

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Universidad Complutense de Madrid

mianvi@ucm.es

Avenida filipinas 3, 28003, Madrid

Necesaria revolución en la configuración legislativa del delito contable

Resumen

El objetivo de la investigación es observar la legislación española relativa al delito contable para definir adecuadamente su autoría. Para llevarlo a cabo se tienen en cuenta tanto la Ley, la Jurisprudencia como las opiniones doctrinales.

El trabajo termina con la elaboración de una serie de propuestas para mejorar la regulación del delito contable, intentando adaptarlas a la realidad económica actual. En concreto, la propuesta fundamental es la necesidad de establecer un delito contable que sea independiente del delito fiscal.

Palabras clave:

Delito contable; infracción contable; delito fiscal.

Necessary revolution in the legislative setting accounting offense

Abstract

The objective of the research is to observe the Spanish legislation on accounting crime to properly define authorship, taking into account the law, jurisprudence and doctrinal opinions.

The paper concludes with the development of a series of proposals to improve the regulation of the accounting offense, trying to adapt it to the current economic reality. In particular, the fundamental proposal is the need for an accounting offense independent of fiscal crime.

Keywords: Accounting crime; accounting offense; tax offense.

Contenido

Introducción

- 1. Denominación del delito**
- 2. Características del delito**
- 3. Elemento objetivo**
- 4. Sujeto activo del delito**
 - 4.1.1. Autoría directa**
 - 4.1.2. Autoría mediata sin ser representante**
 - 4.1.3. Autoría mediata como representante**
- 5. Modalidades típicas**
- 6. Sujeto pasivo**
- 7. Pena**
- 8. Consumación del delito**
- 9. Rectificaciones de las irregularidades cometidas**
- 10. Delito continuado**
- 11. Concurso**

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El objetivo de esta investigación es observar la legislación española relativa al delito contable para definir adecuadamente su autoría, centrándose en la responsabilidad de los asesores fiscales, abogados y contables.

Para cumplir con este fin se tienen en cuenta la ley —Ley General Tributaria (LGT)—, la jurisprudencia —las sentencias del Tribunal Supremo (STS) y las Sentencias de la Audiencia Provincial (SAP)— y la doctrina.

El delito contable fue incorporado al ordenamiento jurídico español por primera vez en la modificación introducida por la LO 2/1985, de 29 de abril, sobre el texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre; en concreto, se situó en el artículo 350 bis del Código Penal vigente en ese momento (CP73). Por su parte, el actual Código Penal (CP), aprobado por la LO 10/1995 de 23 de noviembre [modificada su redacción originaria por la LO 15/2003 de nov. 25 y por la LO 5/2010 de jun. 22], lo regula en el artículo 310.

Este trabajo analiza aspectos como el análisis de la denominación, características y elemento objetivo, para luego profundizar en la autoría, tanto mediata e inmediata, ya sea con o sin representante.

1. Denominación del delito

Este delito es denominado de múltiples formas, situación producida porque el Código Penal español no utiliza terminología alguna. Las denominaciones doctrinales y jurisprudenciales más frecuentes son: infracciones contables (Bajo 1978), obstruccionismo fiscal (Muñoz 1985) (Bustos 1991), incumplimiento de las obligaciones contables y de registro (Bermejo 1985; Martínez Pérez 1982, 1986), llevanza ilícita de contabilidad mercantil o fiscal (Polaino 1985), delito contable-tributario (Palao 1985: 251), fraudes tributarios de carácter contable (Pérez: 1986), fraudes contables (Pérez: 1986), infracciones contables (Bajo y Bacigalupo 2010: 299), delito contable (Arroyo: 1987; Ferré 1988: 3; Aparicio y Álvarez 2010: 7), grave incumplimiento de determinadas obligaciones contables (STS, 31-10-1992; SAP Madrid, 08-07-1999) o delito de fraudes contables (Aparicio y Álvarez 2010: 7).

Aunque la terminología más utilizada es delito contable, la más adecuada sería la de “delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco”, pues indica el

doble carácter contable-fiscal y expresa que lo más representativo de esta actividad es que intenta producir fraude.

El delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco encierra múltiples problemas, sin duda, originados por su carácter interdisciplinario.

Al definir el delito contable, el legislador pretende crear una estructura administrativa-penal preventiva del fraude fiscal. La unión del Código Penal y de la Ley General Tributaria genera un doble sistema de tutela de la Hacienda Pública frente al riesgo de lesión derivado de la falsedad en la contabilidad, por medio del sistema penal, y del derecho administrativo sancionador de aplicación subsidiaria. El mero incumplimiento de deberes contables se concibe como una infracción administrativa simple.

2. Características del delito

El artículo 310 del Código Penal español establece cuatro supuestos para definir al delito. Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.

Para dos de sus supuestos es considerado como de peligro en abstracto, y para los cuatro es considerado como un delito especial propio.

El delito es considerado jurisprudencialmente de peligro en abstracto, ya que no requiere que se haya producido un peligro real a la Hacienda Pública. Para la jurisprudencia, lo característico del delito es la falta de cooperación y lealtad por parte del contribuyente: “se adelanta la barrera protectora a la puesta en peligro del objeto jurídico” (SAP Burgos, 29-03-1999: fundamento de derecho segundo); concretando más, “es una tipificación de riesgo y no de resultado, por cuanto el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil” (SAP Madrid, 08-07-99: fundamento de derecho tercero). A pesar de las anteriores consideraciones jurisprudenciales, lo correcto es diferenciar entre los cuatro apartados del artículo 310 del CP. Realmente, los supuestos (a) y (b) son delitos de peligro, pues ponen en riesgo la posibilidad de que se cumpla la obligación tributaria; la consumación de ambos supuestos solo requiere el incumplimiento del deber de contabilidad que surge de la LGT, “independientemente de la posible comisión de un posterior delito fiscal” (Bajo y Bacigalupo 2010: 363). Las conductas de los apartados c) y d), a diferencia de los anteriores supuestos, presentan la naturaleza de delitos de peligro concreto, con lo que son formas especiales de la tentativa del delito fiscal.

El delito es un delito especial propio (STS 25-09-1990, 24-02-1993, 14-01-1994, 02-05-1996, 28-10-1997, 21-12-1999, 28-03-2001; SAP 23-04-1993) porque su autoría se reserva a un sujeto activo con especial cualificación: “el que esté obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales” (CP, art. 310, 1^{er} párr.). Además, en las diferentes modalidades típicas incluidas en los apartados a), b), c) y d) se infieren nuevas especificaciones en la cualidad del sujeto, lo que ha llevado a la doctrina a considerarlo como un delito “doblemente especial” (Ferré 1988: 85; Aparicio 1994: 189; Sánchez Ostiz 1997: 357; Aparicio y Álvarez 2010: 14). Como se observará en el apartado siguiente, la especialidad es cuádruple.

3. Elemento objetivo

El cumplimiento del delito precisa un cuádruple requisito de carácter personal. El primer requisito es que la acción típica esté siempre referida a un sujeto obligado por la ley tributaria, emitida por el Ministerio de Hacienda, a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales. La ley no puede ser solo mercantil, sino que es necesario que sea tributaria. Así, queda exceptuada “la obligación general del Código de Comercio si no se remiten a leyes tributarias” (Ferré 1988: 121; Rossy 1989: 172). Para el artículo 310 del CP, la obligación de llevanza contable debe tener su origen en una ley tributaria, concepto normativo que engloba las leyes, decretos leyes, decretos legislativos y leyes autonómicas. Quedan fuera de este artículo las obligaciones de llevar la contabilidad que nacen “de normas tributarias de rango inferior a la ley, tales como los reglamentos” (Ferré 1988: 121).

Por su parte, la SAP Madrid 27-03-1989 establece que el procesado incumple la llevanza de la contabilidad según la resolución de la Dirección General de Tributos de 27 de marzo, “disposición que no se encuentra entre aquellas que constituyen fuente de derecho tributario”, por lo que “deviene imposible su comisión dado que, en modo alguno, puede admitirse que dichas resoluciones puedan integrar la norma penal”. Sin embargo, puede estar fundamentada en una ley tributaria, pero desarrollada en un reglamento, como sucede con el impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF), porque si fuese necesario que la norma jurídica que disponga tal obligación ostente rango de ley, “tanto en sentido formal como material” (Martínez Pérez 1986: 362), “el artículo resultaría prácticamente inaplicable” (Pérez Royo 1986: 211; Bajo y Bacigalupo, 2010: 361) dejando al precepto “prácticamente vacío de contenido y casi sin ámbito de aplicación” (Prats 2011: 1127). La ley tributaria crea la obligación de llevar la contabilidad, pero no determina la contabilidad mercantil que debe llevarse, por ser materia propia del derecho mercantil, ni fija los libros fiscales concretos que obligatoriamente deben ser empleados. Para ello se recurre a normas mercantiles y fiscales de distinta jerarquía, de forma que se determinen los límites concretos de la contabilidad mercantil o fiscal obligatoria.

El segundo requisito es que el hecho se haya realizado con la intención de evadir tributos. “La actuación del sujeto activo viene determinado por la intención de evasión del tributo” (Pérez Royo 1986: 225). Esto supone que cualquier alteración de los datos contables que no tenga la intención de defraudar impuestos, sino de ofrecer una imagen más favorable, puede producir un delito de falsedad documental pero nunca de delito contable.

