



LA RAZÓN HISTÓRICA. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas. ISSN 1989-2659

Número 45, Año 2020, páginas 1-38. www.revistalarazonhistorica.com



El delito contable. Estudio de la comisión de delitos contables a través de casos mediáticos.

Miquel Francesc Gelabert Morro

Profesor Asociado de la Universidad de las Islas Baleares (España).

José Manuel Santos Jaén

Profesor Contratado de la Universidad de Murcia (España).

Resumen: El objetivo del presente trabajo, es revelar los elementos característicos del delito contable, mediante su definición y su análisis a través de algunos casos que han tenido especial transcendencia por resultar mediáticos. El delito contable en casos que han repercutido a pequeños inversores, incrementó la desconfianza en la información financiera de las empresas. Este trabajo, pretende explicar de una manera asequible las principales operaciones para encubrir la realidad económica de una entidad, sirviendo los casos detallados para facilitar la comprensión del “iter criminis”. También se explican otras medidas eficaces y ajenas al Derecho Penal para prevenir y disuadir el delito. La auditoría de cuentas, el Compliance Penal y la obligatoriedad de divulgar información no financiera y de diversidad, son actividades y obligaciones que dificultan el delito contable, refuerzan la credibilidad de la empresa y aumentan la confianza de los inversores.

Palabras clave: Contabilidad, delito contable, Compliance Penal, auditoría de cuentas.

Abstract: The objective of this working paper is disclosing the accounting offence's characteristic elements, through its definition and their analysis, using some cases very commented in the media. These accounting offences in those cases that small investors were defrauded, it increased the distrust in the companies' financial statements. This work tries to explain in an easy way the main operations to hide the companies' the true and fair view of the economic reality, helping the cases mentioned to understand the “iter criminis”. As well, it is explained others effective measurements that fall outside of the scope of the Criminal Law in order to prevent and avoid the offence. The financial statements audit, the Criminal Compliance, and the obligation to disclosure non financial and diversity statements, are activities and obligations that make more difficult the criminal offence, enhance the companies' credibility and increase the investors' confidence.

Keywords: Accounting, accounting offences, criminal compliance, financial statements audit.

1. Introducción

Cualquier manual de historia Económica por elemental que este sea, menciona la Revolución Industrial como un hito transformador de la economía que predominaba hasta el momento. La Revolución Industrial trajo consigo profundas transformaciones sociales y económicas, pero además supuso la transformación del modo de organización empresarial establecido y la irrupción de las sociedades capitalistas que para hacer frente a las grandes inversiones que exigía el desarrollo industrial. Emprendedores aportaban sus ahorros y lo aunaban con otros propietarios para invertir en empresas a cambio de rentabilidad. La Ley Británica de Sociedades Anónimas para dar amparo y seguridad a los inversores establecía la conveniencia que las empresas llevaran su contabilidad con arreglo a unas normas estandarizadas y fueran fiscalizadas por un experto independiente.

La separación de la propiedad con la gestión, exigía ya por aquellos entonces una información económica financiera fiable y una fiscalización de la misma para evitar todo tipo de fraude en las cuentas. La Ley Británica ya procuraba en aquellos entonces medidas preventivas para la alteración de la información económica financiera en beneficio de los gestores de las sociedades capitalistas y en detrimento de los propietarios, inversores y ahorradores.

Por tanto, la acción que implica el delito contable en las sociedades capital era una cuestión presente desde los propios inicios de la aparición de las sociedades capitalistas en la Revolución Industrial.

2. El delito contable. Definición y elementos tipificadores

2.1 Una aproximación al delito contable

El llamado delito contable tiene sustantividad propia en nuestro código penal, y se encuentra incardinado en el Código Penal con la siguiente dicción (Art. 290, LO 10/1995, 23 de noviembre):

“Los administradores, de hecho, o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”

La información económico financiera de cualquiera operador económico trasciende más allá del interés de los propietarios de tener un instrumento para la toma de decisiones y que les oriente en prever los futuros de resultados. La información económica financiera es una necesidad de interés general consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que cualquier economía avanzada pretende crear un marco de seguridad jurídica mercantil en que las distintas

personas que entablan relaciones con la empresa puedan tomar también sus decisiones de manera racional tomando como base de las mismas una información económica financiera veraz y fiable. De este modo los acreedores sociales deciden otorgar crédito, los trabajadores negocian sus convenios colectivos, los ahorradores miden la rentabilidad de la inversión, la Hacienda Pública determinar la carga impositiva que la corresponde a la entidad, y así todos y cada uno de los interesados en la información económica de las entidades toman sus decisiones en base a ella.

La alteración, falsedad, manipulación la mendacidad de la información económica financiera transgrede el equilibrio que debe exigirse entre las partes, rompe las reglas de juego, entre el que debe tomar decisiones en base a la información y el que debe persuadir al otro para que adopte u omita una determinada conducta.

El Derecho Penal, tiene como nota identificativa la protección de los intereses generales y de la sociedad mediante la tutela de sus bienes jurídicos, que un estado social, democrático y de derecho tipifica para una adecuada aplicación garantista del Derecho.

2.2 Elementos tipificadores

2.1.1. El dolo

El dolo y/o imprudencia es una de los elementos transversales de cualquier delito, por lo que es consagrado en el ordenamiento jurídico en su Art. 5, que el “Ius puniendi” solo opera si existen una de las dos circunstancias.

En el caso del delito contable, en su propia tipificación detalla expresamente la necesidad de dolo para cometer el delito. Por ello, a sensu contrario debe entenderse que la imprudencia a la acción negligente no tendrá efectos en el ámbito penal, sin perjuicio de las responsabilidades que administrativa o civilmente pueden exigírseles.

2.1.2 El sujeto activo

En cuanto al sujeto activo, aquel que puede cometer una la acción punible tipificada como delito contable, dependerá de la naturaleza jurídica de la entidad. La legislación específica aplicable en materia económica financiera, designa de manera indelegable las facultades de elaboración de sus cuentas anuales o de su información económica financiera. A modo de ejemplo, las sociedades de capital, les será de aplicación la Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Art. 253, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio) y serán los miembros del órgano de Administración los obligados a formular las cuentas, en las Fundaciones es aplicable la Ley 50/2002,

de 26 de diciembre, de Fundaciones (Art. 25 Ley 50/2002, de 26 de diciembre), y será el Presidente del Patronato o la persona en quien se delegue, en los Ayuntamientos les será de aplicación el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (Art. 212 RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo) y será el Interventor quien formará la cuenta general.

Cabe destacar, que la figura del sujeto a quien la ley específica le atribuye la facultad de formular cuentas, no supone una limitación absoluta para que otras personas, que la ley no les atribuye facultad alguna pueden cometer el delito en calidad de autor: son los administradores de hecho, aquellas personas que si bien de una manera aparente no tienen la facultad de formular cuentas anuales, realmente ejercen las funciones de administrador controlando el órgano de Administración y formulando de hecho las cuentas anuales sin llegar a rubricarlas, limitándose el administrador de derecho a una función meramente figurativa u ornamental exigida por la Ley. Consecuentemente el Derecho Penal, no hace distinción alguna entre uno u otro a los efectos de su reproche penal.

Si bien, el ordenamiento jurídico, no da una definición ni una casuística de operaciones indiciarias de cuándo puede identificar un sujeto como administrador de hecho, existe jurisprudencia prolija sobre la definición de esta situación.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia 655/2010, de 13 de julio, dio una definición que sentó jurisprudencia en cuanto a la definición de Administrador de hecho (STS Sala de lo Penal 655/2010, de 13 de julio, en su Fundamento Tercero):

“La condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido. La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que, en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es "el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege”

El delito contable, no constriñe su comisión como sujeto pasivo, al ejecutor material, sino que también extiende responsabilidades por considerarlos partícipes en su comisión a los cooperadores, aquellos que su actuación fue necesaria para la comisión de los mismos.

Merece especial mención, la actividad del auditor de cuentas, quien puede ser sujeto activo del delito contable en la ejecución de su actividad de auditoría de cuentas de la entidad, en calidad de cooperador o cómplice. Ciertamente en el auditor de cuentas no concurren las cualidades para acometer el delito contable, puesto que no es el administrador, si éste se valiera del auditor para acometer el

delito, y este último de manera dolosa lo permitiese sin duda alguna tiene el reproche penal en grado de cooperador.

Un claro ejemplo, que actualmente se está dirimiendo, es la posible responsabilidad del auditor de PESCANOVA, SA, que de acuerdo con el auto de apertura oral relata (AUTO PA JCI NUMERO 5, AN, DP 31/2013, de 5 de febrero de 2018, en la Parte de “Hechos punibles por los que se acuerda la transformación en Procedimiento abreviado y personas responsables):

“La firma y el auditor firmante conocían todas las prácticas contables realizadas en la empresa, que han sido calificadas reiteradamente como irregulares”

“Disponían de toda la información contractual, documental y contable sobre tales prácticas y las avalaron reiteradamente tanto en los distintos informes de auditoría de las cuentas anuales que emitieron como en otros informes y documentos que elaboraron para Pescanova y su grupo”

“Es claro que BDO y Sañe Figueras cooperaron con los autores mediante un acto sin el cual no se habrían realizado los hechos típicos, una aportación singular y esencial, de un bien escaso, difícil de obtener para los autores, una contribución causalmente necesaria para obtener el resultado (alteración de la verdad en las cuentas anuales y en la información financiera facilitada), que se convierte en condición de la comisión del delito”

El escrito de acusación de la fiscalía solicita contra el auditor firmante un año y seis meses de prisión por el delito continuado de falseamiento de cuentas anuales; y por el delito de falseamiento de información económica y financiera, dos años.

2.1.3 El bien jurídico protegido

El bien jurídico que pretende protección de la comisión de un delito contable es la veracidad de la información social sobre la situación jurídica y social de un ente, los intereses patrimoniales del dicho ente y los intereses patrimoniales de los destinatarios de la información.

2.1.4 Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo, como titular del bien protegido, y en consonancia con lo detallado en el párrafo anterior será la sociedad, los socios y los terceros interesados.

2.1.5 Acción punible

La conducta delictiva del delito contable, previsto en el Art. 290 CP, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 1217/2004, de 2 de noviembre de 2004, define (STS Sala de lo Penal 1217/2014, de 2 de noviembre, en su Fundamento Sexto) como

“...alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el [...] 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. De esta forma entendida la falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad. “

Solo puede ser objeto de pena, en su consumación, independientemente si el falseamiento ha surgido plenos efectos con la aprobación por la Junta General u órgano equivalente. No parece que quepa la tentativa en la comisión del delito contable.

2.1.6 Objeto del delito

El propio artículo 290 del CP, acota el objeto a “Las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad” (Art. 290, LO 10/1995, 23 de noviembre)

Es necesario enfatizar, que el objeto del delito, no son las cuentas anuales, con los estados que los integran, sino cualquier documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, como podrían ser los libros de actas de los órganos colegiados, el informe de gestión, el libro de inventario, el libro diario, etc.

3. Las Cuentas Anuales y otros documentos

3.1 Las Cuentas Anuales

Las Cuentas Anuales de una entidad, es aquel conjunto de estados financieros que reflejan la situación económica, financiera, patrimonial, el resultado de sus operaciones, los cambios en su patrimonio neto y los movimientos de sus flujos de efectivos.

