

PROBLEMÁTICA CONCURSAL EN TORNO AL DELITO DE PRESENTACIÓN DE DATOS CONTABLES FALSOS DEL ART. 261 DEL CP.

(ESPECIAL REFERENCIA A SUS RELACIONES CON EL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO DE LA SOCIEDAD)

Eva María Souto García

1.- INTRODUCCIÓN

El legislador penal de 1995, haciéndose eco tanto de la tradición jurídica existente en nuestro país como de las nuevas necesidades expuestas por la doctrina y la propia sociedad, tipifica una serie de conductas que presentan como eje fundamental, de un lado, la situación de insolvencia, y de otro, el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles. En el primer caso se trata de los delitos de insolvencia punible, delitos éstos de larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico¹, que tras la entrada en vigor del actual Código penal sufren ciertas modificaciones y, ante todo, plausibles ampliaciones en cuanto al catálogo de conductas tipificadas. Por su parte, los delitos societarios, sitos también en el Título XIII del CP, comprenden determinadas conductas dirigidas a tutelar principalmente los intereses de los socios, de la propia sociedad y de terceros. El Capítulo XIII recoge bajo la rúbrica “De los delitos societarios” un total de seis conductas delictivas que presentan como elemento común el hecho de estar encuadradas en el marco de la actividad de las sociedades mercantiles. La doctrina ha llegado a calificar su ausencia como <<inexplicable>> e incluso <<escandalosa>>².

La cuestión objeto de análisis en este trabajo se centra principalmente en los concursos que pueden producirse entre el novedoso artículo 261 del CP y el delito de falsedad en documento de la sociedad del art. 290. Por razón de la materia será inevitable detenerse en los posibles concursos entre estos tipos delictivos y los delitos de falsedades documentales comunes de los arts. 390 y siguientes. La sistemática propuesta en este trabajo parte del análisis de ambos tipos delictivos, su distinción frente a figuras afines y su concreta problemática concursal.

¹ Sobre la evolución de los delitos de insolvencia en nuestro ordenamiento jurídico puede verse MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, Bosch, Barcelona 1999, pp. 15 a 35.

² Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., “Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (Dir), Colección cursos y congresos nº 45, Servicio de publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña 1998, p. 81.

II. EL DELITO DE PRESENTACIÓN DE DATOS CONTABLES FALSOS DEL ART. 261³.

a) Bien jurídico protegido y contenido del injusto.

A juicio de la doctrina mayoritaria, se trata de un delito de insolvencia que, al igual que los restantes delitos componentes de la familia delictiva de las insolvencias punibles, presenta como bien jurídico protegido <<el derecho de crédito de los acreedores>>⁴. Ahora bien, debido a las especialidades que presenta el tipo delictivo del art. 261, esta afirmación inicial ha sido matizada por la doctrina. Algunos autores sostienen que lo que se salvaguarda es el derecho de crédito de los acreedores ante las conductas falsarias⁵ y otros que el derecho de crédito se protege indirectamente tutelando el correcto funcionamiento del procedimiento concursal⁶. Con todo, todas las definiciones dadas responden en definitiva a la misma idea de protección del derecho de crédito.

Respecto de esta cuestión, empero, pueden y deben realizarse ciertas matizaciones. Desde la criminalización de estas conductas, el sector doctrinal dominante sostiene que lo que se protege con los delitos de insolvencia punible es el derecho de satisfacción de los créditos contraídos que asiste a los acreedores y que les habilita a ejecutar el cobro sobre el patrimonio del deudor. Según el art. 1911 del Código civil el deudor responde de sus deudas con sus bienes presentes y futuros y estos están sujetos como garantía al pago de las obligaciones contraídas⁷. Por todo ello, los delitos de insolvencia serían pues, al hilo de esta argumentación, un claro ejemplo de la categoría de los delitos patrimoniales. Por su parte, autores como BUSTOS RAMI-

3 Debe advertirse de que a lo largo de este trabajo se manejarán términos y conceptos como el de quiebra o suspensión de pagos que actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, ya no tienen aplicación práctica. La nueva Ley Concursal, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de septiembre de 2004, sustituyó a la anterior legislación mercantil y civil sobre quiebra, suspensión de pagos y concurso de acreedores. Debido a las modificaciones operadas por la Ley Concursal se ha dado una nueva redacción a los artículos referidos a las insolvencias punibles en el Código Penal mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre. La Ley ha optado por denominar al nuevo y único procedimiento como concurso. La elección se fundamenta en un intento de eliminar las connotaciones negativas que tradicionalmente acompañaban a los antiguos procedimientos previstos en las normas mercantiles y civiles, y especialmente en el caso del procedimiento de quiebra. Vid. HERNÁNDEZ MARTÍ, J., Concurso e insolvencia punible, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 24 y la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio.

4 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2005, p. 132.

5 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC., J-L., *Los delitos de quiebra*, Tirant lo blanch, Valencia 2000, p. 256.

6 Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 471 o GÓMEZ-BENÍTEZ, J-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, Colex, Madrid 2002, p. 246.

7 Vid. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit. pp. 64 y ss. Igualmente VIVES ANTÓN, T-S., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p. 484. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por esta visión, puede verse la STS 732/2000, de 27 de abril y la STS 425/2002, de 11 de marzo. Interesante es la interpretación que de los delitos de insolvencia realiza GALLEGO SOLER, J-I., *Patrimonio y perjuicio patrimonial*, Tirant lo blanch, Valencia 2002, p. 77. Para este autor sí se trataría de delitos patrimoniales pero originalmente califica a los delitos de insolvencia como <<tipos con referente patrimonial individual mediatizado>>, lo que, como explica el autor, significa que <<estamos ante un referente inmediato que opera como único bien jurídico penal –el derecho de los acreedores al cobro de su obligación en el patrimonio del deudor– y un referente mediato que sería la funcionalidad del sistema socioeconómico, que funciona todo lo más como *ratio legis* que justificaría la decisión política de la incriminación de la conducta>>.

REZ⁸ o QUERALT JIMÉNEZ⁹ se manifiestan totalmente contrarios a esta teoría principal y entienden que el bien jurídico protegido se identifica con el <<correcto funcionamiento del sistema crediticio>>. Se trata, pues, de un bien jurídico de corte supraindividual y, en consecuencia, clasifican los delitos de insolvencia como socioeconómicos¹⁰. La fundamental crítica que se formula a estas teorías es la imposibilidad de fijar la puesta en peligro o lesión de este bien jurídico debido a la indeterminación que lo caracteriza¹¹. Completamente diferente es la visión de NIETO MARTÍN, para quien no puede hablarse de un bien jurídico común a todas las figuras de insolvencia. Afirma el autor la existencia de diferentes bienes jurídicos según el delito del que se trate. Así, mientras que los delitos de alzamiento de bienes protegen en primera instancia el derecho del acreedor al cobro de sus créditos, los delitos concursales tutelan el sistema crediticio y su funcionamiento¹².

Otra posibilidad sería aquélla que partiese de la tutela conjunta de ambos bienes jurídicos, esto es, tanto el patrimonio del acreedor como el orden socioeconómico. No obstante lo dicho, la protección penal se dispensa desde dos planos diferentes. Así, es posible identificar un bien jurídico protegido en sentido dogmático y, conjuntamente, un bien jurídico mediato. El bien jurídicamente protegido en primer término, a saber, <<el derecho de crédito del acreedor>>, será el bien jurídico cuya puesta en peligro o lesión presupone la consumación de los delitos. Por su parte, el bien mediato sirve a una función diferente, esto es, legitimar la intervención penal y funcionar como indicador de la lesividad o legitimidad en abstracto de la conducta¹³. Así entendido, las insolvencias punibles entrarían en la categoría de delitos económicos en sentido amplio o impropio, pero siempre teniendo presente que lo que realmente servirá a la interpretación de los tipos y al análisis de la conducta es el bien jurídico <<derecho de crédito>>¹⁴.

Ante todo, y antes de analizar la conducta delictiva, debe aclararse que el delito del art. 261 del CP presenta como característica fundamental frente al resto de insolvencias punibles la innecesariedad de que el sujeto activo provoque su insolvencia. La conducta descrita en el tipo consiste en la presentación de datos falsos sobre el estado contable del deudor o acreedor que solicita la declaración del concurso, lo que se traduce, a su vez, en una conducta falsaria caracterizada por llevarse a cabo en un escena-

8 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel Derecho, Barcelona 1986, p. 314.

9 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.-J., *Derecho Penal. Parte Especial*, J.M. Bosch. Editor. S.L., Barcelona 1996, p. 569.

10 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 310. En esta misma línea puede verse, aunque con matizaciones, JAÉN VALLEJO, M., “Las insolvencias punibles”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 58, 1996, p. 28 y ss.

11 Vid. RUIZ MARCO, F., *La protección penal del crédito*, Dilex, Madrid 1995, p. 333.

12 Vid. NIETO MARTÍN, A., “Las insolvencias punibles en el nuevo Código Penal”, en *Actualidad Penal*, nº 40, Madrid 1996, marg. 779.

13 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, en *La ciencia del Derecho Penal en el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Prof. Doc. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2002, p. 414.

14 En este trabajo se sigue el esquema propuesto por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales”, cit., p. 413, quien al clasificar los delitos económicos establece una triple división: delitos económicos orientados a la tutela de un bien jurídico supraindividual general institucionalizado sin referente individual, delitos económicos orientados a la tutela de un bien jurídico supraindividual institucionalizado con referente patrimonial individual, delitos económicos orientados a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien colectivo. A este último grupo pertenecen según su criterio tanto los delitos de insolvencia como los delitos societarios entre otros.

rio específico, a saber, el procedimiento concursal¹⁵. La doctrina mayoritaria sostiene además que se trata de un delito de peligro para el bien jurídico protegido¹⁶. Esta afirmación se sustenta sobre la idea de que no es necesario para la consumación del delito que se obtenga la indebida declaración del concurso o se cause un perjuicio económico sino que, antes al contrario, es suficiente la presentación de los datos falsos¹⁷. Así entendido, la presentación de los documentos materializa el peligro penalmente relevante y justifica la imposición de la sanción penal¹⁸.

b) Conducta típica.

Otro de los rasgos característicos y más sobresalientes de este delito es el hecho de que se trate de una figura delictiva que criminaliza un supuesto de falsedad ideológica cometida por particular¹⁹. Se configura así como una excepción a la regla general de la impunidad de las conductas falsarias consistentes en la falta de veracidad que, salvo en contadas ocasiones, no se sancionan cuando el autor es un particular. En lo que se refiere a este punto es necesario recordar que la doctrina, en relación con las conductas de falsedad que el Código penal tipifica, diferencia entre lo que debe considerarse falsedad material y lo que se comprende por falsedad ideológica²⁰.

