



LAS FUSIONES BANCARIAS Y EL CONCEPTO DE «IMAGEN FIEL» EN EL DELITO SOCIETARIO DE FALSEDAD DE CUENTAS ANUALES: REFLEXIONES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Bank mergers and the concept of «true image» in the corporate crime of falsifying annual accounts: reflections based on recent jurisprudence

ELISEU FRÍGOLS I BRINES

Profesor Ayudante Doctor. Universitat de València. ORCID 0000-0003-3735-2619

Revista de Derecho del Sistema Financiero 5
DOI: <https://doi.org/10.32029/2695-9569.01.05.2023>

Marzo 2023
Págs. 167–200

RESUMEN: La crisis bancaria de 2008 tuvo un fuerte impacto en las entidades bancarias españolas que, especialmente en el caso de las cajas de ahorros, sufrieron numerosos –y accidentados– procesos de fusión. Esas fusiones han dado lugar a procedimientos penales por el delito del art. 290 CP, lo que hace necesario conocer la relevancia que esos procesos han tenido para la comisión del delito y como han afectado a la determinación de la imagen fiel de las cuentas anuales afectadas por dicha situación. Para ello se ha tratado de determinar el tipo objetivo del delito del art. 290 CP mediante su delimitación de otros tipos de falsedad con los que presenta coincidencias de objeto material. Asimismo, se ha profundizado en la imagen fiel como elemento básico del delito de falsedad en cuentas anuales, y en cómo ha sido aplicado por la jurisprudencia en los casos de fusión bancaria.

ABSTRACT: The banking crisis of 2008 had a strong impact on Spanish banking institutions which, especially in the case of savings banks («cajas de ahorros»), underwent several –and eventful– merger processes. These mergers have given rise to criminal proceedings for the offence of art. 290 PC, which requires understanding the bearing that these processes have had on the commission of the offence, and how they have affected the determination of the true and fair view of the annual accounts affected by this situation. To this end, an attempt has been made to determine the objective legal definition of the offence of art. 290 PC by delimiting it from other legal definitions of forgery with which it has similarities of material object. Likewise, we have looked in depth at the true and fair view as a basic element of the offence of forgery in annual accounts, and how case law has applied it to cases of bank mergers.

PALABRAS CLAVE: Falsedad en documentos mercantiles – Falsedad en cuentas anuales – Falsedad de información económico-financiera de inversión – Imagen fiel – Fusiones bancarias – Crisis bancarias – Supervisión bancaria.

KEYWORDS: Forgery of commercial documents – Forgery of annual financial statements – Misrepresentation of financial investment information – True and fair view – Bank mergers – Banking crises – Banking supervision.

Fecha de recepción: 14-11-2022

Fecha de aceptación: 22-12-2022

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DELITO SOCIETARIO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS ANUALES (ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL): DETERMINACIÓN DE SU TIPO OBJETIVO. 1. *El tipo objetivo del delito de falsedad del artículo 290 CP frente a otros delitos de falsedades.* 1.1. DELIMITACIÓN ENTRE LOS DELITOS DEL ARTÍCULO 290 CP Y DEL ARTÍCULO 392 CP. 1.2. DELIMITACIÓN ENTRE LOS DELITOS DEL ART. 290 CP Y DEL ARTÍCULO 282 BIS CP. III. EL CONCEPTO DE «IMAGEN FIEL» COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA FALSEDAD RELATIVA A LAS CUENTAS ANUALES. RAZONES QUE DETERMINAN SU APLICACIÓN. 1. *El concepto de cuentas anuales a los efectos del artículo 290 CP.* 2. *La noción de «imagen fiel» y las falsedades ideológicas.* IV. LOS PROBLEMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA «IMAGEN FIEL» EN EL MARCO DE LAS FUSIONES BANCARIAS. REFLEXIONES A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LA MATERIA. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica de 2008, que en España ha extendido algunos de sus efectos hasta la actualidad –como, por ejemplo, el grave problema de la desigualdad social¹–, dio lugar también a una crisis bancaria.

Esta crisis bancaria fue, inicialmente, una crisis de liquidez², para más tarde convertirse en una crisis de solvencia bancaria, causada por varios

1. Vid., sin ánimo de exhaustividad, AYALA CAÑÓN, L., «Crisis económica y distribución de la renta: una perspectiva comparada», *Papeles de Economía Española*, n.º 135, p. 17; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis Económica y Desigualdad: Separata I.2 del Informe anual de 2017*, 2018, pp. 165-170 (https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/09/SEPARATA_Crisis_economica_y_desigualdad.pdf, consultado por última vez el 23.08.2022); BRINDUSA ANGHIEL, B., BASSO, H. BOVER, O., CASADO, J. M., HOSPIDO, L., IZQUIERDO, M., KATARYNIUK, I. A., LACUESTA, A., MONTERO J. M. y VOZMEDIANO, E., *La desigualdad de la renta el consumo y la riqueza en España*, Banco de España, 2018, p. 42; AYALA, L. y CANTÓ, O., «Radiografía de medio siglo de desigualdad en España: Características y factores que explican que España sea uno de los países más desiguales de Europa», en AYALA, L. (coord.), *Desigualdad y pacto social*, 2022, p. 15 (https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/548693/Desigualdad+y+pacto+social_ES_Julio2022.pdf/a641e5f2-6789-c143-0466-552df29ec0c1?t=1657627443892, consultado por última vez el 23.08.2022).
2. RUESGA BENITO, S. M., «Para entender la crisis económica en España: el círculo vicioso de la moneda única y la carencia de un modelo productivo eficiente», *Economía Unam*, n.º 28, 2013, p. 72; BANCO DE ESPAÑA, *Informe sobre la crisis bancaria y financiera en España, 2008-2014*, 2017, p. 67.

eventos que se desarrollaron sucesivamente. En primer lugar, la creciente exigencia de capital, como consecuencia de la aplicación de los nuevos estándares de capital derivados de la aplicación de Basilea II, y que dio lugar a la capitalización de nuestras entidades bancarias mediante instrumentos de legalidad discutible³, pero bendecidos por los supervisores, y en algunos casos en que estos instrumentos no fueron suficientes, a su intervención o fusión con otras entidades; en segundo lugar, la ausencia de credibilidad internacional del sector bancario español, que se contagiaba a la deuda soberana española, y que no se solventó hasta la aceptación por parte del gobierno español del rescate bancario –*Memorandum of Understanding* (MoU)⁴–, mediante la paradoja que supuso convertir la deuda

Está bien documentado que la burbuja inmobiliaria –que se crea a partir del año 2000– no hubiese sido posible sin un flujo constante de capital proveniente de grandes bancos europeos, que alimentaba el crédito ofrecido por nuestras entidades financieras (RUESGA BENITO, S., «Para entender...», pp. 76-77). Esto, a su vez, era consecuencia de una política de estabilidad monetaria, puesto que los bajos tipos de interés no remuneraban de forma suficiente el capital depositado en productos financieros, de forma que este capital se dirigía a negocios más lucrativos, pero con mayor riesgo. Pues bien, este flujo de liquidez que procede de Europa se interrumpe bruscamente en el verano de 2007, como consecuencia de la crisis de las hipotecas *subprime*, y junto con la posterior subida de los tipos de interés, es lo que da lugar a una crisis de liquidez que impide seguir proporcionando combustible a la máquina de la locomotora inmobiliaria.

Esa situación de bajos tipos de interés es, *mutatis mutandis*, el mismo fenómeno que ha permitido la resurrección del sector inmobiliario español hasta el presente, puesto que los tipos de interés negativos y las bajas primas de riesgo-país han hecho que el capital se dirigiese de nuevo a la adquisición de inmuebles. Actualmente, la desproporcionada subida del Euribor frente a la situación de inflación y desaceleración económica hace que el sector inmobiliario afronte, al menos, una desaceleración significativa. Así, TORRES, R., «Housing markets ahead of the threat of recession», *Spanish and International Economic & Financial Outlook*, v. 11, n.º 5, septiembre 2022, p. 10.

3. Como las cuotas participativas, las obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, por las que se han seguido procedimientos penales que, sin embargo, no han dado lugar a responsabilidad penal alguna. Véase, en relación con las cuotas participativas de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, el AAN (Sala Penal, Sección 3.^a), de 21 de diciembre de 2017 y, en relación con las participaciones preferentes, el AAN de 12 de julio de 2018 (ARP 2018, 785), confirmado por la STS n.º 110/2020, de 11 de marzo (RJ 2020, 964).
4. Sobre el memorándum de entendimiento, BANCO DE ESPAÑA, *Informe sobre la crisis...*, pp. 175 y ss.; de forma muy crítica, poniendo de manifiesto el coste social del rescate más allá de sus consecuencias para la banca, así como las consecuencias de este para el déficit y la deuda pública española, RUESGA BENITO, S. M., «Para entender la crisis económica...», p. 72, 77-78 (nota 7). Las previsiones que hace el artículo citado sobre el coste de ese rescate han quedado empalidecidas por la realidad de los costes de capitalización según las últimas estimaciones del Tribunal de Cuentas. Véase, TRIBUNAL DE CUENTAS, *Nota de fiscalización de la situación a 31 de diciembre de 2018 del proceso de reestructuración bancaria*, aprobada por el Pleno en su sesión de 28 de noviembre de 2019, pp. 12 y ss. (<https://www.tcu.es/repositorio/f70f9850-facc-4b41-9732-41920adb202a/11341.pdf>, consultado por última vez el 07.11.2022).

privada en deuda pública; y, finalmente, con el avance de la crisis, por las necesidades crecientes de capital que suponían las carteras de activos fallidos derivados fundamentalmente de las inversiones inmobiliarias.

La estrategia del Banco de España ante estos problemas de solvencia bancaria, centrados fundamentalmente en las cajas de ahorros, fue la de concentrar el riesgo creando entidades bancarias más grandes. Así, o bien dichas cajas se convirtieron en bancos y se fusionaron mediante los denominados sistemas institucionales de protección (en adelante, SIP) al mismo tiempo que se les proporcionaba ayudas de diferentes tipos por parte del FROB o, en los casos en que se decidía por la intervención de la entidad, se les inyectó capital y se vendieron a un precio simbólico a otra entidad supuestamente solvente, en muchas ocasiones acompañando a la venta un esquema de protección de activos (EPA)⁵. La excepción a esta estrategia de venta parecía ser la de Bankia (resultado de un previo SIP, entre otras, de Caja Madrid y Bancaja) que estaba en manos del FROB tras la inyección récord de capital realizada por el Estado, y de la que se planteaba la conversión en una banca pública con la finalidad de recuperar la inversión del Estado. Sin embargo, se ha dado lugar a la fusión con CaixaBank, pasando el Estado a ser accionista minoritario de dicha entidad⁶.

La consecuencia de esta estrategia de concentración, acertada o equivocada⁷, ha sido la producción de múltiples fusiones bancarias, lo que ha afectado necesariamente a la forma en que las cuentas anuales de dichas entidades se han formulado. Esta circunstancia resulta muy relevante para el análisis del delito societario de falsedad de cuentas anuales del artículo 290 del Código penal, por cuanto la estrategia de intervención del FROB ha ido acompañada del inicio de múltiples procedimientos penales en relación con operaciones de las entidades intervenidas o que han sido objeto de ayudas públicas, muchos de los cuales se han seguido, precisamente, por el referido delito de falsedad contable.

En este contexto, es necesario determinar si la situación de fusión de entidades bancarias y las implicaciones contables que la misma conlleva son o no relevantes a la hora de establecer si el delito se ha cometido o no,

5. Véase TRIBUNAL DE CUENTAS, *Nota de fiscalización...*, *loc. cit.*, en el que se puede ver una relación de todas esas intervenciones de las autoridades de supervisión y control bancario.
6. ZULOAGA, J., «El Estado ampliará su participación en CaixaBank por encima del 17%», *El Confidencial*, 8 de septiembre de 2022 (https://www.elconfidencial.com/empresas/2022-09-08/estado-ampliara-participacion-caixabank-encima-17_3486993/, consultado por última vez el 20.10.2022).
7. En mi opinión, esto constituye un grave error, porque se llegará al momento en que el denominado «too big to fail» se convertirá en «too big to be saved», de forma que ni la Unión Europea tendrá recursos suficientes para afrontar la quiebra de múltiples bancos que han alcanzado esas dimensiones desmesuradas, y la ausencia de competencia en materia bancaria (una de las múltiples consecuencias de la creación de esos grandes «campeones nacionales») no dejará muchas alternativas al sistema económico.

y cómo la misma afecta al concepto de imagen fiel y veraz de las cuentas anuales, como objeto del delito de falsedad del artículo 290 del Código penal.