Las cuentas anuales, para las sociedades de capital, estará formada por los siguientes documentos (Art. 263, RDL 1/2010, de Sociedades de Capital):

- Balance de situación: Recoge el conjunto de bienes, derechos, obligaciones, incluyendo las provisiones y el patrimonio neto. Dicho estado financiero, recoge la situación económica financiera y patrimonial.
- Cuenta de Pérdidas y Ganancias: Recoge el resultado de las operaciones del ejercicio como consecuencia del registro de los ingresos y gastos del ejercicio.
- Estado de Cambios en el Patrimonio Neto: Recoge las variaciones interanuales de los distintos elementos que integran el patrimonio neto de

la empresa (Capital, subvenciones, ajustes de valor de activos, reservas, distribución de dividendos)

- Estado de Flujos de Efectivo: Recoge los movimientos de los flujos de efectivo durante el ejercicio categorizado por flujos procedente de actividades de explotación, flujos de actividades de inversión y flujos de actividades de financiación.
- Memoria: Comenta, completa y amplía la información de los estados financieros detallados anteriormente a los efectos de dar una información de mayor alcance y mejorar la comprensibilidad de los estados financieros.

La elaboración de las cuentas anuales y las normas de valoración de todas sus partidas está sujeto a lo previsto en Parte Segunda y Parte Tercera del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (Segunda y Tercera parte PGC, RD 1514/2007, Plan General Contable). Consecuentemente la estructura de las cuentas, la información a incluir y las normas de registro y valoración no están al arbitrio del obligado a formularlas, sino que están sujetas a disposiciones de obligado cumplimiento.

Los motivos de ello, aunque triviales, obedecen entre otras cosas, a motivos de comparabilidad de la información financiera y a otorgar una seguridad jurídica y transparencia a los interesados. Los principios fundamentales que se inspira el Plan General Contable, es que, de la aplicación de las normas de registro y valoración, se consiga una imagen fiel ("fair value") de la situación económica y financiera, del resultado de sus operaciones, de los cambios en el patrimonio neto y de los flujos de efectivo.

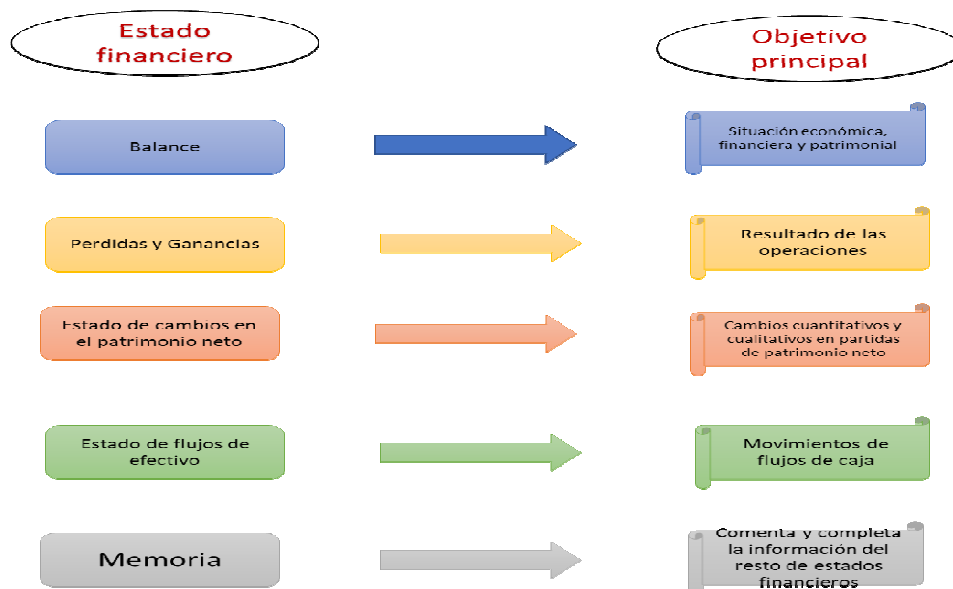


Figura 1 Estados financieros que integran las cuentas anuales y objetivos que persiguen. Elaboración propia

3.2 Otros documentos

En relación a otros documentos que pueden ser falsarios y por tanto es objeto de delito, tal como prevé el Art. 290 serán aquellos que deban reflejar la situación jurídica u económica.

Consecuentemente, aquellos documentos de obligada llevanza u elaboración por parte de la empresa serán objetos potenciales falsarios. Aparte de las cuentas anuales, expresadas anteriormente, la Ley de Sociedades de Capital, prevé los siguientes documentos/libros de llevanza y/o formulación obligatoria:

- El informe de gestión (Art. 253, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
- El informe de información no financiera (Art. 253, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
- Propuesta de liquidación de resultados (Art. 253, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
- Las actas de la junta (Art. 202, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
- Libro de actas del Consejo de Administración (Art. 250, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
- Estado contable que manifieste liquidez suficiente, en caso de distribución de dividendos a cuenta. (Art. 257, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)
- Libro registro de socios para sociedades limitadas (Art. 104, RDLeg. 1/2010, de 2 de julio)

Además, el Código de Comercio prevé los siguientes documentos de obligada llevanza:

- Libro de inventarios (Art. 25 RDL 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el CCo)
- Libro diario (Art. 25 RDL 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el CCo.)
- Libro de actas de la Junta General (ya previsto también en la Ley de Sociedades de Capital) (Art. 26 RDL 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el CCo.)
- Libro actas de cualquier órgano colegiado (Como el Consejo de Administración o un Comité de Dirección) (Art. 26 RDL 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el CCo.)

3.3 El valor comunicativo de los estados financieros: Transparencia y publicidad

Uno de los términos que con más fuerza ha irrumpido en los últimos años ha sido la transparencia. Atrás quedan épocas en que los estados financieros eran un asunto privado restringido a los socios, que la empresa guardaba con especial celo y evitaba dar más información de la estrictamente necesaria.

Se ha creado un estado de opinión, en que la transparencia es un valor esencial en una democracia, imprescindible para el desarrollo económico y para una economía de mercado que aporte riqueza a la sociedad. Lo definió Kauffmann

y Kraay como “*un flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico, social y político, accesible a todos los actores afectados por una decisión pública*” (Kauffmann, D. y Kraay, A., 2002)

La revolución tecnológica ha multiplicado exponencialmente las posibilidades de las empresas de divulgar su información, de analizarla, de comprenderla y de interactuar con las empresas.

Ciertamente muchas empresas y la Administración han tomado nota de ello, y ha creado un marco de obligaciones informativas de obligado divulgación pública. La sociedad demanda, no solo sus volúmenes de facturación, su cifra de beneficios, sino como se relaciona con la sociedad, en aspectos tan diversos como las políticas de igualdad, como redistribuye su renta, si formaliza relaciones comerciales bajo principios éticos, su política medioambiental y así un largo etcétera de información para conocer transversalmente a las empresas. Dicha información no debería ser percibida como una fiscalización de las personas que se relacionan con ella, sino como un valor añadido, una oportunidad de generar ventajas competitivas respecto a otros: una empresa transparente genera más confianza que una empresa que no lo es.

Por ello, a medida que arraiga el valor de la transparencia en la ciudadanía, más arraiga el reproche ético a las empresas en las que predomina el oscurantismo, y que es un bien jurídico que demanda protección.

3.4 La alteración de las cuentas anuales. Casuística

El patrón de conducta que supone la alteración de las cuentas anuales obedece a las intenciones de quien las manipula. La maliciosa intención del sujeto activo está alineada con la alteración de las cuentas anuales. No se puede establecer un patrón único de cómo se alteran las cuentas puesto que la alteración de las cuentas, puede ir desde su manipulación para aparentar una falta de liquidez y convencer a los socios que aprueben un aumento de capital, como aparentar un patrimonio neto y unos beneficios sobrevalorado a los efectos de convencer a nuevos inversionistas a participar en el capital social.

No obstante, y enlazándolo con el presente trabajo, sí que existen notas comunes en aquellos mediáticos en los que las cuentas anuales han sido alteradas.

Las empresas que cotizan en Bolsa o aquellas que tienen el capital social muy atomizado, o que necesitan financiamiento externo remunerado, tienen la necesidad de cumplir con unos determinados parámetros para que quien decida invertir o financiar el proyecto, le suponga lo suficientemente atractivo. Estos parámetros son entre otros, el volumen de negocios, el flujo de caja a disposición de la deuda, las garantías de recobro, la rentabilidad financiera o la rentabilidad económica. Pues bien, unos de los principales riesgos que los analistas financieros

y/o inversores estudian a los efectos de analizar la verosimilitud de los datos son que los activos y los beneficios no estén sobrevalorados y los pasivos infravalorados.

La sobrevaloración de los activos consiste en incorporar activos que no existen o existiendo a precios notoriamente superior a su valor de mercado o transgrediendo las normas de registro y valoración en relación al importe que deben ser valoradas en sus cuentas anuales.

La infravaloración de los pasivos consiste en la ocultación total o parcial de las deudas, en la transgresión de las normas de registro y valoración en relación al importe que deben ser valoradas en sus cuentas anuales o en la falta de registro de provisiones que no siendo deudas ciertas representan un alto grado de probabilidad de representar salida de recursos económicos.

La sobrevaloración de los resultados consiste en la sobrevaloración de ingresos y/o infravaloración de gastos contables, bien ocultando gastos, anticipando ingresos o registrarlos sin que reúnan las condiciones para ser ingresos, no reconocer pérdidas de valor de los activos, revalorizar activos contra ingresos, realizar operaciones ficticias sin realidad económica alguna subyacente, etc. Si ser exhaustivo a continuación se detalla una relación de operaciones habituales con el fin de alterar las cuentas en los términos expuestos:

3.4.1 Sobrevaloración de activos

	Aumentos de activo
Activo no corriente	<ul style="list-style-type: none"> · Incorporar activos inexistentes (fondo de comercio, etc.) · Activar gastos de forma fraudulenta. · Elevar ficticiamente el valor de los activos no corrientes. · Amortizar (o provisionar o deteriorar) activos no corrientes menos de lo que prescribe la normativa. · Exceso de activos por impuestos diferidos en una empresa con muchas pérdidas.
Inversiones financieras	<ul style="list-style-type: none"> · Inventar inversiones financieras. · Deteriorar inversiones financieras menos de lo que prescribe la normativa.
Existencias (mercaderías, materias primas, trabajos en curso, productos acabados)	<ul style="list-style-type: none"> · Inventar unidades físicas de existencias. · Elevar ficticiamente el precio unitario de las existencias.
Clientes	<ul style="list-style-type: none"> · Inventar saldos de clientes. · Reducir la morosidad de forma fraudulenta.
Otros deudores	<ul style="list-style-type: none"> · Inventar saldos deudores.
Tesorería	<ul style="list-style-type: none"> · Incrementar ficticiamente saldos de caja o bancos.