El contenido de ambos conceptos no está del todo perfilado en la doctrina y excedería de los límites de este trabajo exponer las visiones particulares de cada sector doctrinal²¹. En el caso de la falsedad material lo que se altera es el carácter auténtico o genuino del documento²². La falsedad material supone una intervención sobre el documento de forma que éste deja de ser genuino, es decir, que el documento o no procede

15 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, OCTAVIO DE TOLEDO, E./ GURDIEL SIERRA, M./ CORTÉS BECHIARELLI, E., (Coord), Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 680. De la misma opinión ROBLEDÓ VILLAR, A., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Bosch, Barcelona 1997, p. 268 y GONZÁLEZ RUS, J.-J., “Las insolvencias punibles”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL, M., (Coord), Dykinson, Madrid 2004, p. 539.

16 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 132.

17 A este respecto la doctrina es unánime y puede verse entre otros GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L., “Presentación de datos falsos relativos al estado contable en las insolvencias punibles”, en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. II, ARROYO ZAPATERO, L.-A./ BÉRDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Dir), Ed. Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca 2001, p. 179.

18 Si bien la doctrina se muestra coincidente en entender que el art. 261 del CP describe un tipo de peligro, las opiniones varían respecto de la cuestión de si el peligro debe ser concreto o abstracto. Para GÓMEZ-BENÍTEZ, J.-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., p. 246, <<la solicitud documentada que entra en el Juzgado implica necesariamente un peligro concreto de que se produzca la declaración judicial, en el sentido tradicional de la proximidad de la acción con respecto a un efecto determinado. Por su parte GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 256 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 133, se inclinan por el peligro abstracto al entender que la consumación se produce ya con la mera actividad de presentación, sin que hasta entonces exista delito alguno.

19 Vid. por todos GONZÁLEZ CUSSAC, J.-L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 249. Asimismo RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, en *Dogmática y Ley penal*, Libro Homenaje a E. BACIGALUPO, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ ZUGALDÍA ESPINAR, J.-M., (Coord), Marcial Pons, Barcelona-Madrid 2004, p. 1173.

20 Vid. BONÉ PINA, J.-F./ SOTERAS ESCARTÍN, R., *De las falsedades*, Bosch, Barcelona 2000, p. 153.

21 Para una visión más amplia de la diferencia entre la falsedad ideológica y material puede verse VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona 1999, pp. 323 y ss.

22 Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 735. Sobre el concepto de autenticidad puede verse VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, cit., p. 470. Debe diferenciarse en los delitos de falsedad entre la autenticidad y la veracidad. El documento puede ser inauténtico a pesar de que contenga un tenor que objetivamente sea cierto y viceversa, puede ser auténtico aunque incluya manifestaciones que sean inveraces.

de la persona que aparece como autor o se han alterado algunos de sus elementos esenciales²³. La falsedad material se produce en los casos en que el autor real y el aparente no son coincidentes o bien, se han modificado elementos esenciales como la fecha, el lugar de emisión y el timbre, signos estos de identidad del documento²⁴.

Por su parte la falsedad ideológica se caracteriza por afectar a la veracidad del documento²⁵, es decir, consiste en la aseveración de lo que no es cierto, afectando entonces al contenido del documento²⁶. La jurisprudencia la ha definido como la proyección de ideas manifiestamente falsas, con mutación sensible de la verdad respecto de los elementos esenciales²⁷ del documento y con trascendencia sobre el acto jurídico que se documenta²⁸.

Las diferentes clases de falsedad que el CP sanciona aparecen tipificadas en el art. 390 del CP, en el cual se traduce al lenguaje jurídico el contenido de la acción de falsear²⁹. Teniendo en cuenta el objeto de estudio en este trabajo basta detenerse en los apartados 3º y 4º del artículo 390 del CP. En ambos se sancionan las falsedades ideológicas como aquellas acciones consistentes bien en la suposición de intervenciones inexistentes o atribución de manifestaciones no realizadas a los sujetos intervinientes, bien en faltar a la verdad en la narración de los hechos. En el caso de las falsedades ideológicas del apartado 4º los datos o hechos recogidos en el documento no coinciden con la realidad que debería recogerse en el mismo. A diferencia de las restantes conductas falsarias, en esta modalidad delictiva no hay atribución de una manifestación por parte de un sujeto en relación con otro distinto sino que el sujeto que plasma los datos o hechos inveraces es el que suscribe el contenido que resulta ser inveraz. El legislador ha querido que de este último apartado se excluyan los supuestos en los que la falsedad proceda de particulares, al entender que sería excesivo exigir un deber general de decir la verdad a tales sujetos³⁰.

23 Vid. GARCÍA CANTIZANO, M-C., *Falsedades documentales*, Tirant lo blanch, Valencia 1994, p. 233, y también COBO DEL ROSAL, M., “Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad”, en *Cuadernos de política criminal*, n° 56, Madrid 1995. p. 434.

24 Mantiene esta visión en la doctrina española QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra 2001, p. 1736. Identifica el autor como falsedades materiales a los dos primeros apartados del art. 390 y entiende por alteración de los elementos esenciales del documento la variación del lugar, fecha, intervinientes y contenido relevante para la eventual futura prueba. También en la doctrina italiana puede verse CARNELUTTI, F., *Teoría del falso*, Cedam, Padova 1935, p. 154 y ss.

25 Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, cit., pp. 330 y 517. Asimismo puede verse, BACIGALUPO, E., *El delito de falsedad documental*, Dykinson, Madrid 1999, p. 50, para quien las falsedades ideológicas consisten en <<mentiras escritas>> y lo que se afecta es el deber de veracidad o de declarar verazmente. Asimismo puede verse BONÉ PINA, J-F/ SOTERAS ESCARTÍN, R., *De las falsedades*, cit., p. 154.

26 Vid. GARCÍA CANTIZANO, M-C., *Falsedades documentales*, cit., p. 233 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 735.

27 Aunque en principio el único tipo que requiere expresamente que la falsedad recaiga sobre elementos esenciales del documento es el art. 390. 1. 1º, lo cierto es que la doctrina ha considerado que esta exigencia debe ser extendida a todas las modalidades comisivas recogidas en el art. 390. El hecho de exigir la afectación a los elementos esenciales del documento permite restringir el ámbito de aplicación de las falsedades a supuestos en que la falsificación realizada no integra la antijuridicidad material propia de las falsedades documentales. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, cit., p. 436; también GARCÍA CANTIZANO, M-C., *Falsedades documentales*, cit., p. 247.

28 Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, C-J., “Falsedad ideológica y tipicidad penal”, en *Derecho Penal y Empresa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, cit., p. 160.

29 Vid. ORTS BERENGER, E., “De las falsedades documentales”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, VIVES ANTÓN, T-S., (Coord), Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 1738, quien establece que las falsedades descritas en el art. 390 son las únicas aptas para generar una falsificación con relevancia penal.

30 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1818.

Aunque las falsedades ideológicas cometidas por particular sean por regla general impunes, sí existen supuestos en que se mantiene su tipificación, tal y como sucede con los artículos objeto de análisis en este trabajo, es decir, con los arts. 261 y 290 del CP. En consonancia con lo dicho y en línea de principio, la falsedad del art. 261 del CP consiste, pues, en presentar como verdaderos datos contables que no lo son³¹. Como se expondrá de inmediato existen tesis contrarias a esta afirmación, no obstante para la doctrina mayoritaria la conducta implica falsear los datos relativos al pasivo y el activo -sea para aumentarlos o reducirlos- y posteriormente presentarlos en el procedimiento concursal. Así sucede por ejemplo cuando se falsea el activo de forma tal que una real situación de falta de liquidez se transforme ficticiamente en una insolvencia definitiva o a la inversa. Visto así podría instarse, tal y como venía sucediendo con la legislación anteriormente vigente, un expediente de suspensión de pagos en lugar de un procedimiento de quiebra habiendo utilizado la falsedad para conseguir una declaración no adecuada a la situación real³².

La diferencia existente entre la falta de liquidez y la insolvencia definitiva viene dada por la diferente situación del desbalance entre el activo y el pasivo que se produce en una y otra situación³³. La falta de liquidez hace referencia al supuesto en el que el activo supera al pasivo pero es imposible hacer frente a los créditos vencidos por la imposibilidad de realización de los activos. Para algunos autores estos supuestos de insolvencia provisional o transitoria no representan un verdadero supuesto de insolvencia³⁴. Por su parte, la insolvencia definitiva presupone una superioridad del pasivo frente al activo sin posibilidades de paliar el desbalance, es decir, existe una imposibilidad absoluta de hacer frente a los pagos pendientes por inexistencia de bienes³⁵. A la luz de la legislación anterior el tratamiento de la insolvencia provisional se realizaba a través del procedimiento de suspensión de pagos. Con todo, aunque la quiebra estaba pensada como procedimiento de liquidación en caso de insolvencia definitiva, era relativamente frecuente encontrarse con verdaderas situaciones de quiebra escondidas tras un procedimiento de suspensión de pagos³⁶. La nueva Ley Concursal proporciona una definición única de lo que debe entenderse por insolvencia, esto es, <<se encuentra en situación de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles>>³⁷.

No importa al tipo del art. 261 que la documentación presentada no haya sido falseada previamente por el sujeto que la presenta, sino que basta con la presentación ante el juez del documento inveraz. En el supuesto de que además el particular hubiese falseado

31 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 251.

32 Vid. TERRADILLOS BASOCO, J-M., *Empresa y Derecho Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 166. El mismo razonamiento puede verse en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1192.

33 Vid. URÍA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2002, p. 1018.

34 A este respecto puede verse SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, McGrawHill, Madrid 2003, p. 495. La razón de citar esta edición responde al hecho de que en ediciones posteriores el autor no se expresa de este modo aunque tampoco se aprecia un cambio de opinión.

35 Vid. entre otros VIVES ANTÓN, T-S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo blanch, Valencia 1998, p. 16. Vid. además el art. 8 de la LSP de 26 de julio de 1922.

36 Vid. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., p. 1020.

37 Vid. art. 2.2 de la Ley Concursal. Sobre el concepto de insolvencia recogido en la nueva Ley puede verse SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, (ed. 2003), cit., p. 564. También OTERO LASTRES, J-M. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ DE LA CRUZ BÉRTOLO, J-M./ ROGEL VIDE, C., *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces-*, Colección de Derecho Concursal, Escola Galega de Administración pública, Madrid 2004, p. 17.

el contenido del documento, tal acción sería impune por cuanto se trataría de un supuesto de falsedad ideológica no penada por no encajar en el tipo del art. 392³⁸. Como bien expresa QUINTERO³⁹, debe diferenciarse entre la realización de una contabilidad falseada, por no ser ciertas las partidas de activo y pasivo y, por otra parte, su presentación posterior en el procedimiento de insolvencia. La confección de la contabilidad falseada es atípica y lo único que se castiga es el comportamiento consistente en la presentación del documento de contenido falso en el procedimiento concursal, resultando indiferente saber quién ha sido el sujeto que previamente ha confeccionado la contabilidad mendaz⁴⁰.

