

Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal.

I

El art. 290 del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dispone:

«Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen 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, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior».

Para la comprensión del objeto de la consulta se hace preciso partir de una importante novedad en la regulación de los delitos de falsedad documental en el Código Penal de 1995 (en adelante NCP). El art. 392 castiga la falsedad cometida por particular en documento público, oficial o mercantil remitiéndose a las tres primeras conductas falsarias del art. 390 y excluyendo la modalidad de falsedad ideológica del núm. 4 del citado precepto. Se ha operado así la destipificación de la falsedad ideológica consistente en «faltar a la verdad en la narración de los hechos» cuando la misma sea cometida por particular.

En atención a lo anterior, la Fiscalía consultante plantea el alcance de la conducta típica que se encierra en el verbo falsear empleado por el art. 290. Son dos las posibles interpretaciones que se sugieren.

La primera de ellas estrecha el ámbito del art. 290. Sostiene que el delito societario, en tanto que se trata de una especie de falsificación cometida por un particular (administrador de hecho o de derecho de una sociedad) sobre un documento mercantil (cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad), ha de circunscribirse a alguna de las tres modalidades comisivas del art. 392, excluyendo la falsedad ideológica del art. 390 núm. 4.

La otra solución apuntada no hace depender la conducta típica del delito societario (art. 290) de las modalidades típicas de falsificación por particular de documentos mercantiles (art. 392), comprendiendo dentro de aquel tipo penal la conducta consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos.

El art. 290 señala como conducta típica la de «falsear», si bien añade que habrá de hacerse «de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma (a la sociedad mercantil), a alguno de sus socios, o a un tercero».

Son varios los puntos de vista desde los que debe examinarse el problema planteado.

II

Una interpretación histórica del precepto nos lleva a indagar la solución dada a esta cuestión en los diferentes proyectos de Código Penal antecedentes del actual.

En el art. 364 del Proyecto de 1980 y en el art. 294.1 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se contienen los precedentes del actual art. 290. De la redacción de ambos preceptos se evidencia que la conducta falsaria incluía la alteración ideológica de las partidas de los libros, cuentas o balances. El art. 294.1, cuya redacción es prácticamente igual que la del art. 364, castigaba a los administradores o directores que «falsearen los balances», especificando seguidamente el precepto las formas de dicha conducta: «...reflejando u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables...».

Cierto es, no obstante, que la fuerza suasoria de este argumento se debilita si se observa que en tales Proyectos se castigaba dentro de los delitos de falsedad documental, a diferencia del vigente Código Penal, la conducta del particular consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos en un documento mercantil (también público u oficial).

III

Desde el punto de vista sistemático el examen de las conductas falsarias recogidas en otros preceptos arroja luz sobre la cuestión que aborda esta Consulta.

El legislador de 1995 destipificó la falsedad ideológica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos al redactar el art. 392 refiriéndolo exclusivamente a las modalidades comisivas de los apartados 1º a 3º del art. 390, con exclusión de la conducta del apartado 4º. Ahora bien, dicho legislador no ha querido despenalizar todas las falsedades ideológicas cometidas por particular en documento público, oficial o mercantil. Para llegar dicha conclusión basta reparar en los siguientes preceptos:

- El art. 310 NCP castiga como delito contable contra la Hacienda Pública la llevanza de doble contabilidad (apartado b del art. 310), la anotación de operaciones con cifras distintas de las verdaderas o la no contabilización de actos, operaciones o transacciones económicas (apartado c del precepto), o la práctica en los libros de anotaciones contables ficticias (apartado d), operaciones todas ellas que suponen conductas de falsedad ideológica que encajan en la modalidad del art. 390.4. Además, el último párrafo del art. 310 emplea las expresiones «falsa contabilidad» y «cargos o abonos omitidos o falseados» en referencia a estos supuestos de falsedad ideológica. En similar

sentido cabe citar los arts. 308 y 309 que castigan el fraude de subvenciones cuando se produzca «falseando las condiciones requeridas para su concesión» aun cuando en este caso el acento se coloque en el perjuicio patrimonial producido.

- El art. 149 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, castiga a los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones, etc., que «falsearen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables... ». Precepto este, no modificado por el NCP (pese a que la Disposición Derogatoria Única 1.f del mismo se ocupó del art. 137 de esta Ley), que considera incluidas en la conducta descrita con el verbo nuclear «falsearen» (idéntico al empleado por el art. 290) supuestos de falsedades ideológicas del art. 390.4.

- *A sensu contrario* cabe citar los arts. 392 y 395 (que se ciñen por expresa mención del precepto a las modalidades falsarias de los tres primeros números del art. 390) y arts. 393 y 396 (que se refieren a documento falso de los comprendidos en los artículos anteriores). El resto de los preceptos no restringe el concepto de falsedad que resulta así el establecido por el art. 390 en sus cuatro modalidades.