*Figura 2.- Partidas/Masas patrimoniales afectadas. Operación fraudulenta.
(Amat Salas, 2017)*

3.4.2 Infravaloración de pasivos

	Reducciones de deuda
Préstamos y créditos	· Ocultar deudas con socios o con otros acreedores
Provisiones por impuestos, responsabilidades, grandes reparaciones...	· Reducir las provisiones infringiendo la normativa contable
Planes de pensiones	· Reducir las provisiones infringiendo la normativa contable o de seguros
Proveedores y acreedores	· Ocultar deudas con proveedores y/o acreedores
Otras deudas (deudas financieras, ajustes por periodificación...)	· Ocultar deudas

Figura 3.- Partidas/Masas patrimoniales afectadas. Operación fraudulenta (Amat Salas, 2017)

3.4.3 Sobrevaloración de resultados.

	Aumentos del beneficio
Ingresos	<ul style="list-style-type: none"> · Ingresos ficticios. · Contabilizar depósitos como si fueran ventas. · Ventas a precios superiores a los precios de mercado con la finalidad de engañar con compañías que no se consolidan, con empresas en paraísos fiscales o empresas interpuestas. · Traspasar reservas a ingresos.
Consumos	<ul style="list-style-type: none"> · Dejar de contabilizar consumos. · Gastos a precios inferiores a los precios de mercado con la finalidad de engañar con compañías que no se consolidan o con empresas en paraísos fiscales.
Amortizaciones	· Reducir las amortizaciones de forma fraudulenta.
Otros gastos	<ul style="list-style-type: none"> · Contabilizar gastos con cargo a reservas en lugar de incluirlos en la cuenta de resultados. · Esconder gastos. · Contabilizar fraudulentamente gastos como inversiones · Gastos a precios inferiores a los precios de mercado con la finalidad de engañar con compañías que no se consolidan o con empresas en paraísos fiscales.
Provisiones por impuestos, responsabilidades, grandes reparaciones...	· Reducir las provisiones de forma fraudulenta.
Deterioro de activos	· Reducir los deterioros de forma fraudulenta.
Ingresos financieros	· Valorar incorrectamente los resultados generados en instrumentos financieros o en otros activos (para traspasar resultados de un año a otro).
Gastos financieros	· Esconder gastos financieros.
Resultados procedentes de filiales	· Hinchar los beneficios procedentes de empresas participadas.
	· Hacer fraude fiscal para pagar menos impuestos.
Impuesto sobre beneficios	<ul style="list-style-type: none"> · Exceso de activos por impuestos diferidos en una empresa con muchas pérdidas.

Figura 4.- Partidas/Masas patrimoniales afectadas. Operación fraudulenta (Amat Salas, 2017)

4. Casos mediáticos de concurrencia de delitos contables

4.1 Caso Banesto

En la década de los 80, D. Mario Conde Conde, abogado del Estado con la mejor nota de ingreso de la historia del cuerpo de Abogados del Estado, era visualizado por la sociedad como el héroe social, el espejo que muchos estudiantes de derecho o empresarios en potencia deseaban convertirse. Sin manchas en su expediente, logro convertirse en el máximo accionista y presidente del Banco Español de Crédito.

No obstante, la imagen de solvencia que BANESTO transmitía, revelada a través de sus estados financieros resultó ser un espejismo, y desembocó en la pérdida de muchos ahorros de inversionistas, las acciones se devaluaron un 60% después de su intervención. ("Banesto aprueba pedir responsabilidades a Conde". 1994. *El País*) Como hecho probado se acredita, que

1. En el año 1992, la Inspección del Banco de España, tras examen del balance y la cuenta de resultados, detectó que existía un déficit de provisiones de aproximadamente 104.000 millones de pesetas, de los cuales 52.898 millones correspondían a créditos de dudoso cobro.

(STS Sala de lo Penal 867/2002, de 29 de julio, en Antecedentes de Hecho. Hechos Probados. Artificios contables)

Este hecho probado procede de la afirmación del informe del Fondo de Garantía de Depósitos donde manifestaba:

"La suma de los activos sobrevalorados y de pasivos ocultos era de tal magnitud que la diferencia entre lo que se publicaba y lo que se hubiera debido reflejar no era sólo inexacta, sino carente de cualquier parecido con la realidad". (STS Sala de lo Penal 867/2002, de 29 de julio, en Antecedentes de Hecho. Hechos Probados. Artificios contables)

Banesto con patrimonio neto de 359.922 millones de euros, en caso de haber reconocido las provisiones, su patrimonio neto sería negativo, es decir no tendría valor contable alguno. ¿Pero qué significaba o que eran las provisiones?

Con la anterior legislación de aplicación en materia contable, en este caso particular las provisiones eran el equivalente a los deterioros. El principal activo del Banco, habitualmente son los créditos y préstamos concedidos a los clientes y los pasivos (deudas) son las imposiciones recibidas de los ahorradores. Como cualquier activo, cuando se estime que existan indicios sobre riesgo de la recuperabilidad de los activos, debe registrarse una pérdida entre el importe por el que se tiene registrado y el importe recuperable atendiendo al riesgo identificado.

No debemos obviar, que el Banco de España, es fuente normativa de normas contables para las entidades a las que están bajo su supervisión, por lo que la

estimación del riesgo de recuperabilidad de los créditos concedidos está tasada y mucho más normativizada que las empresas de otro sector.

La entidad llevo una política crediticia agresiva y realizó multitud de operaciones de compraventa de instrumentos financieros directamente o a través de una filial y simultáneamente financiaba la operación de venta. Como consecuencia de esta política de concesión de créditos, la recuperabilidad de los mismos presentaba síntomas de morosidad, pero la entidad no reconocía la pérdida definitiva del crédito ni reconocía su menor valor en el balance, llegando a renovar créditos vencidos, líquidos y no satisfechos para evitar registrar la pérdida. *“3. Los servicios de Inspección del Banco de España, que supervisaban las cuentas del Banco de modo continuado, determinaron que en junio de 1993 existían déficits de provisiones por créditos morosos, alguno de los cuales habían sido renovados y no considerados de dudoso cobro, indebidamente a juicio de los inspectores del banco de España.” (STS Sala de lo Penal 867/2002, de 29 de julio, en Antecedentes de Hecho. Hechos Probados. Artificios contables)*

Las consecuencias de ello cristalinas: El principal activo de un banco, sus créditos concedidos a sus clientes y los resultados estaban sobrevalorados. La entidad a pesar de ello, entraba en una espiral viciosa, para evitar su desplome en la cotización y repartía dividendos en base a unos resultados puramente contables, pero diametralmente opuestos a su verdadera realidad, lo que descapitalizaba a la empresa todavía más. Esta situación abocó en la famosa intervención del banco, un 28 de diciembre de 1.993, con el cese de todo su órgano de Administración, y el Fondo de Garantía de Depósitos tuvo que intervenir adquiriendo la cartera de créditos de dudoso cobro.

Ciertamente, D. Mario Conde como miembro del Consejo de Administración fue condenado, aunque en primera instancia la Audiencia Nacional lo absolvió por delito contable. La absolución en relación a este delito de la Audiencia Nacional, se resume en lo siguiente:

“No quedó acreditado que persona alguna de las encargadas en el Banco de la contabilización recibiera instrucción de alguno de los acusados sobre la contabilización de operaciones particulares o las provisiones a realizar por razón de créditos de dudoso cobro. No quedó tampoco probado que los acusados ocultaran conscientemente a la Inspección del Banco de España y a los servicios de auditoría externa circunstancias que hubieren puesto de manifiesto necesidades de saneamiento de mayor envergadura, como las que definitivamente estableció el Banco de España y la nueva Administración de Banesto tras la sustitución el 28 de diciembre de 1993 del Consejo de Administración acordada por el Consejo Ejecutivo del Banco de España”. (STS Sala de lo Penal 867/2002, de 29 de julio, en Antecedentes de Hecho. Hechos Probados. Artificios contables)

De una manera resumida, la Sentencia valoró que, aunque pudiera haber negligencia, no había habido un comportamiento doloso por parte de los miembros del Consejo, de alterar las cuentas anuales infravalorando las provisiones (deteriores de crédito), ocultando información, toda vez que las cuentas del último ejercicio cerrado habían concluido con un informe de auditoría con opinión favorable sin salvedades.

Se opuso la Fiscalía, a tales argumentos presentando recurso de casación, basándose en los siguientes motivos (Resumido de STS Sala de lo Penal 867/2002, de 29 de julio, en Recurso del Ministerio Fiscal. Parte Sexta) :

1º. Que la formulación de las cuentas es responsabilidad de los administradores, según la ley de Sociedades anónimas, siendo ésta indelegable, como expresa la sentencia al folio 271.

2º. Que todas las alteraciones contables se referían a operaciones de excepcional importancia para los resultados del Banco que afectaban de forma directa a la Corporación Industrial Banesto.

3º. La mayoría de las alteraciones se realizaban los últimos días del ejercicio correspondiente.

4º. Las citadas operaciones eran aprobadas por los máximos órganos de dirección y gestión del Banco.

5º. Los únicos que podían tener interés en la confección de artificios contables, con el fin de que se desconociera la situación real de la entidad financiera eran los acusados;

6º. La propia sentencia excluye que la situación creada, se debiera a una deficiente organización al señalar, en la pág. 272, la pluralidad de mecanismos de control de la contabilidad.

A juicio de quien suscribe el presente trabajo, el Tribunal Supremo puso sentido común a una sentencia difícilmente digerible para quien tiene o ha tenido responsabilidades de Administración en una mercantil, puesto que resulta difícilmente comprensible, puesto que asumir una especie de ignorancia deliberada como estrategia de defensa, pudiera ser incluso aceptable, aunque reprochable penalmente, a Administradores con escasos conocimientos técnicos mercantiles, pero en ningún caso a miembros de una entidad financiera, que realizaban operaciones de gran envergadura, cuyas cuentas anuales debían estar fiscalizadas por el Banco de España y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, toda vez que sus miembros eran personas de reputada experiencia profesional y con un bagaje brillante en las finanzas. Retomando, el cuerpo de la sentencia, el Tribunal Supremos fue demoledor en sus argumentos, en el que destaco el siguiente extracto:

... De todo lo expuesto se desprende con claridad que no sólo hubo alteraciones contables, sino que todas estas manipulaciones no pudieron realizarse sin la autorización y consentimiento del acusado Mario Conde Conde, Presidente de la

Entidad Financiera, persona que tenía la plena capacidad para disponer y decidir operaciones y del acusado Enrique Lasarte, que por esas fechas era Consejero Delegado del Banco Español de Crédito, y que tuvo una constante relación con el Banco de España en relación con las operaciones de saneamiento, lo que demuestra que estaba al tanto y que tenía que tener conocimiento de la verdadera realidad contable de la Entidad Financiera.

Para reforzar la participación directa en el conocimiento y autorización de estas alteraciones contables por parte del acusado Mario Conde, además de lo ya expuesto, no podemos olvidar que en el punto 3, del apartado que se denomina artificios contables, se afirma que todas las conversaciones para corregir los déficits se realizaron con la supervisión del mismo.

Desde una perspectiva de la determinación de la autoría por el dominio funcional del hecho, no existe duda que estos dos acusados, tuvieron una participación directa en la confección de las falsedades contables, sin perjuicio de que se materializasen por personas distintas. Un Presidente y un Consejero Delegado de una entidad financiera, asumen una responsabilidad directa y principal sobre la autenticidad de las cuentas sociales, lo que les convierte en autores de las alteraciones falsarias. No puede llegarse a la misma conclusión respecto de las demás personas a las que el Ministerio Fiscal imputaba los denominados artificios contables.

(STS Sala de lo Penal 867/2002, de 29 de julio, en Recurso de Ministerio Fiscal. Parte Sexta)

4.2 Caso Atlético de Madrid

La transformación de los Clubs de Fútbol en sociedades anónimas deportivas en la década de los noventa, por aplicación de la Ley 10/1990 del 15 de octubre, del Deporte, origino que los clubes de fútbol, organizados socialmente con estructuras sin ánimo de lucro, fueran objeto susceptible de apropiación por parte de inversores y/o empresarios. Si bien hoy se asume dentro de la más absoluta normalidad, en sus inicios representó una auténtica revolución, puesto que significaba que la voluntad de los socios del Club (sus aficionados) se desgajaba de la voluntad de los propietarios que podrían manejar el Club al antojo de sus intereses económicos, algo que no debería chirriar en una sociedad mercantil, pero muy difícil de engarzar con una masa social cuyo anhelo es satisfacer sus pasiones futbolísticas y una propiedad que pretende maximizar un beneficio económico y garantizar una viabilidad económica financiera.