II. EL DELITO SOCIETARIO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS ANUALES (ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL): DETERMINACIÓN DE SU TIPO OBJETIVO

La pretensión del presente apartado es tratar de determinar en qué consiste el tipo objetivo y, dentro del mismo, el objeto material y la conducta del delito societario de falsedad de cuentas anuales, lo que entendemos como paso previo imprescindible para valorar cómo la situación de fusión bancaria puede influir o no en la determinación del carácter delictivo de dichas cuentas.

A estos efectos, trataremos, en primer lugar, de examinar el tipo objetivo del artículo 290 CP, y delimitarlo brevemente de otros delitos presentes en el Código penal. En segundo lugar, trataremos de delimitar el delito de falsedad de cuentas anuales frente a la falsedad de otros documentos que también forman parte del objeto del art. 290 CP.

1. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE FALSEDAD DEL ARTÍCULO 290 CP FRENTE A OTROS DELITOS DE FALSEDADES

Aunque parezca algo obvio, resulta necesario insistir en que los delitos de falsedad documental son siempre delitos de peligro, pese a que posean un bien jurídico autónomo⁸. Con los delitos de peligro, el legislador pretende adelantar la barrera de defensa a un momento previo a la lesión de bienes jurídicos de contenido material, y este bien jurídico de contenido material, en el caso de las falsedades, es habitualmente el patrimonio.

En el caso del delito del artículo 290 CP, ese carácter de delito de riesgo para el patrimonio se deriva claramente de su descripción típica. El tipo básico del artículo 290 del Código penal castiga con pena de prisión de uno

8. Sobre esta cuestión, recientemente, VERA VEGA, J., «Las falsedades documentales: ¿Delitos de lesión o de peligro?», GÓMEZ MARTÍN, V., BOLEA BARDON, C., GALLEGU SOLER, J. I., HORTAL IBARRA, J. C. y JOSHI JUBERT, U., *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, AEBPE, 2022, pp. 1447-1464; LLORIA GARCÍA, P., «Lección XIV. Delitos de falsedades (2). Falsedades Documentales», en BOIX REIG, J., *Derecho penal: Parte Especial*, vol. III, p. 430, citando a Silva Sánchez sobre su naturaleza de delitos mediatos.

En este sentido, no discuto la existencia de bienes jurídicos autónomos en las falsedades, pero creo que tiene vinculaciones con derechos individuales que no podemos desconocer. Coincido con la posición de HASSEMER, que fue muy crítico con los bienes jurídicos universales, y se mostró partidario de una planteamiento más escéptico respecto de éstos, y más centrado en su afición a bienes jurídicos individuales para garantizar su protección penal, HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed., C. H. Beck, 1990, p. 275; HASSEMER, W., «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, 1989, n.º 45-48, p. 284.

a tres años y multa de 6 a doce meses a «(l)os 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».

Asimismo, el párrafo segundo contiene un tipo de agravado, por el que se castiga con la mitad superior de las citadas penas en el caso de que se llegase a causar el perjuicio económico.

Este apunte es imprescindible para entender por qué el delito de falsedad del artículo 290 del Código penal debe ser delimitado tanto de otros delitos de falsedades (delitos de peligro) como de delitos patrimoniales (en los que el bien jurídico finalmente tutelado ha sido ya lesionado), y con los que puede incurrir en complejos problemas concursales, que aquí dejaremos sólo apuntados, porque serán objeto de tratamiento específico y extenso, por su interés, en futuros trabajos⁹.

Un segundo apunte, necesario para la delimitación, tiene que ver con las modalidades de conducta, por cuanto se castiga la conducta de «falsear», es decir, de producir un documento falso, y no otras conductas en relación con documentos falsos, como el tráfico (art. 392.2, 399.2 CP), la presentación en juicio o su simple uso (arts. 393, 394.2, 396, 399.2, 261 CP), conductas todas ellas que se castigan en su inmensa mayoría de los casos con una pena inferior a la de la falsificación¹⁰.

1.1. Delimitación entre los delitos del artículo 290 CP y del artículo 392 CP

En consecuencia, comenzaremos esta delimitación del delito del artículo 290 CP distinguiéndolo del delito de falsedad documental en documento

9. De momento, sólo apuntaremos que se producen graves problemas concursales entre el segundo apartado del art. 290 CP y, en su caso, la estafa de los arts. 248.1, 249 y 250 CP, el apartado segundo del art. 282 bis CP y la agravación incluida en su inciso segundo, e incluso respecto del art. 284.1.2.º CP, cuya solución no resulta sencilla, y que merecen un examen separado y atento.

10. Con la excepción de la conducta del artículo 261 CP, respecto del cual la doctrina (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa: Parte Especial*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 147; NIETO MARTÍN, A., «Falsedades en la empresa», 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*, Dykinson, 2018, p. 709; BOIX REIG, J. ANARTE BORRALLA, E. y GUTIÉRREZ PÉREZ, E. [colab.], «Lección XI. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en BOIX REIG, J. [dir.], *Derecho penal: Parte Especial*, vol. II [Delitos económicos], Iustel, 2020, p. 324) coincide en considerar que se trata de una conducta de falsedad ideológica de uso, y que, sin embargo, tiene una pena superior a la falsedad de uso de documento mercantil en juicio o para perjudicar a otro del artículo 393 CP. No podemos detenernos aquí, sin embargo, a considerar los difíciles problemas concursales que se presentan, por ejemplo, cuando la falsedad la comete quien presenta el documento.

oficial o mercantil por particular, regulado en el artículo 392 CP. Respecto del delito del artículo 392 CP podemos concluir que el artículo 290 CP es un delito respecto del que se encuentra en una relación de especialidad, no sólo porque el delito del artículo 392 CP es un delito común, que puede cometer cualquiera, mientras que el delito del artículo 290 CP es un delito especial propio que sólo pueden cometer los administradores de derecho o de hecho¹¹ de una sociedad de carácter mercantil, sino también porque el delito del artículo 392 CP incluye toda clase de documentos mercantiles¹² –además, por supuesto, de los documentos oficiales¹³–, mientras que en el

11. Si bien se debe advertir que el concepto de administrador de hecho que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo maneja en su jurisprudencia actual podría ser gramaticalmente incluido en el concepto que recoge el vigente apartado tercero del artículo 236 LSC, no sé si en ese concepto gramatical caben altos directivos de una sociedad que ni siquiera ocupen los puestos situados en la cúspide del organigrama de los empleados de la mercantil, que nuestro TS, sin embargo, acepta sin problemas. Al mismo tiempo, suscita alguna perplejidad que por parte del Ministerio Fiscal se planteen procedimientos frente a altos directivos como administradores de hecho, sin que, al mismo tiempo, se sigan procedimientos frente a los administradores de derecho. A mi juicio, en los supuestos de administración de hecho, existe siempre responsabilidad penal de los administradores de derecho, aunque sólo sea por omisión, salvo que se pueda acreditar que no pudieron actuar de otro modo porque se les suministraba información que no se ajustaba a la realidad, o por cualquier otra razón. En relación con esta cuestión, creo que el papel de los miembros de los consejos de administración en los procedimientos penales abiertos por la gestión de las cajas de ahorros es algo que necesita también un examen detenido, a los efectos de determinar cuál es su ámbito de responsabilidad en materia penal, y cuál ha sido el que efectivamente le han otorgado nuestros tribunales.
12. No obstante, resulta necesario poner de relieve que, a su vez, se manejan dos conceptos distintos de documento mercantil en la jurisprudencia penal: un concepto estricto de documento mercantil que, lamentablemente, hasta el momento ha sido minoritario y que requiere que los documentos calificados como mercantiles se hallen expresamente tipificados como tales tengan una especial transcendencia en el tráfico jurídico-mercantil, más allá de elaboración en un marco mercantil, precisamente con base en la mayor penalidad atribuida a este tipo de delitos; y un concepto extensivo, que incluye toda clase de documentos en los que se refleje un acto o derecho de naturaleza mercantil.

En este sentido, es una buena noticia que el Tribunal Supremo esté ahora virando hacia esta concepción restrictiva de documento mercantil, mucho más respetuosa con los principios de taxatividad y de proporcionalidad, como elementos irrenunciables del principio de legalidad. Así, cabe citar, por ejemplo, la STS n.º 232/2022, de 14 de marzo (RJ 2022, 1515), que establece que un contrato de agencia debe ser considerado un documento privado, por cuanto, aunque se haya realizado entre comerciantes y esté contenido en el Código mercantil, carece de eficacia más allá de la relación negocial entre las partes.

13. Entre los que se deben contar los denominados documentos oficiales «por destino o por incorporación», lo que supone una ampliación del ámbito de aplicación del precepto que no debiera ser aceptada. Por más que esa doctrina ha sido matizada en el sentido que sólo se puede considerar como tal aquel documento privado exclusivamente diseñado para ser introducido en un expediente oficial, y no cualquier otro que, por cualquier razón, haya acabado formando parte de un tal expediente, se debe lamentar la oportunidad que ha perdido el Tribunal Supremo de acabar con

artículo 290 CP se incluyen sólo las cuentas anuales y aquellos documentos oficiales que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, de forma que se restringe significativamente su objeto. Por más que, se debe también señalar, en ambos casos nos hallamos ante un catálogo abierto y que puede dar lugar a determinados solapamientos en relación con documentos concretos, cuya falsedad cabría, en principio, perseguir conforme ambos tipos penales, y respecto de los que deberán ser otras circunstancias, distintas del propio documento, las que nos dirijan a uno u otro tipo penal.

Esto nos lleva a las tres últimas características que nos sirven para delimitar el delito del art. 290 CP del delito del art. 392 CP, que son diferentes, pero, a su vez, están relacionadas.

En primer lugar, se debe señalar la cuestión más obvia. El artículo 392 contiene una referencia a las modalidades falsarias por las que se puede cometer el delito por remisión al artículo 390 CP, estableciendo de forma expresa que el delito sólo se podrá cometer cuando el mismo se perpetre de conformidad con, al menos, una de las tres primeras modalidades falsarias del referido precepto, en concreto: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. Se excluye expresamente, por indicación del legislador, las denominadas falsedades ideológicas con carácter general, es decir, los supuestos en los que se falta a la verdad en la narración de los hechos, por más que la jurisprudencia del TS las ha reintroducido en los supuestos de simulación total del documento¹⁴.

esa extensión típica que, a mi juicio, vulnera el principio de legalidad porque supone usar un concepto de documento oficial distinto para el artículo 390 y para el artículo 392, lo que, por la estrecha relación entre ambos preceptos, carece por completo de sentido.

14. Sobre esta cuestión, con una meritoria claridad expositiva, ORTEGA LORENTE, J. M., «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en BOIX REIG, J. (dir.), *Estafas y falsedades: Análisis jurisprudencial*, Iustel, 2004, pp. 201-234.

El problema tiene múltiples facetas. En primer lugar, se debe atender a la cuestión de que los primeros dos supuestos se ocupan, conforme a la clásica distinción doctrinal, de las falsedades materiales, que afectan a los elementos que definen los elementos básicos constitutivos del documento, mientras que los dos siguientes, en principio, se ocupan de falsedades ideológicas, es decir del contenido de las manifestaciones realizadas en el documento. Siendo así, no queda claro que el criterio del legislador en las falsedades cometidas por particular del artículo 392 CP haya sido el de excluir completamente las falsedades ideológicas cuando las realiza un particular, porque se continúa castigando falsedades ideológicas consistentes en suponer la intervención de personas que no lo han hecho o, en su caso, atribuirles manifestaciones distintas de las realizadas. Y ello porque, aunque el hecho de suponer la intervención de personas que no lo han tenido podría interpretarse como una falsedad material (p. ej., la falsificación de la firma en un documento), la atribución de manifestaciones

A diferencia de lo que sucede con el artículo 392 CP, el artículo 290 CP no contiene ninguna indicación de cómo se debe llevar a cabo la falsedad¹⁵, sino sobre el **resultado** de ésta, puesto que la falsedad debe ser idónea para causar un perjuicio económico, y parece claro que ello no excluye el caso de las falsedades ideológicas, como la doctrina ha entendido sin lugar a duda¹⁶. Se trata, en consecuencia, de un delito de peligro hipotético o potencial, utilizando la terminología que el propio TS utiliza para otros delitos equivalentes¹⁷, en el que deberá probarse no sólo la mendacidad

diferentes a las realizadas por una determinada persona no cabe interpretarla de modo distinto a una falsedad ideológica.

