DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO
JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER
JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
ADÁN NIETO MARTÍN

EDITORIAL DYKINSON

DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

Norberto J. de la Mata Barranco
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco

Jacobo Dopico Gómez-Aller
Profesor Titular acred. Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

Juan Antonio Lascuraín Sánchez
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

Adán Nieto Martín
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla - La Mancha

DYKINSON
2018

A Klaus Tiedemann

© 2018 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.com

Preimpresión: TallerOnce

ISBN: 978-84-9148-622-0
Depósito Legal: M-11491-2018

ÍNDICE

Autores 33
Presentación 37

TEMA 1
INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO
Y DE LA EMPRESA (Adán Nieto) 39
I. El Derecho penal de la empresa desde la Criminología 39
II. El Derecho penal de la empresa en el Derecho positivo 46
1. Derecho penal de la empresa versus Derecho penal económico 46
2. La accesoriedad del Derecho penal económico: leyes penales en blanco y remisiones normativas 49
3. Derecho penal y sancionador administrativo económico: el problema del *ne bis in idem* 53
III. Derecho penal de la empresa y proceso penal 55
Lecturas recomendadas 60

TEMA 2
DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA
EUROPEO E INTERNACIONAL (Adán Nieto) 61
I. El Derecho penal de la UE y el Derecho penal de la empresa 61
1. La europeización del Derecho penal nacional 62
2. El Derecho sancionador administrativo económico supranacional 73
3. La protección de los intereses financieros y el Fiscal Europeo 75
II. Los delitos económicos en el Derecho penal internacional 79
Lecturas recomendadas 85

TEMA 3

LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN LOS DELITOS DE EMPRESA (Juan Antonio Lascuraín) 87
I. Introducción 89
II. Criterios para la imputación de responsabilidad penal individual 91
1. La imputación de resultados a omisiones 91
A. Requisito 91
B. ¿De qué es garante el empresario? 94
2. La responsabilidad del representante 85
A. El artículo 31 del Código Penal 95
B. El administrador de hecho 97
C. Fundamento 98
3. La responsabilidad como partícipe 100
A. La participación por omisión 100
B. La participación de sujetos ajenos (extranei) en delitos especiales 102
III. La responsabilidad penal de los administradores 104
1. La posición de garantía de los administradores 104
A. Alcance 104
B. La delegación 106
2. ¿Autor o partícipe? 109
A. Razones para la autoría 109
B. ¿Y si no es garante? 110
3. Las decisiones colectivas 111
A. *Responsabilidad penal por acción* 111
B. *Responsabilidad penal por omisión.* 113
IV. La responsabilidad penal de los órganos ejecutivos 114
1. Empresario, administrador, ejecutivo 114
2. El ejecutivo como delegado y delegante 115
V. La responsabilidad penal de los órganos de asesoramiento 117
1. ¿Asesores o decisores? 117
2. El asesoramiento neutro 118
3. La omisión del asesor 120
VI. La responsabilidad penal de los órganos de cumplimiento 121
1. ¿Qué es un órgano de cumplimiento? 122
A. El responsable de cumplimiento 122
B. El órgano de supervisión 123

2. Responsabilidades penales como autor 124
A. Supervisión 124
B. Delegación 125
C. Análisis de riesgos 126
3. Responsabilidades penales como partícipe 126
VII. Algunas conclusiones 127
Lecturas recomendadas 128

TEMA 4
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
(Jacobo Dopico) 129
I. Introducción. Rasgos fundamentales del vigente sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas 130
II. Autonomía e independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica 132
III. El sujeto de responsabilidad penal: la persona jurídica 133
1. Concepto extrapenal de persona jurídica 133
2. Personas jurídicas excluidas 134
3. Personas jurídicas sometidas a un régimen punitivo restringido 135
4. Están también excluidas las *empresas de fachada o pantalla* 135
5. ¿Debe penarse también a personas jurídicas muy pequeñas? 135
IV. La estructura de imputación 136
1. Un modelo de doble vía 136
2. Cuestiones comunes a ambas vías 139
A. El delito cometido 139
B. Delito cometido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica 139
3. Primera vía: delito cometido por representantes o personas con capacidad de decisión, organización y control 140
A. Sujetos que pueden desencadenar la responsabilidad por esta vía. Una lectura restrictiva conforme a la normativa europea 140
B. Actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica 142
4. Segunda vía: delito cometido por cualquier otra persona al servicio de las anteriores 142
A. Sujetos que pueden desencadenar la responsabilidad por la segunda vía 142

B. En ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica 143
C. Infracción grave del deber de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad del trabajador 143
V. Compliance y exención de responsabilidad. Los modelos de organización y gestión orientados a la prevención de delitos 145
1. La idea de defecto de organización. Su alcance en cada una de las dos vías de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica 145
2. Exención de responsabilidad para la persona jurídica por delitos cometidos por sus máximos responsables: los "modelos de organización y gestión" y el "cumplimiento" 146
3. Los requisitos para la exención, en detalle 147
A. Modelos de organización y gestión que vigilen y controlen a sus máximos dirigentes. Programas de compliance 147
B. Órgano de vigilancia 150
C. Elusión fraudulenta 151
D. Diligencia del órgano de vigilancia 152
VI. El sistema de penas para personas jurídicas 152
1. Introducción. Rasgos básicos del sistema de penas a personas jurídicas 152
2. La pena de multa 153
3. Disolución y penas interdictivas 154
A. La disolución 154
B. Suspensión de actividades, clausura de locales y prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, facilitó o encubrió el delito. 154
C. Inhabilitaciones. 154
D. La intervención judicial. 155
4. Requisitos para la imposición de las penas interdictivas o la disolución 155
5. Determinación de la pena 157
A. Atenuantes y agravantes 157
B. Confesión 157
C. Reparación 158
D. Colaboración en la investigación con pruebas nuevas y decisivas 158

E. Establecimiento postdelictivo de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica 159
F. Atenuante por cumplimiento parcial de los requisitos exigidos para exonerar a la persona jurídica 159
6. Otras consecuencias jurídicas: la responsabilidad civil 160
VII. Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Excepciones para evitar la elusión de la responsabilidad. 161
VIII. Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica 164
1. Introducción 164
2. Criterios materiales para su aplicación 165
3. Sujetos a los que cabe imponer estas consecuencias accesorias: entidades sin personalidad jurídica 166
Anexo. Delitos por los que puede deducirse responsabilidad penal para las personas jurídicas 167
Lecturas recomendadas 168

TEMA 5
ESTAFAS Y OTROS FRAUDES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL
(Jacobo Dopico) 169
I. Estafa empresarial y "negocios jurídicos criminalizados" 170
II. Sujetos activo y pasivo 171
III. Inducir a un acto de disposición 171
IV. El engaño en las estafas cometidas en el tráfico mercantil 173
1. El engaño como modo de manipulación de la voluntad del disponente 173
2. Engaño antecedente 175
3. Engaño bastante 176
A. Un umbral de idoneidad típica. Primer requisito: infracción de un deber de veracidad. Las "mentiras permitidas" en el tráfico mercantil 176
B. Engaño bastante como engaño idóneo para soslayar las cautelas mínimas que cabe esperar del sujeto pasivo. La "doble perspectiva objetivo-subjetiva" 177
C. Engaño bastante para llevar a error a víctimas "consumidores" 179

D. Engaño bastante para llevar a error a víctimas comerciantes: la asunción excesiva de riesgo por reducción de cautelas 181
E. Un caso especialmente interesante: ¿es "bastante para producir error" el engaño sobre datos inscritos en el Registro de la Propiedad? 183
a. Planteamiento: un mismo engaño puede ser bastante para llevar a error a un consumidor, pero no a un comerciante diligente 183
b. ¿Qué dice el Tribunal Supremo a este respecto? Tratamiento diferenciado según la víctima sea consumidor o agente económico profesional 184
4. Engaño "causante" 187
5. ¿Puede cometerse estafa engañando sobre juicios de valor"? 188
6. Unos casos particulares de engaño: los fraudes con cheques y letras de cambio 189
A. ¿Constituye estafa el pago con un cheque sin fondos? 189
B. Estafa y descuento bancario de letras de cambio 189
V. Estafa y omisión 191
1. Estafa y omisión de datos relevantes para el negocio 191
2. ¿Son estos casos "estafa por omisión o engaños con elementos activos y omisivos? 193
3. ¿Puede cometerse estafa mediante una simple omisión, sin conducta activa alguna? 194
A. Intervención en el engaño por simple no advertencia de datos, sin intervención activa en la negociación 194
B. Los casos de "no devolución de lo cobrado indebidamente" cuando no hubo dolo en el momento del cobro y supuestos similares 195
VI. El perjuicio patrimonial provocado por el acto de disposición. El debate sobre el concepto de patrimonio 196
1. El perjuicio patrimonial, resultado de la estafa 196
2. El debate sobre el llamado "concepto penal de patrimonio" 196
3. ¿Constituye perjuicio típico el riesgo de pérdida patrimonial? 200
A. La solicitud fraudulenta de crédito con ánimo de devolverlo 201
B. La estafa de inversiones 203
VII. Tipo subjetivo 205
1. El dolo 205

A. Cuestiones generales. Dolo directo y dolo eventual 205
B. El caso de las "huidas hacia delante": dolo eventual y fraudes para obtener financiación en medio de una crisis empresarial 206
C. Dolo y cuestiones probatorias 207
2. El ánimo de lucro 208
3. La diferencia entre estafa y dolo civil (arts. 1269-1270 CC), una cuestión de elemento subjetivo 209
A. Planteamiento 209
B. Hablaremos de estafa si concurre dolo de perjuicio patrimonial 210
VIII. Iter criminis 211
IX. Los tipos agravados de estafa desde la perspectiva del Derecho penal de empresa 212
1. Estafa sobre bienes objeto de especial protección (art. 250.1, apartados 1º y 3º) 213
2. Abuso de firma o afectación a expediente, protocolo o documento público u oficial (art. 250.1.2º) 214
3. Por la entidad del perjuicio, la situación en la que deje a la víctima, el valor de la defraudación o el número de afectados (art. 250.1, apartados 4º y 5º) 215
4. Abuso de relaciones personales con la víctima o aprovechamiento de credibilidad empresarial o profesional (art. 250.1.6º) 216
5. Estafa procesal (art. 250.1.7º) 217
6. Multirreincidencia (art. 250.1.8º) 218
7. La modalidad hiperagravada del art. 250.2 218
X. Los fraudes de doble venta y similares (art. 251.1-2) 219
1. Introducción. En los fraudes de doble venta hay dos posibles perjudicados 219
2. Algunos de estos casos son estafas propias y otros estafas impropias 220
3. Acotación: fraudes inmobiliarios 221
4. Dos grupos de casos 222
5. Una cuestión común: el engaño sobre datos registrales 222
6. Fraudes inmobiliarios con engaño sobre la facultad de disposición (art. 251.1) 223
A. Conductas típicas: enajenar, gravar, arrendar con engaño sobre la facultad de disponer 223

B. La concreción del perjudicado 223
C. Dolo defraudatorio 224
7. Enajenación o gravamen de inmueble ya enajenado como libre, antes de la "definitiva transmisión" (art. 251.2. 2º inciso) 225
A. Conductas de doble venta antes de la traditio 225
B. Gravamen fraudulento tras la venta como libre y antes de la traditio 226
8. Disposición de inmueble con ocultación de cargas (art. 251.2.1º inciso) 226
9. El concurso con la estafa común 227
10. Contrato simulado (251.3). 228
XI. Estafas informáticas y fraudes similares (art. 248.2). 229
1. Fraudes mediante manipulación informática (248.2. a) 229
2. Actos preparatorios relativos a programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas (248.2.b) 231
3. Fraudes con tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o los datos obrantes en ellos (248.2.c) 232
XII. Cuestiones concursales (remisión) 234
Lecturas recomendadas 234

TEMA 6
ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACIÓN INDEBIDA
(Adán Nieto) 237
I. El abuso de poder en la gestión del patrimonio societario 237
II. La tipificación de la administración desleal y la apropiación indebida por la LO 1/2015 239
III. El delito de apropiación indebida 241
1. Aspectos generales 241
2. La apropiación indebida de sumas de dinero 244
IV. La apropiación indebida en el ámbito empresaria 246
V. La administración desleal de patrimonio (art. 252) 250
1. La esencia de la administración desleal 250
2. El comportamiento típico del art. 252 251
3. Sujetos activos 259
4. Bien jurídico y perjuicio patrimonial 262
5. Consumación y tentativa 266
6. Tipo subjetivo 267

7. Relaciones concursales 267
VI. Casos discutibles de administración desleal en el ámbito societario 271
1. Administración desleal con consentimiento de los socios y defensa del capital social 271
2. Administración desleal en grupos de sociedades 272
3. La comisión de ilícitos como supuesto de administración desleal: en especial, los pagos ilícitos 274
4. Negocios de riesgo 277
5. Actos de gestión discrecionales y fijación de remuneraciones 280
6. Administración desleal en empresas familiares 282
7. Administración desleal en empresas públicas 283
Lecturas recomendadas 284

TEMA 7
DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN Y DELITOS DE INSOLVENCIA (Norberto J. de la Mata) 285
I. Delitos de frustración de la ejecución 285
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 286
2. Evolución legislativa: la reforma de 2015 287
3. Vinculación a la normativa mercantil y autonomía penal 288
A. Insolvencias vinculadas al incumplimiento de obligaciones sin declaración del concurso 288
B. Autonomía en la tramitación del procedimiento penal 290
4. Bien jurídico protegido, sujeto pasivo y objeto material del delito 291
5. Sujeto activo del delito y carácter de la deuda u obligación 292
A. El deudor y el depositario de bienes embargados 292
B. Carácter de la deuda u obligación 293
6. Conductas incriminadas 295
A. Alzamiento genérico (art. 257.1.1º) 295
B. Actos para eludir un embargo (art. 257.1.2º) 298
C. Actos para eludir el pago de responsabilidad civil (art. 257.2) 299
D. Tipo agravado por la naturaleza de la deuda (art. 257.3 pfo. 2º) 301
E. Tipos agravados por la entidad de la defraudación o el abuso del deudor (art. 257.4) 301
F. Tipo específico de presentación de declaración patrimonial falsa (art. 258) 302
G. Tipo específico de uso de bienes embargados (art. 258 bis) 303

7. Autoría y participación en el delito 304
8. Responsabilidad de las personas jurídicas 304
9. Consecuencias jurídicas 305
A. Penas 305
B. Responsabilidad civil 306
10. Concursos 307
II. Delitos de insolvencia punible 308
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 309
2. Evolución legislativa: la reforma de 2015 309
3. Vinculación a la normativa mercantil y autonomía penal 311
A. Insolvencias vinculadas al incumplimiento de obligaciones exigibles o a la declaración del concurso 311
B. Autonomía en la tramitación del procedimiento penal
C. Autonomía en la calificación de la insolvencia 311
4. Bien jurídico protegido, sujeto pasivo y objeto material del delito 312
5. Sujeto activo del delito y carácter de la deuda u obligación 312
A. El deudor y el administrador concursal 312
B. Carácter de la deuda u obligación 312
6. Conductas incriminadas 313
A. Subtipo básico: conductas irregulares en situación de insolvencia inminente o actual (art. 259.1) 313
B. Subtipo básico: conductas de causación de insolvencia (art. 259.2) 316
C. Tipo imprudente (art. 259.3) 317
D. Tipos agravados por el desvalor de resultado (art. 259 bis) 318
E. Tipos específicos de favorecimiento ilícito de acreedores (art. 260.1 y 2) 319
a. Preconcursal 319
b. Postconcursal 319
F. Tipo específico de presentación de documentación falsa (art. 261) 320
G. La malversación impropia del art. 435.4 322
7. Responsabilidad de las personas jurídicas 322
8. Consecuencias jurídicas 323
A. Penas 323
B. Responsabilidad civil 324
Lecturas recomendadas 324

TEMA 8

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL Y VIOLACIÓN DE SECRETOS DE EMPRESA (Norberto J. de la Mata) 327
I. Delitos contra la propiedad intelectual 327
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 328
2. Evolución legislativa: la reforma de 2015 328
3. Vinculación a la normativa extrapenal 329
4. Bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material del delito 329
5. Conductas incriminadas 331
A. Reproducción, plagio, distribución, comunicación pública u otra clase explotación económica (art. 270.1) 334
B. Distribución o comercialización ambulante u ocasional (art. 270.4) 336
C. Facilitación de acceso o localización de obras en Internet (art. 270.2 y 3) 337
D. Exportación o almacenaje e importación (art. 270.5 a) y b) 338
E. Eliminación, modificación y elusión de medidas tecnológicas (art. 270.5 c) y d). 339
F. Puesta en circulación o posesión de medios para eludir dispositivos de protección (art. 270.6) 340
G. Tipos agravados por mayor desvalor de resultado o de acción (art. 271) 340
6. Responsabilidad de las personas jurídicas 341
7. Consecuencias jurídicas 341
A. Penas 341
B. Responsabilidad civil 341
II. Delitos contra la propiedad industrial 342
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 342
2. Evolución legislativa: la reforma de 2015 343
3. Vinculación a la normativa mercantil 343
4. Bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material del delito 343
5. Conductas incriminadas 345
A. Conductas de vulneración de derechos sobre patentes de invención y modelos de utilidad (art. 273.1) 345
B. Conductas de vulneración de derechos sobre procedimientos 347

objeto de patente (art. 273.2) 347
C. Conductas de vulneración de derechos vinculados a modelos, dibujos industriales o artísticos o topografías de semiconductores (art. 273.3) 347
D. Conductas de vulneración de derechos sobre signos distintivos (art. 274.1) 348
E. Comercialización al por menor y venta ambulante u ocasional (arts. 274.2 y 3) 351
F. Conductas vinculadas a la protección de obtenciones vegetales (art. 274.4) 353
G. Uso indebido de denominaciones de origen o indicaciones geográficas (art. 275). 353
H. Tipos agravados por mayor desvalor de resultado o de acción (art. 276) 354
I. Divulgación de invención objeto de solicitud de patente secreta (art. 277) 355
6. Responsabilidad de las personas jurídicas 355
7. Consecuencias jurídicas 356
III. Violación de secretos de empresa 356
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 357
2. Evolución legislativa: el Código Penal de 1995 357
3. Vinculación a la normativa mercantil 357
4. Bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material del delito 358
5. Conductas incriminadas 359
A. Descubrimiento ilícito de un secreto de empresa (art. 278.1) 359
B. Comunicación de un secreto ilícitamente descubierto (art. 278.2) 361
C. Utilización o comunicación de un secreto lícitamente conocido (art. 279.1 y 2) 362
D. Utilización o comunicación de un secreto ilícitamente conocido (art. 280) 364
6. Autoría y participación en el delito 364
7. Responsabilidad de las personas jurídicas 364
8. Consecuencias jurídicas 365
Lecturas recomendadas 365

TEMA 9

PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA Y DEL MERCADO DE VALORES (Adán Nieto) 367
I. El Derecho penal y la protección del mercado 367
II. La europeización del Derecho penal de los mercados 370
III. La protección penal de la libre competencia. 372
1. El delito de alteración de precios (art. 284.1º) 372
2. La alteración del precio en subastas públicas (art. 262) 374
3. Detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) 379
IV. La protección penal del mercado de valores 382
1. El mercado de valores y el Derecho penal del mercado de valores 382
A. Títulos y mercados de valores 382
B. La transparencia informativa. 384
2. Regulación y control en el mercado de valores 387
3. El uso de información privilegiada 388
A. Bien jurídico y concepto de información privilegiada 389
B. Sujeto activo y conducta típica 391
C. Consumación y punibilidad 393
D. Tipo subjetivo 394
E. Penalidad 394
4. Manipulación de mercado 395
A. Bien jurídico 395
B. Manipulación basada en información (art. 284.2º) 396
C. Manipulación operativa (art. 280) 401
D. Manipulación basada en comportamientos 404
5. Falsedad y omisión de comunicación de hechos relevantes y en el folleto de emisión (art. 282 bis) 404
A. Bien jurídico, objeto de la acción y naturaleza del delito 405
B. La comunicación de hechos relevantes falsos 408
C. Falsedad en el folleto de emisión 412
Lecturas recomendadas 414

TEMA 10

DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS (Adán Nieto) 415
I. Corrupción, empresas y mercado 415
II. La internacionalización de la lucha contra la corrupción 419

1. El Convenio OCDE y sus principales plasmaciones: *FCPA* y *Bribery Act* 419
2. El sistema de "listas negras" del Banco Mundial y de la normativa de contratos públicos de la UE 421
3. La normativa europea sobre contratos públicos 423
III. El art. 286 ter: el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales 423
IV. Supuestos problemáticos en la corrupción internacional 431
1. Pagos de facilitación 432
2. Gastos promocionales y de buena fe 433
3. Regalos y atenciones 434
4. Derecho local 434
V. La corrupción entre particulares (art. 286 bis 1-3) 435
VI. Penalidad y supuestos agravados (art. 286 quater) 443
VII. Aplicación extraterritorial 444
Lecturas recomendadas 445

TEMA 11

DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES (PUBLICIDAD ENGAÑOSA, FACTURACIÓN AUTOMÁTICA FRAUDULENTA). PIRATERÍA DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN
(Jacobo Dopico y Juan Antonio Lascuraín) 447
I. Introducción a los delitos contra los derechos de los consumidores 447
II. Delito de publicidad fraudulenta 450
1. Contexto regulatorio y bien jurídico protegido 450
2. Sujetos activo y pasivo. Autoría y participación 451
3. Comportamiento típico 452
4. Relaciones concursales 454
III. Delito de facturación fraudulenta 455
1. Introducción. Bien jurídico protegido 455
2. Sujetos activo y pasivo. Autoría y participación 456
3. Comportamiento típico 456
4. Relaciones concursales 458
IV. Piratería de servicios de comunicación 459
1. El problema 459
2. Servicios de radiodifusión o de información 461
A. Acceso no autorizado 461

B. Facilitación o suministro de acceso no autorizado 462
a. Con fines comerciales 462
b. Sin ánimo de lucro 464
C. Concursos 466
3. Equipos de telecomunicaciones 466
Lecturas recomendadas 467

TEMA 12
DELITOS SOCIETARIOS (Juan Antonio Lascuraín) 469
I. Introducción 469
II. Los delitos 470
1. Imposición de acuerdos abusivos 470
A. Fundamento 470
B. Elementos del tipo 471
C. Concursos 472
2. Imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos 473
A. Imposición 474
B. Aprovechamiento 476
3. Negación o impedimento de ejercicio de los derechos de los socios 476
A. Fundamento 477
B. Derechos protegidos 478
a. El derecho de información 479
b. El derecho de "participación en la gestión" de la actividad social 480
c. El derecho de control de la actividad social 481
d. El derecho de suscripción preferente de acciones 482
C. Dudas interpretativas 482
4. Impedimento de la supervisión administrativa 483
A. Necesidad 483
B. Dudas interpretativas 485
III. Cuestiones interpretativas comunes 486
1. El administrador de hecho o de Derecho 486
2. La sociedad 488
3. Condición de perseguibilidad 490
IV. Política criminal 491
Lecturas recomendadas 492

TEMA 13

BLANQUEO DE CAPITALES (Juan Antonio Lascuraín) 493
I. ¿Qué es el blanquear? 495
1. ¿Por qué se blanquea? 495
2. Elementos del blanqueo 496
3. Tipología 496
II. ¿Por qué es malo el blanqueo? 498
1. El bien jurídico previo 498
2. El sistema económico 500
3. El orden público 501
III. ¿Cuándo es delito el blanqueo? 502
1. Objetivamente 503
A. Conducta 503
B. Objeto 505
C. Sujeto 509
a. El autoblanqueo 509
b. Persona jurídica 513
2. Subjetivamente 515
A. Dolo 515
B. Imprudencia 516
IV. ¿Cómo se pena el blanqueo? 518
1. Tipos básicos 518
2. Tipos agravados 519
3. Delito continuado 519
4. Extraterritorialidad 520
V. Tres preguntas más 520
1. ¿En qué se diferencia el delito de blanqueo de los delitos de encubrimiento y receptación? 520
2. ¿Responde penalmente el abogado que cobra sus honorarios con dinero de origen delictivo? 521
3. ¿Es típicamente blanqueable la cuota penalmente defraudada a Hacienda? 524
Lecturas recomendadas 526

TEMA 14

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL (Norberto J. de la Mata) 529
I. Delitos fiscales 529

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 530
2. Evolución legislativa: la importancia de las reformas de 2010 y 2012 531
3. Contenido y significado de la tutela de las Haciendas Públicas 531
A. Bien jurídico protegido y sujeto pasivo del delito 531
B. Fraude fiscal, blanqueo y corrupción 532
4. Normativa administrativa de referencia 537
5. El deudor tributario como sujeto responsable de la infracción penal 539
6. Conductas incriminadas 540
A. Tipo básico (art. 305.1) 540
a. Impago o beneficio fraudulentos 540
b. Objeto: tributos, cantidades retenidas, ingresos a cuenta, devoluciones, beneficios fiscales 545
c. Cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado o las devoluciones o beneficios indebidamente obtenidos 546
d. Dolo 550
B. Tipos cualificados (305 bis) 550
a. Gravedad de la cuantía 551
b. Utilización de organización o grupo criminal 551
c. Utilización de personas interpuestas 551
C. Fraude a la Hacienda de la Unión Europea (art. 305.3) 551
D. Exención y atenuación por regularización 554
7. Autoría y participación en el delito 558
8. Consecuencias jurídicas 560
A. Penas 560
B. Suspensión de la ejecución de la pena 560
C. Responsabilidad civil y cobro de las deudas tributarias 561
9. Responsabilidad de las personas jurídicas 563
10. Concursos 565
11. Falsedades contables (art. 310) 566
II. Delitos contra la Seguridad Social 566
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 567
2. Evolución legislativa: la importancia de las reformas de 2010 y 2012 567
3. Bien jurídico protegido y sujeto pasivo del delito 568
4. Normativa administrativa de referencia 568
5. Sujeto responsable de la infracción penal 569
6. Conductas incriminadas 569

A. Tipo básico (art. 307.1) 569
a. Impago o beneficio fraudulento 569
b. Objeto: cuotas y conceptos de recaudación conjunta 571
c. Importe de la cuantía defraudada 571
B. Tipos cualificados (307 bis) 572
a. Gravedad de la cuantía 572
b. Utilización de organización o grupo criminal 572
c. Utilización de personas interpuestas 572
C. Disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social (art. 307 ter) 572
a. Tipo básico 573
b. Tipo privilegiado 574
c. Tipos agravados 574
D. Exención y atenuación por regularización 574
7. Autoría y participación en el delito 575
8. Consecuencias jurídicas 575
A. Penas 575
B. Suspensión de la ejecución de la pena 576
C. Responsabilidad civil y cobro de las deudas de la Seguridad Social 576
9. Responsabilidad de las personas jurídicas 577
10. Concursos 577
III. Fraudes de subvenciones y ayudas 578
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 578
2. Evolución legislativa: la importancia de las reformas de 2010 y 2012 579
3. Bien jurídico protegido, sujeto pasivo y objeto del delito (subvenciones, ayudas, fondos públicos) 579
4. Normativa administrativa de referencia 582
5. Sujeto responsable de la infracción penal 582
6. Conductas incriminadas 583
A. Obtención fraudulenta (art. 308.1) 583
B. Disfrute fraudulento (308.2) 584
C. Fraude a los presupuestos de la Unión Europea (art. 306) 585
D. Exención y atenuación por devolución 587
7. Autoría y participación en el delito 588
8. Consecuencias jurídicas 588

A. Penas 588
B. Suspensión de la ejecución de la pena 589
C. Responsabilidad civil y reintegro de la subvención 589
9. Responsabilidad de las personas jurídicas 589
10. Concursos 589
Lecturas recomendadas 591

TEMA 15
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
(Juan Antonio Lascuraín) 593
I. Introducción 594
II. Delitos contra las condiciones de trabajo 595
1. Imposición de condiciones irregulares de trabajo 595
A. Bien jurídico y modalidades 596
B. Imposición mediante engaño o abuso de necesidad (art. 311.1º) 597
C. Mantenimiento de las condiciones irregulares (art. 311.3º) 601
D. Imposición mediante violencia o intimidación (art. 311.4º) 602
E. Imposición a extranjeros sin permiso de trabajo (312.2º) 602
2. Discriminación laboral (art. 134) 604
3. Delitos contra la seguridad de los trabajadores (arts. 316 y 317) 605
A. Bien jurídico y problemas de interpretación 607
B. Sujeto activo 608
C. Conducta típica 610
D. El resultado de grave peligro 612
E. El delito imprudente (art. 317) 613
III. Delitos de contratación irregular 614
1. Contratación sin permiso de trabajo o sin Seguridad Social 614
A. Contratación plural (art. 311.2º) 614
B. Contratación de extranjeros sin permiso (art. 311 bis CO) 616
2. Tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1) 617
3. Oferta falsa de empleo (arts. 312.2 y 313) 618
IV. Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 315) 619
1. Delitos contra la libertad sindical 619
2. Delitos contra el derecho de huelga 620
3. Coacción a la huelga 621
V. Aspectos comunes 622

1. La extensión del círculo de sujetos activos 622
2. El consentimiento del trabajador 624
3. Estado de necesidad 627
4. Política criminal 627
Lecturas recomendadas 628

TEMA 16
DELITOS CONTRA EL URBANISMO Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE
(Norberto J. de la Mata) 629
I. Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio 629
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 630
2. Evolución legislativa 632
3. Contenido y significado de la tutela de la ordenación del territorio 633
A. Bien jurídico protegido 633
B. Principio de mínima intervención 634
C. Urbanismo, blanqueo y corrupción 636
4. Vinculación entre Derecho penal y Derecho administrativo 637
5. Sujeto responsable de la infracción penal 640
A. Promotores, constructores y técnicos-directores 640
B. Autoridad o funcionario público 642
6. Conductas incriminadas 642
A. Obras en suelo no urbanizable (art. 319.2) 643
a. Llevar a cabo 643
b. Obras de urbanización, construcción o edificación 644
c. No autorizables 645
d. En suelo no urbanizable 646
e. Tipo subjetivo: conductas dolosas 647
B. Obras en suelo de especial protección (319.1) 647
a. Llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables 647
b. En suelos de especial protección 649
C. Prevaricación específica de autoridades y funcionarios (art. 320.1 y 2) 650
a. Emisión de informes favorables injustos 652
b. Omisión de inspecciones 652

c. Ocultación de infracciones 653
d. Dictado de resoluciones favorables injustas 653
e. Votación a favor de aprobaciones injusta 653
7. Consecuencias jurídicas 653
A. Penas 653
B. Otras consecuencias 654
8. Responsabilidad de las personas jurídicas 656
9. Concursos 656
10. Disposiciones comunes al Título XVI 658
II. Delitos contra el ambiente 659
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 660
2. Evolución legislativa y referentes internacionales 661
3. Bien jurídico protegido y objeto material de los delitos 662
4. Vinculación entre Derecho penal y Derecho administrativo 664
5. Sujeto responsable de la infracción penal 666
A. Particulares 666
B. Autoridad o funcionario público 666
6. Conductas incriminadas 666
A. Tipo básico (art. 325.1) 666
a. Contaminación 667
b. Contravención de normativa administrativa 668
c. Peligro o daño a elementos o recursos naturales 669
B. Tipo agravado de peligro para los sistemas naturales (art. 325.2 pfo. 1) 671
C. Tipo agravado de peligro para la salud de las personas (art. 325.2 pfo. 2) 672
D. Conductas vinculadas al tratamiento de residuos 672
a. Gestión ilícita de residuos con peligro o daño para el ambiente (art. 326.1) 673
b. Traslado ilícito de residuos no peligrosos (art. 326.2) 674
E. Explotación de instalaciones vinculadas a actividades peligrosas (art. 326 bis) 675
F. Tipos agravados (art. 327) 676
G. Daños en espacios protegidos (art. 330) 678
H. Imprudencia grave (art. 331) 679
I. Prevaricación ambiental (art. 329) 680
7. Consecuencias jurídicas 680

A. Penas 680
B. Otras consecuencias 681
8. Responsabilidad de las personas jurídicas 681
9. Concursos 682
10. Disposiciones comunes al Título XVI 683
Lecturas recomendadas 683

TEMA 17
FALSEDADES EN LA EMPRESA (Adán Nieto) 685
I. Las obligaciones contables y de transparencia de las empresas 686
1. Funciones de la contabilidad y delitos de falsedades 686
2. La estructura de la información contable 688
II. Las falsedades documentales: aspectos comunes 691
1. ¿Por qué se sancionan las falsedades documentales? Los bienes jurídicos tutelados por los delitos de falsedades 691
2. El comportamiento típico: ¿qué es falsificar un documento? 694
3. Las falsedades y los concursos de delitos 697
III. La falsedad en documento mercantil 699
1. El concepto de documento mercantil 699
2. Simulación de facturas, albaranes, contratos, etc. 703
IV. La falsedad en la contabilidad 705
1. Las falsedades en el delito de insolvencias punibles (art. 259.1, 6º, 7º y 8º) 705
2. La presentación de datos contables falsos destinados a la apertura del concurso (art. 261) 707
3. El delito contable tributario 711
A. *Bien jurídico y sujetos activos* 711
B. *Comportamientos típicos* 712
V. La falsedad en las cuentas anuales y en otros documentos de importancia semejante (art. 290) 715
1. Bien jurídico y naturaleza del delito 715
2. Objeto de la acción 718
3. Comportamiento típico 721
4. Autoría y participación 722
5. Consumación y tentativa 724
6. Tipo subjetivo. 725
Lecturas recomendadas 726

TEMA 18

DELITOS CONTRA LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN
(Norberto J. de la Mata) 727
I. Introducción 727
II. Delitos de accesos informáticos ilícitos 728
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas 728
2. Evolución legislativa 729
A. Referentes internacionales 729
B. Las reformas de 2010 y 2015 730
3. Bien jurídico protegido 732
4. Objeto material: sistemas de información y datos informáticos 733
5. Sujeto responsable de la infracción penal 734
6. Conductas incriminadas 734
A. Acceso ilegal a sistemas (art. 197 bis 1) 734
B. Interceptación ilegal de transmisiones de datos (art. 197 bis 2) 736
C. Actos preparatorios punibles (art. 197 ter) 736
7. Consecuencias jurídicas 737
8. Responsabilidad de las personas jurídicas 737
9. Disposiciones comunes al Capítulo I del Título X 738
A. Tipo agravado por actuación en organización criminal o grupo criminal (art. 197 quater) 738
B. Tipo agravado por actuación de funcionario público (art. 198) 738
C. Cláusula de procedibilidad (art. 201.1 y 2) 738
D. Perdón del ofendido (art. 201.3) 738
III. Delitos de daños informáticos 739
1. Ubicación y consideraciones sistemáticas. Cuestiones terminológicas 739
2. Evolución legislativa 740
A. Referentes internacionales 740
B. Las reformas de 2010 y 2015 740
3. Bien jurídico protegido 742
4. Objeto material: sistemas de información y datos informáticos 744
5. Sujeto responsable de la infracción penal 746
6. Conductas incriminadas 747
A. Interferencia ilegal en datos (art. 264.1) 747

B. Interferencia ilegal en sistemas de información (art. 264 bis 1 pfo. 1º) 753
C. Tipos agravados por mayor desvalor de acción o de resultado (arts. 264.2 y 264 bis 2 y art. 264 bis 1 pfo. 2º) 754
D. Tipos agravados por utilización de datos personales (arts. 264.3 y 264 bis 3) 755
E. Actos preparatorios punibles (art. 264 ter) 755
F. Tipo imprudente (art. 267) 755
7. Consecuencias jurídicas 756
8. Responsabilidad de las personas jurídicas 757
Lecturas recomendadas 758

AUTORES

Norberto J. de la Mata Barranco es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). En 1986 se licenció en Derecho con Matrícula de Honor en la Universidad de Deusto. Tras sus estudios de postgrado en el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad alemana de Friburgo, se doctoró *cum laude* en la Universidad del País Vasco. Posteriormente obtendría la licenciatura en Criminología y desarrollaría prolongadas estancias de investigación en distintas universidades europeas y americanas. Ha trabajado como asesor de la Agencia Española de Cooperación Internacional y de la *United States Agency for International Development*, actuado como experto en la CNEAI, en la ANECA y en la ANEP y es evaluador de diversas revistas especializadas en Derecho penal. Entre 1995 y 2000 se desempeñó como magistrado de lo penal en la Audiencia Provincial de Vizcaya. Y entre 2009 y 2014 ejerció la práctica de la abogacía como responsable *of counsel* de la división penal de uno de los más renombrados bufetes especializados en Derecho penal económico. Es miembro del Grupo consolidado de investigación del Gobierno Vasco en Ciencias Criminológicas, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal y codirector del Grupo español de Estudios de Política Criminal.

Su investigación, avalada por más de cien publicaciones, ha abarcado distintos campos, de entre los que cabe destacar la tutela patrimonial (*Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994), la protección ambiental (*Protección penal del medio ambiente*, 1996) la lucha contra la corrupción (*Respuesta penal a la corrupción*, 2003), la delincuencia informática (*Delitos informáticos*, 2010) y, recientemente, diversos trabajos vinculados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Jacobo Dopico Gómez-Aller es Profesor Titular acred. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Carlos III de Madrid. Director del Posgrado en Compliance UC3M-UPF-KPMG. De formación germana, fue investigador en las Universidades de Múnich, Bonn y Marburg, doctorándose *cum laude* y obteniendo el Premio Extraordinario de Doctorado. Ha sido también investigador visitante en las Universidades de Columbia (New York), Cambridge (Reino Unido) y Módena (Italia). Profesor y conferenciante en universidades de Europa, América y Asia. Ha sido asesor y consultor para distintas instituciones públicas españolas y extranjeras, así como para Organizaciones Internacionales; consultor académico alguno de los más prestigiosos bufetes de Derecho penal económico, evaluador de diversas revistas especializadas y colaborador de agencias autonómicas de evaluación.

Sus líneas de investigación se centran en la Teoría Jurídica del Delito, el Derecho Penal de la Empresa y la Política Criminal, con especial atención desde 2009 a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre estos y otros temas ha escrito más de 60 obras, entre las que destacan las monografías *Omisión e injerencia en Derecho penal* (2006), *Derecho penal de la construcción* (coautor; 2ª ed. 2012), *Prisiones de empresa, reformatorios privados* (2011) o *Transmisiones atípicas de drogas* (2013). En la última década ha dirigido y coordinado varias obras colectivas dedicadas a analizar las reformas penales y a proponer soluciones alternativas, que en ocasiones han tenido repercusión legislativa (director de *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma de 2009: una reflexión colectiva*, 2012; coordinador de *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal* de 2012, 2013). Desde 2013 es director del grupo español de *Academics for Abolition*, red académica mundial por la abolición de la pena de muerte.

Juan Antonio Lascuraín Sánchez es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, de cuya Facultad de Derecho fue Vicedecano y Coordinador del Grado en Derecho. Investigador del Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo (Alemania) durante el curso 1987/88 (Beca DAAD), fue Letrado del Tribunal Constitucional en dos etapas, de 1994 a 1998 y, como Letrado adscrito a la Presidencia, de 2004 a 2009. Fue Secretario General de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2007 a 2009). Durante diez años trabajó como consultor académico en algunos de los más importantes bufetes especializados en Derecho penal económico de España.

Sus investigaciones se han centrado fundamentalmente en dos áreas: Derecho Penal Económico –y específicamente Derecho Penal del Trabajo– y Política Criminal, con trabajos, entre otros, sobre los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad. De entre sus publicaciones destacan sus monografías sobre *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo* (1994), *Sobre la retroactividad penal favorable* (2000), *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía* (2002), *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional* (2009) y *El principio de proporcionalidad penal* (coordinador) (2014).

Adán Nieto Martín es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, de cuyo Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional es subdirector. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, ha realizado de estancias de investigación en las universidades de Freiburg, Tübingen y Cambridge y ha sido profesor invitado en la Facultad de Jurisprudencia de Módena. Es Vicepresidente de la sección española de la Asociación Internacional de Derecho Penal y miembro de su Comité científico internacional. Ha asesorado a numerosas empresas en materia de cumplimiento normativo. Durante años ejerció asimismo como consultor académico en un prestigioso bufete dedicado al Derecho penal económico. Ha realizado labores de consultoría para Naciones Unidas y para la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit. Es miembro fundador de European Criminal Policy Initiative y del Grupo de Política Legislativa. Dirige el Curso de Especialista en Cumplimiento Normativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Sus temas de investigación principales han sido el Derecho penal económico y la construcción del Derecho penal en la Unión Europea. Últimamente ha trabajado en aspectos de cumplimiento normativo, en la prevención de la corrupción en administraciones públicas y la evaluación legislativa. De entre sus monografías destaca *Fraude comunitarios. Derecho penal económico europeo* (1996), *El delito de administración desleal* (1996), *El delito de quiebra* (2000) y *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* (2008). Ha coordinado numerosas obras como el *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (2015), *Public compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas* (2015), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales* (2017) y *Food Regulation and Criminal Law* (2018).

PRESENTACIÓN

Que este libro se llame *Derecho penal económico y de la empresa* refleja que no está claro qué es el Derecho penal económico, o "socioeconómico", que es el adjetivo que aparece en nuestro Código Penal. Una mención esta que tampoco nos saca de dudas, pues los delitos socioeconómicos son una parte indeterminada de un macrotítulo en el que conviven con los patrimoniales y que no engloba delitos indubitadamente económicos, como los de defraudación tributaria. No sabemos muy bien qué son o hasta dónde alcanzan los delitos económicos pero sí que no obstante son objeto de especial preocupación social y atención judicial y académica. La sociedad está alarmada por la delincuencia económica y los cada vez más minuciosos y brillantes estudios doctrinales no hacen sino reflejar dicha consternación y tratar de paliarla con nuevas propuestas legislativas o con mejores lecturas de los tipos penales existentes.

Preocupa la delincuencia económica y de la empresa como delincuencia "de ricos", de "cuello blanco", rasgo criminológico que resta comprensión y suma indignación a la irregularidad movida por el lucro. Preocupa también por su imbricación en la corrupción pública: por la percepción de que ciertos delitos económicos terminan haciendo tambalear nuestras instituciones democráticas. Y preocupa también, ahora académicamente y en un cierto sentido inversamente, el que tal preocupación provoque una reacción normativa e interpretativa que debilite las asentadas garantías sustantivas y procesales. Como pioneramente destacara Klaus Tiedemann -padre del Derecho penal económico europeo y anfitrión incansable de generaciones de investigadores en la materia- los delitos económicos, o socioeconómicos, o económicos y de la empresa, plantean constantes retos a la teoría del delito y a los valores que la sustentan. Piensen en instituciones como la ignorancia deliberada, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la responsabilidad por omisión de los administradores de las empresas: el intérprete y antes el normador deben ir en pos de la sabiduría de huir tanto de las soluciones indecentes -que castiguen por ejemplo lo imprudente con la pena de lo doloso o que hagan pagar a justos por pecadores- como de inútiles excesos garantistas, paralizadores del efecto preventivo que buscamos en esta materia: evitar las quiebras graves de las reglas de la producción y distribución de bienes y servicios y sus

efectos devastadores para el progreso económico y para la estabilidad democrática.

Hemos utilizado ya mucho el verbo "preocupar". Pero es que este libro surge de las preocupaciones mencionadas en torno a una lucha garantista y eficaz contra la delincuencia económica. Pretendemos expresarlas con claridad y aportar alguna luz a sus soluciones, y hacerlo de manera **práctica, pedagógica y constructiva**. Esta vocación práctica es la que nos ha conducido a incluir indiferenciadamente los delitos económicos y los principales delitos de empresa y a proceder a su exposición en su orden legal. Cada tema viene precedido por un *leading case*, al que se presta seguimiento a lo largo del mismo. Hemos intentado ser fieles y minuciosos con la jurisprudencia, que es la que acaba constituyendo el Derecho penal real. Y sobre todo tratamos de ser fieles con los lectores, indicándoles desde el comienzo de cada tema los aspectos más importantes de conformación y de aplicación de los delitos ("Claves"), parcelando la exposición con numerosos apartados, y orientando su inquietud con la recomendación de nuevas lecturas (en general, breves y recientes).

Terminamos esta presentación con una obviedad. Hemos escrito este libro para que le **guste** a los lectores y para tratar que éstos sean diversos: estudiantes, abogados, fiscales, jueces, profesores, investigadores. Gustar equivale desde luego a no aburrirse, lo que no es tan fácil en la lectura jurídica, pero también a encontrar información fidedigna de los delitos tratados, de qué conductas comprende el tipo penal, de cuáles debería comprender, de cómo se interpreta, de cómo sería mejor que se interpretara. Y gustar, con el lector de sujeto más que activo, sería sobre todo inquietarse para contribuir con una reflexión propia en torno a estos delitos. Este logro sería sin duda nuestra mayor satisfacción.

Los autores

Tema 1

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA

Adán Nieto Martín

Claves: El objetivo de este primer tema es contemplar un mismo objeto, el Derecho penal económico o de la empresa, desde distintos ángulos: el de la Criminología, el Derecho penal y el procesal penal. Conviene retener dos aspectos. El primero que estamos ante conceptos escurridizos e imprecisos, de ahí que en esta obra se haya decido utilizar de manera indistinta ambos términos. El segundo, que este sector del Derecho penal plantea numerosos debates político criminales y técnicos. La criminalización de estas conductas se cuestiona a menudo desde el principio de intervención mínima. Por otro lado, existen dificultades técnicas a la hora de describir los comportamientos, elegir las sanciones adecuadas y realizar una investigación eficaz.

I. El Derecho penal de la empresa desde la Criminología.

Caso Ford Pinto (State v. Ford Motor Co., Cause Nº 11-431 (1980)).

En 1970 el sector del automóvil en los Estados Unidos debía afrontar dos grandes retos: la crisis del petróleo, que disparó durante los primeros setenta el precio de los combustibles, y la fuerte competencia de las marcas japonesas. En estos años hubo además un cambio en la dirección de Ford. Su antiguo presidente, por razones personales (había sufrido un grave accidente), tenía una gran preocupación por la seguridad. Mas los nuevos tiempos exigían abaratar costes y disminuir el consumo de los vehículos, haciéndolos más ligeros.

El Ford Pinto constituiría el primer exponente de esta nueva estrategia. La compañía tenía prisa en lanzarlo, tanta que redujo el tiempo de producción, que por media era de cuatro años, a dos. La impaciencia por poner en el mercado este nuevo modelo y de paso incrementar las ventas era tal que no se detuvieron ante un defecto de fábrica nada desdeñable. La empresa constató que cuando un Ford Pinto sufría una colisión trasera a más de 32 km/h, era probable que el depósito se rompiera y el combustible se extendiera por su habitáculo. Dado que la chapa utilizada era de una calidad infe-

rior a la habitual, era posible también que como producto de la colisión las puertas se deformaran y los ocupantes quedaran atrapados en su interior.

Ante esta situación la empresa "echa cuentas" y, pese a este grave defecto, decide poner en el mercado el Ford Pinto. Calcula que es probable que como consecuencia de este defecto de fabricación el monto de las indemnizaciones podría alcanzar la suma 49 millones de dólares. Por el contrario, si la empresa gastaba 11 $ más por vehículo, que es lo que costaba solucionar el problema, dado que pensaba fabricar 12.500.000 de automóviles, debía invertir en ello 137.500.000 $. Estaba claro que el coste en seguridad no era rentable y además sus medidas de seguridad estaban de acuerdo con lo que exigía la legislación norteamericana en ese momento.

En 1976, la legislación norteamericana sobre seguridad en los automóviles se hizo más rigurosa, y el gobierno obligó a Ford a que retirara los vehículos producidos entre 1971 y 1976, por considerarlos peligrosos. Hasta ese momento Ford había realizado un eficaz *lobby* ante el gobierno para que las medidas de seguridad no cambiaran.

En 1978 tres jóvenes, dos chicas de 18 años y una de 16, viajaban en un Ford Pinto -obviamente no retirado-, que fue objeto de una colisión trasera. El automóvil salió ardiendo y murieron atrapadas en él. Por primera vez en la historia una empresa americana fue acusada de homicidio doloso: "por su injustificable desatención al peligro que derivaba su comportamiento y haberse desviado gravemente de los estándares de conducta más comunes". No obstante, Ford fue finalmente absuelta. Los jueces consideraron, entre otras razones, que dadas las circunstancias de la colisión, unas mayores medidas de seguridad no hubieran evitado el accidente.

El caso del Ford Pinto es uno de los casos más discutidos por la ética empresarial (¿en qué medida una decisión basada en el análisis costes-beneficios resulta moral, por mucho que pueda adecuarse a la ley?) y ejemplifica, como pocos, los numerosos problemas políticos y jurídicos que rodean al Derecho penal de la empresa: el poder de las grandes corporaciones para influir en la regulación estatal a través del ejercicio del lobby; la polémica acerca de en qué medida es mejor la regulación estatal que la autorregulación por parte de las empresas; la conveniencia de sancionar a las personas jurídicas, como Ford, en lugar o además de a las personas físicas que toman las decisiones o diseñan los automóviles; la protección de los empleados de Ford que declararon en el juicio contra la entidad; la prueba de la relación causal en supuestos de responsabilidad por el producto, etc.

En este momento nos interesa, sin embargo, una perspectiva distinta: la que aporta la Criminología. Nuestro objetivo es preguntarnos cómo ingenieros, directivos e incluso, el presidente de la compañía, uno de los hombres de negocios más reputados de la segunda mitad del siglo XX en los Estados Uni-

dos, fueron capaces de comportarse de un modo, si no frontalmente delictivo, si "desviado" o amoral.

Desgraciadamente la Criminología no ha avanzado demasiado en la explicación de este tipo de comportamientos. Aún hoy continúa siendo una referencia más que obligada la figura de Edwin Sutherland, uno de los criminólogos más importantes de todos los tiempos, quien en 1939 acuñó el concepto de "**delito de cuello blanco**" para referirse a conductas desviadas realizadas por una persona respetable y de elevado nivel social, en el ejercicio de su profesión y abusando de la confianza.

La pretensión principal de Sutherland fue llamar la atención a los criminólogos, con el fin de cuestionar las diversas teorías que explicaban la aparición de comportamientos delictivos. Por decirlo de la manera más abreviada posible, las causas de la conducta delictiva eran a tenor del paradigma dominante por aquel entonces la marginalidad, la pobreza, los "hogares rotos" o, más aún, rasgos personales que podían ir desde el atavismo del infractor hasta modificaciones genéticas. Obviamente los componentes de marginalidad social o de atavismo no servían de nada para explicar la criminalidad de ejecutivos bien retribuidos, con carreras universitarias y másteres *MBA*.

Aunque el concepto de "delincuente de cuello blanco", acuñado por Sutherland, sugiere una aproximación a esta pregunta que tiene que ver con características propias del autor, hasta la fecha no se ha conseguido determinar ningún indicador que nos permita, por ejemplo, establecer perfiles de delincuentes económicos y establecer a partir de los mismos patrones de riesgo. Tan sólo en los últimos años, la **teoría de las carreras criminales** ha puesto de manifiesto algún aporte relevante. Según esta teoría una forma de predecir la criminalidad individual es estudiar la carrera delictiva de muchos infractores con el fin de identificar los patrones que predicen la criminalidad en cada una de sus fases. Pues bien, diversas investigaciones han demostrado que existen predictores comunes a la delincuencia económica y callejera como el número de detenciones que se producen antes de la realización del delito, la correlación entre estas detenciones y la edad, la heterogeneidad de las infracciones, el abuso de drogas, la estabilidad en el empleo, familiar, etc.

Más fructífera, y prometedora, es la aproximación a la delincuencia económica que se conoce como **delito corporativo** (*corporate crime*), que sitúa el foco de la investigación en el hecho de que el delito se comete en el interior de una empresa - de un colectivo- y se realiza a su favor. El propio Sutherland

a través de su **teoría de la asociación diferencial** resaltó ya la importancia del colectivo al que pertenece el sujeto en la aparición de la delincuencia, en general, y la económica en particular. La conducta desviada es fruto del aprendizaje. Se aprende cuando una persona se asocia con aquéllos que defienden la conveniencia de este tipo de comportamientos y se aleja de aquellos otros que lo consideran como algo perjudicial. Cuando los argumentos favorables a la comisión del delito acaban pesando sobre los desfavorables aparece el comportamiento delictivo. Las personas que se integran en una organización aprenden cómo cometer determinadas infracciones y cómo justificarlas. Por esta razón dejan de lado sus valores previos, de acuerdo con los cuales era impensable realizar determinados comportamientos. A ello ayudan, desde luego, algunos factores sociales o externos, como que el delincuente económico no encaje en el prototipo de la delincuente habitual, ni sufra la reprobación social de la delincuencia tradicional (*street criminality*). La dañosidad social de este tipo de delincuencia, debido a su complejidad, no siempre se capta de manera adecuada por la sociedad. La dañosidad social de una violación es más sencilla de apreciar que la del abuso de mercado o incluso que la del delito fiscal.

La explicación de la criminalidad económica ofrecida por Sutherland se complementa muy bien con la **teoría de la neutralización** de Sykes y Matza, para quienes la conducta delictiva aparece porque los autores encuentran un modo de justificar (neutralizar) su sentimiento de culpa y solventar así los condicionamientos morales o culturales que podían tener a realizar una conducta. La conducta desviada aparece porque el delincuente aprende a negar su responsabilidad a través de una sería de técnicas o estrategias de neutralización como la negación de su responsabilidad ("me vi obligado a hacerlo, porque fue una orden dentro de la empresa", "era la práctica común"), el daño que realiza a la víctima ("los accidentes laborales se producen la mayoría de los casos por la imprudencia del trabajador"), la conveniencia o racionalidad de la ley ("la presión fiscal es excesiva y no nos permite competir") o la apelación a lealtades superiores ("debía incrementar las ventas de la empresa y salvar así cientos de puestos de trabajo").

Si el grupo es esencial en la delincuencia económica, la pregunta clave es determinar cómo surge en una empresa una cultura desviada, por qué existe en unas empresas y en otras no. En este punto, para algunos el liderazgo es esencial: son los altos directivos de la entidad o de una parte importante de la misma los que marcan su tono ético. En el caso Ford Pinto, con el que hemos

comenzado este Tema, se produce precisamente un cambio en el liderazgo de la empresa a comienzo de los años 70. De un presidente de la corporación preocupado por la seguridad, porque él mismo había sufrido un accidente grave de automóvil, se pasa a un liderazgo más preocupado por la obtención de beneficios a toda costa. Un líder codicioso que identifique su propio beneficio con el beneficio de la empresa acabará rodeándose de similares y premiará dentro de la organización las conductas que, por encima de la legalidad, benefician a la empresa.

En este contexto, las **teorías de la tensión**, conocidas también como las de la anomia, pueden servir para explicar algunos supuestos. Elaborada por Merton a finales de los años 30 del pasado siglo, la teoría de la anomia indica que la conducta delictiva aparece en el individuo al no poder alcanzar por medios legales las metas sociales que se presentan en una sociedad como exitosas. Esta frustración se puede canalizar de diversas formas y una de ellas es la conducta delictiva, que se presenta como un camino fácil para alcanzar las metas sociales. Esta teoría puede operar en el marco de la delincuencia económica, donde lo único que cambia es la forma en que se produce la tensión, que lleva al conflicto entre medios y fines. Por ejemplo: la aparición de mayor competencia puede llevar a que empresas que antes actuaban prácticamente en un régimen de monopolio adopten prácticas ilícitas como la corrupción para conseguir mantener su cuota de mercado. En el caso Pinto es un nuevo contexto más complicado (crisis económica, fuerte competencia, subida de los precios del petróleo), el que determina que el respeto a la legalidad y a la seguridad pase a un segundo plano.

El capitalismo financiero, en el que actualmente estamos inmersos, contiene una situación de tensión prácticamente estructural. Nuestro modelo capitalista se caracteriza por la existencia de inversores institucionales que mueven con rapidez meteórica sus fondos de una empresa a otra buscando beneficios a corto plazo. La presión de estos grandes accionistas (por ejemplo, grandes fondos de inversiones), que mantienen su capital sólo si se alcanzan determinados beneficios a muy corto plazo, genera situaciones de tensión, que llevan a la realización de conductas delictivas (no invertir en seguridad). Todo ello acaba desembocando en un tipo de dirección volcada en la obtención de beneficios a corto plazo, que arrincona la importancia del respeto a la legalidad.

En una organización, al igual que en la sociedad, quien tiene el poder es capaz de transmitir sus problemas y riesgos a otros. A este fenómeno se le

domina **deslizamiento del riesgo**. La presión que se ejerce sobre la alta dirección de la empresa se traslada con rapidez a los eslabones más débiles. Los dirigentes de una sociedad que se mueve en un entorno competitivo y que tiene que conseguir nuevos proyectos exigirán a sus vendedores ventas a cualquier precio, incluso si este precio es la obtención de contratos, por ejemplo, a través de sobornos o acuerdos anticompetitivos. Este desplazamiento del riesgo y de la responsabilidad, de los altos dirigentes a los cuadros medios, es uno de los rasgos más característicos de cualquier organización y sirve también para explicar la etiología de las conductas delictivas.

Con independencia de todos estos factores dependientes de la organización y de su entorno en una aproximación a la delincuencia económica no puede dejar de mencionarse otra explicación que arranca de la Ilustración y que reaparece con fuerza en los años setenta a través de la Escuela de Chicago. Nos referimos al **análisis económico del Derecho**, que fue aplicado brillantemente al Derecho penal por Gary Becker, premio Nobel en 1992, quien utilizó el análisis económico para explicar los comportamientos delictivos. Lejos de ser un individuo frustrado, como por ejemplo veíamos en Merton, el autor de delitos económicos sería un **actor racional**, que pondera los costes y beneficios que se derivan del comportamiento delictivo. Los directivos de Ford, como hemos visto, se tomaron muy en serio esta ponderación.

Existe cierto consenso en considerar que esta teoría es especialmente apropiada para analizar los delitos económicos y muy especialmente los cometidos en corporaciones, donde existe toda una infraestructura que permite analizar costes y tomar decisiones dejando de lado consideraciones morales. Por otro lado, la psicología social señala que la actitud frente al riesgo, la denominada **aversión al riesgo**, es menor cuando tomamos decisiones en grupo, lo que supone que en el marco de una corporación si la conducta delictiva se asume conjuntamente, resulta más fácil que aparezca como "racional" una decisión favorable al riesgo que ésta conlleva. Igualmente, cuando se toman decisiones en grupo existe un proceso de despersonalización, que permite dejar de lado con mayor facilidad los posicionamientos morales de cada individuo. Cada uno se responsabiliza de lo que ocurre en su pequeña parcela de actividad, pero nadie se hace cargo del todo.

En los últimos tiempos el desarrollo de la **teoría de la oportunidad** proporciona una explicación del comportamiento delictivo que puede ser especialmente útil en nuestro ámbito. Para esta teoría la aparición de conductas delictivas estaría relacionada con el aumento de oportunidades. Determina-

dos estilos de vida, procesos o espacios como internet abren nuevas posibilidades de comisión de delitos a sujetos motivados y en contextos en los que no existen medios de protección eficaces. La teoría de la oportunidad se centra en estudiar la forma en que se realiza una actividad o rutina (por ejemplo, la presentación de una subvención o su gestión, la licitación de una obra pública) con el fin de darles una configuración que disminuya las posibilidades de cometer delitos.

La **utilidad de la criminología a la hora de desarrollar políticas públicas para la prevención de la criminalidad empresarial** debiera ser tan importante como la que tiene en el diseño de prevención de la delincuencia juvenil. De hecho, la explicación que se propone desde el punto de vista del **delito corporativo**, en el que los acentos se ponen en el grupo, resulta esencial para entender la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la importancia cada vez mayor de los **programas de cumplimiento normativo**, a los que se refiere el art. 31 bis del Código penal. Los modelos de prevención y detención constituyen la forma en que se contrarrestan los factores criminógenos que aparecen en el interior del grupo. La importancia de los códigos éticos y la formación en valores dentro de la entidad deben constituir un contrapeso a las técnicas de neutralización, fomentando una cultura de la legalidad, en la que por ejemplo los *whistleblowers* no sean considerados como traidores al grupo y al interés supremo de la empresa. Ni qué decir tiene que la teoría de la oportunidad tendría también una gran utilidad a la hora de diseñar procedimientos, en organizaciones públicas o privadas, que disminuyeran las oportunidades de entregar sobornos, presentar datos falsos a la Hacienda pública o apoderarse de información privilegiada.

Al igual que ocurre con la criminalidad violenta o patrimonial, los conocimientos criminológicos también nos resultan necesarios para diseñar una parte tan esencial de la política criminal como son las **sanciones**. Como es fácil colegir, la receta de la teoría económica para atajar la delincuencia económica no es otra que aumentar la prevención general que se alcanzaría sobre todo mediante multas suficientemente disuasivas. La ecuación que proponen para ello es que la multa debe atender al beneficio probable u obtenido multiplicado por las posibilidades de esclarecer el delito.

A mayor cifra negra – número de delitos que no son descubiertos - y mayores ganancias, las multas deben aumentar, con independencia de la importancia del interés protegido. Ahora bien, tal como se ha criticado a esta

teoría, no todos son autores racionales y además existen autores insolventes, a los cuales las multas poco intimidan. Por esto, y con independencia de su carácter intimidante, sanciones de inhabilitación, temporal o definitiva, para realizar determinada actividad o el nombramiento de interventores que supervisen la actividad de una entidad, pueden ser de gran utilidad. Igualmente, en el ámbito de la delincuencia económica resulta interesante plantearse la conveniencia de penas cortas privativas de libertad o arrestos de fin de semana, no sujetas a ningún tipo de suspensión. Los efectos desocializadores de las penas cortas o la posibilidad de contagio (iniciarse en una carrera delictiva mucho más seria, al estar en contacto con otros delincuentes) no se producen debido a las características personales (mayor nivel formativo, económico) de los delincuentes económicos.

II. El Derecho penal de la empresa en el Derecho positivo.

1. Derecho penal de la empresa versus Derecho penal económico.

Los delitos que conforman el Derecho penal de la empresa no ocupan un lugar específico (un título o capítulo) en el Código Penal. En realidad, como acabamos de ver, este término (*corporate crimen*) tiene sobre todo sentido a la luz de la criminología: delitos cometidos por empleados y directivos, en el marco de la actividad empresarial, con la intención de beneficiarla. Dentro de esta categoría entran figuras delictivas tan diversas como los delitos contra el medio ambiente, el abuso de información privilegiada, la estafa o incluso el tráfico de seres humanos, siempre que tenga que ver con la actividad de la empresa.

> En Francia, donde se habla de Derecho penal de los negocios, o en Italia, donde la expresión más usual es Derecho penal comercial, el término obedece más a la fenomenología de los comportamientos, a cómo se presentan, que a reflexiones jurídicas o realizadas desde el Derecho positivo. Es decir, lo que se quiere indicar simplemente es que son delitos cometidos en el mundo de los negocios (no únicamente de la empresa) o, en Italia, donde el concepto es más limitado, que aparecen en la gestión de sociedades mercantiles.

Desde el punto de vista del Derecho, el término sin duda más elaborado es el de **Derecho penal económico**. Mediante esta expresión, acuñada por la doctrina alemana y con un gran desarrollo y predicamento doctrinal en nues-

tro país, se agrupan los delitos, no atendiendo a sus causas o al espacio donde acaecen (la empresa, los negocios), sino al **bien jurídico que tutelan**.

Lo característico del Derecho penal económico es que los delitos que lo integran tutelan un conjunto de bienes jurídicos supraindividuales, que representan, de un lado, las principales instituciones de nuestro modelo u orden económico (libre competencia, mercado bursátil, sistema crediticio, confianza en la información societaria, etc.) y, de otro, los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Hacienda pública, Seguridad Social, subvenciones públicas, regulación del comercio exterior, etc.).