Los describió con gran acierto el TS en su sentencia (STS Sala de lo Penal 620/2004, de 4 de junio, en FD Segundo):

“[...] pero es que el Club Atlético de Madrid, como otros tantos, es depositario de una historia y de unos valores de naturaleza inmaterial, que trascienden y superan su mera traducción económica.

En este contexto, el poder económico con transcendencia en el papel salmón y en círculos financieros, vio como materializaba dicho poder económico en un poder mediático. El periódico más leído en España, antes y todavía ahora es la prensa deportiva. Y así desde entonces, nos acostumbramos a conocer la dedicación profesional del presidente del Club de nuestras vidas y como amasó su fortuna para llegar a ser el propietario de nuestro Club.

Pero si alguien no dejó indiferente a nadie, fue el presidente del Atlético de Madrid, Don Jesús Gil, sus estridencias y su itinerario empresarial previo, también tuvo su sello delictivo en el fútbol, y su caso, perseguido por la Fiscalía por múltiples delitos, fue un caso mediático durante muchísimos años, si bien muchos de ellos, los de mayor reproche penal, quedaron sin sanción al fallar el Tribunal Supremo que dichos delitos estaban prescritos. Se divulgó como una gran victoria, pero en realidad la Audiencia Nacional declaró como hechos probados la comisión de los delitos, aunque el TS sin entrar a valorarlos declaró la prescripción.

En relación al delito contable, que sin duda lo cometió, el Tribunal Supremo lo desestimó, no por qué no lo hubiera cometido o porque había prescrito, sino por una cuestión previa procesal que es fundamental para entender la diferencia entre este caso y el anterior (CASO BANESTO). El delito contable previsto en el Art. 290, tal como prevé el Art. 296 exige de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal o de la Fiscalía si el agraviado fuera menor de edad. Sí y solo sí, habrá acusación pública cuando afecte a los intereses generales o a la pluralidad de personas.

La calificación del delito contable es un delito semipúblico, por lo que, bajo el principio de mínima intervención penal, no consideró el Tribunal Supremo que la Fiscalía tuviera legitimación activa para dicho tipo de delitos, puesto que entendió que la demanda civil podría ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos asociados, en las propias palabras del TS consideró lo siguiente (STS Sala de lo Penal 620/2004, de 4 de junio, en FD Séptimo):

“No nos parece que la situación que atravesaba el Club Atlético de Madrid tuviera capacidad de afectar a los intereses generales del conjunto de relaciones que vertebran el mundo del fútbol profesional --ámbito que debe delimitar aquel concepto--, o al menos, nada se ha acreditado al respecto en autos. De igual modo tampoco se ha acreditado la afectación a una pluralidad de personas...”

Por tanto, la afectación a los intereses generales y/o una pluralidad de personas es la diferencia esencial en la persecución legítima por parte de la Fiscalía del delito entre el Caso Banesto y el Caso Atlético. La Sentencia en primera instancia y en Casación no duda de la comisión de los delitos contable, que los

calificó como maquillajes contables, sino que no se acreditó en el procedimiento que afectará a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

¿Pero cuáles fueron los hechos tipificados que detalló la Fiscalía en la comisión del delito contable?

Sin ser exhaustivo en todas las operaciones de maquillaje contable, queremos hacer mención en dos operaciones que requieren mi atención y habituales en el “iter criminis” de los delitos contables.

Don Jesús Gil, tenía una deuda pendiente con el Atlético de Madrid por importe de 2.700 millones de pesetas (actualmente 16 millones de euros aproximadamente), como consecuencia de operaciones de auténtica confusión de patrimonios personales y del club. Para evitar, el reembolso de estas cantidades, efectuado un contrato simulado, que se convertía en acreedor de la sociedad por el mismo importe, como consecuencia de la venta de los derechos federativos de 4 jugadores de fútbol. Automáticamente, con esta operación se convirtió en acreedor y deudor del Club y se procedió a compensar las deudas para su extinción.

Si bien, esta operación aparentemente pudiera ser normal, lo que fue anormal era el precio de los derechos federativos de los jugadores. Dichos jugadores eran totalmente desconocidos, tres africanos y un sudamericano, que apenas llegaron a jugar en el primer equipo de fútbol.

De hecho, las circunstancias personales de los jugadores según el relato de la Sentencia de la Audiencia Nacional era la siguiente (Resumido de la STS Sala de lo Penal 620/2004, de 4 de junio, en Antecedentes de Hecho):

- Uno de ellos ya había sido contratado con anterioridad por el propio Club.
- Otro según la declaración del religioso mercedario que dirigía la Casa de refugiados Menores, en el año 1999 entrenaba para el Atlético ganando unas cuarenta o sesenta mil ptas. al mes.
- los informes periciales alegaron que, aunque Alexander jugó en el segundo equipo del Atlético en la temporada 1998/1999, su valor, y el de los otros tres jugadores, "nunca pudo aproximarse a las cifras que se habían señalado en los supuestos contratos, llegando a afirmar en su informe que tenía un valor contable cero".
- Los informes del Ministerio del Interior obrantes en los autos, acreditan que en relación a Luis Antonio se le había concedido permiso de residencia. Cosme tenía permiso de residencia no lucrativo en 1998, Alexander tenía autorización de residencia y permiso de trabajo en 1998 y Marcos también, desde 1997.

El principal activo de los equipos de fútbol son los derechos federativos que constituyen un activo intangible, es decir no corpóreo.

Si algo no deja de asombrar a cualquier persona, independientemente de su interés por el deporte rey, es las cifras astronómicas que pagan las entidades de fútbol por los derechos de los jugadores. Ponerlo una lógica y un raciocinio resulta difícil, simplemente es el mercado. Este pago, efectuado entre personas independientes sin ningún tipo de vinculación, y que la confluencia de voluntades entre la oferta y la demanda se encuentren libremente no levanta a priori ninguna sospecha. Ahora bien, no fue el caso de Don Jesús Gil, que tenía el control absoluto del Club y la operación no fue pactada en condiciones de mercado, sino que fue su propia voluntad, anulando la voluntad del Club y por ende perjudicando a los socios minoritarios quien estableció el precio a su conveniencia, en particular por el importe de la deuda que el Club era acreedor hacia su persona.

Esta operación, muy burda ciertamente, se aprovechó de las siguientes circunstancias que constituían una tierra muy fértil para cometer el delito:

- Venta de activos intangibles de difícil valoración y sin un mercado alternativo o de contraste fiable para acreditar el precio de compra razonable.
- Control directo del Club para anular su voluntad para conseguir los intereses sociales más convenientes.

De este modo, las partidas alteradas que constituyeron un delito de falsedad contable fueron las siguientes:

- Sobrevaloración de los activos, mediante la adquisición a precios anormalmente superior al de mercado de los derechos federativos de jugadores.
- Infravaloración de las deudas, al proceder a la extinción de deudas mediante el intercambio de activos cuyo valor intrínseco era notoriamente inferior al valor normal de mercado.
- Infravaloración de resultados, al proceder a amortizar un activo (derechos federativos de los jugadores) imputándolo a gasto tomando como base de amortización un valor de adquisición que no se corresponden con el valor normal de mercado.

La situación descrita anteriormente constituyó hechos probados que, aunque no tuvieran la condena como acción tipificada en el Art. 290 del CP, si lo tuvieron como acción tipificada del Art. 251-3º del CP, como delito de estafa por simulación de contrato. El Tribunal lo redactó del siguiente modo (STS Sala de lo Penal 620/2004, de 4 de junio, en Fundamentos de Derecho Segundo):

“...En definitiva, padre e hijo con manifiesto abuso, perjuicio y deslealtad hacia el Club suscribieron en colusión el contrato que, aunque formalmente tenía dos partes contratantes, la del Club estaba instrumentalizada y como tal supeditada y vicaria a los fines del otro contratante con lo que, en realidad, al no existir

contraprestación, se trató de una simple y pura condonación de una deuda, en perjuicio del acreedor, que es el Club.

Reiteramos que el factum, cuyo respeto es esencial dado el cauce casacional empleado, Jose Manuel tenía una deuda con el Club --a través de su empresa instrumental Promociones Futbolísticas S.A.—ascendente a 2.700.000.000 de ptas. y con la finalidad de cancelarla sin reintegro de esa cantidad simuló la cesión de los derechos de imagen y económicos de cuatro jugadores “...siendo el valor de esos derechos casi inexistente...”.

Ello nos sitúa en un caso de simulación relativa porque con la apariencia formal de los contratos suscritos, lo realmente apetecido era ocultar la realidad de una extinción gratuita de la deuda de dos mil setecientos millones que el recurrente tenía con el Club. No existió una contraprestación, lo que es habitual en las compraventas y otros negocios bilaterales y onerosos que encubren un negocio prácticamente gratuito, en concreto y en este caso una condonación de deuda.”

4.3 Caso Fórum Filatélico

Dicho caso, ha sido seleccionado por constituir el ejemplo perfecto de estafa piramidal. Una estafa piramidal consiste en que la retribución de los inversores por sus supuestas inversiones previas depende de la captación de nuevos inversionistas. Con los recursos de los nuevos inversionistas se retribuye al precedente inversionista, sin que dichas inversiones “per se” generen ningún tipo de rentabilidad al no estar afectados a ninguna inversión financiera ni económica que pueda retribuir el riesgo de la inversión.

Para la captación de nuevos inversionistas, se utiliza el ofrecimiento de altas rentabilidades, notoriamente superiores a las que ofrecen las entidades financieras, y obviamente una apariencia de solvencia y seriedad mediante la devolución puntual de sus vencimientos y a través de la información económica financiera que apoya el relato del cuento de hadas financiero.

Y eso es lo que sucedió en la entidad FORUM FILATELICO, una entidad que, bajo el argumento de invertir los ahorros en filatelia, cuya revalorización era constante y sin riesgo, se ofrecía el reintegro íntegro de la inversión y una rentabilidad constante y atractiva.

El modus operandi de una manera muy básica era la siguiente:

Se captaban nuevos inversores mediante una red comercial en los que se formalizaba tres contratos simultáneos:

- Una operación de compra de valores filatélicos. En base al importe aportado se les asignaba un contravalor en unos sellos asignados aleatoriamente mediante un programa informático.
- Una operación de recompra de los sellos adquiridos por el mismo valor al que los adquirieron y los intereses pactados, mediante una opción de venta

y que en caso de no ejercerse se podía optar por obtener los valores filatélicos adquiridos en el momento del contrato de adquisición.

- Un contrato de depósito de los sellos adquiridos que quedaban en poder de la entidad y amparados por un seguro de daños (no de pérdida de valor).

Dichas operaciones se firmaban simultáneamente bajo una apariencia de operaciones autónomas e independientes, aunque la compra de valores filatélicos estaba vinculada a una recompra posterior, y la entidad procedió a alterar la realidad económica de la operación del siguiente modo:

- La compra de sellos, es decir los recursos aportados, eran totalmente ajenos al valor de los sellos que se les asignaba, estaba fuera de precio de mercado y de cualquier criterio de coleccionismo o filatélico.
- La entidad obvió totalmente registrar las obligaciones por los pactos de recompra, bajo el pretexto que la obligación de recompra mediante el ejercicio de la opción de venta no era cierta.
- Al efectuar la recompra, no se registraba la pérdida por la diferencia entre el precio de recompra y el precio que recibió la entidad.

Sin perjuicio de la operación real subyacente que debía registrarse, la sociedad registraba las siguientes operaciones del siguiente modo:

Por las cantidades recibidas por los inversores, lo registraba como una venta íntegramente de valores filatélicos, totalmente ajenos al mercado los valores filatélicos acordados.

