradicionales (estafa, apropiación indebida y falsedad) para hacer frente a la denominada delincuencia económica².

La necesidad, cuando menos, la conveniencia de establecer un control de carácter penal en el ámbito de las sociedades mercantiles, se fundamenta, además con pluralidad de razones de distinto orden y entidad³, entre las que cabe señalar en síntesis: ser un mandato constitucional⁴, armonizar nuestro ordenamiento, exigencias éticas⁵, ineficacia o insuficiencia de los mecanismos jurídicos privados

¹ La configuración de estos tipos delictivos fue cuestión abordada en todos los trabajos prelegislativos, posteriores a la Constitución, para la elaboración de un nuevo Código Penal. Así en el Proyecto de Código Penal de 1980, en la Propuesta de Anteproyecto de Código de 1983; y ya con la específica denominación de Delitos Societarios en los Proyectos de 1992 y 1994.

La no aprobación de alguno de estos Proyectos, en concreto el de 1980, podría explicarse por la oposición ejercida por algunos grupos económicos preocupados por la creación de un título específico dedicado a los delitos económicos (Bajo-Fernández, «Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales», en AA.VV., *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Madrid, 1995, pág. 63).

² Por todos, Tiedemann, K., «Delitos contra el orden económico», en Barbero Santos, M., *La reforma del Derecho Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, pág. 168, y Terradillos Basoco, J., «Derecho Penal en la empresa», Madrid, 1995, pág. 76. Discrepa, en alguna medida, Muñoz Conde, F., «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuesta de reforma», en AA.VV., *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Madrid, 1994, pág. 274, que entiende, por ejemplo, que el falseamiento de las cuentas anuales o balances puede castigarse como falsedad documental.

³ Un minucioso análisis en Martínez-Pereda Rodríguez, J. M., «Los delitos societarios», en *El Nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Manual Teórico-Práctico III, Madrid, 1996, págs. 361 y ss.

⁴ Barbero Santos, M., «Los delitos contra el orden socioeconómico: presupuestos», en *La Reforma del Derecho Penal. Cuatro Cuestiones fundamentales, op. cit.*, pág. 151.

⁵ Fernández de la Gándara, L., *Derecho, ética y negocios*, Alicante, 1993.

de fiscalización y de control previstos en la legislación societaria⁶ para abordar de manera satisfactoria el conjunto de problemas que plantea el ejercicio abusivo de las facultades por los órganos de administración y de gestión⁷, o como una respuesta a las exigencias de la economía de mercado en su actual fase de desarrollo de nuestro país⁸.

Por otra parte, la opción legislativa elegida de regular el delito societario dentro del Código Penal, que no es cuestión pacífica en la doctrina⁹, en vez de hacerlo dentro de las propias normas mercantiles, tal como ocurre en otros ordenamientos europeos¹⁰, hace preciso la frecuente referencia a nociones y categorías mercantiles, creando problemas de coordinación en la interpretación y aplicación de las normas¹¹, en perjuicio de la unidad y coherencia deseable en el conjunto normativo aplicable a las sociedades mercantiles¹², que debería haberse evitado, tal vez con una tramitación parlamentaria más sosegada.

Bajo la expresión Delitos Societarios regula el Código Penal un conjunto de figuras de diverso alcance que protegen intereses de diversa naturaleza, que resultan o simplemente pueden resultar dañados por un conjunto heterogéneo de conductas realizadas en el seno de las sociedades mercantiles por quienes detentan la administración y, en ocasiones, el control de las mismas.

Cualquiera que sea la posición que se adopte sobre la conceptualización del delito Societario como delito socioeconómico o como delito patrimonial¹³, parece evidente que, en todo caso, se trata de delitos de carácter pluriofensivo, en la medida en que protegen un elenco de intereses diversos: los de la sociedad (arts. 290, 291, 292 y 295); los de los socios (arts. 290, 292, 293 y 295), y los de terceros, sean acreedores sociales o no (arts. 290, 294 y 295)¹⁴.

Desde esta perspectiva pueden clasificarse los Delitos Societarios en Delitos contra la propia sociedad, cuando se infringen los deberes legales del órgano frente a la sociedad; Delitos contra los Socios, cuando los intereses de estos resultan lesionados; Delitos contra los Acreedores, cuando se perjudican sus derechos

⁶ Rodríguez Mourullo, «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *A.D.P.*, 1984, pág. 685.