Del examen de tales preceptos cabe concluir que el Código considera que «falsear» consiste en la realización de alguna de las conductas de los cuatro apartados del art. 390, es decir, todo mudamiento de la verdad o realidad que deba contener el documento. Solamente cuando el legislador quiere restringir la conducta falsaria descrita en términos generales en el citado art. 390, excluyendo alguna modalidad ideológica, lo expresa así en cada tipo delictivo. Cuando el legislador menciona la conducta falsaria documental, sin matización o restricción, ha de entenderse que ésta comprende las modalidades de los cuatro apartados del art. 390.

Por ello, cabe señalar que no todas las falsedades ideológicas consistentes en faltar a la verdad en la narración de los hechos cometidas por particular han quedado despenalizadas. Siguen siendo delito aquellas que, pese a no encajar en el art. 392, se recogen en otros preceptos del Código vigente, así: en los artículos 310, 308 y 309 ya mencionados, en el art. 261 referido a la presentación de falsa contabilidad con el fin de lograr la declaración de un estado de quiebra, concurso o suspensión de pagos, y en el delito societario del art. 290 que examinamos; o en preceptos de otras leyes como el también mencionado art. 149 de la LOREG.

Esta línea interpretativa es seguida por la mayoría de la doctrina patria, que se muestra favorable a la inclusión en el delito del art. 290 de las falsedades documentales cometidas ideológicamente.

La razón de que el legislador haya restringido la punición de la falsedad ideológica documental cometida por particular a esos concretos supuestos, que

se tipifican en tipos especiales y no en la figura general del delito de falsedad documental, debe buscarse en la existencia de un interés digno de protección penal que aflora, frente al régimen general, en tales casos. Así, en el supuesto del delito societario del art. 290, sólo determinados particulares (los administradores de hecho o de derecho) y sólo respecto de determinados documentos (las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad) y en determinados supuestos (de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad mercantil, a alguno de sus socios, o a un tercero), pueden cometer delito de falsedad ideológica. Sucede que su punición, antes encuadrada en el delito de falsedad documental, se lleva ahora a un tipo especial con diferentes *nomen iuris* y régimen de perseguibilidad. Pero esta conclusión, extraída de la literalidad y de la sistemática de los preceptos antes examinados, sólo podrá reputarse válida si ese régimen punitivo de las falsedades ideológicas está justificado por la existencia de un interés merecedor de tutela penal.

Ello nos lleva a examinar, en el siguiente apartado, cuál sea la razón del castigo, en el art. 290, de conductas consistentes en falsedades ideológicas documentales que, de no existir este precepto, se hallarían extramuros del campo punitivo por mor del art. 392.

IV

Desde un punto de vista teleológico, el examen de la legislación mercantil, concretamente del Derecho de sociedades tras la reforma operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, arts. 172 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, evidencia el especial interés en la consecución de la máxima transparencia en la información societaria. Dicha información, expresada en determinados documentos que la entidad mercantil debe emitir, ha de ser completa y veraz, reflejando así la imagen fiel de las actividades societarias, en tutela de la propia entidad, de los socios o de terceros.

La norma persigue garantizar el derecho a una correcta información de los socios, acreedores y terceros, que debe reflejarse en documentos claros y exactos, derecho que se corresponde con el deber de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada y fiel.

Las leyes aplicables establecen normas específicas que regulan la llevanza de la contabilidad, de manera que permita conocer la marcha de las operaciones, la situación de los negocios y su rendimiento en interés de los socios, los acreedores y el propio Estado, siempre en cumplimiento de la Cuarta Directiva comunitaria de 25 de julio de 1978 que estableció un modelo de sociedad mercantil basado en la transparencia, la publicidad y el libre acceso a los registros. Así el art. 21 del Código de Comercio ordena que «todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada... que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones». El Código de Comercio regula detalladamente las Cuentas Anuales, integradas por el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, que «deben redactarse con

claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa» (art. 34.1 y 2) y regula detalladamente las Cuentas Anuales consolidadas de los grupos de sociedades. Criterios que hoy están ya recogidos más específicamente, en los arts. 171 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, además de cuantas disposiciones dictan normas contables en materia tributaria, mercado de valores u otros ámbitos.

Ese principio de la imagen fiel se erige en la ratio del art. 290, como lo demuestra el hecho de que castigue la falsedad sobre «las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad».

Pues bien, si la razón de ser del precepto citado es dispensar, desde el punto de vista penal, protección al principio de la imagen fiel de las sociedades mercantiles, carecería de sentido una interpretación del precepto que limitara la conducta falsaria a las falsificaciones de los tres primeros apartados del art. 390. Las más de las veces, por no decir prácticamente todas, la falsificación de las cuentas anuales o de esos otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad se lleva a cabo ideológicamente, consignando en los mismos datos que no se corresponden a la realidad, es decir, faltando a la verdad en los datos jurídicos o económicos mediante artificios contables consistentes en aumentar o disminuir ficticiamente las diversas partidas.