> La discusión en torno al concepto de Derecho penal económico tomó fuerza en Alemania a finales de los años 70 del pasado siglo, con el fin de situar este conjunto de infracciones en un apartado específico del código penal. El Proyecto Alternativo de 1977, con un título específico de Delitos contra la economía, fue la expresión más acabada de esta idea, que tuvo después gran importancia en el largo proceso de elaboración del Código Penal español de 1995 y especialmente en el Proyecto de 1980, dónde se contenía un extenso título, con nada menos que cincuenta y ocho artículos, dedicado a los "delitos socioeconómicos". Parte del fracaso del Proyecto del 80 se debió sin duda a la oposición de las grandes empresas a la criminalización de estas conductas, que en España habían sido siempre ajenas al Código Penal.

No obstante, y pese a los esfuerzos doctrinales, no se han aislado con precisión los bienes jurídicos propios del Derecho penal económico y, por otro lado, resulta complicado en ocasiones trazar una línea de división clara entre lo patrimonial y lo supraindividual. Así, la utilización ilícita de una marca constituye tanto un comportamiento de competencia desleal (supraindividual) como una lesión del derecho de propiedad industrial o, por poner otro ejemplo más, los delitos de insolvencia tutelan tanto el derecho de crédito como sirven para asegurar un grado de confianza en el comportamiento ordenado de los deudores, que es necesario para que el crédito como institución exista. Prueba de la dificultad del deslinde es la solución salomónica que se plasma en la rúbrica del Título XIII del CP: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico".

Además de lo anterior, la distinción entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales se ha utilizado por una importante corriente de pensamiento, la denomina **Escuela de Frankfurt**, de manera crítica. Según esta corriente el Derecho penal habría de centrarse en la protección de bienes jurídicos individuales, dejando la protección de bienes jurídicos supraindivi-

duales a otros sectores del Derecho. Esta crítica se cruza en cierta medida con la que atañe a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. Para quienes sólo admiten bienes individuales (es decir, la protección del patrimonio), la tutela por ejemplo en solitario de la "veracidad en las cuentas sociales" (art. 290) o del "folleto de emisión" (art 282 bis), sin referencia a un posible peligro para el patrimonio individual resulta ilegítima.

Si se observan los dos delitos que acaban de citarse, y podría ponerse algún ejemplo más, en el legislador español esta crítica ha hecho bastante mella. Existe una tendencia clara en el Código Penal a no proteger bienes jurídicos supraindividuales en estado puro, es decir, sin referencia, por ejemplo, a la necesidad de que exista un peligro para el patrimonio de los socios o de los inversores. Esta bipolaridad ocasiona numerosos problemas, y muy especialmente concursales, con el delito de estafa (*vid*. las especiales previsiones de los arts. 282 bis o 290) o genera la introducción de referencias al beneficio o perjuicio patrimonial que encontramos en el delito de abuso de información privilegiada y que merman su eficacia (art. 285).

Más con fines expositivos que con el fin de intentar cerrar la polémica en torno a los límites del Derecho penal económico, podríamos indicar que éste comprende las siguientes **infracciones**:

– Delitos contra la capacidad financiera del Estado a través de las figuras del delito fiscal, fraude de subvenciones y delitos contra la seguridad social (arts. 305-310 bis). El objetivo del Derecho penal es en este punto proteger las funciones de política económica, de solidaridad y redistribución de la riqueza que se persiguen a través de los tributos, cuotas de la seguridad social y la concesión de ayudas, subvenciones públicas y otro tipo de prestaciones.

– La protección de la parte más débil en las relaciones económicas, como son consumidores (incluidos ahorradores) y trabajadores. En ambos casos la protección penal se estructura protegiendo una serie de condiciones que permiten la realización de estas actividades sin riesgos para su vida, salud o patrimonio (art. 282 -delito publicitario- y art. 282 bis -estafa de inversores-; arts. 311-318 -delitos contra los trabajadores-; arts. 359-366 protección de la salud de los consumidores-).

– La protección de las instituciones básicas de la economía como el sistema crediticio (257-261 bis), la libre competencia (art. 284.1), la competencia desleal (espionaje industrial, 278 y corrupción en los negocios, arts.

286 bis- 286 quater), la propiedad industrial (arts. 273 ss.), el mercado de valores (arts. 284.2 y 3 y 285) o el funcionamiento de las sociedades mercantiles, a través de los delitos societarios y la administración desleal (arts. 290-297 y 252).

– En este grupo de delitos debería también incluirse el **blanqueo de capitales** (art. 301). Aunque el bien jurídico protegido por este delito es tremendamente discutido, qué duda cabe que una de sus funciones es la separación del sistema económico legal del sistema económico que procede de actividades delictivas. La confusión o mezcla de ambos sistemas, permitiendo por ejemplo que las enormes cantidades de dinero que proceden del tráfico de drogas, de la corrupción, etc., sirvieran para financiar la economía legal, sería tremendamente perjudicial para el funcionamiento de la economía.

Pese a que el concepto de Derecho penal de la empresa y el económico tienen, tal como acabamos de ver, orígenes y utilidades diversas es innegable que entre ambos conceptos exista una estrecha relación, con una amplia coincidencia de contenidos. Además se trata de **visiones complementarias y no excluyentes**. Los delitos económicos, por ejemplo, el fraude fiscal o el *insider trading* pueden cometerse fuera de una organización, pero su realización dentro de la empresa comporta problemas específicos (*vgr.,* deber de garantía del titular de la empresa).

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010, que responde a la visión del *corporate crime*, acentúa aún más la unidad entre ambos conceptos. El núcleo duro de los delitos que dan lugar a responsabilidad de la empresa son delitos económicos, si bien es cierto que correctamente pueden dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica delitos que nada tienen que ver con lo económico como el tráfico de órganos, de drogas o la pornografía.

2. La accesoriedad del Derecho penal económico: leyes penales en blanco y remisiones normativas.

La mayoría de las infracciones que componen el Derecho penal económico tienen carácter accesorio. Con esta característica se quiere indicar que el tipo penal se construye a partir de normas jurídicas de carácter fiscal, mercantil o administrativo. Las conductas prohibidas o el bien jurídico no son configurados en su totalidad por el legislador penal, sino que en gran medida están ya determinadas por la **normativa extrapenal**. Esto no quiere decir que

por supuesto el tipo penal, en virtud del carácter de *ultima ratio*, no deba añadir algún requisito ulterior que aumente el desvalor del resultado o de la conducta prohibida. Así, por ejemplo, en el delito fiscal se exige que la cuantía del fraude supere una determinada cantidad y además el tipo penal deja claro que el mero incumplimiento de la normativa tributaria no constituye delito, a no ser que exista una "defraudación".

La accesoriedad del Derecho penal de la empresa tiene gran importancia, en primer lugar, para la redacción e interpretación del tipo penal, pues abundan los elementos normativos de carácter jurídico y las normas penales en blanco. No hay, prácticamente, delito económico que no contenga uno u otro recurso legislativo como elemento del tipo.

En el caso de los **elementos normativos**, dado su carácter jurídico, resulta esencial realizar una lectura conjunta del tipo penal con la normativa extrapenal para establecer su significado. La regla básica de esta lectura y que deriva del principio de unidad del ordenamiento jurídico es que la interpretación del elemento normativo no puede contradecir la normativa extrapenal, considerando delictivos comportamientos que son admisibles en el ámbito extrapenal. Más aún, este principio y el de seguridad jurídica exigen que los elementos normativos sean entendidos de modo conforme a la interpretación que existe en el sector del Derecho del que provienen. Este criterio debe matizarse en aquellos supuestos en que el elemento normativo, en el sector del que proviene, es objeto de interpretaciones extensivas o, más aún, analógicas. El principio de determinación penal, conectado en este caso con el de *ultima ratio*, requiere que el Derecho penal se restrinja al núcleo, a los casos indiscutidos que entran dentro del elemento normativo, dejando fuera los casos dudosos o debatidos.

> La inmensa mayoría de los delitos que van a estudiarse están compuestos de elementos normativos o constituyen normas penales en blanco. Como es bien conocido, el TC (vid. por ejemplo STC 127/1990) ha establecido la compatibilidad de esta técnica legislativa con la reserva de ley, siempre que el tipo penal contenga el contenido esencial de la conducta prohibida y la remisión se deje para cuestiones de detalle y puesta al día.

La utilización de **normas penales en blanco**, que remiten genéricamente a la normativa extrapenal, constituye una de las señas de identidad más importantes del Derecho penal económico en España.

> En otros ordenamientos encontramos otra forma de encarar la accesoriedad de los tipos penales consistente en el denominado **Derecho penal especial o accesorio**.

Es decir, en la mayoría de los países el delito fiscal se encuentra en la ley general tributaria, los delitos contra la propiedad industrial en las leyes de patentes marcas, e igual ocurre con la mayoría de los delitos que vamos a estudiar que se encuentran fuera del Código Penal. Ésta es la forma en que se visualiza el carácter accesorio del Derecho penal de la empresa en países como Alemania, Francia o Italia, donde existen infinidad de leyes penales especiales en la materia. Estos tipos penales se caracterizan por que contienen remisiones estáticas: conforman la infracción remitiendo a un precepto específico situado en la norma administrativa. Es decir, a través de una técnica legislativa similar a la que en nuestro país se utiliza en la tipificación de infracciones administrativas. Por el contrario, nuestro legislador usa y abusa de las remisiones dinámicas: fundamenta el injusto penal a través de remisiones genéricas a un conjunto de normas indeterminadas, presentes y futuras (remisiones dinámicas). Es en este contexto en el que debe enmarcarse la crítica a las normas penales en blanco y la doctrina del Tribunal Constitucional a la que antes se hacía referencia.

La utilización de normas penales en blanco, como por ejemplo se hace en los delitos contra el medio ambiente, tiene como ventaja que eliminan la necesidad de contar con un Derecho penal accesorio desmedido (vid. Tema 16 donde se profundizan al hilo de estos delitos alguna de las problemas de la utilización de este tipo de remisiones). En países como Italia o Alemania hay cientos de normas penales repartidas por la legislación económica, laboral, etc. El que prácticamente todo el Derecho penal esté ubicado en el Código penal garantiza un mayor conocimiento del mismo. Además, las normas penales en blanco se adaptan muy bien a la estructura compleja de los ordenamientos actuales, donde existe una competencia normativa múltiple: local, estatal, autonómica, europea. La técnica de la remisión abierta permite integrar en el tipo penal normas de estos niveles sin importar su procedencia. Igualmente evita la obsolescencia de los tipos penales y la necesidad de hacer una reforma legislativa cada vez que se modifiquen las normas de referencia.

No obstante, y como contrapartida a lo anterior, las normas penales en blanco representan un serio peligro para el principio de legalidad. En primer lugar, en determinadas materias no siempre es fácil determinar cuál es el precepto extrapenal que debe entenderse violado, lo que ocasiona problemas de taxatividad. En segundo lugar, el legislador pierde el control sobre el proceso de criminalización de conductas. Con remisiones "a bulto" se iguala en el tipo penal la infracción de nomas extrapenales cuya importancia puede ser muy diversa. Se iguala la infracción de una norma básica con otra que puede tener carácter secundario. Mas en tercer lugar, y lo que es más importante, como la remisión se realiza con frecuencia a normas de rango infralegal (reglamen-

tos), se deja en manos de distintos ejecutivos (central, autonómico o local) la determinación definitiva del comportamiento típico, en el marco de un procedimiento de producción normativa que no reúne ni de lejos la transparencia que tiene la ley. La posibilidad de que *lobbies* u otro tipo de intereses espurios intervenga en la configuración de la normativa extrapenal es mucho mayor. Con ello se conculca uno de los objetivos básicos que pretende conseguir la reserva de ley penal: la transparencia en la adopción de las decisiones de criminalización.

Prueba de ello es el fenómeno de la destipificación sobrevenida: aprovechando el principio de retroactividad favorable algunas administraciones públicas, sobre todo municipios, cambian las normas a las que se remite el tipo penal en blanco (por ejemplo, el plan de ordenación urbanística) con el fin de convertir en lícita una conducta que conforme a la antigua norma resultaba ilícita. Este tipo de actuaciones se ha producido tanto en relación con normas penales donde la tipicidad está sujeta al requisito de la autorización, como en normas penales en blanco en sentido estricto.

Existen dos formas de abordar este problema. Para una parte de la doctrina, muy extendida en países como Alemania, determinadas normas penales en blanco deben asimilarse a leyes penales temporales, en las cuales, tal como indica el art. 2.2, a los hechos cometidos durante su periodo de vigencia no les afecta el principio de retroactividad favorable, cuando se trate de regulaciones por naturaleza cambiantes y provisionales. De este modo, tendrían la naturaleza de normas temporales aquellas regulaciones que por ejemplo efectúan embargos económicos, prohibiciones de exportar por razones sanitarias, etc. Esta normativa extrapenal es de importancia, por ejemplo, en los delitos de contrabando.

La segunda forma de abordar este problema parte de una argumentación en parte coincidente. Debe distinguirse entre modificaciones legislativas que obedecen a que el legislador cambia de criterio acerca de la gravedad o dañosidad de comportamientos y aquellas otras en las que el cambio de la legislación extrapenal obedece en exclusiva a una modificación de situaciones fácticas. Así, por ejemplo, ante una nueva regulación administrativa que regula las emisiones de gases, permitiendo determinadas emisiones que antes no lo estaban, habrá que preguntarse si las razones del cambio se deben a una situación meramente fáctica (las condiciones climáticas, ha llovido más) o a un cambio de valoración del legislador, que considera más importante el desarrollo económico que los intereses medioambientales. El principio de retroactividad y, por tanto, la destipificación sobrevenida, sólo operarían cuando hay un cambio de valoración. A esta conclusión se llega considerando que el principio de retroactividad favorable es un derivado del principio de proporcionalidad. La imposición de una pena es innecesaria y desproporcionada cuando existe un cambio de valoración, no cuando simplemente el cambio normativo está motivado por la alteración de circunstancias fácticas.

3. Derecho penal y sancionador administrativo económico: el problema del *ne bis in idem*.

La inmensa mayoría de los delitos que se inscriben en el Derecho penal económico colindan con sanciones administrativas. En figuras como el delito fiscal, pasando por los delitos contra los consumidores, mercado de valores, protección de los trabajadores, hasta los preceptos que protegen la competencia, la imagen es la misma: una suerte de progresión o línea continua que va desde las sanciones administrativas leves, pasando por las graves y muy graves, hasta desembocar en el tipo penal.

Dentro de esta **línea continua,** cuál es el segmento que ocupan las sanciones administrativas y las penales resulta cambiante. Por ejemplo, en lo que atañe al Derecho sancionador de la competencia las sanciones administrativas comprenden prácticamente la totalidad y el Derecho penal tiene un papel muy reducido. E igual podría decirse del Derecho sancionador del mercado de valores, aunque aquí el espacio reservado a las sanciones penales va a ser mayor tras la transposición de la Directiva de 2014 sobre abuso de mercado. En otros sectores, en cambio, como la protección de los trabajadores o consumidores, existe una situación más próxima a "mitad/mitad".

Uno de los problemas del Derecho penal económico español radica precisamente en que las sanciones penales y administrativas no se contemplan por el legislador como un todo. El **problema del *bis in idem*** es en realidad un problema de coordinación entre los dos tipos de sanciones del *ius puniendi*, cuya raíz se encuentra en que no existe una distinción limpia entre ambas sanciones, de tal forma, que *prima facie*, un mismo hecho puede ser susceptible de poder ser subsumido tanto en el tipo sancionador como en el penal. Una técnica legislativa más depurada o unas directrices generales acerca de cómo delimitar ambos espacios reducirían el número de estos supuestos.

El *bis in idem*, como puede apreciarse, es otro de los problemas que acarrea el no contar con un Derecho penal accesorio, y haber optado por las normas penales en blanco incardinadas en el Código penal, tal como señalamos en el apartado anterior. La opción por el Derecho penal accesorio llevaría a que por ejemplo en la Ley General Tributaria tras las sanciones administrativas se situase el delito fiscal y contable, y lo propio habría de ocurrir en infinidad de leyes. La unión bajo el mismo techo normativo de sanciones administrativas, penales, más las normas extrapenales de referencia, supondría una mayor coordinación e incrementaría la seguridad jurídica.

En cualquier caso, de la jurisprudencia del TC y de la regulación general que opera en la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo se desprenden las siguientes **reglas**:

1ª La autoridad administrativa debe suspender el proceso sancionador administrativo y poner en conocimiento del fiscal con prontitud ("pasar el tanto de culpa") los hechos que *prima facie* tienen apariencia de ser constitutivos de delito. En consecuencia es el Ministerio Fiscal o, en su caso el juez, quienes deben decidir qué es y no es constitutivo de delito y no la administración. Como vamos a ver en el epígrafe siguiente, es dudoso que esta regla se cumpla.

2ª La administrador debe paralizar su procedimiento sancionador, si bien puede adoptar las medidas cautelares previstas en la normativa administrativa.

3ª Tras la notificación de la posible existencia del delito, si se aprecian indicios suficientes, se comienza el proceso penal, en el que la administración de la cual procede la denuncia tendrá la obligación de cooperar.

4ª Si la sentencia resulta condenatoria el procedimiento sancionador administrativo ha de archivarse definitivamente. Si resulta absolutoria el procedimiento sancionador que había quedado en suspenso se reabre. En este caso, la administración debe atenerse a los hechos probados por la sentencia penal, si bien otros no abordados en ésta pueden ser objeto de prueba.

Suele ocurrir, sin embargo, que no siempre funciona esta coordinación entre órganos administrativos y penales. En algunos casos la administración se adelanta y sanciona en casos que resultan constitutivos de delitos. Aunque en puridad, el principio de *ne bis in idem* impediría aquí la apertura de un proceso penal y la imposición de una sanción, el TC (STC 1/2003) admitió que pudiera imponerse una sanción penal con la condición de que se tomara en cuenta la sanción administrativa ya impuesta, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Esta jurisprudencia concuerda con el *ne bis in idem*, que no es una regla, sino un principio sometido a ponderación con otros intereses. Es decir la forma de aplicar el principio de *ne bis in idem* puede admitir determinadas modulaciones dependiendo de las situaciones en que se presente: sanciones penales y administrativas, sanciones administrativas, sanciones penales de dos Estados, sanciones penales de un estado y administrativas de otro Estado, sanciones administrativas de dos Estados, sanciones penales de un Estado y de un tribunal internacional etc. Los ordenamientos jurídicos actuales no siempre solucionan la confluencia de procesos y de sanciones del mismo

modo, sino de manera flexible teniendo en cuanta los distintos intereses en juego. En su forma más rígida la imposición de una sanción impediría un segundo proceso y la imposición de otra sanción (aunque fuera más grave). Esta forma rígida de entender el principio es la que ha construido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre sanciones procedentes de diversos estados miembros (vid. Tema 2). En este punto la importancia de la construcción de un espacio judicial europeo, de la ciudadanía europea y la seguridad jurídica han llevado a una construcción muy rígida del principio. En el caso de sanciones penales y administrativas nacionales el TC en su sentencia de 2003 admite la existencia de un segundo proceso, y la imposición de una segunda sanción, lo que se acerca al denominado "principio de cuenta" que se utiliza en muchos países para resolver el *ne bis in idem* entre sanciones penales propias y las de otro Estado. En este caso se quiere mantener el carácter más disuasivo y grave de la sanción penal o, en el *ne bis in idem* internacional, no restar importancia al ejercicio del *ius puniendi* como una manifestación de la soberanía estatal que no puede ser limitada por el sólo hecho de que otro Estado haya sancionado en primer lugar.

III. Derecho penal de la empresa y proceso penal.

La vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, pensada para un tipo de criminalidad muy distinta a la actual, sigue siendo el texto que rige el enjuiciamiento de todos los delitos, incluidos los más complejos delitos económicos, donde no está previsto ningún tipo de especialidad procesal. A diferencia de lo que ocurre en otros países de la UE, como Alemania o el Reino Unido, no existen en nuestro país tribunales especializados en la persecución de delitos económicos. Ahora bien, mediante este análisis puramente positivo no puede zanjarse el tema, pues la investigación y el enjuiciamiento de los delitos económicos presentan singularidades significativas.

En primer término, debe destacarse el **protagonismo de la Audiencia Nacional** en el enjuiciamiento de los delitos económicos de mayor notoriedad. El art. 65 1 c) LOPJ establece que la Audiencia Nacional tiene competencia sobre "defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas". El término defraudación ha permitido al Tribunal Supremo introducir casi cualquier delito económico, desde el fraude de subvenciones a, por ejemplo, el abuso de información privilegiada, pasando por insolvencias punibles, estafas, blanqueo de capitales, falsedad en los balances, administración desleal, etc. Para compensar, el Tribunal Supremo ha intentado sin embargo realizar una interpretación restrictiva del término

"seguridad en el tráfico mercantil". Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que existe un relativo grado de oportunidad a la hora de que la Audiencia Nacional investigue y enjuicie un asunto. No son muchos los jueces provinciales que plantean conflictos de competencia y la elección de plantear un caso ante la Audiencia Nacional o en el tribunal del *locus comissi delicti* forma parte de estrategias procesales de los abogados.

Igualmente a la hora de determinar el tribunal competente debe tenerse en cuenta los **aforamientos**, que son especialmente importantes en los delitos de corrupción, cuando se ha producido una implicación de cargos políticos en los hechos. Como es conocido, la aparición de un aforado según los casos desplaza la competencia a los Tribunales Superiores de Justicia o al Tribunal Supremo.

Ni la intervención de la Audiencia Nacional ni la del Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia en caso de aforados obedecen a razones de especialidad. La Audiencia Nacional está además colapsada, sin que desde hace más de dos décadas se haya creado un nuevo juzgado de instrucción (existen solamente 6 jueces centrales de instrucción), pese al evidente aumento de asuntos. La intervención de estos tribunales suele además provocar suspicacias sobre la imparcialidad de los jueces, que afectan a la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia. No ayuda a despejar este clima de desconfianza el que los asuntos más importantes del país se concentren en manos de unos cuantos jueces, nombrados por el Consejo General del Poder Judicial, donde los partidos políticos tienen una amplia representación.

Donde sí se ha generado una verdadera especialización es en la fiscalía, tras la creación en 1995 de la **Fiscalía Especial** de delitos económicos relacionados con la corrupción. La Fiscalía anticorrupción tiene su sede en Madrid, cuenta con fiscales delegados en las provincias más importantes y actúa en la totalidad del territorio nacional. Su competencia material viene regulada por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 18 b) y por la Instrucción FGE 4/2006, en la que se precisan los delitos que son de su competencia, siempre que sean de "especial transcendencia". Este concepto indeterminado permite que a la postre sea una decisión del Jefe de esta Fiscalía, o del Fiscal General del Estado, de quien dependa su actuación. La Fiscalía cuenta con un equipo de policía judicial adscrita específicamente a ella, así como miembros de la Agencia Tributaria y de la Intervención General del Estado.

Existe igualmente una alta especialización en los **cuerpos policiales**: la UDECO -Policía Nacional- y la UDEF -Guardia Civil-, cuya actuación en los

últimos años ha sido decisiva para incrementar la eficacia en la persecución de delitos económicos debido a su alta especialización. Existen también cuerpos especiales similares en materia de medio ambiente (SEPRONA) y criminalidad organizada (UDYCO).

En muchos casos estos cuerpos policiales son los auténticos directores y protagonistas de las investigaciones, relegando *de facto* a los jueces a un papel supervisor de su actuación, que se acerca al modelo del juez de garantías que existe en el Derecho comparado. La actuación del Ministerio Fiscal en la investigación de delitos económicos suele ir igualmente a remolque de la actuación policial, salvo quizás en supuestos que afectan a la Audiencia Nacional donde, de un lado, la intervención frecuente de la Fiscalía Anticorrupción, y, de otro, la mayor proporción del número de fiscales en relación con el de jueces instructores –recordemos, únicamente 6- les permiten tener un mayor protagonismo.

En la investigación de delitos económicos no debe pasarse por alto el papel de diversas **agencias administrativas**, como la Agencia Tributaria, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados, el Banco de España, la Intervención General del Estado o el Tribunal de Cuentas. Asimismo son también importantes los cuerpos de inspección, como singularmente la Inspección de Trabajo, de Consumo, etc. Tal como se ha indicado al ocuparnos del principio de *ne bis in idem*, estos órganos administrativos deberían pasar el "tanto de culpa" de inmediato al Ministerio fiscal cuando tuvieran noticias de hechos aparentemente delictivos de los que tienen conocimiento en el desempeño de su actividad. Esta regla resulta esencial para la persecución de este tipo de delitos. Las agencias o los cuerpos de inspección, como la de trabajo en materia de imprudencias laborales, tienen una posición privilegiada para conocer de este tipo de infracciones.

Un supuesto especial, a medio camino entre las funciones de auxilio de la policía judicial y las de colaboración del resto de las administraciones públicas, es el que tiene la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, que depende de la Secretaría de Estado de Economía. Como órgano de apoyo cuenta con el Servicio Ejecutivo de la Comisión (SEPBLAC), al que los sujetos obligados por la normativa sobre blanqueo de capitales deben notificar sus sospechas. El SEPBLAC realiza labores de inteligencia policial a partir del análisis de la información que recibe, confeccionando informes que entrega a jueces, fiscales y a la policía judicial.

No está aclarado cuál es el grado de diligencia de estas agencias administrativas a la hora de comunicar hechos delictivos de las diversas agencias. Su nivel de colabo-

ración con la Administración de Justicia es muy dispar. Por ejemplo, el Tribunal de Cuentas no ha denunciado apenas supuestos de corrupción, pese a que está situado en una atalaya privilegiada. Por el contrario, la Agencia Tributaria, que a través de la ONIF (Oficina Nacional de la Investigación del Fraude) cuanta con una unidad altamente especializada en la lucha contra el fraude fiscal, suele investigar con bastante intensidad el caso en cuestión y acude a la fiscalía cuando los aspectos esenciales del fraude ya han sido esclarecidos. La unidad de Vigilancia Aduanera actúa como una auténtica policía fiscal que, cuando el caso se judicializa, puede desempeñar un papel de policía judicial.

La situación descrita evidencia el importante papel que desempeñan órganos dependientes del ejecutivo (policías o agencias administrativas) en el esclarecimiento e investigación de delitos económicos. La falta de transparencia en su actuación puede encubrir que operen criterios de discrecionalidad oculta o simplemente intereses políticos a la hora de perseguir o no perseguir determinados delitos económicos, sobre todo cuando están implicadas personas con relevancia política.

Pero más allá de esta cuestión, su actividad investigadora plantea fricciones con el **derecho de defensa**. La actividad de los cuerpos de inspección puede ocasionar fricciones con un principio tan relevante del Derecho penal como el de que "nadie está obligado a contribuir a su propia acusación" (*nemo tenetur se ipsum accusare*). El TEDH, a partir del *leading case* Funke (STEDH Funke v. Francia, 25.2.1993) estableció en varias sentencias (Weh v. Austria, 8.4.2004, Saunders v Reino Unido, 26.11.1996, J.B v Suiza, 3.5.3001) que resultaba contrario al art. 6 del Convenio obligar a un contribuyente a suministrar a la administración tributaria información, bajo amenaza de sanción, en circunstancias en las que existe ya una sospecha de que ha cometido un delito o cuando la entrega de información implica para el afectado la apertura de un procedimiento penal.

La STC 18/2005 se ha planteado este problema en un supuesto en que la Agencia Tributaria solicitaba información a una empresa mobiliaria, cuyo administrador, a partir de la misma, acaba siendo condenado por fraude fiscal. Aunque la sentencia reconoce expresamente la jurisprudencia Funke, desactiva en buena medida su potencial al diferenciar la obligación tributaria de la empresa, que es a la que se solicita información, de la condena de su directivo. La empresa no habría contribuido a su propia autoincriminación sino a la de su directivo.

Esta doctrina, bastante discutible, debe revisarse tras la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al menos en los delitos donde esté prevista su responsabilidad, como es el caso del delito fiscal. La entrega de documentos en este caso contribuye a la condena de la persona física, pero también de la jurídica.

Las necesidades de prueba que se dan en las investigaciones sobre delitos económicos no pueden solucionarse utilizando medios coactivos, sino mediante el estímulo de la colaboración. Esta estrategia se desprende con claridad del art. 31 bis quater que establece como atenuantes de la responsabilidad de la persona jurídica, la colaboración y la confesión.

La **necesidad de obtener material probatorio** que existe en el Derecho penal de la empresa puede igualmente obtenerse a través del fomento de **estrategias como la delación o los programas de clemencia** que han sido tremendamente eficaces en el descubrimiento de prácticas restrictivas de la competencia. El CP español, para el caso de personas físicas, hace un uso muy escaso de estas posibilidades. Tan sólo en el art. 426 en el marco de los delitos de cohecho y en el art. 305.6 2 º prevé en términos muy estrictos la delación. Con carácter general la jurisprudencia considera que la aportación de documentos o, en general, la colaboración del investigado en el proceso penal determinan la aplicación de una atenuante analógica.

Un segundo problema que plantean tanto las investigaciones administrativas y policiales, que como hemos visto tienen una importancia no desdeñable en la investigación de delitos económicos, es que retrasan el **momento en el que el investigado puede ejercer sus derechos de defensa**. Con ello se orilla una de las principales garantías de la LECr, la contenida en su art. 118 que obliga a notificar al investigado desde el primer indicio la existencia de una investigación contra él, salvo en los supuestos excepcionales en que deba realizarse algún tipo de medida de investigación oculta (escuchas telefónicas, agentes encubiertos). Las investigaciones policiales, por ejemplo, no se judicializan normalmente hasta que no resulta imprescindible por requerirse un acto de investigación que afecta a derechos fundamentales, lo que puede ocurrir ya en un estadio bastante avanzado. Este mismo problema existe también en las investigaciones realizadas por la Agencia Tributaria. De este modo, los derechos de defensa sólo comienzan a ejercerse normalmente cuando la instancia policial o administrativa tiene ya un relato de los hechos bastante avanzado. Para el derecho de defensa, equivale a, en una carrera de 1000 metros, salir cuando el contrincante lleva ya recorridos 500.

Un tercer problema, vinculado estrechamente con el papel de las agencias administrativas, es la **actuación como peritos de los inspectores o técnicos**. Con frecuencia, los mismos funcionarios por ejemplo de la Agencia Tributaria que han participado en la investigación administrativa previa al

proceso penal, son llamados por el juez como peritos al proceso, lo que sin duda arroja sospechas sobre su imparcialidad.

El Tribunal Supremo (*vid.* por ejemplo STS 29-5-2009) insiste en que pese a su vinculación con el Estado como funcionarios públicos, no existe ningún interés personal en la causa que los inhabilite, sobre todo cuando por su condición deben servir con objetividad a los intereses generales. En cualquier caso se indica que la posibilidad de que la parte proponga su propio perito permite el correcto ejercicio de los derechos de defensas. Esta línea jurisprudencial debiera ser abandonada en aquellos supuestos en los que el funcionario público ha participado en la investigación administrativa previa.

Finalmente, uno de los aspectos que más deben criticarse es la **larga duración** de las investigaciones por delitos económicos, que se demoran años antes de que se abra el juicio oral. Ello se debe, además de otras razones, a la existencia de macrocausas, en las que se investigan de manera conjunta numerosos comportamientos. La reciente reforma procesal (LO 5/2015) pretende atajar este problema relajando de un lado las reglas de conexidad y, sobre todo, estimulando investigaciones más agiles poniendo un límite temporal a la investigación. El juez de instrucción debe autorizar expresamente una ampliación del plazo ordinario de la investigación cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

GONZÁLEZ LOPEZ, J. J.; NIETO MARTIN, A.: "La investigación de los delitos económicos: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx", *Diario La Ley*, nº 8768, de 24 de mayo de 2016.

MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, C.: *Derecho penal económico*, Madrid: Iustel. 2012.

MORON LERMA, E.: "El perfil criminológico del delincuente económico", en GARCIA ARÁN (coord.), *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, 2014.

ORTIZ DE URBINA, I.: "El Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho penal: ¿Es posible la disuasión?", en CRESPO/CALATAYUD (dir.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, B de F, 2014.

SUTHERLAND, E.: *El delito de cuello blanco*, Madrid, Endymon, 1999.

Tema 2

DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA EUROPEO E INTERNACIONAL

Adán Nieto Martín

CLAVES: Como ocurre con todos los sectores del derecho, el Derecho penal de la empresa debe interpretarse y aplicarse a la luz del Derecho de la Unión Europea. Nos debemos acostumbrar a las intersecciones que existen entre ambos sistemas jurídicos, desarrollando un "sexto sentido" con el fin de apreciar cuando un caso plantea cuestiones supranacionales en las que en muchos casos puede fundamentarse una sólida estrategia de defensa. Igualmente este Tema debe servir al lector para comprender como de alguna manera, y aunque algunos se resistan a verlo, el Derecho penal europeo existe, y constituye un sistema penal federal superpuesto al de los Estados miembros. La última parte del Tema expone qué hay más allá del Derecho penal europeo en el proceso de internacionalización del Derecho penal de la empresa. Los delitos económicos, como ha mostrado la última crisis financiera, suponen un problema de gobernanza global, que la comunidad internacional está intentado gestionar a través del Derecho internacional o mediante estrategias regulatorias más novedosas que se conocen como *Global Law*.

I. El Derecho de la UE y el Derecho penal de la empresa.

El Derecho penal de la empresa no puede entenderse hoy sin el Derecho de la Unión Europea. Existen, en este sentido, **cuatro fenómenos** que deben ser estudiados. El primero de ellos es la europeización de las normas penales nacionales a través de diversos cauces jurídicos, como singularmente la armonización. El segundo es la posibilidad de establecer un *ius puniendi* supranacional, lo cual es ya una realidad en algunas parcelas del Derecho sancionador administrativo económico. En tercer lugar, debe mencionarse la protección de los intereses financieros de la UE y, muy especialmente, la reciente creación de una fiscalía europea. Finalmente y en cuarto lugar, la

conformación de un espacio judicial europeo en torno al principio de reconocimiento mutuo, que establece un modelo de cooperación judicial muy avanzado Este último aspecto, por ser esencialmente procesal, va a dejarse sin embargo de lado en nuestra exposición.

1. La europeización del Derecho penal nacional.

La europeización del Derecho penal nacional es el proceso a través del cual el Derecho de la UE incide en el contenido de las normas penales nacionales. Esta afectación concierne tanto a la norma de comportamiento, determinando las conductas que pueden o no pueden sancionarse, como a la norma de sanción, limitando las sanciones que pueden ser utilizadas o exigiendo un determinado tipo de sanción o umbral punitivo.

La primera forma de europeización son los denominados **efectos negativos**, que comportan la desaplicación de la norma penal nacional. El **principio de primacía del Derecho europeo** exige dejar sin aplicación una norma interna, cualquiera que sea su rango o naturaleza, cuando esta resulta contraria a una norma con eficacia directa. Recordemos que el TJUE ha dotado de esta eficacia no sólo a los reglamentos, sino también a las directivas, una vez transcurrido su plazo de transposición, y a los preceptos de los Tratados, con tal de que su contenido sea suficientemente preciso.

Los **efectos negativos** han servido desde hace décadas para desactivar los sectores del Derecho penal económico nacional que resultaban contrarios al proyecto de integración europea. De este modo, fueron declaradas contrarias al Derecho de la UE multitud de normas penales que protegían por ejemplo monopolios estatales a la importación o que sancionaban conductas que, aunque aparentemente resultaban encaminadas a la protección del consumidor, en realidad escondían trabas a las cuatro libertades básicas sobre las que se construye el mercado interior: libre circulación de servicios, de mercancías, de trabajadores y capitales. Para nuestro país fue particularmente significativa la STJUE de 25-2-1995 (asun. C 358/93 y C 416/93) que terminó con los delitos relativos al control de cambios, que castigaban, principalmente, la exportación clandestina de divisas a otros países, en cuanto que suponían una restricción desproporcionada a la libre circulación de capitales.

STJUE 4-2-2015, ASUN. C 336/14.

La Sra. Ince había sido procesada por el delito previsto en el § 284 del CP alemán, que castiga la organización no autorizada de juegos de azar. La Sra. Ince era intermediaria de una sociedad de apuestas deportivas austriaca, debidamente autorizada en

este país, que recogía allí las apuestas de sus clientes para realizarlas en una máquina de apuestas deportivas instalada en un bar alemán. La fiscalía alemana consideraba que su conducta era constitutiva de delito, pues no tenía ningún tipo de autorización en Alemania para realizar este tipo de labores de intermediación que se consideran típicas. La necesidad de contar con una autorización deriva de que en Alemania existe un monopolio público para la organización de apuestas.

En su sentencia el TJUE afirma que castigar este tipo de conductas resulta contrario a la libre prestación de servicios y de establecimiento que se establece en el art. 56 del TFUE. Exigir una autorización para que una empresa legalmente constituida en un Estado miembro actúe en otro no obedece a otra razón que preservar el monopolio estatal de organización de apuestas.

Más raramente estos efectos negativos se han centrado sobre las penas, considerándolas contrarias al Derecho de la UE. Sería sin duda el caso en que se tuviera por ejemplo en cuenta el carácter no nacional de la persona física o jurídica para establecer una sanción superior o, por ejemplo, cuando la sanción prevista en la norma penal incide sobre un ámbito que es competencia exclusiva de la UE. Esto último explica, sin ir más lejos, por qué la sanción consistente en la pérdida del derecho a obtener subvenciones o ayudas, que se establece en los delitos contra la Hacienda Pública, se reserve paras subvenciones nacionales.

El **principio de asimilación** es la segunda herramienta de la europeización. Actúa de manera inversa a los efectos negativos, pues de él se derivan obligaciones de tutela penal. El principio de asimilación obliga a los Estados miembros a tutelar los intereses de la UE (por ejemplo, su Hacienda Pública) de modo similar a como tutelan los intereses nacionales equivalentes y, en cualquier caso, a que lo realicen de manera eficaz, disuasiva y proporcionada. La obligación de asimilación ha sido derivada directamente por el TJUE del art. 4.3 TUE, donde se contiene el principio de cooperación leal o buena fe y se recoge expresamente en el art. 235 TFUE en relación con la protección de los intereses financieros de la UE (vid. con más amplitud en relación a la tutela de los intereses financieros Tema 14).

Caso del maíz (STJUE 21-9-1989, Comisión c. Grecia, asun. 68/88).

El principio de asimilación fue afirmado por primera vez con claridad en el conocido caso del "maíz griego". La UE establecía aranceles a productos agrícolas procedentes de países terceros con el fin de proteger a sus productores. Estos aranceles aduaneros constituyen lo que se denomina en Derecho financiero europeo un "recurso propio". Funcionarios griegos durante un largo periodo de tiempo, y pese a las advertencias de la Comisión, falsificaron los certificados de origen de partidas de maíz que se ex-

portaban desde la antigua Yugoslavia, evitando de este modo el pago de los aranceles aduaneros. La Comisión interpuso ante el TJUE un recurso por incumplimiento, reprochando que Grecia no hacía todo lo posible para evitar el fraude. Fue en esta sentencia donde el TJUE fijó su famosa doctrina sobre la obligación de tutelar los intereses de la UE, singularmente los financieros, de manera similar a los propios intereses nacionales, y, en cualquier caso, de manera proporcionada, eficaz y disuasiva. Esta última "coda" se ha incorporado, como después veremos, a multitud de directivas y reglamentos y se ha incorporado de manera expresa a los tratados en relación con los intereses financieros (art. 235).

El principio de asimilación se dirige no sólo a los legisladores nacionales, con el fin de que amplíen el radio de acción de determinados tipos penales ampliando su ámbito de protección al bien jurídico supranacional que resulta equivalente al nacional protegido, sino también a los jueces. Allí donde lo permita el principio de legalidad, los jueces deben entender que al lado del interés nacional también resulta incluido el supranacional. No obstante, el tenor literal posible en la mayoría de los casos impide la asimilación sin intervención del legislador. Por ejemplo, conforme al principio de asimilación el Derecho penal español debería ser capaz de sancionar la prevaricación administrativa, la malversación o la falsificación de documentos públicos realizadas por funcionarios de la UE; sin embargo, los funcionarios de la UE (art. 24), con la excepción de los diputados del Parlamento Europeo, no están asimilados de manera general a los españoles. Tan sólo existe una asimilación plena en el marco de los delitos de cohecho tras la LO 1/2015 en el art. 427.

Los problemas son similares en la falsedad de documentos. La falsedad en documento público realizada por funcionario comunitario no puede ser sancionada a través del art. 390 -que sólo asimila a los funcionarios nacionales a los responsables de confesiones religiosas-; sí en cambio el tenor literal posible permite que se sancione penalmente esta conducta como falsificación de un documento público realizada por un particular (art. 392). De hecho es jurisprudencia reiterada la asimilación a los efectos de este precepto de cualquier documento público extranjero.

Las limitaciones que el principio de legalidad impone al juez obligan a que el legislador intervenga asimilando expresamente el bien jurídico europeo al nacional, cosa que por ejemplo ha hecho tras la LO 1/2015 mediante la modificación del art. 427 CP, que asimila a los funcionarios de la UE, pero también a todos los de los países miembros, a los efectos de los delitos de cohecho, o en el art. 458.3 donde equipara el falso testimonio ante los tribunales españoles al que se realiza ante el TJUE.

Más la asimilación, más allá del juez y del legislador, se dirige en realidad a todo el aparato del Estado (jueces de instrucción, fiscales, policías, administración, etc.) e implica la necesidad de perseguir e investigar de manera eficaz las lesiones de bienes jurídicos de la UE. Tal como demuestra el caso

del maíz griego la inactividad o tolerancia de la administración nacional ante el fraude atenta contra el principio de asimilación. Incumplir el principio de asimilación, en todas sus facetas, puede dar lugar a que la UE inicie contra el Estado un procedimiento por incumplimiento de los Tratados.

El principio de asimilación entronca con un problema clásico del Derecho de la UE como es el de la sanción de la infracción de las normas europeas. Las normas de la UE, como cualesquiera otras, necesitan para ser eficaces que su infracción sea sancionada. Lo peculiar es que en virtud del principio de subsidiariedad y del reparto de competencias son los Estados miembros los que prioritariamente deben procurar su sanción. Por esta razón, muchas directivas y reglamentos europeos en sus disposiciones finales incorporan el principio de asimilación, indicando que sus disposiciones deben ser sancionadas de manera eficaz, disuasiva y proporcionada. Esta disposición supone ya en realidad una armonización blanda, porque obliga al legislador nacional a disponer de sanciones eficaces -no necesariamente penales- para la violación, en general, de la normativa comunitaria, y, en especial, de las disposiciones nacionales que se deriven de directivas europeas.

Caso Berlusconi (STJUE de 3-5-2005, asun. C 387/02, 391/02 y 403/02)

En esta sentencia el TJUE responde a varias cuestiones prejudiciales, formuladas por jueces italianos, en las que básicamente se pregunta al tribunal si la reforma operada en Italia en el delito de falsedad en la información societaria es conforme con el principio de asimilación, que expresamente viene recogido en las directivas europeas que se ocupan de armonizar la información societaria, donde se señala la necesidad de establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas.

La reforma operada por el legislador italiano, claramente despenalizadora, favorecía enormemente al que entonces era presidente del gobierno, Silvio Berlusconi, que se veía beneficiado por ella en virtud del principio de retroactividad favorable. El TJUE señala, de un lado, que la nueva regulación introducida por la reforma impide una protección efectiva de la normativa europea relativa a la presentación de las cuentas anuales y la información societaria, sin embargo, y de otro lado, ello no puede llevar a desaplicar estas normas y aplicar las que estaban vigentes en el momento de la comisión del delito, pues ello violaría el principio de retroactividad favorable que constituye un derecho fundamental del ordenamiento de la Unión Europea.

Esta sentencia plantea por primera vez un asunto del máximo interés: ¿cuándo en un ordenamiento nacional se aplica Derecho penal armonizado o se castiga por tipos penales que, como en este caso, prestan su tutela a normas europeas, qué derechos fundamentales deben regir: los de la UE, los de cada Estado miembro o un combinado de ambos? Como veremos después, esta pregunta se ha respondido con una serie de

casos entre los que destacan Melloni y Akerberg Fransson, de los que después nos ocuparemos.

Para garantizar la sanción de las infracciones de reglamentos europeos, la técnica legislativa más común es la de las **normas penales en blanco**. Como es conocido los reglamentos, a diferencia de las directivas, tienen efecto directo sin necesidad de ningún mecanismo nacional de transposición. De este modo, constituyen sin duda normas de complemento, es decir, se integran en las remisiones genéricas y dinámicas que efectúan los tipos penales en blanco del Código penal. En materias como el Derecho alimentario, la protección de datos o el medio ambiente la legislación europea es la fuente normativa principal. La integración de normas (reglamentos) de la UE como normas de complemento no plantea problema alguno desde el punto de vista de reserva de ley y es consecuencia del reparto de competencias entre el Estado y la UE. Como antes indicábamos (Tema 1), una de las principales virtudes de las normas penales en blanco es que se adaptan perfectamente a la existencia de múltiples legisladores que caracteriza actualmente nuestros sistemas jurídicos.

La forma más importante de influencia del Derecho de la UE sobre el Derecho penal de los Estados Miembros es la que se produce a través de la **armonización del Derecho penal nacional mediante directivas** de la UE. La historia de la armonización comenzó a finales de los años 80 con las directivas sobre blanqueo de capitales y de *insider trading* y hoy se recoge expresamente en el art. 83 TFUE, constituyendo uno de los ejes del Espacio de libertad seguridad y justicia.

El art. 83 establece dos ámbitos distintos para que se produzca la armonización. En su **párrafo primero** señala que el Parlamento Europeo y el Consejo, a través del denominado procedimiento ordinario o de codecisión, pueden establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad de combatirlas con criterios comunes. El TFUE señala taxativamente cuáles son estas áreas: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico de drogas, tráfico ilícito de armas, el blanqueo o la corrupción. Resulta necesaria una decisión del Consejo aprobada por unanimidad por el Parlamento Europeo, para extender la armonización a sectores diferentes.

Aunque esta primera parte del art. 83 otorga ya competencias en ámbitos del Derecho penal de la empresa, como, por ejemplo, la corrupción entre particulares, en realidad el precepto clave es el **segundo párrafo** de este precepto donde se recoge la denominada **competencia aneja**. Esta competencia había sido ya afirmada con claridad por la STJUE en el Caso "Comisión c. Consejo", donde el Tribunal estableció que allí donde el Derecho de la UE tiene competencias para regular una determinada materia, puede armonizar el Derecho penal nacional si ello resulta imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de la política de la Unión.

Dada la importancia del Derecho de la Unión para el Derecho económico, este precepto (STJUE, de 13-9-2005, asun. C-176/03) puede servir para armonizar grandes parcelas del Derecho penal nacional. Eso sí siempre de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad competencial que regulan la distribución de competencias entre los Estados y la Unión Europea. Estos principios actúan secuencialmente. De acuerdo con el primero, la armonización del derecho nacional sólo resulta admisible cuando la intervención del derecho de la UE proporcione una mejor protección a los intereses protegidos. La proporcionalidad competencial implica además que la armonización ha de realizarse del modo menos invasivo posible para las competencias nacionales. Así por ejemplo si basta con armonizar los comportamientos a prohibir la armonización no debe alcanzar a las sanciones, dejando en este punto libertad a los Estados miembros. Los Parlamentos nacionales a través del Protocolo sobre el principio de subsidiaridad son competentes para controlar la aplicación de este principio, además desde luego de la posibilidad de control jurisdiccional por parte del TJUE.

En la actualidad se pueden reconducir al art. 83.2 y a la competencia aneja las Directivas en materia de medio ambiente (Directiva 2008/99 sobre protección penal del medio ambiente y Directiva 2005/35 relativa a la contaminación procedente de buques), la Directiva sobre abuso de mercado (Directiva 2014/57 sobre sanciones penales aplicables al abuso de mercado) o la Directiva 2017/1371 sobre protección de los intereses financieros de la UE, etc.

La propuesta de **Eurodelitos** realizada por un grupo de investigación encabezado por el profesor Klaus Tiedemann contiene una serie de propuestas de armonización de la mayoría de los tipos penales que conforman el Derecho penal económico (delitos contra los trabajadores, medio ambiente, delitos bursátiles, alimentarios, contra los consumidores, etc.), a partir de un amplio estudio de Derecho comparado. Igualmente

esta armonización iría acompañada de reglas de Parte General, que se consideran imprescindibles para una aplicación uniforme de los tipos penales.

En este sentido resulta un craso error considerar que la armonización debe limitarse a las concretas figuras de delitos dejando de lado aspectos generales. De hecho ya en la actualidad en diversas directivas y decisiones marco se encuentran reglas relativas a la determinación de la pena (con la descripción de supuestos agravados), a la aplicación de la ley penal en el espacio, a la prescripción, a la responsabilidad de los superiores, o, sin ir más lejos, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Igualmente existe una reciente tendencia a que las Directivas establezcan cuáles deben ser las penas mínimas que deben fijar los Estados miembros que se manifiesta especialmente en la reciente Directiva de 2013 sobre abuso de mercado o en la Directiva para la protección de los intereses financieros de la UE.

La armonización ha planteado principalmente problemas derivados del principio de legalidad y, más concretamente, de la reserva de ley, en cuanto que reduce el margen de maniobra de los parlamentos nacionales, que se limitan a transponer la norma, sin un margen de decisión político criminal propio. Esta crítica se fue agudizando a medida que las directivas (y antes las decisiones marco) se hicieron cada vez más prolijas en la descripción de comportamientos y sobre todo cuando establecían que las sanciones que habían de ser introducidas debían revestir necesariamente carácter penal, e incluso como hemos indicado señalaban concretamente las penas que habían de imponerse.

Tras el Tratado de Lisboa esta crítica debe atemperarse. El procedimiento de codecisión se ha convertido en el procedimiento legislativo ordinario para aprobar las normas de la UE y en lo que aquí concierne las directivas que armonizan en Derecho penal nacional. En este procedimiento el Parlamento Europeo tiene un papel de auténtico colegislador que le permite bloquear las propuestas del Consejo y de la Comisión y además, de manera positiva, introducir modificaciones en las normas europeas. Asimismo debe tenerse en cuenta que, como antes señalamos, los Parlamentos nacionales tienen la posibilidad de objetar desde el principio las iniciativas legislativas europeas cuando por ejemplo lo consideren contrario al principio de subsidiariedad. El art. 83 contiene igualmente el denominado "freno de emergencia" que permite a cualquier Estado miembro del Consejo paralizar una iniciativa de la Comisión cuando "considere que un proyecto de directiva [...] afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal". La utilización del "freno de emergencia" permite, en última instancia, a un Estado miembro *salirse* de una determinada directiva si considera que hay algo en ella que afecta a

principios básicos de su sistema penal como puede ser los principios de culpabilidad, proporcionalidad, etc. En conclusión puede hoy decirse que en el Derecho europeo existe una reserva de ley con una fisonomía diferente a la nacional, pero que substancialmente cumple con los mismos fines.

Para terminar de entender el proceso de europeización del Derecho penal nacional debe hacerse aún referencia a tres aspectos más: la interpretación conforme al Derecho de la Unión, el papel de los derechos fundamentales de la UE en la aplicación del Derecho penal europeizado y, finalmente, el cauce procesal mediante el que interviene el TJUE, que no es otro que la cuestión prejudicial.

La **interpretación conforme al Derecho de la UE** tiene tres fundamentos. En primer término opera de manera similar a la interpretación conforme a la Constitución, existente en nuestro ordenamiento. Debido a la primacía del Derecho de la UE, los jueces (pero también la administración) deben interpretar el Derecho nacional de manera compatible con el Derecho de la Unión para así evitar conflictos entre normas nacionales y europeas. Cuando existen varias opciones interpretativas el juez debe acoger aquella que sea más acorde con el Derecho de la Unión. Igualmente el principio de interpretación conforme deriva, a su vez, del principio de buena fe (art. 4. III TUE) que obliga no sólo al Estado, sino también a todos sus funcionarios públicos, a hacer todo lo necesario para cumplir con los objetivos del Tratado. Finalmente esta regla hermenéutica tiene como objetivo garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión y esto es particularmente importante en relación con el Derecho nacional que transpone directivas europeas o que debiera haberlas transpuesto.

> De hecho el principio de interpretación conforme se empieza a utilizar por el TJUE como interpretación conforme a las directivas, con el fin de garantizar, de un lado, una aplicación uniforme del Derecho armonizado y, de otro, que en aquellos casos en que una directiva de la UE no hubiera sido transpuesta, los jueces nacionales interpretaran su Derecho vigente en el sentido de la directiva.

En materia penal el *leading case* es el asunto María Pupino (STJUE, Gran Sala, 16-6-2005, asun. C-105/03). La UE había promulgado una Decisión Marco relativa a los derechos de las víctimas, que obligaba a adoptar determinadas medidas de protección a víctimas menores de edad. La Sra. Pupino era una maestra italiana acusada de malos tratos a un alumno. El proceso penal italiano había incorporado las medidas de protección de menores que recogía la Decisión marco sólo en relación a los delitos contra la libertad sexual, pero no en relación a otros como los malos tratos de los que también

podían ser víctimas menores de edad, tal como requería la Decisión Marco. Pese a ello, invocando ésta directamente el fiscal pretendía aplicar las medidas de protección, lo que llevó al juez italiano a plantear una cuestión prejudicial indicando preguntando si era posible conforme al Derecho de la Unión una interpretación extensiva, analógica, con el fin de extender las medidas de protección a menores víctimas de malos tratos, pese a que este delito no figuraba en la Decisión Marco. El TJUE consideró que ello era no sólo posible, sino obligado en virtud del principio de interpretación conforme.

Tal como muestra con claridad el caso Pupino, el principio de interpretación conforme al Derecho de la UE puede operar en realidad como un sucedáneo de la aplicación directa de una directiva. Por esta razón en materia penal debe ser utilizado con grandes cautelas en lo que concierne al Derecho penal, en cuanto que puede poner en peligro la prohibición de analogía. Como el propio TJUE ha declarado, el principio de interpretación conforme no puede utilizarse de manera contraria al principio de legalidad (vid. STJUE, 8-10-1987, Kolpinghuis Nijmegen, asun. 80/86). La invocación del Derecho de la UE no puede servir para ir más allá del tenor literal posible. Debe tenerse en cuenta, además, que la eficacia directa de las directivas, en caso de no transposición, nunca puede hacerse perjudicando los intereses de los ciudadanos. La eficacia directa de las directivas siempre tiene efectos beneficiosos, por lo que sería contradictoria una interpretación conforme que fuera más allá del tenor literal posible.

Ello no quiere decir que no pueda utilizarse como opción para, dentro del tenor literal posible, acoger una interpretación que amplíe la tipicidad hermenéutica. Así, por ejemplo, tal como antes señalábamos al hablar el principio de asimilación, este principio obliga en realidad a una interpretación conforme dentro del tenor literal posible, con el fin de otorgar protección a bienes jurídicos supranacionales.

Los **derechos fundamentales** forman parte del Derecho de la Unión. Ello fue declarado por el TJUE a partir de la famosa sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* a principio de los años 70 (STJUE, 17-12-1970, asun. 11/70). El TUE establece hoy en su art. 6 que *"la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados"*. Como es conocido, la Carta Europea recoge los derechos fundamentales básicos relativos al Derecho penal y al Derecho procesal penal. Sin duda alguna, las normas de la UE deben respetar los de-

rechos fundamentales, al igual que las instituciones de la Unión. Ahora bien, desde mediados de los años ochenta el TJUE ha señalado que los derechos fundamentales de la UE también son de aplicación a las autoridades nacionales, cuando apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que afecta, sin duda, a la aplicación de normas nacionales que transpongan directivas de la Unión. Esta declaración supone que en los procesos penales nacionales por ejemplo en materia de corrupción entre privados, *insider trading*, blanqueo de capitales, etc., donde el Derecho nacional es transposición de directivas europeas, debe atenderse a los derechos fundamentales de la Unión. Incluso el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales europeos se extiende también a supuestos en los que el Derecho penal nacional, con independencia de su origen, se aplica con el fin de tutelar un interés de la Unión Europea. Como puede verse, los Derechos fundamentales de la UE constituyen y constituirán un más que importante factor de aproximación de las legislaciones penales nacionales.

En su sentencia Akerberg Fransson (STJUE, 26.2.2013, asun. C 167/10) el Tribunal ha declarado que los derechos fundamentales de la Unión, en este caso el principio de *ne bis in idem*, se aplican a los procesos penales nacionales sobre fraudes del IVA, que como es sabido es un ingreso propio de la UE. Igualmente en el caso Berlusconi, al que antes se hacía referencia, señaló que los derechos fundamentales de la Unión debían ser de aplicación en los casos de falsedad de las cuentas anuales, puesto que la regulación de la información societaria tenía su procedencia en una Directiva de la Unión.

En estos momentos uno de los problemas más importantes, aun no cerrados por el TJUE, es qué relación guardan los derechos fundamentales de la UE con los derechos fundamentales nacionales. El problema deriva de que la configuración de un derecho fundamental (por ejemplo, el derecho de defensa o el principio de retroactividad favorable) puede ser más amplio en el Derecho nacional que en el europeo (vid. STJUE (Gran Sala), 8-9-2015, asun. C-105/14). De este modo, lo que puede ser conforme a los derechos fundamentales de la Unión puede no serlo en relación con los derechos nacionales o viceversa.

Mientras que en su sentencia Melloni (STJUE, 26.2.2013, asun. C-399/11) el TJUE señaló que el estándar europeo de derechos fundamentales debiera aplicarse en exclusiva, aun cuando el Derecho fundamental nacional, como ocurría en este caso, tuviera una formulación más amplía, en la sentencia Akerberg Fransson pronunciada el mismo día apostó por una "doble barrera": los derechos fundamentales de la UE debieran

ser de aplicación, pero permitiendo la aplicación del Derecho fundamental nacional en caso de que otorgara un marco de protección mayor. Esta última solución sin duda parece la más acertada para los casos en los que se trata de la aplicación del Derecho penal nacional. La opción excluyente de Melloni se explica porque versaba sobre un supuesto de cooperación judicial (la entrega de un ciudadano italiano en virtud de una euroorden); en este supuesto, la creación de un Espacio Judicial Común, donde deben agilizarse la cooperación judicial, requiere un estándar único de derechos fundamentales que deben ser fijados por el TJUE.

Como es conocido, una de las mayores peculiaridades del Derecho de la UE, es que, salvo los jueces de Luxemburgo, no existen jueces propiamente europeos. Son los jueces nacionales los que deben aplicar el Derecho de la Unión. En este contexto, la **cuestión prejudicial** es el instrumento de diálogo entre jueces nacionales y europeos que permite la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. La cuestión prejudicial permite a los jueces nacionales preguntar sobre la interpretación que debe hacerse de una determinada norma de la Unión, sobre su validez o sobre si ésta resulta o no compatible con una norma penal interna. Los efectos negativos a los que antes se hacía referencia se han producido, precisamente, mediante la cuestión prejudicial, que ha sido utilizada por el TJEU para asentar el principio de interpretación conforme o el papel de los Derechos fundamentales de la UE. El art. 267 TFUE, que recoge este recurso, señala que la cuestión prejudicial puede ser planteada por cualquier órgano jurisdiccional nacional y que están obligados a plantearla los tribunales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de recurso alguno. El TJUE relajó sin embargo esta obligatoriedad señalando que los jueces nacionales no tenían obligación de plantear la cuestión prejudicial en los casos en que la cuestión que planteaban estuviera ya suficiente clara (doctrina del acto claro) o el TJUE se hubiera pronunciado con claridad sobre supuestos similares (doctrina del acto aclarado).

Pese a que la cuestión prejudicial ha tenido un papel decisivo en el desarrollo del Derecho de la Unión, lo cierto es que no se adapta a las peculiaridades del Derecho penal. En este sentido, el principal problema es que dilata enormemente los procesos penales, pues su resolución definitiva debe esperar a que el TJUE resuelva la cuestión prejudicial. Además sólo está obligado a plantearla, conforme al art. 267 el órgano judicial nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso. De este modo, por ejemplo, quien en su defensa invoque, por ejemplo, la interpretación conforme o la incompatibilidad del precepto por el que va a ser sancionado con el derecho de la Unión,

debe esperar normalmente al fin de su andadura judicial para que la cuestión prejudicial sea planteada. Si además esta persona está sometida a una medida cautelar (prisión preventiva, embargo de bienes…), el recurso al Derecho de la Unión llega normalmente demasiado tarde. Para solventar, aunque sólo en parte este problema, el art. 267 prevé un procedimiento rápido para decidir sobre las cuestiones prejudiciales en aquellos casos en los que "se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

2. El Derecho sancionador administrativo económico supranacional.

Si el *ius puniendi* tiene dos rostros, el rostro del Derecho penal y el de las sanciones administrativas, debe afirmarse que prácticamente desde sus orígenes la UE dispone del derecho a castigar. El Tratado de Roma en 1957 establecía ya (art. 57) la posibilidad de que la Comisión, con un recurso ante el TJUE, pudiera imponer sanciones -a las que se negaba expresamente su naturaleza penal- en casos de prácticas restrictivas de la competencia. Esta posibilidad se hizo realidad con el Reglamento 17/1962 y desde finales de los años 60, tras el conocido cartel de las "materias colorantes" (STJUE, 15-7-1970, Boehringer asun. 45/69; *vid*. además Tema VIII), la imposición de sanciones administrativas por parte de la Comisión ha ido en aumento. También en los Tratados CECA se establecía la posibilidad de imponer sanciones administrativas, que tutelaban la intervención de la UE en el mercado del acero (el régimen de cuotas de producción).

Estas dos primeras ramas del Derecho sancionador económico supranacional, se han ido completando posteriormente con las atribuidas al **Banco Central Europeo**. De acuerdo con el art. 127.6 TFUE, éste tiene también atribuida capacidad para imponer sanciones administrativas, contenidas hoy en el art. 18 del Reglamento 1024/2013 que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito (además de las -ciertamente, menos importantes- previstas en el Reglamento 2157/1999 por infracciones a la información estadística de la UE).

Tanto la Comisión como el BCE no sólo tienen atribuida la potestad de imponer sanciones, que pueden llegar hasta el 10% del volumen de negocios

de la entidad sancionada, sino también la de realizar investigaciones que comprenden entrevistas o registros de locales (las llamadas "inspecciones *in situ*"). Aunque no existe ninguna regulación detallada de los derechos o principios que han de regir las investigaciones y la imposición de sanciones, en este ámbito el TJUE ha ido estableciendo la aplicación de las **garantías esenciales** del Derecho penal y abordando cuestiones de autoría y participación, error, aplicación de causas de justificación, *ne bis in idem*, etc.

Para entender correctamente la extensión y desarrollo del Derecho sancionador administrativo supranacional, debe ponerse en conexión con el **principio de ejecución indirecta**, en virtud del cual la aplicación del Derecho de la UE queda en manos preferentemente de los Estados miembros. Por esta razón en ámbitos diversos a la protección de la competencia y las cuotas de producción del acero y el carbón, como el mercado agrícola, las cuotas pesqueras las agencias de *rating* o en materia de protección de los intereses financieros, la UE ha establecido sanciones administrativas que, en principio, son aplicadas por las autoridades administrativas nacionales, si bien la Comisión puede supervisar la forma y eficacia con que se imponen. Además en estos casos la regulación europea suele contener algunos principios básicos que deben regir la imposición de las sanciones, con el fin de que en todos los Estados miembros se apliquen bajo las mismas garantías. En este punto debe tenerse presente que las autoridades nacionales deben, como mínimo, respetar los derechos fundamentales de la Carta Europea, pues ejecutan Derecho de la Unión.

El principio de ejecución indirecta no impide, sin embargo, que llegado el caso la UE no pueda recuperar las competencias sancionadoras que había en principio conferido a las autoridades nacionales o que incluso pueda establecerse una competencia compartida; y, a la inversa, puede ocurrir que la UE se haya reservado la potestad sancionadora en una materia y después decida compartirla con los EEMM. Por ejemplo, y comenzando por esta última posibilidad, en el Derecho sancionador de la competencia, que como sabemos es el más antiguo de todos, la imposición de sanciones empezó siendo competencia exclusiva de la Comisión siempre que la práctica restrictiva restringiese de manera sensible la competencia en varios países miembros. Tras el Reglamento de 2003 la Comisión ha preferido, sin embargo, reservársela para los casos más importantes, delegando la sanción del resto a las autoridades nacionales. En otros sectores, como el de la supervisión bancaria o el de las agencias de *rating*, el camino ha sido inverso, sobre todo a raíz de la crisis económica. El Banco Central Europeo y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) se han ido atribuyendo paulatinamente más competencias sancionadoras y de investigación.