Frente a esta visión, autores como FARALDO CABANA sostienen, sin embargo, que la conducta no se identifica con la presentación de los datos falsos sino que se trata de un delito de confección y uso de documento inveraz⁴¹. A partir de esta configuración de la conducta del art. 261, la autora establece el principal elemento diferenciador entre éste y los delitos de falsedad de los arts. 393, 396 y el, a día de hoy derogado, 461. 2º -referidos precisamente al uso de documentos en juicio o para perjudicar a terceros-. A su juicio, la diferencia estaría en el hecho de que frente a estos últimos la conducta descrita en el art. 261 del CP requiere, además de la presentación de los documentos falsos, la confección de los mismos. Así, concluye que la clave para solucionar problemas concursales entre esta tríada de delitos y la falsedad contable en el procedimiento concursal es el hecho de que los primeros han sido pensados para casos en los que el sujeto que falsifica no coincide con el mismo que hace uso posterior del documento⁴². Ahora bien, como expone la doctrina mayoritaria, lo que el legislador pretende sancionar con el art. 261 es la presentación por parte de un particular de documentos que contienen una falsedad ideológica y que, aunque por norma general tal conducta es impune, al ser introducida en el procedimiento concursal se reviste de la suficiente relevancia para ser sancionada penalmente. Será posible, pues, encontrar supuestos en los que un mismo sujeto falsee el documento y luego lo introduzca en el procedimiento concursal, como aquel otro en el que dos son los sujetos intervinientes, esto es, un sujeto falsea y otro distinto utiliza el documento previamente falseado en el concurso. Esta posibilidad y otras serán analizadas en el epígrafe siguiente.

c) Objeto material.

Cuando el legislador hace mención a los <<datos falsos>> se está refiriendo a los reflejados en un documento ya que, en consonancia con la Ley Concursal, es el único medio apto que se prevé para instar el concurso. Tanto el acreedor como el deudor, sujetos habilitados para solicitar el concurso, deben justificar su petición de apertura con

38 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 688.

39 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1192.

40 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 688. De la misma opinión YAÑEZ VELASCO, R., *Concurso de acreedores y Derecho Penal*, Grupo Difusión, Barcelona 2003, p. 184, ALONSO PÉREZ, F., *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos*, Colex, Madrid 2003, p. 321, MAZA MARTÍN, J.-M., “Las insolvencias punibles”, en *Empresa y Derecho Penal*, DEL ROSAL BLASCO, B., (Dir), Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, p. 332 y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos patrimoniales” en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., (Dir), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid 1997, p. 740. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Aranzadi, Navarra 2004, p. 726.

41 Cfr. FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos XXIV*, Santiago de Compostela 2004, p. 320.

42 Vid. FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 310.

base en una serie de documentos que acrediten los supuestos de hecho que la ley prevé⁴³. En el caso del concurso necesario, por ejemplo, el acreedor debe probar el sobreesimiento de pagos por parte del deudor o la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

Respecto de esta cuestión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁴ aclara que la ley no habilita a incluir cualquier tipo de documento que muestre la situación general económica del deudor sino solamente aquellos que reflejen el estado contable y la diferencia entre el activo y el pasivo. Lo que se pretende es tipificar la presentación de documentos que una vez falseados puedan efectivamente llevar a la indebida declaración del concurso, es decir, aquellos que pongan de manifiesto la situación del activo y pasivo⁴⁵. Partiendo de estas premisas, por <<datos relativos al estado contable>> debe entenderse las cuentas anuales, libros de inventarios, libro diario, inventario y balance de la sociedad al tiempo de comenzar las funciones del órgano de liquidación, entre otros⁴⁶. Pese a estas indicaciones orientativas no existe unanimidad en la doctrina penal en cuanto al listado de documentos que deben incluirse. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC y MAZA MARTÍN⁴⁷ excluyen la memoria y otorgan mayor importancia al balance. Como puede observarse, todos los documentos citados son una especie de los mercantiles. Este dato debe tenerse presente cuando se analice la problemática concursal entre el art. 261 y las falsedades de los arts. 390 y siguientes.

d) El elemento subjetivo del injusto.

De la redacción que se le ha dado por parte del legislador penal al art. 261 del CP se desprende la necesidad de la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo. La doctrina mayoritaria se muestra coincidente respecto de este extremo. Es imprescindible para la consumación del delito que el sujeto activo actúe con la intención de lograr la indebida declaración del concurso. Se trata pues de una exigencia añadida al dolo. Sin embargo, es indiferente para la consumación del delito que finalmente el objetivo marcado por el deudor llegue a conseguirse⁴⁸.

Tras la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal han variado algunos aspectos importantes del delito que merecen ser destacados. No se refieren tanto a aspectos dogmáticos sino más bien a las posibilidades de aplicación del delito en la práctica y relacionados con la intención que mueve al deudor a actuar de esa forma. Si se analiza la situación anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal podrá comprobarse que lo más común era que el deudor pretendiese esconder verdaderas situaciones de quiebra tras un expediente de suspensión de pagos. El hecho de obtener la declaración como suspenso y no como quebrado le reportaba al deudor innegables ventajas⁴⁹. La suspensión de pagos se caracterizaba por ser un procedimiento privilegiado para el deudor. Tanto es así que una vez declarado el expediente de suspensión de pagos mediante una

43 Vid. art. 2.3 y 2.4 de la LC.

44 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Las nuevas figuras especiales de insolvencias", cit., p. 687.

45 Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., pp. 242.

46 Vid. FARALDO CABANA, P., "Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal", cit., pp. 314 y ss.

47 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 253. Entiende que la falsificación de la memoria y las certificaciones del Consejo de Administración debe sancionarse por el art. 392 y 396. De idéntica opinión MAZA MARTÍN, J-M., "Las insolvencias punibles", cit., p. 320.

48 Vid. CERES MONTES, J-F., "Las insolvencias punibles" en *La Ley*, nº 4, 1996, p. 1186.

49 Vid. CERES MONTES, J-F., "Las insolvencias punibles", cit., p. 1186.

providencia del juez, el deudor estaba autorizado a suspender todos los pagos que contra él se opusiesen (art. 9 LSP). Si bien el procedimiento de suspensión de pagos estaba inicialmente pensado para el tratamiento de las insolvencias provisionales, transitorias y subsanables, la práctica diaria revelaba que en la mayoría de los casos lo que realmente subyacía en el procedimiento era una verdadera quiebra⁵⁰. Se trataba pues de auténticas situaciones de empresas agonizantes que mediante la tramitación del expediente de suspensión de pagos simplemente alargaban la duración de la crisis económica. En previsión de este efecto perverso, el legislador mercantil incluyó en el art. 8 de la LSP la posible conversión del expediente en un verdadero procedimiento de quiebra. Si iniciado el expediente de suspensión de pagos se ponía de manifiesto que el desbalance económico era insubsanable se procedía a la transformación del mismo en un procedimiento de quiebra⁵¹. En definitiva, y congruentemente con esta realidad, cuando el deudor cometía la conducta descrita en el art. 261 lo más lógico era que éste pretendiese obtener un tratamiento más benévolo, esto es, ser declarado suspenso y no quebrado, obteniendo así las evidentes ventajas que ello suponía.

Por su parte, la Ley 22/ 2003 prevé la posibilidad de que el concurso se califique como voluntario o necesario. El concurso será voluntario si lo solicita el deudor y necesario si el solicitante fuese el acreedor. En el caso de que el concurso llegue a declararse las consecuencias sobre el deudor varían según se considere como voluntario o necesario. De ser el concurso voluntario el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad⁵². Por el contrario, si el concurso fuese necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales⁵³. A su vez, la Ley Concursal permite que el juez varíe este tratamiento cuando lo considere justificado. Es decir, el juez de lo mercantil podrá acordar la sustitución o la intervención del deudor siempre que lo considere oportuno y justificado, aun cuando el concurso haya sido inicialmente calificado como necesario o voluntario⁵⁴.

Como puede observarse, el procedimiento es unitario y, a diferencia de la normativa anterior, no se realizan distinciones entre la insolvencia definitiva y provisional. No existe por tanto un tratamiento más benévolo para el deudor, ya que tan concursado es el deudor cuya insolvencia es subsanable como aquél cuya empresa está abocada a la liquidación. Por tanto, la conducta delictiva del art. 261 consistirá en presentar datos falsos con la intención de que se declare el concurso sin que exista una realidad que avale tal declaración. Este hecho supone que la presentación de los datos falsos no responde a la intención de obtener un tratamiento más benévolo tal y como podía suceder con la normativa anteriormente vigente.

Lo que sí sería viable es que el deudor, con el ánimo de adelantarse a sus acreedores y pretendiendo que el concurso se declare voluntario, presentase documentos contables falsos que evidenciasen una crisis económica que de hecho todavía no existe. En todo caso, la conducta sería constitutiva del delito del art. 261 del CP por tratarse de una falsedad en procedimiento concursal con la intención de lograr la inde-

50 Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, (ed. 2003), cit., p. 496

51 Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol II, Edición 26, MacGrawHill, Madrid 2004, p. 496.

52 Cfr. art. 40. 1 de la Ley Concursal.

53 Cfr. art. 40. 2 de la Ley Concursal.

54 Cfr. art. 40. 3 de la Ley Concursal.

bida declaración del mismo, sin que la crisis económica que habilitaría su declaración se reproduzca *de facto*.

Debe advertirse que la nueva Ley Concursal admite la posibilidad de que la insolvencia que motive la declaración de la insolvencia sea actual o inminente. La insolvencia inminente puede definirse como un pronóstico de insolvencia a corto plazo, es decir, se trata de una situación en la que el deudor <<prevé>> que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, aunque actualmente y en el momento en que solicita la apertura del concurso no se han producido pagos irregulares o incumplimiento por parte del deudor de sus obligaciones⁵⁵.

Se permite por tanto que el deudor se adelante a los acontecimientos y solicite su propia declaración como concursado sin serlo realmente y de forma actual. Ahora bien, una cosa es no encontrarse en situación de insolvencia inminente y otra distinta es pretender parecer insolvente no siéndolo realmente y sin que existan indicios reales de que a corto plazo esa situación vaya a producirse. En definitiva, comete el delito del art. 261 del CP tanto el deudor que finge encontrarse inmerso en una situación de insolvencia actual como inminente. Pretender dar la imagen de una u otra situación no conlleva diferencia alguna porque, de declararse el concurso, el procedimiento seguiría los mismos cauces.

Cuando es el acreedor el que solicita el concurso –concurso necesario– se procederá a la sustitución del deudor por los administradores concursales y, aunque con base en el art. 40. 3 de la LC el juez está habilitado para cambiar esta medida por la intervención, el deudor nada podrá hacer para propiciar el cambio de la medida. Tal y como describe la norma, esta capacidad que se otorga al juez se condiciona a que el cambio se solicite por la administración concursal y se dé audiencia al concursado. Por tanto, el cambio sólo será viable una vez declarado el concurso, ya que será tras el auto de declaración cuando se proceda al nombramiento de los administradores concursales (art. 26 LC) y, a la vez, se pueda hablar de la existencia de un deudor concursado.