El tercero consiste en que las actuaciones se produzcan con dolo, por no estar prevista la cláusula de cobertura para la incriminación de las conductas culposas (cfr. CP, art. 12). El delito tipificado en el artículo 310 del CP tiene carácter doloso “en todas sus modalidades” (Aparicio y Álvarez 2011: 17), porque “no regula la conducta culposa” (Bajo y Bacigalupo 2010: 365). Lo anterior es admitido por la mayoría de la doctrina, salvo excepciones como Boix y Mira (2000: 1536), para quienes el supuesto del artículo 310.a) del CP “no presenta la menor dificultad para aceptar la modalidad culposa”. Sin embargo, esta modalidad culposa no está prevista, como puede observarse en la redacción de la norma donde se elimina el castigo por imprudencia al describir el comportamiento con el verbo “simular”, el adjetivo “ficticia”, y al calificar el hecho de “falsedad”. El soporte del delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco lo constituyen actos formales que ofrecen la característica de poder servir de medios para la realización o “posibilitación maliciosa de los delitos contra la Hacienda Pública, es decir, es la única forma posible de comisión de estos delitos de

defraudación, expresión que conlleva inseparablemente unida la idea de dolo” (SAP Madrid, 28-12-2000).

El último requisito es que cumpla una de las cuatro condiciones “de carácter personal” (circ. de dic. 16/86 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria) establecidas en el artículo 310 del CP:

- a) Incumpla absolutamente la obligación de llevanza de contabilidad en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

Así, la consideración como delito de los supuestos de hecho a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.

“Se sanciona tanto la ausencia de contabilidad —incumplimiento absoluto— cuando los sujetos tributen en régimen de estimación directa para hallar el rendimiento de la actividad económica; como la llevanza de distintas contabilidades referidas a la misma actividad y ejercicio económico que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa —en cuanto acto previo preparatorio del delito fiscal—; y la realización de anomalías contables tendentes a la ocultación de beneficios, siempre que vayan acompañados de la ausencia de declaraciones tributarias o de declaraciones confeccionadas con base a dichas anomalías, en tanto en cuanto la cuantía de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda de 240.000 euros” (STS 04-04-2011).

El artículo castiga su violación por medio de determinados comportamientos que pueden clasificarse en dos grupos distintos. Los dos primeros apartados son conductas constitutivas de delito, mientras que los segundos son supuestos en los que la irregularidad contable debe ir unida a una conducta posterior y alcanzar una determinada importancia cuantitativa.

Entonces, para que se cometa el delito del apartado a) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. Exista incumplimiento absoluto y total de llevanza de contabilidad; 3. El incumplidor esté obligado por la ley tributaria a llevar contabilidad y/o libros y registros fiscales en régimen de estimación directa de las bases; 4. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

Para que se cometa el delito del apartado b) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. El sujeto lleve varias contabilidades; 3. Oculten o simulen la verdadera situación de la empresa; 4. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

Para la existencia del delito previsto en el apartado c) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas, con el ánimo de alterar los datos con relevancia fiscal; 3. Se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad; 4. La cuantía exceda de 240.000 euros por cada ejercicio económico; 5. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

Finalmente, para la existencia del delito previsto en el apartado d) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. Se hayan practicado en ellos anotaciones contables ficticias, con el ánimo de alterar los datos con relevancia fiscal; 3. Se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad; 4. La cuantía exceda de 240.000 por cada ejercicio económico; 5. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

4 Sujeto activo del delito

4.1. Autoría directa

La redacción del artículo 310 del CP configura el delito contable como un delito especial propio, los cuales se caracterizan porque la autoría directa se reserva a “un sujeto activo con especial cualificación” (STS 28-03-2001). Este delito solamente puede ser realizado por sujetos determinados: una persona física que, obligada por la ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales, realiza el tipo injusto requerido. Si el sujeto pasivo recae sobre una persona jurídica, será de aplicación el artículo 310 bis del CP, a cuyo tenor será

considerado como autor quien actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica o en nombre o representación (legal o voluntaria) de la misma.

Para ser considerado sujeto activo del delito es necesario el cumplimiento de un doble requisito. En primer lugar es preciso que sean sujetos pasivos de una relación jurídico-tributaria de carácter formal: que las leyes propias de cada tributo establezcan la sujeción al cumplimiento de deberes contables. En segundo lugar, es necesario que sean sujetos pasivos de una relación jurídico-tributaria de carácter material: que tengan la cualidad de deudor tributario. Esta doble especialidad se concreta de forma diferente en los cuatro supuestos del artículo 310; en los supuestos recogidos en los apartados a), c) y d) la especialidad se refiere a la superposición de una relación jurídico-tributaria material (sujetos pasivos, generalmente contribuyentes) con otra formal (obligados a la llevanza de libros); en el supuesto de la letra b) se requiere la cualidad de empresario sumada a la obligación de llevanza de libros (relación formal).

Por lo tanto, dos sujetos deben ser excluidos de la autoría. En primer lugar, los empresarios que están obligados a llevar la contabilidad en virtud exclusiva de la legislación mercantil. En segundo, los sujetos pasivos de los tributos que no estén obligados a la llevanza de la contabilidad, bien por ser sujetos pasivos de un tributo que no los obliga, o por no reunir las condiciones que la ley tributaria impone para tener que llevar la contabilidad.

Esta doble especialidad, sujeto pasivo generalmente contribuyente y empresario, por una parte, y obligado a llevar contabilidad, por otra, debe analizarse a la luz de la normativa reguladora de la materia tributaria.

Sí están comprendidos en el artículo 310 del CP los sujetos obligados en el impuesto de sociedades, IRPF e IVA, pues el Código Penal remite a la legislación tributaria para establecer los sujetos activos del delito.

A su vez, el artículo 104 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio dispone, bajo la rúbrica “obligaciones formales de los contribuyentes”, que:

“1. Los contribuyentes del IRPF estarán obligados a conservar los justificantes y documentos acreditativos de las operaciones, rentas, gastos, ingresos, reducciones y deducciones de cualquier tipo que deban constar en sus declaraciones.

2. Los contribuyentes que desarrollen actividades empresariales, cuyo rendimiento se determine por el método de estimación directa, estarán obligados a llevar contabilidad ajustada a lo dispuesto en el Código de Comercio español (CCom). No obstante, reglamentariamente se podrá exceptuar de esta obligación a los contribuyentes cuya actividad empresarial no tenga carácter mercantil de acuerdo con el CCom, y a aquellos contribuyentes que determinen su rendimiento neto por la modalidad simplificada del método de estimación directa.
3. Los contribuyentes de este impuesto estarán obligados a llevar los libros o registros que reglamentariamente se establezcan.
4. Reglamentariamente podrán establecerse obligaciones específicas de información de carácter patrimonial, simultáneas a la presentación de la declaración del IRPF o del Impuesto sobre el Patrimonio, destinadas al control de las rentas o de la utilización de determinados bienes y derechos de los contribuyentes.
5. Los contribuyentes de este impuesto que sean titulares del patrimonio protegido regulado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, deberán presentar una declaración en la que se indique la composición del patrimonio, las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas durante el periodo impositivo, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

Por otra parte, el artículo 133.1 del RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de Ley del Impuesto sobre Sociedades, que establece las obligaciones contables y facultades de la administración tributaria, declara (en su redacción de la L. 16/2007) que

“Los sujetos pasivos de este impuesto deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio o con lo establecido en las normas por las que se rigen. En todo caso, los sujetos pasivos... llevarán su contabilidad de tal forma que permita identificar los ingresos y gastos correspondientes a las rentas y explotaciones económicas no exentas”.

El artículo 164.1.4 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA establece, entre las obligaciones de los sujetos pasivos, la de llevar la contabilidad y los registros que se establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables.

Respecto a la jurisprudencia, se puede decir que esta se basa en la legislación fiscal para detallar los libros necesarios:

“La legislación vigente en la fecha de los hechos recoge con claridad los libros que se debían llevar. Así, la LGT... establece en su artículo 35.2 que el sujeto pasivo está obligado a llevar y conservar los libros de contabilidad, registros y demás documentos que en cada caso se establezca; a facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones y a proporcionar a la administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible. Los libros de carácter mercantil, a los que se refieren los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio..., son el libro diario y el libro de inventarios y cuentas anuales. Los libros de carácter fiscal... eran los siguientes. La Ley del Impuesto sobre Sociedades imponía la obligación de llevar una contabilidad de conformidad con lo regulado en el Código de Comercio y demás disposiciones legales que fuesen de aplicación. El reglamento del impuesto sobre sociedades imponía... los libros registro auxiliares de compras, ventas, cobros y pagos, gastos. Con relación al IVA, la ley que regulaba este impuesto, exigían la obligación de llevar una contabilidad y registros y los libros que se establecieran en el reglamento; el reglamento del IVA exigía un libro de registro de facturas emitidas, otro de facturas recibidas y un registro de bienes de inversión” (SAP Madrid 28-12-2000).

4.2. Autoría mediata sin ser representante

Como el delito únicamente puede ser cometido por el sujeto obligado al cumplimiento de los deberes contables, la coautoría de los terceros está excluida. No obstante, sí es posible que el autor directo del delito coexista con diversos autores mediatos. La complejidad de las alternativas hace necesaria la división de las posibilidades en función de su naturaleza y función. Por un lado, es necesario identificar los diferentes sujetos: empleados contables, asesores contables, asesores fiscales y abogados. Por otro, es preciso diferenciar si el partícipe actúa o no como representante de la persona obligada por la ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales, porque este hecho marcará su tratamiento penal.

En este apartado se analizan los autores mediatos que no actúan como representantes, incidiendo en los empleados contables y asesores contables, que, a efectos de autoría, tienen las mismas características, salvo las especificaciones que se derivan de las obligaciones laborales (principalmente la influencia de la obediencia debida y el miedo insuperable).