Por otro lado, es cierto que la simulación de un documento puede ser considerada típica, pero el tipo penal establece que sólo cuando se induzca a error sobre la autenticidad del documento. Y un documento es auténtico cuando es realizado por quien figura como autor, coincidiendo con la idea de falsedad material a la que ya nos hemos referido, pero, en un significado figurado, autenticidad del documento puede también entenderse como aquel cuyo contenido se ajusta a lo que juzgamos como cierto o real.

De esa forma, el TS –en su jurisprudencia claramente dominante– considera como falsedad del artículo 392, en relación con el artículo 390.1.2.ª, ambos del CP, los supuestos en los que un documento verdadero, firmado por quien aparece como interviniente en el mismo, no se corresponde con un negocio jurídico real.

Se trata de una interpretación posible pero, al mismo tiempo, y sin duda, de una interpretación claramente extensiva, muy parecida a otras interpretaciones teleológicas que ha llevado a cabo el TS en muchas otras ocasiones. El problema, aquí y en el resto de ocasiones, es la existencia de disposiciones penales que se redactan sin tener en mente a qué supuestos concretos se pretenden aplicar, provocando con ello que sea el intérprete quien elija cómo se deben entender los supuestos presentes en la norma, como consecuencia de la introducción de términos que aportan vaguedad en lugar de seguridad jurídica.

15. Aunque la doctrina da por supuesto que las modalidades falsarias del artículo 290 CP deben coincidir necesariamente con las contenidas en el artículo 390 CP (FARALDO CABANA, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 57 y 61; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, p. 451), lo cierto es que el precepto no contiene ninguna referencia expresa a las modalidades de falsedad del referido precepto, a diferencia de lo que sucede con el artículo 392 CP. Se crea así una dependencia entre ambos tipos penales que puede tener, y tiene, sentido desde una interpretación sistemática de la falsedad con relevancia penal, pero que puede crear más problemas que soluciones, por cuanto abre este precepto también a las discusiones sobre la punibilidad de las falsedades ideológicas; cuestión, como veremos, extraordinariamente relevante para la falsedad de cuentas anuales.
16. FARALDO CABANA, P., *El delito societario...*, p. 67; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, p. 452; BOIX REIG, J. ANARTE BORRALLÓ, «Lección XXIV. Delitos societarios», en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal...*, p. 722. En contra de esta posición, PÉREZ VALERO, I., *El delito de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 390 a 396, que siguiendo a la doctrina italiana considera que se trata de un tipo defraudatorio. Este planteamiento asume, creo yo que de forma errónea, que las falsedades ideológicas cometidas por particular no son típicas. Como veremos más tarde, el TS se ha pronunciado de forma sistemática estableciendo la posibilidad de las falsedades ideológicas.
17. Por ejemplo, en el caso de los delitos contra el medio ambiente. Véase, FRÍGOLS BRINES, E., «La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España: cuestiones teóricas y problemas prácticos», *LEXAMBIENTE: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Ambiente*, n.º 1, 2020, pp. 111-114.

documental, sino, además, la capacidad de dichas declaraciones mendaces para causar un perjuicio económico que deberá ser comprobada en cada caso, quedando así a medio camino entre el peligro abstracto y el peligro concreto¹⁸.

En consecuencia, la segunda delimitación que se puede realizar es que mientras que el artículo 392 CP es un delito de peligro abstracto¹⁹, el delito del artículo 290 CP es un delito de peligro hipotético o de aptitud²⁰.

El tercero de los elementos tiene que ver con ese requerimiento del resultado de aptitud para causar un perjuicio económico, y cómo afecta el mismo a los distintos elementos que forman parte del objeto material del delito de art. 290 CP esencialmente desde la perspectiva de qué se puede considerar «falso»; cuestión que se examinará más detenidamente al delimitar los distintos elementos integrantes del objeto material de este delito y al referirnos al concepto de «imagen fiel» como elemento fundamental de las cuentas anuales. Pero, no obstante, avanzaremos que cualquier falsedad documental en los documentos indicados en el art. 290 CP, por más que sea idónea para causar un perjuicio, no podría ser constitutiva del delito del artículo 290 CP si no afecta a la imagen fiel, conforme a múltiples pronunciamientos del TS²¹.

18. Así, aunque quizá sería más garantista la exigencia de un resultado de peligro concreto, coincido con FARALDO (FARALDO CABANA, P., *El delito societario...*, p. 69) en que no es esto lo que exige el tipo penal. El que se exija sólo un peligro abstracto permite diferenciar las falsedades, incluso las del artículo 290, párrafo primero, CP, de los delitos de lesión del patrimonio, incluso de aquellos que sólo se encuentren en fase de tentativa. El problema se produce con la interacción de los delitos de lesión del patrimonio consumados con el párrafo segundo del art. 290 CP, y de modo parecido entre las acciones falsarias del artículo 282 bis CP con el tipo agravado previsto para el caso de producirse el perjuicio.

19. Es cierto que, como la jurisprudencia constante del TS requiere para cualquier delito de falsedad de los artículos 390 y 392 CP, dicha falsedad debe ser idónea para crear dudas sobre la autenticidad (autoría), integridad o correspondencia de las manifestaciones del documento con la realidad, pero los estándares exigidos por la jurisprudencia son extraordinariamente bajos, de forma que, por ejemplo, incluso un documento firmado con un garabato se considera apto para inducir a error a un tercero sobre la autenticidad de la firma en un documento. En consecuencia, nada tiene que ver la idoneidad exigida en el art. 290 CP con la exigencia de que mínima susceptibilidad para inducir a engaño requerida en los anteriores preceptos.

20. Existen sentencias del Alto Tribunal que, de modo, acertadamente garantista, requieren que se concrete a qué sujetos se está afectando para poder entender acreditado el riesgo de perjuicio económico. Así, la STS n.º 884/2016, de 24 noviembre (RJ 2016,5633), FJ 2:

«Y el sujeto pasivo ha de serlo una persona determinada o varias. No la generalidad, por más que a veces se indique que el bien jurídico protegido es plural y alcanza incluso al tráfico mercantil. La tipicidad exige concretar los intereses económicos, de contenido patrimonial, que fueron sometidos a riesgo de ser lesionados que efectivamente lo fueron».

21. Así, STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), FJ 4; STS 228/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 1096), FJ 4; STS n.º 655/2010, de 13 de julio (RJ 2010, 7340), FJ 3, entre muchas otras.

En conclusión, desde la exclusiva perspectiva de su objeto, el delito de falsedad de documentos sociales es un precepto especial respecto del delito de falsedad de documentos públicos y mercantiles realizada por particular²², pero desde la perspectiva de la conducta y de su contenido injusto no se trata de delitos homogéneos, tratándose el delito del artículo 290 CP de un delito de peligro hipotético o de aptitud frente al carácter de delito de peligro abstracto del contenido en el artículo 392 CP, y por la especial complejidad que la idoneidad para causar perjuicio reviste en la valoración de las cuentas anuales, como parte del objeto del delito de falsedad en documentos sociales.

1.2. Delimitación entre los delitos del art. 290 CP y del artículo 282 bis CP

Resulta también necesario delimitar el tipo objetivo del delito del artículo 290 del tipo objetivo del artículo 282 bis CP, que recoge el delito de falsedad de información económico-financiera destinada a inversores.

En el caso del delito del art. 282 bis CP nos encontramos, de nuevo, con un tipo especial propio que sólo puede ser cometido por administradores de hecho o de derecho, pero esta vez, sólo de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores²³, de forma congruente con el objeto del delito que esta vez es «la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros».

La relación entre ambos preceptos, en lo que respecta al objeto, es más compleja. A estos efectos, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la información económico-financiera que tanto los folletos de emisión de instrumentos financieros como las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores²⁴ pueden ser

22. A pesar de que, desde la perspectiva del principio acusatorio, la jurisprudencia del TS los considera, a mi juicio, acertadamente, delitos heterogéneos. Así, por ejemplo, STS n.º 621/2010, de 25 junio (RJ 2010, 3730), FJ 10.

23. En el caso de las entidades bancarias, la mayor parte de éstas eran y son sociedades emisoras de valores negociados, puesto que incluso las cajas de ahorros, que no eran entidades cotizadas en una bolsa de valores, sí que emitían valores «admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro», conforme la definición que ofrece el art. 4 de Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad. Como se verá, la emisión de valores negociados tiene relevancia para la aplicación de dicho Reglamento, conforme a lo que establece el artículo 1 del mismo.

En el caso de las cajas de ahorros, entre los valores emitidos más comunes cabe mencionar, sin ánimo de exhaustividad, productos como las cuotas participativas (art. 1 Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre cuotas participativas de las cajas de ahorros), que cotizaban en el mercado continuo bursátil, y los bonos u obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, titulizaciones hipotecarias o de activos y cédulas hipotecarias, entre otros, que cotizaban en mercados de renta fija.

24. Cabe entender por tales, la información financiera periódica de los emisores conforme a los artículos 118 (informe anual e informe de auditoría) y 119 (informes semestrales)

consideradas, a su vez, «documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», de forma que su objeto resulta coincidente en este aspecto. Del mismo modo, los folletos deben contener, conforme a lo establecido en la legislación vigente²⁵, y de forma muy parecida a la regulación anterior, las cuentas anuales de los tres ejercicios anteriores, de forma que, de nuevo, existe un solapamiento de contenido entre el objeto material de este delito y el delito del art. 290 CP, de forma que, si se produce el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación económica de la entidad, éste acabará convirtiéndose también en una falsedad de información económico-financiera de inversión del artículo 282 bis CP²⁶, en el bien entendido de que más allá de la falsedad a que se

LMV, habiéndose suprimido los informes trimestrales por el art. 6.14 de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. También se debe entender de ese modo, sin carácter exhaustivo, la información relevante sobre participaciones significativas (art. 125 LMV), las operaciones sobre autocartera (art. 126 LMV), la difusión pública de información privilegiada (art. 226 LMV) y de otra información relevante (art. 227 LMV).

25. Resulta de aplicación el Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE, y el Reglamento Delegado (UE) 2019/980 de la Comisión, de 14 de marzo de 2019, por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al formato, el contenido, el examen y la aprobación del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 809/2004 de la Comisión, que establece los detalles de la información financiera que debe contener el folleto, entre la que se encuentra las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, junto con el informe de auditoría correspondiente a cada ejercicio. Véase art. 3.1 del Reglamento Delegado (UE) 2019/980, en relación con el Anexo 2 y la sección 18, punto 18.1.1 del Anexo 1, y que, en su Punto 18.1.5; establece:

«Cuando la información financiera auditada se prepare con arreglo a normas nacionales de contabilidad, dicha información debe incluir por lo menos:

- a) el balance;
- b) la cuenta de resultados;
- c) una declaración que muestre todos los cambios en el neto patrimonial o los cambios en el neto patrimonial no derivados de operaciones de capital con propietarios y distribuciones a propietarios;
- d) el estado de flujos de tesorería;
- e) las políticas contables utilizadas y notas explicativas».

El artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que establecía el contenido del folleto ha sido suprimido en aplicación del artículo 6.7 Ley 5/2021, de 12 de abril. Con independencia de que, en todo caso, la normativa que le sustituye y que resulta aplicable ya era aplicable en aplicación de la primacía y el efecto directo de los reglamentos de la Unión.

26. Así, por ejemplo, la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), en relación con la pieza principal de la Caja de Ahorros del Mediterráneo. En este caso, se trató de las declaraciones intermedias de gestión –comúnmente denominadas informes trimestrales– dirigidas al Banco de España.

dé lugar, resulta también esencial para que dicha falsedad sea típica la concurrencia de la conducta de cada uno de los tipos, que no es coincidente, y que, como ya se ha avanzado al hablar de la distinción con el artículo 392 CP, puede condicionar incluso la relevancia típica de la falsedad. Y, teniendo en cuenta, también que eso puede originar problemas en relación con los sujetos activos que lleven a cabo las diferentes conductas, porque, como seguidamente se verá, ambos delitos castigan a quienes «falsean», pero los sujetos activos que hayan falseado las cuentas puede que no sean los mismos sujetos activos que hayan preparado el folleto, de forma que la relevancia penal de la conducta depende de cómo se entienda el verbo típico.