Al efectuar la recompra de los valores, lo registraba como una compra de existencias, que, si no lo adjudicaba a ningún cliente, no lo registraba como pérdidas sino como un mayor valor de las existencias.

Simultáneamente, la entidad a través de sociedades interpuestas controladas por Administradores o testaferros, muchas de ellas en paraísos fiscales, hinchaba el precio de los sellos, simulando operaciones de compraventa, procediendo a adquirirlas a un precio superior al del mercado, y desviando fondos por el sobreprecio pagado a las sociedades. La entidad mediante esta operativa presentaba unas cuentas muy serias y solventes, con un patrimonio neto de 411.132.000 euros. (SAN Sala de lo Penal 23/2018, de 13 de julio, en Hechos Probados en B.2 Realidad Económica del Negocio. 22):

A continuación, se detallan los fondos propios que se desprenden de las cuentas anuales formuladas y los fondos propios que deberían proceder según el peritaje aportado en el procedimiento penal

Fecha	Fondos propios según Pericia (miles €)	Fondos propios según FÓRUM (miles €)
09/05/2006	- 2.848.106	
31/12/2005	- 2.691.811	411.132*
31/12/2004	- 2.325.623	284.898
31/12/2003	- 1.888.764	201.681
31/12/2002	- 1.540.168	158.800
31/12/2001	- 1.241.118	120.977
31/12/2000	- 1.008.326	86.919

(*) De acuerdo con el borrador de cuentas anuales de 2005²²

Figura 4.- Comparativo fondos propios según Perito y según FORUM FILATELICO (Américo y Nario, 2012)

Para explicar la alteración de las cuentas anuales que efectuaron los Administradores de la entidad, deben manejarse varios conceptos que deben tenerse claros al formularse las cuentas anuales.

Los ingresos en una entidad, deben efectuarse cuando al realizarse la operación se transfieren todos los riesgos y rendimientos significativos de la propiedad o señorío, y no existan incertidumbres en relación a la cancelación de la operación independientemente de la forma jurídica acordada para dar amparo a esta situación. Aunque la titularidad no se ceda, pero si se transmite los mismos derechos que la titularidad deben reconocerse los ingresos. Es algo consustancial en cualquier hecho contable que deberá registrarse al amparo de la operación subyacente que se ejecuta. Así, el Documento AECA, entidad privada fuente material acreditada en materia de contabilidad en España detalla que (AECA, 1991)

“Las ventas de bienes deben reconocerse como ingresos cuando todos los riesgos y rendimientos significativos de la propiedad se hayan transferido, el importe del precio de venta sea fijo o determinable, todos los actos importantes relativos a la ejecución se hayan completado y no existan otras incertidumbres importantes.”

Esto implica que, si con la venta de un bien no se establece una equivalencia con las mismas, ventajas, riesgos y rendimientos que se establece con su propiedad no puede reconocerse el ingreso, y a sensu contrario si no hay transmisión jurídica, pero se transmiten los derechos, ventajas, riesgos y rendimientos que con la propiedad deberán reconocerse como ingresos. Se trata de que el hecho contable representado en las cuentas anuales refleje con máxima precisión el hecho económico acaecido.

Como anteriormente se ha mencionado, el hecho económico reflejado era una venta de sellos como contraprestación del dinero aportado por el inversor, prescindiendo totalmente que la entidad adquiría simultáneamente una obligación de recompra formalizada mediante una opción de venta. La entidad como

argumento económico para obviar esta obligación se amparaba en que la obligación no era cierta, toda vez que al llegar al vencimiento el inversor podría tomar posesión de los sellos que estaban en depósito, pero obviaba un hecho trivial y que constituyó la estafa a los inversionistas: Los sellos que adquirían estaban altamente sobrevalorados, pero no por una fluctuación o por un riesgo de mercado, sino que el valor filatélico era un medio para perpetrar la estafa, los inversores tenían absoluto desconocimiento del mundo de la filatelia y nulo interés, de hecho la práctica totalidad de los inversores solicitaban al vencimiento recuperar la inversión inicial y sus intereses.

Como ejemplo equivalente para su comprensión imaginemos que un inversor decide depositar su dinero en un metalpreciado como el oro, que también sufre fluctuaciones en su precio. La entidad recibe el dinero en oro y al llegar al vencimiento el inversor decide optar por recuperar su dinero. Si no existe liquidez para hacer frente al pago, exigirá la cantidad de oro que en su día le adjudicaron y podrá convertirlo en liquidez de una manera casi inmediata. Pero si el oro, resulta que son piedras comunes, o el peso del oro otorgado no es el que se le otorgó en el momento de formalizar el contrato inicial el quebranto para el inversor será más grande cuanto más invirtió.

Dicha metáfora, sirve para explicar el quebranto de muchos ahorradores que depositaron a la fecha 31/12/2005 la cantidad de 2.959.012.388 euros (SAN Sala de lo Penal 23/2018, de 13 de julio, en Hechos Probados en B.2 Realidad Económica del Negocio. 15). Independientemente de cómo se transmitió la información económico financiera que a continuación se explicará, si el dinero invertido hubiera tenido la garantía de un valor de mercado de los sellos el quebranto no hubiera sido tal.

Pero la entidad, totalmente ajena a la ley de la oferta y la demanda, valoraba los sellos de una manera elevadísima, hecho contrastado en el Informe Pericial aportado en el procedimiento penal donde se detallan las valoraciones que hacía la entidad y las que se publicaban en la prensa especializada de reconocido prestigio en relación a los sellos en poder de la entidad:

Serie año completo	Lista 106 (31/12/2005)	Yvert & Tellier 2005	Comparación LP/Yvert en %
Año 1956	11.669,54	689	1693,7
Año 1957	3.371,33	205	1644,6
Año 1958	1.145,71	33	3471,8
Año 1959	1.505,43	91	1654,3
Año 1960	6.701,83	246	2724,3
Año 1961	1.498,59	55	2724,7
Año 1962	1.842,05	139	1325,2
Año 1963	2.007,54	144	1394,1
Año 1964	1.865,88	142	1314,0
Año 1965	1.442,66	151	955,4
Año 1966	1.049,03	98	1070,4
Año 1967	1.282,74	120	1069,0
Año 1968	1.323,11	127	1041,8
Año 1969	2.751,80	177	1554,7
Año 1970	1.625,69	161	1009,7
Año 1971	1.910,64	165	1158,0
Año 1972	6.770,07	295	2294,9
Año 1973	2.808,55	208	1350,3
Año 1974	3.388,97	290	1168,6
Año 1975	2.819,29	244	1155,4
Año 1976	2.875,22	233	1234,0
Año 1977*	3.178,37	233	1364,1
Año 1978	2.836,99	227	1249,8
Año 1979	2.810,25	185	1519,1
Año 1980	1.622,05	104	1559,7
Año 1981	1.601,41	135	1186,2
Año 1982*	1.668,14	212	786,9
Año 1983*	2.427,00	349	695,4
Año 1984	1.369,54	256	535,0
Año 1985	1.573,88	321	490,3
Año 1986*	1.644,47	327	502,9
Año 1987	1.706,95	322	530,1
Año 1988	1.865,23	317	588,4
Año 1989*	793,03	300	264,3
Año 1990*	612,91	309	198,4
Año 1991	656,37	334	196,5
Año 1992*	943,47	476	198,2
TOTAL	88.965,73	8420	1056,6

Figura 5.- Comparación de los precios en euros de la Lista nº 106 de FÓRUM (vigente a 31 de diciembre de 2005)7 y del catálogo Yvert & Tellier del año 20058. (Américo y Nario. 2012)

Como puede compararse los sellos que estaban en posesión de la entidad eran un 1000% más caros que lo que el mercado pagaba, consecuentemente los inversores se le entregaban sellos equivalentes al 10% de su inversión.

Lo que, en realidad, era una operación de financiación pura y dura, y como tal debía haber tenido su reflejo en las cuentas anuales, de una manera subrepticia se presentaba como compra y venta de sellos. Las entradas de dinero de los inversores, constituía una auténtica obligación para la entidad, un pasivo, un préstamo que exigía una retribución a FORUM, puesto que este era hecho económico subyacente y real, el inversor dejaba dinero al FORUM y este adquiría el compromiso de devolvérselo en plazo con los debidos intereses periódicos, del mismo modo que cualquier impositor hace con una entidad financiera, deposita sus ahorros en el banco y para el banco representa una deuda. No existía

posibilidad de deslindar la venta de la opción de venta, sin la primera no había la segunda y la segunda no podía haberla sin la primera.

Las cantidades aportadas y su correspondiente capitalización (obligaciones de la entidad como consecuencia de la devolución del principal y los intereses tenían los siguientes detalles a las fechas expresadas:

DESCRIPCIÓN	30/04/2006		09/05/2006	
	Aportado	Capitalizado	Aportado	Capitalizado
Mediación	16.990.723	17.428.113	16.990.723	17.441.884
Abono Filatelico y P10	1.429.860.225	1.884.106.497	1.425.673.028	1.878.472.271
Forum Combi (incluido Especial y Series Oro)	802.135.407	880.814.618	805.497.191	885.062.626
Super MaxiForum (incluida Serie Oro)	785.087.295	821.701.323	788.628.218	826.128.076
Maxi Forum Serie Oro	104.457.636	118.278.885	103.685.828	117.526.682
Maxi Forum	30.430.378	34.166.099	30.333.396	34.098.095
Penta Forum (incluida Serie Oro)	25.003.305	28.814.767	24.825.686	28.588.642
Forum 15	3.441.000	3.541.909	3.434.633	3.539.054
Plan Futuro Agente	839.105	1.005.957	839.105	1.006.554
Abono Multipropiedad	102.055	228.079	102.055	228.578
Forum Plus Garantizado	21.256	24.603	21.256	24.633
TOTAL	3.198.368.385	3.790.110.851	3.200.031.120	3.792.117.096

Figura 6.- Comparativo entre cantidades aportadas y valor capitalizado de las aportaciones en el mes anterior a la intervención y el día de la intervención. (Américo y Nario,2012)

Las cantidades aportadas, se habían reconocido íntegramente como ingresos, y las cantidades que debían capitalizarse y reconocer su pasivo como obligación de recompra no habían sido registradas.

Si bien es cierto que de una manera categórica y expresa el Plan General Contable aplicable en aquel entonces, sus normas de registro y valoración no trataban expresamente las ventas con opción de recompra, no obstante, la NIC-18 (IASB,1984), vigente en ese momento pero no aplicable pero de indudable referencia ante la interpretación de normas trataba expresamente los acuerdos de venta/recompra describiéndolo del siguiente modo:

“Las entradas de dinero procedentes de estas transacciones, que en sustancia constituyen un acuerdo financiero, no constituyen ingresos tal como han sido definidos aquí y no deben ser registrados como tal.”

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en su BOICAC n° 6, publicó una consulta vinculante sobre el tratamiento de dichas operaciones, la norma de reconocimiento de ingresos era clara y pacífica, no había posibilidad de reconocer el ingreso en el modo que se pactaba (BOICAC n° 6, 1991) :

“La adquisición temporal de activos o adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional, es una operación que se entiende que nace el día de su desembolso y vence el día en que se resuelve el citado pacto, por la recompra por

el cedente de los mismos valores cedidos u otros de la misma clase. [...]debe considerarse que el comprador de los títulos concede un préstamo al vendedor de los mismos, produciéndose por los intereses devengados de los títulos o créditos iniciales la retribución del préstamo concedido, además de la conseguida por la diferencia del precio de recompra de los activos y el precio de adquisición [...]"