La posibilidad de establecer sanciones administrativas mediante la normativa europea es muy amplia, aunque, claro está, no ilimitada. La STJUE *Comisión c. Consejo* (STJUE, 13-9-2005, asun. 176/03), que es la decisión clave en esta materia, señaló que la potestad sancionadora es un poder implícito que puede utilizarse siempre que se considere necesario para garantizar la eficacia de las normas europeas, en sectores donde tiene atribuida su competencia. En suma, la potestad de imponer sanciones administrativas funciona como una *competencia aneja* similar a la que como hemos visto se establece en el art. 83.2 TFUE para el Derecho penal, con la peculiaridad de que para establecer sanciones administrativas no necesita invocar este precepto, que por ser específico para el Derecho penal está rodeado de garantías adicionales como el "freno de emergencia".

3. La protección de los intereses financieros y el Fiscal Europeo.

La UE experimenta cada año pérdidas millonarias por fraudes de todo tipo: desde los fraudes al IVA, a los que afectan al arancel aduanero común (por ejemplo, mediante el contrabando de tabaco), pasando por los fraudes a las ayudas y subvenciones que proceden de los fondos europeos o los que se producen en licitaciones y contratos públicos financiados por la UE. La preocupación por el fraude arranca de los años 70, pero no es hasta la sentencia del maíz griego en 1989, que ya conocemos, cuando se produce el pistoletazo de salida.

En la actualidad la lucha contra el fraude ocupa un lugar visible en el TFUE. Con carácter general, el art. 83.2 del TFUE, al que ya hemos hecho referencia, permite **armonizar las normas penales** nacionales contra el fraude. El art. 325 del TFUE, dedicado expresamente a la lucha contra el fraude, recoge el principio de **asimilación** y obliga a los Estados miembros a combatirlo a través de medidas disuasivas y proporcionadas, que en cualquier caso y como mínimo deben ser **similares a las que existen en su propio ordenamiento**. Finalmente el art. 86 del TFUE establece la posibilidad de establecer a través de un reglamento la **Fiscalía Europea**. El papel de la Fiscalía Europea sería en primer término la protección de los intereses financieros, sin perjuicio de que posteriormente su actuación pudiera ampliarse a otros tipos de delincuencia grave de carácter transfronterizos. Según el art. 86 las competencias del Fiscal radican en "descubrir a los autores y cómplices de las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, y

para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura del juicio oral contra ellos", así como "ejercer la acción penal ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros".

La acción de la UE en la lucha contra el fraude tiene tres frentes distintos que se corresponden con cada uno de los preceptos que acaban de mencionarse.

1. La primera estrategia para la erradicación del fraude es la **armonización**. Constatada que la asimilación, tal como fue conformada en la sentencia del "maíz griego", no era un camino lo suficientemente efectivo para una protección eficaz, la UE decidió en 1995 la armonización de los derechos penales nacionales. Como en ese momento no existían competencias dentro del Derecho de la Unión en sentido estricto para armonizar los derechos penales nacionales, ello se hizo a través de un Convenio internacional que se ubicaba en el denominado tercer pilar, que justo en esas fechas con la aprobación del Tratado de Maastricht se había puesta en marcha. El Convenio para la Protección de los Intereses Financieros (Convenio PIF) de 1995 establece una tipificación común del fraude a los intereses financieros y otro tipo de disposiciones que regulan por ejemplo la competencia territorial. El Convenio se completó con dos Protocolos en 1996 y 1997. El primero obliga a los estados a sancionar la corrupción de funcionarios nacionales y europeos cuando tuviera como consecuencia el perjuicio a los intereses financieros. Mientras que el segundo introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas y establece el blanqueo de capitales – por aquel entonces confinado al blanqueo procedente del tráfico de drogas – en relación a los delito anteriores. El contenido del Convenio fue incorporado a nuestro derecho por el CP de 1995, donde aparecieron los delitos contra la Hacienda pública europea, si bien el proceso de ratificación de los Tratados y sus protocolos por parte de los Estados fue bastante lento. Recientemente se ha aprobado la Directiva 2017/1271 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, aprobada sobre la base del art. 83.2 TFUE. La Directiva sustituirá al Convenio PIF el 6 de junio del 2019.

La Directiva 2017/1271 forma parte del Derecho de la Unión a diferencia de los Convenios. La mayor novedad es que establece unas penas de "al menos cuatro" años para los casos considerados graves, con lo que recorta el margen de los Estados a la hora de transponer la directiva. Igualmente ofrece reglas comunes relativas a la prescripción, que ha sido uno de los puntos más debatidos en los últimos tiempos (vid. la importante por muchas razones STJUE de 8.9.2015, asun. C-105/14, Taricco). La

descripción de estos delitos es muy similar a la del Convenio y sus protocolos, pero contiene algunas novedades. Deja claro que los casos más graves de fraude al IVA (art. 2.2) pertenece al ámbito de protección penal de los intereses financieros y describe las conductas que los Estados deben sancionar en relación a este impuesto (art. 3.2 c) y d). Igualmente se ocupa expresamente de fraudes en la contratación pública (art. 3.2 b), además de los supuestos de fraudes de subvenciones (art. 3.2 a).

2. Si el camino para la aprobación de la Directiva PIF ha sido largo, no menos largo y tortuoso ha sido el que ha conducido a hacer realidad la **Fiscalía Europea** prevista en el art. 86 del TFUE, lo que se ha producido a través del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. En realidad el Reglamento de la Fiscalía Europea y la Directiva para la protección de los intereses financieros son proyectos paralelos, pues los delitos contenidos en la Directiva PIF son los que se sitúan en el marco de competencias de la Fiscalía. Una vez puesta en marcha la Fiscalía ésta será competente para investigar supuestos de los que comúnmente designamos como corrupción política, como la malversación o la corrupción en relación a la contratación pública cuando afecten a fondos europeos.

Este hecho explica algunos aspectos esenciales tanto del proceso político de aprobación, como de la como de la conformación orgánica de la Fiscalía. En efecto, las relaciones entre corrupción política y Fiscalía resultan de capital importancia para entender por qué políticamente ha costado tanto poner en marcha esta institución, que al final se ha aprobado bajo la forma de una cooperación reforzada entre veinte Estados (quedan fuera por ejemplo Suecia, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Hungría y desde luego el Reino Unido) que será entre los que actúe. La Fiscalía será competente para investigar los delitos cometidos a partir de la entrada en vigor del reglamento.

La Fiscalía tiene una estructura muy compleja que refleja las reticencias de los Estados miembros a dejar en manos de una instancia supranacional la investigación de infracciones que como señalábamos pueden afectar a supuestos tan sensibles como la corrupción política. A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países, el Fiscal Europeo no es un órgano puramente unipersonal. Se compone del Colegio de Fiscales Europeo, compuesto por representantes nacionales y que fija sus líneas generales de actuación; de las Salas Permanentes que supervisan la actuación del Fiscal Europeo encargado del caso. El Reglamento acoge la denominada fórmula del "doble sombrero": los Fiscales Europeos actúan en los respectivos territorios nacionales, con diferentes grados de implicación según la gravedad del caso (seguimiento general, vigilancia y dirección, supervisión), a través de Fiscales Europeos Delegados nacionales, que pertenecen a la vez a las respectivas fiscalías nacionales y europeas.

La opción por dejar los concretos actos de investigación en manos del Fiscal Delegado nacional se explica también porque el Reglamento establece que las medidas de investigación y cautelares que se adopten durante la investigación serán las establecidas en cada ordenamiento nacional. Durante el proceso de gestación del Fiscal se barajaron otras posibilidades, como establecer una regulación supranacional de la fase de investigación, con un papel mucho más supletorio y residual del Derecho nacional. Sin embargo, al final se ha optado por que el Fiscal utilice la normativa procesal de cada país. Esta *nacionalización* de las reglas de investigación explica la conformación de otros de los elementos clave de la regulación del Fiscal: la configuración del control judicial. Es el juez del país donde actúa el Fiscal Delegado correspondiente quien debe autorizar las medidas de investigación o cautelares que afecten a Derechos fundamentales.

Está por ver si un Fiscal europeo tan tutelado por los Estados miembros y con una normativa de actuación tan fragmentaria alcanza los resultados deseados.

3. Finalmente, para describir el conjunto de medidas de lucha contra el fraude hace falta mencionar aquellas que se fundamentan en el art. 325 del TFUE que como antes hemos visto es el precepto dedicado expresamente a la lucha contra el fraude. Este precepto contiene las competencias para aprobar **medidas de tipo administrativo** contra el fraude.

La Comisión Europa y el Derecho de la Unión han tenido una notable incidencia en la sanción y prevención *administrativa* del fraude. El Reglamento 2988/1995 de protección de los intereses financieros contiene una regulación marco de las sanciones administrativas supranacionales en esta materia, recogiendo expresamente principios como el de legalidad, *ne bis in idem* o la prescripción de estas sanciones, que son establecidas por el Derecho de la Unión e impuestas por las autoridades nacionales. La función de estas sanciones es crear un *mínimo sancionador común* en los casos de fraude, con independencia de las sanciones previstas en el Derecho interno. Este Reglamento contiene también las bases para que los controles y la investigación del fraude a los intereses financieros se realicen por las autoridades nacionales de manera homogénea y tengan una intensidad semejante.

En lo que concierne a las **investigaciones** sobre este tipo de fraudes, desde 1999 la UE cuenta con la Oficina de Lucha Contra el Fraude (OLAF), una agencia administrativa que investiga los casos de fraudes y de corrupción, de manera independiente de la Comisión Europea (Decisión de la Comisión por la que se crea la OLAF, DO L 136, de 31-5-1999). La OLAF lleva a cabo tanto sus propias investigaciones internas, cuando se trata de corrupción de funcionarios europeos, como investigaciones externas, reali-

zando controles e inspecciones a los sospechosos de fraude (vid. Reglamento relativo a la investigaciones realizadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude). Igualmente coordina la actividad de las administraciones nacionales en estos casos.

II. Los delitos económicos en el Derecho penal internacional.

En los últimos años, como producto de la crisis financiera, la protección del medio ambiente, los derechos humanos y la importancia de las empresas transnacionales en la economía global se ha comenzado a discutir la creación de un Derecho penal económico internacional. Una regulación de los delitos económicos y su persecución que iría más allá del proceso de internalización que hemos visto está teniendo lugar a través del Derecho de la Unión Europea.

Este proceso viene de la mano, en primer lugar, de la **armonización de los derechos nacionales** a través de Convenios internacionales. Existen convenciones, por ejemplo, internacionales en materia de corrupción y cibercriminalidad, y una armonización regional – Consejo de Europa – en sectores como el medio ambiente o el blanqueo de capitales. No obstante, en el Derecho penal económico los caminos que conducen a la aproximación de los ordenamientos jurídicos son más complejos y no se reducen a la aproximación de legislaciones a través de normas internacionales clásicas, como son los convenios internacionales.

En estos momentos estamos experimentando un fuerte proceso de **americanización**, que supone una influencia del derecho de los Estados Unidos en los derechos penales nacionales. Esta americanización constituye un fenómeno superpuesto a la europeización que antes hemos analizado. La influencia del Derecho de los Estados Unidos es muy palpable en ámbitos como el Derecho penal del mercado de valores, el blanqueo de capitales o el Derecho de la competencia. No se trata sólo de que se hayan extendido por el mundo figuras como el *insider trading*, la influencia principal se palpa en la extensión de estrategias de ejecución del Derecho que son ajenas a la tradición europea. Es el caso de la **autorregulación** y la **participación de los ciudadanos en la prevención y detección de los delitos**. En el caso del blanqueo de capitales el epicentro de la regulación administrativa se sitúa en imponer a determinados ciudadanos, por ejemplo las entidades de crédito o las inmobiliarias, las obligaciones de adoptar medidas internas de control del blanqueo de capitales y la de denunciar a las autoridades competentes la existencia de operaciones sospechosas de blanqueo. Mas igual

ocurre en el caso del mercado de valores con las agencias y sociedades de valores, que deben estar preparadas para detectar y comunicar a la CNMV las operaciones de abuso de mercado. El cierre de este sistema de colaboración público-privado es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La sanción penal a la empresa constituye un estímulo para que implanten programas de cumplimiento que prevengan determinados delitos en su interior, los comuniquen a las autoridades competentes y colaboren en su investigación (vid. Tema IV).

La tercera forma que está llevando a los ordenamientos nacionales a aproximar sus legislaciones es el ***soft law*** y la **estandarización**. Desde el final de la guerra fría han proliferado organizaciones internacionales informales, donde representantes de diversos estados se reúnen periódicamente y adoptan decisiones que son de gran importancia para la política criminal. Es lo que ocurre con el G20 y el GAFI en materia de blanqueo de capitales o la IOSCO, organización que agrupa a los representantes de las entidades supervisoras del mercado de valores, a la hora de definir que operaciones deben considerarse ilícitas en el mercado de valores. El proceso de estandarización a través de las normas ISO u otro tipo de estándares tiene igualmente una gran incidencia en el control de riesgos medioambientales, alimentarios, para la salud de los trabajadores etc. En este rico subsuelo normativo germinan con fuerzas deberes de cuidado y de supervisión que resultan después relevantes en la interpretación de los tipos penales. Recientemente el proceso de estandarización y de certificación se ha aproximado aún con más fuerza al Derecho penal de la empresa con la aparición de las normas ISO que establecen medidas de prevención de la corrupción en la empresa (ISO 37001) y de implantación y gestión de programas de cumplimiento (ISO 19600 y UNE 19600). Aún está en discusión se en estos casos cuál es su papel en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El segundo rasgo que caracteriza la internalización del Derecho penal de la empresa es la **aplicación extraterritorial** del Derecho penal de algunos Estados que se han convertido en *guardianes* de determinados aspectos del orden económico internacional, como la corrupción o la protección de los mercados financieros. Así en los últimos años hemos visto como numerosas empresas europeas han sido juzgadas y sancionadas en los Estados Unidos por diversos delitos económicos, como singularmente actos de corrupción cometidos en terceros países. Con diversas intensidades resulta posible observar una paulatina ampliación de los criterios de aplicación de la ley penal

en el espacio en el marco del Derecho penal económico y de la empresa. Esta extensión se ha producido de la mano de principios tradicionales como el de personalidad activa, que proyectados a las personas jurídicas implica que el Estado puede perseguir a las personas jurídicas que tienen su sede social en el mismo (art. 23 LOPJ m), n) o)) (Vid. Tema X). En otros ordenamientos se emplean como criterios que la persona jurídica cotice en alguna de las bolsas del país (como hace la *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana) o que simplemente realice alguna actividad en ese país (como establece la *Bribery Act* británica de 2010).

La aplicación extraterritorial también ha venido de la mano de una interpretación cada vez más generosa del principio de territorialidad, en virtud de la cual existe competencia para el enjuiciamiento por el hecho de que una mínima parte del comportamiento típico se haya producido en el territorio de un país, además de sus efectos. Lo cierto es que el principio de territorialidad se adapta mal a la tipología de los delitos económicos donde con gran facilidad es posible localizar, por ejemplo, inversores o consumidores afectados en diversos países o, debido a la actividad global de las empresas, es posible que el comportamiento típico haya tenido lugar en distintos Estados. Dicho de otro modo, el principio de territorialidad en el escenario de los delitos de empresa lejos de limitar la jurisdicción resulta un criterio que avoca a la confluencia de ordenamientos diversos. Es significativo en este punto que por ejemplo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se haya preocupado recientemente por restringir el principio de territorialidad exigiendo una mayor vinculación con el territorio de los Estados Unidos. Ello se traduce, de un lado, en que exista una "efecto cualificado" (por ejemplo, que haya perjudicado a un número relevante de personas) y, de otro, en que el comportamiento que se ha desarrollado en su territorio suponga un "paso significativo hacía la vulneración de la norma". Aunque esta jurisprudencia se ha producido en relación a supuestos de fraude de inversores, resulta a mi juicio un criterio muy razonable que puede generalizarse a otro tipo de delitos con el fin de limitar la aplicación del principio de territorialidad. Como puede apreciarse afecta a los dos componentes en que se basa la teoría de la ubicuidad, que es la imperante en España a la hora de establecer cuándo existe competencia de nuestros tribunales derivada del principio de territorialidad. El "efecto cualificado" intensificaría el desvalor del resultado producido en el territorio español, mientras que los "pasos significativos hacia la vulneración de la norma" intensifican el desvalor de la acción.

La extensión del ámbito de aplicación de la ley penal, unido a que hoy debido a la internacionalización de los negocios los efectos de un mismo delito pueden afectar a varios territorios, ha provocado numerosos casos de ***bis in idem*** que están lejos de encontrar solución. Se trata de supuestos en los que se han abierto procesos penales a una empresa o a sus directivos en varios países por hechos similares o que guardaban una estrecha conexión entre sí. Lo hemos visto en casos como la corrupción mundial del grupo Siemens, el caso de incumplimiento de normas medioambientales de Volkswagen o el escándalo de la manipulación del Libor. La internacionalización de los delitos económicos exige urgentemente desarrollar la cooperación judicial y establecer reglas que solucionen los conflictos de jurisdicción, lo que evitaría los dobles procedimientos y el peligro de bis in idem.

La globalización de los delitos económicos resulta, por otro lado, uno de los problemas más importantes de la gobernanza global. Las empresas y sobre todo las empresas multinacionales aprovechan los diferentes grados de efectividad del derecho penal nacional para cometer delitos en aquellos sitios donde no existe regulación penal o ésta resulta benévola o ineficaz. De este modo, la globalización ha traído consigo un proceso de deslocalización de las conductas delictivas que merma la eficacia del ius puniendi del Estado. La solución ideal a este problema exigiría un proceso de armonización más intenso, reforzar la cooperación judicial, ayudar al desarrollo de los sistemas judiciales más débiles o incluso crear tribunales y órganos de persecución supranacionales. Estas metas, sin embargo, a medio plazo no parecen fáciles de conseguir. Por esta razón se están utilizando mecanismos de sanción más informales o caminos alternativos que suponen la utilización de estrategias indirectas para la prevención y sanción de comportamientos delictivos.

Un buen ejemplo de sanciones informales es el sistema de **listas negras** del Banco Mundial y de los bancos de desarrollo regionales, del que nos ocuparemos en el Tema 10. La prohibición de contratar que pesa sobre las personas jurídicas incluidas en una lista negra por haber pagados sobornos, defraudado o realizado acuerdos anticompetitivos en proyectos financiados por los bancos internacionales de desarrollo constituye un incipiente Derecho sancionador global, a través de sanciones que sin duda pertenecen al Derecho penal en sentido amplio.

Una herramienta muy inteligente para reforzar el ius puniendi estatal frente a los comportamientos delictivos de las empresas multinacionales es el concepto de **unidad económica** que desde hace muchos años se utiliza

en el Derecho sancionador de la competencia de la Unión Europea. Este concepto permite considerar que existe una única empresa, y no varias, cuando un comportamiento delictivo ha sido realizado por la filial de una persona jurídica situada en otro Estado. De este modo, el sujeto de la infracción es la empresa en su conjunto y no la concreta persona jurídica, la filial, que ha realizado el comportamiento delictivo. Cuando la matriz, por ejemplo una multinacional norteamericana, determina el comportamiento de sus filiales europeas y estas participan en un acuerdo anticompetitivo, la matriz resulta también responsable con independencia de cuál haya sido su comportamiento en relación con el caso concreto.

La responsabilidad de las sociedades matrices por las filiales, e incluso por el comportamiento de sus proveedores, constituye una de las claves para entender el debate sobre la sanción de las **violaciones por parte de las empresas multinacionales a los derechos humanos**. Este tipo de violaciones se remontan a la colaboración de empresas con el régimen nazi y ya fueron ya objeto de los juicios de Núremberg en los que prevaleció el principio de *societas delinquere non potest*. Sin embargo, no han dejado de sucederse desde la II Guerra Mundial hasta nuestros días. La tipología de los ataques a derechos humanos responde a un esquema similar. En ocasiones se trata de beneficiarse de las agresiones cometidas por los Estados, como ocurrió con las empresas que durante el franquismo utilizaron el trabajo esclavo de los presos republicanos o, por buscar otra tipología, con las petroleras que se han beneficiado de la represión brutal por parte de una dictadura para proteger sus instalaciones. En otras situaciones la afectación proviene de suministrar servicios o productos que van a ser utilizados por los Estados en la violación de derechos humanos (los servicios de reparación a los hornos crematorios utilizados en el genocidio o la venta de material a la policía que seguramente sea utilizado en las torturas). Muchas de estas violaciones no son protagonizadas por la persona jurídica matriz, sino por sus proveedores (firmas de ropa que utilizan proveedores que emplean trabajo infantil) o por sus filiales, que por ejemplo utilizan técnicas de producción que causan graves daños al medio ambiente y que nunca hubieran sido admitidas en el país al que pertenece la empresa matriz.

Tras un largo debate en el seno de Naciones Unidas que se remonta a los años setenta, los **Principios Rectores para empresas multinacionales** de 2011 imponen a los Estados la obligación de establecer sanciones penales para este tipo de violaciones, lo que se deriva de la obligación positiva que es-

tos tienen hacia los derechos humanos. El moderno Derecho de los derechos humanos está construido sobre una doble base: los Estados no están obligados únicamente a no violar los derechos humanos, sino además a impedir que las personas, físicas o jurídicas, bajo su control los violen, lo que implica la obligación de investigar y sancionar estos comportamientos.

La obligación de los Estados se está concretando en exigir de las empresas multinacionales radicadas en su territorio que tomen medidas con el fin de prevenir que sus actividades afecten a los derechos humanos y que hagan públicas estas medidas, que constituyen auténticos **programas de cumplimiento normativo o de diligencia debida en materia de derechos humanos**. Parte esencial de estos programas de cumplimiento son las medidas destinadas a evitar las violaciones por parte de las empresas filiales y los proveedores. En la UE la Directiva de la UE 2014/95 sobre información no financiera por parte de las empresas obliga a las empresas matrices de un grupo de más de 500 empleados a publicar cuentas anuales (estados) no financieras (art. 29 bis). A través de un "**estado no financiero consolidado**" deben proporcionar información "en la medida que resulte necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto a los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno". En febrero de 2017 el Parlamento francés, en cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de los Principios Rectores de Naciones Unidas, ha aprobado la **Ley de vigilancia empresarial** que constituye un hito importante en esta materia que sanciona con multas de hasta 10 millones de euros a las personas jurídicas francesas que no cuenten con su programa de cumplimiento en materia de derechos humanos, abarcando a sus empresas filiales y proveedores.

En la sanción de agresiones a los derechos humanos por parte de empresas multinacionales ha sido esencial de nuevo un ordenamiento: los Estados Unidos a través de la ***Alien Torts Claim Act***. Este viejo texto de 1789, creado para sancionar la piratería, permitió a partir del cambio de siglo con el caso Unocal (2002) imponer sanciones cuasipenales -*torts*- a decenas de empresas por atentados contra los derechos humanos cometidos en cualquier parte del mudo. La ley se aplicaba extraterritorialmente a cualquier comportamiento que supusiera una violación del Derecho internacional consuetudinario, como son las torturas o las violaciones más graves a los Derechos humanos. Desgraciadamente, el Tribunal Supremo americano tras el caso Kiobel (2013)

ha restringido notablemente su ámbito de aplicación. En este caso se juzgaba a la petrolera holandesa Royal Dutch Petroleum por violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en Nigeria. De un lado, el Tribunal Supremo negó que la sanción a una persona jurídica formara parte de la costumbre internacional, dado que en muchos Estados no se reconoce su sanción, y de otro, consideró que la ley no se podía aplicar automáticamente a las filiales de empresas americanas.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

MUÑOZ DE MORALES, M.: *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*. Madrid: Civitas. 2011.

NIETO MARTIN, A.: "¿Americanización o europeización del Derecho penal económico europeo?", *Revista Penal*, núm. 19, 2007.

NIETO MARTÍN, A: "Global law y empresas multinacionales: estrategias para la protección de bienes jurídicos globales", en *El comportamiento ético en la economía y en la sociedad*. Asociación Alexander von Humboldt. *2016*.

AA.VV: "La protección de bienes jurídicos globales". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (coord. C. Espósito Massicci, J. Gracimartín Alférez), nº 16, 2012.

RUGGIE, J.: *¿Solamente negocio? Empresas multinacionales y Derechos humanos*. Madrid: Icaria, 2014.

Tema 3

LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDIDUAL EN LOS DELITOS DE EMPRESA

Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Claves: En los delitos económicos o patrimoniales que se cometen en el marco de la actividad empresarial no es infrecuente que esté tan claro que la conducta lesiva se ha cometido y que es típica, como oscuro desentrañar ese impersonal "se": a quién debe hacerse penalmente responsable de la misma. Esto se debe, como el lector ya supondrá, a que la empresa es una organización compleja en cuyos procedimientos se concitan distintas conductas activas y distintas responsabilidades que pueden dar lugar a omisiones relevantes para el Derecho penal. Para dilucidar esta cuestión de la atribución de una responsabilidad penal justa y eficiente existen diversos instrumentos dogmáticos: la autoría y la participación por omisión, la responsabilidad del representante, la atenuación del partícipe común en el delito especial. En esta lección expondremos sucintamente tales categorías y las aplicaremos a las personas que trabajan en la empresa en atención a sus funciones. Y así, respecto a la responsabilidad de los administradores nos preguntaremos ante todo en qué casos les podemos atribuir resultados que no hayan impedido porque sean garantes al respecto, y si tales omisiones, cuando no puedan fundamentar una responsabilidad de los administradores como autores, sí pueden hacerlo a título de participación. A los órganos ejecutivos les preocupará también saber cuándo son garantes, lo que dependerá de si han recibido una delegación válida al respecto. Los asesores tratarán de seguir el consejo de sus abogados y demostrar es que su contribución objetiva al delito no es suficiente para catalogarlos como partícipes, pues, como de ellos se esperaba, se limitaron a facilitar al administrador o al directivo una información objetiva y neutra respecto al significado jurídico de sus conductas. Y quien seguro que estará inquieto es el responsable de cumplimiento respecto a sus posibles responsabilidades penales en relación con los delitos que no haya sido capaz de evitar, y que, en principio, solo provendrán de su tolerancia consciente con el delito de otros, como participación omisiva en tales delitos.

CASO GESFINSA

"[C]on anterioridad al año 1989 el acusado Valeriano, mayor de edad con antecedentes penales no computables, se venía dedicando, en su propio nombre, a la intermediación en la adquisición de obligaciones hipotecarias. Por motivos fiscales decidió constituir una sociedad dedicada a tal fin, por lo que se puso en contacto con el también acusado Juan Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, al que conocía por haber realizado varias inversiones en el referido negocio del Sr. Valeriano.

Así, en fecha 24 de octubre de 1989 los acusados Valeriano, Juan Antonio y la esposa de éste último, Regina, mayor de edad y sin antecedentes penales, constituyeron mediante escritura pública la entidad Gestoría Financiera Inmobiliaria, S.A. (GESFINSA), con domicilio social en calle Bravo Murillo nº 17, de Las Palmas, portal 3.3º, y cuyo objeto social según el art. 2 de sus Estatutos era la compraventa de obligaciones hipotecarias, la compraventa y promoción de inmuebles, y la tramitación de préstamos hipotecarios. Los referidos acusados integraron el Consejo de Administración de la entidad, que fue renovándose en el año 1992, para adaptarse a la nueva Ley de Sociedades Anónimas, y en el año 1997, hasta el 21 de abril de 1999, fecha en la que los acusados Juan Antonio y Regina venden sus participaciones a Valeriano.

En fecha de 3 de mayo de 1991 el acusado Valeriano otorga escritura pública confiriendo poder al también acusado Romualdo, mayor de edad y sin antecedentes penales, para administrar los bienes de la sociedad.

El acusado Valeriano era el encargado de revisar todas las operaciones que la entidad Gesfinsa realizaba, teniendo por ello un conocimiento exacto de las mismas. Entre tales operaciones Valeriano formalizaba, como administrador de Gesfinsa, contratos en virtud de los cuales los particulares le entregaban determinadas cantidades de dinero para ser invertidas en la compraventa de obligaciones hipotecarias, y se comprometía a abonar un rendimiento anual, a pagar mensual o trimestralmente, y a la devolución de la cantidad inicial.

El acusado Valeriano recibió de estos inversionistas las cantidades que a continuación se expondrán, y no las destinó al fin pactado, pues o bien no realizó inversión alguna del capital recibido, que nunca reembolsó a los particulares, ni llevó a cabo la gestión de cobro de las obligaciones hipotecarias, tal y como se había comprometido, o bien constituyó hipotecas a fin de garantizar títulos al portador, las cuales no se inscribían en el Registro de la Propiedad, haciendo así ilusoria la garantía previamente pactada y ocasionando que los particulares no pudieran obtener el reembolso del capital invertido. [...]

Los acusados Juan Antonio y Regina formaban parte del Consejo de Administración de Gesfinsa. En tal condición, y a pesar de dedicarse al tráfico mercantil como comerciantes y haber invertido en obligaciones hipotecarias unos treinta millones de pesetas, no realizaron, de forma consciente, acción alguna ni adoptaron ningún acuerdo social a fin de evitar el desequilibrio patrimonial de la entidad, reflejado en el balance

de Gesfinsa del año 1997, en el que en concepto de acreedores a corto plazo figuraban más de quinientos millones de pesetas [3.005.060 euros] y, en cambio, los títulos en poder de los inversores sólo ascendían a 250.837,500 pts. [1.507 euros], facilitando con ello que el acusado Valeriano pudiera realizar todas las operaciones descritas.

El acusado Juan Antonio acudía con regularidad a la sede social de Gesfinsa y, además, cedió a la empresa uno de los locales del matrimonio en el sur de la isla para que Valeriano pudiera captar también clientes en esa parte de Gran Canaria. Asimismo las cuentas anuales del ejercicio 1996 fueron aprobadas por los tres acusados, Valeriano, Juan Antonio y Regina, y presentadas en el Registro Mercantil con las firmas de Valeriano y Juan Antonio.

El acusado Romualdo era un trabajador de Gesfinsa al que Valeriano le confirió poderes de administración a fin de poder realizar las operaciones descritas, pero sin que aquél tuviera conocimiento exacto de las mismas ni de la ausencia en ellas de los requisitos legalmente exigidos."

Sentencia del Tribunal Supremo 234/2010, de 11 de marzo.

I. Introducción.

¿Quién responde penal e individualmente de un delito cometido en una empresa en el marco de la actividad empresarial? La respuesta inicial es clara e incluso puede parecer que la pregunta es un poco boba: como en cualquier otro delito, responde la persona que ha realizado injustificada y culpablemente la conducta descrita como delictiva en el Código Penal. Así, resultará penado el directivo que ordenó que se abriera la compuerta por la que se realizó el vertido altamente contaminante, el informático que allanó el sistema informático de la empresa competidora o el comercial que sobornó al concejal del ayuntamiento.

En este punto el lector pensará que esta lección no tiene mucho sentido o que apenas va a ocupar un par de páginas. Y sin embargo, como demuestra la práctica judicial, el tema que se va a abordar es un buen lío en el que todo se discute: qué reglas de autoría concurren, cómo deben interpretarse, si se trata de reglas justas. La razón principal de esta complicación ha de verse en que, frente a los ejemplos expuestos de conductas activas dolosas en las que interviene un solo sujeto, será usual que el curso de riesgo se produzca en una **estructura organizativamente compleja y perteneciente a unos pero para los que trabajan otros,** y en la que además tal generación del riesgo va a estar permitida, por lo que lo importante a efectos de responsabili-

dad no va a ser que se active el peligro, sino que no se controle. Esto nos hace entrar en el proceloso mundo de la omisión y, frecuentemente, cuando dada la trascendencia de los bienes jurídicos en juego el legislador opta por penar también la imprudencia, en el mundo de la omisión imprudente. Se tratará así de determinar quién o quiénes estaban emplazados a que un determinado riesgo no se transformara en un resultado y en qué medida cabe entender que su falta de control de aquel fue negligente en la detección de su gravedad o en su enervación.

Ante la grave lesión de un trabajador o un grave daño al medio ambiente la pregunta principal no va ser la de quién generó en última instancia tales resultados, sino la de quién no los impidió en la medida en la que el ordenamiento laboral o medioambiental lo exigía o la de qué hizo el empresario para que su empresa no produjera tales efectos.

Navegamos pues en el inseguro mar de la **responsabilidad penal por omisión**. Y la primera duda que nos surge es la de si a la mera pasividad de unos se le puede imputar un resultado que a su vez imputamos a la conducta activa de otros -el encargado no corrige la torpe maniobra del aprendiz mal formado que termina lesionándose a sí mismo o a un compañero-. Si respondemos que sí, nos preguntaremos si no estaremos siendo indebidamente paternalistas, traidores al elemental principio de autorresponsabilidad, que por razones derivadas del valor de la dignidad de la persona impide que podamos sancionar a unos por los hechos de otros. Una segunda cuestión que nos asaltará es la de si la omisión puede tener un significado menor, pero generador de responsabilidad penal como contribución o participación en el delito de otro: si podemos discriminar entre los comportamientos pasivos y dar más importancia a unos (autoría) que a otros (participación) en relación con la lesión acaecida.

Más allá de las peculiaridades que comporta la atribución de responsabilidad a sujetos omitentes como autores o como partícipes, otro asunto va a llamar nuestra atención: la denominada **responsabilidad penal del representante**. Si puede responder como autor el sujeto que realiza la conducta típica de un delito especial -que sólo resulta punible si la realizan determinados sujetos (por ejemplo, los administradores de una sociedad)- sin serlo, pero en representación de tal sujeto especial o cualificado (¿podemos penar al administrador que hace defraudar en el impuesto de sociedades a la sociedad que administra?). A raíz de ello habremos de preguntarnos también si responde y, en su caso, cómo responde el que sin ser sujeto especial ayuda

a uno de tales a cometer un delito (**participación en delitos especiales**), pues si el desvalor de determinadas conductas reside esencialmente en que las lleven a cabo determinadas personas, no estará del todo claro si hay que penar a los sujetos ajenos que les ayuden (¿podemos penar al que, sin ser administrador, ayuda a un administrador a cometer una falsedad en las cuentas anuales de la sociedad -art. 290-, que constituye un delito solo cometible por los administradores?).

No es poca tarea la anunciada, a la que se dedicará el epígrafe II. Este instrumental relativo a mecanismos de atribución de responsabilidad penal es el que aplicaré en los epígrafes restantes a cuatro grupos de sujetos: los administradores (III), los responsables ejecutivos de la empresa (IV), los asesores (V) y los responsables de cumplimiento (VI). La reflexión sobre la responsabilidad penal de éstos últimos ha cobrado interés con la tendencia a su institucionalización en las empresas de la mano de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Resulta que un temor en buena parte infundado a incurrir en responsabilidad penal está frenando a buenos candidatos a desempeñar esta función, idónea para personas con experiencia, sentido común y prestigio ético.

II. Criterios para la imputación de responsabilidad penal individual.

1. La imputación de resultados a omisiones.

A. Requisitos.

Como resulta obvio, una persona realiza una conducta delictiva *-rectius*: penalmente típica- si el comportamiento suyo que enjuiciamos, sea activo u omisivo, es uno de los abstractamente descritos en un tipo penal, se adecua a él, es subsumible en él.

El informático A que trabaja para la sociedad X decide introducirse en el sistema informático de la competidora Z para descubrir sus secretos, en la expectativa de que ello es un mérito que le podrá reportar un ascenso o al menos una mejor consideración en la empresa. Esta conducta concreta es una de las descritas en abstracto en el artículo 278.1 que, guiada por la finalidad de descubrir un secreto de empresa, consiste en

apoderarse "por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo" o interceptar comunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

Puede suceder que el tipo sea altamente abstracto en el sentido de que se limite a describir la producción de un resultado, sin restringir la generación del mismo a cierto tipo de conductas. En estos casos, y en realidad en todos los tipos de resultado, existe una restricción que proviene de los principios que gobiernan nuestro Derecho penal y que se estudia en la denominada teoría de la **imputación objetiva del resultado**: sólo cabrá afirmar que se ha realizado la conducta típica si el resultado es objetivamente imputable al comportamiento enjuiciado. Y sólo es objetivamente imputable, expresado ahora sin matices, si el comportamiento ha causado el resultado y si lo ha hecho a través de la generación de un curso de riesgo desaprobado que -éste y no otro- se ha concretado en el resultado.

Para que podamos imputar la muerte de un trabajador a la conducta gravemente imprudente de otro trabajador (art. 142) -piénsese en la descarga de unos tablones en un depósito a través de una transpaleta-, no sólo hará falta que tal conducta haya causado el resultado -sin ella no se hubiera producido-, sino que la misma sea inadecuada -supere las fronteras del riesgo permitido: el sujeto activo no ha cumplido las reglas de cuidado en la descarga- y que sea la que ha concretado el resultado -lo que no sucedería por ejemplo si el trabajador fallecido se encontraba en el lugar de descarga por una imprevisible imprudencia suya, a pesar de la información que se le había suministrado, de las prohibiciones de acceso y de las barreras de control a tal efecto.

Como se recordaba hace una líneas, el legislador no sólo tipifica como gravemente lesivas conductas activas sino también **conductas omisivas**, como, por ejemplo, la defraudación a la Hacienda Pública "eludiendo el pago de tributos" (art. 305.1). Es más, en los delitos en los que se proscriben cualesquiera conductas a las que quepa imputar un determinado resultado, entre tales conductas se incluyen, sin lugar a la duda, las omisivas, como nos sugiere ya el intuitivo ejemplo de la madre que deja morir de inanición a su bebé. En paralelo a la imputación de resultados a conductas activas, la atribución del mismo a conductas omisivas exigirá que las mismas supongan la indebida falta de contención de un riesgo que se concreta en el resultado. E "indebida" aquí no es cualquier cosa; debe ponerse con mayúsculas. Para proceder a

imputar un resultado a una omisión será necesario que el omitente tenga un deber especial de contención del riesgo que luego se ha concretado en el resultado. A ese deber le denominamos **deber de garantía**. Además hará falta una valoración añadida del significado de esa omisión: hará falta que su **desvalor** nos parezca **similar al de la acción** generadora del mismo resultado.

> Según el artículo 11 del Código Penal "[l]os delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:
>
> a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
>
> b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

Como puede leerse, el artículo 11 es muy impreciso en las fuentes del deber de garantía, remitiéndose a una vaga teoría clásica que sitúa tales fuentes en la ley, el contrato y el actuar peligroso precedente. Como esto es muy poco decir, máxime cuando de lo que se trata es de atribuir resultados al que omite, al que no ha hecho nada, doctrina y jurisprudencia tratan de precisar ese trío de fuentes. Dejando al margen ahora ciertos deberes institucionales que se atribuyen al Estado, cabe establecer que son tres las fuentes de asignación de deberes de garantía, todas ellas relacionadas con el ejercicio previo de la libertad del sujeto: el mantenimiento de fuentes de riesgo en el ámbito propio de organización -por ejemplo, quien posee un dóberman debe velar por que no muerda a las visitas-; la injerencia en la autonomía ajena con un curso de riesgo -por ejemplo, quien secuestra a otro debe alimentarle-; y la asunción de una facultad de autoprotección de otro o un deber de garantía que otro le delegue -por ejemplo, el socorrista de la piscina debe intervenir para salvar al bañista que ha sufrido un mareo-.

> El **artículo 11** pretende regular los supuestos en los que un comportamiento omisivo puede subsumirse en un tipo penal de resultado con un verbo activo. La comprensión de su contenido es muy discutida, al menos en dos aspectos cruciales. Si, como afirma la doctrina mayoritaria, se refiere solo a tipos puros de resultado, en los que no se exige un peculiar desvalor de la conducta. Y si la tipicidad por omisión exige un juicio añadido de equivalencia de desvalor con la comisión activa.

B. ¿De qué es garante el empresario?

De cara a la responsabilidad penal individual omisiva en la actividad de la empresa importa destacar que existe una **posición de garantía del titular de la empresa** precisamente por su calidad de emprendedor: porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante de su control, sea por injerencia, sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio, en su círculo de organización.

En la propia razón de ese deber de garantía están sus límites. El empresario no es garante en relación con todos los peligros que para terceros surjan de su empresa, sino solo en relación con aquellos que sean expresión de la actividad propia de la empresa y que la catalogan como fuente de peligro, lo que ocurrirá notoriamente con los riesgos laborales o para el medio ambiente, con los que puedan provocar derrumbes o explosiones, o con el riesgo que para la salud de los consumidores pueda suponer el consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquélla, por poner algunos ejemplos. Tampoco parece merecer mayor discusión la posición de garantía de la empresa respecto de las personas, objetos o datos cuyo cuidado se encomienden a la empresa. En este caso la fuente del deber de garantía sería la delegación.

Habrá oportunidad de volver a esta cuestión cuando abordemos la posible responsabilidad penal de los administradores, figura que se identifica a estos efectos con la del empresario, bien por su coincidencia, bien por constituir de una delegación inicial y global.

> En el caso Gesfinsa se discutió la posición de garantía de los administradores. La sentencia del Tribunal Supremo la niega "ya que los recurrentes no tenían obligación de vigilar la actividad de los demás miembros del Consejo" (FD 3.2). Tanto la sentencia recurrida (SAP Las Palmas, 2ª, 33/2009, de 23 de abril) como el voto particular del magistrado Bacigalupo Zapater a la sentencia del Supremo encuentran la fuente del deber de garantía en la Ley de Sociedades Anónimas.

También habrá ocasión, ya en el apartado relativo a los órganos ejecutivos, de profundizar en la manera en la que los administradores suelen acometer su deber de garantía, que es la delegación de las funciones de cumplimiento del deber en otras personas que trabajan para la empresa. Ese acto de **delegación** del delegante y de asunción del delegado, si se realiza correctamente

-el delegado es capaz de realizar la tarea delegada y se le dota del necesario dominio para ello-, provoca un **doble efecto**. Genera un deber de garantía en el delegado -recuerde que la delegación era una fuente de garantía- y transforma el original deber de garantía del delegante, que por lo tanto no queda liberado: su deber no queda sin más observado o transferido, sino que, modificado en su contenido, reside ahora en controlar al delegado y en corregirle o sustituirle si no realiza adecuadamente la función delegada. Repárese en la trascendencia del mecanismo de delegación: si el delegado no supervisado o no corregido comete un delito, el resultado del mismo podrá también ser imputado por omisión al delegante. Y a título de autor, aunque esta afirmación es discutida, como luego veremos al analizar la posible responsabilidad penal individual de los administradores.

Para reflexionar sobre la diversidad de responsabilidades que puede generar el mecanismo de delegación, piense en el siguiente ejemplo. En la unidad A de una empresa dedicada a la gestión y distribución de agua potable, se procede a potabilizar un importante caudal de agua y a infiltrar el excedente en un acuífero. Parte de ese excedente, tras el proceso de filtrado, poseía elementos contaminantes que causaron graves daños en la fauna del acuífero (crustáceos, gusanos e insectos) y en el ecosistema de un humedal dependiente del acuífero. El Plan de Gestión de la Unidad prevenía este riesgo mediante un análisis de aguas previo al infiltrado. El técnico B, encargado de realizar tales análisis, llevaba ya varias semanas sin hacerlos. C, Responsable de Calidad y Gestión Medioambiental de la Unidad, no había supervisado que tales análisis se hubieran hecho. A pesar de que en el informe medioambiental de la operación estaba en blanco el indicador correspondiente, el Comité de Gestión de la Unidad de Gestión no reparó en este hecho.

2. La responsabilidad del representante.

A. El artículo 31 del Código Penal.

En relación con la autoría de los delitos que pueden cometerse en el ejercicio de actividades empresariales procede aún una importante adición. Para determinados delitos especiales propios, cuyo sujeto activo no puede ser cualquiera -no es uno de esos frecuente tipos penales que comienza con “el que”- sino que viene delimitado por determinadas características especiales, existe una cláusula legal (**art. 31**) que permite la imputación del delito a otro sujeto:

-- que haya realizado la conducta típica activa u omisiva, cosa que no se expresa en el artículo 31 CP, pero que viene exigida por el principio de culpabilidad (pues no se puede responder penalmente de las infracciones de otro: STC 253/1993, FJ 3; STS 607/2010, de 30 de junio, FD 1);

-- y además actúe "como administrador de hecho o de Derecho" de la persona jurídica que sí reúna "las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo"; o que lo haga "en nombre o representación legal o voluntaria de otro" en quien concurran tales rasgos.

La sociedad X realiza una autoliquidación del impuesto de sociedades en la que oculta cuantiosos ingresos, lo que hace que la cuota tributaria sea inferior en 130.000 euros a lo que debería. La autoliquidación la realizó A, administrador único y titular del 80% de las participaciones de la sociedad.

En el caso Gesfinsa se descartó expresamente la necesidad de acudir al artículo 31, pues el delito de apropiación indebida es un delito común (SAP Las Palmas 33/2009, FD 4).

Esta cláusula de ampliación del círculo de sujetos activos, conocida como la responsabilidad del representante, tiene plena **lógica preventiva** y de justicia. Lo primero, porque trata de evitar la ausencia de punición en supuestos en los que el sujeto especial no puede ser penado. Piense, por ejemplo, en que es una persona jurídica la que realiza la conducta descrita (como en el ejemplo anterior, es el deudor tributario que elude el pago del impuesto de sociedades), que como tal y por ello no puede ser penada: para que la persona jurídica incurra en responsabilidad penal se exige precisamente que se haya cometido un delito individual (art. 31 bis 1; *rectius*: un hecho penalmente antijurídico); además, en rigor, no resulta penada por el delito individual (en el ejemplo, por la defraudación tributaria), sino por haber permitido que el mismo se realizara en su favor. Lo malo es que tampoco podría sancionarse a la persona que realiza la conducta lesiva porque no es uno de los sujetos especiales a los que se refiere el tipo.

Esta regla de imputación resulta **justa**, porque se pena a un sujeto que realiza la conducta típica y porque, aunque no se trate de una de las personas inicialmente previstas por el legislador como posibles autores del delito – no se trata de una de las personas respecto de las cuales consideraba el legislador

que la conducta era suficientemente lesiva para ser penada, o para ser penada de esa manera-, sí se trata de otro con una intensa relación con el primero: es quien lo administra o lo representa o quien actúa en su nombre. Aunque el administrador no es necesariamente el titular de la empresa (la sociedad), tiende a identificarse su posición con la del empresario (el titular) e incluso en algunos casos a identificarse la empresa (la sociedad) como suya.

B. El administrador de hecho.

De las cuatro vías de ampliación del círculo de sujetos activos -administración de Derecho de una persona jurídica; administración de hecho de una persona jurídica; actuación en nombre de otro, sea persona física o jurídica; actuación en representación de otro, sea persona física o jurídica- se discute acerca de la extensión de la segunda y la tercera, que son las dos descritas con mayor vaguedad: en qué consiste la administración de hecho, cuestión importante no sólo aquí sino también en los tipos delictivos cuyo sujeto activo ha de ser "el administrador de hecho o de Derecho" de una sociedad (arts. 282 bis, 290, 293 y 294), y cuándo cabe apreciar que se actúa "en nombre de otro".

Se discute quién es a estos fines **administrador de hecho**, discusión en la que ahondaremos en el tema 11 ("Delitos societarios"). El artículo 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital señala que, a efectos de responsabilidad como administrador, "tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad". Se regulan, como puede leerse, dos supuestos: el de quien a pesar de no ser administrador de Derecho administra en sentido propio la sociedad de forma estable e independiente (ejerce las facultades de decisión y gestión estratégica de la compañía para la consecución de su fin social); y el de quien hace lo propio pero en la sombra, de forma indirecta, a través de los administradores legales.

En el caso Gesfinsa parece claro que Romualdo no tiene función alguna de administración. Resultó por ello absuelto.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 816/2006, de 26 de julio, se señala que "por administradores `de derecho´ se entiende en cada sociedad los que administran en

virtud de un título jurídicamente válido [...]. Los `de hecho´ serán todos los demás que hayan ejercido tales funciones en nombre de la sociedad, siempre que esto se acredite, o los que ofrezcan alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso no aceptado, no inscrito o caducado; o prescindiendo de conceptos extra-penales, se entenderá por administrador de hecho a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad, y concretamente los expresados en los tipos penales, quien de hecho manda o gobierna desde la sombra" (FD 2).

La importante Sentencia 606/2010, de 25 de junio (caso Ebro Azucarera), advierte que "el debido respeto al principio de legalidad lleva a erradicar extensiones del ámbito subjetivo más allá del sentido del texto legal. No solamente del penal, que no precisa demasiado, sino del mercantil. Bajo esta perspectiva resulta diferenciable la función de administración de las personas jurídicas de tal naturaleza, de las funciones de gestión de empresa propias de factores, gerentes, directores generales, etc.". Como la "excesiva laxitud en la asignación del rol de `administrador de hecho´ puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio", resulta preciso "establecer algunas pautas dirigidas a delimitar el concepto de administrador de hecho". Así, podrán serlo "los que, habiendo ostentado formalmente el cargo, se vieran privados de su titularidad por nulidad de la designación o finalización del mandato, si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores, por lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación". En general, un sujeto no puede devenir *intraneus* ex artículo 31 "sin atender a la jerarquía y al ámbito de la actividad en que se produzca el comportamiento típico". En el caso concreto se absolvió a los acusados por su relación "con las estructuras del Consejo de Administración y Comisión Ejecutiva del mismo. Concretamente en lo que concierne a la existencia de autonomía o dependencia de los directivos respecto de los administradores. La atribución al directivo de ese poder parangonable al de administrador no se apoya en argumento de prueba alguno" (FD 7).

C. Fundamento.

A partir de la indefinición de la figura del administrador de hecho y de la actuación en nombre de otro cabe afirmar que la interpretación del artículo 31 CP, la cuestión básica de la extensión de la responsabilidad del representante, está aún pendiente de clarificación jurisprudencial y doctrinal. Tal cla-

rificación deberá seguir abundando en el **fundamento de los delitos especiales propios** -¿por qué sólo sancionamos ciertos hechos lesivos cuando los cometen ciertas personas?- y en la cuestión de **cuándo se reproduce dicho fundamento en otros sujetos**.

La primera pregunta (¿por qué penamos ciertas conductas solo cuando las realizan ciertos sujetos?) entronca el principio de igualdad y se cuestiona por la razón de la diferenciación entre sujetos activos. Suele contestarse de dos maneras: con la idea de que una conducta puede ser más lesiva cuando la realiza un determinado tipo de sujetos -por ejemplo, el autor de la agresión sexual es el progenitor de la víctima-; y con la idea de que existen ciertos bienes que solo pueden ser dañados por ciertas personas o que son especialmente vulnerables respecto a ellas -en la prevaricación judicial, por ejemplo, la integridad de la administración de justicia depende solo o fundamentalmente del juez-.

Mi segunda pregunta se refería a cómo puede transmitirse ese fundamento a otras personas. Creo que su respuesta puede encontrar luz en la teoría de las fuentes materiales de las posiciones de garantía. Desde tal luz podría afirmarse que el administrador responde por lo que ha hecho, pero que originariamente ha hecho su empresa, porque la empresa es suya -o le identificamos con tal titularidad-: es una fuente de riesgos en su ámbito de organización. Si este es el fundamento, la administración de hecho debería restringirse a las personas con una posición general dominante en las mismas, opción que parece también sabia para interpretar el concepto cuando se utiliza directamente para describir el sujeto activo en un tipo penal ("el administrador de hecho o de Derecho"). Lo que pasa es que las posiciones de garantía se pueden adquirir también por delegación y eso creo que es a lo que se refiere otra vía de extensión, que es la actuación "en nombre de otro", que sería la que acogería las tesis más expansivas relativas a la responsabilidad del representante. En tal sentido cabría pensar que cualquier delegado, cualquier sucesivo delegado, puede responder penalmente.

Y que por cierto esto es lo que aclara el artículo 318 en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores cuando incluye a "los encargados de servicio" como potenciales responsables de los delitos especiales de su persona jurídica.

Es con los anteriores mimbres con los que se tiene que dilucidar la interesante cuestión de si puede responder del delito cometido por una sociedad administrada (A) el administrador de la **persona jurídica que a su vez es administradora** (B) de

la primera. Podrá responder, como sugiere Silva Sánchez, si puede afirmarse que actúa como administrador de hecho o en nombre de la sociedad final (A). El enfoque de la administración de hecho será también el que permita imputar la conducta delictiva realizada por una sociedad filial a la persona física que la realizó efectivamente y que pertenece a la **sociedad matriz**. Recuérdese que para la Ley de Sociedades de Capital es administrador de hecho la persona bajo cuyas instrucciones actúan los administradores de derecho de una sociedad (art. 236.3). Esta cuestión podrá resultar importante para la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica matriz si cabe afirmar que el delito se realizó a beneficio suyo, directo o indirecto.

3. La responsabilidad como partícipe.

Obvio resulta decir que la autoría en un delito de empresa puede encauzarse a través de otra persona a la que se utiliza instrumentalmente (autoría mediata) o compartirse con otra persona con la que se haya acordado un reparto de la ejecución del delito (coautoría -art. 28, pfo. 1º-). Y obvio es también que la responsabilidad penal individual en el seno de una empresa puede serlo no por la autoría de un delito sino por la contribución en el delito de otro: por haberlo inducido (art. 28, pfo. 2º, b) o por haber cooperado a su ejecución con un acto necesario (art. 28, pfo. 2º, a) o no (art. 29) para la misma.

En la descripción de los delitos económicos y de empresa existe la tendencia a conformar la inducción como un supuesto de autoría a través de la fórmula "por sí (o de forma directa) o por persona interpuesta" (arts. 285, 286 bis 1 y 2, 286 ter, 304 bis 4), "por sí o a través de un medio de comunicación" (art. 284. 2º).

A. La participación por omisión.

En materia de participación en los delitos de empresa merece la pena detenerse en la constatación de que la misma puede ser omisiva. Este tipo de participación se revela importante porque supone que un miembro de la organización empresarial no queda exento de responsabilidad penal individual por omisión por el hecho de no ser garante (de no ser ni administrador ni delegado del mismo). Eso le exime de responsabilidad penal como autor, pero su omisión de impedir o dificultar el delito de otro, ese no hacer, podría tener el significado de una **participación omisiva** en ese delito y ser penada como tal. Resulta también, en cierto modo a la inversa – el que no es garante

puede tener responsabilidad penal; el que es garante puede no tenerla como autor – que el garante puede infringir su deber y no ser autor, sino partícipe.

¿Cuándo se participa por omisión? ¿Cuándo se colabora pasivamente con un proyecto delictivo de otro? La respuesta a estas preguntas no es fácil y resulta por ello debatida. Cabe aventurar que, en esencia, participa pasivamente el que **permite** que su ámbito de organización sea utilizado por el autor del delito para cometerlo -un sujeto tolera que en su casa se ruede una película de pornografía infantil-, y el que por omisión **infringe un deber** cuyo cumplimiento hubiera impedido o dificultado el delito -creo que este es el caso del policía que no evita el delito ajeno-. Puede tratarse de un deber de garantía cuya infracción no haya dado lugar a la autoría (por ejemplo, porque se trata de un tipo delictivo de autoría especial y el garante no tiene esos rasgos de autoría, o porque la omisión no suponga un desvalor equivalente a la acción) o de otro tipo de deberes.

Como después se analizará, tal es el caso del responsable de cumplimiento de la empresa X que no da curso a una denuncia veraz en la que se describe una conducta que aún se está cometiendo o que se va a cometer: el comercial A ofrece ventajas personales a B, directivo de la empresa Y, para que B, en contra de sus deberes profesionales, acepte la oferta de A frente a otras claramente más ventajosas de otros competidores.

La participación omisiva por la infracción de deberes de impedimento u obstaculización, admite tres tipos de supuestos.

a. Que se trate de **deberes de garantía** cuya infracción no puede dar lugar a una imputación a título de autor:

- porque se trata de un delito especial a cuyo círculo de autores no pertenece el omitente;

- porque el delito exige determinados modos de comisión que no son realizables por omisión;

- porque la realización del hecho típico por omisión no suponga un desvalor suficiente, sólo presente en la comisión activa.

Así, se discute si puede ser autor del delito contra la seguridad de los trabajadores (arts. 316 y 317), consistente en no facilitar "los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas", el empresario que delega tal función pero no vigila su cumplimiento: lo que se discute es si esta omisión puede subsumirse en la omisión de facilitación. Piénsese en el caso del director financiero encargado de presentar la declaración tributaria de la persona jurídica que omite tal autoliquidación. Sólo será partícipe y no autor si se considera

que no puede ser sujeto activo del delito: no es el obligado tributario y tampoco es un "administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica" o alguien que actúa "en nombre o en representación legal o voluntaria de otro" (art. 31).

b. El segundo grupo de supuestos es el del garante cuya pasividad no consista en no contener al autor activo u omisivo del delito, sino en **no contener al que va a participar en el delito**. Esto podría suceder con el empresario que conscientemente no impide la pasividad investigadora del responsable de cumplimiento en relación con un delito que aún se está cometiendo. En este supuesto cabe pensar que el empresario es ya partícipe por la infracción del propio deber de cumplimiento, implícito o explícito en el código de conducta de la empresa.

c. Mucho más relevante que lo anterior para los delitos de empresa es el tercer grupo de supuestos, consistentes en que **un sujeto que no sea garante** incumpla un deber específico de actuación -que no lo sea de garantía- cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero. Como veremos, este podría ser el caso del responsable de cumplimiento que omite la investigación de la denuncia de un delito que se va a cometer o que se está cometiendo.

La catalogación del omitente como autor o como partícipe **no** es en absoluto **irrelevante**. El partícipe puede ver rebajada su pena respecto al autor si se considera que su contribución no fue necesaria (art. 63) y además sólo será castigado si su participación fue dolosa (art. 12): si omite sabiendo de que su omisión contribuye al delito de otro.

B. La participación de sujetos ajenos (extranei) en delitos especiales.

En cuanto al círculo de sujetos activos los delitos de empresa son frecuentemente delitos especiales -sólo pueden cometerlos personas en quienes concurran ciertas características- y especiales propios -no se comete otro delito si la conducta típica la realiza un sujeto diferente, ya que no existe un delito común paralelo-. Debe por ello advertirse sobre la regla específica que regula la participación de sujetos ajenos (los *extranei*) en tales delitos: "cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate" (**art. 65.3**).

El fabricante de automóviles A emite en la radio un anuncio en el que se informa falsamente de las características de un vehículo, aspecto que tiene una incidencia

fundamental en su valor. El anuncio lo ha realizado por encargo de A su jefe de comunicación, B, que era plenamente consciente de la falsedad de la información. El delito de publicidad engañosa tiene por potenciales sujetos activos "los fabricantes o comerciantes" (art. 282).

En general cabe afirmar que, en principio, merece ser penado quien conscientemente contribuye a que otro cometa un delito, por mucho que se trate de un delito del que el partícipe no podría ser autor. En realidad al partícipe no le penamos nunca por lo que hace otro y él no hace, lo que sería contrario al principio de culpabilidad, sino por su propia contribución a que ese otro lesione un bien jurídico. Dicho esto, puede suceder, y será frecuente que suceda, que parte de las **razones** por las que penamos al autor y que fundamentan la lesividad de su conducta estén ligadas a esos rasgos suyos especiales que no comparte el partícipe, por lo que sería injusto cargar a éste con esa lesividad añadida. Al partícipe necesario de un homicidio se le asigna la misma pena que al autor del homicidio, pero no parece justo castigar con la misma pena que al administrador al contable que le ayuda necesariamente a falsear las cuentas anuales de la sociedad (art. 290, delito especial que solo puede cometer un administrador), cuando si él mismo las hubiera falseado no hubiera cometido delito alguno.

De ahí que atenuemos su pena, pues falta en su conducta uno de los rasgos que fundamentan el desvalor de la conducta a la que contribuye. Y de ahí que tal **atenuación** sea **facultativa**: para permitir que el juez constate si se produce esta asimetría en el desvalor de la conducta en función de la ajenidad del sujeto al círculo de potenciales sujetos activos.

En relación con la participación de *extranei* se **discuten varios aspectos**. Si en ciertos delitos el desvalor del hecho está tan ligado a ciertos rasgos del sujeto que la participación de los ajenos debería quedar impune. Es ésta una opinión minoritaria que olvida que no todo el desvalor de la conducta depende de los caracteres especiales del autor: según la misma, si sólo nos parecen especialmente disvaliosas las falsedades contables de los administradores, cabría pensar en que sólo deberían penarse las ayudas que a su vez lo sean de administradores (si es que no se convierten con ello en coautores). Se discute también si esta cláusula de atenuación se aplica a los delitos especiales impropios (con un delito común paralelo) (a favor, SsTS 641/2012, de 17 de julio, FD 4; 636/2012, de 13 de julio, FD 9), pues en ellos siempre cabría sancionar la participación en el delito común (que también se comete, aunque queda desplazado por el especial). Cierta línea jurisprudencial considera que la atenuación es obligada si

se trata de delitos especiales propios (SsTS 661/2007, de 13 de julio, FD 3; 277/2015, de 3 de junio, FD 22). Más en general existe un debate sobre cuáles son los delitos que permiten omitir la atenuación (quizás aquellos en los que la especialidad depende de un modo de comisión que en otro contexto podría ser desarrollado por el propio partícipe, como, por ejemplo, el falso testimonio. Y se discute en fin qué hacer con los cómplices, pues el 65.3 se refiere sólo a los inductores y a los partícipes necesarios: si la cláusula comporta que para ellos no hay atenuación o si debe interpretarse que su contribución es impune, para seguir diferenciando entre la pena del partícipe necesario y la del no necesario.

III. La responsabilidad penal de los administradores.

En lo que sigue voy a tratar de aplicar las directrices expuestas en torno a la responsabilidad penal individual por los delitos de empresa a distintas personas, clasificadas en grupos según su función. Procederá en primer lugar referirse a los administradores (III) y después a los que realizan labores ejecutivas (IV) y de asesoramiento (V). El epígrafe final lo dedicaré a la posible responsabilidad penal del responsable de cumplimiento (VI).

De lo más simple a lo más complejo, procede comenzar reseñando que el administrador de una sociedad comete un delito como autor cuando realiza una conducta típica activa u omisiva prevista como delictiva para cualquiera (delito común) o específicamente para un grupo de sujetos entre los que él se encuentra (delito especial; paradigmáticamente, los delitos cuyo sujeto activo son "los administradores de una sociedad" -arts. 282 bis, 290, 293 y 294-). Y, como se ha señalado ya, podrá ser autor también si realiza una conducta típica cuyo sujeto típico es la sociedad que administra (art. 31). Debe resaltarse que en ambas vías, directa e indirecta, se asimila la administración de hecho a la de Derecho.

1. La posición de garantía de los administradores.

A. Alcance.

Más enjundiosa es la reflexión de cuándo un administrador puede llegar a responder como autor o como partícipe en relación con el delito que comete otro. De la reflexión general contenida en el epígrafe anterior se infiere como pauta básica de imputación que un administrador podrá responder de

un delito cometido en su empresa si no lo ha evitado a pesar de que tenía una posición de garantía bien respecto al proceso en el que se ha desencadenado el delito, bien respecto al bien afectado, por seguir la tipología básica de posiciones de garantía que en su día propuso Armin Kaufmann: garantes de control de una fuente de peligro (el dueño del dóberman; la empresa química como fuente de riesgos medioambientales) y garantes de protección de bienes jurídicos (los padres respecto a los peligros que puedan acechar a sus hijos menores de edad; la empresa educativa respecto a sus alumnos menores de edad). Las cuestiones que surgen de esta afirmación general son las relativas a cuándo se posee esa posición de garantía y a si el deber derivado de la misma es susceptible de delegación.