⁷ Las nuevas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada han reforzado los mecanismos de control del socio en la vida de la sociedad y las competencias de la Junta, así como los niveles de responsabilidad de los administradores.

⁸ Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, 1996, pág. 29

⁹ Muñoz Conde, F., «La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de ley orgánica de código penal». *C.P.C.*, n.º 16, 1982, pág. 118.

¹⁰ Así en las Leyes alemanas de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la Ley francesa de Sociedades Comerciales de 1966 y en el Código Civil italiano.

¹¹ Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, pág. 37.

¹² García de Enterría, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, pág. 27.

¹³ Se trata de delitos socioeconómicos para Martínez Pereda Rodríguez, J. M., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, pág. 359, y de Delitos patrimoniales para Del Rosal Blasco, B., «Comentario», en Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, 1996, pág. 1409.

¹⁴ *Vid.* Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, pág. 43.

de crédito como consecuencia de la disminución de las garantías patrimoniales de la sociedad; y Delitos contra Terceros, cuando sus intereses resultan perjudicados por conductas irregulares de la sociedad¹⁵.

Atendiendo tanto a la conducta desplegada como al bien jurídico protegido se distingue entre: A) Infracciones relativas a la falsedad en la información social (art. 290); B) Infracciones relativas a la infidelidad de los órganos sociales que abarca, a su vez, la imposición de acuerdos abusivos o lesivos (arts. 291 y 292), la lesión de los derechos sociales de participación (art. 293), y la administración desleal (art. 295); y C) Infracciones relativas a la obstaculación de la inspección o supervisión administrativa (art. 294)¹⁶.

De entre las diversas figuras englobadas dentro de la noción genérica de Delito Societario el Código se refiere, en primer lugar, en su art. 290, al falseamiento en la información social, sancionando con pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falseasen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, o alguno de sus socios, o a un tercero, agravándose la pena si efectivamente se llegase a causar perjuicio económico¹⁷.

De la descripción legal resulta la configuración de la falsedad en la Información Social como delito de los denominados especiales, en cuanto que sólo cabe su comisión por quién ostente la condición de administrador de hecho o de derecho, así como su doble condición, de delito de peligro –párrafo primero– que se consuma con la propia actividad del sujeto¹⁸ no exigiendo la producción de un perjuicio económico real; y de delito de lesión o de resultado –párrafo segundo–, cuando el perjuicio económico se produce realmente¹⁹.

II. LA CONDUCTA FALSARIA

El elemento esencial de la conducta sancionada por el art. 290 C.P. se sitúa en torno a los términos «falsear» e «idoneidad para causar perjuicio económico».

¹⁵ Vid. sobre esta clasificación Rodríguez Mourullo, *Algunas consideraciones*, op. cit., pág. 685; Díaz-Maroto, «Los delitos societarios en la reforma penal», en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, pág. 153, y García de Enterría, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, op. cit., pág. 33.

¹⁶ Terradillos Basoco, J., *Derecho penal de la empresa*, op. cit., pág. 84.

¹⁷ Como antecedentes de este precepto, el art. 360; Proyecto de Código Penal de 1980, el art. 394, 1 y 2; Anteproyecto de Código Penal de 1983, y art. 299 Proyecto de Código Penal de 1992.

¹⁸ Rodríguez Ramos, L., «Los nuevos delitos seudosocietarios», en *Boletín de Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, pág. 86.

¹⁹ Sánchez Álvarez, M. M.^a, *Los delitos societarios*, op. cit., pág. 101; Del Rosal Blasco, *Comentarios...*, op. cit., pág. 1414.

En cuanto al primero cabe cuestionarse si la falsedad ha de cometerse, precisa y exclusivamente, a través de alguna de las formas previstas en el art. 392, en relación con los supuestos 1.º a 3.º del art. 390.1, esto es: A) Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos esenciales; B) Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, y C) Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la hayan tenido o atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho; o si por contrario cabe su comisión por una conducta merecedora de reproche por este artículo aunque no pueda incardinarse en ninguno de los tres anteriores supuestos.