Como el delito contable es un delito especial propio, únicamente puede ser realizado por sujetos determinados. Esta idea ha llevado a afirmar a la jurisprudencia que los asesores contables, al igual que los abogados y asesores fiscales nunca pueden ser autores de este delito, como mucho partícipes. Los partícipes no deben quedar impunes porque, aunque no son los obligados tributarios, pueden ser responsabilizados cuando con su aporte técnico han contribuido de manera decisiva a desfigurar la situación económica de la empresa.

“El asesor fiscal y contable, está excluido de la autoría directa dado que no reúne la condición de sujeto pasivo de la obligación contable tributaria, pues los obligados por las leyes tributarias a llevar la contabilidad de forma completa y veraz son el empresario, el gerente y el representante” (SAP Burgos, 29-03-1999). Según esta sentencia, un asesor fiscal o un contable sólo sería responsable del delito imputado “si se acreditase su actuación por vía de inducción (instigar, persuadir o captar la voluntad ajena para la comisión del delito) o de cooperación necesaria (cuando la ayuda por él prestada reúna las notas de principalidad, necesidad o imprescindibilidad para perpetración y consumación del ilícito penal en virtud del CP, art. 28)”.

Ahora bien, la STS 16-02-2001 analiza el régimen penal del asesor contable y fiscal para el supuesto de cooperación necesaria.

“De la prueba practicada en el acto del juicio oral queda perfectamente acreditado: a) Que era el asesor contable y fiscal de los acusados y empresas a que se refieren las actuaciones. b) Que en el ejercicio de estas funciones, para reducir las cantidades que debían abonar como pago de impuestos, les suministró facturas falsas que no respondían a operaciones mercantiles reales. c) Que dichas facturas y las correspondientes operaciones ficticias fueron registradas en los libros contables de las empresas. d) Que las facturas falsas correspondían a empresas sin ninguna actividad comercial”. “No puede ser considerado como autor del delito contable por carecer de la condición de sujeto pasivo de la obligación contable y tributaria, y no poderse apreciar ninguna otra forma de participación”. “No es sujeto pasivo de ninguno de los tributos a los

que afectan las anotaciones contables, ni está obligado a llevar los libros; no obtenía ventaja ni provecho de las anotaciones ficticias; la obtención de facturas falsas no es acto que integre el tipo del artículo 310.d”. “Sólo puede considerarse autor directo del delito el obligado por ley tributaria a llevar los libros y la demás contabilidad de la empresa”. “La conducta se configura como un auténtico cooperador necesario al realizar una actividad imprescindible para la perpetración del ilícito penal sancionado”. “No hay duda de que nos encontramos con una cooperación eficaz con efectiva transcendencia en el resultado final de la operación planeada, que no puede ser encuadrada en el párrafo primero del art. 28 CP por no ser el acusado sujeto pasivo de ninguna obligación tributaria”.

Aunque, como hemos visto, la jurisprudencia se ha limitado a afirmar que los asesores contables y los empleados contables no son autores mediatos, el análisis debe ser más profundo (cuadro 1). El contable nunca cometerá delito cuando actúe sin actuación dolosa. Cuando un empleado contable o un asesor contable externo (o un abogado o un asesor fiscal) realiza los registros contables en base a datos ofrecidos por el obligado a llevar la contabilidad, siempre que actúe con desconocimiento de la situación, el empresario será autor mediano y el contable quedará impune.

Los problemas aparecen cuando el empresario induce al contable a realizar el comportamiento prohibido, teniendo este último un comportamiento doloso. Este supuesto se produce cuando el empresario induce al contable a realizar anomalías contables, conociendo éste la situación que se deriva de ello. En un primer análisis, el contable no puede ser castigado por esos hechos, pues no comete la conducta típica, al no poseer la calidad necesaria para que le sea imputable, pero además, el empresario no puede ser considerado partícipe porque no existiría delito al que vincular su inducción. Esta situación no tiene sentido.

Para solventar esta impunidad, la doctrina germánica creó la “teoría del instrumento doloso no cualificado” (Von Hippel 1930: 482; 1932: 168; Baumann 1963a: 561-565; 1963b: 56-59; 1963c: 110-121; Kienapfel 1984: 553-555; Maurach 1962: 278-290; Maurach; Gössel; Zipf 1995; Baumann; Weber; Mitsch 1995). Según esta teoría, aplicable entre otros delitos al del artículo 310 del CP (Ferre 1988: 234; Suárez Sánchez 2001: 35), el empresario (inductor) es castigado como autor mediano, y el contable (inducido) es calificado como cómplice.

La aplicación de esta teoría sobre los contables supone que el obligado a la llevanza de la contabilidad (empresario comerciante, profesional o artista) conviene con un empleado o asesor contable la realización, de forma dolosa, de las anomalías descritas en el artículo 310; en este caso, el empresario no es simplemente un inductor sino un autor mediato, aunque el contable autor del acto no sea un sujeto que pueda ser autor, al no concurrir las condiciones que exige el tipo objetivo; por su parte, el contable inducido responderá como cómplice por haber actuado como un instrumento doloso no cualificado. La jurisprudencia ha apoyado y aplicado la teoría doctrinal de que la ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus* (STS 14-01-1994, 26-01-1994, 24-06-1994, 20-05-1996, 10-01-1997, 21-12-1999, 28-03-2001).

Para todos los casos en los que el contable actúe con dolo deben identificarse tres supuestos distintos: si actúa por propia iniciativa, si sigue instrucciones del deudor tributario o si actúa en connivencia con él.

Si el contable a quien se encomienda la realización de las actuaciones necesarias tendentes al cumplimiento de la obligación incumple dolosamente el mandato recibido por propia iniciativa sin inducción, sin previo acuerdo y sin conocimiento del deudor tributario, el contable no se verá incriminado por el artículo 310 del CP, aunque sí podrá ser autor mediato de otro delito, frecuentemente, el de falsedad documental, estipulado en el artículo 392 del CP. El deudor tributario tampoco estará castigado por el artículo 310 porque no intervino en la acción.

Conceder una penalidad distinta a quien actúe por propia iniciativa, de quien lo hace siguiendo instrucciones del sujeto pasivo y de quien a su vez lo realiza con la connivencia del obligado tributario, convierte en un concepto capital conocer la motivación de los implicados:

“Se argumenta por la defensa que no era obligación del acusado controlar si se llevaba la contabilidad y los libros oficiales, pues para ello ya tenía contratado a profesionales, por lo que se viene a invocar la falta de concurrencia del elemento subjetivo, integrado por el dolo en la conducta del acusado. Este tribunal no discute si eso es o no cierto, pero lo que está acreditado es que no ha podido aportar los libros de contabilidad de las sociedades ni los demás libros exigidos por la legislación, a los que ya se ha hecho referencia, y que esta conducta se reiteró durante al menos cuatro años. Tampoco es lógico que durante cuatro años se esté pagando a varios contables sin que al menos anualmente se compruebe cual ha sido el trabajo que han desarrollado,

presentando éstos al administrador de las sociedades las cuentas de las mismas. Y a lo expuesto debe añadirse que el acusado, según sus propias manifestaciones, llevaba el control absoluto de todas sus empresas, tomaba todas las decisiones, manejaba todos los fondos y estaba al tanto de todas las cuestiones que surgían en el tráfico cotidiano de las mismas. Por lo que no se explica que no controlara la existencia de una contabilidad y unos libros oficiales, no solamente ya por el hecho de que se trataba de una obligación legal, sino por el propio interés de conocer la marcha real de sus sociedades. Por lo tanto no puede decirse que en el actuar del acusado no concurra el dolo que exige esta figura delictiva” (SAP Madrid, 28-12-2000).

Cuando el contable actúa siguiendo instrucciones del deudor tributario, entonces podrá deducirse responsabilidad por su contribución al hecho como partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice no necesario). En el caso que el delito lo cometa el contable siguiendo órdenes del titular de la empresa en la que trabaja, hay que tener en cuenta la posibilidad de obediencia debida y la conexión con el miedo insuperable, “que sería necesario resolver caso por caso” (Aparicio y Pérez 2010: 23).

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ofrece dos acepciones de connivencia: confabulación, acuerdo entre varios para cometer un delito o una acción ilícita, por un lado, y tolerancia del superior para con las faltas que cometen sus subordinados contra las normas o costumbres establecidas, por el otro. En cualquiera de las dos acepciones es posible observar una conducta distinta de la de recibir instrucciones del sujeto pasivo. Cuando el contable actúa en connivencia con el deudor tributario, entonces podrá deducirse responsabilidad por su contribución al hecho como partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice no necesario).

Cuadro 1. Posibilidades del delito del profesional contable (asesor contable, abogado, asesor fiscal)

			Delito del contable	Delito del empresario
Contable	Sin dolo	Por propia iniciativa. Sin conocimiento del deudor tributario	No delito	No delito
		Siguiendo instrucciones del deudor tributario	No delito	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
		En connivencia con el deudor tributario	No delito	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
	Con actuación dolosa y responsable	Por propia iniciativa. Sin conocimiento del deudor tributario	Delito de falsedad documental. Autor mediato. Artículo 392 CP	No delito
		Siguiendo instrucciones del deudor tributario	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
		En connivencia con el deudor tributario	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP

Fuente: elaboración propia

4.3. Autoría mediata como representante

En los supuestos en los que se encargue a otros (empleado contable, asesor contable, abogado o asesor fiscal) el cumplimiento de la obligación tributaria, sin ser obligados tributarios, será de aplicación el artículo 31 del CP, que trata de dar soluciones al problema de la autoría cuando la cualificación requerida en el tipo concurre en el representado y no en el representante:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Es necesario distinguir entre representante legal y voluntario (cuadro 2). El representante legal sustituye a todos los efectos a su representado. Como se le pueden exigir directamente los deberes formales de carácter contable, puede ser autor del delito contable.