Como ya se ha apuntado, no resulta discutido el **alcance de la posición de garantía** de los administradores de una empresa en cuanto a los bienes o personas que se les confían (el bienestar de un niño en la escuela o la integridad del cuadro en el museo), pero sí en cuanto titulares de una fuente de peligro. Si tal posición surge por originar con la propia empresa cursos de riesgo para otros o, más certeramente, por la posesión como propia, en el ámbito propio de organización, de esa fuente de riesgo que es la empresa, parece que los administradores sólo serán garantes de la inocuidad de tales precisos riesgos, imbricados en su actividad, propios de ella. No parece que el empresario tenga que responder del hurto de la cartera del proveedor que visita la fábrica, pero sí de que el vertido al río sea grave e ilícitamente contaminante.

a. Intentando una cierta **concreción ejemplificativa**, y por ello sin afán alguno de exhaustividad, cabe afirmar que concurrirá notoriamente posición de garantía de la empresa en relación con la seguridad de los trabajadores y con el medio ambiente, pero también, como ya se ha señalado, respecto a los riesgos de derrumbes o explosiones o el derivado del consumo de alimentos, bebidas o fármacos producidos por aquélla. No creo en cambio que la empresa sea garante de que no se blanqueen capitales, o de que no se corrompa a funcionarios o a empleados de otras empresas, porque tales riesgos no son riesgos imbricados en la producción o en el servicio, sino sólo relacionados con él. Construir edificios constituye un riesgo para la integridad física de los trabajadores; fabricar y distribuir refrescos no constituye un riesgo de corrupción.

El lector se preguntará en este punto: ¿acaso no establecen las leyes antiblanqueo deberes de control para ciertas empresas? Es más: ¿acaso no impone el propio Código Penal un deber de control a las personas jurídicas para que eviten los delitos de sus empleados en su favor? ¿No estaremos entonces ante posiciones de garantía por mandato legal?

La clave para el no a la tercera pregunta a pesar del sí a las dos primeras es la de que no todo deber jurídico es un deber de garantía. Ni siquiera lo es todo deber penal, como lo demuestra el delito de omisión de deber de socorro, que obliga a cualquiera que pueda hacerlo sin riesgo propio ni de terceros a socorrer a quien se halle desamparado ante un peligro manifiesto y grave (art. 195). El deber de garantía es un deber especial, reforzado, cuya infracción permite la atribución del resultado no evitado y que por estas graves consecuencias de su quiebra debe asignarse selectivamente y con la justificación del ejercicio previo de la libertad del obligado. Esos otros deberes podrán ser también importantes, pero no tanto como para asociar "autorías" a su quiebra en función del resultado acaecido, sino, en su caso, a lo sumo, contribuciones al mismo a título de partícipe.

b. Una cualificada opinión doctrinal discrepa de lo anterior. Considera que si el sujeto originario, que es la empresa, tiene, como no puede ser de otro modo, deberes de no perseguir sus objetivos mediante tácticas corruptoras, de no blanquear para sí o para otros, de no defraudar a la Hacienda Pública, o de no falsear las cuentas, por ejemplo, tales deberes no pueden sino delegarse en los individuos en los que se delegan las funciones correspondientes en los que tales delitos podrían cometerse, y que son funciones sociales (actividad en la empresa y para la empresa).

B. La delegación.

Los administradores de las personas jurídicas, incluso las menores en personal o actividad, necesitan proceder al cumplimiento de sus deberes de garantía, de protección de los bienes que le son confiados o de la empresa como fuente de peligro, delegando el cuidado en otras personas, que frecuentemente, en cuanto la actividad sea mínimamente compleja, tendrán que delegar a su vez en nuevos delegados. Este mecanismo de delegación, lejos de una *estrategia para escurrir el bulto* de la responsabilidad jurídica, no es sino un modo racional de garantizar la inocuidad del propio círculo de organización: de garantizar *que lo mío no dañe lo de los otros*.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, la delegación no constituye un mecanismo de pura traslación de competencias, sino un medio para generarlas en otro transformando las propias, que pasan a ser, en cierto modo, mediatas: el delegante sigue siendo garante pero a través de otro, al que hay que corregir si desempeña incorrectamente su función y al que para ello hay que supervisar.

Si el administrador, como será lo habitual, opta por acometer la observancia de su deber de garantía a través de la delegación, lo primero que tendrá que hacer como parte de aquel deber es **delegar adecuadamente**: en

persona capaz y aportándole el dominio necesario para la función delegada, material y organizativo. Segundo e importante es **adecuar el contenido delegado** a las necesidades de seguridad que genera la empresa.

> En empresas de cierta complejidad la delegación de funciones será a su vez compleja y podrá adolecer de lagunas o de duplicidades no perseguidas. Las primeras comportarán que el deber material originario de seguridad permanecerá en manos del administrador y que podrá tener que responder por su falta de observancia. Las duplicidades podrán ser intencionadas y advertidas a los delegados, para reforzar la seguridad de ámbitos especialmente peligrosos; en otros supuestos serán abiertamente inconvenientes en la medida en la que puedan generar el sesgo de que es irrelevante el cumplimiento de la función: la impresión en el delegado de que puede omitir su función porque existe otra persona que la desplegará. Ya se sabe, el riesgo de que "unos por otros, la casa quede sin barrer".

Menos inadvertidos que estos deberes de seguridad del administrador consistentes en organizar adecuadamente la delegación, son los deberes de corrección del delegado y los instrumentales de **vigilancia** del mismo. En este punto, en relación con los administradores procede recordar que cuanto mayor sea la complejidad de la empresa y más extensa la cadena de delegaciones, más se identifica ese deber de vigilancia con la mera supervisión o la alta supervisión, y más se tornan en pasivas, de recepción de información frente a la búsqueda de la misma, las actividades propias del delegante inicial.

La Unidad A de una gran empresa dedicada a la gestión y distribución de agua potable se dedica a la depuración de aguas. En la fase de pretratamiento genera determinada cantidad de arenas y de grasas y posteriormente, en la actividad de decantación, genera determinada cantidad de fangos. B, Responsable de Calidad y Gestión Medioambiental de la Unidad, decidió establecer un depósito para los mismos en las cercanías de un barrio popular de viviendas. Los residuos permanecían en tal vertedero más de un año en espera de su eliminación. Ni el Comité de Gestión ni el Director de la Unidad (C) ni el Director Territorial de Calidad y Medio Ambiente (D) corrigieron la situación, a pesar de que en los informes internos constaba el establecimiento de tal depósito y como "probable" su irregularidad. En su preceptivo informe anual al Consejo de Administración, D había omitido toda mención al depósito, a pesar de que era manifiesta la relevancia de este hecho.

Lo que en este punto importa advertir respecto a la responsabilidad penal de los administradores es que la misma puede ser por omitir el cumplimiento

de sus deberes de garantía; que la misma puede provenir de **no organizar bien** la seguridad de su empresa o de no supervisar a sus delegados inmediatos; y que el riesgo penal personal de todo ello procede sobre todo de los delitos cometibles no sólo dolosamente, con conciencia y voluntad de realización de la conducta típica, sino por imprudencia. En tales delitos (por ejemplo, contra la salud de los consumidores, o contra la vida o la integridad física de los trabajadores, o contra la seguridad de los trabajadores, o contra el medio ambiente) no sólo podrá cometer el delito el administrador que tolera conscientemente la situación de inseguridad en la conciencia de que se producirá un evento lesivo o de que ello es altamente probable, sino también si es gravemente descuidado en la manera de delegar o de controlar al delegado. Dicho con un ejemplo: podrá suceder que el administrador de una gran empresa defectuosamente organizada haya de responder como autor de un delito de homicidio imprudente por un accidente mortal de trabajo.

Esta reflexión relativa a la responsabilidad del administrador por la falta de evitación de los delitos de empresa requiere aún tres precisiones.

La Ley de Sociedades de Capital considera **indelegables** "aquellas decisiones que se corresponden con el núcleo esencial de la gestión y supervisión" (preámbulo de la Ley 31/2104, de 3 de diciembre) y las enumera en su artículo 249 bis.

La segunda precisión se refiere a que la responsabilidad penal por un resultado no evitado sólo procede cuando así se prevea expresamente en el correspondiente tipo penal o, según el artículo 11, cuando se trate de un delito "**que consista en la producción de un resultado**". Así, en el ejemplo anterior, si se quiere imputar responsabilidad a un administrador por un delito medioambiental que no ha evitado habría que demostrar que tal conducta omisiva se encuentra entre las descritas en el artículo 325 o que, frente a las apariencias, éste contiene un tipo puro de resultado, pues lo que el legislador ha tratado con su extensa descripción de conductas es describir todas las que pueden ocasionar el resultado.

El tercer comentario hace al tipo de responsabilidad en la que incurriría el mal delegante en función del **tipo de deber que infrinja**. Si la delegación es defectuosa porque *de facto* no se delega la función –no se dota a delegado de los medios necesarios para su ejercicio- o porque se delega en persona incompetente, lo que sucede es que el deber de garantía no se traslada ni se transforma, sino que permanece en su situación original en el que se pretendió delegante, que responderá en su caso como autor del delito no evitado. Como veremos a continuación, más discusión genera el título de responsabilidad (autor o partícipe) del delegante que no corrige al delegado o que no le vigila.

Resulta interesante al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 1329/2001, a la que me referiré en el tema relativo a los delitos de los derechos de los trabajadores. La condena a un constructor por la muerte de un trabajador se explica porque no había sustituido al encargado que estaba de baja: decaída una delegación válida el delegante no procedió a su sustitución, por lo que mantuvo su deber de seguridad originario.

2. ¿Autor o partícipe?

A. Razones para la autoría.

Hasta este momento hemos presupuesto que el administrador garante que no evita el delito de empresa de un empleado suyo podría tener que responder del mismo a título de autor. Éste último inciso puede parecer contraintuitivo, pues más bien parecería que el indebido no impedimento del delito de otro tiene un significado de **participación** en el mismo, por mucho que el omitente sea garante. Creo que debemos desechar esta intuición: cuando, como sucede en el caso de la empresa, el que comete el delito es un delegado del omitente que actúa en el ámbito de éste y bajo su dependencia, la falta de impedimento del delito del empleado es también obra propia, descontrol de la esfera propia de organización. De otro modo, el delegante del delegante, que es partícipe del partícipe, quedaría impune; en los delitos de empresa la prevención se empobrecería de un modo preocupante, pues en las cadenas de delegaciones los delitos de los eslabones más bajos sólo podrían responsabilizar al delegante inmediato.

El delegante –el generador del riesgo: el emprendedor; esto vale para ciertos administradores identificables con la propiedad- hace suya cierta actividad del empleado - del delegado-, incorporándola a la realización de su propio proyecto: parte de la actividad del empleado forma parte del proyecto del empleador. Es por ello por lo que la falta de impedimento del delito del empleado no es sólo participación, sino que es autoría: es también delito propio, consecuente con esa "**cotitularidad de la custodia**" (Schünemann) que genera la delegación, que transmite un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiándose como propio.

En la reflexión doctrinal reciente sobre la delegación la aportación más novedosa proviene de Montaner Fernández. Distingue esta autora entre la asignación inicial de funciones que realiza el empresario o administrador a sus directivos funcionales, que no es propiamente una delegación ni supone deberes de garantía de control del em-

presario, y las delegaciones, que a su vez pueden subdividirse en función de si tienen como objeto competencias o la ejecución de una función. La principal consecuencia de esta última distinción es la del título de responsabilidad del delegante, que será normalmente partícipe en el primer caso y autor en el segundo.

B. ¿Y si no es garante?

Imaginemos que es correcta la debatida tesis de que el titular de la empresa y sus administradores no son garantes en relación con todos los delitos que se cometen en la actividad social (no, por ejemplo, de un cohecho) sino solo en relación con los riesgos propios o imbricados en la actividad social (por ejemplo, delitos medioambientales). A partir de esta tesis, el lector podrá preguntarse: ¿qué pasa entonces con el empresario o administrador que tolera un delito de un empleado en el ejercicio de sus funciones que no sea de estos últimos delitos? ¿Se va *de rositas*?

Para contestar – para contestar que no – debo recordar que un sujeto **participa por omisión** en un delito cuando, sin ser garante, incumple un deber específico de actuación cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero. Y debo recordar que el presupuesto de esta afirmación es el de que no todo deber es un deber con las mayúsculas que supone el deber de garantía, a cuya infracción asociamos la imputación del resultado no evitado. La pregunta siguiente es entonces si el administrador de una sociedad tiene un deber específico con minúsculas (al margen de sus deberes de garantía) de impedir que se cometan delitos desde su sociedad.

El Derecho administrativo estatuye obligaciones de cumplimiento (de velar que otros cumplan con la ley) para los administradores pero sólo para determinadas actividades y riesgos (para el mercado de valores, para la seguridad de los trabajadores, de blanqueo de capitales); cabría pensar también que tales obligaciones se derivan del genérico deber de diligencia de los administradores que proclama el Derecho de sociedades; se discute asimismo una tercera fuente para tal deber de evitación de delitos: la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que comportaría para los administradores deberes de prevención penal.

Creo que la respuesta debe ser afirmativa: **existen tales deberes específicos de control de los administradores,** por lo que su incumplimiento generará responsabilidad de los mismos como partícipes si son

conscientes de que tal incumplimiento está posibilitando o facilitando la comisión del delito por parte de un empleado. La raíz legal del deber se contempla hoy en el propio artículo 31 bis del Código Penal, que centra la obligación penal de las personas jurídicas en la adopción y ejecución de "modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos [...] o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión". Y esta obligación se atribuye, como no podía ser de otro modo, al órgano de administración (art. 31 bis 2.1º). Sería difícil en otro caso entender que sí existiera ese deber específico de velar por que otros cumplan en los órganos de cumplimiento -por ejemplo, en el *compliance officer*- que, en ausencia de prescripción legal, de algún titular originario tendrá que recibirlo.

Esa prescripción penal sí existe para el órgano de supervisión en el artículo 31 bis 2.2º, pero el propio precepto se encarga de señalar que alguien, que no puede ser otro que el órgano de administración, tiene que confiársela.

3. Las decisiones colectivas.

A. Responsabilidad penal por acción.

Hasta ahora se ha hecho referencia a la responsabilidad de los administradores en el entendido de que lo son únicos, de que actúan en solitario, o de que son varios y actúan unánimemente. Pero se intuirá ya que existe un problema de determinación de la responsabilidad penal cuando **las decisiones delictivas del consejo** no lo sean por tal unanimidad. ¿Tienen la misma responsabilidad, o alguna, los administradores que votan en contra, o que se abstienen, o que no acuden al consejo?

Para la determinación de la **responsabilidad civil** (*rectius*: social) la regla mercantil afirma que "[t]odos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel" (art. 237 LSC). Posibilita además que los administradores impugnen los acuerdos nulos y anulables del consejo en el plazo de treinta días desde su adopción (art. 251 LSC). Se trata de criterios inspirados en la lógica indemni-

zatoria, que permite tanto operar con presunciones distintas de la presunción de inocencia, como asignar la reparación del daño irrogado a quien tenga mayor cercanía con el mismo.

Las cosas son distintas cuando se trata de penar, dado lo que ello supone para el ciudadano. No hay más presunción que la de inocencia, con su estricta regla de desvirtuación -la culpabilidad ha de constar más allá de toda duda razonable-, ni más asignación del daño que la que supone la imputación, la directa atribución del mismo al sujeto penado. En este sentido parece claro que tendrán responsabilidad penal aquellos administradores respecto de los que se pruebe plenamente que han **votado** a favor de la resolución delictiva y que en principio no la tendrán quienes no lo hayan hecho, sea porque no hayan acudido a la sesión, sea porque se hayan abstenido o porque hayan votado en contra.

El contenido concreto de tal responsabilidad dependerá del sentido típico que tenga el acuerdo y de si el mismo se adopta. Así, si el delito se comete mediata o inmediatamente con el propio acuerdo y el acuerdo se adopta, serán coautores del mismo todos los que lo han acordado con su voto favorable. Podrá suceder que no se adopte y que el voto tenga entonces un significado de intento delictivo (tentativa). Y podrá suceder también que el acuerdo tenga el sentido de un acto preparatorio o de una inducción al delito de otro.

1. Los administradores A, B y C forman el consejo y deciden por unanimidad negar a un socio minoritario antes de la junta información relevante sobre su gestión y sobre la situación patrimonial de la sociedad (art. 293).

2. Los administradores A, B y C forman el consejo y deciden por unanimidad asignar un generoso porcentaje de una operación en el extranjero a un mediador local para que con la parte que estime necesaria soborne a las autoridades locales (art. 424.1).

No parece relevante para la asignación de responsabilidad el hecho de que el voto se emita cuando exista ya una mayoría suficiente para el acuerdo penalmente antijurídico: no deja de ser responsable el que en un consejo de siete vota en quinto lugar cuando sus cuatro primeros compañeros han votado ya afirmativamente. Otra cuestión: en nada incide en la cuestión de la responsabilidad penal el que el voto sea secreto. En lo que si incidirá es en las dificultades de prueba para saber qué ha votado cada miembro (al respecto, véase el interesante voto particular del magistrado Viver i Pi-Sunyer a la STC 136/1999, en el conocido caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna).

B. Responsabilidad penal por omisión.

Más complicada es la respuesta a la cuestión de **la responsabilidad penal por omisión de los consejeros** que no se adhieren al acuerdo pero que nada hacen por evitarlo. ¿Son autores del delito, partícipes en el mismo o carentes de responsabilidad penal?

Constituye esta una nueva cuestión abierta, un nuevo reto del Derecho penal de empresa a la teoría del delito, para cuya respuesta podría aventurarse la siguiente hipótesis: el consejero responde como autor omisivo doloso si toleró conscientemente el delito de su compañero; el consejero no responde si no impidió tal delito porque no vigiló a su colega y no se percató del mismo.

En relación con los **riesgos propios de la actividad** empresarial (por ejemplo, para el medio ambiente o para la seguridad de los trabajadores), que son riesgos que proceden del círculo de organización del consejero, por mucho que se trate de un sector del mismo codominado por los consejeros que activan el acuerdo ilícito, no creo que quepa negar su posición de garantía. Cuestión distinta es el contenido del deber que emana de esta posición, que es el propio de control de una fuente de riesgo propia, pero no la vigilancia y corrección de los demás administradores como si de una relación de delegación se tratara. Como ha señalado convincentemente Silva Sánchez, la desconfianza es lo propio de las relaciones jerárquicas, como las que genera habitualmente la delegación, pero no de las relaciones horizontales, que se rigen precisamente por el criterio de confianza propio de la separación de esferas.

En el caso Gesfinsa este fue el punto clave de discusión en el Tribunal Supremo. La mayoría entendía que no existía tal deber de vigilancia entre consejeros, deduciendo de ello, criticablemente a mi juicio, la inexistencia de una posición de garantía. El voto particular afirma tal deber de vigilancia: "No cabe duda que un ordenado empresario tiene el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de cuyo consejo de administración es miembro y, en tanto las sociedades solo actúan mediante acciones de sus representantes y directivos, esa vigilancia tiene que extenderse a las acciones de los representantes y directivos [...]. Es obvio que quienes tienen un deber de vigilancia no pueden invocar respecto de los vigilados el principio de confianza [...]. Es claro que si en estos casos pudiera ser invocado el principio de confianza se anularía el deber de vigilancia del garante".

A mi juicio existe una posición de garantía de los administradores respecto a los fondos de los inversores y no existe de un deber de vigilancia entre consejeros. Si a

pesar de ello Juan Antonio y Regina conocieron las irregularidades de Valeriano, cosa que discuten la sentencia y el voto, incumplieron su deber de garantía si no las evitaron con los medios a su alcance.

Complico un poco más la reflexión (pero las reflexiones han de ser complicadas cuando la realidad es complicada) con una nueva duda. Hasta aquí he dicho que el consejero garante que tolera el delito del colega responde penalmente como autor por omisión. Tengo dudas de si en este caso de codominio simétrico de la empresa entre el administrador actor y el administrador omitente, este no tiene una implicación propia de participación y no de autoría.

Resumo mis ideas para el lector comprensiblemente perdido. Si el administrador tiene un deber de garantía y tolera el delito del colega, responde penalmente; es dudable que, a pesar de ser garante, haya de responder como autor en este específico caso; su deber de garantía no comporta vigilar a los demás administradores: no responderá de su descuido al respecto.

En el caso Gesfinsa la sentencia recurrida consideró que Juan Antonio y Regina tenían una posición de garantía. Considera que su omisión respecto a las actividades irregulares de Valeriano los convirtió en cómplices por omisión.

En relación con los **riesgos de comisión de delitos que no sean los propios de la actividad de la empresa** (que, en tal sentido, no sean delitos de empresa), el administrador, según lo ya visto, no tiene una posición de garantía, pero sí, respecto a los delitos en favor de la empresa, deberes generales pro cumplimiento ajeno (de sus compañeros consejeros): la tolerancia dolosa del delito comporta una participación omisiva en el mismo: supone la infracción de un deber específico que posibilita o facilita el delito del consejero.

IV. La responsabilidad penal de los órganos ejecutivos.

1. Empresario, administrador, ejecutivo.

Aun a riesgo de que se trate de una precisión de Pero Grullo, conviene comenzar señalando que no es lo mismo administrar una empresa que realizar en ella funciones ejecutivas, por altas que estas sean. El administrador puede ser el empresario en el sentido más rico de la palabra, como persona que reúne la propiedad y la **gestión estratégica**. Y puede serlo, y lo es

habitualmente en las grandes empresas, solo como tal administrador: como "encargado" sólo de lo segundo. Actúa así en realidad como un delegado de la propiedad, muchas veces altamente difusa, aunque la índole global de la delegación y su identificación con la empresa hace que podamos encontrar la razón de su posición de garantía no tanto en la asunción de una delegación como en el dominio de una fuente de riesgo como propia.

Los órganos ejecutivos son los que realizan la **gestión operativa**, por mucho que esta gestión admita niveles muy diversos que responden a cadenas de delegación de funciones. Las personas que ostentan tales órganos responderán obviamente de los delitos que cometan mediante la realización de la correspondiente acción u omisión típicas. Pero también podrán responder de los delitos de otros miembros de la empresa en la medida en que no los eviten infringiendo un deber de garantía. Tal deber de garantía no procede ya como en el caso de los administradores del dominio como propio de una fuente de riesgo, sino de la **asunción de una delegación**. Serán garantes entonces si se les ha "transmitido" tal deber -que, debe insistirse, no existe respecto a cualesquiera riesgos delictivos que existan en la empresa, sino solo respecto a los propios de la misma- y en la medida en que se haya hecho tal transmisión. Y podrán a su vez delegar funciones y transformar su deber en uno de vigilancia y corrección del delegado.

2. El ejecutivo como delegado y delegante.

Ya se han hecho varias menciones a la delegación en este tema. El ejecutivo es un delegado del administrador o de otro ejecutivo superior y habitualmente delegará en otros parte de sus funciones. Como delegado se convierte en un garante supervisado por su delegante; como delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada.

Quizás la primera preocupación del ejecutivo delegante es la del **contenido de su deber de vigilancia** – del que se discute si a su vez puede ser delegado -. Es obvio, en un extremo, que no puede ser de una exigencia tal que convierta la delegación en un dominio mediato, que anule así la ventaja intrínseca de multiplicación de la actividad y de la productividad de este método, y que ahogue las necesidades expansivas de la actividad en determinados ámbitos sociales, como sucede significativamente en la empresa.

En el ejemplo del dóberman carece de sentido que su dueño tenga que salir detrás del mayordomo cuando éste le saca de paseo.

Es también evidente, en el otro extremo, que su nivel no puede ser tan bajo que desvanezca en la práctica la posición de garantía del delegante. La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. Piénsese al respecto en una situación de crisis, en la que podría suceder incluso que la delegación no fuera un modo razonable de abordar el cumplimiento del deber de garantía. La cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan, por contra, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia. Otro factor relevante es la cercanía al acto de ejecución peligroso. En las cadenas de delegaciones, quien ha delegado en otro la ejecución del acto debe controlar tal ejecución, como resulta obvio, pero – y discúlpeseme por el trabalenguas - el primer delegante de este delegante lo que tiene que hacer es solo supervisar que éste a su vez controle al ejecutor.

La supervisión puede ser activa en el sentido de que el delegante-supervisor despliega una determinada estrategia para informarse de cómo observa el delegado las funciones que ha asumido. La supervisión pasiva sitúa la iniciativa informativa en el delegado, limitándose el delegante a recibir tal información o, a lo sumo, a recabarla. En los casos de cadenas de delegación los primeros delegantes suelen limitarse a un rol pasivo, normalmente suficiente como ejercicio de alta supervisión.

Recuerdo también aquí lo que se refiere a la **delegación defectuosa**. Si el delegado es incapaz o no se le facilita el dominio necesario para proceder a la delegación, esta no se produce y el delegante mantiene su deber originario de evitación directa (o, en su caso, de control inmediato sobre el ejecutor, si es esto lo que se había tratado de delegar).

Si el delegado engaña al delegante acerca de su capacidad y mantiene formalmente sus competencias podrá tener que responder también como garante por injerencia: por haber generado la situación de peligro consistente en la incompetente ostentación de una función.

El constructor A encarga la dirección de ejecución de una obra a B en la creencia de que B es arquitecto técnico. Pero B carece de tal titulación y de la formación necesaria para ejercer la función delegada.

El **dominio** que ha de facilitar el delegante al delegado puede comportar poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. Dominio significa también información: el delegante debe proporcionar al delegado la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control. En principio es el delegante como titular originario del deber el que ha de calibrar los medios necesarios que han de acompañar a la función que delega. En ocasiones formará parte de la función encomendada la propia ilustración de los medios necesarios; por ejemplo, si la delegación busca precisamente la aplicación de unos conocimientos técnicos de los que carece el delegante.

Para la reflexión: ¿tiene responsabilidad penal el directivo que no impide un delito cuya evitación no forma parte de su deber de garantía? ¿Podemos decir que participa por omisión en el delito un directivo que observa impasible cómo un comercial soborna a un concejal?

Aquí se debaten dos respuestas y se discute también si debe hacerse aún la distinción ulterior de si se trata o no de un subordinado del directivo. Primera respuesta: sí, porque los directivos tienen un deber de evitación de que se cometan irregularidades en la actividad de la empresa a favor de la misma, tal como suelen recoger los códigos éticos, sobre todo si se trata de irregularidades de sus subordinados. Segunda respuesta alternativa: no, porque a diferencia de lo que sucede con los administradores, y salvo que ostenten específicas labores de cumplimiento, los directivos no ostentan un deber específico de evitación, sin que comporte tal especificidad el deber genérico que puede establecer el código ético de la empresa.

V. La responsabilidad penal de los órganos de asesoramiento.

1. ¿Asesores o decisores?

En una economía productiva cada vez más compleja deviene necesario que los administradores y los órganos ejecutivos de las empresas se sirvan de asesores especializados. Cuando tal necesidad es recurrente es también

usual que los asesores pasen a formar parte del organigrama empresarial con funciones de facilitación de información especializada y de consejo en esos mismos ámbitos. El interrogante penal surge cuando su labor sirve para la adopción de una decisión delictiva: la pregunta consiste en si puede hablarse entonces de complicidad, cooperación necesaria o incluso inducción al delito y sancionar correspondientemente al asesor.

A es el asesor fiscal de la empresa C. Informa a B, administrador de la misma, de cómo debería tributar conforme al impuesto de sociedades. Le informa también de cómo pagar menos con una interpretación discutible de las normas tributarias. Y le informa también de cuál debería ser la estrategia, con facturas falsas y empresas interpuestas, para defraudar a Hacienda. B opta por hacer esto último siguiendo los pasos diseñados por A.

Sobre todo en relación con la función que despliega el servicio de prevención de riesgos laborales respecto a la indemnidad de los trabajadores, se ha reflexionado acerca de si, en determinados contextos altamente especializados y ajenos a la formación que tienen los órganos decisores, el rol del técnico asesor se torna fácticamente en un papel de decisor. Si bien es cierto que el asesor como tal no tiene una posición de garantía como delegado de seguridad, sino que su misión consiste en informar y aconsejar a tal delegado, podría diferenciarse de esta situación la del técnico cuya misión en determinado contexto se revela ejecutiva; contexto en el que el monopolio de la información, la dificultad de su adecuada transmisión y la ausencia de un control real posterior de su dictamen deshacen el proceso asesoría-decisión y sitúan fácticamente el dominio de los acontecimientos en manos del técnico. En estos casos, frecuentemente de difícil delimitación, el ejecutivo decide lo que el técnico informa por conveniente; esto es: delega en él, convirtiendo su acto en un acto ejecutivo. Piénsese por ejemplo en el rol que puede desempeñar un médico en determinadas decisiones acerca de las condiciones de seguridad en la prestación del trabajo.

2. El asesoramiento neutro.

En la doctrina penal, con cierto reflejo en la jurisprudencia, se da hoy una seria reflexión acerca de los **límites de la responsabilidad penal a título de participación por parte del asesor** cuya información o consejos son utilizados por los órganos ejecutivos para la comisión del delito. Esta reflexión suele enmarcarse en la relativa a la impunidad de las "conductas neutras" -así etiquetada, no sé si con demasiada fortuna-. La cuestión se remite en realidad a la de la frontera del riesgo permitido; a la cuestión de si, por razones

de expansión de la libertad y de los beneficios que suponen determinadas actividades sociales -algunas de las cuales requieren una significativa flexibilidad-, debemos tolerar (*rectius*: permitir) determinadas conductas aunque sean peligrosas para determinados bienes jurídicos. En concreto, de lo que se trata ahora es de no asfixiar las labores de asesoramiento, sobre todo jurídico, bajo la amenaza de pena si tal asesoramiento sirve a una decisión delictiva.

¿Qué asesoramiento podemos considerar típico en cuanto participativo del delito de otro? ¿Qué es aquí lo importante? ¿Que el asesor sepa que su información va a servir de apoyo a un delito o que dibuje su asesoramiento para adaptarlo a tal objetivo?

A la hora de fijar esa frontera del riesgo permitido algunos autores proponen un **baremo subjetivo**. En la conocida propuesta de Claus Roxin, sobrepasa esa frontera e incurre en responsabilidad penal como partícipe el asesor que sabe con seguridad que su aportación será utilizada para cometer un delito -la contribución es valiosa para el plan delictivo del autor y quien la aporta lo sabe-, pero no responde el asesor que tiene tal utilización sólo como probable, incluso si esa probabilidad es muy alta, propia de lo que denominamos dolo eventual -pues cabe seguir confiando en que el otro no será autor: no cometerá un delito-. Otros autores, como Robles Planas, tratan de realizar una **delimitación objetiva**. El mero suministro de información no podría verse así como ilícitamente contributivo al delito, salvo en los casos en los que su conformación vira hacia el consejo y éste se adapta al proyecto delictivo del ejecutor. Luzón Peña ha llamado la atención acerca de la imbricación de los parámetros objetivos y subjetivos, pues podrá ser el conocimiento del asesor del seguro destino de su información lo que nos permita afirmar que la misma tiene un sentido delictivo.

El **Tribunal Supremo** ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre "los llamados actos neutrales [...], comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos" (SSTS 34/2007, de 1 de febrero, FD único; 91/2014, de 7 de febrero, FD 10). Lo son si suponen la "realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc." (SSTS 34/2007, FD único; 1300/2009, de 23 de diciembre, FD 5; 974/2012, de 5 de diciembre, FD 8; 91/2014, FD 10). Concibe su posición como mixta (objetiva y subjetiva) para la diferenciación "de actos neutrales de los que

no lo son, exigiendo que el sujeto conozca la verdadera naturaleza y finalidad del acto, y que éste, objetivamente sirva, y coadyuve a la facilitación del delito, lo que supone un aporte necesario a tal fin" (STS 165/2013, de 26 de marzo, FD 26), pues "resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero" (STS 91/2014, FD 10).

Así, ha tenido la oportunidad de referirse a la acción "del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte de droga (STS 928/2006). En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada" (STS 974/2012, FD 8). Y así ha considerado que "no cabe duda de la tipicidad penal de las conductas de los abogados que asesoran sobre el modo de ocultar los bienes delictivos o que se involucran en actividades de blanqueo o conocen que el cliente busca asesoramiento para tales fines. [...] No entra dentro de las funciones de asesoramiento legal de un letrado el de diseñar estrategias para la recuperación de un dinero a través de conductas dirigidas a la ocultación de la naturaleza, origen, etc., de la ilicitud del bien sobre el que se actúa" (STS 56/2014, de 6 de febrero, FD 20).

3. La omisión del asesor.

Queda aún la cuestión de **la posible responsabilidad omisiva del asesor**. ¿Qué pasa con el asesor jurídico de una empresa que no hace nada para evitar el delito de otro miembro de la empresa del que él tiene conocimiento?

Penalmente, nada (salvo que se dieran las peculiares circunstancias de una omisión del deber de impedir determinados delitos del artículo 450 CP: se trata de un delito contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad sexual y la evitación es factible con una intervención inmediata y carente de riesgo propio o ajeno). No es un órgano ejecutivo y por ello no es el garante delegado de un garante delegante: no se le ha encomendado la función ejecutiva de controlar un riesgo. Y tampoco es un órgano de cumplimiento: no es un *gatekeeper*, no tiene un deber específico de impedimento cuya omisión pueda verse como una participación omisiva en

el delito. Tanto es así que algunos ordenamientos han decidido establecer tal deber por ley (así, el estadounidense a través de la ley federal *Sarbanes Oxley Act*).

VI. La responsabilidad penal de los órganos de cumplimiento.

Esta cuestión es especialmente relevante por lo novedosa. Y es novedosa porque hasta hace poco no existían en nuestras empresas órganos generales de cumplimiento. Es **la responsabilidad penal de las personas jurídicas** la que ha impulsado la generación de órganos destinados a implantar y a ejercitar el debido control para que no se cometan delitos desde la empresa y a favor de la empresa. Y, como no podía ser de otro modo por razones lógicas y de precaución, su función se está extendiendo en general a la prevención de irregularidades, de cualesquiera contravenciones del ordenamiento jurídico y de las normas internas de la empresa. Estos nuevos órganos han suscitado la cuestión de si van a tener que responder penalmente de aquellos delitos cuando no los eviten. La preocupación por la respuesta es muy vívida, claro, en los titulares de estos órganos o en los candidatos a serlo. Ser responsable de ética es muy bonito, salvo que comporte una mochila de posible responsabilidad penal.

Según los parámetros expuestos hasta ahora, resultará que un responsable de cumplimiento podrá responder a título de autor por el delito ajeno que no ha impedido si tenía al respecto una posición de garantía y si su actitud subjetiva se corresponde con la exigida por el correspondiente delito: si omitió dolosamente, si el delito es de exclusiva comisión dolosa; si su omisión fue descuidada, en el supuesto de que se sancione la comisión imprudente. Para ostentar tal posición de garantía será necesario que se trate de un delegado de la empresa en relación con un deber de garantía de la empresa. Si el responsable de cumplimiento no es garante, porque no lo sea la empresa en relación con el delito de que se trate o porque no sea un delegado de la misma, nuestro responsable de cumplimiento podrá aún responder penalmente a título de partícipe por un delito de empresa si la infracción de sus deberes específicos de control, pero no de garantía, facilitó la comisión de tal delito. Abundaremos después en ello, pero repárese desde ya en que esta responsabilidad exigirá dolo en el responsable de cumplimiento y que el delito no se haya ya consumado cuando se produjo la omisión facilitadora.

1. ¿Qué es un órgano de cumplimiento?

A. El responsable de cumplimiento.

Para despejar la incógnita principal anterior -si la persona que se dedica a organizar que en la empresa se respeten las leyes tiene por ello una posición de garantía- habrá que saber a qué se dedica en realidad un responsable de cumplimiento. Esto no va a ser tan fácil: la propia diversidad de denominaciones en castellano de la asentada denominación en inglés, *compliance officer*, es ya un indicio de la diversidad de perfiles de esta incipiente figura en el mundo empresarial español actual: oficial de cumplimiento, responsable de cumplimiento, responsable de prevención, coordinador de prevención, oficial de ética.

> En España se trata de una figura aún no generalizada, pero claramente creciente, sobre todo en empresas grandes y cumplidoras o con afán de serlo, y no siempre perfilada del mismo modo. En la dicotomía entre un perfil ejecutivo de seguridad y un perfil impulsor, asesor y de control de quienes sí tienen deberes inmediatos de seguridad -dicotomía que recuerda a la propia de los servicios de prevención de riesgos laborales-, parece que las empresas están optando razonablemente por el segundo. Los responsables de cumplimiento no están siendo configurados como delegados de seguridad, como garantes secundarios por delegación del garante primario. No son los encargados de disponer medidas de prevención de accidentes de trabajo, o de prevención de daños al medio ambiente, o de controlar la calidad de los alimentos o la seguridad de los productos químicos almacenados. Para ello hay ya responsables específicos que, según el tamaño de la empresa, suelen constituirse en nuevos delegantes.

Las labores que se les está asignando a los nuevos órganos de cumplimiento son, pues, de **velar por el cumplimiento** de los deberes de prevención y **no de ejecución** directa de las funciones que emanan de tales deberes. No cumplen, sino que velan por que se cumpla. Tales funciones son, en parte, normativas, de promoción de políticas de empresa y de normas de conducta, previo análisis de los riesgos penales que suponen los procedimientos de la empresa; en parte de coordinación y supervisión de los distintos responsables de seguridad; en parte de vertebración del procedimiento sancionador interno, como receptores de denuncias de contravenciones al código ético y como instructores de tales denuncias o como promotores de

tal instrucción. En las empresas más conscientes de la nueva función y la nueva responsabilidad que comporta el sistema de punición de las personas jurídicas, y bien asesoradas respecto a la conveniencia de no generar innecesariamente nuevos potenciales responsables penales de los delitos de empresa, existe un justificado celo en no insertar al responsable de cumplimiento en la cadena de garantía.

> Si ya existe un delegado encargado de controlar un riesgo, la estrategia consiste en no sumar al responsable de cumplimiento a ese control, sino en asignarle otras funciones que no son directamente de seguridad sino de organización, de asesoramiento o policiales respecto a tales controladores.

B. El órgano de supervisión.

El cumplimiento legal, y específicamente el penal, es una tarea que debe acometer la empresa. Se trata en esencia de que como sujeto legal, como partícipe en el mercado, observe las leyes; se trata, específicamente en lo penal, de que prevenga razonablemente que los suyos delincan en su favor. Es esta una tarea que **compete inicialmente a los administradores**. Y es una tarea que como tantas que son complejas y especializadas debe ser delegada. Por ello el órgano de administración **delega** en un sujeto (responsable de cumplimiento) o en varios (comité ético, comité de prevención) estas funciones: analizar los riesgos penales, sugerir normas de conductas y medios de control, administrar el sistema disciplinario interno (denuncias, investigaciones internas, sanciones). Como buen delegado el responsable de cumplimiento debe dar cuenta de lo que hace al administrador; como buen delegante el administrador ha de supervisar a su delegado.

Un órgano de cumplimiento distinto al anterior es el que prevé el **artículo 31 bis 2.2º**: el órgano de supervisión, cuya función recae sobre "el funcionamiento y el cumplimiento del modelo del modelo de prevención implantado" en relación con los sujetos de arriba (los del artículo 31 bis 1.a: los representantes, decisores, organizadores o controladores de la persona jurídica), pues solo respecto al control de estos se instituye como requisito de exención de responsabilidad de la persona jurídica. El elevado rango de este órgano se infiere de su caracterización penal: tiene "poderes autónomos de iniciativa y de control" o "tiene encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica".

2. Responsabilidades penales como autor.

Si diseñamos las funciones del responsable de cumplimiento del modo que indicaba en el apartado 1.A (no como funciones ejecutivas de seguridad sino como funciones de organización y apoyo a los que controlan directamente los riesgos), lo que nos preguntamos ahora es si su incumplimiento puede significar una contribución al delito de otro y ser castigada como tal, y, ya antes, si alguna de ellas puede ser considerada como una función de garantía que pudiera deparar una responsabilidad **a título de autor**.

A. Supervisión.

En relación con esto último viene a colación, en primer lugar, la **función de supervisión**. Recuérdese que cuando un garante primario (el empresario) delega un deber de garantía en uno secundario -que pasa a ser un nuevo garante-, no desaparece el deber del primero, sino que ve transformado su contenido. Lo que tiene ahora que hacer el delegante es vigilar que el delegado haga su tarea y, si no es así, corregirle o sustituirle. ¿Podría suceder que a su vez esta función remanente sea delegada, de modo que lo que tiene que hacer el delegante finalmente es supervisar al supervisor de la tarea de seguridad inicialmente delegada? Me disculpo del trabalenguas resultante con un ejemplo: pudiera ser que el empresario de ingeniería civil delegue las funciones relativas a la seguridad de los trabajadores en el ingeniero técnico que dirige la ejecución de la carretera -que a su vez delegará en uno o varios encargados- y la supervisión de éste en el servicio de prevención. O puede suceder precisamente que la delegación inicial de las tareas de seguridad medioambiental en el director industrial sea supervisada por el responsable de cumplimiento, que sería así garante secundario con un contenido muy preciso de su deber de garantía. En tal coyuntura podría entonces suceder que se produzca un vertido típico del artículo 325; que dicho vertido sea imputable a título de autor al trabajador que lo realiza activamente, al director industrial que no desplegó las medidas previstas para evitarlo y que omitió toda vigilancia o todo encargo de vigilancia al respecto, y al responsable de cumplimiento, que renunció a toda supervisión de este.

El problema aquí es si esta delegación de la función remanente del delegado es **delegable** a su vez sin pervertir el sentido esencial del sistema de responsabilidad, generando una especie de desresponsabilidad instituciona-

lizada de arriba hacia abajo. A esta idea parece responder el artículo 249 bis a) de la Ley de Sociedades de Capital, cuando señala que el "consejo de administración no podrá delegar [...] [l]a supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado".

El sentido esencial de esta restricción puede trasladarse a las delegaciones sucesivas y entenderse que la supervisión inmediata del delegado es asesorable pero no a su vez delegable.

B. Delegación.

Cabe también preguntarse, en segundo lugar, si la vocación de garante puede venirle al responsable de cumplimiento como un "**delegado para delegar**". Como buena parte de la función de garantía del administrador va a consistir en delegar y en hacerlo bien, de modo preciso, en personas adecuadas con medios suficientes, y de un modo armónico, en el sentido de que ni queden funciones de seguridad sin cubrir ni se cubran injustificadamente doblemente, cabe preguntarse si lo que en ocasiones se podría pedir al responsable de cumplimiento es precisamente esta función de diseño y ejecución de las delegaciones.

Que fácticamente esto se pueda hacer no significa que esté permitido hacerlo jurídicamente o, mejor, que tenga los efectos pretendidos por el delegante originario. Más bien parece que se trata de una función indelegable sin subvertir el sentido de la posición de garantía primaria, que consiste en controlar los riesgos o hacerlo por delegación, sin que parezca permisible la desresponsabilización que supondría hacerlo por delegación de la delegación. Sí como propongo no cabe instituir al responsable de cumplimiento como delegado de delegar, resultará que en esta línea podrá ser a lo sumo asesor para la delegación y como tal, en su caso, un posible partícipe en el delito del delegante. Pero no un autor omisivo del delito finalmente no evitado.

De hecho, el artículo 249 bis h de la Ley de Sociedades de Capital establece como indelegable por el consejo de administración el "nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución".

C. Análisis de riesgos.

La tercera posible razón para una posición de garantía del responsable de cumplimiento provendría de su posible función de **detección de la peligrosidad** excesiva. Forma parte del deber original de garantía, del deber original del empresario, como *prius* lógico del mismo, la del conocimiento del grado de peligrosidad de la actividad y de las demás fuentes de riesgo de la empresa. Ello comporta un análisis de lo que se hace y de la medida en la que el ordenamiento permite hacerlo: se ha de saber tanto que el proceso productivo supone la emisión a la atmósfera de un determinado gas en una determinada cantidad, como si el ordenamiento permite la emisión y, si lo hace, en qué medida lo hace. Han de conocerse los riesgos y la medida del riesgo permitido.

Esta función de conocimiento es una función de garantía que puede delegarse en el delegado ejecutivo de seguridad o que puede escindirse y atribuirse a un órgano especializado, como sucede en ocasiones con el servicio de prevención de riesgos laborales. O que podría recaer en nuestro responsable de cumplimiento.

Cuestión distinta es que se pueda imputar el resultado lesivo final a la conducta infractora del debido análisis de riesgos. Y cuestión distinta es que si el tipo es doloso quepa apreciar esta conexión subjetiva.

3. Responsabilidades penales como partícipe.

Hacía referencia anteriormente al diseño cauto que usualmente se está haciendo de las funciones del responsable de cumplimiento, ciñéndolas al asesoramiento en materia de riesgos o al impulso del mismo a través de la realización de mapas de riesgos penales -por ejemplo, por la auditoría interna de la empresa-, a la supervisión de los titulares de deberes secundarios de garantía, o al desarrollo del procedimiento sancionador de las irregularidades, recibiendo o canalizando las denuncias e investigándolas o promoviendo su investigación.

Mientras que, como se ha señalado, las funciones delegadas del responsable de cumplimiento consistentes en la supervisión, de ser posible, o en la detección de riesgos pueden constituir funciones de garantía, las **funciones de detección e investigación** de delitos no lo son de garantía. Su incumplimiento sólo puede tener un significado contributivo al delito de otro, que

para que sea penado requiere su carácter previo a la consumación de tal delito y la conciencia de tal contribución. Esto sucederá significativamente cuando el responsable de cumplimiento investido para tales tareas decida no investigar un delito que se está cometiendo o que se va a cometer y del que tiene conocimiento a través de una denuncia, de una investigación interna rutinaria o de su percepción personal.

VII. Algunas conclusiones.

1ª **El administrador de una empresa** podrá responder como autor por no impedir el delito de un empleado a favor de la empresa cuando tenga al respecto una posición de garantía por tratarse de un riesgo propio de la actividad productiva de su empresa o por ser el afectado un bien que se había confiado a la misma. Si ha delegado su función de seguridad, incumplirá su deber de garantía si delega mal, si no vigila al delegado o si no le corrige. Si el tipo penal así lo contempla tal responsabilidad podrá serlo por imprudencia.

El administrador de la empresa responderá como partícipe omisivo si tolera la comisión de un delito a favor de la empresa en un ámbito en el que la misma no es garante.

Si se trata de una decisión colectiva de los administradores, sólo cometen el delito correspondiente quienes la hayan adoptado con su voto. Quienes no voten a favor pero no impidan el delito podrán responder, como autores o como partícipes, si se trata de uno de los delitos respecto a los que tienen un deber de garantía -que no comporta la vigilancia de sus colegas-, y como partícipes, si no tienen tal deber pero se trata de un delito imputable a la persona jurídica.

2ª **Los órganos ejecutivos** responderán como autores por un delito no evitado en la medida en la que se trate de un ámbito de garantía cuyo control se les haya delegado.

3ª **Los órganos asesores** sólo responden como partícipes en los delitos de los administradores o de los ejecutivos si sobrepasan el riesgo permitido (si su asesoramiento no es "neutro"). Se discute si tal cosa depende de criterios subjetivos (el asesor sabe seguro de la utilización delictiva de su asesoramiento), objetivos (el consejo se adapta a un plan delictivo) o mixtos, como sostiene el Tribunal Supremo.

La falta de impedimento por parte de asesor del delito que conoce que se va a cometer no es delictiva.

4ª **Los órganos de cumplimiento** podrán responder como partícipes omisivos si deciden no investigar o informar de un delito que se está cometiendo o se va a cometer. Podrían también tener responsabilidades a título de autor si el empresario ha delegado en ellos una función de detección de riesgos, propia de su deber originario de garantía, y cabe imputar el delito no evitado a un incumplimiento de esta función.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del `deber de control´", AA. VV. (dir. Arroyo Zapatero y Nieto Martín), *El Derecho Penal Económico en la era compliance,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 165 a 189.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: "Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)", AA. VV. (dir. Mir Puig, Corcoy Bidasolo y Gómez Martín), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid: Edisofer, 2014, pp. 301 a 336.

MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental,* Barcelona: Atelier, 2008.

ROCA DE AGAPITO, L.: *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SCHÜNEMANN, B.: "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 531 a 558.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.: "Deberes de los miembros de un Consejo de Administración [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]", *InDret*, 2011, pp. 1 a 5 (http://www.indret.com/pdf/editorial_2.11cast.pdf).

TEMA 4

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Claves: En el moderno Derecho penal económico, junto a las penas a personas físicas, existen también las sanciones penales a personas jurídicas. Se trata de un incremento de la reacción penal que busca, por una parte, aumentar el potencial preventivo-general de la amenaza penal y, por otra, instar a las empresas a autoorganizarse para evitar que sus empleados y administradores tengan la tentación de conseguir los objetivos sociales mediante la comisión de delitos. En este tema nos asomaremos a los criterios para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica; a las penas que se les pueden imponer; y a los modelos de organización empresarial orientados a la prevención de delitos (programas de cumplimiento o *compliance*).

CASO PROTESIA

PROTESIA es una empresa fabricante de aparatos de ortopedia. Su labor comercial, que incluye dar a conocer sus productos a médicos de la Seguridad Social, es llevada a cabo por varias decenas de trabajadores autónomos.

Ángel A., uno de esos trabajadores pide a su hermano, funcionario en la Consejería de Sanidad, que influya sobre varios funcionarios médicos para que prescriban las prótesis ortopédicas de PROTESIA. Finalmente, en varios de los hospitales de la Comunidad Autónoma comienzan a prescribirse estas prótesis.

En esta conducta, Ángel A. contravino las directrices y soslayó los controles de la compañía. PROTESIA obliga a sus comerciales a firmar mensualmente un listado de los familiares que tienen en la administración sanitaria y les prohíbe instar contratos con esas administraciones. Ángel había falseado el listado, al no recoger en él a su hermano y su puesto de trabajo en la Consejería de Sanidad.

Berta B., otra de esas comerciales autónomas, organiza unas jornadas científicas sobre ortopedia, y contrata como ponentes a 12 médicos de la Seguridad Social. Berta firma varias órdenes de pago para que se retribuya a cada ponente con 5.000 € por cada jornada, una cifra desproporcionadamente alta para pagar a conferenciantes sin historial investigador en la materia. El Consejero delegado de PROTESIA, informado por el Director financiero, aprueba el pago (un importe total pagado de 60.000 €),

pese a saber que la retribución es desproporcionada para este caso, que Berta carece de cualificación científica para organizar unas jornadas y que no forma parte de ningún departamento científico, sino que en realidad es una agente comercial cuya función es conseguir negocio para PROTESIA. A los pocos días 8 de estos ponentes comienzan a prescribir estas prótesis por primera vez.

(Caso ficticio).

I. Introducción. Rasgos fundamentales del vigente sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En España desde el 23 de diciembre de 2010 las personas jurídicas pueden ser hechas **penalmente responsables** por ciertos delitos. Esa responsabilidad implica que un juez o tribunal penal las puede condenar a penas de multa y, dependiendo de la gravedad del caso, también a diversas prohibiciones e inhabilitaciones, someterlas a intervención judicial o incluso, en casos extremos, disolverlas.

Veamos **siete rasgos fundamentales** del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas por delito.

1. En España las propias personas jurídicas pueden ser investigadas, juzgadas y condenadas en un proceso penal **por ciertos delitos cometidos en su beneficio**, bajo ciertas circunstancias.

2. Sistema *numerus clausus*. Únicamente hay responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con un catálogo cerrado de delitos: aquéllos que el Código específicamente señale, habitualmente, en un artículo al final del título o capítulo de que se trate (ver anexo al final del tema con el listado de estos delitos).

En el caso PROTESIA se plantea una posible responsabilidad por *tráfico de influencias* y por *cohecho de funcionarios*, figuras que prevén responsabilidad para las personas jurídicas (arts. 430 y 427 bis CP).

3. Penas de imposición obligatoria y de imposición facultativa. Si se cumplen los requisitos legales, el juez está **obligado** a condenar a la persona jurídica, como mínimo, a una pena de **multa**. Se trata de una intervención punitiva, no asegurativa.

No obstante, el juez también está **facultado** a imponer otro tipo de penas,

si considera que existe una necesidad de interrumpir una continuidad delictiva o sus efectos. Esas penas son la *suspensión* de actividades, la *clausura* de locales, la *prohibición* de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió el delito, ciertas *inhabilitaciones*, la *intervención* judicial o, en casos extremos, la *disolución*.

4. Doble vía de imputación. A la persona jurídica se la puede imputar responsabilidad penal por un delito por dos vías distintas:

1ª vía: cuando fue cometido por sus **máximos responsables** (sus representantes, personas con capacidad de decisión por la persona jurídica, con facultad de organización o de ejercer control en su seno); o

2ª vía: cuando fue cometido por **alguien bajo la autoridad de esos máximos responsables**, debido a que dichos responsables no ejercieron el debido control, supervisión o vigilancia sobre la conducta de aquél.

Como se puede ver, en el caso PROTESIA el primer grupo de hechos (los de empleado que comete tráfico de influencias) se encuadrarían en la segunda vía, pues Ángel A. es un empleado que está sometido a la autoridad de los gestores y directivos de PROTESIA.

Sin embargo, en el segundo grupo de hechos hablamos de un delito en el que están implicados dolosamente **sus máximos responsables**, por lo que procedería analizar si es aplicable la primera vía del art. 31 bis a).

Los requisitos para atribuir responsabilidad a la persona jurídica -y, correlativamente, para eximirla de ella- son distintos por una y otra vía.

Como puede verse, según la regulación legal la responsabilidad penal de las personas jurídicas depende siempre en ambas vías de una **conducta de los máximos dirigentes de la empresa:** ya sea **del delito** cometido por ellos (1ª vía), ya sea del **incumplimiento de sus deberes** de control, supervisión o vigilancia (2ª vía). No cabría hablar de responsabilidad de la empresa por conductas que la dirección no fue capaz de controlar o evitar.

5. La responsabilidad de la persona jurídica no es *alternativa* sino **cumulativa a la de la persona física** que haya cometido el delito. El procedimiento en el que se sustancia la responsabilidad de la persona jurídica es el mismo en el que se juzga a la persona física. No obstante, en algunos casos se puede condenar a la persona jurídica aunque no sea posible condenar a la persona física que hubiese cometido el delito (porque se hubiese sustraído a la acción de la Justicia, o hubiese fallecido, o porque no se hubiese podido in-

dividualizar exactamente qué persona física al servicio de la empresa cometió el delito).

6. Relevancia de la actuación preventiva de la persona jurídica. El vigente modelo busca incentivar la **autoorganización** de las personas jurídicas para que eviten que en su seno se intenten conseguir los objetivos sociales mediante la realización de actos delictivos. Por ello, si la persona jurídica **cumplió suficientemente** sus tareas de **supervisión, vigilancia y control** pero pese a ello una persona física a su servicio cometió el delito, la persona jurídica **no será castigada**.

7. Así, pues, la idea de **defecto de organización** (incumplimiento de las tareas de supervisión, vigilancia y control) cobra un papel central en el vigente sistema. Esta idea **se plasma de manera distinta en cada una de las dos vías de imputación de responsabilidad**.

- En la 1ª vía (delitos cometidos por dirigentes) para atribuir responsabilidad a la persona jurídica basta que uno de sus dirigentes haya cometido el delito en ejercicio de sus funciones y en beneficio de la empresa; sin embargo, el Código Penal recoge una cláusula que permite exonerar a la entidad si se demuestra que la persona jurídica había adoptado previamente unos **elevados estándares de control sobre sus propios dirigentes** ("modelos de organización y control") y que el delito fue cometido *eludiendo* esos controles.
- En la 2ª vía (delitos cometidos por subordinados) se requiere expresamente como un requisito para imputar responsabilidad a la persona jurídica que el empleado hubiese podido cometer el delito *precisamente porque los dirigentes incumplieron sus deberes de supervisión*. Por ello, **la diligencia preventiva de los dirigentes** (ya sea directamente, ya sea mediante el establecimiento de medidas y sistemas de control) impide que pueda afirmarse un presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica: el incumplimiento de los deberes de supervisión.

II. Autonomía e independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Uno de los rasgos más importantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es su carácter parcialmente autónomo e independiente de la de la persona física que haya ejecutado materialmente el delito. Ello se evidencia en los siguientes aspectos:

a) Puede condenarse a la persona jurídica aunque no se haya podido condenar a la persona física, siempre que se demuestre que un sujeto de los aludidos en las dos vías de imputación ha cometido el delito en beneficio de aquélla, aunque (art. 31 ter):

- no se haya podido descubrir exactamente quién fue;
- no se haya podido dirigir el procedimiento contra él;
- haya fallecido; o
- se haya sustraído a la acción de la justicia.

De este modo, aunque en la investigación penal no se hubiese identificado qué concreta persona física cometió el delito, no se frustra el proceso penal si se puede probar que fue alguien al servicio de la persona jurídica y en su beneficio.

b) Las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes relativas a la culpabilidad que concurran en la persona física no son trasladables a la persona jurídica (art. 31 ter 2).

Ahora bien: como excepción a la señalada autonomía e independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el art. 31 ter establece que cuando como consecuencia de los mismos hechos se impongan a la persona física y a la jurídica sendas penas de multa, sus cuantías deberán ser moduladas para que la suma final no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos cometidos.

> Aquí el Código penal sí atiende a una relación entre ambas responsabilidades para evitar que la acumulación de ambas penas determine una reacción punitiva desproporcionada (lo cual ocurrirá habitualmente en el caso de empresas de menor tamaño, donde en realidad cabría decir que la empresa en realidad no es sino parte del patrimonio del socio administrador, por lo que sancionar por una parte a dicho socio y por otra a la empresa materialmente se podría ver como una doble punición por los mismos hechos).

III. El sujeto de responsabilidad penal: la persona jurídica.

1. Concepto extrapenal de persona jurídica.

Para describir el sujeto de responsabilidad penal, el modelo español atiende a un rasgo fundamental: la personalidad jurídica. Como el Código Penal

no proporciona una definición específica del término persona jurídica a estos efectos, se estará al concepto extrapenal de persona jurídica.

Los entes sin personalidad jurídica no pueden ser penados; aunque en el artículo 129 se establece para ellos un régimen de consecuencias accesorias *facultativas* (ver *infra*, VIII).

2. Personas jurídicas excluidas.

Están excluidas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud del art. 31 quinquies:

a) el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales y los organismos reguladores y las organizaciones internacionales de Derecho público. Es sencillo explicar por qué se excluyen estas **entidades de Derecho público**: ante conductas ilícitas en el seno de la Administración, parece que lo lógico es sancionar únicamente a los concretos funcionarios o empleados públicos que puedan haber cometido el delito, y no al organismo administrativo que pudiese haberse visto beneficiado, pues el perjuicio de la sanción revertiría sobre los administrados.

Esta misma lógica lleva al Legislador excluir a los organismos reguladores, a las agencias estatales y a las organizaciones internacionales de Derecho público.

b) Por los mismos motivos, el art. 31 quinquies excluye a los organismos no estatales **ejercientes de potestades públicas de soberanía o administrativas.**

c) Agencias y **entidades públicas empresariales.** También quedan excluidas las entidades públicas empresariales (por ejemplo: ADIF, AENA, Loterías y Apuestas del Estado, red.es, etc.).

Inicialmente estuvieron también excluidos del régimen de responsabilidad penal los **partidos políticos y los sindicatos**, pero la Ley Orgánica 7/2012 pasó a considerarlos **sujetos penalmente responsables**. Probablemente en atención a la especialísima naturaleza de partidos políticos y sindicatos, hubiese sido más razonable someterlos a un régimen punitivo restringido que permitiese atribuirles responsabilidad y aplicarles algunas penas (multas, prohibición de obtener subvenciones, etc.), pero no otras como la suspensión de actividades o la disolución.

3. Personas jurídicas sometidas a un régimen punitivo restringido.

Las **sociedades mercantiles estatales** ejecutoras de políticas públicas o prestadoras de servicios de interés económico general son penalmente responsables, si bien bajo un régimen punitivo restringido (art. 31 quinquies 2). Este régimen híbrido se debe a que, aunque sirven al sector público, en realidad son entidades de Derecho privado.

Las sociedades mercantiles estatales son aquellas en las que el Estado posee más del 50% del capital o bien que con una participación menor ejerce, directa o indirectamente, control sobre ella (art. 111 Ley 40/2015).

Este régimen restringido no es aplicable si la sociedad fue creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

4. Están también excluidas las *empresas de fachada o pantalla*.

En los casos en que la persona jurídica sea única y exclusivamente simple pantalla o fachada para dar apariencia de legalidad a una actividad delictiva (situación muy habitual en los casos de criminalidad organizada), no es posible hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica. Los argumentos para ello son variados:

1º. Fundamentalmente, porque el delito **no se comete en beneficio de** la persona jurídica. Por el contrario, aquí es la persona jurídica la que es empleada para el beneficio de quienes cometen del delito.

2º. En segundo lugar, porque se trata de **simples instrumentos** del delito y no de auténticos sujetos activos.

Por el contrario, cuando se trate de una empresa de economía real que se presta, *a cambio de precio o cualquier otra contraprestación*, a dar apariencia de legalidad a la actividad delictiva de otro, no se tratará de una simple empresa de pantalla, sino de una intervención delictiva en beneficio de la persona jurídica.

5. ¿Debe penarse también a personas jurídicas muy pequeñas?

Parece razonable sancionar penalmente a empresas de cierta complejidad, donde los concretos sujetos que adoptan las decisiones y las ejecutan son fun-

gibles; y donde el Estado espera que la persona jurídica se autoorganice para prevenir la comisión de delitos en su seno. Sin embargo, cuando hablamos de personas jurídicas muy pequeñas, parece más lógico sancionar sólo a las personas físicas que cometen el delito y no también a la persona jurídica.

Por ello, no podrán ser sancionadas personas jurídicas de ínfimo tamaño, donde haya una **identidad sustancial** entre el gestor y la persona jurídica (algo que tendrá lugar en sociedades unipersonales administradas por su titular, pero no únicamente en ellas), pues aquí no existe verdadera alteridad entre la persona jurídica y la persona física del administrador; ello conduciría a un *bis in idem*. Así lo ha entendido la Fiscalía General del Estado en sus Circulares.

> ¿Podría aplicarse esta consideración a personas jurídicas no ya ínfimas, pero sí de tamaño reducido? Aunque *de lege ferenda* parezca razonable, con el Derecho vigente no es fácil llegar a esa conclusión, pues el art. 31 ter 1 parece prever expresamente un supuesto de punición a pequeñas empresas (cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusieren sendas multas a la persona física y a la jurídica y ello fuese desproporcionado: ello ocurrirá precisamente en el caso de pequeñas empresas gestionadas por su titular principal). Parecería, pues, que el Código Penal español prevé expresamente la punición de personas físicas de pequeña envergadura.

IV. La estructura de imputación.

1. Un modelo de doble vía.

El art. 31 bis contempla dos vías de imputación de responsabilidad por un delito a la persona jurídica, cada una con requisitos distintos.

> Art. 31 bis.
>
> 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:
>
> a) De los **delitos cometidos** en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, **por sus representantes legales** o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están **autorizados para tomar decisiones en nombre** de la persona jurídica u ostentan **facultades de organización y control** dentro de la misma.
>
> b) De los **delitos cometidos**, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, **por quienes, estando sometidos**

a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

En la base de esta regulación se encuentran dos ideas:

a) Por una parte, la idea de que lo que desencadena la responsabilidad de la persona jurídica es la **conducta de los administradores y sujetos asimilados en ejercicio de sus funciones:** ya sea **por cometer el delito** en nombre o por cuenta de la persona jurídica [apartado a)]**,** ya **por incumplir sus deberes de supervisión, vigilancia y control** [apartado b)]. En esto el Código Penal sigue al pie de la letra el modelo de las directivas y decisiones marco europeas. Doctrinalmente se ha denominado a la primera vía "responsabilidad vicarial" (denominación harto cuestionable) y a la segunda "autorresponsabilidad".