La consideración de diversos factores entre los que destacan el ser el bien jurídico protegido la veracidad en la información social²⁰ tanto en el aspecto jurídico como económico, la función que corresponde a los documentos susceptibles de falsificar (cuentas anuales, etcétera)²¹ de presentar la imagen fiel de la sociedad, el facilitar el ejercicio del derecho a la información de socios y terceros, y la protección del tráfico económico, así como que la conducta sancionada pueda consistir en falsear por acción o por omisión (ocultando datos relevantes que alteren las cuentas o los otros documentos referidos en forma sustancial), impide restringir el ámbito de la conducta falsaria a los supuestos de falsedad del art. 390, debiendo asimilarse en mayor medida al delito de estafa, por la similitud que guarda el falseamiento típico de este delito con el engaño que se exige en el delito de estafa lo que, además facilitaría su punibilidad, especialmente en los supuestos de falseamiento por omisión difíciles de encuadrar en el delito de falsedad de documentos del art. 390.

La falsedad ha de ser por otra parte idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a terceros. Ello supone la configuración del delito basada no en la intención de causar un perjuicio, aunque la causación real del daño actúe como agravante, sino en la simple aptitud para producir el perjuicio, en la idoneidad, en el perjuicio potencial –delito de peligro o de actividad–, modificándose el criterio mantenido en los anteriores proyectos de Código²², quedando consumado el delito con la actividad falsaria²³ y obviando así tener que probar la existencia de un dolo específico, el ánimo de causar el perjuicio, en el administrador que falsea los documentos, que por su dificultad podría permitir que quedaran impunes conductas merecedoras de reproche²⁴.

²⁰ Del Rosal Blasco, B., *Comentarios, op. cit.*, pág. 1414; Arroyo Zapatero, L., «Actualidad político criminal del Derecho Penal Económico en España», en *Estudios de Derecho Penal Económico*, 1994, pág. 58.

²¹ Sánchez Calero, F., «Régimen de cuentas anuales», en AA.VV. *La reforma del Derecho español de las sociedades de capital*, 1987.

²² En el debate mantenido en el Senado, se sustituyó la expresión «para causar un perjuicio económico» por la «de forma idónea para causar un perjuicio», manteniéndose la causación de un perjuicio económico en el párrafo segundo del artículo a efectos de determinación de la pena.

²³ Rodríguez Ramos, L., *Los nuevos delitos seudosocietarios, op. cit.*, pág. 89.

²⁴ Díaz-Maroto, *Los delitos..., op. cit.*, pág. 157.

El perjuicio económico habrá de consistir en un detrimento patrimonial de alguno de los sujetos a que se refiere el precepto, tanto por su efectiva disminución, por ejemplo cuando con el falseamiento de las cuentas se pretenda el reparto de dividendos ficticios, cuanto por su no incremento, como ocurriría si los socios no ingresasen en su patrimonio lo que le correspondiera si con el falseamiento se pretende simular pérdidas, siendo, por otra parte, innecesario que el detrimento patrimonial vaya acompañado de un beneficio para los administradores autores de la falsedad.

III. DOCUMENTOS SOCIETARIOS SUSCEPTIBLES DE FALSIFICACIÓN

El precepto sanciona el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de una sociedad constituida o en formación, configurando así el objeto del delito con una extraordinaria amplitud. El legislador se ha decantado no por la enumeración de una lista cerrada, de un *numerus clausus*, de los documentos que pueden ser objeto del falseamiento, que habría de resultar incompleta por la pluralidad y la variedad de los documentos de este tipo que pueden emitirse en el desarrollo de la actividad práctica de la sociedad, sino por una fórmula omnicomprendiva más acorde a la realidad: todos los documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, teniendo la referencia expresa en las cuentas anuales un mero valor ejemplificativo²⁵, tal vez por el carácter emblemático que presentan como documentos típicamente representativos de la situación de la sociedad.

III.1. LAS CUENTAS ANUALES DEL EJERCICIO

La finalidad del precepto es sancionar el contenido falso de las cuentas formuladas, en cuanto atentatorio contra el bien jurídico protegido, la veracidad en la información social, la imagen fiel²⁶.

La falsedad puede afectar a cualquiera de los documentos (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, Memoria)²⁷ que integran como unidad el concepto de

²⁵ Barrientos Pacho, J., «Delitos societarios en el Código Penal de 1995», en *Praxis Mercantil*, B.I.M., 1996, pág. 315.