En definitiva, y teniendo presente que el delito del art. 261 se comete antes de la declaración del concurso⁵⁶, la única posibilidad que resta es que el deudor pretenda ser declarado concursado sin serlo realmente. La intención del deudor puede consistir tanto en mostrar una situación económica de crisis transitoria como definitiva e insubsanable pero, en todo caso, es indiferente que pretenda ofrecer una u otra imagen falsa de su estado económico, pues en ambos casos el tratamiento es unitario al ser el procedimiento concursal único. Por todo ello, el fenómeno que se venía reproduciendo con la legislación anterior, consistente en buscar la declaración del expediente de suspensión de pagos en lugar de la declaración de la quiebra, queda erradicado y resulta inviable.

Debe ser además analizada la posibilidad de que siendo el acreedor el que solicite el concurso, el deudor, en el trámite de oposición previsto en el art. 15 de la LC, presente documentos falsos que, frente a las alegaciones del acreedor, den una imagen de solvencia que de hecho no existe. En este caso, y teniendo presente la dicción del delito de insolvencia, la conducta no podría considerarse constitutiva del tipo del art. 261. Así, la letra del tipo dice <<con el fin de lograr la indebida declaración del concurso>>, lo que irremediamente conlleva la exclusión en la aplicación del art. 261

⁵⁵ Vid. OTERO LASTRES, J-M./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./ DE LA CRUZ BÉRTOLO, J-M./ROGEL VIDE, C., *Aspectos de la nueva Ley Concursal –concursos, créditos, administradores, jueces–*, cit., p. 16.

⁵⁶ Vid. GÓMEZ MARTÍN, F., *Ley Concursal e insolvencias punibles*, Comares, Granada 2004, p. 99.

en los casos en los que el deudor pretenda con sus actos la indebida **no**-declaración del concurso. Con todo, este hecho sería discutible. Y es que podría alegarse que tanto pone en peligro el derecho de crédito de los acreedores la conducta de pretender la declaración del concurso cuando no existe insolvencia que lo respalde, como intentar evitar que no llegue a declararse el concurso cuando el desbalance económico es constitutivo de insolvencia.

e) Sujeto activo del delito.

Un primer sector doctrinal establece un círculo amplio de posibles sujetos activos en el que se incluirían el deudor, los acreedores y, antes de la entrada en vigor de Ley 22/2003, también los interventores⁵⁷. En esta línea FARALDO CABANA entiende que, como delito especial que es, el art. 261 del CP puede ser cometido por cualquier sujeto que esté autorizado a presentar los datos falsos en el procedimiento. Todo sujeto que reúna esta condición podrá ser sujeto activo. A su juicio, el citado artículo no excluye a los acreedores del círculo de posibles autores, es más, es posible que el acreedor sea el interesado en que se declare el concurso⁵⁸. Debe recordarse que el concurso puede ser solicitado tanto por el deudor –concurso voluntario– como por sus acreedores –concurso necesario⁵⁹. En consecuencia, nada impediría que quien presentase la documentación falsa fuese el acreedor. En esta misma línea se sitúa MAZA MARTÍN para quien, aunque lo más frecuente será que el propio deudor realice la conducta delictiva, también sería posible que un acreedor, a la luz de la normativa concursal, aportase documentación falsa para lograr la indebida declaración del concurso⁶⁰. El autor califica el supuesto como una hipótesis excepcional aunque no imposible.

Por su parte, la doctrina mayoritaria aboga por la exclusión de los acreedores del círculo de sujetos activos⁶¹. Para CUGAT MAURI⁶² y GONZÁLEZ RUS⁶³ la exclusión está justificada ya que los acreedores no poseen un conocimiento suficiente de los datos concretos de la situación económica del deudor⁶⁴. Tal y como expone QUINTERO⁶⁵, lo lógico será que sea el deudor quien cometa el delito y no el acreedor quien, por su situación de desconocimiento, difícilmente podría estar en posición de vulnerar el bien jurí-

57 Vid. FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 312. En este mismo sentido GÓMEZ MARTÍN, F., *Ley Concursal e insolvencias punibles*, cit., p. 103.

58 Vid. FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 311.

59 Vid. *supra*. II. d) sobre el objeto material del delito.

60 Vid. MAZA MARTÍN, J.M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 331. En este mismo sentido YAÑEZ VELASCO, R., *Concurso de acreedores y Derecho Penal*, cit., p. 189.

61 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, G., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 259. También GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona 1999, p. 206.

62 Vid. CUGAT MAURI, M., “El impacto de la nueva Ley Concursal en el delito de quiebra” en *La Ley*, nº 5932, 2004.

63 Vid. GONZÁLEZ RUS, J-J., “Las insolvencias punibles”, en *Compendio de Derecho Penal Español*, Marcial Pons, COBO DEL ROSAL, M., (Dir), Barcelona 2000, p. 480.

64 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, G., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 259 También GÓMEZ BENÍTEZ, J-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., pp. 245 y 246, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 690.

65 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra 2002, p. 756.

dico protegido en el art. 261. Argumenta FARALDO CABANA⁶⁶, aceptando la crítica del desconocimiento como válida, que estos autores olvidan que el acreedor puede falsear los documentos referentes no al estado económico del deudor sino a su propio estado contable para acreditar el sobreseimiento de los pagos⁶⁷. En este caso no podría decirse que existe desconocimiento ya que la solicitud se basa en datos que nadie mejor que el solicitante del concurso -el acreedor- conoce.

Con todo, y teniendo presente que efectivamente de la lectura del art. 261 del CP no puede *a priori* excluirse la posible comisión del delito por parte de un acreedor, lo cierto es que pueden oponerse argumentos que justifican su exclusión. Así, no debe olvidarse que los delitos de insolvencia punible se caracterizan por tratarse de actuaciones de un deudor sobre los bienes propios y no sobre los de un tercero⁶⁸. Por ello, las acciones que el acreedor pueda llevar a cabo se proyectan sobre el patrimonio del deudor, que no sobre el suyo propio. Esta realidad determina en línea de principio su exclusión del círculo de sujetos activos idóneos de los tipos penales referidos a la insolvencia punible.

Por otro lado, si se acepta que el bien jurídico protegido es el <<derecho de crédito de los acreedores>> parece lógico entender que el propio acreedor no puede ser el sujeto activo, ya que en los delitos de insolvencia éste es el sujeto pasivo. Al mismo tiempo, el deudor también se vería afectado por la conducta del acreedor y, sin embargo, no podría decirse que el primero es sujeto pasivo del delito. El deudor no es titular del bien jurídico protegido en el tipo del art. 261 del CP, es decir, del derecho de crédito. Deberían entonces analizarse otros tipos delictivos que protegiesen al deudor frente a estas conductas y, de existir, tendría que aplicarse un concurso de delitos. Ahora bien, nada impide que la situación ahora sometida a análisis pueda llegar a producirse y de llegar a materializarse debe dársele cobertura jurídica. Una de las posibles soluciones sería aplicar el art. 250. 1.º del CP que sanciona la estafa procesal en lugar del delito de insolvencia.

Sobre las posibles similitudes entre ambos delitos la doctrina se ha manifestado de forma no unánime. Para MAZA MARTÍN la estafa procesal sería un delito de aplicación preferente debido a la especialidad que le caracteriza frente a la falsedad contable del art. 261⁶⁹. Contrariamente, para el sector doctrinal mayoritario, ambos delitos serían plenamente diferenciables. Ello es así por cuanto, de un lado en el delito de insolvencia del art. 260 el engaño no consiste necesariamente en la simulación de un pleito sino en la presentación de datos contables falsos. Asimismo, tal y como se indicó anteriormente, en los delitos de insolvencia no existe un acto de disposición sobre el patrimonio ajeno sino que el sujeto activo actúa sobre su propio patrimonio⁷⁰.

66 Vid. FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 311.

67 El artículo 2.4.1º contempla como uno de los presupuestos de solicitud del concurso necesario el sobreseimiento general de pagos por parte del deudor. El acreedor solicitante de concurso al alegar el sobreseimiento puede presentar su propio estado contable como prueba documental que refleje la situación de impago generalizado. Conforme con esta posición puede verse YAÑEZ VELASCO, R., *Concurso de acreedores y Derecho Penal*, cit., p. 189.

68 En este sentido puede verse en la jurisprudencia la STS 1805/2000, de 26 de diciembre, y la STS 2212/2001, de 27 de noviembre. También en las Audiencias provinciales siguen este criterio. Puede verse la SAP de Salamanca 83/2002, de 31 de julio, o la SAP de Alicante 252/2002, de 9 de mayo.

69 Vid. MAZA MARTÍN, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 334.

70 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 252. Asimismo FARALDO CABANA, P., “Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal”, cit., p. 308.

Así las cosas, el acreedor sería el sujeto activo del delito de estafa procesal frente a los demás acreedores y el propio deudor. Unos y otros se presentarían como posibles sujetos pasivos, es decir, como los titulares del bien jurídico protegido representado por el patrimonio de cada uno de ellos. La conducta del art. 250. 1. 2º exige que se cumplan para su aplicación los requisitos del tipo básico de la estafa, a saber, el ánimo de lucro, el engaño bastante, el error, acto de disposición en perjuicio propio o ajeno y finalmente el perjuicio⁷¹. El delito consiste entonces en un engaño dirigido al juez para que en virtud de sus competencias dicte una sentencia o resolución de la que se derive un perjuicio patrimonial para el tercero⁷².

En el caso planteado del acreedor que engaña al juez de lo mercantil para que declare indebidamente un concurso estas exigencias se cumplen. La declaración del concurso presupone la intervención del patrimonio del deudor, quien se verá inmerso en un procedimiento concursal que terminará bien con un convenio, bien con la liquidación de su patrimonio. Independientemente de cuál sea la forma en que termine, el deudor se ve obligado a responder frente a sus acreedores con su propio patrimonio. Se producirá inevitablemente una variación en la identidad de los elementos patrimoniales positivos, es decir, de los bienes y derechos. Este hecho se traduce en una salida del patrimonio de un bien o derecho, esto es, se trataría de una disposición patrimonial⁷³. Que el delito se aprecie en grado de tentativa o consumado dependerá de si el perjuicio se constata efectivamente o no⁷⁴. En el momento en que finalice el procedimiento concursal podrá ya apreciarse la causación del perjuicio, ya que el deudor verá su patrimonio puesto a disposición de los acreedores mediante resoluciones emitidas por un juez sometido a engaño. Si se entiende en un sentido amplio que acto de disposición es la transferencia de cosa o de un valor económico de la esfera del sujeto pasivo a la de autor⁷⁵, bien podría entenderse que los desplazamientos patrimoniales que se llevan a cabo tras la liquidación o el convenio en el procedimiento concursal encajan dentro de esta definición.