El legislador sí impone una limitación a esta conducta falsaria: que sea «... idónea -según reza el art. 290- para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero». Esa limitación es perfectamente compatible con la protección del bien jurídico del precepto. No sería, por contra, admisible añadir una limitación a la conducta falsaria consistente en que no se trate de modalidad del art. 390.4, ya que entonces el bien jurídico quedaría desprotegido en la casi totalidad de los casos. Además, el establecimiento de este tipo especial carecería prácticamente de sentido al bastar con la figura genérica del art. 392, pues la diferencia mínima entre sus penas (prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses en el art. 290 y prisión de seis meses a un año e igual multa en el art. 392, por ello ligeramente inferior) no justificaría por sí sola el establecimiento de este tipo penal.

V

Cabe señalar otro argumento en favor de la tesis que se sostiene: el carácter instrumental de las falsedades ideológicas cometidas por los particulares que tipifica el NCP.

En los delitos de los arts. 290, 261 y 310, supuestos de delitos de falsedad ideológica cometida por particular en el NCP, concurren determinadas notas que confieren a tales tipos un carácter finalista. No basta con la simple conducta falsaria, como sucede en los arts. 390 y 392, sino que, al igual que en la falsificación de documentos privados, se hace precisa la concurrencia de

otras notas: en el art. 261 la falsedad debe ir dirigida a «lograr indebidamente la declaración» de la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos, en el delito del art. 310 apartados c) y d) se precisa la omisión de la declaración tributaria o el reflejo en la misma, si se presentare, de dicha falsa contabilidad; y, por último, en el delito societario del art. 290 es preciso que la conducta falsaria pueda causar un perjuicio económico a la sociedad mercantil, a alguno de sus socios, o a un tercero.

El legislador, por tanto, ha puesto el acento en la finalidad a que se destina la falsificación documental sin limitar, como hace en el tipo genérico de falsedad en documento mercantil cometida por particular (art. 392), las modalidades de conducta falsaria, recogiendo la falsedad ideológica al ser la más frecuente y propicia para la obtención de los fines que el legislador trata de impedir con estas figuras delictivas.

VI

Varias son las cuestiones que suscita el concurso entre el delito societario del art. 290 y el delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 del NCP.

En aquellos casos en que la falsedad documental se cometa faltando a la verdad en la narración de los hechos no existirá concurso alguno de normas. El art. 392 no será de aplicación dada la modalidad de conducta falsaria desarrollada. Habrá de aplicarse el art. 290 si es que se dan los requisitos del mismo, tanto sustantivos (que el sujeto activo sea administrador de una sociedad; que la conducta recaiga sobre las cuentas anuales u otros documentos que reflejen la situación económica o jurídica de la sociedad -por sociedad se entienden las personas referidas en el art. 297 NCP-; y que la alteración de tales documentos sea idónea para causar un perjuicio a la sociedad, a un socio, o a un tercero -imponiendo pena mayor si efectivamente se produce el perjuicio-), como procesales (que medie la denuncia exigida en determinados casos por el art. 296).

Cuando la conducta falsaria sea alguna de las que encajan en los tres primeros apartados del art. 390 y se dieren los requisitos del art. 290 antes citados, estaremos ante un concurso aparente de normas entre el art. 290 y el art. 392, a resolver por el art. 8 del NCP. El principio de especialidad (art. 8 regla 1ª) reclamará la aplicación del art. 290 con preferencia al art. 392.

Si, siguiendo dentro de las modalidades falsarias de los tres primeros apartados del art. 390, faltare alguno de los elementos del delito societario del art. 290 -tanto sustantivos como el requisito de perseguibilidad del art. 296-, pero se dieren todos los elementos típicos del delito de falsedad en documento mercantil del art. 392, será este último aplicable.

CONCLUSIONES

Primera.- En el delito falsario societario del art. 290 del NCP la conducta típica expresada con el verbo falsearen comprende cualquiera de las modalidades falsarias del art. 390 del NCP.

Segunda.- Si se dieran todos los requisitos de tipicidad exigidos por los arts. 290 y 392, el concurso de leyes habrá de ser resuelto en favor del art. 290 a tenor del principio de especialidad recogido en la regla 1ª del art. 8 del NCP.

Tercera.- La falta del requisito de procedibilidad o de alguno de los elementos típicos específicos del delito societario del art. 290, determinará la aplicación de la falsedad en documento mercantil del art. 392 siempre que la conducta falsaria tenga encaje en alguna de las modalidades de los tres primeros apartados del art. 390 del NCP.