¿Podría haberse considerado una negligencia los errores de las cuentas anuales?

Absolutamente no. Hubo un dolo y una voluntad total por parte de los Administradores de transmitir a los terceros de una imagen aparente de solvencia para seguir captando nuevos inversores, y no tiene cabida alguna la posibilidad que la entidad se dedicaba a la venta de sellos. Prácticamente la totalidad de las “ventas” se realizaban a los inversores y prácticamente la totalidad de los inversores recuperaban su inversión en forma líquida. Además la conducta dolosa, fue totalmente acreditada con la intervención judicial de los correos cruzados entre los Administradores, auditores, asesores y otros cómplices, en los que se acreditaba la voluntad de adulterar las cuentas anuales, no realizaba operaciones de compra y venta acordes con criterios de coleccionismo e incrementaba artificiosamente el precio de los sellos mediante compras a sociedades interpuestas controladas por FORUM y resulta inverosímil que una entidad que se dedicara a la compra y venta de valores filatélicos desconociera los precios de mercado publicados por revistas de referencia y los cotejase con los suyos.

En este sentido el Tribunal Supremo fue contundente en relación al delito contable manifestándose en el siguiente sentido (SAN Sala de lo Penal 23/2018, de 13 de julio, en Fundamentos Jurídicos en Parte Tercera “Sobre el derecho aplicable. Calificación jurídica”):

Los decisores de Fórum vulneraron los principios contables para manipular las cuentas anuales y conseguir que no reflejaran fielmente la actividad que realizaban ni su situación patrimonial, ocultando en el pasivo las deudas contraídas con los clientes en de los compromisos de recompra, que importaban fabulosas pérdidas, incluso sin parangón con el beneficio que habían obtenido en la venta inicial, y sobrevalorando en el activo su stock filatélico, de tal manera que quien leyera aquellos documentos societarios no pudiera determinar su situación de insolvencia; al contrario, obtenían una imagen de gran solvencia, debido a la liquidez que generaban los contratos, que no se correspondía con la realidad. [...]. Por lo tanto, las conductas mendaces se desarrollaron mediante la omisión de información relevante (las deudas con los clientes) y la consignación de datos que no se correspondían con la realidad (la valoración de los sellos con referencia a los precios de compra al proveedor simulado, muy superior al de mercado, y a los de recompra, que nunca podían interpretarse como suministro de mercadería).

La falsedad se cometió en todos y cada uno de los ejercicios en los que la sociedad, durante el tiempo contemplado en esta resolución y mediante las decisiones de los acusados -el presidente, consejero delegado y administrador y el auditor externo-, elaboró, aprobó y presentó las cuentas y demás documentos que debían reflejar su imagen fiel, de 1998 a 2004, ambos inclusive, ya que las cuentas del 2005 no habían sido presentadas en el momento de la intervención judicial. [...]

4.4 Caso Let's Gowex

El presenta su especial peculiaridad reside en la manera en la que el delito contable fue descubierto y no tanto en el modus operandi para alterar las cuentas.

La entidad Let's Gowex, era una entidad dedicada a implantar Wi-fi gratuito en las ciudades, financiado con subvenciones y publicidad, cotizaba en el Mercado Alternativo Bursátil Español, era el valor estrella de este mercado, su valor capitalizado alcanzaba 2000 millones de euros en el 2014, 17 veces superior a su cotización en 2012.

Mientras la cotización de sus directos competidores (Boingo, Ipass y Towerstream) iba disminuyendo o en el mejor de los casos se mantenía muy estable, el valor de una acción en diciembre de 2010 paso de valer 0,73 euros a valer 19,86 euros, creció un 2.700%. (Chemali, Serna, Kizilkaya,;Sopho, Girdalad y Klenk, 2015). Este crecimiento y un sector en pujanza, le valió en marzo de 2014 el premio Start-EX concedido por el Gobierno español a través del ICEX y el reconocimiento público del presidente de España: *“Gracias a su esfuerzo y a su capacidad han sabido aprovechar las oportunidades que brinda la globalización. Una sociedad necesita referentes emprendedores como ustedes y, por eso, resulta tan merecido este premio”*.

Pero el 1 de julio de 2014 una página web, www.gothamcityresearch.com, cuyo objetivo es efectuar análisis de cuentas de empresas, y proteger a la sociedad de dichos delitos publicó un informe denominado “Let's Gowex: A Pescanova Charade” (Let's Gowex: La farsa Pescanova). Con el título del informe quería ridiculizar un escándalo sucedido unos años antes, también de España que agitó el mercado bursátil al falsear sus cuentas. El informe empezaba con la siguiente breve opinión (Gotham City Research, LLC, 2014)

- Las acciones de Let's Gowex valen 0,00 euros.
- Mas del 90% de los ingresos de Let's Gowex no existen. Estimamos que los ingresos actuales de Let's Gowex son inferiores a 10 millones de euro.
- Las acciones serán suspendidas, como las acciones de Pescanova fueron suspendidas-

Antes de explicar cuáles fueron los principales maquillajes contables que realizaron, relataré los indicios que llevaron a los analistas a sospechar de las cuentas anuales de Let's Gowex. Los ingresos por empleado de la entidad eran anormalmente superiores a su competencia, e incluso mucho mayor de la de grandes empresas multinacionales dedicadas al sector de las nuevas tecnologías. La entidad obtenía 1,06 MM de euros por empleado, mientras su competencia directa Boingo obtenía 0,38MM de euros por empleado. La ratio de productividad de los empleados era superior a gigantes como Google o Microsoft, que obtenían ratios de ingresos por empleado de 0,87MM y 0,59MM.

€ in mms	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Boingo					€ 0.47	€ 0.47	€ 0.38
iPass					€ 0.28	€ 0.26	€ 0.23
Google	€ 0.89	€ 0.87	€ 0.87	€ 0.98	€ 0.98	€ 0.85	€ 0.87
Microsoft	€ 0.50	€ 0.52	€ 0.47	€ 0.50	€ 0.57	€ 0.59	€ 0.59
Facebook						€ 0.96	€ 1.06
GOWEX	€ 1.70	€ 1.10	€ 1.21	€ 1.60	€ 0.98	€ 1.41	€ 1.06

Assume 1 euro = 1.36 dollars. All except for Gowex originally in \$s.

Figura 7.- Comparativo Ingresos por empleado Gowex y competencia (Gotham City Research, LLC, 2014)

El auditor designado por la entidad, con una capitalización aparentemente de 2000 millones de euros utilizaba un auditor individual, totalmente desconocido, y los honorarios que le cobraba representaban el 0,04% de sus ingresos, mientras su competencia directa pagaba honorarios por auditoria en el mejor de los casos de 0,44% sobre los ingresos, y la media de los honorarios eran del 0.87% de la cifra de ingresos. Es decir, Let's Gowex pagaba 22 veces menos que la media del sector. El despacho profesional del auditor era de unos 80 metros cuadrados, sin empleado alguno, sin mail corporativo, y con una tarjeta de visita en la que no constaba su correo electrónico.

	2009	2010	2011	2012	2013
Boingo			1.80%	1.86%	1.57%
iPass			0.67%	0.84%	0.97%
Ruckus			0.50%	0.84%	0.48%
Gogo			0.00%	0.46%	0.44%
towerstream			0.89%	0.70%	n.a.
Average			0.77%	0.94%	0.87%
GOWEX	0.07%	0.07%	0.06%	0.05%	0.04%

Figura 8.- Comparativo Gowex-Competencia Ratio Honorarios auditor entre cifra de negocios (Gotham City Research, LLC, 2014.)

Las páginas web, de la división de telecomunicaciones de Let's Gowex, no había sido actualizado desde hacía muchos años. De hecho, los dominios iber-x.net, iber-x.com, y iber-x.es no funcionaban o estaban inactivos, y el dominio iberx.com había dejado de pertenecer a Gowex. La escueta información de la división de telecomunicaciones que proporcionaba sobre sus ingresos mediante una circular fue analizada, resultando que en el 2007 un 86,7% de sus ingresos procedía de entidades vinculadas a Let's Gowex y en los 2008 dichos ingresos representaban un 78,6%. (Gotham City Research, LLC, 2014)

Por último, los analistas detectaron contradicciones entre los hotspots que declaraba que tenía la entidad en el mundo y los que podían detectarse en el mapa de hotspot de su app y de su web. Mientras la entidad manifestaba a los inversores que Gowex tenía entre 100 mil y a otros 200 mil, lo cierto es que en su mapa de hotspot de su app podían contarse algo más de 5000, de los cuales casi la mitad estaban en Nueva York. Esta ciudad, según dicción de los investigadores, se caracteriza debido a su climatología, a no consumir internet en la calle, puesto que el clima es bastante extremo, muy frío en invierno y otoño y muy húmedo en verano, por la gente consumía wifi en entornos de calefacción en invierno y aire acondicionado en verano, por lo que cuestionaba que pudieran ser muy elevados los ingresos en dicha ciudad. Los ingresos según las cuentas anuales ascendían a 157 millones de euros de su división de "Wireless". Los analistas manifestaron la total inverosimilitud de dicha información, al contrastar dichos ingresos con los ingresos de otra entidad "Towerstream" que era el propietario de los hotspots de Gowex, que ingresó solo 1 millón de euros, teniendo en cuenta que solo tenía dos clientes y uno de ellos era Gowex. (Gotham City Research, LLC. ,2014)

Consecuentemente la entidad, procedía a manipular las cuentas mediante la sobrevaloración de sus resultados, a los efectos de demostrar una dimensión, unos flujos de caja a disposición de terceros, entidades de crédito e inversores, lo suficientemente atractivos para otorgar rentabilidad al inversor y ofrecer seguridad a los bancos en su devolución. La burbuja pinchó pocos días después de publicar el informe y las acciones se desplomaron, y el propio Consejero Delegado de la entidad reconoció la falsedad de las cuentas (Fernandez, D.,2014) Si bien, todavía no ha recaído sentencia de los delitos que se le acusa y se le solicita 18 años de prisión (Sevillano, E., 2019), el Consejero Delegado ha reconocido culpa en la comisión de los delitos (Lorenzo A., 2018)

5.- Prevención de los delitos contables

5.1 La Auditoría de Cuentas

Explicar la utilidad de la auditoría, después de una profesión de más de 150 años que se creó en la época de la Revolución Industrial con el específico objetivo

de dar seguridad al tráfico mercantil y proteger a los inversores quizás resultaría trivial.

El legislador español, en el preámbulo de la Ley reconoce expresamente el valor de la auditoría (Ley de Auditoría de Cuentas, 22/2015, de 20 de julio, Exposición de Motivos):

“La actividad de auditoría de cuentas se caracteriza por la relevancia pública que desempeña al prestar un servicio a la entidad revisada y afectar e interesar no sólo a ésta, sino también a los terceros que mantengan o puedan mantener relaciones con la misma, habida cuenta de que todos ellos, entidad auditada y terceros, pueden conocer la calidad de la información económica financiera auditada sobre la cual versa la opinión de auditoría.”

El bien protegido que quiere persuadir la sanción penal es la protección de la información societaria, que puede causar perjuicios económicos a los inversores, al Estado, a los proveedores o a los clientes, por lo que la auditoría tiene reservado un papel esencial garante de esa veracidad.

Tan trivial, como que, en los delitos contables expuestos en cada uno de los casos, las cuentas estuvieron auditadas y la auditoría no sirvió para evitarlos.