Dejando a un lado esta controvertida cuestión, sí se incluirían en el círculo de posibles sujetos activos los administradores o liquidadores en el caso de que el deudor fuese una persona jurídica⁷⁶. Tal afirmación resulta apropiada por cuanto los unos y los otros sustituyen al deudor en el caso de las sociedades mercantiles tanto en situación de

71 Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Tirant lo blanch, Valencia 1997, pp. 139 y 140. VIVES ANTÓN, T-S./ GONZALEZ CUSSAC, G., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: Estafas”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, A.A. V.V, Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 495.

72 Cfr. PÉREZ MANZANO, M., “Las defraudaciones”, en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol II, Madrid 1998, BAJO FERNÁNDEZ, M., (Dir.), Centro de Estudios Ramón Areces, p. 465.

73 Vid GRIMA LIZANDRA, V., “La conducta típica del delito de estafa: reflexiones a la luz de la jurisprudencia”, en *Estafas y falsedades. Análisis jurisprudencial*, BOIX REIG, J (Dir), Iustel, Madrid 2005., p. 57.

74 Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, cit., p. 141.

75 Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, cit., p. 84.

76 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 690. Como bien dice el autor sólo aquellas personas que están autorizadas legalmente para solicitar la declaración del concurso son sujetos idóneos para cometer el delito. Sólo estos sujetos están en condiciones de presentar los documentos que incluyan la falsedad ideológica a la que se refiere el art. 261 del CP. Respecto de la cuestión de los administradores debe puntualizarse que, como expone GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación*, cit., p. 206, el tipo del art. 261 del CP es un delito de infracción de un deber y sólo puede ser cometido por el deudor o, en su caso, por el administrador de derecho. A su juicio, en este delito subyace el deber de veracidad en el proceso y de actuar con buena fe en las actuaciones procesales. Así las cosas, entiende el autor que nunca sería posible incluir al administrador de hecho en la esfera de posibles autores. Lo que sí se admitiría es que si los documentos han sido falseados por un administrador de hecho se le califique como partícipe.

funcionamiento normal como en caso de desaparición de la misma y su liquidación. Los administradores y los liquidadores actúan en lugar y en representación del deudor y por tanto debe aplicarse el art. 31 del CP. Se trataría de actuaciones en nombre de otro y por tanto la responsabilidad penal se extiende a los representantes aunque en ellos no concurren las características necesarias para cometer el delito. Precisamente para esta clase de delitos, a saber, delitos especiales ha sido diseñado el art. 31.

Finalmente y respecto de los interventores⁷⁷ debe decirse que en el momento en que la Ley Concursal entra en vigor desaparecen como sujetos del concurso, siendo sustituidos por los administradores concursales, y éstos deben, a la par, ser excluidos del esquema de sujetos activos del delito, puesto que su actuación se inicia siempre una vez declarado el concurso⁷⁸. A los administradores concursales les sucede lo mismo que a los síndicos⁷⁹ y al comisario⁸⁰ en la normativa anterior, ya que siempre se designaban una vez iniciado el procedimiento y declarada la quiebra. La limitación en relación con el sujeto activo se traduce penalmente en que el tipo delictivo pertenece a la categoría de los delitos especiales⁸¹.

III. PROBLEMAS CONCURSALES EN TORNO AL ART. 261 DEL CP.

a) Relaciones concursales entre el art. 261 y los delitos de presentación de documento falso en juicio.

De lo expuesto hasta el momento se extrae como idea principal que lo que se tipifica en el delito de insolvencia del art. 261 es la presentación y uso de documento falsificado con la intención de conseguir la declaración indebida del concurso. Precisamente este hecho podría llevar a la conclusión de la existencia de un concurso de normas entre el art. 261 y los arts. 393 y 396 del CP por cuanto ambos se refieren a la criminalización de la presentación en juicio o uso para perjudicar a otros de documentos falsos a sabiendas de su falsedad⁸². Autores como GONZÁLEZ RUS llegan incluso a afirmar que no era necesario crear este delito ya que la conducta podría sancionarse aplicando los delitos de los arts. 393 y 396 del CP⁸³. Teniendo presentes las notas dadas hasta el momento sobre el art. 261, lo cierto es que la posibilidad de apreciar tanto un concurso aparente de normas como de delitos debe ser analizada y solucionada.

77 Aunque la doctrina mayoritaria entendía que los interventores formaban parte del círculo de posibles autores del delito, hay quien se muestra contrario al entender que los órganos auxiliares pueden incurrir en otros delitos como el falso testimonio de los arts. 259 y 260 pero no cometer el delito del art. 261 del CP. Vid. en este sentido GÓMEZ MARTÍN, F., *Ley Concursal e insolvencias punibles*, cit., p. 105.

78 Vid. art. 26 LC y SOLAZ SOLAZ, E., “Análisis del nuevo art. 261 del Código Penal. La articulación de falsedades en la contabilidad para la declaración del concurso”, en *Aspectos penales de la Nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo del poder judicial, Madrid 2004, p. 100.

79 Vid. arts. 1068 y 1068 C.Co de 1829.

80 Vid. arts. 1044 C.Co de 1829 y 1333 LEC de 1981.

81 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 690. Debe resaltarse que algún autor como ROBLEDO VILLAR, A., *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 269, califican al delito como <<de propia mano>> pero por el contexto se aprecia que a lo que realmente se refieren es a la naturaleza de delitos especiales de las insolvencias punibles.

82 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., “Presentación de datos falsos relativos al estado contable en las insolvencias punibles”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. II, ARROYO ZAPATERO, L-A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Dir), p. 175.

83 GONZALEZ RUS, J-J., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 539.

En el presente trabajo se parte de la idea de que el procedimiento concursal debe ser considerado como un auténtico juicio. Contrariamente, QUINTERO OLIVARES⁸⁴ o RODRÍGUEZ MOURULLO⁸⁵ sostienen la dudosa condición de juicio de los procedimientos concursales. Así las cosas, si se parte de la premisa de que por <<juicio>> se entiende todo procedimiento regulado por una ley procesal y atribuido a un órgano judicial⁸⁶, no existe problema alguno en entender que el procedimiento concursal se incluye en el concepto de juicio. Si se analiza la nueva Ley Concursal podrá apreciarse que se trata tanto de normas procesales como materiales y que además conlleva la creación de los Juzgados de lo Mercantil como los únicos competentes para conocer del concurso⁸⁷.

En primer lugar, el art. 261 se caracteriza por ser un delito especial frente a los artículos citados, que se identifican como delitos comunes. Tal afirmación se deriva del hecho de que el ámbito para el que se prevé el tipo del art. 261 es más específico, esto es, un procedimiento concursal. Y es que precisamente eso es lo que el legislador penal pretende sancionar con la tipificación del art. 261, es decir, se criminaliza el uso de un documento inveraz en el procedimiento concursal. La razón es obvia, pues resulta que en el procedimiento concursal reviste vital importancia conocer la situación contable del sujeto que puede ser declarado en estado de insolvencia. Ello es así por cuanto, con base en la contabilidad presentada, se decide si se declara o no abierto un procedimiento en el que se ven interrelacionados intereses de los acreedores, del deudor y del propio Estado.

Significativo y determinante es el dato de que los arts. 393 y 396 se refieran al uso de documentos cuya falsedad se fundamenta en los tres primeros apartados del art. 390 y no a la falsedad ideológica de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Por su parte, y cubriendo una laguna normativa, el art. 261 está pensado precisamente para casos de presentación de documentos en los que se aprecia una falsedad ideológica y no material. En definitiva, el art. 261 tipifica una conducta que *ab initio* no tiene ya encaje en el art. 393 por cuanto, el primero se ocupa de criminalizar el faltar a la verdad en la narración de los hechos –en relación con el art. 390.4º– y la presentación en el procedimiento de los documentos que reflejan la falsedad⁸⁸. Pero es que incluso en la hipótesis de que el documento además de presentar una falsedad ideológica suponga una manipulación considerada como falsedad material y ésta sea presentada en el procedimiento concursal, no existe concurso de delitos sino concurso aparente de normas. Para dar solución a esta problemática lo más adecuado sería acudir al principio de consunción puesto que el desvalor de la conducta de falsear consume al delito de insolvencia. En definitiva, se trataría de un supuesto de actos copenados de forma tal que la presentación en juicio no se pena de forma separada⁸⁹.

Resulta oportuno realizar ciertas aclaraciones en lo que respecta a los arts. 393 y 396 y a por qué sirven de argumento a la idea expuesta de los actos copenados posteriores y por tanto impunes. Se trata de delitos de uso de documentos pensados para casos en que el que falsifica el documento es el mismo sujeto que lo utiliza en jui-

84 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1214.

85 Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, en *Dogmática y Derecho Penal*, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, ZUGALDÍA ESPINAR, J-M./ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., (Coord), Marcial Pons, Madrid- Barcelona 2004, p. 1173.

86 Cfr. BERNAL VALLS, J., *El falso testimonio*, Tecnos, Madrid 1992, p.39.

87 A este respecto ver Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, en su epígrafe IV.

88 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 694.

89 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Las nuevas figuras especiales de insolvencias”, cit., p. 696.

cio o para perjudicar a tercero. En el caso de que coincida en la misma persona la acción de falsificar (arts. 392 y 395) y posteriormente la de utilizar el documento presentándolo en juicio o para perjudicar a otro (arts. 393 y 396), no se deben apreciar dos delitos diferenciados sino que se trata de actos copenados⁹⁰. Idéntica solución debe darse al supuesto en el que un particular realiza simultáneamente una falsedad material e ideológica y presenta los documentos en la solicitud del concurso. La falsedad material absorbe el contenido del injusto del art. 261 del CP porque el desvalor de la conducta queda recogido ya con la aplicación del delito relativo a la falsedad material⁹¹.

Diferente es la posición de GONZÁLEZ CUSSAC, para quien la falsedad es un *instrumentum sceleris* de forma que <<si es el mismo autor quien falsifica los documentos y quien los presenta, el desvalor de la falsedad quedará absorbido en el desvalor de la conducta de presentación>>⁹². Considera pues, al contrario de lo que en este trabajo se postula, que la falsedad es un acto copenado impune. Debe objetarse sin embargo a sus afirmaciones que, si se refiere a la falsedad como ideológica, ya no se podría hablar de acto copenado puesto que sería un acto impune por sí mismo y no por tratarse de un acto copenado. En otras palabras, si se entiende por actos copenados aquellos que siendo constitutivos de delito se consideran impunes bien por ser actos que normalmente acompañan a otros sean previos, simultáneos o posteriores⁹³, está claro que el planteamiento de GONZÁLEZ CUSSAC no parece acertado por cuanto, la falsedad ideológica cometida por particular ya no es constitutiva de delito alguno. No es un acto copenado impune sino simplemente un acto impune. En sintonía con su planteamiento de entender que la falsedad es <<medio necesario para engañar al órgano concursal>> sería más defendible que se apreciase un concurso medial entre la falsedad y el art. 261, y eso claro está siempre que la falsedad cometida fuese material que no ideológica.