²⁶ Sobre el régimen, significado y funcionamiento de las cuentas anuales de las sociedades mercantiles y del principio de la imagen fiel, *vid.* Sánchez Calero, F., «Régimen de las cuentas anuales», en AA.VV., *La reforma del derecho español de las sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 711 y ss.; Galán Corona, E., «La verificación de las cuentas anuales», en Rojo, *La reforma de la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1987, págs. 321 y ss.; Vicent Chulia, F., «Las cuentas anuales», en Rojo, *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 225 y ss.; Condra Romero, J., «El significado y función del principio de Imagen fiel» (True and fair view) en el sistema del nuevo «Derecho de Balances», en AA.VV., *Derecho Mercantil de C.E.E. Estudios en homenaje a J. Girón Tena*, Madrid, 1991, pág. 586; Illescas Ortiz, R., «Las cuentas anuales en la sociedad anónima», en Uría/Menéndez/Olivencia, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VIII-2.º, Madrid, 1993, págs. 21 y ss.; Bisbal i Menéndez, J., «Las cuentas anuales», en *R.d.S.*, 1994, pág. 592.

²⁷ Entiende que la falsedad no puede afectar a la memoria por cuanto que esta contiene manifestaciones subjetivas -juicio de opinión- sobre la marcha de la empresa. Sánchez Álvarez, J. M., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, pág. 111.

Cuentas Anuales²⁸, siendo frecuente que afecte a todos pues si bien el supuesto ordinario será el falseamiento del balance, documento central de la contabilidad que refleja el estado y la composición del patrimonio social, ello acarreará previsiblemente, a fin de evitar discordancias fácilmente detectables, el falseamiento también de la cuenta de pérdidas y ganancias y de la memoria, aunque de esta en menor medida dado su contenido²⁹, siendo irrelevante a estos efectos que la sociedad este obligada a la verificación de las cuentas o pueda acogerse al sistema de presentación del balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria en forma abreviada³⁰.

El falseamiento puede adoptar las más diversas formas, que en términos genéricos pueden ir desde la simple alteración u omisión de algunas de las partidas, hasta el artificioso incremento del activo o disminución del pasivo que originaría la simulación tanto de beneficios cuanto de pérdidas.

Ahora bien no todo falseamiento ha de estimarse en sí mismo, de forma automática, constitutivo de la infracción penal, siendo preciso una valoración objetiva y un análisis minucioso de la conducta concreta a fin de determinar de una parte, si el falseamiento de las cuentas anuales es de entidad suficiente para alterar la imagen fiel de la sociedad que deben ofrecer tales documentos, y así hay que entender que sólo serán sancionables aquellas falsedades, por acción u omisión, que, de una parte, alteren en lo sustancial la imagen fiel de la sociedad, quebrantando la veracidad en la información, bien jurídico protegido por la norma, y quedando por ello excluidas las simples inexactitudes o irregularidades contables, tales como el incumplimiento de los requisitos formales de elaboración del Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias o la Memoria³¹, que objetivamente carezcan de entidad suficiente para ofrecer una imagen alterada o inexacta de la realidad jurídica o económica de la sociedad³², y de otra parte, si la falsedad es idónea para producir perjuicio económico, para lo que, aunque reconociendo la dificultad que entraña la valoración, y atendiendo al espíritu de la norma, habrá de ser suficiente que el falseamiento pueda conducir a la sociedad, a los socios o a terceros a adoptar decisiones equivocadas³³.

²⁸ Art. 172.1 L.S.A.

²⁹ En la memoria, cuyo objeto es completar, ampliar y comentar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, se reflejarán como menciones de mayor interés; a) los criterios de valoración aplicados a las diversas partidas de las cuentas anuales y los métodos de cálculo de las correcciones de valor; b) el medio de financiación; c) el importe de las deudas de la sociedad cuya duración residual sea superior a cinco años, así como todos los que tengan garantía real; d) el importe global de las garantías comprometidas con terceros que no figuren en el balance; e) el importe de las remuneraciones de cualquier clase concedidas a los miembros del órgano de administración, y el de los anticipos y créditos que se les hayan concedido con el detalle de las condiciones.

³⁰ Podrán formular el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria en forma abreviada aquellas sociedades que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 181, 190 y 201 L.S.A. en las cifras establecidas actualmente por el R.D. 572/1997, del 8 de abril («B.O.E.» del 1-5-97).

³¹ Art. 175 y ss. L.S.A.

³² Vid. Terradillos, *Delitos societarios*, *op. cit.*, pág. 85.

³³ García de Enterría, *Los delitos societarios...*, *op. cit.*, pág. 63.