Algunos autores han planteado dudas respecto de que tal "responsabilidad vicarial" pudiese ser inconstitucional por suponer un caso de responsabilidad objetiva o *responsabilidad por hecho ajeno*; y que debe interpretarse el Código Penal en el sentido de que siempre la responsabilidad penal de la persona jurídica se deriva de la omisa supervisión sobre quien cometió el delito. Por ello, para evitar la tacha de responsabilidad por hecho ajeno, sólo se podría fundar la responsabilidad de la persona jurídica por la primera vía en la *omisión de controles sobre los administradores*.

Tal planteamiento resulta excesivo. **La conducta de un administrador actuando en nombre o por cuenta de una persona jurídica, o que omite un deber que ostenta precisamente en tanto que administrador, no puede ser considerado un hecho ajeno a ésta, sino, por el contrario, el hecho paradigmáticamente más propio del ente colectivo**. De no ser así, ¿qué hecho cabría definir como propio de la persona jurídica?

Y es que resulta irrazonable entender que en el caso del delito cometido por cualquier empleado basta demostrar la *falta de cuidado de los órganos de gobierno* para fundar la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero que si estos órganos, en vez de haber sido negligentes en la prevención, hubiesen sido quienes dolosamente lo hubiesen cometido, entonces sería necesario para la acusación probar algo más: que había habido falta de control sobre el propio dirigente.

Sí procedería hablar de responsabilidad objetiva si la responsabilidad de la empresa se desencadenase directamente por la conducta delictiva de cualquier empleado sin necesidad de reprochar a los órganos de gobierno de la entidad ni siquiera una culpa *in vigilando*, pues en ese caso se trataría de penar a la persona jurídica por un hecho que sus órganos de gobierno no habrían podido evitar. Pero si hablamos del delito

cometido por los integrantes de sus órganos de gobierno en ejercicio de sus funciones, en principio cabe sancionar a la persona jurídica sin que ello implique responsabilidad objetiva.

No obstante, hay un matiz importante: sí hay casos en que, pese a que el delito haya sido cometido por un administrador en tanto que tal, no cabe reprochárselo a la persona jurídica, pues aquél cometió el delito eludiendo unas medidas dispuestas por la entidad, que resultaban idóneas para evitar esa eventualidad. De esos casos trata el art. 31 bis 2 y sobre ellos volveremos más adelante.

b) Por otra parte, a ambas vías subyace también la idea de ***responsabilidad por falta de supervisión, vigilancia o control*** es decir: la idea de que la persona jurídica no responderá si en su nivel dirigente cumplió con sus deberes y tareas de supervisión para evitar ese delito. Esta idea se plasma de un modo distinto en cada una de las dos vías de imputación.

En la segunda vía (delitos de cualquier persona al servicio de la empresa) aparece expresamente como **presupuesto de la responsabilidad**: sólo cabe atribuir el delito a la persona jurídica si en su nivel dirigente se produjo un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control; y si ese incumplimiento hizo posible que alguien cometiese el delito en beneficio de la empresa. Es ese incumplimiento en el nivel dirigente el que permite atribuirle el delito a la persona jurídica, pues permite reprocharle a sus órganos de gobierno no haber prevenido lo que podían y debían haber evitado.

En la primera parte del caso PROTESIA, el empleado Ángel A. comete tráfico de influencias para aumentar sus ventas, pero **la persona jurídica había implementado un mecanismo para evitar estos hechos**, y el empleado lo había **soslayado fraudulentamente** mediante una falsificación de estos datos.

Procede únicamente debatir si en este caso el mecanismo dispuesto por PROTESIA era suficientemente efectivo para la comisión de delitos de tráfico de influencias, o si era simple *apariencia de cumplimiento*. En el primero de los casos, deberíamos entender que no hubo infracción del deber de supervisión, vigilancia y control y, por ello, la persona jurídica no sería responsable.

En la primera vía (delitos de representantes y personas con capacidad de decisión, organización y control), por el contrario, la infracción del deber de supervisión no figura expresamente como presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica, ya que en principio el hecho de que el delito lo cometiesen sus máximos órganos en ejercicio de sus funciones ya permite atribuírselo a ésta, sin necesidad de más requisitos. Sin embargo, el artículo 31 bis

2 permite a la persona jurídica una interesante opción: establecer controles idóneos para prevenir que sus propios órganos dirigentes cometan esos delitos. Si la persona jurídica hubiese adoptado esos controles de diligencia extraordinaria (¡"controlar al contr*olador"!*) y, pese a ello, uno de los dirigentes los hubiese soslayado y hubiese cometido el delito, la persona jurídica podría eximirse: en tal supuesto, la persona jurídica habría desarrollado una actividad preventiva suficiente como para entender que la conducta del dirigente no le es atribuible.

Por ello, aunque la idea de fallo organizativo se encuentre presente en ambas vías, el juego que tiene en cada una de ellas es distinto. Ello exige deslindar con claridad qué supuestos quedan abarcados en cada una de las dos.

2. Cuestiones comunes a ambas vías.

A. El delito cometido.

En ambos casos es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica el hecho de la comisión de un delito **por parte de una persona física**. En modelos como el español, en ausencia de este elemento no habría objeto de reproche a la persona jurídica. Por ello, el mero incumplimiento de los deberes de prevención de delitos por parte de los administradores de una empresa, si con ello no se ha favorecido la comisión de un delito, es impune.

> Como hemos visto, según el art. 31 ter no se exige que se haya podido identificar qué persona física cometió el delito, siempre que quede acreditado que fue una de las mencionadas en el art. 31 bis 1.

Existe responsabilidad de la persona jurídica tanto si el delito se ha consumado como si ha quedado en fase de tentativa (a menos, lógicamente, que el motivo de la no consumación sea precisamente la diligencia de la persona jurídica, sus administradores o empleados en la prevención del delito).

B. Delito cometido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

Se trata de un **elemento subjetivo específico** que debe concurrir en la conducta típica de la persona física, quien debe haber cometido el delito a

sabiendas de que es un modo idóneo de lograr un provecho para la entidad. Por ello, no es necesario que dicho beneficio se haya llegado a producir.

Por supuesto, no es necesario que la actuación en beneficio de la empresa sea la *motivación principal* del delito. De hecho, lo habitual será que la motivación del sujeto sea perseguir su propio beneficio (por lograr un desempeño más exitoso en su puesto de trabajo, mejorar sus cifras, aumentar su *bonus*, etc.), pero ello lo hará mediante una actuación que persigue conseguir un beneficio para la persona jurídica.

Hablaremos de beneficio **directo** cuando la persona física cometa el delito como un modo de obtener un beneficio empresarial; y de beneficio **indirecto** cuando la persona física cometa el delito para ahorrar a su empresa unos costes preventivos (por ejemplo, cuando el directivo autorice el vertido contaminante para no incurrir en los costes de procesar los residuos tóxicos).

3. Primera vía: delito cometido por representantes o personas con capacidad de decisión, organización o control.

La primera vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica deriva de la comisión del delito por parte de quienes tienen las facultades de administrar o representar a la empresa, siempre que se haya cometido **en nombre o por cuenta** de ésta, y **en su beneficio**.

Los **sujetos** que pueden desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica por esta primera vía son:

1º por una parte, los **representantes** legales; y

2º por otra, quienes -actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica- están autorizados para **tomar decisiones** en nombre de la persona jurídica u ostentan **facultades de organización y control** dentro de la misma.

A. Sujetos que pueden desencadenar la responsabilidad por esta vía. Una lectura restrictiva conforme a la normativa europea.

El rasgo común a todos estos sujetos es **poder de mando** o **capacidad de dirigir** la persona jurídica, concepto que emplean las directivas y decisiones marco para definir a las personas físicas pueden desencadenar la responsabilidad de la persona jurídica por esta primera vía.

Así, se trata de:

1º. **Representantes.** Este término debe interpretarse del modo más estricto (en el sentido de los arts. 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital). No es cualquier sujeto con algún poder de representación, sino sólo quien ejerce la representación de la sociedad extendida a la generalidad de los actos comprendidos en su objeto social. Sólo así se cumplirá con la exigencia de poder de mando o capacidad directiva.

2º. **Personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica** *(administrador de Derecho)*. Del mismo modo, la mención a las personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica debe entenderse referida a quienes pueden decidir por la persona jurídica de modo general: la facultad de gestionar la sociedad, en los términos del art. 209 de la Ley de Sociedades de Capital). Este concepto se asimila, pues, al de administrador de Derecho.

3º. **Personas con facultad de organización y control** (*administrador de hecho*). La referencia a las personas que dentro de la empresa tienen poder "de organización y control" se refiere a quienes, sin actuar en virtud de un apoderamiento formal (la "autorización" a la que se refiere el art. 31 bis 1 a), tienen capacidad fáctica de gestionarla. También aquí debe tratarse de una persona con poder de mando en la empresa, lo cual la aproxima al concepto de administrador de hecho.

La Fiscalía General del Estado entiende, no obstante, que esta mención debe extenderse *más allá del nivel de los administradores de hecho*, para abarcar otras muchas personas que en la empresa pueden desarrollar tareas organizativas, aunque sean simples cuadros medios de la empresa. Esta interpretación es criticable, entre otras cosas, porque:

1º No respeta la distinción que hace el art. 31 bis 1 entre las personas con funciones dirigentes (apartado a) y las sometidas a la autoridad de las anteriores (apartado b). Por ello, en el apartado a) no deben incluirse cuadros medios, que están sometidos a la autoridad de los administradores de hecho y de Derecho.

2º Conduce a conclusiones irrazonables. El número de personas autorizadas a realizar cualesquiera funciones de organización o control en una empresa es extensísimo. La primera vía debe estar reservada para las personas que tienen poder de mando sobre la empresa, pues justo eso es lo que permite atribuir el delito de este sujeto, cuando actúa en ejercicio de sus funciones, a la persona jurídica (y es el término que emplean todas las Directivas y Decisiones Marco sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas que España ha debido trasponer).

B. Actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

El requisito de actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica exige que la conducta del representante o administrador de hecho o de derecho tenga lugar actuando por ella **en el marco de sus funciones**. Es entonces cuando cabe hablar de una conducta propia de la persona jurídica (¿qué hecho es más propio de la persona jurídica que la actuación de sus órganos?).

Evidentemente, la comisión de delitos no integra el ejercicio legítimo de ninguna función empresarial; lo que se exige es que el administrador o representante realice su conducta *en tanto que administrador o representante*, si bien desviándose del legítimo ejercicio de sus funciones.

4. Segunda vía: delito cometido por cualquier otra persona al servicio de las anteriores.

La segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica deriva de un **incumplimiento grave de los deberes de supervisión**, vigilancia y control sobre la conducta de un trabajador, que precisamente por ello ha podido cometer un delito en beneficio de la entidad actuando por cuenta de la persona jurídica y en ejercicio de actividades sociales.

A. Sujetos que pueden desencadenar la responsabilidad por la segunda vía.

La referencia a los sujetos "sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior" es extensa, y deliberadamente no se limita a los trabajadores y mandos intermedios de la empresa, sino que apela a todo sujeto que opere integrado **bajo el ámbito de dirección** de aquellas personas que tengan poder de mando: representantes, personas autorizadas para decidir y personas con capacidad de organización y control.

Por ello, también entran aquí en consideración sujetos que, *sin estar vinculados formalmente a la empresa por contrato laboral*, sí desarrollan para ella sus actividades sociales integrados en su ámbito de dominio social de un modo similar a cualquier otro trabajador.

B. En ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica.

Por supuesto, ninguna de las actividades sociales lícitas implica la comisión de un delito: a lo que se refiere la norma es que la persona física haya actuado en el marco de esas actividades y actuando por cuenta de la persona jurídica.

C. Infracción grave del deber de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad del trabajador.

En esta segunda vía se habla explícitamente de que el delito ha podido cometerse porque no se ejercieron sobre la actividad del trabajador las tareas de supervisión, vigilancia y control que eran debidas atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

Las personas jurídicas están, pues, obligadas a ejercer un control sobre la actividad de quienes actúan a su servicio para **evitar** que en el ejercicio de las actividades sociales éstos busquen obtener objetivos empresariales cometiendo **delitos en su beneficio** directo o indirecto; y estos deberes deben ser ejercidos, en primera instancia, por sus máximos dirigentes.

Éste es el verdadero **criterio de imputación de responsabilidad a la persona jurídica y el núcleo de la tipicidad en esta segunda vía**: el incumplimiento grave, imputable a ésta, de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad del trabajador. En ese sentido, debe ser tratada en términos probatorios como cualquier otro elemento típico: la carga de la prueba corresponde, pues, a la acusación.

El art. 31 bis 1 b) establece que ese deber de control debe haber sido **infringido por** las personas mencionadas en el apartado a), es decir, por los **representantes y personas con capacidad** de organización, gestión o control de la empresa.

Por supuesto, los deberes de supervisión no han de ser personalmente ejecutados, sino que se requiere que los dirigentes de la persona jurídica establezcan medidas razonables de administración y control. Por ello, si en el caso concreto los órganos de gobierno de la persona jurídica fueron **diligentes** en la implantación y seguimiento de medidas idóneas para la prevención del delito en cuestión, por más que su **ejecución** hubiese sido **descuidada o defectuosa** por alguno de sus subordinados, **no habrá responsabilidad para la persona jurídica**, pues no cabe afirmar que sus órganos de deci-

sión hayan dejado de prestar el control debido, sino sólo que un empleado lo ha ejecutado de modo incorrecto.

También hablaríamos de una infracción del deber de control por parte de las personas con capacidad de decisión, organización y control si, pese a haber ordenado la implantación de protocolos o medidas preventivas, posteriormente recibiesen noticia de que se está cometiendo un delito por parte de un subordinado y, **a sabiendas, no hiciesen nada para impedirlo**.

Para hablar de una diligencia suficiente, es necesario que las medidas preventivas sean **idóneas para prevenir un delito como el cometido**. Así, no son suficientes meros códigos éticos, directrices o guías de conducta interna si no están acompañados de **medidas efectivas de control** para cuya elusión sea necesario un mínimo de energía por parte del empleado. Tampoco son suficientes políticas *genéricas* de prevención de delitos: debe analizarse si hubo diligencia para prevenir un delito **como el que se cometió**.

> Así, si en una empresa se *defraudaron subvenciones* y no tenían medida alguna para prevenir ese tipo de fraude, no cabrá aspirar a la exención apelando a que la empresa tenía medidas para la prevención de otros delitos como el *blanqueo*.

El incumplimiento del control debido puede tener lugar como mero **incumplimiento imprudente** de los deberes de control -lo que será más sencillo de probar- o como **tolerancia dolosa** -con dolo directo o eventual- de los máximos responsables de la entidad ante el delito del subordinado (o, *a fortiori*, como directa inducción a su comisión, en una modalidad que sería encuadrable en ambas vías de imputación). Sin embargo, el Código Penal no introduce una diferencia de marco penal entre la culpa *in vigilando* y la tolerancia dolosa. La única posibilidad de contemplar esa diferencia está en la facultad genérica del juez para la consideración de todas las circunstancias del hecho en la determinación de la pena.

En cualquier caso, para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, la falta del "debido control" debe haberse debido, como mínimo, a imprudencia grave, como dice el art. 31 bis 1 b. Las infracciones no graves del deber de supervisión no generan responsabilidad por esta vía.

> Sin embargo, el art. 66 bis establece: "Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control *que no tenga*

carácter grave (!), estas penas [scil. todas menos la multa] tendrán en todo caso una duración máxima de dos años".

Se trata de un grave error del legislador, pues según el art. 31 bis 1 b) los incumplimientos no graves del deber de supervisión no generan responsabilidad penal. Se trata de una regla de determinación de la pena para un caso en el que no hay responsabilidad penal.

V. Compliance y exención de responsabilidad. Los modelos de organización y gestión orientados a la prevención de delitos.

1. La idea de defecto de organización. Su alcance en cada una de las dos vías de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica

Como se ha dicho, el modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas está basado en dos ideas muy vinculadas entre sí: cuál haya sido la *actuación de los órganos de la empresa* y el concepto de *defecto de control*, es decir: si la persona jurídica ha desarrollado unas tareas de vigilancia, supervisión y control sobre las personas a su servicio para prevenir que persigan la consecución de objetivos sociales mediante la comisión de delitos.

Para incentivar esta conducta preventiva, la persona jurídica que sea diligente en la prevención de estas conductas criminales quedará exenta de responsabilidad, aunque alguien a su servicio hubiese podido eludir sus controles y cometer un delito en beneficio de la entidad.

No obstante las exigencias de los deberes de supervisión, vigilancia y control son diferentes en cada una de las vías:

a) En la **primera vía**, como hemos visto, se imputa responsabilidad a la persona jurídica si el delito fue cometido por uno de sus máximos responsables en las condiciones que indica el apartado a) del art. 31 bis, ya que son ellos quienes gobiernan la entidad; pero el art. 31 bis 2 ofrece a la persona jurídica una opción: **establecer un modelo de organización y gestión que permita vigilar y controlar** a sus propios administradores y dirigentes. El Código establece una **estricta serie de requisitos** para este modelo, que debe estar coordinado por un "organismo de vigilancia" dotado de suficiente autonomía como para garantizar que hay control sobre la gestión de los administradores.

En esta primera vía, establecer este modelo organizativo de "control del controlador" no es en sentido estricto un *deber jurídico* de la persona jurídica. No existe una obligación legal de implementar este tipo de modelo de organización con supervisión de sus máximos responsables, de modo que si una empresa cualquiera no establece un sistema de vigilancia sobre sus administradores *no incumple un deber jurídico* (por eso es erróneo afirmar que la responsabilidad de la persona jurídica se funda en la infracción de la *obligación* de controlar a los administradores).

Si la persona jurídica opta por este **exigente sistema** de organización y gestión con un *control cualificado sobre sus dirigentes*, entonces aun en el caso de que uno de sus administradores lograse eludir fraudulentamente la vigilancia y control y cometer un delito en beneficio de la persona jurídica, entonces dicho delito no se atribuiría a la persona jurídica. Ésta habría prestado una *específica diligencia incrementada* en el control de sus administradores y el delito sería un evento acaecido *pese a* la actividad preventiva de la persona jurídica.

b) En la **segunda vía**, el defecto de organización o fallo de control es **un requisito de la imputación de responsabilidad**. Si la acusación no prueba esa infracción del deber de supervisión, debe absolverse a la persona jurídica.

A diferencia de la vigilancia sobre los administradores y demás dirigentes, el Código penal no obliga a que esa vigilancia deba desarrollarse de una forma específica. Lógicamente, no exige que deba haber un *organismo de vigilancia especial*, porque para controlar la actuación de los empleados de una empresa bastan los resortes habituales del poder de dirección.

2. Exención de responsabilidad para la persona jurídica por delitos cometidos por sus máximos responsables: los "modelos de organización y gestión" y el "cumplimiento".

El Código Penal introduce aquí la idea de supervisar y controlar precisamente a las personas que ostentan el mayor poder en la empresa. Se trata de una tarea que plantea numerosos problemas (¿cómo se controla a quien ejerce el control?), para cuyo perfilamiento la legislación mercantil vigente en España proporciona poca información, y de un alcance limitado.

Para responder a estos problemas, el Legislador de 2015 importó de la legislación italiana una cláusula que somete la exención a una exigente serie

de requisitos; entre ellos, que la persona jurídica introdujese en su estructura interna un órgano con capacidad de controlar y vigilar la conducta de sus m*áximos dirigentes*.

Así, el art. 31 bis 2 exige, como condición para la exención de responsabilidad de la persona jurídica, que se hayan cumplido las siguientes cuatro **condiciones**:

1ª **Un modelo de organización que vigile y controle a los órganos de gobierno**. Antes de la comisión del delito, el órgano de administración de la empresa debe haber adoptado y ejecutado eficazmente modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

2ª **Organismo de vigilancia**. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de dicho modelo debe haber sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

3ª **Elusión fraudulenta**. Como tercera condición para la exención de responsabilidad se exige que las personas físicas que cometieron el delito lo hicieran eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

4ª **Diligencia del órgano de vigilancia**. El órgano de vigilancia no debió incurrir en omisión o en ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

3. Los requisitos para la exención, en detalle.

A. Modelos de organización y gestión que vigilen y controlen a sus máximos dirigentes. Programas de "compliance".

Para poder hablar de un diligente ejercicio de los deberes de supervisión y control sobre los representantes y personas con capacidad de organización y control, el modelo español exige que la persona jurídica haya optado por modelos organizativos que incluyan una supervisión y control sobre sus máximos dirigentes, con **medidas idóneas para prevenir que éstos puedan cometer delitos en beneficio de la entidad**. El conjunto de estas me-

didas suele denominarse con el término anglosajón "*compliance program*" ("programa de cumplimiento").

Nótese que estas medidas no pueden consistir únicamente en directrices de conducta o códigos éticos, sino que deben ser **medidas idóneas para dificultar o evitar la comisión de delitos**. En este sentido, deben incorporar pautas que permitan vigilar, controlar o supervisar la conducta de los sujetos que dirigen la empresa.

Esta exigencia queda clara en dos menciones del art. 31 bis 2:

1ª en la propia alusión a la **idoneidad preventiva** ("idóneas para prevenir [...] o para reducir de forma significativa") (art. 31 bis 2, 1ª), pues una mera directriz de conducta o código ético, sin ulteriores resortes de control o represión, no lo es; y

2ª en la referencia legal a la **elusión fraudulenta** (art. 31 bis 2, 3ª): las medidas deben ser de una naturaleza tal que si el autor quiere incumplir debe desarrollar una actividad fraudulenta de elusión; por lo que las meras reglas de conducta que puedan ser incumplidas de modo indetectable y no sometidas a una posibilidad de control no cumplirían con la exigencia legal.

Así, en el caso de que un administrador cometiese por ejemplo un delito de cohecho en beneficio de la empresa mediante una comisión ilegal a un concejal, la empresa sólo podría quedar exenta si antes del delito hubiese implementado medidas preventivas para evitar que los administradores cometiesen esa clase de delitos (controles para la evitación de los pagos ilícitos, por ejemplo). No serían suficientes, por ello, una política general o medidas genéricas de prevención de delitos.

Aunque el Código no nos dice mucho sobre los estándares de diligencia exigibles en este punto, si atendemos a las pautas que se han dado en otros ordenamientos, cabe afirmar que este tipo de medidas variarán dependiendo de diversos factores: la naturaleza y envergadura de la organización, de la actividad a la que se dedique, del riesgo en concreto al que se refiera, etc. Son exigibles medidas proporcionadas al riesgo en cuestión y a la actividad de la que se trate; y no lo son las irrazonables o exageradas, ni las que puedan paralizar la actividad empresarial, ni aquellas que por su coste carezcan de lógica empresarial.

Normas técnicas como la UNE 19601 nos dan pautas sobre la diligente gestión del *compliance* penal en el seno de la empresa; otras como la UNE-ISO 37001 establecen las pautas de prevención de la corrupción. Aunque no se trate de normas jurídicas estatales, sin embargo pueden emplearse a la hora de interpretar cuál es el estándar de diligencia preventiva que se maneja en este sector. Siendo así, **una empresa que haya desatendido estos estándares** (por ejemplo: que contra lo que indica la UNE-ISO

37001 no haya considerado que un agente comercial en el extranjero es un riesgo medio o alto de corrupción; o haya decidido no adoptar medidas como la revisión por alta dirección de los contratos con riesgo de corrupción potencialmente alto) **difícilmente podrá apelar a que ha cumplido con lo que se considera un diligente estándar de prevención**.

La clave es, pues, la existencia de un modelo organizativo que contenga medidas idóneas para prevenir el delito del administrador. Pero, además, el art. 31 bis 5 establece una serie de **exigencias específicas** sobre la elaboración y contenido de esos modelos de organización y gestión:

1ª Deben identificar las **actividades** en cuyo ámbito pueden cometerse los delitos que han de prevenirse ("*risk assessment*"), pues no toda empresa tiene los mismos riesgos de infracción, ni ha de adoptar las mismas pautas preventivas.

2ª Deben establecer los **protocolos o procedimientos** que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

Con esto se persigue evitar las prácticas de "irresponsabilidad organizada". Al concretarse los procesos de decisión y los responsables por su adopción y ejecución, se refuerza el principio de responsabilidad en la empresa, pues al identificar a los sujetos competentes por las concretas decisiones se reduce la posibilidad de que alguien cometa un delito confiando en poder posteriormente eludir sus responsabilidades penales.

3ª Han de disponer de **modelos de gestión de los recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

Probablemente se trata de la clave más importante para la prevención de delitos como el cohecho, la corrupción en los negocios, la financiación ilegal de partidos, el blanqueo y, en general, los delitos que se cometen mediante pagos ilícitos o conductas similares. Dado que actos como la corrupción, cuando se cometen en beneficio de una empresa, se pagan con dinero de la empresa, el control de activos se convierte en la medida preventiva fundamental.

Así, por ejemplo, si una empresa organiza "cajas negras" o contabiliza fondos bajo conceptos falsos para poder realizar pagos ilícitos de modo no detectable, obviamente ha preordenado la elusión de esos modelos de gestión de los recursos financieros (Nieto Martín). Si tal elusión es imputable a los representantes o a las personas con capacidad de decisión, organización o control (por dolo o imprudencia), la empresa no podrá aspirar a la exención de responsabilidad.

4ª Deben imponer la **obligación de informar** de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. En efecto, el órgano de vigilancia debe disponer de información para poder desempeñar su fundamental papel en estas estructuras preventivas.

5ª Deben establecer un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6ª Han de realizar una **verificación periódica** del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

B. Órgano de vigilancia.

Cumplir con un deber de supervisión y control sobre los máximos responsables de la propia entidad enfrenta a las personas jurídicas al dilema de cómo vigilar al vigilante. Para responder a esta cuestión, el Código Penal propone introducir dentro de la empresa **una instancia que puede controlar la actuación de sus máximos responsables**: lo que la doctrina italiana denomina "un órgano de vigilancia".

La implantación de un órgano de vigilancia sólo se exige como condición para la exención de la persona jurídica en la primera vía de imputación de responsabilidad (delitos de sus máximos responsables: representantes y personas con capacidad de decisión, organización y control). Como hemos visto, ello obedece a una lógica muy clara: para ejercer el control sobre el resto de los empleados no sería necesario crear un órgano *ad hoc*, sino que los propios resortes del poder de organización de los administradores son suficientes para ello. Por el contrario, para vigilar a los máximos responsables se entiende que es necesaria una instancia nueva, **independiente del poder de gestión** de los propios vigilados.

Así, pues, sólo es aplicable la exención si, en efecto, la supervisión o vigilancia sobre la actuación de los altos responsables de la empresa está asignada a una instancia capaz de ejercerlas; lo cual requiere que goce de **poderes autónomos de iniciativa y control**.

Únicamente es razonable un esfuerzo organizativo tan grande en relación con **empresas de cierta entidad**. Por ello, en sociedades más pequeñas (las autorizadas

a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), las funciones de supervisión en cuestión pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración de la persona jurídica (art. 31 bis.3).

La autonomía e independencia del órgano deben medirse en relación con las tareas de control que debe realizar. De este modo, por ejemplo, carecería de esos poderes autónomos de iniciativa y control un órgano de vigilancia que dependiese jerárquica y funcionalmente de la alta dirección (de una dirección financiera, por ejemplo); o uno que no tuviese acceso a los documentos necesarios para su actividad, o que lo tuviese supeditado a específica autorización de un directivo, etc.

En esta línea, la Jurisprudencia italiana ha desestimado en ocasiones la aplicación de la cláusula de exención por considerar que el órgano de vigilancia carecía de suficiente autonomía e independencia.

C. Elusión fraudulenta.

La cláusula de exención sólo será aplicable si, adoptadas todas estas medidas y supervisado el modelo de organización y gestión por un "órgano de vigilancia", el delito fue posible debido a que su autor eludió fraudulentamente las medidas dispuestas para su prevención. Es decir: si el delito no se cometió *debido a que no había* medidas preventivas, sino precisamente *a pesar de que sí había* medidas preventivas.

Este requisito es indicativo de la **clase de medidas preventivas** que exige la cláusula de exención: deben ser de tal entidad que, para su elusión, la persona física debe haber desarrollado algún tipo de energía o actividad fraudulenta. En este sentido, como hemos señalado, no son suficientes meras directrices o guías de conducta interna si no se acompañan de controles adicionales, pues la mera infracción de la norma de un código interno no es una "elusión fraudulenta".

En nuestro caso PROTESIA, el Consejero Delegado y el Director financiero aprueban un pago *a sabiendas* de que es desproporcionado para pagar unas supuestas conferencias científicas; y que quien lo solicita en realidad es Berta B., una comercial suya función es captar médicos y que carece de formación científica.

El Consejero Delegado y el director financiero, que son sujetos con poder de mando en la empresa, han actuado dolosamente para organizar un sistema de pagos corruptos; y no han tenido que soslayar fraudulentamente ningún tipo de mecanismo de control sobre su conducta, pues no existía.

D. Diligencia del órgano de vigilancia.

Por último, la exención de responsabilidad para la persona jurídica en caso de delito cometido por sus máximos responsables requiere que el órgano de vigilancia **no haya incurrido en omisión o en un ejercicio insuficiente** de sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

Este requisito es coherente con la lógica del fallo organizativo o defecto de organización que inspira la reforma en este punto. Dado que el órgano de vigilancia es -o debe ser- una instancia con facultades similares a las de un administrador de hecho o de derecho en materia de prevención de delitos, su incumplimiento equivale a un fallo organizativo en el máximo nivel de la persona jurídica, y por ello determina la responsabilidad penal de ésta.

VI. El sistema de penas para personas jurídicas.

1. Introducción. Rasgos básicos del sistema de penas a personas jurídicas.

Veamos ahora los tres rasgos básicos del sistema de penas a personas jurídicas:

1º. **Catálogo de penas *numerus clausus*.** El art. 33.7 recoge un catálogo cerrado de penas a personas jurídicas, y las califica todas como penas graves. Se trata de las siguientes:

a) **Multa** por cuotas o proporcional.
b) **Disolución** de la persona jurídica.
c) **Suspensión** de sus actividades por un plazo no superior a cinco años.
d) **Clausura** de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años.
e) **Prohibición** de realizar las **actividades** en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito.
f) **Inhabilitación** para obtener **subvenciones** y ayudas públicas, para **contratar** con el sector público y para gozar de beneficios e **incentivos fiscales** o de la **Seguridad Social**, por un plazo no superior a quince años.
g) **Intervención judicial** por tiempo no superior a cinco años.

2º. **La multa es la pena básica**. La condena a una persona jurídica implica siempre, como mínimo, la imposición de una pena de multa.

3º. **Penas interdictivas facultativas.** Si el Juez o Tribunal estima que se dan una serie de circunstancias adicionales contempladas en el art. 66 bis (sobre todo, la *necesidad de interrumpir una continuidad criminal o sus efectos*), está facultado para aplicar además una serie de penas interdictivas o, en casos extremos, la disolución.

2. La pena de multa.

La pena de multa tiene una finalidad esencialmente preventivo general y es contemplada en sus dos modalidades: por cuotas diarias o proporcional.

La multa **por cuotas**, sustancialmente idéntica a la multa por cuotas para personas físicas, atendiendo a dos baremos:

1. el número de cuotas diarias (nunca inferior a diez, art. 50.3); y

2. el importe de cada cuota se establece atendiendo a la capacidad económica de la persona jurídica; obviamente, sus importes mínimo y máximo son mayores que los de las personas físicas: la cuota mínima es de 30 € y la máxima de 5000 € (art. 50.4).

La multa **proporcional** también aquí se calcula en atención al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo.

No obstante, cuando no sea posible determinar esos elementos, el art. 52.4 establece unas directrices alternativas para el cómputo de la pena de multa, que suponen su transformación en una multa por cuotas diarias:

Si la pena para la persona física es	La multa para la persona jurídica será
Prisión de más de 5 años	Multa de 2 a 5 años
Prisión de más de 2 y hasta 5 años	Multa de 1 a 3 años
Cualquier otra pena	Multa de 6 meses a 2 años

Es posible fraccionar el pago de la multa por un período de hasta 5 años, si lo contrario pusiese en peligro la continuidad de la empresa o sus puestos de trabajo, o por razones de interés general.

Si la pena no se satisface voluntariamente o por vía de apremio, se puede ordenar la intervención de la persona jurídica hasta que se produzca el pago.

3. Disolución y penas interdictivas.

A. La disolución.

Esta pena "producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita" (art. 33.7.b).

Para asegurar que la disolución no sea soslayada mediante expedientes fraudulentos, el art. 130.2 prevé consecuencias para los intentos de continuar la actividad de la persona jurídica bajo otra forma jurídica (*vid. infra* VII).

Su aplicación requiere que se cumplan una serie de **exigencias** cualificadas (art. 66 bis 2ª): no sólo el triple juicio del art. 66 bis 1ª (infra, apartado VI.4), sino que además se requiere que la persona jurídica sea multirreincidente o bien que se trate de una entidad instrumentalizada para la comisión de delitos.

B. Suspensión de actividades, clausura de locales y prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, facilitó o encubrió el delito.

Son penas con una vertiente preventiva especial, que buscan mitigar los riesgos de una continuidad delictiva. Por ello, a la hora de imponerlas el Juez debe identificar cuáles son las actividades o locales asociados al riesgo de continuidad delictiva.

Según el art. 33.7 *in fine*, la clausura de locales, la suspensión de actividades y la intervención judicial pueden adoptarse como medidas cautelares durante la instrucción de la causa. Por el juego de los principios generales de las medidas cautelares, sólo cabe imponerlas si a la persona jurídica se la investiga por un delito por el que podrían ser penadas con clausura, suspensión o intervención; y su duración no puede ser superior a la de la pena que correspondería a la persona jurídica en caso de ser declarada responsable (Dopico 2010; sigue esa interpretación la Circular 1/2011).

C. Inhabilitaciones.

El art. 33.7.f) no recoge una sola pena, sino un conjunto de ellas. El juez puede decidir imponer una o varias de ellas atendiendo a las necesidades preventivo-especiales.

- **Inhabilitación para contratar con el sector público** (debe tenerse en cuenta que en la legislación administrativa también se prevén prohibiciones de contratar con la Administración derivadas de ciertas condenas penales).

- **Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas**.

- **Inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social**.

D. La intervención judicial.

La intervención judicial para **salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores** de hasta cinco años es, junto con la multa, la única pena que tiene un mínimo de regulación en el Código Penal. Se trata de la pena con la vertiente preventivo-especial más evidente (Nieto Martín), por lo que debería ser potenciada como una de las principales penas interdictivas.

En efecto, la introducción de un sujeto con facultades de intervenir en la dirección de la empresa (ya sea materialmente, ya sea en términos de pura supervisión y vigilancia) permite dosificar un mayor o menor grado de injerencia correctora sobre una empresa cuando ésta amenaza con una continuidad delictiva, pero sin arriesgar innecesariamente sus puestos de trabajo o los compromisos con otros sujetos.

Cabe suspender o variar el contenido de esta pena atendiendo a la evolución de la peligrosidad subjetiva de la entidad intervenida, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.

Las facultades del interventor (así como la cualificación requerida para desempeñar tal función y su retribución) son remitidas por el CP a un desarrollo reglamentario. El art. 33.7.g) señala que "tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones".

4. Requisitos para la imposición de las penas interdictivas o la disolución.

Para imponer las penas accesorias facultativas de los apartados b) a g) del art. 33.7 (penas interdictivas y disolución) el juzgador deberá valorar la concurrencia de unos **requisitos** adicionales recogidos en el art. 66 bis.

En primer lugar debe realizarse el "triple juicio" contenido en el art. 66 bis 1ª. Según el Código Penal, este juicio consiste en *"tener en cuenta"* tres requisitos, en una valoración conjunta.

1º **Necesidad preventivo-especial** *("Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos")*. Estas penas tienen una fundamental vertiente preventivo-especial, por lo que para aplicarlas en primer lugar debe atenderse a este criterio. El riesgo en cuestión ha de referirse al acaecimiento de nuevos delitos de las características de aquél por el que la persona jurídica es condenada.

2º **Impacto social de la pena** *("Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores")*. Este requisito pretende evitar que un juez se vea obligado a imponer penas que puedan producir unos efectos colaterales desastrosos. Por ejemplo: en una empresa de economía real, la última *ratio* debe ser la disolución o la suspensión de toda actividad: antes deben adoptarse penas con menor impacto, como la intervención judicial o la prohibición de concretas actividades.

3º Nivel jerárquico en el que tuvo lugar el omiso control *("El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control")*. Así, cuanto más arriba en la estructura jerárquica haya tenido lugar dicha infracción, más grave será la conducta.

En segundo lugar, hay requisitos adicionales relativos a la **duración** de las penas interdictivas.

1º La pena interdictiva no podrá durar más que la privativa de libertad que estuviese prevista para las personas físicas en el concreto tipo penal.

2º Para imponerlas por tiempo superior a dos años, debe concurrir adicionalmente una de estas dos circunstancias (art. 66 bis 2ª):

- Que la persona jurídica sea reincidente (si se pretende que tenga duración superior a cinco años o definitiva -como en la disolución-, debe ser multirreincidente, en el sentido del art. 66.1.5ª).

- Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Debe tenerse en cuenta que para poder aplicar esta previsión, previamente debe poderse atribuir el delito a una persona jurídica; y ello requiere que el hecho se haya

cometido *en beneficio* de dicha persona jurídica, es decir, previendo que iba a reportarle algún tipo de provecho. Desde este punto de vista, el concepto de "persona jurídica utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales" no es de fácil aplicación, pues lo más frecuente será que cuando una persona jurídica es utilizada como instrumento para cometer delitos no sea la beneficiaria de esos delitos.

5. Determinación de la pena.

A. Atenuantes y agravantes.

En materia de determinación de la pena, el art. 66 bis se remite al régimen general para determinar la pena a personas físicas (art. 66.1), que regula el juego de atenuantes y agravantes a la hora de determinar la pena.

No existe previsión específica de agravantes para las personas jurídicas.

Debe tenerse en cuenta que la reincidencia y la multirreincidencia tienen su propia regulación en el art. 66 bis, determinando la aplicabilidad de penas interdictivas de larga duración.

Sin embargo, el Código Penal sí regula las atenuantes aplicables a la persona jurídica, que son:

1ª. Las de conducta postdelictiva recogidas en el art. 31 quater (confesión, reparación, colaboración con la investigación y adopción de medidas preventivas), cuya función es claramente promocional: buscan promover la colaboración con la Justicia y la adopción de buenas prácticas preventivas, a cambio de la atenuación.

2ª. La "eximente incompleta" de los arts. 31 bis 2 y 4 (introducida por la LO 1/2015).

B. Confesión.

El Legislador ha transcrito aquí el mismo texto de la atenuante del art. 21.4, pero sin adaptarlo a las personas jurídicas. Por ello, surgen algunas dudas:

- ¿Quiénes son los sujetos cuya confesión produce un efecto atenuante? El Código Penal exige que la confesión se realice "a través de sus representantes legales". No obstante, no hace falta que la confesión sea realizada directa y personalmente por el representante legal: su ejecución material puede ser delegada.

- ¿Cuándo conoce una persona jurídica que el procedimiento se dirige contra ella? La respuesta más intuitiva es derivarlo del conocimiento que tenga la persona que debe confesar (es decir: el representante legal) y no del que tenga cualquier trabajador.

C. Reparación.

También se trata de la transcripción directa del texto de la atenuante genérica (art. 21.5), con alguna modificación terminológica.

Subsiste la duda sobre qué papel debe tener el representante legal. Obviamente, no ha de ser él quien materialmente realice el acto de reparación o disminución del daño.

D. Colaboración en la investigación con pruebas nuevas y decisivas.

Se debe tratar de pruebas relativas a la comisión del concreto delito por parte de una persona al servicio de la persona jurídica o de pruebas relativas a la omisión del debido control. Esta circunstancia plantea una ampliación de las posibilidades de atenuación por colaboración con la Justicia.

Puede adivinarse que lo que inspiró la introducción de la atenuante fue incentivar que las empresas denuncien a quienes cometen delitos en su provecho, en vez de encubrirlos.

A este respecto, debe distinguirse:

- Si en el momento del delito la empresa ya tenía procedimientos de prevención y de reacción al delito reales y efectivos que preveían la denuncia de las personas que cometan delitos, y por su funcionamiento se detecta y denuncia al empleado que lo cometió, debe entenderse que la empresa *sí prestó el cuidado debido* mediante un control reactivo, por lo que no sólo hablamos de una simple atenuante, sino que no cabe imputarle ninguna responsabilidad penal (Dopico, 2010; la Circular FGE 1/2016 ha acogido esta interpretación).
- Si una empresa no prestó el control debido, pero posteriormente en el procedimiento judicial proporciona información nueva y decisiva sobre el delito y su ejecutor material, esta colaboración surtirá efecto atenuante.

Sin embargo, e independientemente de lo pretendido al introducir este precepto, la redacción final es sumamente problemática. Su **deslinde con la atenuante de confesión es difícil**, pues toda confesión antes de que el procedimiento se dirija contra alguien ya es en sí una prueba "nueva y decisiva"; y al permitirse el juego de la atenuante de "colaboración" con un margen temporal mucho más amplio que el de "confesión"

(pues información puede proporcionarse *en cualquier momento del procedimiento*), termina por absorberla de facto.

E. Establecimiento postdelictivo de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Se trata de otra atenuante con función promocional: busca que la persona jurídica infractora, que ha permitido la comisión de delitos en su seno por un fallo de organización, adopte medidas que en el futuro eviten esa falta de control.

Nótese que el establecimiento de medidas de prevención, descubrimiento y reacción ante el delito en la persona jurídica puede tener lugar **después o antes** de la comisión de un delito.

- Si el programa de medidas preventivas y reactivas suficiente e idóneo para la evitación de futuros delitos se adopta **una vez cometido el delito**, para prevenir nuevos delitos en el futuro, ello surte efectos atenuantes.

Por otra parte, si dicho programa es idóneo para impedir una continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos y su adopción resulta creíble y fiable, tiene además un segundo efecto: impide que se le impongan a la persona jurídica penas interdictivas o de disolución, ya que decaerá el requisito principal del art. 66 bis 1ª (la necesidad de interrumpir una continuidad delictiva o sus efectos); quizá con la excepción de la intervención judicial, pues dada la flexibilidad con la que está configurada, podría imponerse con la finalidad de supervisar la correcta implantación de dichas medidas.

- Por el contrario, si **antes de la comisión del delito** se establece un programa dotado de medidas preventivas pero pese a ello alguien en la empresa comete un delito en los términos del art. 31 bis, hablaremos de un delito que no fue posible por la falta del debido control, sino *pese a su existencia*. Por ello, esto determinará la exención de la persona jurídica: tanto por la primera vía (si concurren los requisitos del art. 31 bis 2) como por la segunda vía (pues no habría habido defecto de control).

F. Atenuante por cumplimiento parcial de los requisitos exigidos para exonerar a la persona jurídica.

El art. 31 bis 2, tras regular la exención de responsabilidad para la empresa cuyos dirigentes hubiesen cometido delitos, siempre que hubiese implantado

modelos efectivos de prevención de delitos, continúa del siguiente modo: *"En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena"*. En el apartado 4 del mismo artículo se recoge una cláusula similar para los casos de delito cometido por otros empleados.

La redacción es defectuosa. Para empezar, la idea de "acreditación parcial" es incorrecta. Lo que probablemente pretendía decir el legislador es que si *la diligencia* en la prevención de delitos no ha sido plena sino parcial, ello no podrá determinar una exención de pena, sino únicamente una atenuación (algo que, obviamente, no tiene nada que ver con *si se prueba plena o parcialmente*).

Así interpretada la cláusula, la idea parece sencilla: si la diligencia plena exime de pena, una "diligencia parcial" puede servir para atenuarla.

Por supuesto, no será posible atenuar la pena a una empresa que ha implantado en su seno un programa de cumplimiento inoperante, simplemente para fingir que cumplía con esas tareas preventivas ("*cosmetic compliance*"). Así, si la falta de cumplimiento es de un grado tal que permite hablar como mínimo de una **imprudencia grave en la prevención del delito**, no debe ser aplicable la atenuación.

Más difícil aún es interpretar esa mención al efecto atenuante de la diligencia "parcialmente acreditada" que hace el art. 31 bis 4 en relación con los delitos cometidos por personal subordinado. Ello es así porque para que pueda haber responsabilidad de la persona jurídica por esta segunda vía es necesario que haya un **incumplimiento grave** de los deberes de supervisión, vigilancia y control (si el incumplimiento es leve, no existe responsabilidad criminal, por lo que no tiene sentido hablar de atenuantes). Entonces ¿a qué supuestos es aplicable la atenuación? ¿A casos en los que existía un programa de cumplimiento tan inoperante que permite decir que los máximos responsables de la persona jurídica han incurrido en un incumplimiento grave? La cláusula del art. 31 bis 4 es fruto de una legislación irreflexiva.

6. Otras consecuencias jurídicas: la responsabilidad civil.

La responsabilidad de la persona jurídica lleva aparejada su responsabilidad civil de forma solidaria con la de las personas físicas condenadas por los mismos hechos. Se trata de responsabilidad civil directa, a diferencia de los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria regulados en el art. 120.

VII. Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Excepciones para evitar la elusión de la responsabilidad.

Las **causas generales** de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1) también extinguen la responsabilidad de la persona jurídica, obviamente a excepción de la muerte del reo. Para suplir la inaplicabilidad de esa primera causa, el art. 130.2 introduce unas consideraciones relativas a la extinción de la responsabilidad penal por la circunstancia más similar a la muerte de una persona jurídica: la **disolución**.

El art. 130 no dice expresamente que la disolución de la persona jurídica extingue la responsabilidad penal, pero por una parte es **algo evidente** (la desaparición del reo imposibilita su enjuiciamiento y la imposición de la pena); y por otra está **implícito** en la regulación del art. 130.2, que se dedica precisamente a establecer **excepciones** a dicha extinción cuando la **disolución sea meramente aparente** o cuando haya una **sucesión de empresas**: de ello hablaremos a continuación.

En efecto: el art. 130.2 tiene un claro objetivo: **evitar que se intente eludir una pena a una persona jurídica "X"** ***disolviéndola y fundando otra persona jurídica "Y", idéntica o similar***, para continuar la actividad soslayando la acción de la Justicia.

1ª Disolución aparente. El art. 130.2 *in fine* niega la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la disolución sea meramente aparente. Ello ocurrirá cuando, pese a la extinción formal, la realidad material y económica de la empresa continúe mediante otra nueva entidad. La clave para determinar si esto es así es, según este precepto, la existencia de una **continuidad en la actividad económica** con identidad sustancial de todos o una parte relevante de sus clientes, proveedores y empleados.

> Dependiendo de las circunstancias concurrentes, este intento fraudulento de eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica puede ser constitutivo, además, de delitos como el alzamiento de bienes específico del art. 258.
>
> La denominación legal "disolución encubierta" es errónea. Lo que se encubre en una disolución aparente no es la disolución, sino justo lo contrario: la subsistencia o «no-disolución» de la persona jurídica.

2ª Sucesión de personas jurídicas. El aspecto más complicado y polémico del art. 130.2 reside en la regulación de las consecuencias que puede

tener en la responsabilidad penal la sucesión de empresas (transformación, escisión, fusión, absorción). La regla es la siguiente:

> "La **transformación**, **fusión**, **absorción** o **escisión** de una persona jurídica **no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará** a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella".

El objetivo del precepto (evitar que se pueda soslayar la responsabilidad mediante modificaciones en la forma de la persona jurídica) es absolutamente razonable. Sin embargo, como veremos, la solución adoptada por el legislador español plantea no pocos problemas: muy especialmente, en relación con el empleo del concepto "**traslado de la responsabilidad penal"**.

- **Transformación de la persona jurídica.** Hablar de «traslado» de responsabilidad penal o de la pena en este caso es, en realidad, un modo de referirse a algo mucho menos problemático. Significa que aunque una persona jurídica tras la comisión del delito *cambie de forma societaria*, si la realidad económica y empresarial de la entidad sigue siendo la misma, el Código Penal decide ignorar el cambio. A efectos penales, se declara la continuidad entre la entidad originaria y la sucesora.

- **Escisión.** Algo similar ocurre con la escisión de la persona jurídica. El juez o tribunal ha de proceder a la punición de las entidades resultantes tras la escisión, que no son sino una fragmentación de la realidad económica de la entidad infractora.

- **Fusiones y absorciones.** Lo verdaderamente problemático es el así llamado "traslado de la responsabilidad penal" y "de la pena" a la entidad resultante tras una fusión o, sobre todo, a la entidad absorbente tras una absorción, que se refiere al caso de que tras la absorción se juzgue y condene a la entidad absorbente por unos hechos atribuibles a la entidad absorbida.

Nótese que no hablamos de que una persona jurídica adquiera las acciones o participaciones sociales de otra, sino de que **la entidad absorbida se extinga y se integre en la absorbente**, o de que **se fundan ambas** en una nueva persona jurídica.

Ello plantea ciertas dudas respecto de su compatibilidad con los principios constitucionales de personalidad de la responsabilidad penal y de prohibición

de la responsabilidad objetiva. Si considerásemos que tras una absorción la entidad absorbente deviene penalmente responsable por un hecho con la que, en el momento de su comisión, no tuvo ningún contacto, nos encontraríamos ineludiblemente ante una norma que obliga a enjuiciar y declarar culpable a un sujeto por un hecho que, en el momento de su comisión, ni pudo evitar, ni le era atribuible.

Imaginemos que en 2017 una sociedad mercantil nacida en 2016 absorbe a una pequeña empresa que en 2015 había cometido un delito. Juzgar y condenar a la entidad absorbente, que ni siquiera existía cuando se cometieron los hechos, se antoja extraño.

Hubiese sido notoriamente menos problemático regular para estos casos un régimen de "responsabilidad de la entidad absorbente en el pago de la multa de la entidad absorbida", similar al que contenía el derogado art. 31.2 en la redacción que le dio la Ley Orgánica 15/2003. Y si lo que se pretendía era, como decía el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, evitar que la responsabilidad penal pudiese ser "burlada", entonces deberían haberse arbitrado mecanismos que permitiesen la retroacción y anulación de la absorción o fusión, para procesar y sancionar a la persona jurídica verdaderamente infractora.

Para evitar que el art. 130.2 conduzca en estos casos a una responsabilidad penal objetiva, Ortiz de Urbina (2011) ha propuesto que sólo se traslade a la entidad absorbente la responsabilidad penal de la absorbida cuando aquélla no haya prestado el *cuidado debido en la absorción*, realizando un análisis de indicios que pudiesen revelar que la entidad absorbida estaba o podía llegar a estar imputada ("*due diligence*"); pues en tal caso ya cabe hallar un momento de responsabilidad subjetiva en la entidad absorbente.

La propuesta ha de ser apreciada en la medida en que permite evitar en algunos supuestos el "traslado de la responsabilidad penal". Sin embargo, no resuelve el problema de inconstitucionalidad. No cabe concluir que si la entidad fue *negligente en el momento de la absorción*, esa negligencia ya permite, sin tacha de responsabilidad objetiva, condenar a la sociedad absorbente por el delito cometido por la absorbida quizá años antes. Y ello, porque se trata de ***dos infracciones distintas***. Retomemos el ejemplo anterior (*en 2017 una sociedad mercantil nacida en 2016 absorbe a una pequeña empresa que en 2015 había cometido un cohecho*). No se puede atribuir a la empresa absorbente responsabilidad por un cohecho cometido en el año 2015 (¡cuando ni siquiera existía!), y fundar ese reproche con una supuesta infracción de un deber de cuidado cometida en el momento de la absorción, en 2017.

Sea como fuere, lo que bajo ningún concepto cabe interpretar es que puedan trasladarse a la entidad absorbente las penas interdictivas o la disolución

(art. 33.7, apartados b) a g). La imposición de esas penas exige atender a las características preventivo-especiales que tenía la entidad en el momento de cometer el delito y comprobar si continúan en el momento de la imposición. Al ser distinta la persona jurídica que cometió el delito y aquélla a la que se impone la pena, no es posible tal continuidad.

> Se impone, pues, una revisión de este precepto. Imagínese tan sólo en los riesgos a los que se expone cualquier sociedad mercantil que absorba a otra: a una condena por un delito pretérito de la entidad absorbida (con las consecuencias que puede ello tener en el terreno extrapenal: exclusión de la contratación con las administraciones, daño reputacional, etc.). Un riesgo para cuyo control la regulación vigente no ofrece apoyo alguno.

VIII. Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica.

1. Introducción.

El art. 129 viene a completar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, previendo una serie de consecuencias accesorias imponibles a las entidades que carecen de personalidad jurídica y que, por ello, no podrían ser responsables por la vía del art. 31 bis.

Se trata de medidas de **aplicación facultativa**: sólo serán impuestas cuando el juez o tribunal estimen que su aplicación es necesaria y así lo motive en la propia sentencia condenatoria.

Contenido material de estas consecuencias. Para definir el contenido de estas consecuencias, el art. 129 se remite a las *penas* previstas en el art. 33.7, apartados c) a g), es decir: todas las previstas para las personas jurídicas, salvo la multa y la disolución; y añade una: la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, lícita o ilícita.

Accesoriedad. Para su aplicación se requiere que el autor de la conducta haya sido condenado penalmente por la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable. Dado que el precepto habla expresamente de consecuencias "accesorias a la pena" correspondiente al autor del delito, es necesario que éste haya sido penado. Si por cualquier circunstancia, incluida la ausencia de culpabilidad, el juego de excusas absolutorias, etc., al autor no se le impone pena alguna, las consecuencias accesorias no podrán ser impuestas.

Naturaleza jurídica. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias es tradicionalmente debatida**.** A pesar de la coincidencia material entre el contenido de estas medidas y el de algunas de las penas para personas jurídicas, el legislador no ha deseado ubicar estas consecuencias bajo el *nomen iuris* "pena".

La regulación del art. 129 es defectuosa. Basta señalar que el legislador olvidó incluir cuál es la finalidad de la aplicación de estas medidas: nótese cómo el art. 129.3 habla de aplicar estas consecuencias como medidas cautelares "a los efectos establecidos en este artículo", pero el artículo no menciona *cuáles son esos efectos*. Como se verá, una interpretación sistemática abona la idea de que se trata de consecuencias jurídicas dirigidas a controlar la peligrosidad de este tipo de entidades o instalaciones, por lo que su naturaleza se asemeja a la de las medidas de seguridad (en este sentido, ya antes de 2010, Silva Sánchez; siguiéndole, STS 480/2009, de 22 de Mayo de 2009, FD 193).

Independientemente de la naturaleza jurídica de estas consecuencias accesorias, no caben dudas sobre su capacidad de generar **antecedentes penales** (art. 136.3).

2. Criterios materiales para su aplicación.

El art. 129 entiende que cabe aplicar estas medidas accesorias en dos **supuestos**:

1º. cuando se cometa uno de los delitos para los que el Código prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero "en el seno, con la colaboración, a través o por medio de" un ente colectivo sin personalidad jurídica; o

2º. cuando un específico precepto del Código Penal directamente remita a estas "medidas".

Finalidad de estas medidas. Por otra parte, una interpretación sistemática revela que, tanto por su naturaleza jurídica como por la expresa mención del art. 66 bis, se trata de medidas que buscan prevenir una continuidad delictiva. Por ello, debe entenderse que la imposición de estas medidas sólo procede **cuando sea necesario interrumpir una continuidad delictiva o sus efectos, y con atención a las consecuencias sociales, económicas y laborales de su imposición.** Esto es lo que deberá motivarse en la sentencia.

El Código prevé la adopción de estas medidas con otras posibles finalidades:

1ª El art. 129.3 prevé su aplicabilidad como medidas cautelares.

2ª Asimismo, los arts. 520 y 570 quater prevén que los jueces o tribunales deberán acordar la disolución "y, en su caso, [la imposición de] cualquiera otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código" a las asociaciones ilícitas y a las organizaciones o grupos criminales. Esta previsión es perturbadora: no sólo porque no añade nada a la disolución, sino porque no se compadece con las necesidades de respuesta penal ante organizaciones criminales y asociaciones ilícitas. Es irrazonable pensar en imponer a una organización mafiosa o terrorista una intervención judicial o la prohibición de obtener subvenciones.

3. Sujetos a los que cabe imponer estas consecuencias accesorias: entidades sin personalidad jurídica.

El art. 129 en principio restringe su ámbito de aplicación a "empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas" sin personalidad jurídica.

Dado el amplísimo tenor literal del precepto, debe interpretarse de modo restringido para acotar razonablemente a qué **agrupaciones** serían aplicables estas consecuencias accesorias.

Así, sí cabe entender comprendidas en este precepto a entidades como por ejemplo las sociedades civiles secretas, en las que el pacto societario se mantiene oculto y los socios contratan con terceros aparentemente en nombre propio (art. 1669 CC), las comunidades de bienes, etc.

Es claro que las consecuencias del art. 129 son aplicables también a las **UTEs**. Una UTE es una empresa sin personalidad jurídica: una entidad colectiva en la que participan dos o más empresas -éstas sí dotadas de personalidad jurídica- para la realización de una concreta obra o servicio. Las UTEs cuentan con órganos propios, similares a los de una sociedad de capital ("Junta de empresarios" en vez de Junta General, "Comité de gerencia" en vez de Consejo de Administración), tienen establecimientos propios, etc., pero carecen de personalidad jurídica.

Algunos autores, y también la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, han afirmado que la regulación del art. 129 es aplicable a los **grupos de empresas** que, como tal, no tienen personalidad jurídica. No obstante, se trata de una interpretación errónea.

Ello es así porque imponer las "medidas" del art. 129 a grupos de empresas supone imponérselas directamente a las concretas personas jurídicas que los integran. Las actividades que se realizan en un grupo de empresas las realizan esas concretas personas jurídicas. Por ello, medidas como la prohibición de actividades, la clausura de locales o la intervención judicial, cuando se dirigen a un grupo de empresas sin personalidad jurídica, han de recaer necesariamente de modo directo sobre esas personas jurídicas. ¡No es posible clausurar los locales de un grupo de sociedades sin clausurar los de las sociedades en sí!

Por ello, sería absurdo que para imponer una clausura a una sola persona jurídica hubiese que cumplir un complejo conjunto de requisitos que imponen los artículos 31 bis y 66 bis CP, pero para imponérselo a algunas o a todas las personas jurídicas que integran un grupo de sociedades bastase con probar los requisitos tan genéricos que exige el art. 129 (como que el grupo de empresas "colaboró" en el delito o que éste se cometió "en su seno").

Nótese la diferencia con las UTEs: cabe perfectamente clausurar los locales de una UTE, suspender sus actividades, etc., sin que ello suponga clausurar los locales ni suspender las actividades de las personas jurídicas que participan en ella.

De todo ello se deduce que **a los grupos de empresas no les son aplicables las consecuencias del art. 129**. Para imponer suspensiones de actividades, clausuras de locales, intervención judicial, etc. a cada una de las personas jurídicas que integran un grupo de empresas, debe hacerse a través del régimen general de los artículos 31 bis y 66 bis.

Anexo. Delitos por los que puede deducirse responsabilidad penal para las personas jurídicas

Tráfico ilegal de órganos	Art. 156 bis
Trata de seres humanos	Art. 177 bis
Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores	Art. 189 bis
Delitos contra la intimidad, allanamiento informático y otros delitos informáticos	Art.197 quinquies
Estafas y fraudes	Art. 251 bis
Frustración de la ejecución	Art. 258 ter
Insolvencias punibles	Art. 261 bis
Daños informáticos	Art. 264 quater
Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	Art. 288
Blanqueo de capitales	Art. 302
Financiación ilegal de partidos políticos	Art. 304 bis

Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social	Art. 310 bis
Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	Art. 318 bis
Delito de construcción, edificación o urbanización ilegal	Art. 319
Delitos contra el medio ambiente	Arts. 327 y 328
Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes	Art. 343
Delitos de riesgo provocado por explosivos	Art. 348
Delitos contra la salud pública relativos a sustancias peligrosas, medicamentos, dopaje, delitos alimentarios y similares	Art. 366
Tráfico de drogas	Art. 369 bis
Falsedad de moneda	Art. 386
Falsedad en medios de pago	Art. 399 bis
Cohecho	Art. 427 bis
Tráfico de influencias	Art. 430
Provocación a la discriminación, el odio y la violencia	Art. 510 bis
Financiación del terrorismo	Art. 576 bis
Delitos de contrabando	Arts. 2 y 3 Ley Org. de Represión del Contrabando

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el Tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

DOPICO GÓMEZ-ALLER, "Responsabilidad de las personas jurídicas", en *Memento Experto Reforma Penal 2010* (Francis Lefebvre, 2010); y en el *Memento Penal* desde 2011 a 2017.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./NIETO MARTÍN, A., "Dos órganos de cumplimiento en las empresas", *Almacén de Derecho*, 3-6-2016 (http://almacendederecho.org/urgente-dos-organos-cumplimiento-las-empresas)

NIETO MARTÍN, A. "Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo", *Almacén de Derecho*, 24-6-2015 (http://almacendederecho.org/regreso-al-futuro-el-nuevo-31-bis-del-codigo-penal-desde-la-experiencia-italiana-el-caso-impregilo).

NIETO MARTÍN, A. (Director) /LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *et al.*, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Tema 5

ESTAFAS Y OTROS FRAUDES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Claves: Quizá la imagen paradigmática de estafa en el imaginario colectivo se corresponda más bien con timos callejeros que con fraudes cometidos en el contexto de la actividad mercantil. Sin embargo, con una somera consulta a una base de datos encontraremos una extensa Jurisprudencia relativa a estafas que tienen lugar en el tráfico económico. Como veremos, cuando una de las partes lleva a la otra mediante engaños o maquinaciones a contratar en su propio perjuicio o en el de otra persona, cabe hablar de una estafa. En este tema analizaremos cuándo puede constituir estafa un engaño en el tráfico mercantil y qué características debe tener ese engaño para ser típico cuando la víctima es un comerciante (características distintas de las que debe tener cuando la víctima es un consumidor); y distinguiremos esos casos de los fraudes que son sólo constitutivos de ilícito civil. Abordaremos si puede decirse que estafa quien no miente expresamente, pero omite comunicar ciertos datos relevantes para el negocio. Finalmente, estudiaremos algunas figuras específicas de estafa de gran importancia en el Derecho penal económico, como los fraudes inmobiliarios.

Caso ACAI

"El acusado Gerardo [...], desde Julio de 1999 a Abril de 2000 vino realizando en connivencia y pleno conocimiento para el también acusado Juan Antonio actividad de captación de capital de multitud de inversores, a quienes se retribuía con un interés anual que oscilaba entre el 50% y el 120%. [...].

La cantidad percibida en todos los contratos de préstamo realizados gira en torno a los 2.807.099.000 pts. [16.871.005 euros] y hasta la intervención judicial (Abril 2000) por el acusado Juan Antonio **se iban haciendo frente a los grandes intereses de capital prestados con las nuevas captaciones de capital**, aportadas en una estructura piramidal de acción que en un momento dado estaba llamada a ser inviable y a cesar, pues pese a las manifestaciones que por los acusados se hacían a los inversores, de que las cantidades iban a ser destinadas a grandes operaciones inmobiliarias y promociones artísticas, y que estaban garantizadas con los patrimonios

personales de los acusados y sus sociedades, lo cierto es que ni las inversiones inmobiliarias ni las producciones artísticas fueron realizadas, al menos de forma viable, y el patrimonio con que se garantizaba tampoco existía, habiendo sido destinado el dinero prestado en proporcionarse Juan Antonio un nivel de vida y una apariencia personal de cara a la sociedad impropia de una persona sin ingresos propios y nulo patrimonio. A los efectos de aparentar la realización de operaciones de inversión inmobiliaria fue realizado por el acusado Juan Antonio un dossier de propiedades personales y de su empresa, en algunos casos inventadas [...].

Ni Juan Antonio ni Gerardo se encuentran debidamente inscritos ni autorizados por organismo competente, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, para captar pasivo de terceros para inversiones inmobiliarias, gestión o administración de fondos.

Desde el momento en que los acusados dejaron de captar capital, cesó la actividad de devolución de éste y del pago de intereses por lo que a los inversores que a continuación se relacionan no se les ha devuelto lo invertido en su día".

Sentencia del Tribunal Supremo 554/2010, de 25 de mayo.