Por su parte, el representante voluntario no puede, por sí mismo, ser el autor del delito contable, aunque sí puede ser partícipe o cómplice.

Si el representante voluntario actúa sin dolo, queda impune, pues es un mero instrumento material del sujeto pasivo. Si el representante actúa por propia iniciativa, el representado tampoco cometerá delito.

Igualmente, si el representante voluntario que actúa de forma dolosa y lo hace por propia iniciativa no resultará incriminado por delito contable, aunque puede serlo por otro delito, principalmente el de falsedad en documento mercantil punible de acuerdo con el artículo 392 del CP.

Por su parte, el representante voluntario que actúa de forma dolosa y sigue las instrucciones del sujeto pasivo es cómplice del deudor tributario que debe ser calificado como inductor. Aplicando la “teoría del instrumento doloso no cualificado”, el empresario (inductor) es calificado como autor mediato y el contable (inducido) como cómplice.

Por último, el representante voluntario que actúa de forma dolosa y que realiza su actuación en connivencia del representado es un cómplice del deudor tributario que debe ser calificado como inductor. Aplicando la “teoría del instrumento doloso no cualificado”, el empresario es autor mediato y el contable cómplice.

Cuadro 2. Posibilidades del delito del representante

				Delito del representante	Delito del representado
Representante	Legal			Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP	No delito
	Voluntario	Sin dolo	Por propia iniciativa. Sin conocimiento del representado	No delito	No delito
			Siguiendo instrucciones del sujeto pasivo	No delito	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
			En connivencia con el representado	No delito	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
		Con actuación dolosa y responsable	Por propia iniciativa. Sin conocimiento del representado	Delito de falsedad documental. Autor mediato. Artículo 392 CP	No delito
			Siguiendo instrucciones del sujeto pasivo	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
			En connivencia con el representado	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP

Fuente: elaboración propia

5. Modalidades típicas

5.1. Falta absoluta de contabilidad en régimen de estimación directa

Para que se cumpla el delito, de peligro abstracto, establecido en el apartado a) del art. 310 CP se exigen dos requisitos: uno contable, el incumplimiento absoluto de la llevanza de contabilidad, y otro fiscal, que el sujeto activo esté sometido al régimen de estimación directa de bases tributarias, esto es, al sistema de determinación de la base del impuesto por medio de declaraciones, documentos y datos consignados en libros y registro.

Respecto al primer requisito, una interpretación literal del artículo sanciona la omisión plena de la contabilidad, por lo que el caso de anotación parcial de las operaciones en los libros registro, aunque no reflejen la imagen fiel de la empresa, no es reconducible a este apartado.

Con esta interpretación literal, en cuanto exista un asiento contable (el asiento de apertura) ya no estamos ante este supuesto delictivo. Sin embargo, la interpretación debe ser más flexible considerando que “el incumplimiento es absoluto cuando imposibilita totalmente la función que en materia de tributos están llamados a realizar los libros o registros fiscales” (SAP Madrid 28-12-2000), ya que con la interpretación literal se estaría produciendo un “vaciamiento total de esta figura” (Aparicio y Álvarez, 2011: 19).

Esta es la interpretación correcta, independiente de las normas utilizadas para registrarlas y del soporte en el que se materialice el registro contable. Para analizar el primer caso debe observarse la SAP Valencia 26-10-1998: “La alegación no puede prosperar pues no puede confundirse la llevanza de estos listados de ordenador o medios privados de contabilidad con la exigida en el tipo penal, pues la letra a) del referido precepto se refiere al incumplimiento absoluto de la obligación, no tanto de llevar la contabilidad como si se tratara de la administración de una casa, cuanto la contabilidad exigida en las disposiciones legales”. Para el segundo, la SAP Madrid 28-12-2000: “Se alega por la Defensa que las sociedades tenían una contabilidad, aunque fuese por medio de listados de ordenador, por lo que no puede hablarse de un absoluto incumplimiento de llevar la contabilidad”.

La redacción mejoraría si se especificara que este delito se comete con cualquiera de los tres siguientes actos: si no hay ni un asiento en los libros contables, si el contribuyente no pone los libros a disposición de la Administración tributaria o si el incumplimiento de los deberes contables fuera de tal naturaleza que hiciera imposible la función que en materia de tributos están llamados a realizar los libros o registros fiscales.

El segundo requisito es que sólo será punible si el contribuyente se encuentra en régimen de estimación directa de bases tributarias y, además, el sujeto activo del delito impide determinar la base imponible de un impuesto que debe ser estimado por la administración sirviéndose de “datos consignados en libros y registros”, como establece el art. 48 LGT. Por tanto, el delito no se puede cometer en impuestos en los que la Ley obligue al método de estimación objetiva singular de la base imponible.

El sometimiento al régimen de estimación directa de las bases tributarias del obligado tributario, constituye un supuesto perfectamente determinable, limitando el ámbito de las posibles

conductas delictivas a los siguientes sujetos: empresarios personas físicas y entes sin personalidad en régimen de estimación directa (normal o simplificada) de rendimientos empresariales; personas jurídicas sujetos pasivos del impuesto de sociedades; y profesionales en régimen de estimación directa de rendimientos de su actividad. No cabe extender el tipo a los sujetos pasivos en régimen de estimación objetiva.

Con la redacción actual, el delito sólo es punible para los supuestos de estimación directa de la base tributaria. No obstante, esta limitación es un error porque existe deber de registro en algunos supuestos de estimación objetiva (los que deduzcan amortizaciones y los que determinen su rendimiento neto en función del volumen de operaciones). La legislación debería modificarse para aumentar la punibilidad a los supuestos de estimación objetiva.

La renta derivada del ejercicio de una actividad económica se determina, como regla general, realizando determinados ajustes positivos o negativos sobre el resultado contable del ejercicio. Sin embargo, excepcionalmente, la normativa española contempla la posibilidad de determinar el rendimiento derivado del ejercicio de una actividad económica sin atender al resultado contable. El método de estimación objetiva permite la determinación de los rendimientos de la actividad económica de forma estimativa, mediante la aplicación de ciertos índices o módulos aprobados oficialmente. En estos casos, la renta sometida a gravamen no se determina por diferencia entre ingresos y gastos efectivos, sino a tanto alzado, en función de datos objetivos considerados como indicativos de la obtención de mayores o menores beneficios. Los sujetos pasivos que obtengan rendimientos derivados de actividades económicas, siempre que cumplan determinadas condiciones relativas al tipo de actividad y al volumen de ingresos y de compras, pueden optar por determinar tales rendimientos a través del método de estimación objetiva. El ámbito objetivo de aplicación del método de estimación objetiva a los sujetos pasivos del IRPF es muy amplio, por el contrario, son pocos los sujetos pasivos del IS que pueden optar por este método. Solamente determinarán la base imponible del IS, a través del método de estimación objetiva, los sujetos pasivos a los que resulte aplicable el régimen especial de entidades navieras en función del tonelaje.

Los contribuyentes que determinen su rendimiento neto mediante el régimen de estimación objetiva deberán conservar, numeradas por orden de fechas y agrupadas por trimestres, las facturas emitidas de acuerdo a lo previsto en el RD 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, y las facturas o justificantes documentales de otro tipo recibido. Igualmente deberán conservar los justificantes de los índices o módulos aplicados.

Los contribuyentes acogidos a este régimen que deduzcan amortizaciones estarán obligados a llevar un Libro de registro de bienes de inversión (regulado en el art. 65 Reglamento del IVA). Además, por las actividades cuyo rendimiento neto se determine en función del volumen de operaciones (así ocurre en las actividades agrícolas y ganaderas), habrán de llevar un libro registro de ventas o ingresos. Toda esta documentación también debería estar protegida por el delito que nos ocupa.

Por tanto, la redacción del art. 310 a) CP debería explicitar que debe ser aplicable a los sujetos obligados a tributar, tanto por el método de estimación directa, como por el método de estimación objetiva.

5.2. Llevar doble o más contabilidades

El apartado b) del art. 310 CP regula un delito de peligro abstracto, hecho preparatorio del delito fiscal, consistente en llevar contabilidades distintas, es decir, “dos o más contabilidades” (SAP Pontevedra 01-02-2007) (STS 22-05-2009), referidas a una misma actividad y ejercicio económico.

El texto se refiere a contabilidades distintas, por lo que quedan fuera del delito los registros de carácter exclusivamente fiscal que deben llevar los profesionales o artistas no sujetos al régimen de contabilidad mercantil.

El requisito imprescindible es que existan dos o más contabilidades, siendo una de ellas un registro que persiga fines defraudatorios y se presente a la Hacienda Pública. Puede ser que exista otra para satisfacer las necesidades del resto de usuarios; o puede ser también que existan un número de contabilidades mayor, por ejemplo que una recoja la situación patrimonial de la empresa utilizada a efectos internos, indispensable para una adecuada gestión social, y otra distinta muestre una información adecuada para sus relaciones con el resto de terceros, distintos a la Hacienda Pública.

Para que se perfeccione el delito es necesario que la doble contabilidad persiga fines defraudatorios tributarios. No es punible una segunda contabilidad que, aun ocultando o simulando la verdadera situación de la empresa, no persiga una finalidad defraudatoria, si no que persiga cualquier otra finalidad de modificación de la imagen económico-financiera de la entidad. Palao (1985, 253) pone como ejemplo una contabilidad ajustada a criterios fiscales y otra basada en principios contables distintos como coste de reposición. De la misma forma, la conducta es impune si la doble contabilidad, aun siendo creada para satisfacer los fines

fraudulentos, no llega a utilizarse para ello, si no que se utiliza para otras finalidades como “para realizar la liquidación” (Serrano y Serrano, 2005: 575) o para solicitar recursos del mercado de capitales.