En cuanto al momento de consumación del delito y de entre las diversas alternativas a considerar, como son: la formulación de las cuentas anuales³⁴, la presentación a la Junta General para la aprobación por ésta³⁵, y el depósito en el Registro Mercantil para su posterior publicación³⁶, entendemos que el punto de referencia debe ser el de su presentación a la Junta General que se formaliza en el momento de la convocatoria o el de la celebración de dicha Junta en el caso de Junta Universal.

Así resulta, en primer lugar, por que es en ese momento en el que las cuentas salen del ámbito de actuación de los administradores como documento concluido, definitivo y formal que ofrece información sobre la situación jurídica y económica de la sociedad y al que debe entenderse referida la exigencia formulada con carácter general para todos los empresarios por el art. 34 del Código de Comercio y específico para las sociedades por el art. 172 L.S.A., de que las cuentas sean claras y veraces a fin de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, exigencia que obviamente no se cumple en el momento que los administradores ofrecen a los socios y someten a la aprobación de la Junta unas cuentas falseadas; y, en segundo lugar, por que el hecho de la aprobación por la Junta de las cuentas falseadas, en algunas ocasiones por la ausencia, desconocimiento, falta de interés de los socios, y, en otros, con el voto favorable de una mayoría que pudiera ser concedora cuando no instigadora del falseamiento, no purifica los actos de los administradores³⁷ que, como decimos, concluyeron su labor cuando firmadas las cuentas las ofrecen a la sociedad y a los socios para su aprobación.

³⁴ Las cuentas anuales (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria) deben ser formuladas por los administradores en la sociedad en el plazo máximo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social, acompañadas del Informe de gestión y de la propuesta de aplicación del resultado. Art. 171 L.S.A.

³⁵ Las cuentas anuales, acompañadas del informe de los Auditores salvo en sociedades que puedan presentar balance abreviado (art. 203 L.S.A.) deberán ser sometidas al conocimiento y aprobación, en su caso, de la junta general ordinaria de accionistas que se recurrirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejecución. Arts. 212 y 95 L.S.A..

³⁶ Las sociedades vienen obligadas, dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas por la Junta General, a presentar para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social una certificación de los acuerdos de la Junta General de aprobación de las cuentas anuales y aplicación de resultados adjuntando un ejemplar de cada una de las cuentas, del Informe de gestión y del Informe de auditoría, en su caso (art. 218 L.S.A.). El Registrador, tras calificar los documentos, si no apreciase defectos, incluiría a la sociedad en la relación mensual a enviar al Registro Central, para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

³⁷ Sobre la ineficacia de la ratificación por la Junta General del acto o acuerdo lesivo de los administradores, regulado en el art. 133.3. L.S.A., *Vid.* Polo, E., «Los Administradores», en Uría/Menéndez/Olivencia, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, págs. 133 y ss.; Sánchez Calero, F., «Administradores», en Sánchez Calero, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, págs. 255 y ss., y la bibliografía citada en ellos.

III.2. DOCUMENTOS QUE DEBAN REFLEJAR LA SITUACIÓN JURÍDICA O ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD

El precepto legal señala que el falseamiento puede referirse, además de a las Cuentas anuales, a otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la Sociedad, sin contener, como ya indicamos, una relación cerrada de los mismos.

Se trata de una fórmula legal que por su amplitud requiere poner en relación el concepto de documento que nos ofrece el Código Penal³⁸ con la norma y la praxis mercantil y, ocasionalmente con otras ramas del ordenamiento, para poder determinar su alcance dentro del ámbito que le es propio y así entender que el concepto no ha de quedar reducido a aquellos documentos que contengan información que sea inscribible en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el art. 94 del Reglamento del Registro Mercantil, sino que dada la finalidad de la norma de protección de la información veraz a que tienen derecho, la sociedad, los socios y terceros, debe abarcar, en el ámbito societario, a todo documento que autorizado por los administradores en su condición de tales, sea o no exigible por imperativo legal, y cualquiera que sea el destinatario, refleje la situación jurídica o económica de la sociedad desde su constitución hasta su disolución³⁹.