I. Estafa empresarial y "negocios jurídicos criminalizados".

El Tribunal Supremo emplea las expresiones "negocios jurídicos criminalizados" y "contratos civiles criminalizados" para referirse a la forma de aparición más habitual de la estafa en el ámbito de la delincuencia empresarial.

"Cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado" (STS 416/2015, de 22 de junio).

Con esta expresión los tribunales no aluden a un subtipo específico de estafa, sino que aluden a las estafas comunes que se cometen en el contexto de relaciones jurídico-civiles o mercantiles.

En las próximas páginas haremos un repaso de los elementos de la estafa común atendiendo a su modo de manifestarse en el tráfico empresarial; para posteriormente analizar algunas modalidades de estafa impropia (informática, inmobiliaria...) que también tienen especial interés desde el punto de vista del Derecho penal de empresa.

Elementos típicos de la estafa propia		
Tipo objetivo	*Sujetos*	Sin particularidades
	Conducta	Inducir a otro a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno
	Medio comisivo	Usar engaño bastante para producir error en otro
	Resultado	Perjuicio patrimonial
Tipo subjetivo	*Elemento general*	Dolo
	Elemento específico	Ánimo de lucro

II. Sujetos activo y pasivo.

La estafa no exige cualidades especiales en el sujeto activo: se trata de un **delito común**. Asimismo, se trata de un delito que determina responsabilidad penal de las **personas jurídicas** (art. 251 bis) si es cometido en beneficio de éstas bajo las condiciones que se establecen en el artículo 31 bis.

Tampoco contiene requisitos relativos al sujeto pasivo, si bien las relaciones que medien entre autor y víctima son un elemento de determinación de la pena, como se verá más adelante. Puede ser víctima una persona física o una jurídica (incluidas las de Derecho público).

Como este delito puede cometerse induciendo fraudulentamente a alguien a un acto de disposición **en perjuicio propio o ajeno,** en la estafa el perjudicado puede coincidir con el engañado o no. Este último caso se dará, por ejemplo, cuando el autor induce a un empleado, un gestor, etc., a disponer en perjuicio de su mandante. A estos casos la doctrina los ha denominado "estafa de triángulo", y no son infrecuentes en Derecho penal de empresa.

III. Inducir a un acto de disposición.

La estafa es un delito que se comete mediante actos de comunicación: engañar para inducir o convencer a alguien de que realice un acto de disposición.

La inducción debe interpretarse como la **determinación de la voluntad de otro** a la realización del acto de disposición. Debe exigirse una in-

fluencia determinante en el acto de disposición: el engañado debe realizar el acto de disposición engañado, condicionado por el engaño del sujeto activo. Si ese condicionamiento no llega a producirse, sólo cabrá acudir a la tentativa.

Si hablamos de estafas en el ámbito empresarial, esta inducción se manifestará habitualmente como un llevar a la otra parte a contratar, a asumir una obligación, a pagar una cantidad, etc.

El caso ACAI que proponíamos al inicio del tema, los autores inducían a un acto de disposición patrimonial consistente en unas *inversiones* en un hipotético e inexistente negocio inmobiliario y de promociones artísticas.

No debe interpretarse esta **inducción a disponer** con las mismas exigencias que la inducción a cometer delito del art. 28 CP. Así, el tipo de estafa no exige que la inducción a disponer sea una comunicación directa e inmediata entre el defraudador y el engañado: téngase en cuenta que de no ser así, deberían considerarse atípicas las estafas piramidales (en las que "los inversores primeros, convencidos de la seriedad de su inversión, difunden boca a boca a otras personas que los intereses aportados se abonaban efectivamente, extendiendo así, de forma involuntaria, los efectos de la estafa", STS 700/2006, de 27 de junio) o aquellas en las que el defraudador se vale de otras personas para transmitir el mensaje engañoso, como puede ocurrir en un fraude a una gran empresa en connivencia con alguno de sus empleados.

Se plantean dudas cuando el sujeto pasivo ya estaba engañado antes de la intervención del sujeto activo (**casos de refuerzo del error**). En mi opinión, si se cumplen el resto de los requisitos típicos, *en ocasiones* estos casos sí pueden ser considerados estafa: por ejemplo, cuando la víctima solicita al sujeto activo información para salir de su error, y este engañosamente le mantiene en su error. Ello es así porque la víctima plantea un **consentimiento condicionado** ("consentiré si me aclaran que los hechos X son de este modo"), y el engaño logra que la víctima lo preste.

Imaginemos que el comprador de la finca se dirige al despacho de G, creyendo que es el gerente de la promotora, para entregarle un cheque con el último pago de su vivienda. El comprador le pide a G que le confirme si en efecto sigue siendo el gerente de la promotora, y G le contesta que en efecto lo es (confirmando así la idea errónea que C tenía previamente sin su intervención). Ante la confirmación de esa idea, el comprador G le entrega el cheque. Lo cierto es que G no era gerente pues había sido despedido meses antes, pero acepta el pago con ánimo de lucro ilícito. Sin duda, el caso debe considerarse estafa, pues el comprador C manifestó su consentimiento condicionado (*pagaré si me confirma usted que es el gerente*), y el sujeto G le engañó sobre la concurrencia de esa condición.

Sin embargo, cuando no se da ese "consentimiento condicionado", es difícil que el simple *no sacar del error* encaje en el tipo de estafa.

El **acto de disposición** inducido es la conducta mediante la cual la víctima hace salir un activo patrimonial de su esfera de dominio. No es necesario, por supuesto, que se trate de un acto de disposición jurídico-civilmente válido: en una estafa siempre estaremos hablando de disposiciones civilmente nulas, es decir, realizadas con un consentimiento viciado de nulidad por el engaño del sujeto activo (art. 1265 y 1269 del Código Civil).

Por ello mismo, constituye estafa inducir con engaños a otro a entregar un activo patrimonial aunque el engañado pensase que lo que realizaba no era un acto de disposición (por ejemplo: hacerle creer a la víctima que está cediendo en arrendamiento una maquinaria, cuando en realidad el autor pretende no devolverla sino despojarle de ella). Como ha señalado la doctrina, si no se considerase típica la estafa cuando el engaño versa precisamente sobre el carácter dispositivo del acto al que se está induciendo, se vaciaría de contenido el tipo agravado de estafa con abuso de firma.

En las estafas empresariales el sujeto activo suele inducir a la víctima precisamente para que preste consentimiento en un negocio jurídico o contrato civil a sabiendas de que no cumplirá con su parte y de que la víctima se verá perjudicada. Lo más habitual será que el acto de disposición sea la transmisión de un bien, la realización de un pago dinerario. En la jurisprudencia podemos hallar estafas en las que se induce a otros actos de disposición como la contracción de obligaciones, la asunción de cargas reales, la prestación de servicios profesionales, etc.

IV. El engaño en las estafas cometidas en el tráfico mercantil.

1. El engaño como modo de manipulación de la voluntad del disponente.

En la estafa el sujeto activo no realiza un ataque de propia mano al patrimonio ajeno, sino que se vale del engaño para manipular la voluntad de otra persona, sirviéndose de ella como un instrumento para así irrogar el daño patrimonial. Por eso se ha llegado a decir que la estafa es un caso de autoría mediata expresamente tipificado por el legislador (Kindhäuser).

El engaño es un acto de comunicación mediante el cual se transmite **información falsa**; y en la estafa empresarial hablamos de un engaño sobre un extremo relevante de un intercambio económico.

En el caso ACAI que proponíamos al inicio del tema es un claro ejemplo de lo que se suele llamar *trama de Ponzi* o *estafa piramidal*. Los inversores captados fueron **engañados** para que creyeran que existía un negocio de inversión que producía altísimas rentabilidades, y que las inversiones estaban garantizadas con el patrimonio de los promotores. En realidad **no existían** ni las garantías ni el supuesto negocio: los grandes intereses que los estafados cobraron en un principio en realidad procedían, como dice la sentencia, de *"las nuevas captaciones de capital, aportadas en una estructura piramidal de acción que en un momento dado estaba llamada a ser inviable y a cesar"*. De hecho, los estafadores ni siquiera estaban inscritos ni autorizados por organismo competente para captar pasivo de terceros con vistas a la inversión inmobiliaria, gestión o administración de fondos.

En el supuesto paradigmático, el estafador engaña **ocultando su intención de no cumplir con su parte del contrato** (o la imposibilidad de hacerlo). En este sentido, el sujeto activo engaña sobre un "hecho interno": su voluntad de no cumplir con la prestación pactada.

"El engaño surge porque el autor simula un propósito serio de contratar mientras que, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales o legales" (STS 163/2014, de 6 de marzo).

Pero el engaño también puede versar sobre las **características del bien** que le va a entregar a la víctima (por ejemplo, el estado de unas viviendas que se adquieren o la urbanizabilidad de la finca que se está vendiendo), la existencia o inexistencia de **cargas** que pesen sobre él o incluso el hecho de que el sujeto en realidad **no sea su titular** y por ello no pueda transmitirlo.

Para cumplir con los requisitos típicos de la estafa, el engaño debe reunir tres características: debe ser antecedente a la disposición de la víctima, ha de ser bastante para producir error y finalmente debe ser causante de la disposición perjudicial.

Como regla mnemotécnica, podemos decir que **el engaño es el A-B-C de la estafa (Antecedente-Bastante-Causante)**.

2. Engaño antecedente.

"**Que el engaño sea antecedente** quiere decir que debe ser anterior y precedente del acto de disposición, ya que este viene a ser consecuencia, y por tanto posterior a aquél, de suerte que los supuestos de dolo *subsequens* quedan extramuros del delito de estafa. **Que el engaño sea causal** supone la existencia de un nexo de causalidad entre este y la disposición patrimonial, de forma que esta sea generada por el engaño que actúa como antecedente necesario sin el cual no se hubiese producido el acto de disposición" (STS 161/2002, de 4 de febrero, FD 2º).

La referencia al engaño "antecedente" significa que el engaño ha debido preceder al acto de disposición; y la nota "causante" subraya la necesidad de que el acto dispositivo sea consecuencia del engaño. Se trata, evidentemente, de una redundancia, pues la causa debe anteceder en cualquier caso a su consecuencia.

Sin embargo, esta redundante insistencia de la Jurisprudencia en la exigencia de engaño "antecedente" es razonable, porque uno de los motivos más habituales para rechazar la acusación de estafa en los negocios jurídicos criminalizados es la falta de prueba sobre si el sujeto, **ya en el momento de llevar a la víctima a contratar**, sabía que iba a incumplir (o que era muy probable que fuese a incumplir); pues las defensas aducirán que el acusado firmó el contrato de buena fe y con intención de cumplir, y que la voluntad de incumplir o la incapacidad de cumplir surgió en un momento posterior (lo que impediría hablar de estafa).

Se trata de una cuestión de valoración de la prueba, y por ello es sumamente difícil dar pautas generales. Por ejemplo: se han considerado indicios de que el sujeto activo sí tenía intención de cumplir, por ejemplo, conductas previas del propio sujeto, (así, se entendió que, como el promotor había comprado materiales de construcción y había contratado informes técnicos para la edificación de viviendas, ello evidenciaba que en el momento de la contratación no tenía intención de estafar a los compradores, sino de construir las viviendas); y también conductas posteriores (como la inmediata devolución del dinero al constatarse la imposibilidad de construcción ver SAP Sevilla 53/2004, sec. 7ª, de 5 noviembre). Sin embargo, en otros casos circunstancias muy similares a estas se consideraron indicios de que el autor estaba organizando una puesta en escena, y que había adquirido los materiales sólo para fingir que pretendía cumplir con lo pactado.

Es aquí donde cumple su función la llamada *"mise en scène"* o "puesta en escena": como **indicio** de que había engaño antecedente. Si la acusación

logra probar que el sujeto ya desde un inicio estaba haciendo uso de ciertos medios engañosos (historias colaterales falsas, documentos falsos, colaboración de otros sujetos como "ganchos", etc.), podrá más fácilmente demostrar que el sujeto no estaba contratando de buena fe y con intención de cumplir, sino que desde un inicio desplegó una actividad mendaz dirigida a inducir a la víctima a un acto de disposición.

Si no se prueba el carácter "antecedente" del engaño, no cabrá hablar de estafa, sino sólo de un incumplimiento contractual (o, eventualmente, de una apropiación indebida o una administración desleal, cuando el incumplimiento consista en la distracción o no devolución de bienes que se han recibido con obligación de devolverlas o destinarlas a algún fin concreto, etc.).

3. Engaño bastante.

A. Un umbral de idoneidad típica. Primer requisito: infracción de un deber de veracidad. Las "mentiras permitidas" en el tráfico mercantil.

No cualquier mentira es un engaño constitutivo de estafa. Ni siquiera toda mentira que lleve a la otra parte a un acto de disposición perjudicial: debe tratarse un **engaño de cierta entidad**. El Código Penal establece un umbral de relevancia típica al exigir que sea un engaño **bastante para producir error**.

Con esta exigencia el Código Penal excluye del tipo de estafa, por una parte, mensajes que no está prohibido emitir pese a ser falsos (las que podemos llamar "mentiras permitidas"); y, por otra, supuestos de mendacidades prohibidas pero que no considera suficientemente relevantes para constituir delito.

Por llamativo que parezca, existen **mentiras permitidas**, afirmaciones falsas que se toleran en el tráfico, como el llamado *dolus bonus* o la exagerada ponderación de las virtudes de la cosa por parte del vendedor. Se trata de actos socialmente adecuados, de riesgos permitidos en el tráfico.

Veamos unos ejemplos:

1º X, jefe de compras, negocia un contrato de suministro con Z, comercial de otra empresa. Al ofrecer un determinado precio, X advierte Z: "es mi último precio. Ya he llegado más allá de lo que me permite la empresa". Z decide contratar por ese precio. Sin embargo, la afirmación era falsa: en realidad, la empresa de X le permitía pagar un precio mucho más alto, pero Z ha logrado un buen ahorro a su empresa y logrará por ello mejorar su "*bonus*".

2º Al ponderar las virtudes de una maquinaria, el vendedor afirma que en su opinión es la mejor que hay en el mercado y que incluso ha recomendado a la empresa de su propio hermano que adquiera varias unidades: así convence al comprador para que adquiera uno. El vendedor, no obstante, sabe que no es ni con mucho la mejor y de hecho recomendó a su hermano que adquiriese una máquina similar pero de otra marca.

En estos dos casos el mentiroso no atenta contra deber alguno (el comprador no tiene derecho a una información correcta respecto del precio máximo que se autorizó para la negociación, ni respecto de las máquinas que compra la familia del vendedor).

Éste es, pues, el primer requisito del engaño para que quepa considerarlo «bastante para producir error»: que sea una afirmación **contraria a los deberes de veracidad del sujeto.**

B. Engaño bastante como engaño idóneo para soslayar las cautelas mínimas que cabe esperar del sujeto pasivo. La "doble perspectiva objetivo-subjetiva".

Hay casos en los que el engaño en efecto puede ser causa de la disposición perjudicial, pero pese a ello el perjuicio no puede imputarse a ese engaño, sino a la **negligencia de la propia víctima**, que no ha tenido el cuidado exigido en ese sector del tráfico. En estos casos, aunque la mendacidad del sujeto activo no sea lícita, y aunque en el caso concreto haya llevado a la víctima a disponer, tampoco cabrá hablar de estafa. El Tribunal Supremo considera que esto ocurrirá sólo de modo excepcional, pues lo habitual es que si un engaño ha logrado llevar a una víctima a realizar un acto de disposición, es porque era idóneo a tal fin.

La clave en este punto son **las características del engaño** realizado, la **credibilidad** que tuvo en el caso concreto y si era o no **idóneo para engañar** a un hipotética "persona media" que hubiese estado en la situación de la víctima. Así, pues, se trata de un requisito de idoneidad del engaño.

Un error extendido en doctrina y jurisprudencia es entender que la tipicidad del engaño depende de lo que hiciese o dejase de hacer la víctima tras recibir la información engañosa: así, según este erróneo argumento, si la víctima fue negligente en la contrastación de la información mendaz, no cabría hablar de estafa. Sin embargo, **esto no es así**: lo relevante es **si el engaño fue suficiente o idóneo** para soslayar las cautelas que cabe esperar de la víctima. Si el engaño es burdo, la conducta será atípica, y si es suficiente para llevar a engaño a una contraparte estándar, será típico (y ello, independientemente de si la víctima después de recibir la información la contrasta o

no). Lo que haga o deje de hacer la víctima con la información recibida (autoprotección diligente o no) no puede borrar del mundo que esa información engañosa ya ha sido emitida, y en verdad para inducir a alguien a una disposición perjudicial. *"Lo expresamente constitutivo del engaño […] no se puede hacer depender de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para describir la situación real de la víctima"* (SSTS 646/2005, de 19 de mayo y 504/2005, de 7 de abril).

Así, pues, lo primero que debe exigirse en el engaño es que cree un riesgo ilícito e idóneo para engañar a una víctima mínimamente cuidadosa y producir así el desplazamiento patrimonial.

La idoneidad del engaño debe contemplarse desde lo que el Tribunal Supremo llama una "**doble perspectiva objetivo-subjetiva**":

1ª Perspectiva objetiva o idoneidad para el tráfico: en primer lugar, atendiendo a los deberes de veracidad impuestos por la buena fe y las reglas del tráfico que rijan en el ámbito del que se trate.

2ª Perspectiva subjetiva o idoneidad para la concreta víctima: en segundo lugar, atendiendo a las concretas características del sujeto engañado (sus condiciones personales, edad, capacidad mental, situación en la que se encuentre, etc.).

La primera de las perspectivas nos permite valorar si el engaño es o no idóneo para llevar a error a una víctima estándar, una suerte de "sujeto medio" con los conocimientos mínimos que quepa esperar de alguien en su situación. Engaños burdos o increíbles no deben considerarse en abstracto bastantes para producir error.

No es necesario que el engaño use falsedades documentales, ardides o "ganchos": el Tribunal Supremo señala que el mero engaño verbal es suficiente para hablar de estafa. No obstante, no cabe duda de que el uso de artificios como los señalados hace que el engaño sea más creíble y más resistente a una comprobación diligente por parte de la víctima.

Pero la jurisprudencia exige que se atienda a una segunda perspectiva: es posible que el autor haya escogido a una víctima sea **especialmente desvalida**, de quien no cabe esperar una autoprotección diligente. Esta segunda perspectiva es importante en relación con personas que pueden ser más fácilmente víctimas de un fraude, por su inmadurez, ancianidad, falta de cultura, o en relación con las circunstancias coyunturales en las que se encuentra (presión emocional, etc.).

Todo esto encuentra un límite mínimo: que quepa afirmar que el sujeto conserve cierta capacidad de guía de su esfera patrimonial. Caso de no ser así (niños pequeños, incapaces totales), para la doctrina mayoritaria la conducta debe ser calificada de hurto, pues la voluntad del sujeto pasivo es irrelevante.

¿Debe atenderse también a las eventuales **superiores capacidades de la víctima** a la hora de fijar la idoneidad del engaño? (por ejemplo: considerar que para que el engaño a un experto sea típico debe ser más complejo). En realidad la diferencia no depende en sí de si la concreta víctima tenía superiores capacidades como individuo, sino de si se trata de un **agente económico profesional** y si el engaño tiene lugar **precisamente en su esfera profesional**. Así, de un abogado cabe esperar una mayor pericia en leyes que de un lego, pero *cuando está trabajando como abogado*. De un comerciante se espera un cuidado especial en la gestión de riesgos comerciales en su trabajo como comerciante. Por el contrario, no están obligados a "activar" sus habilidades específicas cuando el papel que desempeñan no es el de "abogado" o "comerciante", sino que sólo son "consumidores", y tienen derecho a la misma protección jurídica que los demás consumidores. Ese mismo criterio se plasma en el art. 1484 CC, que hace depender el carácter oculto o manifiesto de los vicios de si "el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, *debía* fácilmente conocerlos". El texto habla de un "deber de conocer", que sólo rige en el ámbito profesional del perito.

C. Engaño bastante para llevar a error a víctimas "consumidores".

Desde el punto de vista del Derecho penal empresarial, la clave más importante de este "doble baremo objetivo-subjetivo" para analizar si el engaño es bastante es la que distingue entre **víctimas consumidores y víctimas agentes económicos profesionales**. Los derechos de estos dos tipos de sujetos en el tráfico son totalmente distintos, y ello determina que los deberes de veracidad e información de quienes negocien con ellos también lo sean.

El principio constitucional de **protección de los consumidores** (art. 51.1 CE) y la legislación de consumidores obligan a quienes negocien con consumidores a proporcionarles mucha más información de la que sería obligado proporcionar a un comprador que fuese un agente económico profesional.

Esto es esencial en una sociedad de consumo: si no se protegiese a los destinatarios finales de los bienes y servicios, el consumo se retraería.

Con ello se afecta sin duda al tipo de estafa: si el vendedor obligado a proporcionar una información al consumidor le engaña a ese respecto, no puede defenderse apelando a que "el engaño no era bastante porque la víctima debía haber contrastado la información"; y no puede porque quien está obligado a

proporcionar esa información fiable al consumidor es precisamente el vendedor (¡el consumidor actúa diligentemente si se fía del vendedor profesional!). Esto implica que engaños que no serían "bastantes" para llevar a error a un agente económico profesional (pues se esperan de él más actividades de contrastación de información), sí lo son cuando se dirigen a un consumidor.

Esta circunstancia hace que el argumento de que el engaño no fue bastante porque la víctima podía haberlo descubierto con una mínima contrastación tiene **un juego limitadísimo cuando hablamos de víctimas consumidores,** y se refiere a afirmaciones absurdas o carentes de toda plausibilidad; o a ofertas de ventajas disparatadamente superiores a las de mercado, y ofrecidas habitualmente fuera de relaciones comerciales estándar.

Veamos un par de ejemplos:

1. Es un tópico afirmar que la mentira propia del ámbito de los servicios "parapsicológicos", "mágicos", de "ciencias ocultas" o similares no puede constituir estafa. Obviamente, el cliente tiene acción para exigir que se le preste servicio, pero no para que el servicio prestado sea "efectivo": que la predicción se corresponda con el futuro, que su pareja vuelva con él -STS 778/2002, de 6 mayo-, que cambie de fortuna -STS 11 de mayo de 1982-, etc. No existe una suerte de "*lex artis occultae*" que cumplir ni, por ello, ofertas engañosas en el sentido de un atentado contra deberes de veracidad.

2. En el mismo sentido tampoco hay respaldo normativo de un deber de veracidad en afirmaciones absurdas, imposibles por carentes de plausibilidad alguna en el tráfico. No estafa, pues, quien afirma estar dispuesto a vender la Giralda de Sevilla o la Ría de Vigo (salvo en el excepcionalísimo supuesto de que la víctima sea alguien con capacidades cognitivas tan reducidas que incluso un engaño así supusiese un peligro inadecuado para su patrimonio).

Desde el punto de vista práctico, los supuestos fundamentales de este grupo son los de la **oferta de ventajas disparatadamente superiores** a las esperables en el mercado.

Así se han tratado casos como promesas de *pagos millonarios por objetos de valor mucho menor*, con las más variadas excusas, de pagos de *intereses astronómicos* (devolución en tres meses del capital más 251% del valor depositado), de medicamentos que *regeneran el cabello caído*, de cursos sobre *cómo influir sobre la voluntad de las personas*, etc. En estos casos, es la propia víctima la que se desprotege y se somete a un régimen de riesgo distinto al que rige de modo general en el tráfico.

No obstante, por la elevada protección de los consumidores en este punto la frontera entre la conducta típica y la atípica es borrosa. Surgen aún más dudas en relación

con bienes o servicios que afectan a la salud y la integridad física, que deben ser objeto de una protección aún más intensificada.

Fuera de este tipo de casos, la argumentación de la **falta de autotutela de la víctima** cuando es un consumidor debe rechazarse.

Así, en relación con un engaño sobre defectos estructurales de una vivienda, no debe prosperar el argumento de la atipicidad "porque la víctima pudo informarse". El mero hecho de que el consumidor hubiese podido detectar por sí solo indicios de dichos defectos (grietas, casos similares en el barrio, etc.) no puede aducirse para negar la tipicidad del engaño.

- En primer lugar, porque la víctima en efecto se informó al respecto, obteniendo los datos de quien mejor puede conocerlos y está obligado a proporcionarlos: el vendedor, de cuya palabra tiene derecho a fiarse; por ello, el engaño ha sido un modo idóneo de soslayar la cautela del comprador.

- En segundo lugar, porque el consumidor no está obligado a desplegar habilidades profesionales ni periciales, y no tiene por qué distinguir una grieta estructural de un edificio de una grieta superficial en la pintura.

Tampoco cabe apelar a la autoprotección del consumidor en los engaños sobre pseudomultipropiedad (STS 1926/2002, de 21 noviembre): aunque exista en internet información disponible sobre ciertos riesgos de este tipo de contratación, no cabe exigirle el consumidor conocimientos jurídicos especiales; y el acceso a esa información tampoco es parte de la diligencia debida por el consumidor.

D. Engaño bastante para llevar a error a víctimas comerciantes: la asunción excesiva de riesgo por reducción de cautelas.

Distinta es la solución en el caso de que el engañado desavisado haya sido un **agente económico profesional**. No es casual que el Tribunal Supremo haya empleado el argumento de la dejación de funciones de autoprotección casi exclusivamente en relación con estafas a entidades de crédito, aunque también en la actividad de otros comerciantes y otros profesionales.

La primera diferencia que cabe apreciar es que en estos supuestos no rige el citado principio tuitivo del art. 51 CE 1978. Con los comerciantes y otros profesionales no se dan las mismas obligaciones que vinculan a quien negocia con consumidores. La condición de empresario, por lo general, "incrementa el nivel de exigencia del principio de autorresponsabilidad" de la víctima (STS 449/2004, de 2 abril).

De hecho, no es ya que aquí no rija el principio de confianza del mismo modo que con los consumidores: es que, como la jurisprudencia ha señalado,

en el ámbito comercial rige en cierta medida un **principio de desconfianza**. A ese deber de desconfiar y de comprobar la información hace referencia el requisito del "engaño bastante".

> "El tráfico mercantil descansa, sin duda, sobre una actitud básica de confianza en la honradez y seriedad negocial ajenas, con lo que aquella barrera tiende, a veces, a debilitarse, favoreciendo la aparición de conductas defraudatorias que *una cierta desconfianza -legítima y, en ocasiones, exigible-* hubiese podido evitar. Es a esta *dosis de desconfianza presente en el tráfico jurídico* a lo que se refiere el art. 248 CP cuando, al definir el delito de estafa, califica como 'bastante' el engaño mediante el que se induce a error" (SsTS 615/2005, de 12 de mayo, y 1343/2001, de 5 julio).

A veces el Tribunal Supremo ha fundamentado esta diferencia en que ***el patrimonio del empresario, a diferencia del de los consumidores, ya está en peligro por su actuación en el mercado*** donde, según hemos visto, rige en cierta medida el principio de desconfianza (idea que también encontramos en autores como González Rus). Por ello, si no contrasta la información el comerciante está colaborando a su propio error.

> "La valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa" (SsTS 534/2005, de 28 abril, y 83/2004, de 28 enero).

Los supuestos más habituales de engaño "no bastante para producir error" con víctima comerciante son casos de uso fraudulento de tarjeta sin que el dependiente compruebe la identidad del defraudador; casos de fraudes a bancos que no comprueban la solvencia aducida por el defraudador; y, de modo fundamental, casos de engaño sobre datos registrales (venta como libre de fincas hipotecadas, etc.): sobre este último grupo de casos, en extenso, véase el siguiente epígrafe.

> El análisis económico ayuda a entender la cuestión. Es evidente que la adquisición y comprobación de información puede ser una actividad costosa. Cuando el mercado de crédito estaba en una situación muy competitiva, las entidades de crédito buscaban captar al cliente cada vez de modo más agresivo, reduciendo las cautelas que antes

adoptaban (no realizando la debida comprobación de solvencias, etc.) y asumiendo con ello más riesgos de lo que en el pasado era habitual.

Así, *el comerciante que reduce voluntariamente las cautelas en el ejercicio de su actividad comercial busca mayores márgenes de beneficio en un negocio más arriesgado*. Por ello, no puede pretender que, si las cosas salen mal, esa reducción de sus costes la asuma el aparato punitivo, supliendo con la amenaza penal la cautela que él ha abandonado. Mantener la tutela penal en estos supuestos de búsqueda arriesgada de beneficios extraordinarios supondría permitir que las empresas trasladasen sus costes de reducción de impagos a los ya de por sí atascados Juzgados de lo Penal. En realidad, aquí el engaño no es tan reconducible a la conducta del mendaz como *a la propia dejación de funciones de la víctima*, que pretende obtener más lucro de un mayor riesgo.

E. Un caso especialmente interesante: ¿es "bastante para producir error" el engaño sobre datos inscritos en el Registro de la Propiedad?

En muchas ocasiones, la jurisprudencia ha debido conocer de fraudes en los que el sujeto activo engañaba al pasivo sobre datos que éste habría podido conocer con sólo realizar una consulta en el Registro de la Propiedad. Por ejemplo: la venta de un inmueble ocultando engañosamente que está hipotecado (engaño que podría realizar el tipo penal del art. 251.2º); o solicitar un crédito comercial y, a la hora de aducir solvencia, que el sujeto activo mienta diciendo que es dueño de unos locales de negocio que en realidad son de otra persona. En cualquiera de estos casos la víctima podría haber salido del error con sólo pedir una nota simple al Registro de la Propiedad.

No es infrecuente en la doctrina la afirmación generalizada de que *nunca* cabe hablar de engaño bastante cuando éste versa sobre datos que la víctima podía haber contrastado en un registro público. Sin embargo, como veremos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo -con razón- hace una interpretación mucho más matizada.

a. Planteamiento: **un mismo engaño puede ser bastante para llevar a error a un consumidor, pero no a un comerciante diligente**.

Éste es quizá el campo en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra con más claridad que un mismo engaño puede ser bastante para llevar a error a una víctima consumidor, pero no es considerado bastante para superar las cautelas que se esperan de un comerciante o agente económico profesional.

Así, un consumidor que confía en las afirmaciones plausibles del vendedor actúa diligentemente, pues acude a las fuentes de información que el Derecho le garantiza (ya que eso es lo que hace el Derecho de consumidores cuando,

por ejemplo, obliga a los vendedores de viviendas a informar a los consumidores de todas las características esenciales del inmueble, incluidos datos registrales: RD 515/1989). Cuando hablamos de víctimas consumidores, el hecho de que esas afirmaciones hubiesen podido ser contrastadas con una consulta registral no altera en nada la conclusión. Si se pretende negar relevancia penal al engaño, deberá hacerse por otras vías.

> Y esto es plenamente coherente con el sistema de publicidad registral. El Registro de la Propiedad surte efectos de protección de la buena fe. Si el vendedor tiene un deber de informar verazmente al informar sobre las cargas (incluso, como veremos, pese a no ser preguntado), debe concluirse que, de incumplir esos deberes, estará incurriendo en dolo (art. 1269 CC). El mendaz, el defraudador, no puede apelar a la situación registral para defender el negocio fraudulento: **el Registro no ampara su mala fe**. "No puede intentar que se dé prevalencia a la publicidad formal del Registro sobre su propia palabra (...), no puede pretender que la publicidad formal prime sobre el principio general del Derecho de la fidelidad a la palabra dada y ampararse en su propia falsedad" (STS, Sala 1ª, 21-5-1993). En efecto, supondría una auténtica perversión del sistema registral de protección de la titularidad inmobiliaria transformarlo en un requisito adicional o en un obstáculo más para que los consumidores merezcan tutela judicial de los especiales derechos; o que el titular registral tuviese el apoyo del registro para eludir la responsabilidad por estafar a los consumidores que no lo consultasen.

Eso sí: el hecho de que el vendedor haya cometido estafa no puede hacer que la vivienda adquirida se desvincule de la hipoteca que se había ocultado, pues por una parte es un hecho preexistente al fraude y por otra está protegido por la publicidad registral; pero el vendedor responderá civil y penalmente por las consecuencias de su conducta fraudulenta.

Sin embargo, como veremos, **las cosas son distintas si hablamos del mismo engaño pero dirigido a un comerciante**. La contrastación de datos de un inmueble en el Registro de la Propiedad es la cautela mínima que cabe requerir de un agente económico profesional que busca obtener un rendimiento económico de su actividad comercial. Siendo así, un engaño que pudiese ser descubierto con tan simple cautela no es considerado bastante para producir error a un comerciante.

b. ¿Qué dice el Tribunal Supremo a este respecto? **Tratamiento diferenciado según la víctima sea consumidor o agente económico profesional**.

Hasta fechas muy recientes era necesario atender más a lo que *hacía* el

Tribunal Supremo que a lo que *decía*. Y ello porque, en el plano de los principios, en algunas sentencias afirmaba que un engaño sobre datos registrales por supuesto era constitutivo de estafa y en otras muchas afirmaba con la misma rotundidad que nunca podía serlo.

Sin embargo, una lectura atenta de las sentencias revela que el Tribunal Supremo sistemáticamente viene considerando **idóneo el engaño a consumidores sobre datos inscritos en el Registro**, pero con casi siempre **atípico si el engañado es un agente económico profesional** en relación con los riesgos que le corresponde manejar. No obstante, debe reiterarse que es necesario leer detenidamente las sentencias, porque en su mayoría fundamentan sus decisiones con formulaciones generales, sin hacer expresa referencia a si las víctimas son consumidores o comerciantes.

Así, en relación con **víctimas no comerciantes**, ha dicho el Tribunal Supremo:

- "Es claro que la posibilidad de acudir al Registro de la Propiedad para conocer la existencia del gravamen no impide la realización del delito" (SsTS 646/2005, de 19 de mayo, y 846/2000, de 22 de mayo).

- "Incluso la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, que tiene carácter constitutivo, no empece a la comisión del delito, siempre que el vendedor lo ocultase" (STS 809/2005, de 23 de junio).

- "El legislador quiso así constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa, estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre tales gravámenes" (por todas, ver SsTS 133/2010, de 24 de febrero; 646/2005, de 19 de mayo y 282/2001, de 21 de febrero).

- "Radica el engaño en la ocultación de ese derecho real limitativo del dominio que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad" (STS 846/2000, de 22 de mayo).

- "Los vendedores hicieron suscribir a los compradores un contrato en el que no se declaraban las cargas hipotecarias que pesaban sobre el inmueble, afirmando así, concluyentemente, que las mismas no existían" (STS 1216/1998, de 21 de octubre, FD 7).

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha afirmado con razón que negar en absoluto la tipicidad de la estafa sobre datos registrales sería incompatible con el Derecho vigente, pues con ello "estaríamos vaciando de contenido el art. 251.2" (STS 646/2005, de 19 de mayo), que contempla fraudes donde el engaño versa sobre datos que en su mayoría obran en el Registro de la Propiedad.

¿Y qué dice el Tribunal Supremo cuando la **víctima es un comerciante**

u otro agente económico profesional? Como se ha avanzado, para el Alto Tribunal en este ámbito la buena fe contractual rige de un modo distinto, pues existe en cierta medida un principio de desconfianza mercantil, y los estándares de autotutela que se exigen a los comerciantes son especialmente altos (lo cual es lógico: existe un principio constitucional de protección de consumidores, art. 51 CE, pero no de protección de comerciantes). Por ello, **sólo si el engaño es idóneo para soslayar estas cautelas más exigentes** cabrá hablar de un fraude típico.

Es en estos casos donde el Tribunal Supremo suele afirmar que el engaño sobre datos inscritos en el Registro de la Propiedad no es "bastante para producir error".

Basten los siguientes ejemplos:

- "Causa asombro y perplejidad que una persona introducida en el negocio inmobiliario, adquiera bienes inmuebles sin hacer la más mínima comprobación sobre la titularidad registral de los mismos con objeto de comprobar, mediante un sencillo trámite al alcance de cualquier comprador, si la venta podía surtir los efectos deseados. Como explicación de esta desidia, el hecho probado nos dice más adelante, que el denunciante actuó quizá cegado por la ambición de lo que creía un buen negocio" (STS 1068/2001, de 8 junio).

- "En un caso en que los adquirentes de obligaciones hipotecarias no tienen los recaudos que son exigibles a un comerciante cuidadoso, es claro que no existe razón jurídica para la protección penal de la falta de cuidado del acreedor, dado que la estafa requiere que el error del sujeto pasivo sea causado por el engaño y no por sus juicios apresurados sobre la rentabilidad de los negocios" (SsTS de 2 de enero de2003 y de 5 de mayo de1998).

- "La manifestación de la procesada sobre la situación de las fincas no tiene entidad suficiente para constituir el engaño configurador del delito de estafa, ya que tratándose de cargas o gravámenes que existían en el Registro de la Propiedad el querellante pudo y debió acudir a la Oficina correspondiente, amparándose en el artículo 221 de la Ley Hipotecaria, que proclama que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles, luego la manifestación falsa de la procesada carecía de relevancia y no pudo actuar sobre el ánimo del prestamista" (STS de 13de noviembre de 1990).

En resumen: aunque no lo suela declarar explícitamente, la jurisprudencia hace un **tratamiento dual del engaño evitable mediante consulta al Registro** de la Propiedad: constituye engaño típico del delito de estafa cuando el engañado es un consumidor, pero suele declararlo atípico cuando es un comerciante, por no ser "bastante para producir error".

4. Engaño "causante".

El Tribunal Supremo exige también que el engaño sea "causante" del daño patrimonial. Esta referencia debe ser entendida desde la perspectiva de la **imputación objetiva del resultado**: el perjuicio patrimonial debe poder ser imputado a dicho engaño, es decir: ha de explicarse precisamente como su consecuencia en un plano normativo, como la realización del riesgo no permitido que suponía el engaño.

Exigir que el resultado sea objetivamente imputable al engaño significa:

1º Que el engaño suponga la **creación de un riesgo** ilícito, o bien la elevación de un riesgo lícito por encima de lo permitido. Crear riesgos permitidos (como las *mentiras permitidas* de las que hemos hablado *supra*), por definición, no puede ser constitutivo de delito. El riesgo típico que debe probarse es uno idóneo para engañar a la víctima ("engaño bastante") de modo tal que realice un acto de disposición perjudicial para ella.

2º Que la disposición sea la **concreción de ese riesgo** ilícito creado por el engaño. Sólo así cabrá atribuir el resultado al engaño y a su autor. De este modo, **se excluye la imputación del resultado al engaño ilícito si el resultado es concreción de otro riesgo**, como por ejemplo el que rige en ese sector del tráfico.

> Ejemplo: un banco desatiende la diligencia debida y no comprueba la solvencia declarada verbalmente por el solicitante de crédito; si el sujeto defrauda el crédito, el resultado no puede ser imputado tanto al engaño como a la defectuosa gestión de unos riesgos financieros. La tarea del banco en el préstamo consiste precisamente en la comprobación y gestión de los riesgos de insolvencia.

Asimismo, para considerarse resultado típico de la estafa, éste ha de tener lugar en la **esfera de protección** de la norma, es decir: ha de ser de aquellos que la norma pretende prevenir y no una consecuencia secundaria o remota.

> Ejemplo: el estafador intenta engañar al jefe de compras, quien descubre el ardid; sin embargo, posteriormente el jefe de compras decide realizar el acto de disposición al que se le inducía, pero lo hace porque se le soborna a tal efecto. Obviamente, en este caso el resultado no es imputable al engaño.

5. ¿Puede cometerse estafa engañando sobre juicios de valor?

Algunos autores han negado que sea posible estafar mintiendo en un juicio de valor, apelando a que los juicios de valor no pueden ser ciertos ni falsos (en este mismo sentido, aunque admitiendo excepciones, la STS 113/2004, de 5 de febrero).

Lo primero que debe destacarse es que la **frontera** entre lo que sea una afirmación sobre los hechos y un juicio de valor es sumamente difusa. La tasación de un perito es una valoración, y sin embargo puede ser objeto de engaño en relación con el engaño de la estafa. También son juicios de valor las estimaciones sobre la rentabilidad económica que podrá tener una operación mercantil, las apreciaciones de un abogado sobre la viabilidad de una demanda, etc.

En mi opinión, se trata de saber si mediante un juicio de valor cabe engañar a alguien de modo idóneo para inducir a error. La respuesta ha de ser matizada.

En primer lugar, la objeción de que no cabe apreciar en estos supuestos estafa porque "los juicios de valor no son ciertos ni falsos" debe rechazarse. Bastaría para ello la mera consideración de que al emitir un juicio de valor, se hace una afirmación que puede ser cierta o falsa. Si el perito miente diciendo que **a su juicio** el valor de una joya X es 300 €, cuando en realidad sabe que **conforme a los estándares** de mercado (¡también juicios de valor!) vale cientos de veces más, la manifestación es falsa porque **su valoración técnica** (un juicio de valor objetivable, de valor comercial, que es lo que contrata el cliente) **no es ésa**.

Sentado lo anterior, las afirmaciones sobre juicios de valor podrán constituir engaño bastante para producir error **cuando contravenga un deber de veracidad**. Así será cuando la función del sujeto en el tráfico sea, precisamente, la de orientar a otros mediante sus **juicios de valor especializados**, habitualmente de contenido técnico. Es el caso, por ejemplo, de quienes ejercen funciones de asesoría, peritaje, etc., que precisamente venden juicios de valor para orientar la actuación de otros en el mercado. En su tarea deben cumplir ciertos estándares, entre los cuales se encuentra la veracidad.

En el extremo contrario, **no serían idóneas** para constituir el engaño propio de la estafa las valoraciones **puramente subjetivas** basadas en preferencias personales, en simples deseos sobre lo que ocurrirá en el futuro, etc.

6. Unos casos particulares de engaño: los fraudes con cheques y letras de cambio.

Jurisprudencia y doctrina han analizado ciertos fraudes relacionados con instrumentos cambiarios, frecuentes en el tráfico mercantil. En ellos se han debatido muy diversos aspectos relativos al **engaño**, que será interesante estudiar aquí.

A. ¿Constituye estafa el pago con un cheque sin fondos?

Sin más, el simple pago de una obligación preexistente librando un cheque sin fondos no obedece a la dinámica de la estafa: no supone la inducción a un acto de disposición perjudicial, pues **no hay engaño antecedente,** ya que el acto de disposición patrimonial realizado por la víctima fue previo a la entrega del cheque y a la ocultación de que carecía de fondos.

> En realidad, aquí el defraudador lo que hace es fingir que está pagando una deuda preexistente, pero no está induciendo a ningún desplazamiento patrimonial.

Solamente cuando el cheque sin fondos forme **parte de la inducción engañosa** a un acto de disposición cabrá hablar de estafa. Así ocurrirá cuando el sujeto activo lleva a la víctima a entregar unas mercancías a sabiendas el primero de que pagará con un cheque sin fondos (STS 419/2010, de 7 de mayo).

> Más cuestionables son las sentencias que condenan por estafa al que, habiéndose hecho con la posesión de un cheque al portador (sin que se haya podido probar que fuese él quien lo sustrajo; en algún caso incluso se da por probado que el cheque lo encontró extraviado), lo lleva a un banco para que se abone en cuenta el importe. El Tribunal Supremo ha dicho en alguna ocasión que el sujeto en estos casos *finge ser el legítimo titular del cheque*, y que con esa ficción logra que el banco realice una disposición patrimonial a su favor en perjuicio del librador. Pero en puridad no es tan claro que ingresar un cheque en una cuenta propia suponga afirmar que uno es el legítimo titular del cheque.

B. Estafa y descuento bancario de letras de cambio.

Mediante el **descuento** de letras de cambio una entidad de crédito anticipa al descontatario el importe de la letra, deducido el correspondiente interés, subrogándose en la posición de éste “salvo buen fin”.

Precisamente en virtud de la existencia del contrato de descuento, en ocasiones se libran las llamadas ***letras de cambio de favor***: en estos casos no existe ningún negocio jurídico tras ellas, sino que se emiten directamente para que el librador pueda descontarlas en el banco, actuando aquí el librado como una suerte de fiador (de ahí la denominación "letra de favor").

El descuento de **letras de favor** y similares ha dado lugar a una casuística compleja en relación con el delito de estafa. Como ha dicho la jurisprudencia, "en principio, la emisión de una letra de favor no es una acción delictiva, ni el hecho de que el efecto cambiario no esté relacionado con un concreto negocio jurídico del que sea consecuencia, criminaliza dicha acción, toda vez que este tipo de documentos es frecuentemente utilizado en el tráfico mercantil como instrumento para obtener la inmediata liquidez que se necesita en un momento dado. La acción será ilícita cuando la emisión del efecto se realice con la conciencia de que, al llegar el vencimiento, la letra no será abonada por el librado o el aceptante, convirtiéndose entonces el documento en el mecanismo engañoso y falaz para obtener el descuento del importe que figura en el mismo y defraudando en esa cantidad al banco que descuenta el efecto" (STS 123/2007, de 20 de febrero).

Esto ocurre de modo palmario, como ha dicho el Tribunal Supremo, en casos como los siguientes:

1. cuando se falsifica la firma del aceptante de la letra, que es precisamente el obligado al pago a su vencimiento; así, se hacen figurar como librados personas físicas o jurídicas ficticias, o reales pero que no intervinieron en el libramiento del efecto;

2. cuando quienes intervinieron realmente en el libramiento de la letra de favor la llevan a descuento con pleno conocimiento de que, llegado el vencimiento de la letra descontada, ésta no será pagada.

El **dolo de impago** (y de ocultar la intención de impagar) es en muchas ocasiones eventual, pues a estas vías fraudulentas de financiación acuden con frecuencia empresarios con situaciones de muy escasa solvencia.

Ejemplo: Un empresario en situación crítica no logra financiación para una deuda acuciante, así que emite letras firmando el acepto con el nombre de varios de sus clientes (que ignoran la trama) y las descuenta: con ello tiene 90 días para obtener financiación, recuperar la letra y evitar que se inicie un procedimiento ejecutivo contra sus clientes (y que, así, se descubra la trama). Obviamente, el sujeto activo sabe que es altamente posible que en 90 días no tenga solvencia alguna para poder rescatar las letras.

Se ha afirmado en ocasiones que constituía estafa llevar a descuento una letra de favor *sin advertir al banco de su carácter de letra financiera*; y que supondría un engaño, ya que la falta de advertencia equivaldría a afirmar que tras la letra había un negocio jurídico real (por todas, STS 633/2004, de 10 de mayo). Sin embargo, parece más razonable la doctrina que sostiene lo contrario: "Es evidente que quien descuenta ante un Banco una letra de cambio que no obedece a un negocio causal subyacente no engaña a la institución de crédito, pues *con la presentación de la letra no se afirma la existencia de ningún negocio jurídico distinto del negocio cambiario*. Sin embargo, en el caso que se juzga, el dolo defraudatorio no se asienta [...] sobre la inexistencia del negocio causal, sino sobre las circunstancias que rodean a toda la formalización del negocio cambiario: simulación de una firma ficticia en el acepto correspondiente a la entidad librada y el ánimo inicial de no hacer frente al pago de las letras" (STS 789/2012, de 11 de octubre).

¿Y qué ocurre si el sujeto, sin dolo de estafar, firma con una entidad un contrato de descuento bancario, pero ***posteriormente*** y a lo largo de su ejecución, presenta a la entidad letras vacías a sabiendas de que no serían cobradas? ¿Cabe hablar aquí de *engaño antecedente* o se trata de un simple incumplimiento contractual? Aunque hace años algunas sentencias consideraron que aquí *no se daba enga***ño antecedente** (pues el sujeto en el momento de pactar el contrato de descuento no tenía intención de emplearlo para defraudar al banco), sin embargo el Tribunal Supremo ha resuelto por mayoría en un Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 28 de febrero de 2006 que ***aunque el dolo no esté presente desde el inicio del contrato, cabe hablar de una estafa desde el concreto momento en que el sujeto activo presenta a descuento la letra fraudulenta***.

V. Estafa y omisión.

1. Estafa y omisión de datos relevantes para el negocio.

Hay una extensa jurisprudencia sobre estafas en las que el autor engaña a su víctima al omitir comunicar datos relevantes para el negocio que era obligatorio comunicar.

Veamos algunos casos:

1. A quiere vender un chalet de su propiedad que padece graves vicios ruinógenos, imperceptibles sin un análisis experto. Para ello contacta con B, que quiere adquirirlo para vivir en él. B pregunta por diversos aspectos del chalet, pero nunca pregunta si hay un vicio ruinógeno. A le vende a B el chalet sin advertirle de ese extremo. A los pocos meses el Ayuntamiento inicia un expediente de ruina para la demolición del edificio.

2. El particular C compra a D una finca en la que hay una pequeña nave industrial, insistiendo expresamente en que desea adquirirla para demoler la nave que contiene y construirse una vivienda. D la vende omitiendo en todo momento que la finca no es edificable y que la construcción que contiene es ilegal. El precio pactado por metro cuadrado ronda el que el mercado señala para fincas edificables en esa zona.

Coloquialmente podemos referirnos a estos casos como "**estafas mediante medias verdades**", pues en ellos el sujeto activo comunica activamente verdades, pero no toda la verdad. En sentido técnico debemos hablar de engaños **tácitos** o cometidos mediante **actos concluyentes** (*per facta concludentia*). En este tipo de engaños el contexto dota de un sentido a un hecho que, aisladamente, no lo tendría: "se emplea un uso social, con una significación comunicativa clara, para engañar" (STS de 2-12-1991). Al omitir un dato relevante, el resto del mensaje significa algo distinto de lo que espera el receptor. Y ello, porque el comunicante infringe un deber de información. Si existe un deber de información ante la circunstancia X, el silencio significa que no se da esa circunstancia X (pues la contraparte podrá interpretar: "si se estuviese dando esa circunstancia, el emisor me habría avisado").

Por ello afirma el Tribunal Supremo: "toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la conclusión de otros negocios jurídicos que impliquen disposición, constituye una afirmación tácita de que sobre el bien no pesan gravámenes (SsTS 646/2005, de 19 de mayo y 504/2005, de 7 de abril).

O también: "los vendedores hicieron suscribir a los compradores un contrato en el que no se declaraban las cargas hipotecarias que pesaban sobre el inmueble, afirmando así, concluyentemente, que las mismas no existían" (STS 1216/1998, de 21 de octubre, FD 7).

El Tribunal Supremo ha exigido por ello que en la sentencia conste expresa y concretamente la infracción del deber de informar que se imputa al autor: "es necesario que se determine con precisión cuál es la información que el autor debería haber proporcionado a la víctima, de tal manera que sea posible saber si se trata de informaciones de las que podría ser considerado garante" (ATS 72/2015, de 22 de enero; STS 157/2005, de 18 de febrero).

El contexto fundamental en estas "medias verdades" es, pues, normativo, y lo constituyen los **deberes precontractuales de información**. La cuestión de si en el caso concreto existía o no un deber de comunicar a la otra parte una característica es una cuestión previa al Derecho penal, y de ella se ocupa el Derecho privado. En ocasiones las leyes civiles regulan explícitamente con-

cretos deberes precontractuales: el deber del vendedor del piso de comunicar las deudas pendientes con la Comunidad de Propietarios (art. 9.1.e LPH), el estado arrendaticio de la finca (art. 25.5 LAU), etc. En otras ocasiones debe acudirse a usos de comercio para saber si existía o no ese deber de informar.

Una parte fundamental de esa normativa extrapenal es el **Derecho de consumidores**: por imperativo constitucional (art. 51.1 CE) los destinatarios finales de bienes y servicios son objeto de una especial protección, que afecta muy especialmente a los deberes de información. Esto significa que el vendedor que negocia con un consumidor está obligado a proporcionarle mucha más información que si estuviese negociando con otra empresa (y, por ello, si omite esa información a un consumidor, por lo general cabrá hablar de un engaño bastante, mientras que si se la omite a otra empresa podría hablarse de un engaño no bastante si se tratase de una información que debería haber obtenido la propia víctima).

Un caso especialmente interesante lo constituyen los deberes del vendedor profesional de viviendas, que ha de informar sobre todos los extremos relevantes de la vivienda vendida, incluyendo cargas hipotecarias, situación registral, financiación de la promoción, etc. (RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas).

2. ¿Son estos casos "estafa por omisión" o engaños con elementos activos y omisivos?

En muchas ocasiones la Jurisprudencia trata estos casos como supuestos de comisión por omisión, asimilando que los deberes de información son deberes de garante que obligan al emisor a evitar el error de la víctima. El Tribunal Supremo ha llegado a decir que el vendedor es garante de que el comprador no se equivoque y crea por error que la cosa adquirida no tiene gravámenes, cuando en realidad sí los tiene. *"El legislador quiso así constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes"* (STS 133/2010, de 24 de febrero).

No obstante, como se ha dicho anteriormente, lo más habitual será que hablemos de conductas activas en las que se engaña a la víctima transmitiéndole un mensaje engañoso por incompleto y no de simples omisiones.

En cualquier caso, la cuestión aquí **carece de trascendencia práctica**, porque allá donde existen deberes de información -deberes de comunicar algo aun sin ser preguntado-, es irrelevante que quien está obligado a informar infrinja ese deber por acción (mintiendo acerca de lo que se debe comunicar) o por omisión (silenciando lo que

se debe comunicar). Desde un punto de vista práctico, cualquiera de los dos enfoques conduce a la misma conclusión.

3. ¿Puede cometerse estafa mediante una simple omisión, sin conducta activa alguna?

A. Intervención en el engaño por simple no advertencia de datos, sin intervención activa en la negociación.

¿Es imaginable una estafa cometida por alguien obligado a comunicar una información relevante para el negocio, mediante un simple *no comunicar* dicha información? Al ser la estafa un delito que se comete mediante actos de comunicación, es difícil hablar de la autoría de una estafa mediante un simple no hacer: prácticamente siempre habrá la **emisión de un mensaje** con unas componentes activas y otras de contexto (y es en estas segundas donde tiene relevancia la omisa aclaración o advertencia del sujeto activo). Lo importante es, pues, saber qué mensaje se emitió y si éste fue distinto del que se debía haber emitido.

Sí son posibles y conocidas en la jurisprudencia las figuras de *complicidad* o *cooperación necesaria* por omisión en una estafa cometida "activamente" por su autor. Esto es así porque en el tipo de estafa, es autor quien produce un acto comunicativo engañoso que lleve a otro a un acto de disposición, lo cual exige la **emisión** de un mensaje de cierta complejidad: algo que en el tráfico mercantil no es fácil de hallar por una simple omisión. Sin embargo, la complicidad y la cooperación necesaria exigen sólo "cooperar", un verbo típico más neutral que permite aludir casi a cualquier tipo de aportación (activa u omisiva), siempre que tenga la suficiente relevancia.

> Un claro ejemplo sería el del asesor jurídico o económico que, compinchado por el estafador, contempla en silencio cómo su cliente es inducido fraudulentamente a contratar en su perjuicio: al ser garante de que su cliente conozca los datos relevantes de la contratación, su omisa intervención constituye una colaboración en el delito ajeno, que según su entidad podrá ser considerada como cooperación necesaria o mera complicidad. Otro caso muy ilustrativo es el del notario que, en connivencia con los estafadores, omite toda advertencia a la víctima respecto del fraude (STS 1036/2003, de 2 de septiembre, FD 22).

En cualquier caso, salvo en casos de codelincuencia, el engaño eficiente por mera omisión a título de autor, aunque no sea teóricamente imposible, es extremadamente difícil y se limita prácticamente a casos "de laboratorio".

B. Los casos de "no devolución de lo cobrado indebidamente" cuando no hubo dolo en el momento del cobro y supuestos similares.

La doctrina ha discutido si los supuestos de **no devolución de lo cobrado indebidamente** una vez advertido pueden ser casos de estafa por omisión.

De modo general cabe afirmar que estos casos no constituyen estafa, porque en ellos **el desplazamiento patrimonial no ha sido instado por engaño alguno**. Si se intentase buscar en la no devolución una suerte de "mensaje tácito engañoso" que afirmase que el cobro era correcto, ello tampoco podría soslayar el problema esencial: que sería *un mensaje emitido después del desplazamiento patrimonial* y, por ello, no lo habría causado (Rodríguez Ramos).

> Únicamente podrían caber dudas en supuestos en los que el sujeto adquiere conciencia de que el pago es indebido *justo mientras lo recibe*, sin que haya terminado el acto negocial, al menos, en un plano comunicativo, si se entiende que en ese momento el acto del pago aún no ha concluido.

Estos supuestos hallan encaje en el art. 254 (de modo clarísimo hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015; quizá con alguna duda desde su entrada en vigor).

> En efecto: el art. 254 antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 sancionaba con multa de tres a seis meses a quien "habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución". A partir del 1 de julio de 2015 el tenor del art. 254 es mucho más indeterminado: "Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses"; pese a ello, algunos comentaristas entienden que la conducta de apropiación de lo indebidamente cobrado sigue encajando aquí en dicho precepto.

En resumen: en el Código Penal español la estafa -ya se cometa por acción o por omisión- es una **inducción engañosa a un acto de disposición perjudicial**. La "no reparación de un daño causado previamente sin dolo" no entra dentro del ámbito típico de la estafa, por más que pudiese realizarse por medios engañosos.

VI. El perjuicio patrimonial provocado por el acto de disposición. El debate sobre el concepto de patrimonio.

1. El perjuicio patrimonial, resultado de la estafa.

La estafa se consuma con la producción de un acto de disposición que perjudica patrimonialmente al sujeto pasivo. Si desde un análisis *ex ante* el acto parecía que no podía producir perjuicio patrimonial, el fraude no será constitutivo de estafa.

Si ese perjuicio es de un **valor inferior a 400 euros**, hablaremos de un delito leve y su pena será notablemente más baja (multa de 1 a 3 meses), si bien el principio de proporcionalidad debe llevar a entender que los fraudes por cantidades **nimias** son penalmente atípicos.

El daño moral no integra el perjuicio típico de la estafa, aunque sí puede emplearse para la cuantificación de la responsabilidad civil *ex delicto*.

2. El debate sobre el llamado "concepto penal de patrimonio".

Pero ¿cuándo cabe hablar de un perjuicio patrimonial? ¿Es necesario que se produzca un menoscabo cuantificable económicamente o basta con que la víctima pierda alguna ventaja a la que tuviese derecho?

Veamos un ejemplo ilustrativo:

K padece claustrofobia, por lo que quiere comprar un apartamento en el primer piso, para no tener que usar el ascensor. El vendedor, que sabe de esta circunstancia, le engaña y le hace firmar la compraventa de un apartamento *del mismo precio* pero ubicado *en la sexta planta*.

Posteriormente se sabe que K ha pagado el piso con rentas de origen ilícito.

¿Puede decirse que el patrimonio de K se ha visto perjudicado?

- Desde un punto de vista estrictamente contable, el valor de su patrimonio no se ha visto alterado, aunque antes tenía un dinero y ahora tiene un piso que no puede habitar.

- Además se podrían incluso plantear dudas sobre si el Derecho penal protege un patrimonio obtenido ilícitamente.

Para responder a la cuestión de cuándo podemos hablar de perjuicio patrimonial en la estafa, la doctrina ha elaborado un así llamado **"concepto penal de patrimonio"**, que sería el **bien jurídico protegido** por los de-

litos patrimoniales y, muy especialmente, por la estafa. Así, bajo el tópico "concepto penal de patrimonio", se buscaría enunciar una imagen rectora que permita diferenciar los ataques típicos patrimonialmente lesivos de aquellas defraudaciones a las que no se pretende otorgar relevancia penal.

Hablar de un verdadero "**concepto *penal* de patrimonio**" puede parecer metodológicamente problemático. El Derecho penal protege bienes jurídicos que le son preexistentes y que no son conformados por él. Plantear doctrinalmente la existencia y límites de un "concepto *penal* de patrimonio" (igual que ocurriría si se pretendiese plantear un *concepto penal de vida o de integridad física*) puede incurrir en cierta banalización de aquello que el Derecho penal pretende proteger.

Por el contrario, una visión fragmentaria de la protección de bienes jurídicos plantea la cuestión de un modo metodológicamente inverso: de todos los posibles ataques al patrimonio (institución que no es definida por el Derecho penal, sino que le preexiste), el ordenamiento penal criminaliza las conductas que le producen **cierto tipo de perjuicios**. Por ello, quizá procedería dejar de hablar de un "concepto personal de patrimonio" para adoptar un enfoque más modesto pero menos problemático: el estudio del **concepto de perjuicio patrimonial típico en la estafa**.

De modo muy sucinto, casi telegráfico, cabe resumir las principales posiciones doctrinales como sigue:

1ª **Concepto "jurídico"** de patrimonio. Lo concibe como la integridad de los derechos patrimoniales de una persona.

Los principales problemas que históricamente ha planteado esta concepción son su inidoneidad para determinar el valor del perjuicio patrimonial (pues la lesión al patrimonio es la mera lesión al derecho subjetivo, independientemente de su valor económico), su incapacidad para comprender perjuicios como la pérdida de expectativas de derechos (que aún no integran el patrimonio); y la dificultad de abordar con él la cuestión de la estafa en negocios con causa ilícita (como el caso de un *camello* callejero que estafa al adicto que le compra droga), que se tornaría siempre *atípica*, porque el negocio ilícito no tiene amparo jurídico.

2ª **Concepto "económico"** de patrimonio. Para esta posición, el patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico, tengan o no amparo jurídico. Así, integran el patrimonio los bienes bajo el *poder de disposición fáctico* de una persona, desde la perspectiva de su valor económico o de cambio.

Como correctivo del "concepto jurídico", sería un intento más o menos acertado de resolver el formalismo de aquél; pero si se emplea prescindiendo totalmente del elemento jurídico, no permite definir bien jurídico protegido por la estafa. Sin atender a las reglas jurídicas que atribuyen la titularidad de derechos, no se puede entender el concepto de patrimonio.

Por lo demás, se llega a conclusiones indeseables en casos como, por ejemplo, cuando el estafador engaña a otro haciéndole adquirir un bien *del mismo precio pero que al comprador no le reporta la utilidad deseada*. Bajo este concepto no sería estafa, por ejemplo, engañar a alguien haciéndole creer que está comprando una vivienda -comprometiendo así su patrimonio por las próximas décadas- cuando en realidad está adquiriendo un local de negocio o una finca rústica que tuviese exactamente el mismo precio.

3ª **Conceptos "mixtos"** de patrimonio. Se trata de concepciones eclécticas, muy extendidas en doctrina y jurisprudencia, que corrigen uno de los dos conceptos anteriores con consideraciones procedentes del otro. Una de las más relevantes es la llamada "teoría de la apariencia", que concibe el patrimonio como el conjunto de posiciones de poder sobre una cosa, económicamente evaluables y que revisten apariencia de corrección jurídica.

4ª **Conceptos "personales"** o "funcionales" de patrimonio, que a la hora de apreciar si ha habido un perjuicio patrimonial, atienden también a las *preferencias subjetivas*, a la pérdida de *valor de uso* que la víctima puede haber experimentado, a si el engaño ha producido la *frustración del fin* que la víctima esperaba del negocio, etc. En la base de estas concepciones está la idea de que el patrimonio es un bien *instrumental de la libertad de acción*.

En la doctrina esta corriente doctrinal –con diversos matices- tiene numerosos e importantes defensores (en la doctrina española, por todos los monografistas, véanse De La Mata Barranco, Gallego Soler, Pastor Muñoz, etc.).

En la jurisprudencia española el concepto "personal" de patrimonio adquiere carta de naturaleza con la sentencia del Tribunal Supremo en el llamado "caso de la colza" (STS 23-4-1992). Aquí se planteaba si existía daño patrimonial en un supuesto en el que los compradores creían comprar aceite de oliva, pero en realidad compraban una mezcla que contenía aceite de colza desnaturalizado para uso industrial. La defensa adujo que no se había probado que lo recibido por los compradores fuese de menor valor que lo que creían estar comprando, por lo que negaba que se hubiese acreditado el daño patrimonial. Para el Tribunal Supremo la existencia de daño patrimonial era independiente del valor económico que pudiese tener el aceite de colza desnaturalizado: "el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el da*ño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titu-*

*lar del patr*imonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial".