El delito requiere, no sólo que existan dos contabilidades, sino que una sea presentada a la Hacienda Pública y la otra a cualquier otro usuario de la contabilidad financiera. Si no se presenta a otro destinatario de la información financiera, nada más que a la Hacienda, no existirá tal delito. La obligación de llevar los libros contables se compone de cinco obligaciones: de registrar los hechos económicos en los libros contables (art. 25 CCom), de presentar los libros contables para su legalización (art. 27 CCom), de conservar los libros contables (art. 30 CCom), de formular las cuentas anuales (art. 34 CCom) y de firmar los libros contables (art. 37 CCom). Esto supone que para que exista este delito es necesario hacer valer frente a terceros una contabilidad registrada, firmada, conservada y presentada distinta a la entregada a la Hacienda Pública.

La SAP Pontevedra 01-02-2007 establece tres hechos en los que no existe delito según el art. 310.b CP. El primero es la existencia de tres cheques y un recibo sin contabilizar; este caso “no constituye acreditación suficiente de la existencia de llevanza de contabilidades distintas”. El segundo es que la contabilidad del acusado no había reflejado correctamente el IVA correspondiente a tres pisos. En este caso “no estaríamos en presencia de llevanza de una doble contabilidad sino de asientos contables inexactos, que por tanto no podrían integrar el supuesto de hecho del artículo 310-b) del CP sino el del artículo 310-c), que se refiere a la falta de anotación en los libros contables o las anotaciones con cifras distintas a las verdaderas”. El tercero es la utilización indebida de la cuenta de caja, sin ajustarse al PGC; en este caso “podría suponer una infracción de tal Plan, pero no es un supuesto de doble contabilidad”.

El apartado intenta evitar que una de las contabilidades sea utilizada por el obligado tributario para pagar menos impuestos, sin embargo, se limita a afirmar que “oculten o simulen la verdadera situación de la empresa” (art. 310.b CP). La jurisprudencia amplía la frase pero por el mismo camino: la “verdadera situación económica de la empresa” (SAP A Coruña 01-07-1999) (SAP Pontevedra 01-02-2007). La redacción debería ser mejorada incidiendo en la finalidad del contribuyente para ahorrarse el pago de impuestos, más que incidir en el reflejo de una “verdadera” situación que ninguna normativa contable puede garantizar. Además, el art. 310 b) CP debería redactarse de forma que quede claro que, a través de la tipificación de este apartado, se pretende luchar contra el fenómeno representado por aquellas empresas o entidades que llevan dos o más contabilidades distintas, siendo una de ellas utilizada con fines de fraude a la

Hacienda Pública, con la intención de ofrecer una información que permita eludir el correspondiente pago de los impuestos que gravan su actividad comercial sin que sea detectada la manipulación por la Inspección de Tributos.

5.3. Artificios contables

Los apartados c) y d) art. 310 CP incluyen una parte de los artificios contables, concepto integrado por las omisiones y por las falsedades contables. En concreto, sólo tipifican los artificios contables que tengan la finalidad de entorpecer la determinación de la base imponible. La alteración de la contabilidad de una sociedad mercantil “produce una realidad aparente de su situación económica, que puede tener transcendencia sobre otras entidades que se relacionan con la que adopta una realidad contable ficticia, e incluso sobre posibles actuaciones de la Hacienda Pública al liquidar el impuesto de sociedades” (STS 25-6-2010).

Los apartados c) y d) tipifican la utilización de artificios contables destinados a la desfiguración de la base imponible en beneficio del sujeto pasivo del impuesto, que sólo son punibles cuando concurren dos condiciones. La primera es que se hayan omitido las declaraciones tributarias o las que se hayan presentado lo hayan sido estableciendo bases inexactas por motivo de la manipulación. La segunda es que las cantidades manipuladas excedan de 240.000 euros.

Los apartados c) y d) pueden estudiarse de forma conjunta porque tienen muchas diferencias con los dos anteriores. Mientras que los dos primeros casos regulan irregularidades generales de la contabilidad, las segundas regulan manipulaciones puntuales en la contabilidad. Además, a diferencia de los dos primeros, los apartados c) y d) requieren que comience la ejecución del delito fiscal (así como que la cuantía de los cargos o abonos omitidos o falseados excedan de 240.000 euros en cada ejercicio económico).

Por supuesto, no hay que confundir la contabilidad creativa y el delito contable (Blasco 1998: 33) (Bernate, 2007: 52). La frontera entre ambos conceptos es que el delito contable consiste en el incumplimiento de una Ley, y la contabilidad creativa es la utilización de una ley contable, sin incumplirla, para aprovechar al máximo su potencialidad como instrumento para la obtención de las finalidades intrínsecas pretendidas por el contable.

Para ser consideradas como delito, las omisiones y alteraciones en la contabilidad deben tener como objetivo modificar los datos con relevancia fiscal, por lo que no serán constitutivas de delito las omisiones o alteraciones que no produzcan una variación en los ingresos y gastos, en el valor contable y fiscal de los activos y pasivos, o en las diferencias temporarias del ejercicio.

El legislador establece un requisito para que un hecho sea delito al establecer como necesario que se hayan omitido las declaraciones tributarias o las que se hayan presentado lo hayan sido estableciendo bases inexactas por motivo de la manipulación. Esto supone que si el sujeto que ha cometido las infracciones contables, presenta una declaración veraz, no estará cometiendo un delito. Eso sí, las irregularidades contables serán sancionadas como infracción tributaria.

Será válida la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios. Las anotaciones realizadas por procedimientos informáticos o por otros similares, no pueden integrar la conducta tipificada en el art. 310 d) CP “mientras no sean encuadernados, que es cuando adquieren la condición de libros oficiales” (STS 16-02-01).

6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el sujeto afectado por el incumplimiento. El perjudicado inmediato por el incumplimiento de las obligaciones contables es el acreedor tributario. Así, el sujeto pasivo es el ente público titular del derecho de crédito cuyo incumplimiento es uno de los requisitos necesarios para la existencia de delito.

El delito contable protege únicamente los intereses de la Hacienda Pública, y no a la totalidad de los sujetos que pueden verse afectados por los fraudes de la contabilidad. Sólo cabe hablar de delito contable cuando se incumple una obligación contable que venga establecida por ley tributaria. Así, si la anomalía contable no vulnera ninguna exigencia tributaria pero lesiona intereses particulares, entonces no constituye delito contable, debiendo resolverse conforme a lo dispuesto en el CP para las falsedades en documentos mercantiles.

La doctrina presenta consensuadamente que el delito contable tiene como bien jurídico protegido, con carácter general, al “Erario Público” (Bajo y Bacigalupo, 2010: 361) o a la “Hacienda Pública, entendida como la persona jurídico-pública titular de ingresos fiscales destinados a cubrir las necesidades públicas” (Aparicio, 1997: 245). Sin embargo, estas afirmaciones no terminan de diferenciar completamente el sujeto pasivo porque no especifica si se refiere exclusivamente a la hacienda estatal, o también la autonómica o, incluso, la de otros organismos.

Como delito contra la Hacienda Pública, el bien jurídico protegido consiste primero en la función recaudatoria del Estado y demás organismos y entidades con capacidad impositiva, y los impuestos, como medio para el logro de determinada política económica (*vid.* art. 2.1 Ley

58/2003, General Tributaria). Por su parte el art. 31.1 Constitución establece la obligación contributiva para el sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente. Se trata de un deber de solidaridad cuyo incumplimiento encuentra la sanción penal.

Los principios que proclama el art. 31 de la Constitución son, ciertamente, los que deben inspirar la política fiscal del Estado y los que vertebran el fundamento último de la obligación de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, “pero es el poder legislativo democráticamente legitimado el que desarrolla mediante la ley, la política fiscal diseñada en la Norma fundamental y es el poder ejecutivo el encargado de establecer reglamentariamente los procedimientos por los que en cada caso se deben determinar las obligaciones tributarias” (STS 03-01-03).

Es indudable, pues, que el bien jurídico protegido “no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas” (STS 06-10-06).

La legislación debería definir que el sujeto pasivo es la Hacienda del Estado, la Hacienda foral, la Hacienda autonómica, la Hacienda local (cómo hace el art. 305.1 CP) y la Hacienda de los entes institucionales, entre ellos la Seguridad Social, siempre que se vean afectadas negativamente por el incumplimiento de las obligaciones contables.

Aunque la Hacienda del Estado es el principal sujeto pasivo también lo será el resto haciendas, como puede verse en la STS 28-03-2001 referida al delito de defraudación. En esta Sentencia aparece que la Hacienda pública de Navarra goza “en todo momento de la tutela del ordenamiento penal al mismo nivel que la Hacienda Pública del Estado”.

De igual forma, también pueden ser sujetos pasivos el resto de entes institucionales. La doctrina es favorable a ello (Aparicio y Álvarez, 2010: 17), basado, fundamentalmente en que el art. 5.1 Ley 47/2003, de 27 de noviembre, General Presupuestaria, establece que la Hacienda de los entes institucionales está dentro de la Hacienda del Estado. El ejemplo más claro es el de la Seguridad Social, porque el art. 310 CP se encuentra ubicado en el Título denominado “De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”.

7. Pena

La pena aparejada a este delito es de prisión de cinco a siete meses.