Quedarían así, por tanto, incluidos en el concepto «otros documentos»:

- A) Los libros de contabilidad cuya llevanza exige con carácter obligatorio el Código de Comercio en los arts. 25 y ss., es decir el Libro de Inventarios y Cuentas Anuales que ha de abrirse necesariamente con el balance inicial detallado de la empresa informando sobre la situación económica inicial, y el Libro Diario, destinado a recoger el registro día por día de todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa, sin olvidar, de una parte que el valor probatorio de los libros y demás documentos contables será apreciado por los tribunales conforme a las reglas generales del Derecho tal y como dispone el art. 31 del Código de Comercio y, de otra, el carácter en principio secreto de la Contabilidad con las excepciones tanto de lo dispuesto en las leyes cuanto de los supuestos referidos en el art. 32 de citado Código. Igualmente quedaría incluido en el concepto otros documentos, el Informe de gestión que sin formar parte de las cuentas anuales debe acompañarlos⁴⁰.

³⁸ El art. 26 del Código Penal considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

³⁹ García de Enterría, *Los delitos societarios...*, *op. cit.*, pág. 57-58. Martínez-Pereda Rodríguez, J. M., «Los delitos societarios», en el *Nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, *op. cit.*, pág. 188. En contra, Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, págs. 113 y ss., que entiende que «el ámbito de punibilidad se contrae exclusivamente a los documentos que sean exigibles por cualquier imperativo sea normativo o administrativo».

⁴⁰ Arts. 171 L.S.A. y 84 L.S.R.L.

- B) Las Actas en que consten los acuerdos adoptados por las Juntas Generales o Especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, el Libro de Actas al que se transcriban y muy especialmente las Certificaciones que se expidan sobre los referidos acuerdos.
- C) La escritura de constitución de la sociedad que, en su aspecto económico, habrá de reflejar la cifra de capital social con que se constituye la sociedad que cumple, entre otras funciones, la de informar de la situación patrimonial y ser garantía para acreedores y terceros y las aportaciones de los socios y su valoración⁴¹, así como cuantas escrituras recojan supuestos de aumento o disminución de capital.
- D) Cuantos documentos deban presentar los Administradores, bien por exigencia de la normativa societaria, con carácter previo a la adopción de determinados acuerdos sociales, como ocurre en los casos de adquisiciones de bienes a título oneroso dentro de los dos primeros años desde su constitución⁴², modificación de estatutos⁴³, aumento de capital con aportaciones no dinerarias o con cargo a reservas⁴⁴, transformación, fusión y escisión de la sociedad⁴⁵; bien por la específica naturaleza determinadas sociedades –Seguros, banca–; bien por disposición de la Autoridad Administrativa –Comisión Nacional del Mercado de Valores–; e, incluso aquellos emitidos al margen de disposición específica, que contengan información sobre la situación económica de la sociedad, dirigidos oficialmente a los socios o a terceros, por ejemplo a efectos de financiación o subvenciones.

IV. SUJETO ACTIVO. LOS ADMINISTRADORES DE HECHO O DE DERECHO

Como ya se expresó se trata de un delito de los denominados especiales o de propia mano que sólo pueden cometer los Administradores de hecho o de derecho de la sociedad.

Ello no obstante, hay que precisar que algunas de las falsedades comprendidas en el art. 290 sólo podrán cometerse por los administradores de derecho, es decir por quienes gozan de esa categoría por su pertenencia al órgano de administra-

⁴¹ Sobre capital social y aportaciones *vid.* Embid Irujo, J. M., «El capital social: el principio de capital mínimo, régimen de las aportaciones sociales y prohibición en materia de distribución de beneficios», en Quintana, I., *El nuevo Derecho*, págs. 83 y ss.; Quintana Carlo, I., «El capital social», en Rojo, A., *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, pág. 107; García Villaverde, R., «El principio de capital mínimo», en Alonso Ureba y otros, *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, y Sánchez Miguel, M. C., «La valoración de las aportaciones no dinerarias o «in natura», en *Estudios Girón*, pág. 937.

⁴² Art. 41.2 L.S.A.

⁴³ Art. 144.a) L.S.A.

⁴⁴ Arts. 155 y 157 L.S.A.5

⁴⁵ Arts. 227, 237 y 257 L.S.A.

ción de la sociedad y con nombramiento inscrito en el Registro Mercantil⁴⁶. Así ocurre, por ejemplo, con el falseamiento de las Cuentas Anuales, que sólo podrá llevarse a cabo por los administradores de derecho, en cuanto únicos obligados y autorizados legalmente⁴⁷ para su formulación, sin perjuicio de que la falsedad no pueda cometerse, en ocasiones, sin el concurso o la colaboración de otras personas, contables, gerente, etcétera, que habrán de considerarse como cooperadores necesarios.