Otro elemento que se debe considerar en ambos delitos tiene que ver con su conducta típica. En principio, el verbo típico es el mismo, «falsear», y carece, del mismo modo que sucede con el artículo 290 CP, de la referencia a las modalidades típicas del artículo 390 que contiene el artículo 392 CP, y no sólo no existe ninguna limitación para considerar que se castigan falsedades ideológicas, sino que, por el contrario, la doctrina considera que es su modalidad habitual de comisión²⁷. Además, como el objeto de la falsedad es la información económico-financiera y, en cualquier caso, por vía directa o indirecta de la información de dicho carácter que se puede hallar en las cuentas anuales, para ese concepto de falsedad será imprescindible también examinar el concepto de «imagen fiel».

Pero, en el caso del delito del artículo 282 bis CP, además, debemos dar un paso adicional, y deberemos cuestionarnos si cabe entender dentro del concepto de «falsedad», la utilización dolosa²⁸ de información previamente falseada²⁹. Y ahí se entra, de nuevo, en un campo muy peligroso para nuestro entendimiento sistemático de las falsedades, por cuanto, como se ha referido con anterioridad, y a pesar de que, como ya se ha apuntado, la conducta del artículo 282 bis CP no contiene ninguna remisión a las modalidades típicas del artículo 390 CP, nuestro Código penal distingue con mucha claridad a lo largo de su texto entre las diferentes conductas de falsificación³⁰ de un documento de su mero uso, tráfico o presentación, aunque sea

27. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y crédito (El art. 282 bis del Código penal)*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 110; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, p. 315; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17, III. Delitos contra el mercado», MOLINA FERNÁNDEZ, E., *Memento Penal Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre, 2018, p. 1384, marginal 11997.

28. Es evidente que se puede cometer falsedad sin dolo, pero las falsedades imprudentes cometidas por particular quedan extramuros del derecho penal, y si existen consecuencias dañosas se deberá acudir a los mecanismos de resarcimiento del derecho civil, como así ha sucedido, por ejemplo, con muchos supuestos de inversiones de las antiguas cajas de ahorro.

29. Cuestión, que, como veremos, también es relevante en el art. 290 CP.

30. Y ello, a pesar de que, como se constata con el examen de la jurisprudencia, el concepto de autor en el ámbito de las falsedades se ha ampliado con el uso, en muchas ocasiones, indebido, de la teoría del dominio del hecho, de forma que no se distingue debidamente entre autores y partícipes inductores o cooperadores necesarios. Aunque

en juicio, o en perjuicio de terceros³¹. Sin embargo, no parece que sea contrario a un correcto entendimiento semántico del verbo típico «falsear» el hecho de integrar algo que se sabe falso en otro documento, sobre todo en el marco de las falsedades ideológicas que, como ya hemos manifestado con anterioridad, estarían expresamente incluidas en el concepto de falsedad del artículo 282 bis CP, y así lo ha estimado también la jurisprudencia en relación con otros tipos penales, como el artículo 390 y 392 CP³². En este sentido, sí que puede distinguirse entre la conducta de mera distribución y publicación del documento falseado, que sería atípica, del uso doloso del documento falseado para crear otros documentos, como los folletos u otros documentos incluidos en el contorno típico del precepto.

Sin embargo, el contenido de injusto de la conducta –si nos atenemos únicamente a su tenor literal– parece diferente en el caso del delito del art. 282 bis CP, no exigiéndose en este caso la creación de un determinado tipo de riesgo, como sucede con el delito del artículo 290 CP, sino que, por el contrario, lo que se exige es que se lleve a cabo con una determinada finalidad, en concreto, «con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio».

Así se ha pronunciado, precisamente, el Alto Tribunal en la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), FJ 12, que, al respecto, ha manifestado:

«A diferencia de lo que ocurre en el artículo 290 CP, no se exige que el falseamiento de la información sea idóneo para causar un perjuicio al inversor o financiador. Sin embargo, ha de entenderse que, como ocurre en general con los delitos básicos de falsedad documental, quedan excluidas las falsedades burdas incapaces, por sus propias características, de alterar el tráfico jurídico. Ha de apreciarse, por lo tanto, una mínima capacidad de la información falseada para captar la inversión o el crédito».

lo cierto es que esta teoría se ha utilizado fundamentalmente a efectos probatorios, para condenar mediante prueba indiciaria en aquellos casos en que no existe prueba directa de la elaboración material de la falsedad documental. Véase, por ejemplo, la STS 181/2022, de 24 de febrero (RJ 2022, 1071), en relación con ambas cuestiones.

31. La cuestión de si podría condenarse en aplicación del artículo 282 bis CP por difundir o remitir la información falsa, y no por falsearla propiamente, fue objeto de examen en la en la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), como consecuencia de su planteamiento en los recursos de casación interpuestos frente a la SAN (Sección 4.ª) n.º 28/2017, de 17 octubre (ARP 2017, 1294), referida a la pieza principal de la Caja de Ahorros del Mediterráneo. Sin embargo, el TS no decidió sobre la misma porque entendía que, además de haberse acreditado dicha difusión, también se había considerado probada la intervención del recurrente en el falseamiento de dicha información. A pesar de ello esa misma sentencia, en su FJ 12, y como *obiter dictum*, señala que «la conducta típica, en el tipo objetivo, consiste en falsear la información económico-financiera. No se sanciona, pues, a quien la publica o difunde o la remite a otros para su publicación o difusión, sino a quien la falsea».
32. Entre las más recientes, SAP Madrid, Sección 7.ª, n.º 398/2020 de 13 octubre (ARP 202, 6), confirmada por la STS n.º 729/2022, de 14 julio (JUR 2022, 256688).

De esta afirmación parece deducirse que la idoneidad exigible para la existencia de la falsedad del artículo 282 bis CP, en la interpretación de la referida sentencia, sea únicamente esa mínima idoneidad que se exige para todo tipo de falsedades, impidiendo con ello interpretar de otro modo la referencia al propósito que se contiene en el tipo.

Se trataría este precepto, con ello, de un delito de peligro abstracto³³ frente al delito de peligro hipotético o de aptitud del artículo 290 CP.

Sin embargo, debería cuestionarse si esta interpretación es o no razonable. A mi juicio, y a diferencia de otras conductas en las que se exige una finalidad específica, como sucede, por ejemplo, con el delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1 CP, esa referencia al «propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio» no añade nada al tipo penal y, por el contrario, crea problemas que resulta difícil justificar.

¿Cuál es el sentido de exigir dicho propósito? En el caso del delito de alzamiento de bienes, por ejemplo, la exigencia de que la disposición patrimonial se realice «en perjuicio de los acreedores» cumple un claro objetivo dada su naturaleza como delito de peligro, por cuanto no toda disposición que determine la insolvencia será típica; existirán supuestos en los que estará justificada la disposición patrimonial, como sucede en los casos en los que esos actos de disposición van destinados al pago de otros acreedores, incluso cuando su realización dé lugar a la situación de insolvencia y, con ello, a la imposibilidad de satisfacción del crédito de otros acreedores, o cuando con ello se dificulte la satisfacción de esos otros créditos. Con esta exigencia subjetiva lo que se consigue es limitar el alcance de los comportamientos típicos.

No parece, sin embargo, que la inclusión de dicha finalidad del art. 282 bis CP cumpla función alguna limitadora del tipo. ¿Por qué razón se puede pretender falsificar un folleto de emisión de valores, si no es con la finalidad de captar inversores³⁴, aunque sólo sea una finalidad secundaria? Sólo

33. Así lo califica expresamente la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) n.º 28/2017, de 17 octubre (ARP 2017, 1294), FJ 1, señalando que:

«Finalmente, se trata de un delito de peligro abstracto que adelanta la tutela penal con respecto a los delitos patrimoniales. Si el propósito efectivamente se cumple será de aplicación el subtipo agravado, pero la relevancia penal de la conducta depende exclusivamente de que exista un determinado propósito –en este caso, captar inversores–, que es lo que le concede a la conducta su significado delictivo. En su modalidad básica, por tanto, estamos ante un delito de peligro abstracto, sin exigir una puesta en peligro concreta y aún menos esperar a que se produzca el perjuicio, el cual, en caso de producirse se convierte en un elemento de agravación de la pena».

La STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506) se pronuncia en idéntico sentido, aunque no llega a ponerle nombre al peligro.

34. Véase, sobre el particular, el razonamiento realizado en la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), que infiere el propósito de captar inversores de la mera remisión de la información que se dice falseada a la CNMV como hecho relevante, siendo así que se trataba de algo obligatorio conforme a la legislación vigente. Con

cabría plantearse que tenga un efecto de limitación del ámbito de aplicación del tipo en los supuestos en los que sea una consecuencia no deseada pero aceptada de la falsedad. Visto así, su única utilidad sería, quizá, excluir los supuestos de dolo eventual³⁵.

Pero, además, de considerar esta forma el delito existirían determinadas falsedades de cuentas anuales que, por no considerarse idóneas para causar perjuicio, no cabría considerarlas típicas conforme al artículo 290 CP, pero que, por el contrario, sí que cabría considerarlas constitutivas del delito de falsedad de información-financiera del artículo 282 bis CP, lo que tampoco parece razonable.

Sin embargo, creo que cabría un entendimiento distinto de esa cláusula que permitiría concebirla como una forma de exigir que la falsedad fuese idónea para causar el error que diese lugar a esas inversiones, depósitos, o financiaciones, de forma que, al mismo tiempo, se limitaría el alcance del tipo y, de consuno con la interpretación del delito del artículo 290 CP cuando se refiere a cuentas anuales, se exigiría en todo caso la concurrencia de dolo directo³⁶. Esto, además, estaría justificado por la mayor pena asignada a este delito, por cuanto parece inconsecuente que un supuesto de peligro hipotético o de aptitud reciba una pena menor que un supuesto de mero peligro abstracto³⁷.

De todo lo expuesto podemos concluir que el delito del artículo 282 bis CP se trataría de un delito especial respecto del delito del art. 290 CP, al menos en relación con el tipo de sociedades de los que se trata y con un objeto aparentemente específico. No obstante, como hemos visto, este objeto puede ser concurrente con el del artículo 290 CP en el caso de la falsedad de las cuentas anuales. Si atendemos a la interpretación que tanto la actual jurisprudencia del TS como la mayoría de la doctrina realiza del mismo, ambos tipos se distinguirían por su contenido de injusto, puesto que, siendo los dos delitos de peligro, el delito del artículo 290 CP sería un delito de peligro hipotético mientras que el delito de falsedad de información económico-financiera de inversión sería un delito de peligro abstracto.

una interpretación del tipo como ésta, el propósito de captar inversores se convierte en un elemento que carece por completo de eficacia limitadora del tipo penal.

35. De hecho, la doctrina jurisprudencial en relación con el art. 290 CP exige que, como consecuencia de la exigencia de la idoneidad para causar un perjuicio económico, dicho dolo debe ser directo, y no eventual. Así, por ejemplo, la STS n.º 655/2010, de 13 de julio (RJ 2010, 7340), FJ 3.
36. En una posición muy parecida, NIETO MARTÍN, A. «Protección penal de la competencia y del mercado», 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*, Dykinson, 2018, p. 407.
37. De la lectura que la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506) realiza de la relación entre ambos preceptos, lo que en todo caso me parece acertado es la apreciación de un concurso de normas entre ambos preceptos, a la vista de los hechos probados.

III. EL CONCEPTO DE «IMAGEN FIEL» COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA FALSEDAD RELATIVA A LAS CUENTAS ANUALES. RAZONES QUE DETERMINAN SU APLICACIÓN

Una vez hemos delimitado el tipo objetivo del delito de falsedad respecto del resto de tipos de falsedades con los que puede concurrir, procede ahora acabar de establecer el objeto del delito, mediante el establecimiento del concepto de cuentas anuales aplicable al presente delito, para más tarde incidir en la noción de «imagen fiel».

1. EL CONCEPTO DE CUENTAS ANUALES A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 290 CP

Debemos insistir, como ya se ha apuntado, en que la interpretación que realiza acertadamente la jurisprudencia exige, como elemento definitorio de la falsedad de documentos societarios del art. 290 CP, que esa falsedad afecte a la imagen fiel de la entidad. Eso permite realizar una distinción clara entre la falsedad de documentos mercantiles en general y la falsedad en documentos societarios, por cuanto no cualquier falsedad en documento mercantil, aunque sea apta para causar un perjuicio económico, podrá integrarse en esa categoría. La exigencia de afectación a la imagen fiel, como veremos más tarde con mayor detalle, tiene una doble componente: limita los documentos mercantiles que pueden ser objeto de la comisión de este delito y, por otro lado, determina la relevancia de la falsedad que se produzca. Lo que, además, según la mayor parte de la doctrina³⁸, se hallaría justificado por la posibilidad de perseguir falsedades ideológicas³⁹.