Adicionalmente, la pena prevista para las personas jurídicas es de multa de seis meses a un año y, cuando lo contemplen los jueces y tribunales, podrán imponer las siguientes penas (art. 310 bis CP):

- Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad.
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años (art. 33.7 CP).

El art. 31 bis de la LO 5/2010 establece que para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social contenidos en el Título XIV, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

8. Consumación del delito

En el caso de la letra a) del art. 310 CP, la finalidad que la Ley persigue es que “se lleve la contabilidad en un periodo determinado” (García *et. al.*, 1985: 99), por lo que el delito se consuma cuando expire dicho periodo. En la letra b) la consumación del delito se produce en el momento que se confecciona las contabilidades distintas. En el supuesto c), la consumación del delito se produce “cuando se presente la declaración tributaria que recoge las irregularidades contables” (SAP Burgos 29-03-1999: Fundamento de Derecho Segundo). En el caso d) el delito se consuma en el momento que se omite la declaración, es decir “en el momento en que la Administración comunica al contribuyente la realización de la correspondiente liquidación practicada en ausencia de la autoliquidación” (Palao, 1985: 254).

A partir de la consumación del delito debe calcularse el plazo de prescripción “que será de tres años por tratarse de delito menos grave” (SAP Burgos 29-03-1999: Fundamento de Derecho Segundo).

9. Rectificaciones de las irregularidades cometidas

La presentación, dentro del periodo voluntario, de la declaración-liquidación o autoliquidación sustituyendo a la anteriormente presentada, en la que se corrija las omisiones o falsedades contables señaladas en las letras c) y d) del art. 310, supone una falta de realización del delito.

Respecto a las rectificaciones de las irregularidades cometidas, fuera del periodo voluntario, hay dos opiniones encontradas. Un sector de la doctrina considera que la rectificación de la actuación fuera de plazo exime el delito (Pérez Royo, 1986: 228) (Aparicio *et. al.*, 1991: 141). Otra parte de la doctrina considera que lo anterior es aplicable a las infracciones administrativas para el delito de defraudación y contra la Seguridad Social, pero no para el delito contable (Aparicio y Álvarez, 2010: 25). Parece más adecuada esta segunda interpretación porque el legislador no ha especificado esta posibilidad en la definición del art. 310 CP. Admitiendo esta segunda interpretación, si el sujeto activo obligado a presentar declaración, rectificara su actuación después de haber transcurrido el plazo, este hecho es un caso de arrepentimiento espontaneo que actuara como atenuante, pero nunca como eximente.

10. Delito continuado

En la comisión del delito contable existe la posibilidad de existencia del delito continuado si concurren los requisitos del art. 74 CP.

La determinación típica del resultado referido a cada ejercicio impide la apreciación del delito continuado a base de la suma o adición de cuantías, lo que no impide que se aprecie en los casos en que se realicen las irregularidades contables punibles respecto de distintos impuestos.

Como se puede observar en la SAP Madrid 18-12-00, el acusado, entre los años 1987 y 1990, omitió la llevanza de la contabilidad y demás libros oficiales en todas sus sociedades. “No obstante la cuestión carece de trascendencia ya que estamos en presencia de un delito continuado. El delito continuado exige siempre la existencia de un plan preconcebido o idéntica ocasión, lo que supone la ejecución de múltiples actos, con el mismo *modus operandi*, que se pueden perpetrar en diferentes lugares y en tiempos próximos, y que esas diferentes acciones sean subsumibles en el mismo artículo del Código Penal”.

11. Concurso

11.1. Concurso con las normas administrativas

La vertiente material (existe otra vertiente procesal) del principio *non bis in idem* establece que nadie puede ser castigado -condenado o sancionado- dos veces por el mismo hecho. Este principio va “íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el art. 25 de la Constitución” (STS 31-10-92). Derivado de ello, es imprescindible determinar qué precepto es el que debe aplicarse en caso de coincidencia entre cualquier norma penal y administrativa. Si una misma conducta cae en los ámbitos del injusto penal y del ilícito administrativo se investigará primero su adecuación en el precepto penal que, de comprobarse, excluirá la sanción administrativa. “Si no existió conducta penalmente relevante, continuará el procedimiento administrativo para determinar si hay responsabilidad administrativa” (Ferré, 1988: 26).

Como se observa en el cuadro 3, un mismo comportamiento cae en el ámbito penal y administrativo en un gran número de ocasiones, pues el legislador reguló superpuestas grandes zonas de punibilidad. Aunque no existe total coincidencia entre ambas regulaciones (pues la LGT tiene un ámbito mayor, permitiendo la sanción administrativa para un número mayor de conductas), es posible observar que ambas son disposiciones similares con un contenido material semejante y una misma estructura lógica.

Cuadro 3. Naturaleza de las infracciones tributarias y sus sanciones

ILÍCITO ADMINISTRATIVO (LGT)	ILÍCITO PENAL (CP)
Inexactitud u omisión de operaciones en la contabilidad o en los libros y registros exigidos por las normas tributarias	<p>No haber anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas (art. 310.c CP)</p> <p>Haber practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias (art. 310.d CP)</p>
Incumplimiento de la obligación de llevar o conservar la contabilidad, los libros y registros establecidos por las normas tributarias, los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados	Incumplimiento absoluto de la obligación de llevanza de contabilidad en régimen de estimación directa de bases tributarias (art. 310.a CP)
Llevanza de contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico que dificulten el conocimiento de la verdadera situación del obligado tributario	Llevanza de contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa (art. 310.b CP)

Fuente: elaboración propia

Para precisar cuándo una conducta es subsumible en el precepto penal y cuándo en la norma administrativa, se realiza la siguiente distinción. En las letras a) y b) del art. 310 CP se cometerá el delito contable en el caso de incumplimiento absoluto y total de llevanza de contabilidad en régimen de estimación directa de las bases, y en el caso de llevar varias contabilidades, siempre y cuando, esto se haga con ánimo de engañar. El resto de conductas posibles en relación con estos dos casos de incumplimiento total de llevanza de contabilidad y de llevar contabilidades diversas serán sancionables como meras infracciones administrativas. En las letras c) y d), la separación del delito contable de la infracción es más sencilla, ya que el criterio de separación es cuantitativo.

11.2. Relación con el delito de falsedad documental

El art. 392 CP establece que el particular (para diferenciarlo de la autoridad o funcionario público del art. 390 CP) que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Las conductas del art. 310 CP pueden ser calificadas de falsedades en documento mercantil castigadas en el art. 392 CP.

El concurso debe ser analizado según la finalidad del delincuente. Cuando la falsedad tiene, exclusivamente, la intención de defraudar a Hacienda, estamos ante un “concurso de normas y no de delitos” (Ferré, 1988: 235), ya que en el art. 310 CP la falsedad en documento se describe como actividad específica del tipo de injusto. Por lo tanto, el concurso de normas se resolverá a favor del delito contable según el principio de especialidad (art. 8 CP regla 1), en virtud del cual, cuando la motivación sea exclusivamente fiscal existe un delito contable y, si se consuma la defraudación un delito fiscal. Así lo entiende la jurisprudencia: “como la utilización de las facturas falsas fue utilizada como instrumento para la defraudación al fisco, quedan subsumidas en el delito contra la Hacienda Pública las falsedades documentales producidas por la emisión de facturas de contenido ficticio e irreal” (Sentencia del Juzgado Central de lo Penal 17-11-98, Fundamento de Derecho Tercero).

Sin embargo, cuando las irregularidades en la contabilidad tuvieran la finalidad de defraudar a la Hacienda Pública, pero también otras intenciones, como por ejemplo defraudar a terceros, existiría un concurso ideal de delitos. En este caso, el concurso se resolvería a favor del delito de falsedades en documento mercantil del art. 392 CP, salvo que la alteración de los datos falsos relativos al estado contable se produjera con el fin de lograr indebidamente la declaración de concurso de acreedores, pues entonces producirá un delito de falsedad del estado contable para alcanzar la situación concursal regulado en el art. 261 CP.

Las alteraciones contables se pueden producir con cuatro motivaciones principales. La primera intenta aumentar los activos e ingresos (o disminuir los gastos o pasivos) para ofrecer una mejor imagen de la sociedad para asegurar el puesto de los administradores o para obtener más recursos de los proveedores de financiación, ya sean bancarios o del mercado bursátil. La segunda finalidad intenta aumentar los gastos o pasivos (o disminuir los activos e ingresos) para ofrecer una imagen desfavorable con la intención de obtener una ayuda, subvención o en una estrategia frente a impagos a terceros. La tercera finalidad intenta aumentar los gastos o pasivos

(o disminuir los activos e ingresos) para ofrecer una imagen desfavorable, logrando indebidamente la declaración de concurso de acreedores. La cuarta finalidad intenta aumentar los gastos o pasivos (o disminuir los activos e ingresos) para intentar pagar menos impuestos. Cuando la motivación de alterar la contabilidad posee la cuarta finalidad fiscal y, simultáneamente, la primera o la segunda motivación, existe un delito de falsedad documental. Si la motivación posee la tercera finalidad, y a la vez la cuarta fiscal, se producirá un delito de falsedad del estado contable para alcanzar la situación concursal.

La ubicación de cada delito a un hecho delictivo es relevante porque las penas son distintas para cada delito. La pena del delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco es el que posee una pena menor, aunque con una dimensión más amplia. Tienen un nivel intermedio de penas el delito de falsedad en documento mercantil y el delito de falsedad del estado contable para alcanzar la situación concursal. El delito más penado es el delito de defraudación tributaria.

La pena del delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco es de prisión de cinco a siete meses; adicionalmente, la pena prevista para las personas jurídicas es de multa de seis meses a un año y, la posibilidad de imponer penas adicionales. El delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 CP será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. El delito de falsedad del estado contable para alcanzar la situación concursal del art. 261 CP es castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses. El delito de defraudación tributaria será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de 120.000 euros.