Con la extensión de la autoría al administrador de hecho, equiparándole a estos efectos al administrador de derecho, se resuelven problemas de legalidad y se evita o, cuando menos, se dificulta la posibilidad del administrador de eludir la norma penal amparándose en una situación mercantil irregular, bien surgida de la propia desidia, bien buscada dolosamente⁴⁸.

En el ámbito mercantil la expresión administrador de hecho se aplica en rigor al administrador que ha sido elegido por un acuerdo nulo⁴⁹. Con idéntico rigor y precisión debe aplicarse en el ámbito penal, a efectos de este delito, sin que quepa una interpretación extensiva⁵⁰ ni por referencia al art. 31 C.P., que amplía el ámbito de responsabilidad por la actuación en nombre o representación de otro⁵¹, ni en base a una noción material de la idea del poder societario que, llevada a sus últimos extremos, permitiría considerar como autor del delito de falsedad en la información social a los socios que ejerzan de facto el control de la sociedad, o incluso a aquellos que sin serlo, por una u otra vía, ejerzan dicho control⁵². Lo contrario, es decir una interpretación extensiva de la noción de administrador de hecho distorsionaría el significado preciso y concreto que la figura del administrador tiene en el Derecho Mercantil, que viene caracterizado en cuanto integrantes de un órgano social con facultades y deberes específicos.

Por ello no cabe considerar administradores de hecho a efectos del delito de falseamiento de la información social a quienes, por importantes que sean las

⁴⁶ Arts. 125 L.S.A y 145 R.R.M

⁴⁷ Art. 175 L.S.A.

⁴⁸ La doctrina penalista ya había advertido que razones de política criminal aconsejaban no dejar al margen de los delitos sociales a los administradores de hecho. Rodríguez Mourullo, *Algunas consideraciones...*, *op. cit.*, pág. 688.

⁴⁹ Garrigues-Uría, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, 3.ª edición, 1976, pág. 70. Por extensión y en ocasiones se ha calificado también como administrador de hecho al administrador que tiene su cargo irremisiblemente caducado (Vicent Chulia, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1, 3.ª edición, 1991, pág. 643).

⁵⁰ El art. 41 del Código Penal dispone que «las Leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellos». Se mantiene en el vigente Código la prohibición de aplicación analógica *in malam partem* de las Leyes penales.

⁵¹ El Código Penal al referirse a las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas, utiliza una fórmula de mayor amplitud, cuyo antecedente es el art. 156 bis C.P., si bien distinguiendo perfectamente entre administradores de hecho y de derecho, por una parte y quienes actúan en nombre y representación legal o voluntaria de otro, por otra.

⁵² *Vid.* Fernández de la Gándara, L., y Sánchez Álvarez, M. «Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos», *A.J.A.*, n.º 238, marzo 1996.

funciones o los cometidos que desempeñen, no ostentan la categoría específica de administradores como ocurre, por ejemplo, con los directores o gerentes, vinculados con la sociedad por una relación no de carácter orgánico sino laboral, si bien en ocasiones especial, ni a los socios propietarios aunque sean quienes realmente gobiernen la sociedad. Respecto de estos cabe añadir, además, que cuando el legislador ha querido considerarlos autores de alguno de los delitos societarios, como ocurre en el supuesto regulado en el art. 295, lo ha hecho expresamente añadiendo su concreta mención a la de los administradores de hecho o de derecho⁵³.

La exigencia de que los administradores han de serlo de una sociedad constituida o en constitución, excluye como punibles autores de este delito de falseamiento a los empresarios individuales, lo que resulta criticable, considerando que el bien jurídico protegido, la veracidad en la información, puede resultar igualmente dañado si el empresario individual falsea documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de su empresa, en forma idónea para causar un perjuicio económico a tercero; y la existencia de empresas individuales con mayor trascendencia en el mercado que muchas sociedades.