En ese sentido, la ya citada STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), señala, en su FJ 2, que:

«El falseamiento de las cuentas o de los otros documentos debe producir una alteración en la imagen económica o jurídica de la entidad. Utilizando términos mercantiles, se hace alusión a la imagen fiel de la entidad, que debe resultar de las cuentas o de esos otros documentos. Y aquella alteración debe tener una relevancia suficiente como para afirmar de forma razonable que es idónea para causar el perjuicio económico exigido en el tipo. Las alteraciones irrelevantes desde este punto de vista, no son suficientes para rellenar las exigencias penales».

Desde esta perspectiva, las cuentas anuales son un documento mercantil societario paradigmático, y que se destina a ejemplificar la relevancia del resto de los documentos mercantiles incluidos en el precepto⁴⁰. Por

38. Véase nota 14 *supra*.

39. Lo que, como hemos visto, no sería exacto del todo, por cuanto con la actual configuración del delito de falsedad en documento público y mercantil cometido por particular –y, con mayor motivo, con su interpretación jurisprudencial– determinadas falsedades ideológicas se hallan claramente contenidas en su ámbito típico.

40. FARALDO CABANA, P., *El delito societario...*, p. 56; de modo parecido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*, p. 449.

eso resulta necesario incidir, más allá de su composición y su intrínseca unidad⁴¹, aunque sea sólo brevemente, en cuál es el significado jurídico de dicho documento social. En este sentido, creo que resulta esencial resaltar la importancia que dicho documento supone en relación con la necesidad, de carácter legal⁴², de ofrecer información económico-financiera⁴³ sobre la empresa dirigida al público en general frente a la información que ofrecen libros contables y documentos que los respaldan, y que tiene naturaleza secreta⁴⁴. Esto es lo que determina que las cuentas anuales se hallen resumidas y abreviadas, porque se trata de un documento que será accesible a cualquier ciudadano a través del Registro Mercantil (y, en el caso de las sociedades cotizadas, también a través de la CNMV), y por ello debe contener un equilibrio entre la información que se debe proporcionar y la información que sólo pueden manejar los administradores de la mercantil, conforme a lo establecido en el artículo 32 Ccom, con las excepciones que se fijan en el propio precepto, y que vienen determinados por situaciones intermedias de protección de intereses de sujetos que pertenecen a la sociedad pero que poseen intereses propios y diversos respecto de la misma, como sucede con los socios (sobre todo los socios minoritarios, que normalmente tienen escaso o ningún poder decisorio en la sociedad) y los trabajadores de la empresa.

Sin embargo, las cuentas anuales sí que poseen, a su vez, un interés crucial para la sociedad, por cuanto suponen el cierre del ejercicio empresarial y la determinación del resultado de la empresa, lo que después debe determinar la gestión de dicho resultado, sea éste de beneficios o de pérdidas. Esta cuestión, a su vez, es fundamental también para esos intereses intermedios a los que ya nos hemos referido, y, como ya se ha dicho, para los terceros a la empresa, sean éstos acreedores, actuales o potenciales inversores, etc.

Finalmente, las cuentas anuales tras su formulación, y en los casos establecidos en las leyes, deberán contar con un informe de auditoría cuyo

41. Que viene legalmente determinada por el art. 34.1 Ccom y el 254.1 LSC, con documentos necesarios en todo caso, para todo tipo de sociedades (balance, cuentas de pérdidas y ganancias y la memoria), y otros documentos que se aplican únicamente respecto de determinadas sociedades, como el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto y el Estado de flujos de efectivo. Asimismo, en determinados supuestos, a los anteriores documentos se deben añadir el informe de gestión (incluyendo como anexo el estado de información no financiera), el informe de auditoría y la propuesta de distribución del resultado.

Dichos documentos deben configurarse como una unidad y, en consecuencia, debe ser la imagen conjunta que ofrezcan los mismos los que determinen si ofrecen un reflejo fiel del estado económico de la sociedad en el correspondiente ejercicio.

42. Art. 34 y ss. Ccom; Art. 253 y ss. LSC.

43. En muchas ocasiones con consecuencias jurídicas de extraordinaria importancia, más allá de la valoración económica. Piénsese, por ejemplo, en las situaciones de insolvencia o en la realización de operaciones vinculadas.

44. OLMEDO PERALTA, *La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, 2014, p. 126.

objeto es precisamente determinar si, «ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad» (art. 268 LSC). Esto supone, al menos en teoría⁴⁵, y para los casos en que sea aplicable, una garantía adicional para todos los que intervienen en el proceso de elaboración de las cuentas y aprobación de las cuentas, y también para los terceros, sobre la fidelidad del reflejo de la situación económica de la mercantil.

Lo expuesto hasta ahora pone de relieve dos cuestiones que resultan también de interés. En primer lugar, la cuestión de quiénes son los responsables de formular, aprobar y controlar las cuentas anuales y, en consecuencia, a quiénes se deberá examinar desde el derecho penal para establecer la responsabilidad penal en casos de falsedad, dentro de los límites establecidos en el tipo penal. Y, en segundo lugar, que esa intervención de diferentes responsables pone de manifiesto que las cuentas anuales se someten a un proceso, que termina, en principio, con el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil –aunque puede que no sea así⁴⁶– y, por tanto, resulta necesario establecer cuándo nos hallaremos ante un supuesto que pueda integrarse en el objeto definido en el tipo como «cuentas anuales».

Respecto de la cuestión de los responsables de la formulación de las cuentas y aprobación de las cuentas anuales no podemos extendernos aquí. Simplemente diremos aquí que la responsabilidad de formular las cuentas y presentarla a la junta general pertenece a los administradores (art. 253 LSC) y es, además, una facultad indelegable (art. 249 bis LSC), mientras

45. Porque el papel jugado por los auditores ha sido cuestionado, incluso desde la perspectiva de su responsabilidad penal en las cuentas anuales, en casos como los de Pescanova o BFA-Bankia, habiéndose dado lugar en el primero de los casos a la condena del auditor (SAN n.º 14/2020, de 6 octubre [ARP 2020, 1398] que, sin embargo, ha sido absuelto por la sentencia de casación, en el que se admite su motivo de infracción de ley, al estimar que la falta de asertividad de los hechos probados sobre el conocimiento y anuencia del auditor respecto de las conductas falsarias no permite establecer su responsabilidad penal (STS n.º 89/2023, de 10 de febrero [JUR 2023, 80997])).

46. Por cuanto es posible que se tenga que dar lugar tanto a la corrección de errores como a reformulación de cuentas en relación con ejercicios anteriores, pese a que no existe ninguna disposición legal expresa que lo contemple. Así, por ejemplo, la STS (Sala Tercera) n.º 1095/2022, de 26 de julio (JUR 2022, 260505). No obstante, como esa misma sentencia examina, si que existen disposiciones sobre la reformulación de las cuentas en el art. 38.c) Ccom y 270 LSC cuando dicha reformulación se refiere al mismo ejercicio.

A pesar de lo consignado en la referida sentencia, de naturaleza contencioso-administrativo, creo que la exigencia de respetar la imagen fiel que se deduce precisamente del artículo 34 Ccom, permitiría la reformulación de las cuentas de períodos anteriores si ello fuese imprescindible para hacer posible el respeto de ese criterio fundamental. Así, el art. 34.4 Ccom establece:

«4. En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa».

que su aprobación, la decisión de cómo afrontar los resultados de dichas cuentas y la aprobación de la gestión social corresponde a la Junta General (art. 160 a) LSC), además de las funciones de control que sobre las mismas poseen los auditores, tanto internos⁴⁷ como externos, y el depósito de las mismas, que corresponde también a los administradores. Pero la responsabilidad penal, partiendo de la responsabilidad establecida en las normas mercantiles, debe determinar, dentro de los límites establecidos por el principio de legalidad –que señala a los administradores de hecho o derecho– a quién se puede hacer responsable⁴⁸.

Respecto de la segunda cuestión, es decir, cuándo nos hallamos ante unas cuentas anuales en el sentido del tipo penal, la discrepancia que se ha planteado es si unas cuentas formuladas pero no aprobadas pueden ser consideradas como tales. No se trata de una cuestión baladí, tanto porque la responsabilidad penal del delito del artículo 290 CP corresponde, lógicamente, a los administradores y son éstos quienes formulan las cuentas pero no quienes las aprueban, lo que determinaría que la mera formulación de las cuentas supondría la existencia de las mismas, aun sin aprobación. Adicionalmente, en el caso de sociedades cotizadas, la formulación de las cuentas siempre tendrá trascendencia para terceros, puesto que será considerada un hecho relevante y deberá ser objeto de remisión a la CNMV para su incorporación al registro. Sin embargo, desde un punto de vista exclusivamente mercantil, resulta necesaria además de la formulación de las cuentas, su posterior aprobación y depósito en el RM, y sólo cuando se dé lugar a este proceso completo se podrá dar lugar a la publicidad exigida por la Ley. Desde esta perspectiva, que plantea que la formulación no es un acto impugnabile⁴⁹, la formulación de cuentas no sería ni siquiera un

47. Las grandes empresas suelen contar con una estructura de auditoría interna y además, conforme a la actual regulación, las sociedades cotizadas deberán contar con una Comisión de Auditoría constituida por el Consejo de Administración, dedicada a la supervisión de la eficacia del control financiero, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, y cuyos miembros deberán en su mayoría ser Consejeros independientes y, en su conjunto, poseer los conocimientos técnicos necesarios para desarrollar esta función (art. 529 terdecies y quaterdecies LSC).

48. Entiendo que se trata de una cuestión de la suficiente relevancia para dedicarle un trabajo autónomo, y en el que se ponen a prueba diferentes problemas de autoría y participación en delitos económicos que resulta necesario reexaminar, sobre todo a la luz de las sentencias dictadas en relación con los efectos de la crisis económica de 2008 en la banca y en otros sectores económicos gravemente afectados por la misma. En este sentido, creo que el papel del órgano regulador y de supervisión también deberá ser necesariamente examinado.

49. Lo que no quiere decir que no genere ningún tipo de responsabilidad en el ámbito mercantil. Sobre este extremo, OLMEDO PERALTA, E., «La difícil naturaleza jurídica de la formulación de cuentas anuales no acuerdo-no impugnabilidad», *Revista de derecho de sociedades*, n.º 41, 2013, pp. 109-142, quien, pese a sostener que «de los documentos que formulan los administradores no se derivará ningún efecto jurídico hasta que no resulten aprobadas las cuentas por la Junta general como órgano decisorio de la sociedad (...) Esta afirmación de que no se derivan consecuencias directas de la simple formulación, en tanto que el contenido de la misma es un mero proyecto que

acuerdo del Consejo de Administración, sino «una propuesta orientada a la futura adopción del verdadero acuerdo por la junta general de accionistas, que será el acto realmente impugnabile al amparo del artículo 115 de idéntica Ley»⁵⁰.

Esta cuestión ha sido objeto de examen por la jurisprudencia penal. Así, la STS n.º 796/2006, de 14 julio (RJ 2006, 6088) planteó que la mera formulación de las cuentas por los administradores suponía ya la comisión del delito, con independencia de que las cuentas fuesen o no aprobadas por la Junta General. Y en el mismo sentido se pronunció la SJCP n.º 5/2016, de 22 febrero (ARP 2016, 30), en los siguientes términos, y con cita de la sentencia anterior:

«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 prueben las

sólo desplegará transcendencia cuando resulte efectivamente aprobado por la Junta general, no debe llevarnos a desconocer que se puedan derivar ciertos efectos jurídicos, eso sí, de carácter indirecto. De este modo, al ser la formulación de cuentas una obligación impuesta a los administradores y exigirse por la normativa que éstos firmen tales documentos, resultaría contraria a la buena fe cualquier argumentación de que los administradores desconocían la situación patrimonial y financiera y los resultados económicos de la sociedad. Así, del contenido de la información contable que suscriben los administradores puede derivarse responsabilidad para éstos, sea por la difusión de una información que sabían errónea, sea por el actuar de una forma inconsecuente con respecto a una información que conocían –o debían conocer– sobre la situación de la empresa. En este sentido, una vez formuladas las cuentas (y sin que se requiera aún su aprobación por la Junta), los administradores no podrán argumentar desconocimiento de cara al surgimiento del deber de solicitar la convocatoria de Junta para decidir cómo actuar en el caso de que la información patrimonial reflejada en las cuentas muestre un patrimonio inferior a la mitad de la cifra del capital social. De este modo, el *dies a quo* para actuar deberá computarse desde el momento de la formulación y no desde la aprobación asamblearia».