11.3. Relación con el delito de defraudación tributaria

El delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco está relacionado, y es “compatible y acumulable” (Álvarez, 1997: 33) (Ferro, 2007: 39) con el delito del art. 305 CP. Este último es denominado indistintamente por la doctrina defraudación tributaria (Ayala, 1988: 375), delito tributario (Rossy: 1989:4) o delito fiscal (STS 27-12-90) (Ferro, 2007: 39).

Según el art. 305.1 CP, el que por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente

devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía. Las penas señaladas se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) la utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario, y b) la especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

Por tanto, si la defraudación es menor de 120.000 euros, el hecho es un delito contable, no de defraudación tributaria, por lo que no existirá concurso.

Cuando el sujeto pasivo haya cometido el delito del art. 310 CP con el fin de cometer defraudación tributaria, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia considera que esta produce un supuesto de concurso de leyes que deberá resolverse con arreglo del principio de consunción (art. 8 CP regla 3) “a favor del art. 305 CP” (Ayala, 1988: 375) (Ferré, 1988: 236) (Sánchez-Ostiz, 1995: 616) (Boix: 1998) (Boix y Mira: 2000) (Martínez Pérez: 1994; 1986; 1982) (Bajo y Bacigalupo, 2010: 365) (Aparicio y Álvarez, 2010: 29) (Morales, 2011b: 1129).

La jurisprudencia observa la relación de consunción, en la que el delito contable queda consumido o absorbido por el art. 305 CP, “siendo la relación concursal de normas no de delitos” (STS 14-12-1990) (STS 26-11-1990) (STS 27-12-1990) (STS 31-10-1992) (SAP A Coruña 06-05-1993) (SAP Lleida 15-07-1993) (SAP Barcelona 17-11-1997) (SAP Valencia 03-12-1998) (SAP Madrid 08-07-1999) (SAP Burgos 16-12-2002) (SAP Valencia 09-07-2004). No es posible “castigar con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito, después consumado, a que dicho acto se refiere, porque constituiría una vulneración del principio esencial *non bis in idem*” (STS 27-12-1990) (STS 31-10-1992), por lo que “el delito contable queda consumido o absorbido” por el art. 305 CP (STS 09-03-1993) y, por tanto, “con sanción exclusivamente por el delito de impago de impuestos” (STS 28-12-2000).

Sólo son punibles los comportamientos del art. 310 CP en los supuestos de inaplicabilidad del art. 305 CP; esto se debe a que el delito contable es un delito instrumental en la medida que sanciona “actos preparatorios” de una infracción tributaria (SAP Madrid 23-06-2005). La configuración del delito contable como delito instrumental está ampliamente recogida en la jurisprudencia (STS 21-10-1992) (STS 28-12-2000) (STS 28-12-2001) (STS 29-6-2002) (STS 17-04-2006). Producida la defraudación ésta absorbe y consume las precedentes irregularidades contables. “Los comportamientos del delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal sólo resultan punibles en los supuestos de inaplicabilidad del delito de defraudación a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales” (STS 26-11-1990) (STS 10-10-2001). El delito contable es “un acto preparatorio, que por decisión legislativa adquiere la condición de figura penal propia pero que en sustancia no pasa de ser una modalidad del delito llamado fiscal o contra la Hacienda. Sólo desde esta perspectiva puede ser contemplado” (SAP Madrid 28-12-2000). “El delito contable es un delito instrumental en la medida que sanciona actos preparatorios de una infracción tributaria anticipando las barreras de protección penal, que sólo queda elevado a categoría de delito autónomo cuando no se haya producido la defraudación a Hacienda constitutiva de delito” (STS 28-12-2000) (STS 29-06-2002).

Frente a esta corriente mayoritaria, parte de la doctrina sostiene que en este supuesto existe un concurso de delitos (Gracia, 1990: 345-347) (Lamarca, 1985: 796), que obligaría a sumar las penas de ambos preceptos. “Es clara la distinción entre el deber de declarar y otros deberes formales, especialmente el deber de llevanza de contabilidad y registro, pues cumplen funciones propias específicas y distintas en las diferentes fases del procedimiento de gestión” (Gracia, 1990: 347), por ello, “el delito contable no puede ser entendido como un tipo dependiente de preparación de una defraudación tributaria” (Gracia, 1990: 347). Incluso, la SAP Valladolid 20/03/1997 castigó aisladamente ambos delitos.

Esta última alternativa, aunque minoritaria parece la correcta, porque no puede tener la misma pena una persona que defrauda, que otra que defrauda y además altera intencionalmente los registros contables. Además, debe tenerse en cuenta que los deberes de llevanza de la contabilidad tienen muchas motivaciones, y sólo una de ellas es la tributaria, por lo que no puede considerarse que los primeros deberes siempre tienen un carácter instrumental sobre los segundos; en algunos casos, las infracciones contables son un instrumento para una infracción tributaria, pero otras veces la infracción contable tiene otras intenciones. En la actualidad este problema está resuelto con el concurso con otros dos delitos (de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco y de falsedad del estado contable para alcanzar

la situación concursal), pero sería deseable que el legislador hubiera definido un delito contable autónomo independiente de los otros dos delitos.

Conclusiones. Propuestas para mejorar la tipificación del delito contable

En la actualidad es posible plantearse la conveniencia, tanto de la criminalización de las infracciones contables, como de que siga manteniéndose el carácter instrumental de los delitos contables frente a los delitos fiscales, pues ambas medidas son discutibles.

La primera alternativa es que el legislador elimine el delito contable, manteniendo únicamente el delito fiscal y las infracciones contables, de forma que se ahorren los procedimientos penales de tipo exclusivamente contable, siendo medidas disuasorias suficientes las establecidas por los procesos administrativos aplicados con todo rigor. En este contexto, la infracción contable debería ser únicamente sancionada administrativamente y ser tipificada penalmente solo cuando el hecho dé lugar a evasión tributaria, es decir, cuando suponga un perjuicio material para la Hacienda Pública. Siguiendo esta propuesta, solo existirán las infracciones administrativas de naturaleza mercantil y la alteración de la contabilidad nunca supondrá un delito, salvo que suponga una defraudación, lo que sería un delito fiscal.

La segunda alternativa se produciría si existiera una fuerte corriente de opinión que hiciera imposible eliminar el delito contable. En este entorno, la legislación debería configurar el delito contable, de forma que permitiera ser penado de forma independiente del delito de defraudación tributaria, para que ambas actuaciones pudieran ser consideradas simultáneamente como delito.

En el momento actual, con una crisis económica prolongada, y con una necesidad imperiosa de acumulación de recursos públicos, existen motivaciones de la opinión pública para conceder un papel fundamental a la persecución de hechos que podrían minorar los recursos públicos, priorizando el nivel de prevención que concede el Código Penal. De esta forma, la segunda alternativa será la más aceptada en el actual contexto económico y social. Así, es necesario un cambio legislativo para establecer una separación radical entre el delito contable y el de defraudación tributaria, configurando el primero para que sea compatible con el segundo y no quede, como sucede en la actualidad, en caso de concurrencia, subsumido por él. Un cambio legislativo en este sentido podría ser una buena medida para aumentar la disuasión, pero hasta que la legislación no sea modificada, esto no será posible y, en caso de existencia de delito de defraudación tributaria, nunca se podrá imputar delito contable.

La propuesta de separación radical entre el delito contable y el de defraudación tributaria es válida en estos momentos, no tanto para acumular las penas, sino para asegurarse la posibilidad de que adicionalmente se pueda imputar delito contable a las personas jurídicas. Si con la redacción actual una empresa altera la contabilidad para defraudar y el fraude se produce, se debe aplicar el delito de defraudación tributaria únicamente, en este escenario las actuales penas son lo suficientemente gravosas como para no reclamar una acumulación de penas con el otro delito, el contable. Esta no es la finalidad. Realmente se deberían separar porque son dos hechos diferentes, y porque así es posible imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, cosa que no ocurriría en la actualidad, pues únicamente se penaría el delito fiscal. Así, las personas jurídicas serían condenadas por el delito contable (porque el delito fiscal no está entre los supuestos en los que se amplía la responsabilidad a las personas jurídicas), y las personas físicas por el delito contable y fiscal al mismo tiempo. La necesidad de imponer penas a las personas jurídicas es lo suficientemente importante como para recomendar esa modificación legislativa. Con esta medida se estaría luchando con aquellas figuras delictivas, establecidas en el preámbulo de la LO 5 del 2010, donde la posible intervención de las personas jurídicas se hace más evidente.

El aspecto fundamental para considerar al delito contable como instrumental del delito fiscal (como actualmente lo hace la legislación española), es aceptar que la única motivación para alterar los registros contables es pagar menos tributos, lo cual no es cierto. La alteración de los registros puede tener múltiples finalidades, una de ellas, incluso, es el aumento de ingresos y activos de forma que, aunque se abone una cuota mayor de impuestos, ofrezca una imagen más favorable para solicitar recursos financieros al mercado. Si las motivaciones pueden ser muchas, no solo la de defraudar impuestos, es imprescindible considerar que ambos son delitos autónomos. El delito contable se produce cuando se alteran las cuentas por cualquier finalidad, y el delito fiscal se produce cuando por acción u omisión, se defrauda a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, ya sea por medio de una modificación de los registros contables o no.