Conceptos de patrimonio como el personal o funcional permiten que a la hora de valorar el perjuicio se introduzcan cuestiones relativas al **valor de uso** desde la perspectiva de la víctima. Así, si el defraudador dolosamente está frustrando la finalidad que la otra parte persigue con el negocio, hablaremos de un perjuicio patrimonial. Sus detractores han planteado que esta **subjetivización** puede producir cierta inseguridad jurídica, ya que el concepto de perjuicio patrimonial se hace depender de factores subjetivos de una de las partes; sin embargo, hay acuerdo -y no sólo en el ámbito penal- en señalar que es imprescindible a la hora de determinar el daño patrimonial sufrido atender al valor de uso individual y también a si el estafador ha **frustrado la finalidad** perseguida por la víctima. Así, pues, conductas como llevar a engaño a alguien para hacerle adquirir un local de negocio cuando en realidad creía estar comprando una vivienda (aunque ambos tuviesen exactamente el mismo valor de mercado) son sin duda constitutivas de estafa.

Un supuesto especialmente interesante es la venta de finca engañando al comprador sobre su edificabilidad. Es posible que la víctima adquiera una finca y que el precio pagado por ella sea el correcto (con lo que desde un concepto puramente económico de patrimonio no cabría apreciar perjuicio). Sin embargo, y como reconoce el Tribunal Supremo, aquí cabe apreciar un daño patrimonial: "El moderno concepto del patrimonio estructurado desde una perspectiva objetiva, individual, permite estimar en la determinación del daño propio de la estafa **la finalidad patrimonial del titular**. Por ello, aunque fuese cierto [...] que el precio pagado por el terreno se corresponde con el valor objetivo del mismo, dada su actual calificación urbanística, **[se produjo] la frustración de la finalidad perseguida por los compradores** [... que] era la edificación en las pequeñas parcelas que adquirían para una segunda residencia, por lo que dicha situación de quebranto también es incardinable en el concepto de daño patrimonial" (STS 195/1996, de 4 marzo).

Se emplea a estos efectos el tópico de la frustración del fin perseguido por la víctima, concepto se relaciona íntimamente con los conceptos personales de patrimonio, en la medida en que lo vincula a las posibilidades de perseguir fines.

Pese a las señaladas ventajas del concepto personal de patrimonio, en los últimos tiempos una versión radicalizada de este concepto aparece en ciertos sectores doctrinales y en algunas sentencias en lo que semeja un desdibujamiento del bien jurídico "patrimonio", que pasa a identificarlo en exceso con la mera libertad de acción de su titular.

Así, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar en alguna sentencia aislada: "*El delito de estafa protege la libertad de la decisión patrimonial del sujeto pasivo* y ésta resulta afectada cada vez que éste dispone de su patrimonio sin saber para qué lo hace, como consecuencia de haber sido inducido a ello por la acción engañosa del autor" (STS 704/2001, de 30 abril).

Esa interpretación es rechazable. Afirmar que hay perjuicio siempre que se induce fraudulentamente a disponer es contrario al art. 248, que exige que se induzca mediante engaño a una disposición y, *además*, que sea en perjuicio propio o de tercero. Por ello, el Código Penal exige que se distinga con claridad entre *llevar a disponer mediante engaño* y *que esa disposición sea perjudicial*. Así, para hablar de estafa además de una inducción engañosa a disponer, se exige un daño patrimonial en sentido material (y que éste esté abarcado por el dolo).

Pongamos un ejemplo para ilustrarlo: El comercial de una empresa de recambios de motor engaña a un cliente diciéndole que los recambios que vende una empresa rival son de pésima calidad y que se han producido varios accidentes automovilísticos en los que se sospecha que la causa ha sido el uso de esos recambios. Debido a ese engaño, el cliente deja de comprar esos recambios a la empresa de la competencia y se los adquiere al autor. Los recambios son de la misma calidad y no son más caros. El cliente, a pesar de que su "libertad de decisión patrimonial" se ha visto afectada por el engaño, no experimenta ningún tipo de perjuicio patrimonial. En este caso no cabrá hablar de una estafa, pues no hay un perjuicio patrimonial para el patrimonio de quien realiza el acto de disposición. Se trata de un caso de dolo civil (art. 1269 y 1270 CC), así como de un acto de competencia desleal.

3. ¿Constituye perjuicio típico el riesgo de pérdida patrimonial?

Se discute doctrinalmente si engañar a otro para exponerle dolosamente a un riesgo de pérdida patrimonial es ya de por sí una estafa consumada o si para que haya consumación es necesario que tenga lugar el resultado de la pérdida patrimonial. La doctrina alemana habla de una **puesta en peligro que equivale a perjuicio patrimonial** (*schadensgleiche Vermögensgefärdung*), para distinguir entre las puestas en peligro dolosas que ya han de considerarse un delito de estafa consumado y aquéllas que no.

Nótese, no obstante, que el concepto de perjuicio típico en la jurisprudencia alemana es notablemente más extenso que en la española.

La naturaleza del patrimonio como bien jurídico hace que la cuestión tenga perfiles complejos, ya que el riesgo de pérdida puede disminuir sin duda el valor de cambio de los bienes. El valor de un activo patrimonial en riesgo de pérdida puede ser sin duda menor que el de otro que no esté expuesto a ese riesgo. Ello es aún más evidente cuando hablamos de fraudes de inversiones o sobre valores negociables.

Sin embargo, partir de este dato para formular un concepto general de perjuicio patrimonial podría conducir en ocasiones a conclusiones absurdas (así, si alguien empeora de fortuna durante unos meses pero luego se recupera, con ello habrá perjudicado durante un tiempo el patrimonio de sus acreedores, pero luego les habrá reparado ese daño).

Es por ello más razonable realizar un **análisis tópico** de algunos de los **distintos supuestos** que se estudian bajo la idea de la "puesta en peligro que equivale a perjuicio patrimonial", para comprobar si en ellos se dan los elementos que caracterizan el resultado típico de la estafa.

A. La solicitud fraudulenta de crédito con ánimo de devolverlo.

Uno de los casos paradigmáticos que se plantean en este ámbito es el de la solicitud fraudulenta de crédito

Veamos un ejemplo de la jurisprudencia: mintiendo sobre su solvencia y preparación, el empresario X obtiene del Banco B un préstamo para poner en marcha un negocio. X invierte el dinero prestado en el negocio, pero debido a su inexperiencia, el negocio fracasa y X no puede devolver el préstamo (SAP Sevilla 287/1999, 4ª, de 26 octubre).

Para saber si nos encontramos o no ante una estafa debemos primero analizar si el perjuicio patrimonial es la no devolución del préstamo concedido o ya el hecho de conceder un préstamo a quien no tiene la solvencia fingida.

Para cierto sector doctrinal (ej., Gallego Soler) en estos casos cabe ya hablar de una estafa, ya que llevar a un banco a otorgar un crédito a una persona menos solvente ya supone producir un perjuicio patrimonial. Este sector entiende que, por más que el autor no tuviese dolo de impagar, lo que sí hizo fue someter dolosamente al banco a un riesgo de impago indeseado (pues eso es lo que supone un préstamo a alguien menos solvente); y ese riesgo ya puede

ser considerado un perjuicio patrimonial típico de la estafa. Por ejemplo, un crédito a una persona de baja solvencia tiene un valor contable menor que el de una persona solvente.

Sin embargo, a día de hoy la opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia es que en estos casos **el perjuicio patrimonial es la no devolución**; y que sólo cabrá hablar de una estafa en los casos en **que dicha no devolución esté abarcada por el dolo del sujeto**.

La Audiencia Provincial de Sevilla negó así que en este caso hubiese una estafa, pues por más que X hubiese mentido sobre extremos relevantes del negocio (y admitiendo a efectos dialécticos que el engaño hubiese sido bastante), no existió dolo de perjuicio patrimonial por parte de X: ni siquiera dolo eventual.

Si modificásemos ligeramente el caso cabría hablar con claridad de un dolo eventual de impago. Por ejemplo: el préstamo que X obtuvo fingiendo su solvencia en realidad no estaba destinado a un negocio productivo, sino sólo a pagar unas deudas personales para que no ejecutasen la hipoteca que pesaba sobre su casa. Al pedir un préstamo sin tener solvencia ni fuentes de financiación, sería posible hablar de un dolo de no devolución del préstamo.

Parece razonable entender que la solicitud fraudulenta de crédito únicamente es constitutiva de delito de estafa si en el momento de la solicitud concurrió dolo de perjuicio patrimonial (directo o eventual). El perjuicio patrimonial es un elemento objetivo del tipo, y debe estar abarcado por el dolo. Por el contrario, en los casos en que exista una intención seria de devolver el crédito no cabe hablar de dolo de estafar (y el hecho de que X hubiese invertido el crédito en su empresa es un sólido indicio de que existía tal intención).

Las conclusiones de considerar estos casos como estafas consumadas son problemáticas. Imaginemos que X sin problema alguno va devolviendo sus cuotas a lo largo del tiempo hasta el final del préstamo: su conducta habría sido una estafa con atenuante de reparación, pese a que X no infringió en ningún momento sus obligaciones.

Los ordenamientos que han querido criminalizar el fraude de crédito como tal, sin necesidad de probar una intención de no devolución, han acudido por lo general a figuras específicas, como, por ejemplo, la *Kreditbetrug* alemana (§ 265b StGB) o nuestro delito de "fraude de crédito" del art. 282 bis, cuyo ámbito de aplicación se limita a empresas cotizadas y exige además falsedad en cierto tipo de documentos.

De hecho, la introducción en 2010 del delito de fraude de crédito (art. 282 bis) es la mayor prueba de que las meras solicitudes fraudulentas de crédito, sin intención de no devolverlo, no estaban abarcadas por el tipo de estafa (pues de no ser así, no habría hecho falta tipificar esta figura; sobre el contenido e interpretación del fraude de crédito del artículo 282 CP bis véase tema 9, apartado IV.5).

La doctrina mayoritaria ha considerado que los casos de fraude de crédito son en su mayoría reconducibles a figuras falsarias, y muy destacadamente a las falsedades societarias del art. 290, al tratarse del fingimiento de una solvencia inexistente mediante la presentación de balances "maquillados" y documentación económica falsa (sobre las falsedades societarias del art. 290, ver tema 17, apartado V).

B. La estafa de inversiones.

En los últimos años han surgido con más frecuencia casos en los que desde empresas financieras o de inversión se ha defraudado a consumidores para llevarles mediante engaño a realizar inversiones; inversiones que finalmente resultaban tener características esencialmente distintas de las prometidas y que en ocasiones llevaban a que los consumidores perdiesen su dinero.

La casuística es muy variada. Aquí cabe hablar, por ejemplo, de fraudes tipo Ponzi en los que se convence a los consumidores de que inviertan en activos tangibles que supuestamente se revalorizan a ritmos vertiginosos y producen altísimos intereses (en el caso de Carlo Ponzi, que dio nombre a estos fraudes, se trataba de efectos postales). Sin embargo, cuando se descubre el engaño se ve que no existía tal revalorización y que en realidad se estaba pagando los intereses a los clientes con el propio capital invertido, en una ciega huida hacia delante. Así ocurría en el caso ACAI, que proponíamos al inicio del tema.

En otros supuestos, desde una entidad financiera se proporciona información sesgada o engañosa a los consumidores sobre las características del producto (ej. hacer pasar por un depósito a plazo fijo hiperremunerado lo que en realidad era un producto de características distintas, de muy difícil desinversión, por el que podían perder incluso la cantidad depositada).

Son interesantes aquí también ciertos casos de *banca paralela*, en los que un director de sucursal convence a diversos clientes para que inviertan en productos especiales de su banco, ocultándoles que en realidad está destinando el dinero a inversiones de riesgo y sin la garantía de la entidad de crédito.

Son muchos los problemas que se plantean aquí: por una parte, los aspec-

tos sobre los que puede versar el **engaño**: la rentabilidad, la liquidez y, sobre todo, los riesgos de la inversión, su reversibilidad, etc. (Feijoo Sánchez); también se ha señalado con razón las particularidades del engaño cuando hablamos de productos financieros complejos (Álvarez García), que incluso en ocasiones ni siquiera los propios bancarios comprenden bien. Ello nos conduce a otra peculiaridad: es perfectamente posible que los bancarios que han vendido el producto sin explicar correctamente sus características no tengan **dolo de engañar**, y que simplemente sigan un argumentario comercial, confiando en las instrucciones que reciben de departamentos comerciales (lo cual puede dificultar la tarea de hallar dentro de la estructura de la empresa al defraudador doloso; es en casos como estos donde se percibe la utilidad del recurso a la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, arts. 31 bis y 251 bis).

Pero en todo este grupo de casos uno de los problemas esenciales es la determinación del **perjuicio patrimonial** en estos supuestos. ¿Cuál es el daño patrimonial irrogado a los consumidores en todos estos casos?

Si hubiese que identificar este perjuicio patrimonial con el fracaso de la inversión, sería sumamente gravoso conseguir condenar a los defraudadores (¿cuándo se concreta el fracaso de la inversión cuando hablamos de títulos negociados cuya cotización varía a lo largo del tiempo?) Además, debería probarse que el dolo del defraudador abarcaba el fracaso de la inversión (algo que en algunos casos puede estar abarcado por el dolo eventual; pero que en muchísimos otros será mucho más dudoso).

El Tribunal Supremo en estos casos ha adoptado la perspectiva del **concepto personal de patrimonio**, y señala que cuando el consumidor es engañado sobre las circunstancias relevantes para la decisión de invertir y otras particularidades del negocio jurídico que se ofrece, ello afecta "a la libre decisión del inversor, pues ésta suponía que las cantidades entregadas eran investigadas totalmente en las opciones y futuros y que su cuenta era individual, cuando en realidad, ni se invertiría el dinero en su totalidad en tales negocios, ni su cuenta tenía la individualidad prometida, lo que significaba que corría no sólo con sus propios riesgos, sino con los de las operaciones de [la entidad inversora]" (STS 2015/2002 de 7 de diciembre de 2002).

Así, el perjuicio consistiría en recibir un producto financiero distinto del prometido (y, en los casos que nos ocupan, sometido a mayores riesgos). Como es evidente, en materia de productos financieros engañar sobre estos riesgos es engañar sobre un aspecto esencial (Feijóo Sánchez); y lo mismo cabe decir del engaño sobre las posibilidades de desinversión.

Desde esta perspectiva, pues, más que de un concepto de "riesgo como perjuicio patrimonial", se trata del daño patrimonial entendido a la manera del concepto personal o funcional de patrimonio. Así, prometer engañosamente un producto a sabiendas de que se va a entregar uno distinto, manteniendo a la víctima engañada sobre los aspectos que más debe cuidar, le produce a ésta un perjuicio.

La cuestión, en cualquier caso, puede ser muy compleja cuando se engaña para colocar títulos negociables, ya que no sería imposible que las acciones vendidas a la víctima se hubiesen revalorizado en el momento del juicio y que incluso pudiesen tener una cotización más alta que en el momento de la venta fraudulenta. Precisamente para evitar debates procesales sobre si se ha producido o no el perjuicio patrimonial, el legislador penal introdujo en 2010 un nuevo tipo penal de fraude de inversores que, a la manera de un verdadero delito contra el mercado y los consumidores, sanciona a quien engañosamente, mediante falsificación de folletos o documentos similares, capta inversores o coloca activos financieros. Véase al respecto el tema 9, apartado IV.5.

VII. Tipo subjetivo.

1. El dolo.

A. Cuestiones generales. Dolo directo y dolo eventual.

En la estafa, como en cualquier delito doloso, el dolo del sujeto activo ha de abarcar todos los elementos del tipo objetivo: no sólo el engaño o la inducción a disponer, sino que se exige que el perjuicio patrimonial se produzca de modo doloso.

Así, si un sujeto engaña para llevar a la otra parte a contratar, pero no tiene dolo (aunque sea dolo eventual) de que ésta se vea perjudicada, no cabrá hablar de una estafa. El dolo del sujeto debe abarcar el hecho de que la víctima vaya a sufrir un perjuicio patrimonial.

Quizá la cuestión más debatida en relación con el dolo de la estafa empresarial es la admisibilidad del dolo eventual. La cuestión se manifiesta del modo más problemático cuando hablamos de **actividades económicas arriesgadas**. En la actividad económica el riesgo es casi ubicuo: a mayor riesgo, mayores beneficios cabe obtener. Pero ¿qué ocurre cuando, por ejemplo, mediante engaño se somete las prestaciones debidas a la otra parte a riesgos *indebidamente altos*?

La doctrina ha adoptado diversas posiciones en relación a la **estafa con dolo eventual**. Aunque ha habido diversos autores que se han opuesto a ello, es admitida por doctrina mayoritaria y jurisprudencia (véase la STS 23 de abril de 1992, que conoció del famoso caso del aceite de colza). Si el autor engaña a la víctima, induciéndole a realizar un negocio que *muy probablemente -aunque no con certeza- la perjudicará*, no hay razones sólidas para negar la tipicidad.

Cuestión compleja será, como siempre, la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente (atípica en la estafa). Se suscitará este problema de delimitación en casos en que haya dolo de engañar pero quepan dudas sobre el *dolo de producir un perjuicio patrimonial* (por ejemplo, si el sujeto tenía conciencia de un cierto grado de riesgo de perjuicio patrimonial para la otra parte, pero no tan alto como para hablar de un dolo directo).

B. El caso de las "huidas hacia adelante": dolo eventual y fraudes para obtener financiación en medio de una crisis empresarial.

Veamos el siguiente caso: En una situación de serios problemas financieros, y en una "huida hacia adelante", el administrador de una empresa gestora de fondos inmobiliarios sigue admitiendo depósitos afirmando falsamente que se invertirán en un negocio inexistente y ocultando a sus clientes que se encuentra en una gravísima situación económica. El administrador desea devolver estos depósitos, pero cuando los contrata con sus clientes sabe que es probable que no pueda hacerlo; no obstante, los acepta para poder pagar unas deudas acuciantes, confiando en que si alarga suficientemente la situación pueda encontrar una financiación más sólida.

Se nos plantea aquí un supuesto en el que el sujeto tiene un dolo directo de engañar (al ocultar la grave situación de la empresa), pero no de perjudicar. Con respecto al perjuicio patrimonial, cabe hablar únicamente de dolo eventual.

Las "huidas hacia adelante" (casos en los que el autor satisface las deudas con nuevos préstamos, endeudándose cada vez más y haciendo cada vez más difícil cumplir con las nuevas obligaciones) son los casos en los que con más frecuencia se debatirá la concurrencia de dolo eventual y su **deslinde con la simple mala gestión o negligencia** del comerciante. Aquí cabe hallar supuestos muy claros de estafa con dolo eventual como el que nos ocupa (incluso, en ocasiones, con dolo directo de segundo grado), pero también otros donde puede estar más abierto el debate sobre si se puede hablar de dolo

eventual respecto de la imposibilidad de cumplir con la obligación asumida o únicamente de temeridad.

Probablemente el criterio más fiable que quepa hallar aquí para determinar si había o no un dolo eventual de producir un perjuicio patrimonial será atender a la existencia o no de un **plan económico razonable** para cumplir con las obligaciones asumidas.

Volvamos a un caso ya conocido (SAP Sevilla 287/1999, sec. 4ª, de 26 octubre): engañando sobre su solvencia y preparación, A obtiene del Banco B un préstamo para poner en marcha un negocio y lo invierte en dicho negocio, pero éste fracasa por la negligencia de A y éste no puede devolverlo el préstamo. En este caso parece que **cabe hablar de un plan razonable para cumplir con las obligaciones y devolver el préstamo**, pues el sujeto invierte el dinero en el negocio, que no fracasa por cuestiones relativas al engaño.

Si por el contrario el autor ha llevado mediante engaño al cliente a invertir ocultándole la situación de crisis, en una "huida hacia adelante" sin más plan que retrasar el hundimiento financiero por si pudiese surgir entretanto una posibilidad de salvación, hablaremos de un dolo eventual de perjuicio patrimonial.

En el caso ACAI con el que abríamos el tema, cabe no sólo hablar de dolo eventual sino de auténtico dolo directo, ya que en ningún momento hay indicio alguno de un plan económico razonable para proporcionar unos beneficios garantizados a los inversores.

C. Dolo y cuestiones probatorias.

Si la prueba del dolo es siempre compleja, en los llamados negocios jurídicos criminalizados esta dificultad alcanza niveles altísimos. El *quid* reside en demostrar si el sujeto activo ***ya en el momento de inducir a la víctima a contratar tenía ánimo de incumplir las obligaciones asumidas (o conocía la imposibilidad de cumplirlas)***, o si por el contrario el incumplimiento es consecuencia de una decisión posterior. En este punto, como hemos señalado, es donde cobra relevancia la *mise en scène* (documentación falsificada, intervención de colaboradores del autor, etc.) como prueba de que ya desde un inicio había intención defraudatoria.

Desde el punto de vista de la **prueba de descargo**, se han considerado **indicios** de la ausencia de ánimo defraudatorio, por ejemplo, el hecho de que quien solicitó

el crédito para poner en marcha un negocio o una promoción en efecto inició dicho negocio, realizando gastos (arrendamiento de locales, compra de materiales de construcción, contratación de informes técnicos): la Sala entendió que esos gastos no serían explicables si el sujeto hubiese tenido desde un inicio dolo de defraudar a las víctimas.

También datos postdelictivos se han empleado como indicios para determinar si había voluntad defraudatoria en el momento de la comisión: así, por ejemplo, en algún caso se concluyó que en el momento de contratar el autor no había tenido dolo de defraudar, deduciéndolo del hecho de que en cuanto se produjo el fracaso del negocio demostró su intención de asumir todos los costes y evitar los perjuicios a los compradores. Asimismo, el Tribunal Supremo ha sostenido que el hecho de que tras el fracaso del negocio el autor hubiese eludido cualquier exigencia de reparación podía ser indicio de que ya desde un inicio éste ya fuese consciente de que los compradores se iban a ver defraudados (dolo de perjuicio patrimonial).

2. El ánimo de lucro.

El ánimo de lucro debe entenderse como el **propósito de obtener ventaja patrimonial** (propia o ajena) de la conducta de estafa, dentro de lo cual se incluye también la evitación de un gasto.

El Tribunal Supremo maneja por lo general una concepción del ánimo de lucro extraordinariamente amplia, en la que incluye "cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad, incluidos los actos contemplativos o de ulterior beneficencia, siendo igualmente suficiente la cooperación culpable al lucro ajeno" (STS 192/2005, de 18 de febrero).

No hay ánimo de lucro en quien fraudulentamente obtiene una cosa para su mero uso temporal, sin ánimo apropiatorio ni de distracción. Asimismo, una interpretación razonable del término "lucro" como "**lucro ilícito**" y coherente con el tipo de realización arbitraria del propio derecho, también debería excluir de la tipicidad de la estafa los fraudes en los que se engaña al deudor moroso para que pague sus deudas (lo que cabría llamar la "realización fraudulenta del propio derecho").

La efectiva obtención del lucro no es un requisito típico: sólo lo es el *ánimo* de lucro, la **intención** de llegar a obtenerlo mediante la conducta típica, por lo que nada obsta a la aplicación del tipo consumado aunque el sujeto finalmente no lo haya obtenido. Por ello, tampoco es necesaria la cuantificación del lucro para afirmar este elemento típico (STS 23 de abril de 1992, caso de la colza).

3. La diferencia entre estafa y dolo civil (arts. 1269-1270 CC), una cuestión de elemento subjetivo.

A. Planteamiento.

Quien induce a otra persona a contratar mediante engaño, ¿comete un delito o un mero ilícito civil? La respuesta no es sencilla:

- Por una parte, el art. 1269 CC define el *dolus in contrahendo* o dolo-vicio: **"hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho"**, y regula sus consecuencias jurídicas: el dolo grave (*dolus causam dans contractu*) produce la nulidad del contrato, y el dolo meramente incidental sólo da derecho a una indemnización por daños y perjuicios (salvo que hubiese sido empleado por las dos partes: art. 1270 CC);
- Por otra, el tipo penal de estafa (art. 248 y ss.) sanciona con prisión de seis meses a tres años a **"los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno"**.

Ambas normas son muy similares, pero las consecuencias jurídicas de uno y otro precepto son radicalmente distintas: mientras que la aplicación de los arts. 1269-1270 CC otorga a la parte perjudicada acciones civiles para defender sus intereses patrimoniales, la aplicación de los arts. 248 a 250 implica una condena penal. Por ello es de capital importancia diferenciar los casos de *mero dolus in contrahendo* de los que constituyen auténticos delitos de estafa.

La cuestión ha sido largamente debatida por doctrina y jurisprudencia, y los criterios que se han empleado para deslindar estos dos campos han sido de lo más variado. Algunos de ellos han sido los siguientes:

1º Puesta en escena. Algunos autores (señaladamente, Bajo Fernández) han considerado que la estafa exige el uso de engaños más intensos o de mayor elaboración (uso de documentos falsos, "ganchos", etc.) que el dolo civil, que podría cometerse con el mero uso de engaños de simple palabra. Sin embargo, esta interpretación no casa con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admiten no ya estafas sin puesta en escena, sino incluso engaños tácitos o por omisión.

2º Confusión entre dolo-vicio y dolo de incumplimiento obligacional, En alguna ocasión la jurisprudencia ha pretendido resolver esta cuestión atendiendo al momento del engaño: si el sujeto ya en el momento del contrato albergaba la intención de in-

cumplirlo en el futuro, sería estafa, pero si la intención de incumplir surgía después de la conclusión del contrato, se trataría de un mero dolo civil. El criterio es inservible a los efectos que nos interesan, pues sólo permite distinguir la estafa del dolo de incumplimiento obligacional (art. 1101 CC) y no del dolo-vicio (art. 1269-1270 CC), que por definición ha de preceder a su conclusión, como con razón ha señalado Gómez Benítez.

3º Carácter plena o parcialmente fraudulento del contrato. En otras sentencias ha sostenido el Tribunal Supremo que habrá estafa allí donde el contrato sea una "pura ficción al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno". No obstante, este criterio llevaría a tener que negar la tipicidad de una estafa, sólo por el hecho de que se enmarcase en un contrato que contuviese otros pactos no engañosos (de modo que el contrato no fuese totalmente fraudulento sino sólo parcialmente).

4º Engaño bastante. Otros autores (por ejemplo, González Rus) han considerado que hablaremos de estafa cuando el engaño fuese bastante para producir error y de dolo civil en los supuestos en que el error debía ser imputado a la víctima. Sin embargo, en una razonable comprensión del art. 1269 CC, los casos en que el engaño no es bastante y en los que el error se debe a la negligencia de la víctima tampoco permiten hablar de dolo civil.

5º Perjuicio patrimonial. Algún sector ha intentado deslindar estos dos campos entendiendo que si concurría perjuicio patrimonial procedería hablar de estafa y, en caso contrario, de dolo civil. Sin embargo, también la regulación del dolo civil prevé expresamente la producción de daño patrimonial y su indemnización.

En los últimos años, el Tribunal Supremo ha abandonado todo intento de dar una fórmula general y ha adoptado una ecléctica línea jurisprudencial, según la cual se trata de "una cuestión de tipicidad penal", de modo que habrá que analizar **caso por caso** si se dan los elementos típicos de la estafa (en cuyo caso hablaremos de injusto penal) o no, en cuyo caso hablaremos de dolo civil.

B. Hablaremos de estafa si concurre dolo de perjuicio patrimonial.

El punto de partida es el siguiente: **a toda estafa contractual subyace un *dolus in contrahendo* grave**. Por ello debe afirmarse que entre el dolo civil y el tipo penal de estafa se da un concurso de leyes (Bajo Fernández), en el que el dolo civil es materialmente ley subsidiaria y la estafa ley principal.

El elemento diferencial a favor de la estafa es el **dolo de perjuicio patrimonial**. Si alguien engaña a otro para contratar con él, pero sin que su dolo abarque la posibilidad de perjuicio patrimonial para éste, cabrá hablar de dolo civil, pero no de estafa. Sintéticamente afirmaba la STS 8 de julio de

1983: **"así como el dolo civil es una asechanza al consentimiento, el dolo criminal es una asechanza al patrimonio ajeno"**.

Es importante distinguir este criterio del ya criticado de la existencia o ausencia de perjuicio. En los supuestos de dolo civil es perfectamente posible que surja un perjuicio para la víctima, pero no es necesario que lo abarque el dolo del sujeto. La terminología civil no debe llamar aquí a error: el "dolo" (*i.e.*: el fraude) civil no exige dolo de resultado.

Cabe citar aquí muy diversos supuestos.

Son interesantes los casos en los que se discute si consta o no *ab initio* una disposición del sujeto activo a asumir él la posible pérdida (en cuyo caso no procedería hablar de dolo de perjuicio patrimonial y sólo cabría hablar de *dolus in contrahendo*). En este contexto es posible discutir, por ejemplo, si en muchos supuestos de "*overbooking*" o sobrecontratación cabe hablar de un auténtico dolo de perjuicio patrimonial.

Sin embargo, los "supuestos estrella" en la discusión sobre dolo civil o estafa sin duda son las solicitudes fraudulentas de crédito (ya analizadas supra, epígrafe VI.3 de este Tema): son casos en los que el autor engaña a una entidad de crédito sobre su solvencia para obtener un préstamo e invertir el capital en una operación lucrativa más arriesgada de lo que el banco estaría dispuesto a respaldar, que le permita no sólo devolver el dinero sino además obtener beneficio. Ciertamente, el prestatario mendaz aquí engaña dolosamente, emplea maquinaciones insidiosas para inducir al banco a prestarle dinero. Sin embargo, si desde un inicio tiene una razonable intención de devolverlo, no cabe afirmar que tenga dolo de producir un perjuicio patrimonial (salvo para quienes entiendan que el otorgamiento de un préstamo a alguien de más baja solvencia ya de por sí suponga un perjuicio patrimonial; véase esta cuestión *supra*, apartado VI.3.A).

De este modo, en ausencia de un dolo de no devolver el préstamo, y a falta de un tipo específico de estafa de crédito en nuestro ordenamiento (como el § 265b del StGB alemán, *Kreditbetrug*), estas conductas son atípicas como estafa. El encaje más adecuado de estos supuestos es su tratamiento como casos de dolo vicio (a salvo de la responsabilidad por otros hechos conexos, como las falsedades documentales -en especial las societarias, art. 290 CP- realizadas a tal efecto).

VIII. Iter criminis.

Doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que la consumación tiene lugar con la **concreción del resultado perjudicial**. El correlativo enriquecimiento, en los supuestos en los que no coincida con el acto de disposi-

ción, no determina la consumación, sino que pertenece ya a la fase de agotamiento.

> Se han planteado dudas a la hora de su concreción en las estafas en las que se induce a la víctima a comprar una cosa, en especial un inmueble, pues el perjuicio puede acaecer en diversos momentos. Así, si se trata de comprar una finca con vicios ocultos o que de otro modo frustra la finalidad negocial, por ejemplo, cabe discutir si la consumación tiene lugar con la mera conclusión del negocio, que ya despliega efectos obligacionales, con el pago del precio o con el pago del precio seguido de la *traditio*, que produce los efectos reales. Parece claro, no obstante, que el daño patrimonial ya tiene lugar con la **asunción de la obligación** o con el **pago,** pues la *traditio* no determina un mayor daño (por el contrario, determina un menor daño, pues el sujeto obtiene algo menos valioso que lo que pagó a cambio del precio, mientras que si la *traditio* no tiene lugar, no obtiene nada en absoluto).

No hay problema en admitir la punibilidad de la **tentativa** de estafa tanto en su modalidad acabada (realización de todos los actos del engaño sin que se produzca el desplazamiento patrimonial) como inacabada (el autor realiza sólo parte de esos actos). Sin embargo, lo que no se suele entender punible en la estafa es la tentativa inidónea *por inidoneidad del engaño* ya que, como hemos visto, el tipo exige un cierto nivel de relevancia del error para su tipicidad.

> Esto no significa que sea impune toda tentativa inidónea de estafa: lo único que se considera impune es la tentativa inidónea por inidoneidad del engaño. Subsiste la tipicidad de otras tentativas inidóneas como, por ejemplo, el intento de venta fraudulenta de una vivienda *a quien resulta ser su propietario*.

Finalmente, debe advertirse que el legislador sanciona específicamente los actos preparatorios de conspiración, proposición, y provocación en relación con el delito de estafa (art. 269), en lo que parece un adelantamiento muy cuestionable de la barrera punitiva para un delito no violento (piénsese en lo irrazonable de sancionar la *provocación* a la comisión de estafas).

IX. Los tipos agravados de estafa desde la perspectiva del Derecho penal de empresa.

El art. 250 contiene unos tipos agravados cuya pena es de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses; y en su punto 2 una modalidad hipe-

ragravada que eleva la pena hasta un marco de cuatro a ocho años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses cuando concurran ciertas combinaciones de las modalidades agravadas.

A continuación analizaremos las modalidades agravadas más relevantes desde el punto de vista de las estafas en el tráfico mercantil.

1. Estafa sobre bienes objeto de especial protección (art. 250.1, apartados 1º y 3º).

Aquí hallamos dos subtipos agravados distintos:

- la estafa sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social (art. 250.1.1º); y
- la estafa sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico (art. 250.1.3º).

El que reviste mayor importancia desde el punto de vista que nos interesa es el primero y, muy especialmente, la estafa **sobre viviendas**. Aquí deben estudiarse supuestos como las *estafas de anticipos entregados en la compra de viviendas "sobre plano"*; las estafas en relación con *multipropiedad* o viviendas a tiempo compartido o los fraudes relativos a *vicios ocultos de la vivienda*. En este último caso, con frecuencia hablaremos de un engaño tácito, por no advertir a quien compra una vivienda que ésta padece graves defectos que reducen su valor o la hacen inidónea para vivir en ella.

La jurisprudencia se ha ocupado intensamente de la interpretación del término **"vivienda"**, dándole una interpretación restrictiva: se exige que la estafa se cometa sobre inmuebles que la víctima destinaba o iba a destinar a ser primera residencia, excluyendo así del tipo agravado las estafas que se realizan sobre segundas viviendas, de carácter recreativo o vacacional, o sobre las adquiridas como inversión.

A la hora de valorar si la estafa recae sobre la vivienda, han sido objeto de debate los casos en que el estafador engaña a la víctima *para que hipoteque su casa y después disponga del dinero del crédito en su favor*. A este respecto la Jurisprudencia ha dado respuestas contradictorias: así, la STS 947/2004, de 16 de julio, rechazó la agravación por entender que en estos casos la estafa versa sobre dinero, no sobre la vivienda; por el contrario, se pronunció a favor de la agravación (en mi opinión de modo más razonable) la STS 1625/2002, de 30 de octubre.

La referencia a **cosas de primera necesidad y a bienes de reconocida utilidad** social requiere una interpretación atenta a la *ratio* de la agravación. Así, por ejemplo, por más que los alimentos sean un bien de primera necesidad, una estafa en la adquisición de verduras en una frutería no realizará el tipo agravado: es necesario que en efecto se produzca una *afectación a las necesidades vitales básicas de la víctima o a los servicios públicos que se encargan de cubrirlas*. Álvarez García menciona aquí los casos de estafas a personas inmigrantes en relación con sus permisos de residencia o de trabajo.

En relación con la agravación por afectación al **patrimonio artístico, histórico, cultural o científico** (art. 250.1.3º), la jurisprudencia requiere que la estafa recaiga sobre bienes que materialmente tengan esa consideración, pero no exige que hubiesen sido objeto de una formal declaración administrativa de interés cultural, ni que estuviesen inventariados.

2. Abuso de firma o afectación a expediente, protocolo o documento público u oficial (art. 250.1.2º).

El abuso de firma es una modalidad cualificada del abuso de confianza; y para que sea una modalidad de estafa es necesario que la firma sea obtenida mediante un engaño antecedente. La puede cometer, por ejemplo, el empleado que maliciosamente recaba la firma de su jefe en documentos que posteriormente completa con contenidos que sirvan a un acto de disposición patrimonial perjudicial.

En este caso si el documento falsificado es público, oficial o mercantil debe apreciarse un concurso de delitos (si bien hay cierto debate doctrinal al respecto).

No realiza este tipo agravado quien desfigura su propia firma con intención defraudatoria (por ejemplo, quien traza en una letra de cambio una firma que no se corresponde con la suya, para posteriormente negar haberla firmado).

El tipo agravado contiene como modalidad alternativa la *sustracción, ocultación o inutilización, total o parcial, de proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial* (nuevamente, con exclusión de las conductas falsarias, que constituirían un concurso entre estafa y falsedades documentales). En este caso la agravación se justifica porque, además de cometer un delito contra el patrimonio, se atenta contra la fiabilidad de esta clase de expedientes o documentos.

3. Por la entidad del perjuicio, la situación en la que deje a la víctima, el valor de la defraudación o el número de afectados (art. 250.1, apartados 4º y 5º).

Se trata de dos tipos agravados que atienden a la gravedad del perjuicio, aunque desde dos puntos de vista diferentes.

- Por una parte, **especial gravedad por entidad del perjuicio y situación económica en la que deje a la víctima o a su familia**. Esta cualificación (especialmente importante cuando hablamos de **estafas de inversión** o **sobre viviendas**) atiende al desvalor del resultado visto desde la perspectiva subjetiva de la víctima. Así, una estafa por una misma cuantía puede suponer un grave perjuicio para una familia, pero un perjuicio mucho menor para una gran empresa. Obviamente, este extremo debe estar abarcado por el dolo del sujeto.
- Por otra, valor de la **defraudación superior a 50.000 €** o afectación a un **número elevado de personas**. Se trata de una agravación que atiende al desvalor de resultado desde una perspectiva más objetiva. Es probablemente el subtipo agravado más relevante en el ámbito que nos ocupa, ya que la cifra de 50.000 € puede alcanzarse con facilidad cuando hablamos de **operaciones mercantiles de cierta entidad**. Asimismo, la afectación a un número elevado de personas (modificación introducida en la reforma de 2015) es consustancial a cierto tipo de **estafas a consumidores**.

El problema clásico en relación con la cifra de los 50.000 € era su **compatibilidad con las reglas del delito continuado y el delito masa del art. 74.2**. Parece claro que si mediante varios fraudes se alcanza la cifra de los 50.000 euros, no es posible aplicar a la vez el subtipo agravado y la regla concursal del art. 74.2: para ello sería necesario hablar de una continuidad delictiva en la que todas (Circular FGE 1/1999) o al menos un número elevado de estafas superasen por sí solas esa cifra de 50.000 euros. Como ha dicho el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, no pueden aplicarse a la vez el subtipo agravado y las reglas del art. 74 cuando conduzca a una interpretación "contraria a la prohibición de doble valoración".

Sin embargo, con la introducción en 2015 del nuevo subtipo agravado por "afectación a un número elevado de personas" la cosa se ha complicado de modo casi irresoluble. ¿Cuándo se debe aplicar ese subtipo agravado y cuándo el delito masa por afectación a "una generalidad de personas"? Y ¿son compatibles ambas agravaciones?

Nos encontramos aquí con un **craso error legislativo**. En efecto: el Anteproyecto de Reforma de octubre de 2012 introdujo este nuevo subtipo agravado de estafa por "afectación a un número elevado de personas" (aplicable también a la apropiación indebida y a la administración desleal) *porque proyectaba eliminar la regulación del delito masa del art. 74, llevándosela así a la parte especial*. Sin embargo, el texto finalmente aprobado en 2015 no eliminó el delito masa pero sí introdujo esta nueva norma llamada a sustituirlo en el ámbito de la estafa, con lo que nos encontramos con dos normas que pretenden regular el mismo supuesto. Eso determina que **será forzada cualquier solución que se busque** para otorgarle a cada una de ellas un ámbito de aplicación.

Probablemente la menos incómoda sea la de considerar aplicable el subtipo agravado por numerosos afectados cuando el hecho no revista "notoria gravedad" y que habrá delito masa cuando sí concurra ese requisito adicional; entendiendo que esa notoria gravedad requiere, además de la existencia de un número elevado de personas afectadas, una relevancia cualificada.

La cuestión es aún más complicada cuando se repara en que la reforma de 2015 también ha introducido un nuevo tipo hiperagravado por defraudación superior a los 250.000 €. Esta negligencia legislativa requiere ineludiblemente una corrección.

4. Abuso de relaciones personales con la víctima o aprovechamiento de credibilidad empresarial o profesional (art. 250.1.6º).

Como ha dicho la doctrina, la primera modalidad de este subtipo agravado plantea ciertos problemas, pues uno de los elementos que el propio tipo básico de estafa emplea para determinar la pena son *"las relaciones entre éste* (*scil.* el perjudicado) *y el defraudador"* (art. 249); por ello, no es fácil interpretar este precepto de modo que su apreciación no conduzca a valorar dos veces el mismo elemento: uno para graduar la pena dentro del tipo básico y otra para apreciar el agravado.

Menos problemática es la modalidad de abuso de credibilidad empresarial, que sanciona el aprovechamiento de la apariencia de seriedad mercantil como cualificación del engaño. La legislación mercantil española tradicionalmente ha protegido de modo especial la fiabilidad de las operaciones realizadas al amparo de un local de comercio. Por ello, debe entenderse que el aprovechamiento de una **estructura empresarial** (o la mera apariencia de dicha estructura) suponen un engaño cualificado que a ojos del legislador merece una superior sanción.

5. Estafa procesal (art. 250.1.7º).

Aunque desde 1995 ya existía un tipo agravado por empleo de "simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal", hubo que esperar hasta 2010 para que el legislador introdujese una definición de la "estafa procesal".

> "Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero" (art. 250.1.7º).

Se trata de una figura compleja, interesantísima y llena de matices. A continuación daremos sintéticamente algunas de las claves principales de este subtipo.

1. En la estafa procesal el **engañado es el juez o tribunal**: es un caso paradigmático de **estafa de triángulo**, en el que una persona es la engañada y otra distinta la perjudicada.

> La mención legal al juez o tribunal hace difícil incluir aquí los casos de engaño al letrado de la Administración de Justicia en los procedimientos de jurisdicción voluntaria (Álvarez García). Precisamente por esa mención, parece ya zanjado que los fraudes en procedimientos administrativos no quedan abarcados por este tipo.

2. Como ha dicho el Tribunal Supremo, la estafa procesal "constituye un **subtipo agravado de la estafa común**, y esto presupone la concurrencia de los requisitos configuradores del delito básico" (es decir: inducción, mediante engaño bastante, a un acto de disposición perjudicial efectivo, dolo y ánimo de lucro) más los específicos del tipo agravado (SsTS 266/2011, de 25 de marzo; y 306/2013, de 26 de febrero).

Esto significa que el engaño debe ser para que el juez o tribunal ordene un acto de disposición: para que decida sobre un elemento del patrimonio de la víctima en beneficio del patrimonio del defraudador (o de un tercero).

3. Con respecto al engaño bastante para producir error, el tipo agravado exige que se trate de una **manipulación de las pruebas o un fraude procesal análogo**. La manipulación de las pruebas puede consistir en la falsificación de pruebas documentales, la presentación de testificales o periciales falsas a sabiendas, etc.

Será difícil el engaño omisivo en el procedimiento civil (pues las partes pueden decidir sobre las pruebas que presentan), pero no imposible: así ocurrirá, por ejemplo, cuando la presentación parcial de material probatorio sirva al engaño. Imaginemos el caso de quien interpone una demanda ejecutiva presentando la sentencia condenatoria para su ejecución, ocultando que el condenado ya pagó en su momento, a sabiendas de que éste olvidó pedir un recibo.

Respecto del engaño mediante "fraude procesal análogo", la analogía debe entenderse en el sentido de una complejidad del engaño superior a la simple alegación falsa. En este sentido, la simple infracción de los deberes de veracidad de las partes no es suficiente, y se requiere una actividad fraudulenta de mayor complejidad (así, por ejemplo, Álvarez García sugiere los casos de colusión entre las dos partes para que el Juez dicte resolución perjudicial para un tercero). Lo que es evidente es que excluye las simples alegaciones falsas o simples infracciones del deber de veracidad de las partes.

4. En la jurisprudencia conviven dos concepciones distintas del momento consumativo: la que entiende que el delito se consuma con el dictado de la resolución y la que entiende que la consumación requiere la producción del acto de disposición.

6. Multirreincidencia (art. 250.1.8º).

Se contempla una agravación específica para la multirreincidencia, que se define en términos casi idénticos a los del art. 66.1.5º: haber sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos contenidos "en este capítulo" (que contiene las estafas y otros fraudes, la administración desleal, la apropiación indebida y las defraudaciones de fluido eléctrico o análogas).

La reforma de 2015 introdujo esta norma, que no es sino un régimen específico de multirreincidencia de aplicación preferente al general del art. 66.1.5º y sin una explicación razonable. Como con frecuencia ocurre cuando se legisla de este modo, la coexistencia de una norma en la parte general y otra en la parte especial, estando ambas destinadas a regular el mismo supuesto, genera antinomias y efectos penológicos contradictorios.

7. La modalidad hiperagravada del art. 250.2.

El artículo 250.2 prevé **dos supuestos** en los que procede aplicar una pena hiperagravada de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses:

1. La concurrencia de la circunstancia del número 1º del art. 250.1 (estafas sobre viviendas, bienes de primera necesidad u otros bienes de reconocida utilidad pública) con las de los números 4º (especial gravedad), 5º (valor superior a 50.000 € o numerosos afectados), 6º (abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial o profesional) o 7º (estafa procesal).

Si hablamos de estafas en el tráfico mercantil, esta concurrencia es **casi inevitable en los fraude sobres viviendas** (estafas de anticipos de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas, por ejemplo), en el que la cantidad fácilmente alcanzará los 50.000 €, los defraudados suelen ser numerosos y con frecuencia quedarán en una situación económica difícil.

2. Que el valor de lo defraudado alcance los 250.000 euros. Del mismo modo que con la modalidad del art. 250.1.5º (valor superior a 50.000 euros), se plantea la duda de si es **compatible esta agravación con el delito masa**; y la respuesta ha de ser la misma: si son varias las estafas y sólo entre todas alcanzan esa cifra, debe aplicarse únicamente el tipo hiperagravado; pero si son varias las estafas que aisladamente consideradas alcanzan esa cifra, procederá la aplicación del delito masa sobre este tipo hiperagravado.

X. Los fraudes de doble venta y similares (art. 251, apartados 1 y 2).

1. Introducción. En los fraudes de doble venta hay dos posibles perjudicados.

En los fraudes de doble venta y similares nos encontramos con un defraudador que enajena una misma cosa a dos personas distintas, cobrando precio a ambas, a sabiendas de que sólo una de ellas va a terminar consolidando su adquisición y que la otra se va a ver privada de los derechos que había adquirido o había creído adquirir.

Lo habitual es pensar que quien se va a ver perjudicado es el segundo adquirente (ya que como el vendedor ya transmitió la cosa al primer adquirente, la segunda transmisión sería nula por carecer de facultad de disposición). Sin embargo, las cosas no son tan sencillas.

Recordemos antes de empezar tres datos básicos de Derecho inmobiliario registral que nos serán de utilidad en el estudio de estos fraudes:

a) La transmisión de la propiedad requiere no sólo el título o contrato, sino también la *traditio* (art. 609 CC), que en el caso de inmuebles suele tener lugar mediante el *otorgamiento de escritura pública* (art. 1462 CC) o la realización de acto simbólicos de apoderamiento, como la entrega de llaves. La inscripción en el Registro de la Propiedad *no es elemento constitutivo* de la compraventa.

b) El artículo 1473 CC establece que en los casos de doble venta, la propiedad se asigna como sigue:

Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

Así, en el caso de venta de inmuebles, consolidará su propiedad el primero de los compradores que inscriba su título en el Registro; a falta de inscripción registral, el primero en poseer la cosa y, sólo en defecto de los anteriores criterios, el primer adquirente.

c) A ello debe añadirse una idea más: **los efectos de la protección del tercero hipotecario de buena fe**. En efecto: aunque el primer adquirente ya hubiese adquirido la propiedad de un inmueble (por ejemplo: porque hubiese adquirido en documento privado -título- y posteriormente hubiese elevado a público el contrato, o hubiese recibido las llaves de la finca), en caso de que no inscriba su adquisición podría ocurrir que el anterior propietario, aprovechándose de que en el Registro sigue apareciendo como titular registral, se lo vendiese a un tercero de buena fe y éste sí inscribiese su título en el Registro. En ese caso, pasará a ser el nuevo propietario, en virtud del art. 34 de la Ley Hipotecaria, y el primer comprador se vería despojado de su propiedad.

2. Algunos de estos casos son estafas propias y otros estafas impropias.

Algunos de estos casos podrían ser **estafas propias** (las que ya están abarcadas por el art. 248): los supuestos en que el autor engaña al segundo comprador ocultándole que ya había vendido o hipotecado la finca, y le produce un perjuicio patrimonial porque paga un dinero a cambio de un inmueble que no puede adquirir. En ellos se da la estructura típica de la estafa, de modo que el engañado realiza un acto de disposición sobre el patrimonio perjudicado.

Sin embargo, hay casos en que **no** se da esa estructura típica de la estafa, y son **aquellos en que el perjudicado es el primer comprador**. Así, por ejemplo, cuando tras la primera venta el autor concibe la idea de vender de nuevo la finca a un tercero de buena fe, y este segundo comprador inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad. Aquí el perjuicio no es el pago realizado por el engañado (el segundo adquirente), sino *el hecho de que el primer adquirente, en virtud de las reglas del Derecho Inmobiliario Registral, va a perder su titularidad en favor de otro*. Por ello, hablamos de una estafa impropia, que sólo está tipificada en virtud del art. 251.

Mediante este fraude, **el autor hace surgir sobre un inmueble dos pretensiones contrapuestas de dos personas distintas, a sabiendas de que una de ellas se verá perjudicada patrimonialmente**. La cuestión es que con frecuencia al autor de estos fraudes le es indiferente quién vaya a verse perjudicado: el segundo comprador engañado (como en las estafas propias) o el primero. De hecho, es posible que la concreción de quién vaya a verse perjudicado sea algo que escape de su poder de decisión, ya que dependerá de cuánta prisa se den los adquirentes en inscribir su título en el Registro de la Propiedad.

Por eso el Código Penal crea estas figuras del art. 251, que contemplan una conducta que puede ser una estafa común o una estafa impropia, dependiendo de quién resulte perjudicado; conducta que se comete habitualmente con un **dolo alternativo** de perjudicar a cualquiera de los dos adquirentes.

3. Acotación: fraudes inmobiliarios.

Como se puede ver, los tipos del art. 251 1 y 2 sólo tienen sentido si se atiende a los riesgos que afectan a la transmisión de la **propiedad inmobiliaria**, al juego de la propiedad registral, etc. Así lo entendió siempre el Código Penal hasta que en 1983 se introdujo por primera vez una referencia a bienes muebles. Sin embargo, la aplicación de estas figuras a los bienes muebles no tiene sentido, pues llevaría a criminalizar meros incumplimientos contractuales. La mejor prueba de ello es que **en la jurisprudencia no existen casos de estafas del art. 251 sobre bienes muebles**.

Además, debe tenerse en cuenta que estos tipos penales no mencionan un umbral cuantitativo de gravedad como el de los 400 € del art. 249. Esto es así porque cuando la figura se refería únicamente a bienes inmuebles, ello implicaba que el fraude siempre tenía una cierta entidad económica. Sin embargo, al incluirse los bienes muebles y no introducirse un umbral de gravedad como el señalado, en principio hasta la doble venta de una cosa mueble, en perjuicio del primer comprador, podría constituir un delito

penado con prisión de uno a cuatro años. En efecto: conforme a una interpretación literal, si A le vende un melón a B, que dice que pasará por él en una hora, pero luego decide vendérselo a C y se lo entrega, cometerá un delito del art. 251.2, castigado con hasta 4 años de prisión (más que la estafa común).

Por el enfoque de este trabajo, podemos permitirnos eludir este defecto legislativo (por lo demás, de muy difícil solución) y centrarnos únicamente en los supuestos de los que la Jurisprudencia ha conocido y que constituyen el contenido real de estos tipos penales: las **estafas inmobiliarias o fraudes en la transmisión de inmuebles**.

4. Dos grupos de casos.

El artículo 251 divide estos supuestos en dos grandes grupos:

a) art. 250.1. Cuando la segunda operación se realiza **después de haber transmitido** la propiedad a un primer adquirente. Aquí se incluyen los siguientes supuestos:

- Venta, gravamen o arrendamiento de cosa atribuyéndose el autor falsamente una facultad de disposición de la que carece, por haberla ya ejercido, en perjuicio de cualquiera de los dos compradores.
- A esta conducta se equipara la de quien carece de facultad de disposición por no haberla tenido nunca.

b) art. 250.2. Cuando la segunda operación se realiza **antes de transmitir** definitivamente la propiedad (es decir: antes de la *traditio*):

- Doble venta o gravamen de cosa tras haberla vendido, pero antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de cualquiera de los dos compradores.
- Venta de una cosa como libre, ocultando que previamente se había gravado a favor de otra persona; ya sea en perjuicio del comprador o del titular de la carga.

5. Una cuestión común: el engaño sobre datos registrales.

Una de las cuestiones más importantes en relación con estas estafas es que el engaño versa sobre datos que muchas veces podrían haberse contrastado con una simple consulta al Registro de la Propiedad: la titularidad de una finca, la existencia de cargas, etc. Esta cuestión ya ha sido abordada (ver epígrafe IV.3.E), y como hemos visto el eje de la cuestión es si el engañado es un **consumidor** o un **agente económico profesional**.

Téngase en cuenta, no obstante, que en otras ocasiones la consulta al Registro de la Propiedad no resolverá la duda sino que, por el contrario, puede ser el instrumento del que se valga el estafador para su engaño. Por ejemplo, si alguien se aprovecha de que aún aparece como titular registral de un piso tras habérselo vendido al comprador C y decide vendérsela a un segundo comprador D, éste no podrá salir de su engaño mediante una consulta al Registro.

6. Fraudes inmobiliarios con engaño sobre la facultad de disposición (art. 251.1).

En este tipo nos encontramos con conductas en las que alguien se atribuye falsamente la capacidad de disponer del bien, con ánimo de perjudicar ya a la otra parte del negocio, ya a un tercero.

A. Conductas típicas: enajenar, gravar, arrendar con engaño sobre la facultad de disponer.

El sujeto, tras haber transmitido la propiedad sobre el inmueble (contrato de compraventa seguido de *traditio*), posteriormente vuelve a disponer de él como si siguiese siendo su dueño. Con frecuencia ello ocurrirá porque la compraventa no ha sido inscrita en el Registro y por ello sigue apareciendo como titular registral, lo que le permite fingirse dueño de la finca.

Además de la **segunda venta**, son conductas típicas **el gravamen y el arrendamiento de la finca ajena**.

En relación con la conducta de gravar finca ajena, la carga fundamental es la hipoteca. Una dinámica posible será la siguiente: el sujeto, tras vender la finca (por lo general, en documento privado) y realizarse la *traditio* (ej. entrega de llaves, constituto posesorio), se aprovecha de que la transmisión aún no ha sido inscrita y de que en el Registro aún figura él como titular; así, consigue un préstamo firmando una escritura de hipoteca sobre una finca que ya no es suya.

A estas conductas de venta, gravamen o arrendamiento después de haber perdido la facultad de disposición sobre la cosa, el Código equipara la de quien vende, grava o arrienda sin haber tenido nunca dicha facultad (por ejemplo, la de quien falsifica una nota simple registral para aparentar ser el propietario).

B. La concreción del perjudicado.

Dependiendo de quién resulte finalmente perjudicado, cabe hablar de dos dinámicas distintas:

1ª Fraudes en perjuicio del **comprador engañado o segundo comprador** (estafas propias). Se darán cuando el segundo adquirente engañado no pueda adquirir la propiedad de la cosa porque quien se la vende ya no era el propietario (o nunca lo había sido). Esta conducta encaja también en el tipo de estafa común.

2ª Fraudes en perjuicio del **verdadero propietario de la cosa o primer comprador** (estafas impropias). Tendrán lugar cuando en la doble venta el perjudicado sea el primer adquirente de la cosa, su verdadero dueño. Ello podrá ocurrir cuando éste no haya inscrito su título y por ello carezca de protección registral; y el segundo comprador compra la finca a quien tiene apariencia de titular registral y la inscribe, consolidando así su adquisición como tercero hipotecario de buena fe (art. 34 Ley Hipotecaria) de modo que el primer comprador se vea despojado.

Lo habitual será que el sujeto realice la operación con un dolo alternativo de que resulte perjudicado cualquiera de los dos afectados.

Esta sucesión de dos operaciones puede tener lugar también en relación con gravámenes como las hipotecas: es el caso de quien que vende la finca en documento privado, realiza *traditio* simbólica pero posteriormente, aprovechándose de que sigue figurando como titular registral, contrata un préstamo con hipoteca sobre la finca que ya no es suya. Aquí la determinación del perjudicado dependerá de cuál de las pretensiones alcance antes el registro (si se inscribe primero la hipoteca, el perjudicado será el comprador; si se inscribe primero la previa venta, será el acreedor hipotecario, que no podrá hacer nacer la hipoteca ya que cuando la lleve al registro verá que el titular registral no es quien contrató con él; recuérdese que la inscripción registral es un requisito constitutivo de la hipoteca).

C. Dolo defraudatorio.

El dolo de defraudar debe concurrir **como mínimo en la segunda operación**, es decir: debe haber dolo de hacer surgir mediante fraude una segunda pretensión incompatible con la primera.

Algunos autores han entendido que debía exigirse que la intención defraudatoria abarcase el conjunto de las dos operaciones (Castiñeira-Corcoy-Silva). El Tribunal Supremo, con razón, entiende que sólo debe exigirse el dolo defraudatorio a partir de la segunda operación.

Con mucha frecuencia, la concreción de quién va ser el perjudicado (si el verdadero propietario o el nuevo adquirente) escapa de las manos del autor,

pues dependerá de quién inscriba antes su título. Bastará, pues, con que el dolo abarque el posible acaecimiento de una de las dos alternativas.

Si no existe dolo de lesión, la conducta no será típica; ya que nos encontramos ante delitos de resultado de lesión. Esto cobra especial importancia porque el Derecho civil español admite la validez de la venta de cosa ajena (obviamente, siempre que no se realice con intención de defraudar a otro): quien vende a otro una cosa que aún no tiene, se compromete a adquirirla para después transmitírsela. Sólo hablaremos de estafa si se vende una cosa ajena ***con ánimo de perjudicar al comprador o a un tercero***.

7. Enajenación o gravamen de inmueble ya enajenado como libre, antes de la "definitiva transmisión" (art. 251.2, 2º inciso).

Dos son las conductas contempladas en el 2º inciso del art. 251, y ambas se definen como la sucesión de dos actos:

A. Conductas de doble venta antes de la traditio.

Se trata de conductas similares a las analizadas en el apartado anterior, pero la diferencia reside en que aquí la segunda venta se realiza antes de efectuar la *traditio* al primer adquirente. Por ello, aquí nos encontramos con alguien que ha vendido el inmueble al primer comprador pero aún no se lo ha transmitido, por lo que sigue siendo su propietario; y que antes de transmitírselo se lo vuelve a vender a un segundo adquirente.

También aquí cabe diferenciar entre:

1º. Fraudes que siguen la misma estructura de la estafa propia (ej.: tras una primera venta de la finca, vendérsela a un segundo comprador ocultándole la primera compraventa, con dolo de perjudicar a este último); y

2º. Fraudes que tienen estructura de estafa impropia (el sujeto, tras vender al primer comprador, concibe la idea de vender a un segundo sin decirle nada de la primera venta, a sabiendas de que será este segundo quien consolide su posición y de que el primero pierde sus derechos).

El dolo de defraudar debe surgir, como mínimo, en la segunda venta. Como ya hemos señalado, y contra lo que algún sector doctrinal ha dicho, no es necesario que concurra ya desde un inicio, en la primera venta (véase la STS 83/2011, de 21 de febrero).

B. Gravamen fraudulento tras la venta como libre y antes de la traditio.

Del mismo modo que la sucesión de dos ventas, el delito se puede cometer con la sucesión de la venta de una finca como libre y su posterior gravamen a espaldas del comprador, ya sea en perjuicio del comprador que adquirió la finca como libre, ya en el de un tercero.

> Si nos referimos a estafas en perjuicio del comprador: la más habitual será que el vendedor, tras vender la finca y antes de la *traditio*, se aproveche de que aún es su titular registral e hipoteque el inmueble en garantía de un cuantioso préstamo.
>
> Pero el perjudicado también podrá ser el prestamista hipotecario en favor de quien se firma la carga. Ello ocurriría si el comprador lograse inscribir su título en el Registro antes de que el prestamista pudiese inscribir la hipoteca. En ese caso, la hipoteca no podría ser inscrita y no llegaría nacer.
>
> No obstante, tras las últimas reformas del Reglamento Notarial y los deberes de inmediata comunicación telemática al Registro por parte de los notarios (arts. 175 y 249 RN), esta última hipótesis es más difícil que se dé en la práctica.

La diferencia con los casos del art. 251.1 es que aquí el estafador en el momento de gravar el inmueble *sigue siendo su propietario*, sólo que se ha obligado mediante un contrato de compraventa a entregar la cosa libre de cargas, pero aún no la ha transmitido mediante *traditio*.

8. Disposición de inmueble con ocultación de cargas (art. 251.2, 1º inciso).

Esta última modalidad es la más sencilla de comprender, pues en realidad es un supuesto de simple estafa propia (vender algo ocultando una circunstancia que reduce su valor).

Su inclusión en este precepto tiene que ver con su similitud con el resto de los casos, pues habitualmente se tratará también de una sucesión de **dos negocios jurídicos** (primero la contratación de una carga y luego la venta a un particular).

El **concepto de carga** es interpretado aquí por la Jurisprudencia de modo amplísimo. Desde luego, incluye las cargas reales (y el caso estrella es la ocultación de hipoteca), pero el Tribunal Supremo ha admitido como tales "no sólo la prenda, hipoteca, anotación preventiva, embargo judicial y prohibición de enajenar, sino hasta la

garantía de carácter personal y el arrendamiento de finca urbana; incluso la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, que tiene carácter constitutivo, no empece a la comisión del delito, siempre que el vendedor lo ocultase" (STS 809/2005, de 23 de junio).

El engaño consiste en la **ocultación** de una carga y puede ser tanto expreso como tácito u omisivo. De hecho, la más frecuente será esta última clase de engaño, en la que por actos tácitos se da a entender que la cosa está libre de cargas. Así, el Tribunal Supremo ha considerado, con el exceso de generalización que ya hemos comentado, que "toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra [...]constituye una afirmación tácita de que sobre el bien no pesan gravámenes" (aunque como hemos visto previamente, este tipo de afirmaciones el Tribunal Supremo las hace sólo cuando se refiere a víctimas consumidores).

9. El concurso con la estafa común.

Como hemos dicho, en el art. 251 tienen cabida dos grandes bloques de casos:

- Fraudes que también están abarcados por el tipo de estafa propia (ej.: perjudicar al segundo comprador ocultándole que la finca ya había sido vendida; vender una cosa ocultando que tiene cargas);
- Fraudes que no están abarcados por el tipo de estafa propia (ej.: vender una finca al primer comprador y después dañar sus derechos mediante una segunda venta, de modo que el segundo comprador adquiere en firme al inscribir su derecho en el Registro).

Pues bien: el primer bloque de delitos **encajaría también en el tipo de estafa común**, y casi siempre en el de **estafa agravada**, pues al tratarse de fraudes sobre inmuebles, la cuantía del perjuicio será frecuentemente superior a 50.000 € (art. 250.1.5º); y si se trata de inmuebles destinados a ser primera vivienda, concurriría también el tipo agravado del art. 250.1.1º, lo que puede llevar al tipo hiperagravado.

Este concurso de leyes debe resolverse por la vía del principio de alternatividad (art. 8.4 CP), aplicando el delito con la pena más elevada (que, cuando concurran las circunstancias cualificantes del art. 250, será la estafa común agravada).

10. Contrato simulado (251.3).

El art. 251.3 contiene un tipo que ha sido tradicionalmente muy criticado por su falta de taxatividad: *"otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado"*.