La auditoría no cumplió su función social y la tarea que se le encomendó, y en con cada escándalo financiero se pone en cuestión la función del auditor. No obstante, a juicio de quien suscribe el presente trabajo, falló el auditor, no la actividad de auditoría. La corrupción va con la persona, no con una profesión, y si el auditor se corrompe y adultera la actividad.

En otros casos falló la actividad de la auditoria, pero un conocimiento más profundo de la auditoría exige saber que todo trabajo de auditoría este sujeto al riesgo de auditoría, esto es, que un error o fraude existente en las cuentas, no sea detectado por el control interno de la empresa y no sea detectado por el auditor. Este riesgo se eleva, cuando hay intencionalidad en falsear las cuentas, puesto que el actor simultáneamente a su falseamiento lleva a cabo maniobras encubridoras de la falsedad y un relato aparentemente solvente para convencer de la bondad de las cuentas. La actividad de auditoría, su objetivo principal es emitir una opinión con efecto ante terceros sobre si las cuentas anuales, es decir sobre la información económico-financiera por excelencia que elabora la empresa, representa la imagen fiel de su situación financiera y patrimonial, del resultado de sus operaciones y de las notas explicativas de la memoria.

Es cierto que existen objetivos secundarios, o que en la ejecución de la auditoría debe planificarse atendiendo al riesgo de fraude en las cuentas.

No obstante, ello, la auditoría se enfrenta un reto principal para cumplir debidamente con su función social: el valor de la auditoría es su independencia. Consecuentemente sin un marco legislativo que asegure la independencia del

auditor, la auditoría enerva su credibilidad. Y este es un aspecto discutido que la legislación permanentemente y forzado por los escándalos ha querido legislar para preservarla, y así reza la exposición de motivos de la propia Ley de Auditoría (Ley de Auditoría de Cuentas, 22/2015, de 20 de julio, Exposición de Motivos):

“Un aspecto sustancialmente modificado fue el deber de independencia de los auditores, el cual se basa, por una parte, en la enunciación de un principio general de independencia que obliga a todo auditor a abstenerse de actuar cuando pudiera verse comprometida su objetividad en relación a la información económica financiera a auditar, y por otra parte, en la enumeración de un conjunto de circunstancias, situaciones o relaciones específicas en las que se considera que, en el caso de concurrir, los auditores no gozan de independencia respecto a una entidad determinada, siendo la única solución o salvaguarda posible la no realización del trabajo de auditoría. Con tal fin, la nueva normativa de la Unión Europea, en primer lugar, pretende incrementar la transparencia en la actuación de los auditores clarificando la función que desempeña la auditoría y el alcance y las limitaciones que tiene, al objeto de reducir la denominada brecha de expectativas entre lo que espera un usuario de una auditoría y lo que realmente es. En segundo lugar, la normativa de la Unión Europea aprobada pretende reforzar la independencia y objetividad de los auditores en el ejercicio de su actividad, pilar básico y fundamental en que reside la confianza que se deposita en el informe de auditoría.”

La independencia es el principal hándicap que deben asumir la actividad de la auditoría, así lo manifestaba, su anterior presidente del Instituto de Auditores de España a la pregunta formulada en una entrevista (Velo, Moncho, 2013)

“El mayor valor del auditor es su independencia, así que el más interesado en defenderla es la profesión. Estamos absolutamente controlados, nadie puede pensar que no somos independientes. La cuestión es cómo mantener la independencia.”

Reglada las cuestiones de independencia, de común preocupación por todos los Estados que quieren proteger la información económico-financiera de la empresa, es necesario abordar el tema de las empresas que deben someterse a auditoría. La Directiva Europea 2013/34 del Parlamento Europeo, estableció unos parámetros orientativos a lo que se consideraba pequeña empresa. La mentada Directiva Europea previó que serían consideradas pequeñas empresas aquellas que durante dos ejercicios consecutivos no sobrepasasen dos de los tres límites siguientes (Art. 3, Directiva 2013/34/UE):

Total Activos:	4.000.000 euros
Total Cifra Neta de Negocios:	8.000.0000 euros
Total empleados:	50

La citada Directiva, exigía obligación de auditoría a las Entidades de Interés Público, y a las compañías medianas y grandes (aquellas que no reunían las condiciones para ser consideradas pequeñas). La citada directiva, dejaba margen a los Estados miembros para que regulase las obligaciones de auditoría a las entidades denominadas pequeñas, obligándola a las EIP y a las compañías mediana y grandes a auditar.

Los actuales límites en España, son los siguientes, siempre que se superen dos durante dos ejercicios consecutivos (Art. 263.2, Ley 1/2010, de 1 de julio, de Sociedades de Capital, BOE 3 de julio, núm. 161:

Total Activos:	2.850.000 euros
Total Cifra Neta de Negocios:	5.700.0000 euros
Total empleados:	50

Las reacciones de los Estados Miembros, en relación a la obligación a auditar ha sido más bien dispar y en sentidos opuestos entre los diferentes Estados Miembros. Mientras Alemania, Reino Unido, Holanda, Dinamarca e Irlanda han incrementado sus límites para la obligación de auditoría, eximiendo a las pequeñas empresas a auditar, otras como Italia, Chipre, Estonia y Rumania los han reducido. El resto de Estados Miembros no han modificado sus límites para las obligaciones de auditar de las pequeñas empresas. (Accountacy Europe, 2009)

Pero hay un caso que llama especial la atención, y es el relativo a Suecia, cuyas obligaciones de auditar están en los siguientes límites (Accountacy Europe, 2009):

Total Activos:	150.000 euros
Total Cifra Neta de Negocios:	300.000 euros
Total empleados:	3

A pesar de tener unos límites bajos, en el ejercicio 2010, se derogó una normativa que obligaba a todas las empresas que fueran sociedades limitadas a auditar con el razonamiento de liberar de cargas económicas a las empresas. La Oficina Nacional de Auditoría de Suecia, un órgano independiente del Parlamento Sueco, publicó el Estudio "Abolition of audit obligation for small limited companies – a reform where costs outweigh benefits". En dicho estudio empírico se concluyó lo siguiente (Swedish National Audit Office. 2017):

- Las compañías que dejaron de auditar no han experimentado un crecimiento, ni en ingresos, ni en personal, ni en beneficios.
- Las compañías que dejaron de auditar, son principalmente aquellas que tienen gran cantidad de operaciones cuyo pago se efectúa en efectivo, como peluquerías, salones de belleza, restaurantes y empresas de taxi, empresas que tienen una propensión mayor a la evasión fiscal

- Se incrementaron los errores en las formalidades de las cuentas anuales.
- La Agencia Tributaria Sueca no tiene conocimiento de los costes de la reforma y se ha tenido que implantar nuevos controles, que tienen un coste para el Tesoro Público de 40 millones de coronas suecas.
- El delito económico ha sido mucho más difícil de combatir.
- El Gobierno sueco no ha hecho un seguimiento de la implementación de la reforma ni de ha evaluado sus efectos.

El informe termina con la siguiente recomendación: El Gobierno debería reintroducir la obligación de auditar de las pequeñas sociedades limitadas.

Como consecuencia de este informe, el Gobierno sueco ha decidido no incrementar más los límites de exención para auditar, manteniendo los actuales que son muy bajos.

Paralelamente, Dinamarca, que con la trasposición de la Directiva decidió incrementar los límites a raíz de este informe de la Oficina Nacional de Auditoría de Suecia, está debatiendo la posibilidad de volver a reducir los límites de exención de auditoría para pequeñas empresas. (Accountacy Europe. 2009):

Italia recientemente ha reducido los límites de exención de auditoría en el marco de la reforma de insolvencias empresariales, al detectar que aquellas empresas que han quedado exentas de auditar han sido las primeras que han declarado su insolvencia. (Swedish National Audit Office. 2017):

Así pues, los recientes estudios empíricos, demuestran la utilidad y el valor añadido de la actividad de auditoría, no sólo como un elemento preventivo de fraudes sino también como un elemento que aporta un alto grado de seguridad a la información financiera y con efectos positivos en la economía nacional.

5.2 El Compliance Penal

Con la Ley Orgánica 5/2010, introdujo un nuevo artículo novedoso en el CP, el Artículo 31.bis, que posteriormente fue modificado mediante la Ley Orgánica 1/2015, en el que se tipificó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedando redactado de la siguiente forma (Art. 290, LO 10/1995, 23 de noviembre):

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Por tanto, se extendió la responsabilidad penal a las personas jurídicas de determinados ilícitos penales, es el caso que el delito fuera cometido por los representantes legales o por cualquier empleado cuando actuasen en nombre y por cuenta de la sociedad y en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, no todos los delitos cometidos pueden ser imputados a una persona jurídica, y ha dejado fuera el delito del falseamiento de cuentas del Art. 290 del CP. Dicha cuestión fue criticada en la circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, al entender que es un hecho, que personas jurídicas pueden cometer el delito (Conde Pumpido, 2011). En mi opinión totalmente acertada este matiz por parte de la fiscalía, puesto que es habitual o al menos no es un hecho extraordinario, que personas jurídicas sean administradoras de otras personas jurídicas, consecuentemente tienen las atribuciones indelegables de formular cuentas, por lo que en caso de comisión de delito carece de cualquier sentido evitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero lo realmente destacable a en la disuasión de la comisión del delito, es la posibilidad de la exención de responsabilidad o atenuación con la implantación de un programa de "Compliance

Penal”. La instauración de este plan de, no sólo puede estar destinado a la detección o prevención de delitos imputables a la persona jurídica, sino también de todos aquellos delitos que es inimputable la persona jurídica, como es el caso del falseamiento de cuentas anuales.

Dicho plan de prevención penal, el Art. 31.bis prevé unos requisitos de mínimos que deberá tener (Art. 31.bis, LO 10/1995, 23 de noviembre):

- Identificación de las actividades ilícitas que deberá dar cobertura el plan.
- Protocolos del proceso de formación de las voluntades de la persona jurídica y de la adopción de acuerdos.
- Gestión adecuada de recursos financieros para impedir la comisión de delitos
- Detección y reporte de riesgos e incumplimientos al órgano responsable del plan de prevención.
- Régimen disciplinario.
- Revisión periódica del plan

Si bien la tipificación de la imputabilidad penal tiene un efecto preventivo y disuasorio, también supone la transmisión de un acervo de honestidad por parte de la persona jurídica y un estilo de relacionarse con los terceros. En palabras similares, lo manifiesta el Fiscal General del Estado en la circular 1/2016 (Conde Pumpido, C., 2016):

“los modelos de organización y gestión o corporate Compliance programs no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial”

“[.]tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.”

La implantación de un Plan de Prevención, conseguiría dos funciones, la de potenciar el control interno de la entidad, mediante la prevención, detección y establecimiento de medidas correctoras, y reforzar la credibilidad de la persona jurídica ante terceros al transmitir una imagen de persecución y rechazo total a la comisión de delitos.

5.3 Ley de Información No Financiera

Una de las novedades en las cuentas del 2018, para determinadas grandes empresas y grupos fue la introducción del estado de información no financiera, junto con el informe de gestión y las cuentas anuales. Con la Ley 11/2018, de 28 de

diciembre, se modificaron las distintas leyes que preveían la información a formular por parte de los Administradores, incluyendo el mencionado estado.

Dicho informe pretende que las empresas divulguen datos de cómo interactúan con la sociedad, en aspectos como el medio ambiente, derechos sociales, políticas de igualdad, derechos humanos, lucha contra la corrupción y el soborno, ética en la contratación y en los negocios. De esta manera, no solo se mide como rinde la sociedad en relación a su capital, sino como retribuye la empresa a la sociedad, mediante la aportación de impuestos, el cambio climático, políticas de inclusión social, etc.