Si admitimos la propuesta de esta investigación, la redacción del delito contable debe ser modificada de forma drástica, puesto que tiene que configurarse de forma que sea independiente, autónoma y, sobre todo, compatible con el de defraudación tributaria. El delito contable debe ser independiente del delito fiscal, lo que supone eliminar la actual consideración del delito contable como instrumento para adelantar la persecución penal del delito fiscal. La manifestación más importante de este nuevo diseño del delito es su conceptualización fuera de

las nociones fiscales. El delito no puede depender de que la llevanza de la contabilidad esté establecida en una legislación fiscal, al contrario, la obligación contable debe partir de una legislación mercantil (o contable). Todo lo anterior debería quedar plasmado en la redacción de artículo 310 del CP. Esta nueva consideración del delito tiene repercusiones en todo su desarrollo:

- El bien jurídico protegido ya no es el erario público, sino el conjunto de usuarios de la contabilidad.
- El comportamiento típico es independiente de la motivación fiscal para defraudar, únicamente se requiere que: (a) se incumpla de forma absoluta la obligación de llevar las cuentas según la legislación contable y mercantil; (b) se lleven contabilidades distintas, independientemente de cuáles sean las motivaciones que tenga esta acción, y (c) se hayan cometido omisiones y falsedades contables con la intención de defraudar o con cualquier otra intención.
- El concurso queda totalmente modificado. Existirá un delito contable cuando se produzca el hecho injusto. Independientemente, existirá un delito fiscal cuando se produzca un fraude a la hacienda. Por tanto, el delito contable no es instrumental al delito fiscal, y una persona puede cometer ambos.

Pero incluso sin realizar estas modificaciones tan drásticas, quedándonos en el paradigma actual, es necesario realizar una serie de modificaciones en el art. 310 CP para adaptarlo al entorno económico actual.

1. La redacción del art. 310 a) CP mejoraría si se especificara que este delito se comete con cualquiera de los tres siguientes actos: si no hay ni un asiento en los libros contables, si el contribuyente no pone los libros a disposición de la Administración tributaria o si el incumplimiento de los deberes contables fuera de tal naturaleza que hiciera imposible la función que en materia de tributos están llamados a realizar los libros o registros fiscales.
2. Con la redacción actual, del art. 310 a) CP, el delito sólo es punible para los supuestos de estimación directa de la base tributaria. Esta limitación es un error porque existe deber de registro en algunos supuestos de estimación objetiva, en concreto en los que deduzcan amortizaciones y los que determinen su rendimiento neto en función del volumen de operaciones. El artículo debería modificarse para aumentar la punibilidad a los supuestos de estimación objetiva, explicitando que debe ser aplicable a todos los

sujetos obligados a tributar, tanto por el método de estimación directa, como por el método de estimación objetiva.

3. Respecto al art. 310 b) CP, el delito requiere, no sólo que existan dos contabilidades, sino que una sea presentada a la Hacienda Pública y la otra a cualquier otro usuario de la contabilidad financiera. Si no se presenta a otro destinatario de la información financiera, nada más que a la Hacienda, no existirá tal delito. La legislación debería especificar que la obligación de llevar los libros contables se compone a su vez de cuatro obligaciones: obligación de registrar los hechos económicos en los libros contables, obligación de firmar los libros contables, obligación de conservar los libros contables y obligación de presentar los libros contables. Esto supone que para que exista este delito es necesario hacer valer frente a terceros una contabilidad registrada, firmada, conservada y presentada distinta a la entregada a la Hacienda Pública.
4. Con la actual redacción, para que se perfeccione el delito del art. 310 b) CP es necesario que la doble contabilidad persiga fines defraudatorios tributarios. No será punible una segunda contabilidad que, aun ocultando o simulando la verdadera situación de la empresa, no persiga una finalidad defraudatoria, si no que persiga cualquier otra finalidad de modificación de la imagen económico-financiera de la entidad. De la misma forma, la conducta es impune si la doble contabilidad, aun siendo creada para satisfacer los fines fraudulentos, no llega a utilizarse para ello, si no que se utiliza para otras finalidades como para realizar la liquidación o para solicitar recursos al mercado de capitales. La redacción del delito contable de doble contabilidad debería basarse en alteraciones de los registros contables no limitarse a la finalidad defraudatoria tributaria porque en sí misma la duplicidad de registros debe ser una conducta delictiva.
5. El art. 310.b CP intenta evitar que una de las contabilidades sea utilizada por el obligado tributario para pagar menos impuestos, sin embargo, el legislador y la jurisprudencia se limitan a afirmar que “oculten o simulen la verdadera situación de la empresa”. La redacción debería ser mejorada incidiendo en la finalidad del contribuyente para ahorrarse el pago de impuestos, más que incidir en el reflejo de una “verdadera” situación que ninguna normativa contable puede garantizar.
6. El legislador debería concretar cuál es el sujeto pasivo del delito porque no especifica si se refiere exclusivamente la Hacienda estatal, o también la autonómica o, incluso, la de otros entes públicos. El legislador debería especificar que no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente las necesidades públicas, por lo que el sujeto pasivo es la Hacienda

del Estado, la Hacienda foral, la Hacienda autonómica, la Hacienda local y la Hacienda de los entes institucionales, entre ellos la Seguridad Social, siempre que se vean afectadas negativamente por el incumplimiento de las obligaciones contables.

Bibliografía

APARICIO PÉREZ, A. (1997) *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código Penal de 1995*. Valladolid: Lex Nova.

— (1991) “El delito de fraudes contables”, *Actualidad Tributaria*, (n.º 14) 243-247.

APARICIO PÉREZ, A.; ÁLVAREZ GARCÍA, S. (2010) “El llamado delito contable”, *Crónica Tributaria*, (n.º 136) 7-35.

APARICIO PÉREZ, A.; BAENA AGUILAR, A.; GARCÍA DE LA MORA, L. & MARTÍNEZ LAGO, M.A. (1991) *Delitos e infracciones tributarias: teoría y práctica*. Valladolid: Lex Nova.

ARROYO ZAPATERO, L. (1987) *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*. Madrid: Ministerio de Justicia..

BACIGALUPO, S. (2011) “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, *Diario la Ley*, (n.º 7541) 1-8.

— (2010) “La responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de ‘compliance’ (a propósito del proyecto de reforma del Código Penal de 2009)”, *La Ley*, (n.º 3818) 1-8.

— (1985) “La responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)”, en AA.VV. (2003) *Comentarios a la Legislación penal-La reforma penal de 1983*, T. V, vol. 1, Madrid, pp. 379 y ss.

BAJO FERNÁNDEZ, M. (1978) *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S. (2010) *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces.

BAUMANN, J. (1963a) “Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung”, *NJW*, pp. 561-565.

— (1963b) “Täterschaft und Teilnahme”, *JuS*, pp. 56-59.

— (1963c) “Gedanken zum Eichmann-Urteil”, *JZ*, pp. 110-121.

BAUMANN, J.; WEBER, U. & MITSCH, W. (1995) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. 10ª ed., Aufl. Giesecking, Bielefeld, § 29, Rn.14.

BERMEJO RAMOS, J. (1985) “Tratamiento de los delitos contra la Hacienda Pública en la nueva regulación del Código Penal”, *Gaceta Fiscal*, nº 24, pp. 117 y ss.

BLASCO LANG, J. J. (1998) “De la contabilidad creativa al delito contable”, *Partida Doble*, (n.º 85, enero) 33-39.

BOIX REIG, F. J. (1996) “Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, (n.º 20) 261-288.

BOIX REIG, F. J. & MIRA BENAVENT, J. (2000) *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BUSTOS RAMÍREZ, J. (1991) *Manual de derecho penal. Parte especial*. 2ª. ed. Barcelona: Editorial Ariel, Serie Derecho.

HEINE, B. (2002) “Modelle originärer (straf-) rechtlicher Verantwortlichkeit von Unternehmen”, en HETTINGER (ed.) (2002) *Reform des Sanktionsrecht. Bd. III: Verbandstrafe*. Baden-Baden; pp. 121-154.

HIPPEL, R. von (1932) *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin.

— (1930) “Deutsches Strafrecht”, II, en: Bände, J. Springer, p. 482.

KIENAPFEL, C. (1984) “Diethelm Kienapfel, Strafrecht Allgemeiner Teil”. Mit Einführungen in programmierter Form, 4ª. ed.

MARTÍNEZ PÉREZ, C. (1994) “El delito societario de administración fraudulenta”, *Estudios Penales y Criminológicos*, (XIX) 156-324.

— (1986) “Incumplimiento de obligaciones contables”, en: *Comentarios a la Legislación Penal*. T. VII. Madrid: Derecho Reunidas.

- (1982) *El delito fiscal*. Madrid: Montecorvo.
- MAURACH, REINBART (1962) *Tratado de Derecho Penal*. (Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ediciones Ariel.
- MAURACH, R.; GÖSSEL, K. H. & ZIPF, H. (1995) *Derecho penal. Parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Astrea.
- MUÑOZ CONDE, F. (2007) *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 16ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PALAO TABOADA, C. (1985) “Notas sobre el nuevo delito contable-tributario”, *Crónica Tributaria* (n.º 136/2010) 251-256.
- PÉREZ ROYO, F. (1986) *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Polaino Navarrete, M. (1985) “El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, (IX) 199-213.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2011) “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en: AA.VV. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), (2011) *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor; pp. 613-763.
- ROSAL BLASCO, B. del (1998) *Los delitos societarios en el CP de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROSSY, J. M. (1989) *El delito fiscal*. Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (1995) *El delito contable tributario. Interpretación y análisis dogmático del artículo 350 bis del Código Penal*. Pamplona: Aranzadi.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, A. (2001) “El sujeto activo en los delitos contra la administración pública”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (n.º 68) 13-42.