A la referencia sobre la difusión de información errónea se acompaña la cita del trabajo de VICENT CHULIÁ, F., «Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima», Menéndez, A. y Olivencia Ruiz, M. y Uría González, R. (dir.) *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo VIII, Vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2000, p. 103, donde se especifica que esa formulación de cuentas puede ser constitutiva de falsedad, pero sólo si tiene transcendencia para terceros.

50. Así la STS (Sala Primera) n.º 676/2002, de 5 julio (RJ 2002, 8223), FJ 2. En el mismo sentido, STS (Sala Primera) n.º 1231/2007 de 15 noviembre (RJ 2007, 8422), con cita de la anterior.

cuentas por el Consejo de administración para que se consume el delito, en cuanto el peligro ya se ha creado».

En el mismo sentido, más recientemente, se pronuncia la STS n.º 94/2018, de 23 de febrero (RJ 2018, 964), la cual, en su FJ 30, señala sobre el particular, de forma muy clara:

«La cuestión (...) es si el delito se consuma antes o después de la emisión del informe de auditoría. 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 favor de este planteamiento se puede señalar, en primer lugar, que el tipo penal castiga únicamente a los administradores, y lo que se exige es la idoneidad de causar un perjuicio económico. Esto significa que unas cuentas no formuladas pueden crear ese riesgo, con independencia de que luego sean aprobadas o no, por ejemplo, porque los miembros de la Junta General desconfíen de los resultados arrojados por la sociedad o porque los auditores pongan de manifiesto esa ausencia palmaria de conformidad con el reflejo de la verdadera situación económica de la sociedad. Esto supondría la creación de un peligro *ad intra*, para los intereses sociales, por parte de esas cuentas formuladas. Pero, además, en segundo lugar, y como ya se ha apuntado, en las sociedades cotizadas la mera formulación de las cuentas supone un hecho relevante que debe ser objeto de comunicación a la CNMV, lo que determina también la creación de un peligro *ad extra*, en relación con el público (acreedores, inversores efectivos o potenciales, etc.).

Frente a ello, y basándose en las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal⁵¹, la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) n.º 13/2020, de 29 septiembre

51. Que, recordemos, fueron modificadas para su elevación a definitivas por la representante del Ministerio Fiscal que ejerció la acusación en juicio, pasando de solicitar el sobreseimiento en relación con los delitos de falsedad en cuentas anuales del artículo 290 CP (el Ministerio Fiscal sólo acusaba en relación con el delito de falsedad del artículo 282 bis.1 CP) a solicitar la condena por un delito continuado de falsedad en cuentas anuales. Si se examina la cuestión de forma superficial, aunque no resulta habitual, no es tampoco desconocido que en un asunto en el que el Ministerio Fiscal plantea la ausencia de responsabilidad penal modifique su planteamiento y acabe modificando sus conclusiones tras la práctica del juicio oral, sobre todo si no existen problemas de acusación sorpresiva (por ejemplo, porque otras acusaciones hayan acusado en relación con esos hechos, generando un debate procesal y posibilidad de defensa por parte de los acusados). Sin embargo, si se examinan los hechos con mayor detalle, lo que no resulta tan habitual es que tras un escrito de calificaciones del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, esa

(ARP 2020,1641), FJ 14, pone de manifiesto la ausencia de relevancia típica de la existencia de la formulación de cuentas por no haber sido aprobadas por la Junta General ni depositadas, y que pese a que fueron remitidas a la CNMV tras su formulación el 30 de abril de 2012, y publicado el hecho relevante por la CNMV el viernes 4 de mayo de 2012, la dimisión del Presidente de BFA y Bankia se produjo el día 7 de mayo de 2012, siguiente día hábil, de lo que el Tribunal infiere que esa dimisión llevaría a cualquier inversor a desconfiar de cualquier posible inversión en la entidad⁵².

El argumento principal de la sentencia es que dichas cuentas no llegaron a entrar nunca en el tráfico jurídico⁵³. La parquedad de la sentencia en

calificación sea modificada al inicio del juicio, con base en los mismos hechos manejados durante la instrucción. Aunque quizá el dictado de la STS n.º 94/2018, de 23 de febrero (RJ 2018, 964), aparecida entre el escrito de acusación y el inicio del juicio oral, pueda explicar ese cambio de criterio.

52. «Además de todo lo expuesto, las cuentas de BFA a 31 de diciembre de 2011 y las de BANKIA atinentes al mismo período, formuladas en los Consejos de Administración de ambas entidades el 28 de marzo de 2012, eran coherentes con los estados financieros anteriores siguiendo el mismo criterio en su elaboración. Así lo decía el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales, manteniendo además que esas cuentas anuales de BFA y de BANKIA no podían considerarse como tales, en sentido estricto, precisando que solo lo eran aquellas que, tras su formulación en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social han sido revisadas y verificadas por el Auditor de cuentas y aprobadas por la Junta General, de tal manera que solo después, cuando se depositan en el Registro Mercantil dentro del mes siguiente a su aprobación, las cuentas son públicas.

Todo ello por así disponerlo los artículos 253, 263, 283, 272, 279 y 281 de la Ley de Sociedades de Capital.

Continuó argumentando el Ministerio Público que las cuentas formuladas en marzo ni fueron objeto de auditoría ni se aprobaron por las Juntas Generales de BFA y de BANKIA. Por lo tanto, jurídicamente no llegaron a ser 'cuentas anuales' y no pueden constituir el objeto material del delito de falsedad por carecer de potencialidad lesiva, habida cuenta que no estuvieron a disposición de los usuarios de la contabilidad (accionistas, acreedores, inversores...), esto es, nunca entraron en el tráfico jurídico mercantil.

Compartimos el criterio sustentado por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones formuladas provisionalmente.

En el límite del plazo legal, el 30 de abril de 2012, BANKIA Y BFA depositaron copias impresas de las cuentas formuladas anuales del ejercicio 2011 sin los correspondientes informes de auditoría, siendo publicadas como hecho relevante en la CNMV el viernes 4 de mayo de 2012. El siguiente lunes día 7 de mayo D. Severiano anunció su decisión de dimitir como presidente de BFA y BANKIA, decisión esta que hizo efectiva el 9 de mayo de 2012 en las sesiones del Consejo de Administración de ese día de ambas entidades proponiendo el Sr. Severiano su sustitución por D. Mateo. El referido anuncio fue enormemente publicitado, circunstancia que alertaría a cualquier inversor, por muy obtuso que fuera, de la absoluta inconveniencia de colocar su dinero en acciones de BANKIA, no siendo susceptibles de considerar que tales proyectos de cuentas entraron en el tráfico jurídico-mercantil toda vez que, desde la tarde del viernes a la mañana del siguiente lunes, el mercado bursátil no se encontraba operativo».

53. Sin embargo, lo cierto es que, en relación con los informes trimestrales remitidos al Banco de España y a la CNMV, esta misma sala de la Audiencia Nacional condenó

relación con los argumentos de fondo que llevan a interpretar así este delito es manifiesta, y la remisión al escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal es expresa. Pero, en todo caso, lo que tampoco se puede discutir es la palmaria contradicción de lo mantenido en la sentencia con lo manifestado en las sentencias previamente citadas del TS. Es cierto que la sentencia no sólo absuelve por esta razón. También considera que no existe prueba de la falsedad de las cuentas y, en mi opinión, es este argumento el fundamental en toda la sentencia. Esta sentencia ha sido confirmada por el TS, pero finalmente las acusaciones no llegaron a formalizar recurso en relación con los motivos de infracción de ley de los art. 290 y 282 bis CP que habían anunciado, por lo que la sentencia se pronuncia sólo sobre el objeto subsistente de los recursos⁵⁴, y no entra en estas cuestiones.

2. LA NOCIÓN DE «IMAGEN FIEL» Y LAS FALSEDADES IDEOLÓGICAS

Como ya se ha apuntado, la naturaleza de delito de peligro hipotético o de aptitud para el patrimonio del delito del art. 290 CP lleva a que no toda falsedad cometida en relación con las cuentas anuales sea relevante penalmente, sino que, para que se incurra en el delito, dicha falsedad debe ser idónea para causar un perjuicio económico, y eso deberá ser extraído de la noción de «imagen fiel» (art. 34 CCom, art. 254 LSC), porque será esa correspondencia de las cuentas anuales con la imagen fiel el elemento sustancial para establecer la idoneidad para causar perjuicio en las cuentas anuales. Ello supone que puedan existir elementos en las cuentas anuales que no se ajusten a la realidad sin que con ello se afecte a la imagen fiel, y en la medida en que ésta no se vea afectada, esas cuentas anuales no serán idóneas para causar un perjuicio económico.

Este planteamiento, que asigna una importancia fundamental al concepto de imagen fiel en las cuentas anuales, se sustenta en el convencimiento de que éstas tienen como función, no sólo la de proteger a los propietarios del capital y a los acreedores de la mercantil, sino también a aquellos terceros que puedan interactuar en el futuro con la sociedad, como inversores en la misma o incluso como consumidores. La perspectiva de las

tanto por el delito del art. 290.1 CP como por el delito del art. 282 bis.1 CP en la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) n.º 28/2017, de 17 octubre (ARP 2017, 1294), condena que fue confirmada por la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), salvo por considerar que existía un concurso de normas entre ambos tipos, y condenar únicamente por el delito del art. 282 bis.1 CP. Es cierto que dichos informes trimestrales no son documentos que requieran un trámite adicional de aprobación, pero, por tratarse precisamente de informes trimestrales se puede discutir si los mismos son aptos, del mismo modo, para afectar a la «imagen fiel». Y si estos documentos son aptos, no se acaba de entender por qué razón no lo son también las cuentas formuladas, por más que éstas requieran de un acto posterior de aprobación por la Junta General, dado que las cuentas anuales pueden modificar la visión aportada en dichos informes trimestrales, es decir, son un documento provisional por definición.

54. STS n.º 839/2022, de 24 de octubre (JUR 2022, 343644), FJ 1.

cuentas anuales como instrumento de información a terceros es patente en el caso de las sociedades cotizadas y, en todavía mayor medida, en las entidades bancarias, razón por la que resulta muy fácil individualizar el ámbito de protección del delito de art. 290 CP frente a otro tipo de falsedades mercantiles o en documento privado⁵⁵.

Fijado este elemento fundamental, es decir, que siempre se deberá afectar a la imagen fiel a efectos de valorar si existe o no aptitud para causar un perjuicio económico, cabe preguntarse entonces cómo se puede dar lugar al delito de falsedad de las cuentas anuales, y si estaremos siempre ante falsedades ideológicas o, por el contrario, es posible su comisión mediante otro tipo de falsedades.

En mi opinión, todas las falsedades del art. 290 CP necesitarán ser falsedades ideológicas, por cuanto resulta complejo afectar a la imagen fiel de las cuentas si no se lleva a cabo mediante una falsedad ideológica. Esto sucede porque las cuentas anuales son un documento que, pese a tener su fundamento en la contabilidad, y a su vez dicha contabilidad en los documentos contables que la respaldan, se elabora de forma expresa en un momento determinado y, en cierta forma, es un documento independiente, por cuanto se elabora como un resumen agregado de las principales magnitudes económicas de la mercantil. Esto quiere decir que si integramos datos falsos –lógicamente, a sabiendas de que tienen tal condición– derivados de documentos que han sido falseados o alterados de forma apta para causar error en el nuevo documento, estaremos cometiendo también una falsedad ideológica⁵⁶. Lo mismo sucederá si se introducen datos falsos en

55. Esto nos permite esbozar ya los intereses que el legislador ha tratado de proteger con este delito y, en consecuencia, nos permitiría comenzar a establecer el bien jurídico del mismo, y su especificidad en relación con otros delitos de falsedad en documentos mercantiles por particular, aunque no es suficiente para delimitarlo, por ejemplo, del delito del art. 282 bis CP. Sin embargo, no podemos desarrollar esta cuestión en el presente trabajo, que creo que necesita una reflexión independiente, sobre todo desde la perspectiva del principio de necesidad de la intervención penal y de la doctrina del bien jurídico.