Con una cultura del consumidor y de los inversores que dista mucho de los patrones de décadas anteriores, no sólo la exigencia de la propia ley, sino de la sociedad en general hace que las empresas deban posicionarse mediante exhibición pública a través de sus políticas medioambientales, sociales, éticas, laborales, etc. Las empresas deberán identificar riesgos que puedan alejarlos de la sostenibilidad económica, es decir un crecimiento económico compatible, ético y equilibrado con el medio ambiente y con los derechos sociales, de esta manera aumentará la confianza de los consumidores, inversores y de los agentes sociales. Esto es lo que pretende precisamente el estado de información no financiera.

Al proporcionar la información, deben utilizarse marcos nacionales o de la unión europea o marcos internacionales reconocidos.

Un marco internacionalmente reconocido, son los estándares GRI, emitidos por Global Reporting International, que es una organización internacional independiente pionera en los informes de sostenibilidad. Los estándares emitidos por esta organización constituyen un referente en la elaboración de los informes de sostenibilidad que informan sobre los impactos económicos, sociales y ambientales de una empresa.

Uno de los estándares emitidos por dicha entidad es el GRI 419(Stichting Global Reporting Initiative, 2016) que trata sobre los aspectos del cumplimiento socioeconómico de la empresa, no sólo de leyes de ámbito social o medioambiental, sino todo tipo de leyes que puedan estar vinculadas con el fraude contable y fiscal, la corrupción o el soborno. Con la aplicación de estos estándares la empresa deberá revelar la organización de la gestión en su cumplimiento normativo y en su caso deberá hacer mención de las multas y sanciones significativas por incumplimiento de leyes, detallando el orden infringido, el número de sanciones, el importe de cada sanción, las medidas tomadas para corregir dicha situación o para resolver el litigio.

Con la normativa actual, este estado solo deben confeccionarlo y publicarlo aquellas empresas o grupos de empresas que tengan más de 500 empleados, y durante dos ejercicios consecutivos, dos de las siguientes tres circunstancias (Art. 49, RDL 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el CCo):

- Activo superior a 20 millones de euros
- Importe neto de la cifra de negocios superior a 40 millones de euros
- Número medio de empleados durante el ejercicio superior a 250

Aunque este estado, es de obligatorio cumplimiento para grandes corporaciones, que reúnan los requisitos mencionados, las empresas podrán formularlo voluntariamente. Dicho estado constituye una herramienta muy válida, que compromete públicamente a las empresas con una responsabilidad social corporativa, y mide el grado de compromiso de las empresas con la ejemplaridad en el cumplimiento de la normativa, en combatir y prevenir y mostrar su rechazo a los delitos y mostrar.

6.- Conclusiones

El delito de falsedad de las cuentas anuales o de cualquier documento que exprese la situación económica de una entidad, implica su alteración dolosa por quien tuviera la responsabilidad de formularlas. Con la persecución de este delito se pretende la protección de la veracidad información social, un derecho político básico en la organización de una entidad.

La creciente sensibilidad por una información veraz y de calidad, como elemento clave para evaluar a la empresa y tomar decisiones, y un mayor reproche social ético para aquellas entidades poco transparentes o que mienten, justifica plenamente que este delito fuera tipificado expresamente como tal, con la aprobación de la LO 10/1995, del Código Penal.

Si bien, el manipulación de las cuentas obedece a las objetivos maliciosos del sujeto activo, en los casos analizados puede observarse que cuando más necesidad de recursos financieros necesita la empresa y convertirla en atractiva para inversores o con riesgos asumibles por parte de entidades financieras, el delito de alteración se comete mediante la sobrevaloración de activos, infravaloración de deudas y sobrevaloración del resultado, como por ejemplo en los Casos BANESTO, Forum Filatélico y Lets Gowex.

Pero si el Derecho Penal hace su función mediante la imposición de penas para prevenir y/o castigar el delito de falsedad contable, existen otras medidas, obligatorias y/o voluntarias, que resultan eficientes para la protección del bien jurídico. La auditoría de cuentas, es una actividad al servicio del bien jurídico protegido que otorga un alto grado de seguridad sobre la veracidad y fiabilidad de la información económico-financiera. Si bien los objetivos de la auditoría han ido evolucionando desde su aparición, sus orígenes se enclavan en la protección de los intereses de los inversores. Si bien todavía subsiste la idea que el auditor debe descubrir fraudes y/o errores, no es su objetivo principal, actualmente la auditoría tiene como objetivo principal emitir una opinión con efectos ante terceros sobre si las cuentas anuales representan la imagen fiel de la situación financiera y

patrimonial y del resultado de sus operaciones, y está totalmente regulada por Ley y sujeta a un régimen de responsabilidades penales, civiles y administrativas. La eficacia de la auditoría como elemento para reforzar la credibilidad de las cuentas anuales está sometida a cambios legislativos que deberían acometerse en la independencia del auditor.

El Compliance penal o programas de prevención, si bien no es un elemento que ha sido regulado expresamente para prevenir el delito contable, sino más bien para evitar la responsabilidad de las personas jurídicas, es un procedimiento muy válido para incardinarlo dentro del control interno de las entidades para prevenir el delito contable. La instauración de un sistema de Compliance, supone un plus de seguridad para una organización y se percibe muy positivamente para los terceros que valoran la ejemplaridad ética con el rechazo total de este tipo de delitos.

Por último, el progresivo acervo en valores sociales, como derechos medioambientales, sociales, laborales, cumplimiento normativo, ética en las relaciones con terceros, ha implicado que los interesados reprueben crecimientos económicos agresivos con el medioambiente, sin respeto de derechos sociales o con transgresiones normativas. Los indicadores económicos, han de ser equilibrados con indicadores sociales y medioambientales, por lo que la evaluación de la empresa se mide también con el comportamiento ético de la empresa. Por ello, con la aprobación de la Ley 11/2018, que modifica CCo. y LSC y la LAC, en materia de información no financiera y diversidad, ha impuesto a los grupos de empresas que cumplan determinados parámetros a divulgar la información en aspectos no financieros, como el grado cumplimiento socio normativo de la entidad y las medidas para preservar su cumplimiento. Sin duda constituye un avance para preservar el delito contable puesto que revelar información supone adquirir públicamente un compromiso y aumentar la confianza con los interesados en la información.

Referencias bibliográficas

- Accountancy Europe, 2009. *Audit exemptions on thresholds limits*. Recuperado de <https://www.accountancyeurope.eu/publications/audit-exemption-thresholds-in-europe/>
- AECA, 1991. Ingresos, Serie Principios Contables, *Documento n° 13*, AECA, Madrid.
- Américo y Nario, 2012. *Informe pericial designados por el juzgado central de instrucción número 5 en las diligencias previas 148/2006, relativas a fórum filatélico sa*. Pag. 19 y 31 Recuperado de <http://perjudicadosforum.com/wp-content/uploads/informe-pericial-tomo-I.pdf>
- Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción n. 5. *Auto de Diligencias Previas 31/2013*, de 5 de febrero de 2018.
- Ayala de La Torre, J.M, 2016. *Compliance*, Francis Lefebvre. Madrid, Lefebvre-El Derecho, SA

- Banesto aprueba pedir responsabilidades a Conde. 27 de marzo de 1994. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/diario/1994/03/27/economia/764722809_850215.html
- Chemali, N. Serna, M.C., Kizilkaya, G., Sopho, Girdalad, S. , Y Klenk, J. 2015. *Let's Gowex*. Revista de Contabilidad y Dirección, Vol. 20, pp. 171-192
- Conde Pumpido, C., 2011. *Circular 1/2011, Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010*. Fiscalía General del Estado. Pág. 60. Recuperado de <https://www.fiscal.es/documents/20142/e6fcbad0-f75c-03b7-ec93-ec5a98cbda8f>)
- Conde Pumpido, C., 2016. *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las Personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015*, Fiscalía General del Estado. Pág. 60. Recuperado de <https://www.fiscal.es/documents/20142/9a12d2ef-ec8f-0644-d2b0-a8b4fbbd43fa>
- Gotham City Research, LLC., 2014. *Let's Gowex: a Pescanovan Charade*. Pag. De 9 a 20. Recuperado de <https://www.gothamcityresearch.com/single-post/2014/07/01/Let%E2%80%99s-Gowex-La-Charada-Pescanova-a-Pescanovan-Charade>
- Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1.991. *Sobre la forma de contabilizar una cesión temporal de activos financieros o adquisición de activos con pacto de retrocesión no opcional*. BOICAC nº 6.
- International Accounting Standards Board, 1984. NIC-18 Ingresos Ordinarios.
- Kauffmann, D. y Kraay, A., 2002. *Growth without Governance*, Policy Research Working Paper núm. 3077, World Bank, Washington. Recuperado <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/2010.1596/1813-9450-2928>
- Lorenzo, Antonio. 2 de abril de 2018, *Entrevista a Jenaro García*, eleconomista.es, Recuperado de <https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/9043463/04/18/Jenaro-Garcia-Gowex-Es-justo-que-ingrese-en-prision-se-lo-debo-a-los-que-confiaron-en-Gowex.html>
- Sequeros Sazatornil, F. y Dolz Lago, M.J., 2017. *Delitos societarios y conductas afines*. Wolter Kluwers, Madrid, Wolters Kluwer España, S.A.
- Sevillano, Elena. 2019. *La Audiencia Nacional sienta en el banquillo al fundador de Gowex por fraude*. El País. Recuperado de https://elpais.com/economia/2019/08/21/actualidad/1566416448_740286.html
- Stichting Global Reporting Initiative, 2016. *GRI 419: cumplimiento socioeconómico 2016*, Recuperado de <https://www.globalreporting.org/standards/media/1474/spanish-gri-419-socioeconomic-compliance-2016.pdf>
- Swedish National Audit Office, 2017. *Abolition of audit obligation for small limited companies*. Recuperado de <https://www.riksrevisionen.se/en/audit-reports/audit-reports/2017/abolition-of-audit-obligation-for-small-limited-companies---a-reform-where-costs-outweigh-benefits.html>
- Veloso, Moncho, 17 de diciembre de 2013, *Entrevista a Mario Alonso Ayala*, ABC, recuperado de <https://www.abc.es/economia/20131217/abci-entrevista-audidores-mario-alonso-201312162116.html>)

Referencias Legislativas

- Unión Europea. Directiva (UE) 2013/34 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre *los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas*, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea L 182, 29 de junio de 2013, pp. 19-76. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2013/182/L00019-00076.pdf>
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- España. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, Boletín Oficial del Estado, de 27 de diciembre de 2002, núm. 310, pp. 45504 a 45515 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-25180>
- España. Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, Boletín Oficial del Estado, de 21 de julio de 2015, num.173, pp. 60273 a 60366. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8147>
- España. Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba *el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, Boletín Oficial del Estado, núm. 59, de 9 de marzo de 2004, pp. 10284 a 10342. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-4214>
- España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba *el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161, pp. 58472 a 58594. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>
- España. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el *Código de Comercio*, Gaceta de Madrid, de 16 de octubre de 1885, pp 169 a 170. Recuperado de [https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1885/08/22/(1)/con)
- España. Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *Plan General de Contabilidad*, Boletín Oficial del Estado, de 20 de noviembre de 2007, num.278, pp. 47402 a 47407. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-19884>

Jurisprudencia

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). *Sentencia núm. 867/2002*, de 29 de julio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). *Sentencia núm. 620/2004*, de 4 de junio
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). *Sentencia núm. 655/2010*, de 13 de julio.
- Audiencia Nacional (Sala de lo Penal). *Sentencia núm. 23/2018*, de 13 de julio