Hipótesis diferente a la expuesta sería aquella en la que un sujeto –un particular– realiza la contabilidad mendaz, valiéndose de una de las falsedades de los tres primeros apartados del art. 390 y consumando por tanto el art. 392, que tipifica las falsedades materiales cometidas por particular. Posteriormente otro sujeto diferente de éste presenta los documentos en el procedimiento concursal incorporando además una falsedad ideológica. En línea de principio, podría apreciarse un concurso de delitos respecto del sujeto que presenta los documentos. Es decir, aquel que presenta los documentos en el procedimiento no los falsifica, sino que utiliza el documento falsificado. Consecuentemente, quien utiliza el documento sería autor del delito recogido en el art. 393 –tipifica el uso de documento falsificado– pero nunca del art. 392 del CP. A la vez, quien presenta los documentos comete el delito de falsedad del art. 261 al incorporar la falsedad ideológica en los documentos contables que entrega en la solicitud del concurso. La cuestión sería entonces decidir si procede aplicar ambos delitos o únicamente uno de ellos.

Así las cosas y respecto de este interrogante, una vez más, resulta procedente utilizar en lugar del concurso de delitos, el principio de consunción por el cual la mayor

90 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p.1819.

91 Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Acerca de las insolvencias punibles”, cit., pp. 1172 y ss.

92 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J-L., *Los delitos de quiebra*, cit., p. 268. Del mismo parecer y sosteniendo la especialidad del art. 261 se manifiesta MAZA MARTÍN, J-M., “Las insolvencias punibles”, cit., p. 334.

93 Sobre el concepto de actos copenados puede verse MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, Reppertor, Barcelona 2004, p. 650.

penalidad del tipo de insolvencia absorbe, como delito más grave, al art. 393 del CP⁹⁴. Lo que hace a este caso diferente al anterior en cuanto al supuesto de hecho es que, en este último, el sujeto que comete la falsedad material no es el mismo que usa el documento en el procedimiento concursal incorporando la falsedad ideológica. Bien al contrario, son dos los sujetos intervinientes –falsificador y sujeto que utiliza el documento– y por lo tanto no puede la falsedad material consumir al delito de insolvencia porque los autores de ambos delitos son diferentes. El falsificador inicial respondería por el art. 392 y el sujeto que presenta los documentos ante el juez de lo mercantil se le aplicaría el tipo del art. 261 del CP. Por su parte, tampoco debería existir problema alguno con el art. 396 debido a que éste tiene por objeto documentos privados frente al art. 261 que, al referirse al estado contable, deja patente que se trata de falsedad ideológica en documento mercantil. En definitiva, se circunscriben a ámbitos diferentes.

Finalmente debe decirse que antes de la reforma del Código penal operada por la LO 15/2003, el art. 461. 2º presentaba idénticos problemas concursales por cuanto reproducía la misma conducta que los arts. 393 y 396 del CP. Se trataba de una duplicidad de conductas injustificada que la doctrina venía denunciando desde su tipificación⁹⁵. Haciéndose eco de estas observaciones el legislador ha optado por su eliminación.

b) Las relaciones concursales con el delito societario del art. 290 del CP.

b) 1. Algunas consideraciones sobre el delito societario.

El art. 290 castiga al administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación, que falseare las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. Añade el tipo la necesidad de que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, los socios o a un tercero. De llegar a materializarse el perjuicio resulta de aplicación el apartado segundo de dicho artículo elevándose la pena en su mitad superior. Este último dato, la idoneidad de la falsedad para producir un perjuicio, convierte al delito societario del art. 290 en un ejemplo de la categoría de los delitos de aptitud⁹⁶.

94 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 144. Por su parte, GÓMEZ-BENÍTEZ, J.-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., p. 245, se decanta también por la consunción, entendiéndolo que <<si el deudor presentara datos falsos y, además, documentos materialmente falsos, no debe aplicarse concurso alguno de delitos entre el art. 261 y los genéricos de falsedad documental, ya que ello sería contrario al principio *non bis in idem*>>. Ahora bien, debe matizarse que el argumento es válido cuando la falsedad apareciese únicamente en el documento falsificado materialmente y no en otros que a su vez conformasen el total de la contabilidad presentada. No obstante, y como explica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, cit., p. 145, se aplicaría incluso entonces el art. 261 del CP porque si el deudor ha optado por presentar unos datos contables falsos no sería lógico que presentase simultáneamente un documento que ponga al descubierto la mendacidad. Dice el autor que <<lo lógico será que presente también unos documentos falsificados acordes con la contabilidad falsa. Se trataría, en suma, de un fenómeno de acompañamiento típico normal>>.

95 Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1976 y también LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 192.

96 Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 371. Como bien explica TERRADILLOS BASOCO, J.-M., *Empresa y Derecho Penal*, cit., p. 282 <<no puede criminalizarse cualquier inexactitud o irregularidad, sino sólo las dotadas de lesividad potencial como para afectar de modo relevante a los intereses pendientes de una adecuada información>>. Del mismo autor *Derecho Penal de la Empresa*, Trotta, Madrid 1995, p. 86. Sobre el concepto de delito de aptitud puede verse MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia 1998, p. 110.

Ha sido el propio legislador penal quien ha acotado la esfera de autores idóneos, estableciendo que podrán cometer el delito los administradores de hecho o de derecho. Por esta razón, en estos tipos delictivos no es necesario recurrir a la fórmula del art. 31 del CP de extensión de la autoría, aunque bien es cierto que la redacción de los delitos citados guarda estrecha relación con éste⁹⁷. El delito de falsedad en documento de la sociedad se caracteriza, al igual que otros delitos societarios como los de los arts. 293, 294 y 295 del CP por ser un delito especial y a la vez de dominio⁹⁸. Estas afirmaciones permiten, como se verá a continuación, resolver la problemática de si los administradores de hecho que actúan *de facto* y sin existir nombramiento deben o no incluirse en el grupo de los posible autores.

De la lectura del art. 290 se desprende la idea de que autores del delito podrán serlo tanto los administradores de hecho como de derecho de la sociedad ya constituida o en formación. Definir el concepto de administrador de derecho nos remite a la normativa extrapenal, esto es, a los requisitos que las normas mercantiles exigen para el nombramiento de los administradores de la sociedad. La LSA en sus arts. 123 y siguientes establece las exigencias legales para el nombramiento de los administradores, así como las diversas formas que puede adoptar la administración⁹⁹. Es por tanto la norma jurídica y su cumplimiento a la hora de instituir y nombrar a los administradores de las sociedades la que determina quiénes ostentan el poder de gestión, control y representación de la sociedad. En otras palabras, hablar de administrador de derecho supone hablar de los órganos de administración de las diferentes clases de las sociedades siempre que reúnan los requisitos y formalidades exigidos por la legislación mercantil¹⁰⁰.

A la luz de esta definición de administrador de derecho cabría deducir por la lógica de la contraposición que el administrador de hecho sería aquel que habiendo sido nombrado como administrador de la sociedad carece en su nombramiento de una de las exigencias legales establecidas en la normativa mercantil – por ejemplo que no se haya realizado la inscripción en el Registro Mercantil-. Sin embargo, la doctrina penal ha venido sosteniendo que por razones de justicia material, el Derecho penal debe partir de un concepto más amplio de administrador de hecho, de forma que se entienda por tal todos los sujetos que de hecho ejerzan las funciones del cargo de administrador y se

97 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 159.

98 Sobre el concepto de delito de dominio puede verse GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, cit., pp. 37 y ss. Se trata de delitos en los que el criterio de imputación es la creación o aumento del riesgo permitido. Como expone el autor, todo sujeto, en cuanto miembro de la comunidad jurídica, recibe el mandato general que le impone la obligación mínima de no lesionar, mediante el desarrollo personal a los demás. En principio este mandato se dirige a todo ciudadano pero en casos determinados el círculo de posibles autores está ligado a sujetos en situación de mayor proximidad frente al objeto penalmente protegido. Por su parte, los delitos de infracción de deber se establecen respecto de roles especiales y tienen como factor de imputación la infracción de deberes específicos. Estos deberes específicos tiene como fuente material instituciones sociales. Debe indicarse, sin embargo, que para este autor el delito del art. 290 no es un delito de dominio sino de infracción de un deber. A su juicio, se trataría de un deber de veracidad. En esta misma línea puede verse DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, cit., p. 99.

99 Vid. arts. 123 y ss de la LSA y SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, (ed. 2003), cit., p. 188. Las distintas posibilidades recogidas en la legislación mercantil pueden en ocasiones generar dudas en el Derecho penal en el plano de la autoría de los delitos societarios. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia 2002, pp. 165 y ss.

100 Vid. sobre este concepto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, MacGrawHill, Madrid 1997, p. 114. En cuanto a los requisitos necesarios para el nombramiento de los administradores puede verse SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, (ed. 2003), cit., pp. 188 y ss.

sitúen en posiciones idóneas para gestionar fraudulentamente el patrimonio de la sociedad¹⁰¹. El concepto de administrador de hecho debe responder a la realidad material¹⁰² y de ahí que se le identifique como todo sujeto con capacidad de gestionar y controlar el patrimonio de la sociedad. En la práctica se observa como en innumerables ocasiones esta capacidad se concentra en un sujeto que no forma parte del Consejo de administración¹⁰³. En otras palabras, retomando la idea anteriormente apuntada de que se trata de un delito de dominio, será autor idóneo todo sujeto que ostente el dominio social¹⁰⁴. O lo que es lo mismo, quien tenga autonomía de acción suficiente como para realizar acciones de ataque al bien jurídico en forma relevante para el Derecho penal¹⁰⁵. El hecho de que en un sujeto se localice el dominio social sobre la elaboración de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación de la empresa fundamenta la responsabilidad penal como autor del delito.

Centrándonos ya en la conducta típica, ésta consiste tal y como se desprende de la letra de la ley, en <<falsear>>. Nuevamente se debe recurrir al art. 390 referente a las falsedades comunes como catálogo general de las conductas falsarias para definirlo¹⁰⁶. Resulta inútil reproducir una vez más el contenido del art. 390 que ya fue objeto de análisis con motivo del estudio del art. 261. Lo que sí reviste importancia a efectos de este trabajo es la mayor amplitud en cuanto a las modalidades de acción que presenta el delito societario frente al tipo de insolvencia punible¹⁰⁷. La acción de falsear a la que responde el art. 290 admite las cuatro modalidades¹⁰⁸ del art. 390 del CP o lo que es lo mismo, el administrador de hecho o de derecho será sancionado cuando en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad cometa tanto falsedad material como ideológica¹⁰⁹.