56. Imaginemos el siguiente supuesto: Se alteran documentos (contratos y facturas) de una sociedad para hacer constar un precio mayor al efectivamente satisfecho, que se reflejan en la contabilidad con dichas alteraciones, y esas anotaciones contables se trasladan a las cuentas anuales de la sociedad. Esa alteración determina una distorsión de la imagen fiel, por cuanto disminuye los resultados de forma significativa. A mi juicio, se trataría de un caso que, en principio, podría tipificarse como un delito de falsedad en documento privado –véase, sobre la calificación como documento privado en lugar de documento mercantil, supra nota 8 el giro que ha sufrido la jurisprudencia del TS en materia de falsedades en documento mercantil; por otro lado, dependiendo de cómo hubiesen tenido lugar estas falsedades, podrían ser consideradas como un delito continuado o realizadas en unidad de acción–, pero que, en realidad, esa conducta sólo cobra pleno sentido al calificarla como una falsedad de cuentas anuales en la medida en que afecta a la imagen fiel, y siendo así que tiene potencialidad para causar un perjuicio económico, por ejemplo, a socios y a acreedores. Desde mi punto de vista, sería claramente un caso de falsedad ideológica que tanto doctrina como

las cuentas, que no se derivan de documento alguno, que alteran de forma significativa la apariencia de solvencia de la sociedad –p. ej., mediante la inclusión de ingresos inexistentes–, o si se omiten datos trascendentales para la valoración del patrimonio de la mercantil –p. ej., omitiendo en la contabilidad de la sociedad la existencia de una deuda que supera el patrimonio social–. Estos dos últimos, a mi juicio, son supuestos paradigmáticos de falsedad en la narración de los hechos⁵⁷.

Pero, además, se debe tener en cuenta que las cuentas anuales no son el reflejo automático de la contabilidad, sino que, por el contrario, son el resultado de una forma de presentación de la información y de unas decisiones adoptadas sobre cómo aplicar los resultados en un determinado ejercicio, lo que implica el establecimiento de un margen valorativo en su formulación. Junto con ello, se debe poner de relieve que las necesidades del mercado han llevado a que, junto con el criterio de prudencia valorativa, se introduzcan otros criterios de valoración contable, como el de valor razonable (art. 38 bis Ccom), que dejan un todavía mayor margen valorativo a la hora de establecer ese concepto de «imagen fiel».

En ese marco, e incluso desde la perspectiva de admitir sin restricciones las falsedades ideológicas, resulta mucho más complejo determinar la existencia de una falsedad, en lugar de una mera discrepancia en relación con la interpretación de las normas contables, por cuanto desde mi punto de vista las cuentas anuales no se pueden corresponder con un documento único e inamovible. Pueden existir muchas versiones del mismo –unas más guiadas por la prudencia o por el pesimismo sobre el panorama económico, otras más intrépidas y optimistas sobre las perspectivas del negocio–, y todas pueden resultar igualmente aceptables. De hecho, el TS ha llegado a negar que la valoración inherente a las cuentas anuales pueda ser constitutiva de delito, y que para existir falsedad esas valoraciones erróneas deben producirse por la ocultación de datos verdaderos o la introducción

jurisprudencia consideran típica, porque como también hemos anticipado al hablar del verbo típico «falsear» en relación con el delito del art. 282 bis CP, cabe considerar como «falsear» la actuación por la que se integra dolosamente el contenido de documentos falseados para crear otros documentos, en este caso, las cuentas anuales.

57. Se pronuncia en este sentido la STS n.º 655/2010, de 13 de julio (RJ 2010, 7340) que, de forma muy clara, en su FJ 3, señala:

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

de datos falsos⁵⁸. Sin embargo, creo que esta visión resulta simplificadora. A mi juicio, ese panorama se complica también porque, por definición, las normas contables son también normas y, en consecuencia, se hallan sometidas a interpretación, lo que lleva el ámbito de la discusión sobre la tipicidad a la discusión sobre la interpretación de las normas contables. Por eso, del mismo modo que en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública un comportamiento amparado en una interpretación razonable del derecho tributario hará la conducta atípica, lo mismo sucederá en relación con estos delitos; incluso cuando dicha interpretación sea errónea, pero se haga de buena fe. Esto no impide –como sucede con ese tipo de delitos–, pero sí dificulta, la determinación de los casos en los que puede existir una conducta antijurídica⁵⁹.

Y esto también significa que –al igual que sucede con los delitos contra la Hacienda Pública– como la discrepancia en relación con los criterios interpretativos puede dar lugar a considerar la conducta como constitutiva de un ilícito penal, la coincidencia o la discrepancia del criterio de quienes actúan como peritos (que, en muchas ocasiones, pueden ser también los funcionarios de la Administración Tributaria o los empleados del organismo regulador o supervisor) puede ser clave para la obtención de la condena o de la absolución en el marco del procedimiento penal.

58. Así, en la STS n.º 884/2016, de 24 noviembre (RJ 2016, 5633), FJ 2, el Tribunal ha manifestado que:

«es de advertir que solo cabe falsear lo que es susceptible de ser tenido por verdadero. Cuando se trata de juicios de valor, aunque pueda predicarse la incorrección, no puede decirse que su enunciado sea o no falso. Y en contabilidad, además de datos, se manejan juicios de valor. Como los que corresponde emitir sobre la calificación contable de un dato de hecho. De tal suerte que el resultado de unas cuentas puede ser incorrecto, sin falsedad, si las partidas no son correctamente consideradas desde esa perspectiva».

En un sentido similar, la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506) manifiesta:

«En segundo lugar, que las cuentas o los otros documentos a los que se refiere el precepto, han sido falseadas, es decir, alteradas o modificadas en relación a lo que debería ser su contenido correcto, o dicho de otra forma, que su contenido no es el que debería ser, ocultando así la verdadera situación económica o jurídica de la entidad (STS n.º 655/2010 [RJ 2010, 7340]), siendo posible que el falseamiento se produzca por cualquiera de las vías previstas en el artículo 390 CP. La falsedad se comete ocultando datos verdaderos, que deberían figurar en el documento, o introduciendo datos falsos. No se comete cuando se incorporan juicios de valor, de los que no puede afirmarse la falsedad, sino el acierto o el error. Es posible, sin embargo, construir un juicio de valor erróneo sobre la base de la ocultación de un dato verdadero o la introducción de un dato falso. Existirá entonces falseamiento de las cuentas, apoyado en la falsedad de un dato fáctico y expresada mediante un juicio de valor».

59. No está de más señalar que las falsedades ideológicas en el marco de los delitos contra la Hacienda Pública [art. 310, letras c) y d)], en relación con el párrafo segundo, CP] sólo son perseguibles cuando se produce la defraudación a consecuencia de las mencionadas falsedades, es decir, se trata de uno de los pocos casos en los que, en lugar de exigirse un resultado de peligro para el patrimonio –ni siquiera concreto–, se exige un perjuicio efectivo para la Hacienda Pública que debe ser el doble que el exigido para la concurrencia del tipo básico.

Por ello, no deja de resultar positivo que haya sido en la STS n.º 839/2022, de 24 de octubre (JUR 2022, 343644), en la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra las acusaciones particulares contra la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) n.º 13/2020, de 29 septiembre (ARP 2020,1641), donde se haya manifestado por el Alto Tribunal, saliendo al paso de la doctrina sobre la imposibilidad de que las valoraciones integren el tipo penal, que:

«En cualquier caso, si se acepta como modalidad falsaria la referida a cálculos de valor o pronóstico de eventuales detrimentos, o el defectuoso asentamiento en términos contables de determinadas partidas, no puede minimizarse en ese contexto, la relevancia de la intervención de los supervisores que resultó en este caso, además y por razones fácilmente comprensibles, tal y como en la sentencia impugnada se afirma, particularmente intensa. De hecho, ya se ha explicado, determinadas dudas, que surgieron en el seno de la dirección de las compañías respecto al adecuado modo de aplicar particulares normas contables, fueron planteadas al supervisor, siendo resueltas por éste en un sentido favorable. Y en este escenario, por más que puede comprenderse que algún perito (los de las acusaciones) no compartan esa decisión o les parezca inadecuada para mejor transmitir la imagen fiel de la empresa, y por mucho que incluso en el ámbito interno de los servicios del BdE pudiera haber existido cierta controversia al respecto, admitida la aplicación de las normas contables por dicho organismo (y avalada también por el criterio conteste [sic] de otros peritos), difícilmente podría sostenerse la comisión de un delito de falsedad sobre esa base. Dicho de otra forma: las normas contables no dejan de resultar, como todas las otras, susceptibles de diversas interpretaciones, sin que la opción por una de ellas, máxime avalada por el BdE, pudiera reputarse aquí como en sí misma delictiva».

IV. LOS PROBLEMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA «IMAGEN FIEL» EN EL MARCO DE LAS FUSIONES BANCARIAS. REFLEXIONES A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LA MATERIA

Si, como hemos podido ver, la determinación de la imagen fiel resulta especialmente compleja porque no sólo se manejan hechos sometidos a valoración, sino también se debe lidiar con la interpretación de, en ocasiones, complejas normas contables, este panorama se dificulta todavía más en una situación como la vivida con la crisis económica del año 2008, en el que a la propia crisis de liquidez sufrida por las entidades bancarias se unió una crisis de solvencia de las entidades, a la que ya se ha hecho referencia en la introducción al presente artículo. Y, como también se ha apuntado, la estrategia seguida por el regulador fue la de concentrar el riesgo creando entidades más grandes, lo que dio lugar a la conversión de las cajas en bancos y a los conocidos como SIP.

Aunque ha habido múltiples SIP, los más conocidos, y los que también han dado lugar a la existencia de procedimientos penales relacionados con

los mismos, han sido los SIP en los que participaron, por un lado, la Caja de Ahorros del Mediterráneo y, por el otro, Caja Madrid. En ambos casos, en consecuencia, se produjo la aplicación de determinadas normas contables especiales aplicables a las fusiones de entidades, en concreto las normas aplicables a las combinaciones de negocios, la NIIF 3, como consecuencia, a su vez, de la aplicación del Reglamento CE/1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad, que conforme a lo establecido en sus artículo 1 y 4 determina la aplicabilidad de la normativa contable internacional a los supuestos de sociedades cotizadas, como lo eran tanto la Caja de Ahorros del Mediterráneo como las integrantes del SIP de Caja Madrid y, específicamente, esta última.

La aplicación de dicha normativa suscitó toda una serie de problemas⁶⁰, por cuanto se obligó a someter a valor razonable todo el patrimonio de las mercantiles, lo que se hizo con criterios de la denominada «pérdida esperada»⁶¹ y, además, los ajustes resultantes, conforme a la citada normativa, no se aplicaban a los resultados, es decir a la cuenta de pérdida y ganancias, sino a los fondos propios, es decir, al patrimonio neto que forma parte del balance (art. 35 Ccom). Esto tiene como consecuencia que los resultados del año en el que se aplica esa forma de contabilización no se vean afectados por los ajustes, aunque sí que se ven afectados los fondos propios⁶².

Si esa complejidad no fuera poca, tanto la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) n.º 13/2020, de 29 septiembre (ARP 2020,1641) como la STS n.º 839/2022, de 24 de octubre (JUR 2022, 343644) ponen de manifiesto con claridad que la intervención del Banco de España en el cierre de las cuentas de Bankia-BFA fue decisivo, hasta el punto de que en dicho asunto esa intervención ha sido un argumento fundamental para dar lugar a la absolución tanto por el delito del art. 290 CP como por el del art. 282 bis CP⁶³.

60. Como la lectura de la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) n.º 13/2020, de 29 septiembre (ARP 2020,1641), relativa a Bankia ejemplifica a la perfección, a pesar de que su objeto no era la falsedad contable de esas cuentas, pero sí la falsedad de los folletos de salida a bolsa que, lógicamente, contenían la información relativa al ejercicio en el que se produjo el SIP. Véase, sobre esta cuestión, el punto 1.2 de este artículo.

61. La puesta a valor razonable es la valoración por un «valor de mercado» de los activos, a efectos de integrarlos en la nueva entidad resultante. Como no se trata de un verdadero valor de mercado, sino un valor calculado a partir de la valoración de los activos, se usa el criterio de pérdida esperada, lo que no deja de ser una previsión, más o menos prudente o razonable, del deterioro que puede sufrir un activo, y esas previsiones pudieron estar muy equivocadas, en un contexto en el que el valor de los inmuebles acabó cayendo de forma estrepitosa.

62. Lo que afecta, lógicamente, al capital social y, así, a la solvencia de las entidades.

63. A lo que debe añadirse la existencia de indicios de prácticas, en relación con Bankia –y desconocemos si también con otras entidades–, de lo que se denomina como *big bath*, GINER INCHAUSTI, B. «Instituciones e intereses en conflicto ante la regulación contable internacional», *Revista de Contabilidad*, 2, 2014, p. 151. En un sentido parecido, CLIMENT SERRANO, S. y PAVÍA, J. M., «BANKIA: ¿Para qué sirven los estados contables y los órganos de control?», *Estudios de Economía Aplicada*, v. 33, n.º 1, 2015, pp. 259-300.