El art. 297 del Código Penal entiende por sociedad, a los efectos de los delitos societarios, expresión que podría hacer pensar que pretende una noción penal de sociedad distinta de la acuñada en el Derecho mercantil, «toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil, o cualquiera otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Se trata de una definición elaborada con criterio de amplitud, que permite abarcar no sólo a las entidades mencionadas expresamente sino a la práctica totalidad de los operadores económicos al amparo de la expresión «a cualquier otra entidad de naturaleza análoga», y técnicamente deficiente por reiterativa, pues es ociosa la mención expresa de las cooperativas, mutuas, entidades financieras y de crédito, cajas de ahorros (que también son entidades financieras y de crédito)⁵⁴, además de las sociedades mercantiles dado que aquellas son sociedades mercantiles⁵⁵.

El legislador ha considerado, acertadamente, igualmente sancionable la conducta falsaria del administrador tanto si se produce en una sociedad constituida como en una sociedad en formación. Ello permitirá encuadrar en este ámbito delictivo conductas difícilmente sancionables al presente por otras vías, como son por ejemplo las declaraciones inveraces de los fundadores de una sociedad que

⁵³ En la tramitación parlamentaria del art. 295, referente al delito de administración fraudulenta del patrimonio social se incluyó expresamente como posibles autores de este delito a los socios.

⁵⁴ Real Decreto legislativo 1298/1986, de 28 de junio, por el que se adaptan las normas legales en materia de establecimientos de crédito al Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Económica Europea.

⁵⁵ Sobre carácter y naturaleza de las Cajas de Ahorro, *vid.* Sánchez Calero, F., «La identidad de las Cajas de Ahorros: pasado, presente y futuro», en *R.D.B.B.*, n.º 43, 1991, págs. 566 y ss.

consten en cualquiera de las escrituras o en otros documentos otorgados o emitidos durante el proceso de constitución de la sociedad referentes a las aportaciones al capital social.

La intención, que parece evidente, de abarcar temporalmente la vida de la sociedad en su totalidad, se dificulta técnicamente por el respeto al principio de legalidad penal, al haberse utilizado la expresión «sociedad en formación», por cuanto se trata de una expresión que tiene un significado legalmente preciso en el ordenamiento mercantil, explicitado en los arts. 15 L.S.A. y 11.3 L.S.A.L., y referido exclusivamente al período de tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad y su inscripción en el Registro Mercantil⁵⁶, y que aplicado con rigor dejaría extramuros del delito de falseamiento de la información social las conductas falsarias producidas en el ámbito de una sociedad irregular⁵⁷.

Por ello, ha de entenderse con un criterio de lógica jurídica, que impone la *ratio* del propio precepto legal, que la intención del legislador, aunque utilizando el término sociedad en formación mas allá de lo que permite el ordenamiento mercantil, es entender que existe sociedad, a los efectos del delito de falsedad en la información social, desde el momento en que se celebra el contrato fundacional, con independencia de la forma que éste adopte, verbal o escrita, documento público o privado⁵⁸.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL

Además de la sanción penal, que combina la pena de privación de libertad con la pecuniaria —prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses cuando la falsedad sea simplemente idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de los socios, o a algún tercero, y las mismas penas en su mitad superior si, efectivamente, se produjese dicho perjuicio económico—, el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada de la falsedad debe ir orientada, además de al resarcimiento del daño causado, a la restauración del orden jurídico alterado por la acción falsaria, declarando, por ejemplo, la nulidad del acuerdo de la junta general aprobando las cuentas anuales falsificadas, así como la nulidad de las posteriores anotaciones registrales a que las mismas hubieran dado lugar⁵⁹.

⁵⁶ Sobre el concepto de sociedad en formación, *vid.* Alonso Ureba «La sociedad en formación», en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*. Madrid, 1991, págs. 523 y ss.

⁵⁷ Sobre sociedad irregular *vid.* Girón Tena, J., «Las Sociedades Irregulares», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, pág. 125; Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez, «Requisitos de forma y publicidad: Las Sociedades irregulares en Derecho español», en *R.d.S.*, 3, 1994, págs. 267 y ss.

⁵⁸ Sánchez Álvarez, M., *Los delitos societarios*, *op. cit.*, pág. 55.

⁵⁹ Discrepa de este criterio, seguido por un sector de nuestros penalistas (Del Rosal Blasco, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 1424), Sánchez Álvarez, M., *Los delitos...*, *op. cit.*, pág. 119, al entender que el pronunciamiento referido a la responsabilidad civil derivada de la falsedad no puede ir más allá de lo que es su ámbito propio de actuación, orientado a indemnizar o resarcir a los perjudicados por el delito, alcanzando la nulidad del acuerdo por el que se aprobaron las cuentas.