101 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 161. Supuestos problemáticos serán los de los liquidadores, el administrador judicial, el administrador persona jurídica, los promotores y fundadores y los supuestos de delegación de funciones y apoderamientos. A este respecto puede verse extensamente FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 374 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, cit., p. 117.

102 Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Los delitos societarios”, en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., (Dir), Trivium, Madrid 1997, p. 3006 y para la visión que la jurisprudencia mantiene puede verse MAGRO SERVET, V., *Guía práctica y casuística de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, La Ley*, Madrid 2002, p. 218,

103 Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J-M., *Empresa y Derecho Penal*, cit., p. 273.

104 En contra de esta idea puede verse GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, cit., p. 222.

105 Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona 1986, p. 27.

106 Aunque la mayoría de la doctrina entiende que el art. 290 es un delito de falsedad, existen voces discrepantes que le atribuyen una naturaleza jurídica diferente. Puede verse PÉREZ VALERO, I., *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales*, Tirant lo blanch, Valencia 2001, pp. 386 y ss. Entiende el autor que lo que se tipifica es una falsedad ideológica y excluye las falsedades materiales.

107 Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Los delitos societarios”, cit., p. 3012.

108 De esta opinión participan entre otros FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 385, y GÓMEZ BENÍTEZ, J-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., p. 191.

109 Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., p.183. Tras hacer un recorrido por la evolución legislativa de las falsedades en el Código Penal español, al hablar de los delitos societarios y en especial del art. 290, justifica que se incluya en estos casos la modalidad descrita en el art. 390. 4º. La base de la justificación es la necesidad de que la contabilidad refleje fielmente la situación de las sociedades mercantiles. El deber de veracidad se impone como obligatorio desde el momento en que documentos como las cuentas anuales deben ser depositadas en el Registro Mercantil.

En línea de principio y teniendo presente las nociones anteriormente expuestas sobre las falsedades, podría pensarse que la tipificación de esta conducta en el seno de una sociedad no supone innovación alguna respecto de lo ya existente. Ello es así por cuanto la conducta consistente en <<falsear>> perfectamente podría encajarse en los tipos penales de falsedades comunes por la vía del art. 392 del CP. Sin embargo, sucede que el delito societario amplía el catálogo de acciones penalmente sancionables puesto que, a diferencia del art. 392, sí tipifica la falsedad ideológica en documento mercantil cometida por particular. Ahora bien la decisión del legislador es defendible por diversas razones que avalan la idea de que el art. 290 es un delito autónomo y diferenciado de la falsedad común.

En primer lugar, los bienes jurídicos protegidos no son coincidentes. Las falsedades comunes presentan como bien jurídico protegido la funcionalidad del documento frente al art. 290 que se identifica por ser un delito de peligro abstracto para el patrimonio y de lesión con respecto al bien jurídico funcionalidad del documento¹¹⁰. En el caso de que el perjuicio llegue a materializarse, el peligro abstracto para el patrimonio se trasforma en lesión y esta conducta aparece recogida en el apartado 2º del mismo artículo¹¹¹.

En un primer momento imperó la idea de que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad es la <<fe pública>> y, como señala GARCÍA CANTIZANO¹¹², pueden identificarse dos corrientes diferenciadas en torno al concepto de fe pública. Un concepto restringido que la identifica como el ejercicio de una concreta potestad estatal¹¹³ y una segunda concepción amplia que define a la fe pública como la confianza que prestan los ciudadanos a determinadas formas u objetos que juegan un especial papel dentro de las relaciones sociales que se desenvuelven en el tráfico jurídico¹¹⁴. Ambas versiones deben descartarse por la indeterminación y abstracción que impide fijar la posible puesta en peligro o lesión del mismo. Por tanto la fe pública debe ser descartada por su incapacidad para describir algo concreto y funcional¹¹⁵. Idénticas razones son utilizadas para desechar como bien jurídico protegido el <<tráfico jurídico>> sostenido entre otros por ORTS¹¹⁶ en la doctrina española.

110 Cfr. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 370. De la misma opinión DEL ROSAL BLASCO, B., “El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código Penal de 1995”, en *Empresa y Derecho Penal I*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, p. 102 y ss.

111 Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant lo blanch, Valencia 1998, p. 94.

112 Vid. GARCÍA CANTIZANO, M-C., *Falsedades documentales*, cit., p. 77.

113 Como exponente de esta concepción puede verse CARRARA, F., *Programma de Derecho criminal. Parte Especial*, Vol. VII, Temis, Bogotá/Buenos Aires, 1977.

114 Esta nueva concepción no se circunscribe únicamente a los documentos provenientes del funcionario público sino que incluye todo documento público o privado que materialicen hechos de relevancia jurídica. Vid. GARCÍA CANTIZANO, M-C., *Falsedades documentales*, cit., p. 89. Esta visión de la <<fe pública>> como bien jurídico protegido en las falsedades es defendida por autores en la doctrina actual española como MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 704, BENÉYTEZ MERINO, L., “Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias en el art. 302”, en *Las falsedades documentales*, BENÉYTEZ MERINO, L. y otros., Comares, Granada 1994, p. 41.

115 Vid. BOLDOVA PASAMAR, M-A., *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada 2000, p. 54.

116 Vid. ORTS BERENGUER, E., “Las falsedades”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, A.A.V.V., Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 848. También, BENÉYTEZ MERINO, L., “Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias en el art. 302”, cit., p. 42, que relaciona la fe pública y la seguridad del tráfico jurídico.

Por su parte, autores como ANTOLISEI¹¹⁷ niegan la existencia de un bien jurídico autónomo y entienden que las falsedades sirven de instrumento para lesionar bienes jurídicos protegidos en otros delitos. Concibe las falsedades como delitos pluriofensivos, de forma que dos son los bienes jurídicos tutelados, a saber, la fe pública y el bien jurídico correspondiente con el bien protegido por el delito que se cometa mediante la falsedad.¹¹⁸

Posteriormente se irá haciendo paso una nueva visión acerca del bien jurídico protegido hasta llegar a un momento en que la doctrina dominante se aboga por un bien jurídico más concreto que sirve de forma más efectiva a la interpretación de los delitos de falsedad. Así, las teorías funcionalistas, de origen principalmente germano, identifican como bien jurídico protegido en las falsedades a las <<funciones que el documento cumple en el tráfico jurídico>>¹¹⁹. El documento responde a tres funciones principales de perpetuación, de garantía y probatoria¹²⁰. La perpetuación va referida a la fijación en el tiempo de una declaración sobre un soporte perdurable, la garantía al sujeto al que se le imputa la declaración y la última a que el documento es idóneo para constituir un medio de prueba¹²¹.

Concretamente, el art. 290 se caracteriza por ser un delito pluriofensivo en el que dos son los bienes jurídicos, a saber, la funcionalidad del documento y el patrimonio¹²². El tipo básico recogido en el art. 290 se configura como un delito de peligro abstracto para el patrimonio individual y de lesión para la funcionalidad del documento. Por su parte, y a diferencia del primer apartado, el tipo agravado del art. 290. 2º contiene un delito de lesión para ambos bienes jurídicos protegidos. En este último se exige también la producción del perjuicio económico para el patrimonio individual¹²³. Asimismo, DEL ROSAL BLASCO¹²⁴ lo concibe como delito pluriofensivo pero con la variante de entender que, junto con el patrimonio, es bien jurídico protegido el derecho de los destinatarios de la información social -sociedad, socios o terceros- a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o eco-

117 Vid. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte speciale-II*, Dott.A.Giuffrè, Milano 1986, p. 567. De esta opinión también ARAGONA, F., "Reato pluriofensivo, categoría operativa e non meramente descrittiva (a proposito dei delitti di falso)", en *Revista italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano 1971, p. 962

118 Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, cit., p. 26. Critica la visión del autor por cuanto no sería aceptable su posición al vaciar de contenido de injusto a los delitos de falsedad configurándolos como meros instrumentos de ataque para otros bienes jurídicos. De semejante opinión BOLDOVA PASAMAR, M-A., *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, cit., p. 78.

119 Vid. BOLDOVA PASAMAR, M-A., *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, cit., p. 132.

120 Vid. BONÉ PINA, J-F/ SOTERAS ESCARTÍN, R., *De las falsedades*, cit., p. 152.

121 Cfr. GARCÍA CANTIZANO, M-C., *Falsedades documentales*, cit., p.134. Coincidentes con esta visión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 188. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, cit., p. 95 y FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 369.

122 Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 370. En contra de esta opinión puede verse MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios*, Ramón Areces, Madrid 2005, p. 19, para quien lo que se protege es la necesaria veracidad de los datos de la situación económica de la sociedad. Por su parte, y con una tesis también diferente a la que sostiene en el presente trabajo, FERNÁNDEZ TERUELO, J-G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid 1998, p. 167, sostiene que se trata de un delito exclusivamente patrimonial en el que, al proteger la veracidad de la información social, lo que ampara realmente son los intereses patrimoniales de los sujetos a los que dicha veracidad va dirigida.

123 Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 371.

124 Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., "El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código Penal de 1995", cit., p. 97.

nómica de la sociedad. Por su parte PÉREZ VALERO identifica como bien jurídico colectivo <<el interés al carácter verídico y completo de la información social>> junto con el patrimonio. Configura el delito como de peligro abstracto para el patrimonio y de lesión para el bien colectivo¹²⁵.

En segundo lugar se trata además de un delito especial frente a las falsedades comunes del art. 392 del CP en el que no se establecen restricciones con respecto al sujeto activo. Al hilo de esta afirmación cabe decir que el art. 290 viene a cubrir una laguna de punibilidad importante por cuanto, a diferencia del art. 392, sí sanciona la falsedad ideológica cometida por particular¹²⁶. La justificación de la tipificación en estos casos de la falsedad ideológica responde a la idea de que en el tráfico económico actual la actividad desarrollada por las sociedades mercantiles ha llegado a alcanzar cotas amplísimas, por lo que la transparencia en sus actuaciones se reviste de un interés general tanto para el Estado, como para los diferentes agentes económicos que actúan en el mercado como para terceros. El principio de publicidad y de imagen fiel está presente en la legislación mercantil como instrumento para el mantenimiento de la economía de mercado y la economía. La información reflejada en los documentos de la sociedad debe estar revestida de veracidad y transparencia para dar cumplimiento al principio básico de imagen fiel entendido como la representación clara y exacta de las realidades jurídica y económica de la sociedad mercantil y en especial de su patrimonio¹²⁷. Por tanto, cuando el administrador falsea esta información manipulando y alterando los documentos de la sociedad infringe tales principios poniendo en peligro los patrimonios de la propia sociedad, de los socios y de terceros.