Del mismo modo, la actuación de los administradores del FROB, designados por el Banco de España tras la intervención de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, y con el asesoramiento del supervisor, al no integrar en los resultados determinados activos cuando realizaron la reexpresión de las cuentas del año 2010, supuso, en opinión del TS, que no se entendiese acreditada la existencia de una alteración de la imagen fiel, dando lugar así la absolución respecto del delito de falsedad en cuentas anuales referido al ejercicio 2010⁶⁴.

64. En este sentido, la STS n.º 369/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3506), FJ 2, manifestó:

«En el caso, es claro que la reexpresión de las cuentas efectuada en junio del año 2011 no tuvo en cuenta los efectos que habría podido tener la aplicación de la Circular 3/2010 del Banco de España. Para los peritos que examinaron la cuestión, tal y como lo recoge la sentencia, esos efectos habrían sido relevantes en el sentido de que no habría diferencias sustanciales entre los resultados de 2010 consignados en las cuentas de la entidad y los que deberían haber sido consignados de no haber dado de baja en el balance los activos titulizados, si, manteniéndolos en el balance, se hubiera tenido en cuenta el valor de las garantías inmobiliarias.

En la sentencia no se resuelve esta cuestión, que resulta decisiva para establecer si el hecho de dar de baja en el balance los activos titulizados dio lugar a una alteración de la imagen fiel que pueda considerarse relevante, desde la perspectiva de su idoneidad para causar el perjuicio al que alude el tipo.

Los datos disponibles mediante la valoración pericial y la ausencia de razonamientos sobre este particular dan lugar, al menos, a la existencia de una duda razonable respecto de las bases fácticas de ese elemento del tipo penal, que no puede resolverse en perjuicio de los acusados.

Así pues, tal como se alega, la imposibilidad de afirmar la existencia de una alteración relevante de la imagen fiel de la entidad, derivada del hecho de que cualquiera de las dos opciones habría conducido a un resultado similar, hace que, en caso de una eventual falsedad de las cuentas cometida al dar de baja del balance las operaciones de titulización, no pueda apreciarse con la necesaria certeza la idoneidad para causar un perjuicio.

6. Por otro lado, en cuanto al Acta de los administradores del FROB de 29 de mayo de 2012, consta en la misma, en primer lugar, que se pone de manifiesto que las titulizaciones HR 1 y HR 2 realizadas en 2010, se volvieron a activar en el balance en junio de 2011, 'reconstituyendo los saneamientos de las carteras de préstamos titulizados. Sin embargo, estas dos titulizaciones privadas son las únicas donde los fondos de titulización se están adjudicando inmuebles, que no han sido dados de alta en el balance de Banco CAM. Por tanto, debería completarse el proceso de junio 2011 con el reconocimiento en el balance del Banco de más activos de los reconocidos inicialmente' (sic). Lo cual es coincidente con lo anteriormente dicho, avalado por la opinión de varios peritos, y sin que se consignen en la sentencia razonamientos que lo excluyan. Y, en segundo lugar, que se propone, y se acepta por los responsables, administradores nombrados por el FROB, recomprar a los inversores los bonos B y C de las titulizaciones HR1 y HR2, por los beneficios que se obtendrían de tal operación, que se cifran, respectivamente, en 46,5 millones de euros y entre 22,8 y 17 millones de euros. Ello, al menos, pone en duda, haciéndola discutible, la afirmación según la cual la existencia de las opciones hacía que aquellas titulizaciones carecieran de cualquier sentido económico.

7. Por otro lado, como hemos dicho más arriba, en los hechos probados de la sentencia se recoge que las operaciones de titulización se realizaron 'como modo de contabilizar activos ficticios y aparentemente reducir la tasa de mora que acuciaba a las maltrechas arcas de la CAM'. La afirmación es inexacta si se tiene en cuenta que

En consecuencia, si la intervención del órgano supervisor en la definición de las cuentas anuales es tan relevante como parece desprenderse de estas sentencias, no resulta lógico que se considere a éste como a un tercero ajeno a la formulación de las cuentas y, por tanto, no cabe descartar la relevancia penal de la conducta de aquellos de sus integrantes que hayan participado en los hechos. Y, en cualquier caso, permite cuestionar la imparcialidad objetiva de los miembros integrantes del supervisor para actuar como peritos, o como testigos-peritos, en esa clase de procedimientos⁶⁵. Por último, esto nos permite concluir que cabrá formular las cuentas anuales de diferentes formas, siempre que las mismas se atengan a la exigencia de plasmar la imagen fiel de la sociedad, no siendo el criterio del supervisor –como bien señala en su reciente sentencia el TS– el único relevante para establecer dicha imagen fiel, y mucho menos en el marco del procedimiento penal.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AYALA CAÑÓN, L., «Crisis económica y distribución de la renta: una perspectiva comparada», *Papeles de Economía Española*, n.º 135, p. 17.

AYALA, L. y CANTÓ, O., «Radiografía de medio siglo de desigualdad en España: Características y factores que explican que España sea uno de los países más desiguales de Europa», en AYALA, L. (coord.), *Desigualdad*

la propia sentencia considera que en el caso de una de esas operaciones la baja del balance fue correctamente efectuada. Ha de precisarse, por lo tanto, que debemos considerarla referida a las otras operaciones de titulización.

Pero, sobre la base de este aserto puede plantearse si, aunque no quede suficientemente claro si el hecho de dar de baja los activos titulizados llegó a provocar una alteración relevante de la imagen fiel de la entidad en los aspectos antes considerados, ésta podía todavía venir ocasionada por la baja artificial de la tasa de mora.

La respuesta debe ser negativa, si nos atenemos, como es obligado, a los hechos probados de la sentencia. Es cierto que el perito Sr. Modesto, negando la existencia de efectos cuantitativos relevantes, menciona efectos cualitativos derivados de la composición del resultado y de la situación financiera, y señala que ‘con las tres titulizaciones (HR1, HR2 y PYMES1) y con la incorrecta clasificación de fallidos se redujo la tasa de mora’. Sin embargo, en los hechos probados no se recoge expresamente ninguna disminución relevante de la tasa de mora vinculada a estas operaciones de titulización, ni, por lo tanto, se establece su relevancia ni se valora su idoneidad para causar un perjuicio.

Por todo ello, esta alegación del motivo primero del recurso interpuesto por Jaime, coincidente con el motivo primero de los recursos interpuestos por Jon y Julián, debe ser estimada, lo cual supone la absolución de todos ellos, así como de Belén, respecto a la falsedad en las cuentas del ejercicio 2010, al no ser posible considerar acreditado, más allá de toda duda razonable, que los elementos a los que se ha hecho referencia, consignados en las cuentas del año 2010, hayan causado una distorsión en la imagen fiel de la entidad que pueda reputarse idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a un tercero, como exige el artículo 290 CP».

65. Sobre la imparcialidad objetiva de los peritos de los órganos supervisores bancarios en el proceso penal, FRÍGOLS I BRINES, E., *Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal*, Francis Lefebvre, 2020, pp. 98 y 99, marginales 890 a 895.

- y pacto social, 2022 (https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/548693/Desigualdad+y+pacto+social_ES_Julio2022.pdf/a641e5f2-6789-c143-0466-552df29ec0c1?t=1657627443892, consultado por última vez el 23.08.2022).
- BANCO DE ESPAÑA, *Informe sobre la crisis bancaria y financiera en España, 2008-2014*, 2017.
- BOIX REIG, J. ANARTE BORRALLA, E. y GUTIÉRREZ PÉREZ, E. (colab.), «Lección XI. Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal: Parte Especial*, vol. II (Delitos económicos), Iustel, 2020, pp. 255-336.
- BOIX REIG, J. ANARTE BORRALLA, «Lección XXIV. Delitos societarios», en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal...*, pp. 695-762.
- BRINDUSA ANGHIEL, B., BASSO, H. BOVER, O., CASADO, J. M., HOSPIDO, L., IZQUIERDO, M., KATARYNIUK, I. A., LACUESTA, A., MONTERO J. M. y VOZMEDIANO, E., *La desigualdad de la renta el consumo y la riqueza en España*, Banco de España, 2018.
- CLIMENT SERRANO, S. y PAVÍA, J. M., «BANKIA: ¿Para qué sirven los estados contables y los órganos de control?», *Estudios de Economía Aplicada*, v. 33, n.º 1, 2015, pp. 259-300.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis Económica y Desigualdad: Separata I.2 del Informe anual de 2017*, 2018 (https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/09/SEPARATA_Crisis_economica_y_desigualdad.pdf, consultado por última vez el 23.08.2022).
- FARALDO CABANA, P., *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Tirant lo Blanch, 2003.
- FRÍGOLS I BRINES, E., «La respuesta del derecho penal a la contaminación acústica en España: cuestiones teóricas y problemas prácticos», *LEXAMBIENTE: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Ambiente*, n.º 1, 2020, pp. 102-129.
- *Peritos dependientes de organismos públicos y su imparcialidad en el proceso penal*, Francis Lefebvre, 2020.
- GINER INCHAUSTI, B. «Instituciones e intereses en conflicto ante la regulación contable internacional», *Revista de Contabilidad*, 2, 2014, pp. 143-152.
- HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., C. H. Beck, 1990.
- «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, n.º 45-48, 1989, pp. 275-285.
- LLORIA GARCÍA, P., «Lección XIV. Delitos de falsedades (2). Falsedades Documentales», en BOIX REIG, J., *Derecho penal: Parte Especial*, vol. III, pp. 429-454.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y crédito (El art. 282 bis Código penal)*, Tirant lo Blanch, 2012.
- *Derecho penal económico y de la empresa: Parte Especial*, 5.ª Ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 147.
- MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17, III. Delitos contra el mercado», MOLINA FERNÁNDEZ, E., *Memento Penal Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre, 2018, pp. 1382-1400.
- NIETO MARTÍN, A. «Protección penal de la competencia y del mercado», 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*, Dykinson, 2018, pp. 367-414.
- «Falsedades en la empresa», 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*, Dykinson, 2018, pp. 685-726.
- OLMEDO PERALTA, *La responsabilidad contable en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, 2014.
- «La difícil naturaleza jurídica de la formulación de cuentas anuales: no acuerdo/no impugnabilidad», *Revista de derecho de sociedades*, n.º 41, 2013, pp. 109-142.
- ORTEGA LORENTE, J. M., «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en BOIX REIG, J. (dir.), *Estafas y falsedades: Análisis jurisprudencial*, Iustel, 2004, pp. 201-234.
- PÉREZ VALERO, I., *El delito de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Tirant lo Blanch, 2001.
- RUESGA BENITO, S. M., «Para entender la crisis económica en España: el círculo vicioso de la moneda única y la carencia de un modelo productivo eficiente», *Economía Unam*, n.º 28, 2013, p. 72.
- TORRES, R., «Housing markets ahead of the threat of recession», *Spanish and International Economic & Financial Outlook*, v. 11, n.º 5, septiembre 2022, p. 10.
- TRIBUNAL DE CUENTAS, *Nota de fiscalización de la situación a 31 de diciembre de 2018 del proceso de reestructuración bancaria*, aprobada por el Pleno en su sesión de 28 de noviembre de 2019, pp. 12 y ss. (<https://www.tcu.es/repositorio/f70f9850-facc-4b41-9732-41920adb202a/11341.pdf>, consultado por última vez el 07.11.2022).
- VERA VEGA, J., «Las falsedades documentales: ¿Delitos de lesión o de peligro?», GÓMEZ MARTÍN, V., BOLEA BARDON, C., GALLEGOS SOLER, J. I., HORTAL IBARRA, J. C. y JOSHI JUBERT, U., *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, AEBPE, 2022, pp. 1447-1464.

VICENT CHULIÁ, F., «Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima», Menéndez, A. y Olivencia Ruiz, M. y Uría González, R. (dir.) *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo VIII, Vol. 1.º, Civitas, Madrid, 2000.

ZULOAGA, J., «El Estado ampliará su participación en CaixaBank por encima del 17%», *El Confidencial*, 8 de septiembre de 2022 (https://www.elconfidencial.com/empresas/2022-09-08/estado-ampliara-participacion-caixabank-encima-17_3486993/), consultado por última vez el 20.10.2022).