En sintonía con lo dicho sobre la imagen fiel de la situación de la sociedad está la cuestión relativa al objeto material de la falsedad, es decir, cuáles son los documentos susceptibles de ser alterados y modificados por el sujeto activo y que son precisamente aquellos destinados a mostrar esa imagen fiel y veraz de la actividad y patrimonio de la sociedad. En una simple lectura del art. 290 se aprecia la utilización de un sistema de *numerus apertus* y no de enumeración taxativa. Se hace mención expresa a las cuentas anuales¹²⁸ y se establece una cláusula abierta al introducir la coletilla <<u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica u económica de la entidad>>. Por la vía de esta cláusula se incluyen como posibles documentos mercantiles los libros de contabilidad, libros de actas, el programa de fundación, los proyectos de fusión, los balances periódicos presentados a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de obligada emisión para las sociedades cotizadas entre otros¹²⁹.

De lo dicho hasta el momento se deduce que tanto la especialidad por el sujeto activo como por el objeto material de la falsedad otorgan cierta autonomía del art. 290 frente a las falsedades comunes¹³⁰. Pero es que además, el art. 290 se caracteriza por el hecho exigir que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico a la entidad

125 Vid. PÉREZ VALERO, I., *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales*, cit., p. 141.

126 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 198. También GÓMEZ BENÍTEZ, J-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., p. 191 y FERNÁNDEZ TERUELO, J-G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, cit., p. 171.

127 Cfr. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 352. Asimismo MORENO CHAMARRO, I., *Delitos societarios*, cit., p. 32.

128 Vid. art. 34 del C.Co y el art. 172 de la LSA. Las cuentas anuales de obligada realización a cierre del ejercicio se componen del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria.

129 Puede verse esta enumeración en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Los delitos societarios”, cit., p. 3012.

130 Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J-M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos*, cit., p. 191.

a los socios o a terceros. De este dato se deriva su condición de delito de aptitud¹³¹. Los tipos de falsedad documental lo que exigen es la idoneidad de la falsedad para inducir a error, es decir que sea idónea para engañar¹³² exigiéndose además la relevancia jurídica del comportamiento de falsear. Precisamente por este motivo quedan excluidas del ámbito penal las falsedades superfluas, inocuas o burdas, puesto que no son aptas para crear el engaño y por lo tanto no son idóneas para crear siquiera un peligro para el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad¹³³. Este mismo razonamiento es aplicable al delito societario, ya que tampoco la falsedad será castigada cuando no tenga aptitud para engañar; sin embargo, y a diferencia de las falsedades comunes, se exige además la idoneidad para perjudicar el patrimonio de la sociedad, socios o terceros. En este momento deben ser traídas a colación las nociones básicas sobre el bien jurídico que fueron expuestas anteriormente. Ha de recordarse que frente a las falsedades comunes cuyo bien jurídico se identificaba con la funcionalidad del documento, en el delito del art. 290 se protege además el patrimonio de la sociedad, de los socios y de terceros. En la familia delictiva de las falsedades punibles, la falsedad debe ser idónea para lesionar el bien jurídico <<funciones del documento>>, mientras que el delito societario restringe su campo de actuación por ser más específico al añadir además la protección del patrimonio¹³⁴. De todo ello se deriva que si la falsedad no resulta idónea para perjudicar a uno de estos tres sujetos pasivos, será falsedad común al lesionar únicamente el bien jurídico protegido por las falsedades punibles.

A modo de conclusión puede afirmarse que el posible concurso de leyes entre las falsedades comunes y la conducta descrita en el art. 290 se resuelve mediante el principio de especialidad¹³⁵ (art. 8.1 CP) a favor de la aplicación de este último, siempre que la acción de falsear reúna los requisitos de sujeto pasivo, objeto material, idoneidad para causar un perjuicio descritos en el tipo y denuncia. Pero es que además de la regla de la especialidad que hace prevalecer al delito societario, éste es además *lex consumens* por el hecho de exigir el tipo el elemento de la idoneidad del perjuicio económico añadido a la conducta falsaria¹³⁶.

b) 2. La específica problemática concursal entre el delito societario y el tipo de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal del art. 261.

Ante todo y como condición *sine qua non*, para poder apreciar la posibilidad de un concurso de normas o de delitos entre los art. 290 y 261 del CP, la conducta falsaria debe ser ejecutada por un administrador de hecho o de derecho¹³⁷. El sujeto activo de la conducta no puede ser otro que el identificado en los delitos socioeconómicos como administrador de hecho o de derecho de los entes sociales y el supuesto de hecho sería el siguiente: en el procedimiento concursal – antes procedimiento de quiebra, concurso de acreedores o expediente de suspensión de pagos – se presentan acompañando a la solicitud, que dará lugar a la iniciación del procedimiento del que se trate, los documentos contables falsos con la intención de lograr la indebida declaración del concurso. Esos documentos deben haber sido falseados por el administrador de hecho o de

131 Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J-G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, cit., p. 190.

132 Vid. GARCÍA CANTIZANO, M-C., *Falsedades documentales*, cit., pp. 279 y 383.

133 Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: Análisis Jurídico-penal*, cit., p. 602.

134 Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 400 y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Delitos patrimoniales”, cit., p. 836.

135 Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J-G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, cit., p. 203.

136 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 212.

137 Cfr. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 412.

derecho y posteriormente ser presentados al momento de realizar la solicitud de apertura del procedimiento concursal esto es, del concurso. Ahora bien, retomando la letra del delito societario, la falsedad debe ser además idónea para causar un perjuicio económico, esto es, estar dotada de aptitud lesiva para causar el perjuicio económico típico a un acreedor¹³⁸. Al tratarse de un procedimiento concursal el patrimonio que puede verse perjudicado es el de los acreedores que reclaman el pago de sus créditos impagados.

En el procedimiento concursal dos son los sujetos protagonistas a saber, el deudor y el acreedor. El concurso presupone la existencia de obligaciones impagadas, es decir, relaciones jurídicas obligacionales en virtud de las cuales una persona, -deudor- se obliga a la realización de una prestación a favor de otra¹³⁹, que no llega efectivamente a materializarse. El tipo de obligaciones que se establecen pueden tener carácter público o privado, de ahí que puedan ser acreedores tanto el Estado, como los trabajadores u otros acreedores particulares. Basta ver los arts. 90 y siguientes de la Ley Concursal y la prelación de créditos establecida para ver el tipo de acreedores implicados en el concurso. Serán los patrimonios de los acreedores los que puedan verse perjudicados por la presentación de documentos que muestren un estado contable falso. El administrador de hecho o de derecho que falsifique los documentos y los presente en el procedimiento concursal en el momento de la solicitud está creando un peligro para esos acreedores. La falsedad es apta para crear el perjuicio a los acreedores, o lo que sería en la letra del art. 290, los terceros¹⁴⁰. La cuestión a resolver se resume pues en saber si en este caso particular debe apreciarse un concurso de delitos o de normas. En otras palabras, ¿debe aplicarse al administrador de hecho o de derecho que inicialmente falsea la contabilidad y con posterioridad la presenta en procedimiento concursal ambos delitos?. En el caso de optar por la respuesta negativa, ¿cuál de ellos debe ser entonces aplicado desplazando al otro?.

Para LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN y DEL ROSAL BLASCO¹⁴¹ la relación existente entre ambos delitos se soluciona mediante el principio de especialidad de forma que resulta aplicable el art. 261 frente al delito societario. Entienden los autores que el delito de insolvencia es un tipo especial frente al delito de falsedad en documento de la sociedad, así pues dándose todos los elementos del art. 261, éste sería de aplicación preferente. No especifican los autores si la conducta del art. 261 requiere la elaboración de la falsedad y el posterior uso del documento falso. Simplemente hablan <<modalidad falsaria>>¹⁴², por lo que lo más lógico es que pensar que siguen la corriente mayoritaria de entender que se trata de una conducta de uso de documento falso mediante su presentación en el procedimiento concursal.

Por el contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se muestra partidario de la visión opuesta, es decir, el art. 290 será *lex consumens* frente al art. 261 porque el desvalor de la conducta de este último queda suficientemente recogido en la conducta descrita por el delito societario¹⁴³. Igual que los autores mencionados en el párrafo anterior, sí con-

138 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 217.

139 Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *El delito de alzamiento de bienes*, cit., p. 91.

140 Sobre el concepto de <<terceros>> en el art. 290 puede verse FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p.372.

141 Vid. LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 138 y DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, cit., p. 102.

142 Cir. LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 138.

143 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 217. En este mismo sentido puede verse FERNÁNDEZ TERUELO, J-G., *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, cit., p. 204.

sidera la especialidad pero, a diferencia de estos, se la atribuye al delito societario tanto por el sujeto como por la necesidad de que la falsedad sea idónea para causar el perjuicio. El elemento subjetivo del tipo requerido en el art. 261 –actuar con la finalidad de obtener la indebida declaración del concurso– queda embebido en el dolo del art. 290 por entender que éste ya abarca la aptitud lesiva de la conducta¹⁴⁴.

El aparente concurso de leyes se resuelve a favor del art. 290. Así, la presentación de la contabilidad falseada en el procedimiento concursal supone la creación del peligro abstracto para el patrimonio, es decir, se valora la presentación de los documentos como una forma de utilización de la falsedad dando cumplimiento así al requisito de la idoneidad de la falsedad para perjudicar el patrimonio exigido por el delito. Precisamente por esta misma razón se descarta la posibilidad de la existencia de un concurso de delitos por cuanto, al igual que sucedía con la falsedad del art. 392 y el uso del documento en juicio o para perjudicar a tercero, la presentación de los documentos de la sociedad falseados se debe considerar como acto copenado posterior¹⁴⁵. Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ni siquiera existiendo una desconexión temporal entre la falsificación y la presentación de los documentos cabría apreciar el concurso de delitos y se trataría también en este supuesto de un copenado acto posterior. Profundizando todavía más en el tema podría plantearse el caso por el que el administrador de hecho o de derecho en un primer momento falsificase los documentos con idoneidad para perjudicar a los socios o a la sociedad y posteriormente la falsedad fuese presentada en el procedimiento concursal, poniendo entonces en peligro los patrimonios de los terceros acreedores. Con todo, tampoco en este supuesto cabría entender el concurso de delitos con base en la idea de que incide en sujetos distintos, pues no puede exigirse al falsificador que ponga de manifiesto en el procedimiento concursal la falsedad que cometió en un momento anterior. De nuevo se trataría de una hipótesis de acto copenado posterior. De todo lo dicho se extrae como conclusión que cuando el sujeto –administrador de hecho o de derecho– que falsifica los documentos de la sociedad posteriormente los presenta en el procedimiento concursal para obtener la indebida declaración del concurso, el aparente concurso de leyes se resuelve a favor del delito societario y ello siempre y cuando se pongan en peligro los patrimonios no sólo de los acreedores sino también de los socios o de la sociedad. En esta línea de razonamiento, en el caso de proyectarse el peligro únicamente sobre el patrimonio de los acreedores resulta aplicable el art. 261, el delito de insolvencia¹⁴⁶.

144 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 217.

145 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 217.

146 Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, cit., p. 412.