En este delito las partes se conciertan para otorgar en perjuicio de otro un contrato tras el cual no existe ninguna realidad económica ni jurídica (simulación absoluta) o un contrato aparente que en realidad oculta otro distinto (simulación relativa: por ejemplo, otorgar aparentemente una compraventa cuando en realidad se trata de una donación porque no se está pagando precio alguno).

La persona en cuyo perjuicio se otorga el contrato será habitualmente un tercero ajeno a las partes, aunque la Jurisprudencia ha admitido que el perjudicado pueda ser uno de los contratantes. No obstante, en tal caso lo habitual será hallarnos con una estafa común del art. 248 o 250, y no con la estafa impropia del art. 251.3.

Al tratarse de una defraudación patrimonial, su consumación requiere que se produzca el perjuicio patrimonial. Habitualmente, ello no coincidirá con el otorgamiento del contrato simulado, sino que tendrá lugar posteriormente. Sin embargo, en la Jurisprudencia también cabe hallar la posición que entiende que la consumación se produce con el mero otorgamiento del contrato simulado.

La simulación contractual suele cometerse con la finalidad de realizar algún tipo de fraude (estafa, frustración de la ejecución, insolvencia punible, fraude fiscal, etc.), por lo que los principales problemas que plantea esta figura son los concursos de leyes o de delitos que exige resolver.

Así, por ejemplo:

a) En los casos que se simule un contrato para cometer una estafa común, por especialidad debe aplicarse el tipo del art. 248 o, en su caso, los tipos agravados del art. 250 (muy especialmente, la estafa *procesal*, si la simulación del contrato es un fraude procesal para engañar al Juez).

b) Cuando el contrato se simula se emplea para aparentar ser el titular de una vivienda y así subarrendarla, será de aplicación preferente el art. 251.1 CP.

c) Cuando no se da la tipicidad de la estafa pero sí la de la *falsedad en documento privado para perjudicar a otro* (art. 395 CP), la doctrina debate si procede aplicar el art 395 por especialidad, o si el concurso de leyes debe resolverse por el criterio de *alternatividad*, art. 8.4 CP, aplicando el contrato simulado al estar más penado.

d) Si el contrato se simula para perjudicar a los acreedores, interferir en una ejecución o embargo, descapitalizar la empresa, etc., con será de aplicación como *lex specialis* los tipos de alzamiento de bienes, frustración de procedimiento ejecutivo o *insolvencias punibles*, y no el art. 251.3.

Así, el delito de contrato simulado tiene en realidad una aplicación *residual*. Uno de sus ámbitos de aplicación más habituales son los fraudes en el seno de procedimientos sucesorios (así, por ejemplo, fingir que el fallecido antes de morir había vendido al autor una finca, con el fin de defraudar a los herederos). También hallamos casos de simulación de un arrendamiento para frustrar un procedimiento de desahucio; o de transmisiones patrimoniales simuladas para frustrar a acreedores, cuando por alguna razón no es aplicable ninguna de las figuras de alzamiento ni frustración de la ejecución, etc.

XI. Estafas informáticas y fraudes similares (art. 248.2).

Estos tipos penales obedecen a una necesidad que la Jurisprudencia apreció durante años: muchos fraudes cometidos mediante artificios informáticos no podían ser castigados como estafas, pues en ellos no se daban algunos de sus elementos típicos, como notablemente el *engaño* (pues no se puede engañar a una máquina). Por ello, para cubrir esta laguna, entre 1995 y 2010 se fueron introduciendo y perfilando los tres tipos penales que analizaremos a continuación. Se trata, pues, de *estafas impropias*, ya que no realizan el tipo del art. 248 CP.

Las tres figuras se castigan como estafas, conforme a las reglas de los arts. 249 y 250. Por ello, serán delitos leves si la cantidad defraudada es inferior a 400 euros, menos graves si es superior y graves si reúnen los requisitos del tipo agravado.

1. Fraudes mediante manipulación informática (248.2. a).

Art. 248.2.a). Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

Para cubrir la laguna que hemos señalado, el Legislador creó un tipo penal *paralelo* al de la estafa, pero con dos importantes modificaciones.

- En vez de "usar *engaño*", la conducta consiste en "valerse de **manipulación informática o artificio semejante**".
- En vez de "*inducir a realizar un acto de disposición*", el tipo habla de **"conseguir una transferencia no consentida de un activo patrimonial"**.

En efecto: el *hacker* que manipula un sistema informático para lograr una transferencia en su beneficio, en sentido estricto *no engaña a nadie*, por lo que no cabría aplicar al caso el tipo de estafa propia: simplemente ha dado una instrucción a un programa para conseguir una transferencia.

Los términos "manipulación" y "artificio semejante" no son puramente descriptivos, sino valorativos: no abarcan cualquier operación informática, sino sólo operaciones *no autorizadas* y distintas del manejo normal del sistema.

Por ello, este tipo no es de aplicación a casos de fraude mediante operaciones informáticas cometido por quien *está autorizado para operar con la cuenta bancaria, pero lo hace deslealmente* (en puridad constituirían actos de *administración desleal*).

La doctrina ha criticado con razón la enorme amplitud e indeterminación de este tipo penal, que contrasta con el tipo de estafa común, cuya tipicidad es sumamente determinada y perfilada por elementos típicos muy concretos.

Las manipulaciones o artificios han de ser *informáticos*, es decir: la alteración, introducción o modificación no autorizadas de programas o datos (lo cual excluiría manipulaciones *mecánicas* para conseguir que una máquina dispensadora devuelva un dinero, por ejemplo); y deben ser las que determinen la producción de la transferencia.

Se discute si los casos de *phishing* (webs muy similares a las de un banco o entidad similar, para engañar a sus clientes y que introduzcan sus claves o datos de acceso) deben entenderse como estafas informáticas *stricto sensu* o como estafas propias, pues parte de la doctrina entiende que en ellas la mecánica es el engaño a una persona y no la manipulación para lograr una transferencia. Aquí la manipulación informática no sería sino una *mise en scène* para engañar al sujeto pasivo. Sin embargo, nótese que la elaboración o posesión de programas para preparar fraudes de *phishing* ya están de por sí castigados como posesión de medios informáticos aptos para la comisión de estafas (art. 248.2.b: véase el siguiente epígrafe).

Hay dudas sobre la calificación de los casos de acceso *online* no permitido a una cuenta bancaria con las claves del titular para lograr transferencias en su perjuicio. Aun-

que hay jurisprudencia que los ha calificado conforme al art. 248.2.a), en puridad cabe dudar que en estos casos se dé una manipulación informática o artificio semejante.

La transferencia no consentida del activo patrimonial ha de tener vocación de ser **definitiva**, pues se trata de un delito patrimonial de resultado lesión. En este sentido, una manipulación informática dirigida a producir una transferencia de dinero para devolverlo después no sería constitutiva de esta figura.

La consumación tiene lugar cuando acaece la transferencia no consentida del activo patrimonial (nótese que el tipo penal exige que se *consiga*).

2. Actos preparatorios relativos a programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas (248.2.b).

Art. 248.2.b). Los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

Se trata de un acto preparatorio que el Legislador, en vez de penar como es usual con una rebaja de uno o dos grados, castiga exactamente igual que la consumación, lo cual ha sido muy criticado. Ello no debe confundirnos: al tratarse de un acto preparatorio, si la lesión patrimonial llega a acaecer se aplicará únicamente el delito consumado, en virtud del concurso de leyes.

Los programas a los que se refiere pueden estar destinados a cometer fraudes informáticos del art. 248.2 a) o simples estafas propias del art. 248.1 (ya que el precepto habla de las "estafas previstas en este *artículo*"). En este sentido, pueden ser *spyware* para la sustracción de datos de una tarjeta o sus claves (como los *keyloggers* destinados a robar contraseñas tecleadas), programas para la elaboración de webs de *phishing* o *pharming*, etc.

Las conductas típicas son la *fabricación*, la *facilitación* a terceros, la *posesión* o la *introducción* (término sumamente confuso, pues no queda en absoluto claro *en qué entorno* se introduce). En cualquier caso, los programas deben estar *específicamente destinados* a la comisión de cualquiera de los delitos de estafa del art. 248 (apartados 1 y 2). Esto debe entenderse no sólo como una *idoneidad objetiva* para cometerlas, sino también como una orientación *subjetiva*: el sujeto debe fabricarlos, poseerlos o facilitarlos (o *introducirlos* en algún lugar) a sabiendas de que serán empleados para la comisión de estafas.

De no ser así, estarían abarcadas por el tipo la conducta del profesor de informática de la academia de la Guardia Civil que los posee para la docencia, o la del policía que los posee porque se está incautando de ellos.

El precepto adolece de un grave problema que puede hacerlo inaplicable, como ha señalado la doctrina: el art. 249 determina las penas de las estafas del art. 248 según la cuantía de lo defraudado (inferior o superior a 400 €), pero en estos actos preparatorios no cabe hablar de "cuantía de lo defraudado" (y tampoco cabe una interpretación analógica, entendiéndolo como "cuantía de lo que se pretendía defraudar"). Por ello, se ha sugerido que estos casos deberían ser sancionados, cuando sea posible, como simples actos de conspiración delictiva, conforme al art. 269 CP.

3. Fraudes con tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o los datos obrantes en ellos (248.2.c).

Art. 248.2.c). Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

Con esta figura el Legislador daba respuesta a casos como los de *uso fraudulento de tarjetas de crédito obtenidas ilegalmente*, cuya calificación era problemática (no eran robos con fuerza, ya que el sujeto no usaba la tarjeta para *acceder al lugar donde se encontraba* el dinero; y no eran estafas, pues no se engañaba a nadie: simplemente se usaba una tarjeta con una máquina, sin estar autorizado); o los de *uso no permitido de tarjeta ajena en operaciones por internet*, que tenían un encaje forzado en las estafas informáticas, ya que en ellos no se daba una "manipulación informática" ni un "artificio similar".

Sin embargo, el tipo es bastante más extenso que lo que era necesario, y abarca también otros supuestos que tenían perfecta cabida en la estafa común (como, por ejemplo, el uso fraudulento de la tarjeta en un comercio, suplantando la personalidad del titular). No obstante, al tener tanto el tipo del art. 248.1 como los del art. 248.2 la misma penalidad, este aspecto no tiene gran trascendencia.

Ciertamente, era perentorio dar una protección penal al creciente uso del *dinero de plástico*; pero de nuevo los términos del tipo penal son enormemente indeterminados ("realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero": ni siquiera contiene términos como "artificio" o "manipulación"). A duras penas se halla un elemento que nos hable no ya de un fraude, sino de la simple antijuridicidad.

Por ello se impone una interpretación restrictiva, y atendiendo a que se trata de una figura contenida bajo la rúbrica "De las defraudaciones" debe entenderse que como mínimo ha de tratarse de operaciones *no consentidas* y *no autorizadas*.

El término "operación en perjuicio de su titular o de un tercero" debe asimismo interpretarse en términos sistemáticos: se trata de un delito contra el patrimonio ubicado bajo las rúbricas que califican "defraudación" y "estafa". Por ello, como defraudación patrimonial debe tratarse de una operación que produzca a la víctima un *perjuicio patrimonial correlativo al beneficio patrimonial* logrado por el autor (y según su cuantificación, atendiendo al art. 249 hablaremos de un delito leve si el importe es inferior a 400 €, o uno menos grave en caso contrario).

En este sentido, *no* constituyen estafas informáticas operaciones que pueden ser perjudiciales pero que no determinan una pérdida patrimonial con vocación de ser definitiva y correlativa al lucro ilícito obtenido por el autor. Así, no realizan este tipo operaciones realizadas con una tarjeta en internet como, por ejemplo, la *reducción del límite del crédito*, por más que pudiese traer consigo algún tipo de perjuicio económico; ni *operaciones de traspaso entre cuentas de la víctima de modo con intención de irritarla*, pues en ellas no se dan los rasgos de una defraudación patrimonial.

La operación puede consistir en el uso de la propia tarjeta (en un cajero, en un terminal de venta o datafono, en una compraventa en un local) o los datos que obran en ella (por ejemplo, en una compra por internet). El Código se limita a hablar de tarjetas de crédito o débito, y en este sentido se ha planteado si podrían quedar fuera otras, como tarjetas prepago, por ejemplo.

Cabrían dudas respecto del uso no autorizado de aplicaciones de un teléfono móvil ajeno para el pago con tecnología *contactless* (pues aunque en un principio no son tarjetas, operan vinculados a una tarjeta de crédito o débito; por lo que podría plantearse si quien hace uso de esa *app* no está utilizando con ella la tarjeta a la que está vinculada).

¿Están abarcadas por el tipo sistemas de pago como *Paypal*? En puridad no se trata de tarjetas, sino de negocios crediticios específicos; por ello, si el defraudador ha usado alguna *manipulación o artificio informáticos*, entonces cabría aplicar el art. 248.2.a). Si el sujeto simplemente conocía por azar las claves de la víctima y operó con ellas, nos veríamos en el mismo problema que mencionamos *supra* respecto de la operación *online* con cuentas ajenas.

Sorprendentemente, el Código incluye aquí el fraude con *cheques-viaje*, unos títulos que en las últimas décadas han caído prácticamente en desuso.

XII. Cuestiones concursales (remisión).

La estafa puede concurrir con diversos delitos, sobre todo con falsedades documentales (por ejemplo, cuando el defraudador se sirve de documentos falsos para dotar de veracidad al engaño). Estas relaciones concursales son analizadas en el epígrafe dedicado a cada uno de esos delitos. Así, para estudiar los principales supuestos de concurso con la estafa, ver:

- Estafas y falsedades (en documento público, oficial o mercantil; en documento privado; falsedades societarias; fraude de inversores, etc.): Tema 17, epígrafe II.3.
- Estafa y delito de presentación de datos contables falsos destinados a la apertura del concurso (art. 261 CP): Tema 17, epígrafe IV.2.
- Estafa y fraude de subvenciones: Tema 14, epígrafe III.10.
- Estafa común y fraudes del art. 251: Ver, en este mismo tema, epígrafe X, punto 9.
- Delito continuado, delito masa y su deslinde con los supuestos de estafa agravada por cuantía superior a 50.000 € o por afectar a un elevado número de personas (250.1.5º), así como con los supuestos de estafa hiperagravada (250.2). Ver, en este mismo tema, epígrafe IX, puntos 3 y 7.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el Tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

DE LA MATA BARRANCO, N. "El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa", en AA.VV. (coord. Arroyo Zapatero y Nieto Martín), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2006, pp. 205-230.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La estafa sobre datos registrales", *InDret*, 3/2006, pp. 1 a 24 (http://www.indret.com/pdf/363_es.pdf).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación", en *Dereito: Rev. Xuridica da Univ. de Santiago de Compostela*, v. 21, nº 1 (2012), pp. 7 a 34 (www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/download/387/384).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. "Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario", en AAVV (coord. Pozuelo Pérez), *Derecho Penal de la Construcción*, 2ª ed., Granada, 2012, pp. 149-344.

GALLEGO SOLER, I., "Una visión general de los delitos defraudatorios contra el patrimonio en el Derecho Penal español: teoría y praxis", en AA.VV. (coord. Serrano-Piedecasas Fernández y Demetrio Crespo, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: COLEX, 2008.

PASTOR MUÑOZ, N., "La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico", en AA.VV. (coord. Arroyo Zapatero y Nieto Martín), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2006, pp. 257-280.

PASTOR MUÑOZ, N., "Engaños punibles y mentiras impunes. Un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LVI, 2003, pp. 561 y ss.

TEMA 6

ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACIÓN INDEBIDA

Adán Nieto Martín

Claves: El delito de administración desleal es uno de los tipos penales más complejos de la Parte especial del Derecho penal. Y la cuestión es que los problemas jurídicos que lo acompañan recaen sobre uno de las actividades económicas más importantes como es la gestión de patrimonios privados y públicos. Para captar correctamente la gravedad de esta conducta es esencial atender a la especial relación que existe entre autor y patrimonio administrado y las grandes oportunidades de atacar a un patrimonio indefenso que de allí se derivan. Tras la lectura de la primera parte de este Tema sería importante que resultara diáfana la diferencia entre administración desleal y apropiación indebida, mostrando la mayor gravedad de la administración desleal. Debido a la complejidad del tipo conviene estudiar esta figura por grupos de casos o situaciones prototípicas de administración desleal y en cada una de ellas discutir los pormenores acerca de la existencia o no de delito.

I. El abuso de poder en la gestión del patrimonio societario.

Caso Argentia Trust

El Banco Español de Crédito era una entidad financiera con numerosos accionistas y una de las mayores del país (15.000 trabajadores, 7 millones de clientes, 50 empresas en el grupo industrial, etc.-). Su consejo de administración, con fecha de 28 de noviembre de 1987, delegó en el Vicepresidente del mismo, Mario Conde, todas las facultades que podían ser delegadas, conforme a la ley y los estatutos sociales.

A principios de 1990 dos consejeros del banco -Javier A. y Juan B.- le comunicaron a Mario Conde que una de las sociedades del banco, "Banesto Industrial Investment Ltda.", situada en un paraíso fiscal -Islas Caimán- había tenido debido a diversas operaciones con divisas unas ganancias de 700 millones de pesetas y le preguntaron si las ingresaban en el Banco o las dejaban allí. Mario C. les dijo que les enviaría una factura que había de ser atendida con estas cantidades, lo que efectivamente a los pocos días ocurrió. En la factura se indicaba que por diversos trabajos jurídicos, financieros y de marketing debía abonarse en Suiza a una sociedad llamada Argentia Trust la cantidad

de 600 millones de pesetas. La factura estaba acompañada de un acuerdo del consejo de administración, autorizando el pago, aunque éste se encontraba sin firmar.

Argentia Trust estaba registrada como sociedad en otro paraíso fiscal, con un capital inicial de 10 dólares. El pago realizado la empresa no fue anotado en la contabilidad de Banesto y no constaba por ningún lado que ni Banesto ni Banesto Industrial Investment realizaran encargo alguno a Argentia Trust, ni que hubiera trabajos realizados por esta firma de ningún tipo. Tampoco consta que la comisión ejecutiva del Banco autorizase el pago y no consta que Mario C. plantease el pago de la factura en ninguna reunión del Consejo de administración. En otras palabras, y tal como indica lapidariamente la sentencia: "El importe del desplazamiento patrimonial ordenado por C. quedó excluido de los activos de la sociedad financiera sin razón alguna".

Extracto libre de la STS 224/1998, de 26 de febrero.

Para que una empresa pueda cumplir con sus fines y ser eficiente resulta necesario dotar a sus administradores y altos directivos de un gran poder de disposición que les permita realizar un variado tipo de operaciones y negocios jurídicos con un margen de discrecionalidad más que considerable. E igual ocurre si queremos que, por ejemplo, un fondo de inversiones invierta nuestros ahorros de manera rentable. No nos pueden pedir autorización por cada movimiento y por ello no hay otro remedio que otorgar a la sociedad gestora del fondo la capacidad jurídica necesaria para que compre y venda activos. Este poder de disponer u obligar del patrimonio representa la "cara" de una moneda que por supuesto también tiene su "cruz", consistente en un deber de velar o salvaguardar este patrimonio. Este deber que tienen los administradores constituye, a efectos penales, un claro deber de garantía. La esencia de la administración desleal, dicho de manera breve, es causar un perjuicio patrimonial abusando de los poderes que tiene el administrador, "la cara", o infringiendo el deber de salvaguarda, de cuidar por el patrimonio ajeno, "la cruz", que surge de esta especial posición con el patrimonio.

Ahora bien, una cosa es describir, tal como se ha hecho, la esencia del delito de administración desleal y otra, mucho más difícil, conseguir una tipificación y una utilización de esta figura que satisfaga las exigencias del principio de determinación y de seguridad jurídica. Estamos ante una figura delictiva que trae de cabeza a la mayoría de los legisladores del mundo y, por supuesto, también al nuestro.

II. La tipificación de la administración desleal y la apropiación indebida por LO 1/2015.

Hagamos un poco de historia. Dejando de lado algún lejano precedente en el CP de 1928, el delito de administración desleal se introduce por primera vez en el CP de 1995. En ese momento se decide crear un delito de administración societario (art. 295), circunscrito específicamente a los administradores, de hecho o de derecho, de sociedades mercantiles, tal como están descritas en el art. 297. El art. 295 ha estado vigente durante veinte años, hasta ser derogado por la reforma penal del 2015. Durante todo este tiempo suscitó básicamente dos problemas. Conocerlos resulta aconsejable para entender e interpretar los actuales arts. 252 y 253 y la relación, no siempre comprendida, que debe existir entre la figura de la administración desleal y la apropiación indebida.

El primer problema residía en que debido a la configuración del art. 295 como un delito societario no podía aplicarse a los supuestos de administración desleal que se producían fuera de sociedades mercantiles. La administración desleal puede producirse por el tutor en relación con los bienes de su pupilo, por los albaceas, por los administradores de fincas, de comunidades de vecinos, en fin, en una multitud de situaciones que van más allá del ámbito societario.

Precisamente, con el fin de salvar estas lagunas, la reforma de 2015 ha optado por un delito genérico de administración desleal (art. 252). Se trata de una opción similar a la que existe en muchos países de nuestro entorno, cuyo ejemplo paradigmático es Alemania, cuyo delito de *Untreue* (infidelidad) ha inspirado en buena medida la reforma y cuya regulación también comparten Austria, Suiza o Portugal (modelo germánico o unitario). La opción contraria, por la que optamos en 1995, y que se sigue en ordenamientos como el francés o el italiano (modelo latino o fragmentario), es acuñar varios tipos penales de administración desleal que se adapten a las peculiaridades que plantea esta tipología delictiva en cada ámbito donde ha de ser aplicada. La apuesta del legislador de 2015 por el modelo germánico se ha llevado a tal extremo que incluso la administración desleal se aplica a los funcionarios públicos, con la nueva regulación del delito de malversación desleal de caudales públicas que constituye una administración desleal agravada (art. 432.1 CP). Con ello se unifica el régimen penal de los administradores de caudales públicos y privados.

Mas sin duda el problema que más ocupó a doctrina y jurisprudencia, durante la vigencia del antiguo art. 295, fue la distinción entre esta figura delictiva y el delito de apropiación indebida. Esta distinción tenía gran importancia práctica debido a las penas a imponer. La gravedad de las penas del tipo básico de ambos delitos eran cier-

tamente parejas: el art. 295 sancionaba con penas de prisión de tres meses a cuatro años o muta del tanto al triplo, mientras que la apropiación indebida tenía penas de seis meses a tres años. No obstante, lo relevante era que a la apropiación indebida, a diferencia del delito societario, le eran de aplicación las agravantes previstas en el art. 250, con lo cual las penas podían elevarse de uno a seis años (250.1) o cuatro a ocho años (250.2). La aplicación de estos supuestos agravados, sobre todo el relativo al valor de la defraudación (art. 250.5º) era lo normal en los casos de apropiación indebida/administración desleal que se discutían, por lo que *de facto* el 295 se convertía en un tipo privilegiado.

El resultado de esta situación fue que se propició una interpretación extensiva del delito de apropiación indebida, convirtiendo al derogado art. 295 en un precepto residual. Con ello se atajaban los dos problemas que hemos comentado. De un lado, se disponía de un tipo penal amplio que era capaz de sancionar la mayoría de los supuestos que caían fuera del art. 295 y, de otro, se evitaba privilegiar las conductas de administración desleal cometidas por administradores de sociedades.

La interpretación amplia del delito de apropiación indebida provenía de los ultimísimos años del art. 535 del CP de 1973 y vino propiciada por la necesidad de juzgar dos asuntos de gran importancia en la vida política social y jurídica de aquellos años: los casos Filesa (STS 28-10-1997), que se ocupaba de la financiación irregular del PSOE, y el Caso Banesto (*Argentia Trust*), donde se enjuiciaba el comportamiento del más afamado dirigente bancario de aquellos años. La STS de 26-2-1998 (*Argentia Trust*) consagra una línea jurisprudencia muy minoritaria hasta entonces (STS 7 de marzo de 1994 y 14 de marzo de 1994) según la cual en el delito de apropiación indebida convivían dos tipos penales diferentes. El primero de ellos la apropiación indebida, *stricto sensu*, residenciada en el verbo típico apropiarse. El segundo la administración desleal residenciada en el verbo típico distraer y que se centraba principalmente en los casos de apropiaciones indebidas de dinero.

La LO 1/2015 pretende claramente acabar con este debate adoptando una decisión salomónica. De un lado, establece penas idénticas para la administración desleal y la apropiación indebida. De otro, existe una clara voluntad de construir un tipo de apropiación indebida menos amplio que el antiguo art. 252. Por ello elimina el verbo típico distraer y también el que la apropiación indebida pueda versar sobre bienes inmuebles.

Incluso en los Anteproyectos se eliminaba el dinero como objeto de la apropiación indebida, que se volvió a incluir *in extremis* en una enmienda en el Senado.

Es evidente que con esta nueva penalidad se le quita importancia práctica a la distinción, pero lo cierto es que también supone "tirar la toalla" y admitir

una derrota teórica en toda regla, en cuanto que da la impresión de que somos incapaces de explicar la diferencia entre uno y otro delito. De hecho, hoy sigue existiendo un debate doctrinal y jurisprudencial relevante. Mientras que un sector considera que el delito de administración desleal debe considerarse una conducta más grave, otros, en cambio, en sentido inverso consideran que la apropiación indebida resulta más grave. Después volveremos sobre esta cuestión al analizar las relaciones concursales entre apropiación indebida y administración desleal.

III. El delito de apropiación indebida.

1. Aspectos generales.

El delito de apropiación indebida protege la **propiedad**; en este sentido es complementario al robo o al hurto. La función del delito de apropiación indebida es tutelar ataques que se caracterizan porque el autor tiene en su poder de manera legítima el bien que después pretende incorporar a su patrimonio. Esto hace que exista una cierta *zona gris* en el deslinde con el delito de administración desleal, que como hemos visto ha hecho correr ríos de tinta.

Generalmente el autor ostenta la posesión del bien porque la víctima o un tercero le han transferido su posesión. Por esta razón el robo (fuerza o violencia) o el hurto (habilidad del autor o descuido de la víctima) son inaplicables a estos casos. No es necesario que el autor tome (art. 234) o se apodere (237) de una cosa que ya está en su poder. Pero también es inservible la estafa: para acceder al objeto, el autor no necesita que la víctima, u otra persona que lo tenga en su poder, le entregue el bien mediante un acto de disposición patrimonial motivado por un engaño del autor.

El **tipo objetivo** del delito de apropiación indebida se asimila a una obra de teatro dividida en tres actos:

En el primero de ellos se pone en manos del futuro autor ("hubieren recibido" o "hubieren sido confiadas") un **bien mueble o dinero**. Esta transferencia ha de hacerse en virtud de un título muy particular: un **negocio jurídico que obligue a devolverlo o darle un destino muy específico**. Por ejemplo, entregárselo a B con la orden expresa de que se lo entregue a C o de que adquiera con ello un determinado bien. El autor del delito de apropiación indebida, a diferencia como veremos de los administradores del delito

de administración desleal, no tiene apenas margen de maniobra, de discrecionalidad, con el bien que tiene en su poder. Los autores de la apropiación indebida no administran, esto es, ni ordenan, ni disponen, ni organizan el patrimonio de terceros. Por esta razón, la LO 1/2015 ha eliminado correctamente el término administración del delito de apropiación indebida.

La relación, *in crescendo*, entre hurto, apropiación indebida y administración desleal se evidencia de manera especialmente clara dentro de la criminalidad de empresa. En primer lugar, se encuentran los perjuicios patrimoniales realizados por los administradores y personas con poder de decisión sobre los bienes que la empresa tiene en su poder o administra, que habrán de ser sancionados como administración desleal. A continuación, el de los empleados con un poder de disposición muy limitado sobre bienes muebles, que habrán de ser considerados como autores de apropiación indebida. Finalmente, el de empleados que son meros servidores de la propiedad, como es el caso de los trabajadores en relación con las herramientas con que desarrollan su trabajo o el cajero de un supermercado o de un banco en relación con el dinero que les trasladan los clientes. En estos puestos entra en juego el escalón más básico de la cadena, que es el delito de hurto.

El delito de apropiación indebida exigió tradicionalmente un traslado físico del bien. Por esta razón no era posible la apropiación de bienes inmuebles, al igual que no es posible le hurto o el robo de bienes inmuebles. Para proteger la propiedad inmobiliaria el CP siempre ha contado un tipo penal específico, la usurpación, que se adapta a las peculiaridades que revisten las formas de ataque "desde fuera" contra este tipo de propiedad. El CP de 1995 incluyó equivocadamente los bienes inmuebles dentro del delito de apropiación indebida, lo cual fue uno de los motivos que propició la confusión entre esta figura y la administración desleal. La redacción del delito de apropiación indebida operada por la LO 1/2015, como hemos indicado, vuelve a los orígenes y suprime la mención a los bienes inmuebles. La "apropiación" de un bien inmueble en realidad es siempre una conducta de administración desleal, pues el autor para apropiarse de él tiene que haber recibido un mandato que le permita su enajenación, permuta, puesta en garantía, etc., es decir, negocios jurídicos que presuponen la existencia de una administración. La otra forma de lesionarlo, mucho más tosca, es la que desde siempre se ha descrito a través del delito de usurpación (art. 245).

Ahora bien, la apropiación indebida no exige necesariamente un traslado físico del bien, lo cual es relevante en las apropiaciones de dinero. Por eso el

art. 253 habla no sólo de "haber recibido", sino también de bienes muebles que le han sido "confiados". Así, por ejemplo, en el caso de las "tarjetas *black",* que analizaremos más adelante, puede entenderse que a sus autores se les han confiado sumas de dinero a través de la entrega de la tarjeta.

> Antes de la aparición de preceptos específicos en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social la jurisprudencia consideraba que existía un delito de apropiación indebida en los casos en que el empleador hacía las retenciones del IRPF o de la cuota obrera de la Seguridad Social y después no las ingresaba. Parte de la doctrina consideraba que el castigo de esta conducta como apropiación indebida era contraria al principio de legalidad pues no existía ningún acto de translación patrimonial. El empresario no recibía del trabajador la retención o la cuota obrera con el fin de ingresarlas, sino que al abonar el salario del trabajador las detraía. En muchas ocasiones, cuando el empresario carecía de fondos suficientes y sus efectivos solo alcanzaban para pagar el salario esta detracción era además un simple apunte contable.

El segundo acto del delito de apropiación indebida es aquel en el que el autor realiza un **acto de disposición sobre el bien mueble** que ha recibido. Este acto de disposición ha de tener unas características determinadas. Ha de ser idóneo, es decir, generar un riesgo jurídicamente desaprobado, para provocar que el autor no pueda devolver el bien o darle el destino determinado que había acordado con el propietario del bien. En este sentido se indica que no se trata sólo de un uso indebido del bien, sino de un acto dominical, un uso que resulta incompatible con la obligación asumida con su titular. En unos casos la apropiación consiste en que el autor incorpora el objeto a su patrimonio o su valor (por ejemplo, vende las joyas que le había prestado un amigo). No obstante, existen otras posibilidades: puede donárselo a un tercero, puede pignorarlo, destruirlo o consumirlo. Este acto de disposición es el que se describe mediante el verbo típico "apropiarse".

> Además de la apropiación, el art. 253 incluye como modalidad de conducta el "negar haberlos [los bienes] recibido". Este comportamiento representa una suerte de tentativa de estafa que debe considerarse un comportamiento posterior copenado de apropiación indebida, que no debe ser castigado de manera independiente. Mediante el mismo el autor del delito pretende hacer creer al propietario del bien que nunca había recibido el bien objeto de apropiación.

El tercer acto del tipo objetivo es el resultado: la **expropiación del bien**, que supone el menoscabo del derecho de propiedad sobre la cosa. Como con-

secuencia del comportamiento no compatible con la obligación de entregar, el autor no puede devolver el bien o no puede darle el destino pactado. La apropiación indebida exige un incumplimiento definitivo de la obligación que había asumido. Es perfectamente imaginable que entre el comportamiento de apropiación y la expropiación exista un margen de tiempo. Por esta razón son posibles tentativas de apropiación indebida.

El **tipo subjetivo** de la apropiación indebida requiere que el autor conozca que el uso que da al bien genera un riesgo jurídicamente desaprobado de expropiación, es decir, de incumplimiento definitivo de devolver o cumplir con lo pactado. A este ánimo se le ha denominado tradicionalmente *animus rem sibi habendi*. Este ánimo no es, sin embargo, otra cosa que parte del dolo del delito de apropiación indebida. Es posible el dolo eventual, lo cual sucede en aquellos casos en que el autor se plantea que existe una alta probabilidad de que el uso que le da al bien suponga la expropiación del autor. Esta constelación de casos es sobre todo relevante en las apropiaciones de dinero que van a estudiarse a continuación.

2. La apropiación indebida de sumas de dinero.

El supuesto más usual en la práctica de apropiación indebida es la apropiación de sumas de dinero. Curiosamente, es también el supuesto que más problemas plantea y es que en este caso la apropiación indebida pierde su clara fisonomía de un delito contra la propiedad, para convertirse en una figura cuyo bien jurídico protegido es el **derecho de crédito**. La explicación de esta mutación proviene del Derecho civil. Cuando se entrega un bien de carácter ultrafungible como es el dinero con el fin de devolverlo o darle una determina utilidad la persona a la que se le ha entregado deviene propietario del bien, naciendo en contrapartida la obligación de devolverlo o darle el destino pactado. El incumplimiento de esta obligación de manera definitiva es lo que sanciona la apropiación indebida de formas de dinero.

No obstante, y además de esta mutación en el bien jurídico, para entender las apropiaciones indebidas de dinero lo importante es atender al **título** en virtud el cual el autor recibe el dinero. No basta con la transmisión del dinero para entender que estamos en el terreno de juego de la apropiación indebida. Sólo existe apropiación indebida cuando quien recibe el dinero tiene una capacidad de acción muy limitada sobre el mismo, debiendo emplearlo de manera muy concreta. Los negocios jurídicos más frecuentes por los que se

transfiere el dinero son el mandato (ingresar el dinero recibido en una cuenta corriente, comprar un determinado bien, satisfacer una deuda de la persona que le dio el dinero) o el depósito, donde el autor entrega el dinero con la finalidad de que otro se lo custodie para después recuperarlo. Cuando el dinero se transmite al autor sin una finalidad precisa, como ocurre cuando se presta dinero, no existe delito de apropiación indebida. En estos casos, la no devolución del dinero o no darle un destino determinado puede ser un hecho atípico o constituir otro delito (*vgr*. insolvencia punible, administración desleal).

La razón de la equiparación de la apropiación de dinero a la apropiación indebida, pese al distinto bien protegido, es valorativa. El que dispone indebidamente del dinero de otro que le ha entregado con un fin preciso -y por tanto no lo administra- está en una situación similar, por mucho que sea propietario del mismo, al del resto de autores de la apropiación indebida, que apenas pueden hacer uso de las cosas muebles que el autor les ha transferido.

El problema principal de las apropiaciones de dinero radica en cómo tratar de manera equitativa estos dos supuestos. De un lado, el caso de quien dispone del dinero que tiene en su poder, en unas circunstancias en que no resulta previsible el que pueda devolverlo. Si al final lo hace, es porque la suerte le sonríe y un golpe de fortuna le permite devolver las cantidades que ha utilizado indebidamente o porque simplemente tiene buenos amigos, que le prestan el dinero y le permiten devolverlo en el plazo señalado. De otro, la persona que ha dispuesto del dinero convencida de que podría después devolverlo y sin embargo *ex post* no es capaz.

Estos supuestos podrían encontrar una respuesta en el tipo subjetivo, indicando que en el momento de la acción en el primer caso el sujeto tiene ánimo de apropiarse, mientras que en el segundo no actúa con esta finalidad. No obstante como siempre que un problema pretende resolverse en el terreno de juego del tipo subjetivo ello crea inseguridad. Al final la conducta previa del sujeto, su buena o mala fama, puede ser el factor determinante. Con el fin de incrementar la seguridad jurídica y respetar el principio de determinación estos supuestos deben ser resueltos en el tipo objetivo.

Para ello a la hora de delimitar las conductas típicas de la apropiación indebida de dinero debe adoptarse una perspectiva *ex ante*: Lo relevante es si un operador medio dotado con los conocimientos del autor considera que a la vista de la situación existe una **alta probabilidad de devolver** (o dar el destino pactado) las sumas de dinero. La constatación de una alta probabilidad de que una obligación no se cumpla afecta al derecho de crédito, que

recordemos es el bien jurídico protegido. El derecho de crédito pierde gran parte de su valor económico e incluso puede reducirse a cero cuando es muy improbable que el obligado cumpla. Aunque jurídicamente aún puede decirse que en el patrimonio se conserva el derecho de crédito, económicamente éste carece de valor alguno. Sobre esta cuestión, de por qué un riesgo genera un perjuicio patrimonial, volveremos después con más detalle.

Atendiendo a estos criterios, no existe una conducta típica de apropiación indebida en quien dispone de fondos que tiene confiados pensando que razonablemente los puede devolver, por mucho que al final no lo haga. Y, viceversa, existe apropiación indebida pues lesiona el derecho de crédito en el caso de quien dispone de los fondos en una situación en que *ex ante* resulta difícilmente imaginable que pueda devolverlos, por mucho que después lo haga. Aquí cabrá aplicar únicamente una atenuante de reparación, en su caso; aunque tampoco debe olvidarse que el haber devuelto el bien es un buen indicio en muchos casos de que no existía dolo por parte del autor y que éste siempre contó de manera razonable con la posibilidad de devolver el bien.

IV. La apropiación indebida en el ámbito empresarial.

A continuación examinaremos supuestos que resultan particularmente problemáticos en el Derecho penal de la empresa con el fin de analizar su posible relevancia a los efectos del delito de apropiación indebida:

Conforme a lo expuesto resulta claro que el delito de apropiación indebida no resulta de aplicación a los supuestos en que los bienes se reciben como consecuencia de un contrato de **préstamo**. Recibir un préstamo implica lógicamente la obligación de devolver el principal más los intereses, pero el dinero se recibe en virtud de un título que otorga una capacidad de disposición no restringida sobre los fondos que se reciben (a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con determinadas subvenciones). La protección del derecho de crédito ligado a la concesión de un préstamo se tutela en nuestro ordenamiento a través de los delitos de insolvencias o mediante el delito de estafa (estafa de crédito) cuando por ejemplo el tomador engaña a quien otorga el préstamo acerca de su solvencia económica, el valor de las garantías que aporta o simplemente le oculta su intención de no devolver el préstamo.

Tampoco existe apropiación indebida en el caso en que una empresa incorpore a su patrimonio sumas procedentes de una **fianza o caución**. La

fianza supone ciertamente la entrega de una cantidad de dinero sujeta a una obligación de devolver. Pero con la entrega, al igual que ocurría con el préstamo, el nuevo propietario tiene un poder de disposición discrecional sobre los fondos. El derecho a la recuperación de la fianza queda protegido a través de los delitos de insolvencia.

El dinero que se entrega como precio dentro de una **compraventa** tampoco puede ser objeto de apropiación indebida. Cuando se hacen anticipos o se paga por adelantado para recibir un determinado bien el dinero se transmite como precio y por tanto con plena disponibilidad para el vendedor. En estos casos puede existir una estafa contractual.

Ahora bien, la apropiación indebida en el caso de compraventa se ha suscitado en la jurisprudencia española en un supuesto muy singular: la apropiación por parte del promotor de las **cantidades anticipadas por la compra de una vivienda** sobre plano, en aquellos casos en los que el promotor no entrega la vivienda ni devuelve los fondos admitidos como anticipo. Desde finales de los años 60 existe una legislación tuitiva del comprador (Ley 57/1968 sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y hoy Ley 38/1999 de ordenación de la edificación) en virtud de la cual el promotor tiene el deber de depositar los fondos en una cuenta separada y la prohibición expresa de disponer de ellos salvo para atenciones derivadas para la construcción de la vivienda.

La jurisprudencia acertadamente ha catalogado estos casos como apropiación indebida. El promotor, consecuencia de estas obligaciones administrativas, tiene una disponibilidad limitada, como ocurre en los casos de apropiación indebida, sobre las cantidades de dinero que recibe; no resulta por tanto un "enemigo interno", semejante a los autores del delito de administración desleal. Además resulta equivocado considerar que estas entregas constituyan el precio de la compraventa. Más bien el adquiriente de la vivienda se convierte en un colaborador del promotor, que ofrece una financiación alternativa y a menor coste para la construcción de su vivienda.

El TS (*vid.* por ejemplo STS 148/2008, de 29 de abril) considera por ello que se trata de un título específico, distinto a la compraventa, que da lugar a la apropiación indebida.

El **depósito bancario**, a diferencia del contrato de depósito (arts. 1758 y 1761 CC) que es el título arquetípico de apropiación indebida, no queda protegido por el delito de apropiación indebida. El depósito bancario constituye una operación cuyo sentido económico está más cercano al préstamo o incluso a la "compraventa de dinero" que a la custodia de un bien, que es el objeto del depósito. Las entidades de crédito mediante los depósitos bancarios adquieren la propiedad y una disponibilidad absoluta sobre esos bienes,

cuyo objetivo final no es otro que invertirlos adecuadamente para poder retribuir los depósitos y generar un beneficio para la propia entidad. Por esta razón una mala gestión de estos recursos debe ser sancionada a través del delito de administración desleal y, en su caso, de las insolvencias punibles. A efectos penales y civiles son fondos pertenecientes enteramente a la entidad bancaria. Otra cosa es que tanto el delito de administración desleal como las insolvencias punibles en su actual configuración no sean idóneos para sancionar muchas de las conductas de mala gestión que pueden producirse en este sector. Por esta razón en algunos ordenamientos existe un Derecho penal bancario específico.

CASO "TARJETAS *BLACK*"

Caja Madrid, entidad que después pasaría a ser Bankia, tenía implantada desde 1998 una particular forma de retribuir a sus consejeros y miembros del órgano de control de la Caja. Como la legislación vigente solo preveía retribuir a los consejeros mediante dietas de asistencia y estas tenían además un importe limitado, con el fin de "dignificar" el cargo "se les facilitaba una tarjeta de empresa VISA titularidad de Caja Madrid y a nombre de los usuarios, que habilitaba a disponer contra la misma dentro de un límite dinerario sin tener que justificar el gasto, con lo que por esa vía se acrecentaba al importe por concepto de dieta, única percepción de libre disposición legal y estatutariamente prevista". En posteriores reuniones del Consejo se especificó que esta tarjera VISA podía ser también utilizada para gastos de representación de la entidad.

Miguel Blesa accedió a la presidencia de la entidad el 11 de noviembre de 1996 y se mantuvo en ella hasta el 28 de enero de 2010. "Dicho acusado, una vez al frente de la entidad, por su condición de presidente ejecutivo, recibió dos tarjetas de crédito, una de empresa para gastos de representación, y otra también corporativa que se atribuyó a sí mismo al margen de sus retribuciones convenidas contractualmente, para dedicarla a atenciones netamente personales, en detrimento, con el uso que le dio, del caudal de Caja Madrid.

Asimismo, propició que a los miembros del consejo de administración y a los integrantes de la comisión de control, acto seguido de tomar posesión de sus cargos en uno u otro órgano, se les facilitase una tarjeta Visa de empresa contra la que disponer sin justificación del gasto, viabilizando así una percepción dineraria que acrecentaba a la dieta, no obstante constarle que la única autorizada contra el patrimonio de Caja Madrid lo constituía ésta última.

La dieta, como remuneración prevista legal y estatutariamente para los miembros de sendos órganos de gobierno, consistía en una suma fija por asistencia a las reuniones de sendos órganos de gobierno y, su importe, en función del número de aquellas, estando sometida su cuantía a la aprobación por la Asamblea General, el tercer órgano de gobierno de Caja Madrid.

De los cargos resultantes de las disposiciones contra dicha tarjeta de crédito corporativa, al ser titularidad de Caja Madrid, se hacía cargo la entidad, contra el saldo de un límite máximo anual y tope operativo mensual que les eran ambos indicados a los acusados".

Como pone de manifiesto la sentencia los múltiples acusados, castigados por delito continuado de apropiación indebida en su redacción anterior a la reforma de 1995, utilizaron las tarjetas para gastos exclusivamente personales. Los importes gastados mediante la tarjeta no figuraban en el certificado que la caja les enviaba cada año a efectos de la tributación por el IRPF. Los miembros de la Comisión de Retribuciones, que también poseían tarjeta, tampoco mencionaron nunca esta retribución en sus reuniones.

Extracto de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4), 4/2017, de 23 de febrero.

La **utilización indebida de tarjetas** de la entidad constituye un caso de apropiación indebida cuando se realiza por personas que no pueden ser consideradas administradoras de la entidad (por ejemplo, comerciales o ejecutivos que utilizan su tarjeta para fines personales). Las tarjetas de empresa otorgan a su portador -no administrador- un uso limitado sobre los bienes de la sociedad, que no puede catalogarse ni de lejos como una administración a los efectos del art. 252. Los empleados de la entidad por el mero hecho de disponer una tarjeta no se convierten en administradores a los efectos del art 252. La entidad les ha "confiado" fondos pero con un destino determinado que es el de atender a sus gastos de representación. Las normas internas de la entidad o en su caso los usos sociales que se integran en su relación contractual con la empresa a través de la cláusula de buena fe delimitan de forma precisa cuál es el uso que pueden darles a los fondos recibidos.

Si por el contrario su mal uso se realiza por consejeros o personas que pueden considerarse administradores en el sentido del art. 252 existirá un delito de administración desleal. Más claramente existe este delito, como ocurre en el caso de las "tarjetas *black*", cuando los administradores reparten tarjetas y autorizan y permiten un uso de las mismas de manera contraria a los estatutos y a la legislación vigente. La conducta del resto de los administradores o miembros que reciben la tarjeta y la utilizan es considerada en la sentencia como un comportamiento de cooperación necesaria en la administración desleal. Más dudoso es que esta calificación sea aplicable a quienes tenían la tarjeta (ejecutivos), pero no podían ser considerados administradores de la entidad.

V. La administración desleal de patrimonio (art. 252).

1. La esencia de la administración desleal.

Antes de comentar el delito de administración desleal, sin duda uno de los más complejos de la Parte especial, conviene tener muy claro cuál es la esencia de este delito. Ello nos será muy útil para su interpretación. Tal como hemos indicado al comienzo del Tema la razón de ser de la administración desleal debe buscarse en la relación que el autor tiene con el patrimonio. En el resto de los delitos patrimoniales el autor ataca al patrimonio, en su conjunto o en elementos patrimoniales concretos, desde fuera: es un enemigo externo que debe actuar con fuerza, violencia, intimidación, engaño o apoderándose de algo que está fuera de su esfera de poder. En la administración desleal el autor es un **enemigo interno**, actúa desde dentro, como un caballo de Troya.

Los administradores se caracterizan porque el titular del patrimonio les da poderes muy similares a los que ellos tienen para que dispongan del mismo frente a terceros y lo gestionen internamente. Pueden realizar negocios jurídicos en nombre del titular que les vinculan: vender, comprar, gravar, contraer todo tipo de obligaciones. Además y generalmente pueden ordenar internamente cómo van a utilizarse los activos patrimoniales. Pueden decidir por ejemplo quién ocupa los inmuebles de la empresa o a qué dedican su tiempo los trabajadores. Como contraposición a este amplio poder el ordenamiento jurídico les impone una serie de normas de comportamiento y deberes muy estrictos. Les pide que velen, que salvaguarden el patrimonio ajeno. En el caso de administradores de sociedades, que es el caso que más nos interesa en este lugar, ello implica la obligación de evitar los conflictos de intereses, no hacer competencia desleal, evitar daños a la empresa, aprovechar las oportunidades de negocio que ésta tenga, etc.

De lo dicho, pueden extraerse ya consecuencias muy importantes para conocer cuál es el alma de la administración desleal. La primera es que el autor es a la vez un garante del bien jurídico que lesiona. Es un **garante de protección**, con un deber de salvaguarda patrimonial que no tiene parangón en los delios patrimoniales; en especial este deber es mucho más intenso y complejo que el del autor de la apropiación indebida, que nace de un compromiso menor con el titular del bien que singularmente tiene en su poder, con una finalidad muy determinada. La segunda es que como consecuencia de sus

facultades y de ser un enemigo interno, el patrimonio se encuentra indefenso ante él. Uno no espera ataques de quien debe protegerle. La tercera, que surge de poner en conexión las otras dos, es que para que exista administración desleal el autor debe actuar **prevaliéndose** precisamente de estos poderes. Si un administrador comete una estafa (engaña) o hurta los bienes de la sociedad ya no se comporta como un enemigo interno, actúa como uno más. En cambio, si se apodera de un bien que tiene en su poder (usa indebidamente el dinero de tarjetas, se apodera de cantidades en metálico de la empresa, etc.) existe administración desleal y no apropiación indebida, porque el especial deber de salvaguardia patrimonial hace que deba aplicarse el art. 252 en virtud del principio de especialidad.

De estas tres características se deduce con claridad que la administración desleal **es el más grave** de los delitos patrimoniales. Si lo comparáramos con los delitos contra la vida sería una situación semejante al asesinato alevoso, por ejemplo con una metralleta, de un niño de corta edad por su padre. Por esta razón el legislador se ha equivocado al equiparar las penas del art 252, de la apropiación indebida y de la estafa.

2. El comportamiento típico del art. 252.

Tampoco el legislador ha estado afortunado a la hora de describir el comportamiento típico del art. 252. La expresión **infringir "excediéndose"** las facultades que se derivan de la posición de administrador es tremendamente vaga y genera una confusión notable. Esta falta de taxatividad es muy preocupante. El art. 252 es la espada que pende sobre todas las personas que gestionan los intereses patrimoniales de otro. Una tarea desde luego complicada y vital para la economía, que requiere legislar con más cuidado y proporcionar mayor seguridad jurídica. Con un tipo penal tan indeterminado el oficio de administrar los bienes de otro se ha convertido en un oficio de riesgo y esto es preocupante para los administradores de sociedades, pero también para los administradores públicos, "los políticos", pues el delito de malversación de caudales públicos (art. 432) remite al art. 252 para la descripción de la conducta típica.

Con el fin de **interpretar esta ambigua expresión** resulta conveniente acudir a un "tipo modelo" o ideal; con ello lograremos una interpretación teleológica más ajustada que la que proporciona la simple referencia al bien

jurídico. Tradicionalmente los comportamientos que conforman la administración desleal se han agrupado en dos modalidades distintas, denominadas tipo de abuso y de infidelidad. Nuestra jurisprudencia se ha referido a ellos en múltiples ocasiones y son una constante en el derecho comparado.

En el **tipo de abuso** el autor aprovecha para dañar al patrimonio su poder para celebrar negocios jurídicos que obligan a su titular. Hay abuso porque esta capacidad de realizar negocios jurídicos se hace contraviniendo las reglas o instrucciones internas que rigen la relación entre el autor y el titular del patrimonio. La situación de indefensión del patrimonio ante quien puede concluir negocios en nuestro nombre es notoria, pero también lo es el perjuicio que ocasiona: porque el Derecho civil no permite a la víctima del delito anular el negocio jurídico que la persona que lo representa de una forma válida ha celebrado en su nombre. La víctima de un robo siempre puede recuperar la misma bicicleta que le robaron, pero la sociedad, aunque puede ejercer una acción de responsabilidad social, no puede recuperar el inmueble que su administrador vendió a un precio por debajo del mercado.

El caso de que se ocupa la STS 117/2014, de 15 de abril responde a esta tipología: el administrador, usando las facultades de las que efectivamente disponía en la sociedad administrada, ordenó pagos de honorarios a otra sociedad en la que tenía intereses en una cuantía que excedía notablemente lo justificable. Igualmente, pese a la calificación de apropiación indebida que le otorgó el TS, la conducta realizada en el caso Argentia Trust con que iniciábamos este Tema representa un caso típico de abuso.

La segunda forma en que estos *enemigos internos* pueden lesionar el patrimonio es la denominada genéricamente como **tipo de infidelidad**. En los casos de abuso el autor utiliza su poder de "puertas para afuera", realizando negocios jurídicos que vinculan al patrimonio. En los casos de infidelidad utiliza el poder que tiende de "puertas para adentro" y lesiona el patrimonio mediante su capacidad de gestionar, ordenar o tomar decisiones que afectan a la función de activos patrimoniales. Esta esfera de decisión interna abarca una casuística muy elevada de decisiones patrimoniales. Algunas tienen contenido positivo: decidir el destino de los locales o inmuebles de la empresa, la utilización de la mano de obra y de las herramientas y medios de la empresa, el ritmo de producción, etc., mientras que otras tienen contenido omisivo: decidir que no se aprovecha una oportunidad de negocio, permitir que siga adelante un curso causal que va a lesionar el patrimonio de la entidad (*vgr*., dejar correr un plazo de prescripción de una deuda, pero también dejar que

una maquinaria siga funcionando sin repararla, resultando inservible al poco tiempo), tolerar que otros se aprovechen indebidamente de los bienes de la empresa, etc.

El Proyecto de reforma del CP de 2013 describía ambas modalidades de administración desleal.

> Art. 252. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOC Serie A, 4 de octubre de 2013 Núm. 66-1, pág. 1).
>
> "1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
>
> 2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar."

Sin embargo, el legislador prefirió utilizar la fórmula que ya conocemos, donde no sabemos qué modalidades comprende o, por decirlo de un modo más exacto, si además de la modalidad de abuso se recoge la de infidelidad. Está muy claro, desde el punto de vista del tenor literal, que en los casos de abuso, el autor se excede y con ello infringe sus "facultades" como gestor. Pero el exceso, ¿acoge también la tipología de la infidelidad? ¿Puede haber un exceso de poder cuando lo que no se hace es utilizar eses poder?

La voluntad del legislador no ayuda demasiado a aclarar la cuestión. En el debate parlamentario se presentaron varias enmiendas que proponían suprimir la modalidad de la infidelidad, con el fin de redactar un tipo penal más taxativo. De este modo podría pensarse que finalmente el legislador optó por limitarse a tipificar la modalidad de abuso. Mas al final de los debates parlamentarios no transluce con claridad si el legislador pretendió efectivamente ceñirse al abuso o consideró simplemente que la expresión elegida "infringir excediéndose" abarcaba ambas modalidades. Tampoco en este caso la interpretación teleológica a partir del bien jurídico nos sirve de ayuda, pues el bien jurídico protegido, el patrimonio, puede requerir una o las dos, todo depende de una decisión de política criminal.

En estas circunstancias no quedan otras vías de interpretación que la gramatical y la interpretación conforme a la Constitución, que exige hacer interpretaciones restrictivas cuando un precepto es indeterminado.

En el diccionario de la RAE se describe el término administrar como capacidad para disponer del patrimonio de otro -lo que nos situaría irremediablemente en el tipo de abuso-, pero también, en su segunda acepción, administrar se describe como capacidad para gestionar y ordenar los bienes y la hacienda. De este modo, las facultades de administrar tienen una faceta externa: disponer, donde cabe encajar las conductas que se corresponden con el tipo de abuso y una faceta interna (gestionar y ordenar). Con ello la infracción de los deberes de administración puede abarcar una faceta externa y otra interna, tal como ocurre con nuestro modelo "ideal". Ahora bien, a la vista del "tenor literal posible" las conductas que se castigan en la faceta interna son sólo aquellas que pueden ser consideradas una "gestión" u "ordenación" de los bienes de otro. Es decir, lo que no tiene cabida en el art. 252 es un tipo de infidelidad que sanciona cualquier infracción del deber de proteger o salvaguardar el patrimonio que acaba ocasionando un perjuicio.

> En el Caso Kohl, al presidente de la República Federal Alemana se le acusó por delito de administración desleal por el hecho de haber admitido donaciones ilegales para su partido. Estas donaciones supusieron una sanción para el partido por parte del Parlamento, consistente en la pérdida de subvenciones. El caso, desde el punto de vista de este delito planteaba dos cuestiones. Una, que es la que interesa ahora, si la comisión de un delito o cualquier otra infracción gestionando la empresa constituye una infracción del deber de salvaguarda en la medida en que supone exponer a la empresa al riesgo de sufrir una sanción; y dos el mero hecho de generar un riesgo de sanción para la empresa constituye un perjuicio patrimonial. Finalmente el tribunal sobreseyó el caso por encontrarlo difícil jurídicamente de resolver (LG Bonn, 28-2-2001, *SsTS* 2001, p. 426).

Esta **interpretación literal y estricta del "tipo de infidelidad"** implica que deban quedar fuera del tipo penal conductas como la del caso Kohl en Alemania. La administración desleal tiene como ámbito de protección de la norma daños patrimoniales que se derivan directamente de la gestión y ordenación de bienes. Ocasionar una pérdida patrimonial derivada de una reclamación por daños consecuencia de una conducta antijurídica o por la imposición de una sanción no es un resultado que se derive de la intensa desprotección que el patrimonio experimenta ante el administrador. De he-

cho, este tipo de daño patrimonial puede ocasionarlo cualquier trabajador de la empresa. Conductas como la del caso Kohl constituyen una violación del deber de salvaguarda, pero de acuerdo con la interpretación restrictiva que aquí se mantienen no constituye una violación típica conforme al art. 252.

> Es lo que ocurre con otras conductas cuya punibilidad se discute en el Derecho alemán. Por ejemplo, no llevar contabilidad o llevarla de manera defectuosa, conducta que se castiga como administración desleal si causa un perjuicio patrimonial, no constituye una conducta típica conforme al art. 252. Sí que en cambio puede constituir un delito de administración desleal, si se cumplen el resto de los requisitos, el pago de sobornos realizado por el administrador con elementos pertenecientes al patrimonio que administra.
>
> Resultan también atípicas, por no existir ni disposición, ni ordenación o gestión de bienes, conductas como las del administrador que compite deslealmente con la empresa que administra.

El **término "exceso"** ("infringir excediéndose") es el segundo eje del tipo objetivo que nos permite concretar la conducta típica del art. 252. El exceso supone que deben violarse los deberes de garantía o, lo que viene a ser similar, la infracción del deber de salvaguarda patrimonial. Cuándo existe un exceso viene marcado por las normas y reglas internas que regulan la relación entre el administrador y los titulares del patrimonio. En los casos en que la administración provenga de un mandato con poder de representación (arts. 1709 ss. CC) existirán indicaciones expresas del titular del patrimonio acerca de cómo quiere que realice una determinada gestión. A falta de estas indicaciones o completando su contenido, deben emplearse criterios como la diligencia de un buen padre de familia o la buena fe. En los supuestos de administración desleal societaria serán claves los criterios de un representante leal y diligente, tal como se concretan en el derecho de sociedades, en los códigos de buen gobierno corporativo y en los estatutos de la sociedad.

De esta afirmación no debe desprenderse que de cualquier infracción a estas normas se deriva automáticamente un ilícito penal. Conforme a los principios de *ultima ratio* y determinación habría que reducir el contenido del tipo a aquellos supuestos más graves e indiscutibles. Una interpretación extensiva, dado lo difuso del término exceso, convertiría al delito de administración desleal en un tipo penal dudosamente constitucional.

En este sentido desempeña un papel importante la **regla de apreciación empresarial** del art. 226 LSC: las decisiones donde existe discrecionalidad pero que se han tomado con información suficiente, en ausencia de conflicto de intereses y siguiendo un procedimiento adecuado no generan ningún tipo de responsabilidad. Igualmente deben tenerse en cuenta el tipo de sociedad que dirige y, por ejemplo, el nivel de riesgos que suele ser normal asumir en la gestión de un determinado tipo de sociedad.

Los supuestos más claros de "excesos" son aquellos en los que existe un **conflicto de intereses** entre el administrador y el patrimonio administrado (art. 229 LSC). Estas situaciones constituyen el núcleo duro de la administración desleal. La obligación básica de todo administrador como persona en la que se ha depositado la confianza es anteponer los intereses del principal a los suyos. Cuando se actúa en situación de conflicto de intereses existe una infracción del deber de lealtad. Por esta razón son casos claros de "exceso" todos los casos de auto-contratación, en los que el administrador, directamente o a través de una red de empresas interpuestas, acaba contratando consigo mismo, vendiéndose bienes de la sociedad, garantizando con los bienes de la sociedad sus propias obligaciones, actuando como proveedor de la sociedad, etc.

Esto no quiere decir que todos los casos de **auto-contratación** supongan automáticamente un supuesto de administración desleal. Entre otras cosas, porque para completar el tipo objetivo ha de comprobarse el perjuicio patrimonial. Si el administrador compra un bien de la empresa o recibe un servicio y lo hace al precio de mercado no existe un perjuicio patrimonial, por mucho que haya actuado en conflicto de intereses y, por tanto, excediéndose. Pero por otro lado, debe tenerse en cuenta que especialmente la legislación societaria (Arts. 228 y 229 LSC) y las normas de buen gobierno corporativo establecen una serie de normas de conducta y criterios de actuación con el fin de indicar cómo ha de actuar el administrador en estos casos. El núcleo de todas estas normas es la **transparencia**: el administrador debe hacer público su conflicto de intereses ante los demás y abstenerse de realizar determinadas conductas, salvo que cuente con autorización del resto.

El término exceso unido a la expresión "en el ejercicio" de las facultades de administración plantean alguna duda acerca de en qué medida el art. 252 sirve para sancionar **comportamientos omisivos** de administración desleal.

La doctrina suele poner como ejemplo el desaprovechar oportunidades de negocio, con el fin de que se aprovechen de ellas otros competidores o una empresa del mismo administrador, el no reclamar deudas que la empresa pueda tener dejando que pres-

criban, el no denunciar contratos que son perjudiciales para la entidad, el no impedir daños a los bienes administrados. Incluso en este punto podrían incluirse no impedir, consintiendo, delitos realizados por terceros que menoscaben el patrimonio de la empresa.

El art. 252 admite el castigo de comportamientos omisivos. En primer lugar, sus autores se caracterizan precisamente por ser garantes del patrimonio que administran y, en segundo lugar, no se trata de un delito con medios determinados. Además, el término "en el ejercicio" de las facultades evoca un conjunto de comportamientos, de actos de administración, que pueden ser tanto activos como omisivos. El principal filtro de los comportamientos omisivos – el principal elemento de equivalencia entre hacer y omitir - debe buscarse nuevamente en el criterio de "indefensión" del patrimonio ante los ataques del administrador, que debe estar también presente en los supuestos omisivos con el fin de garantizar la equivalencia.

De este modo, por ejemplo, no constituye administración desleal no impedir el delito que otro administrador o cualquier otra persona, incluidos trabajadores, realizan contra los bienes de la empresa. Su posición de garante le convierte en partícipe de este delito, pero no en autor de un delito de administración desleal. Igual ocurre con el hecho de no impedir daños a los bienes de la empresa que provengan de causas naturales o de su no reparación. En estos casos tampoco el perjuicio se deriva de la peculiar situación de indefensión del patrimonio ante su administrador. Esto no quiere decir que estos supuestos queden impunes: existirá normalmente un delito de daños en comisión por omisión.

Estas consideraciones resultan relevantes para discutir en qué medida pueden ser autores de un delito de administración desleal los **miembros de órganos de supervisión**, que carecen de facultades de administración *ad extra*, pero que *ad intra* tienen atribuidas una capacidad de control. Sería el caso del consejo de control (art. 485 ss. LSC) de la sociedad anónima europea o, por citar un caso más frecuente, de los consejos rectores de sociedades cooperativas, que aunque tienen atribuidas funciones de representación y de alta gestión, realizan también tareas de supervisión (art. 32 Ley de sociedades cooperativas). Por las razones expresadas resulta más que dudoso entender que, simplemente, la infracción de deberes de supervisión pueda constituir un delito de administración desleal. Un deber de supervisión no equivale a un poder de disposición o gestión autónomo. La infracción de estos deberes no provoca la situación de indefensión y desamparo del patrimonio administrado, que proviene del comportamiento autorresponsable de un tercero. Cuestión distinta es, nuevamente, que la infracción de este deber constituya, en su caso, un supuesto de participación omisiva en el delito realizado por el tercero.

En suma, tras lo indicado, podemos concluir que el art. 252 contiene también dos subtipos de administración desleal: los **excesos en la capacidad de disposición**, que coinciden con el tipo de abuso y por ello incorporan todas las conductas que antes se incluían en el art. 295 y los **excesos en la capacidad de gestión**, que representan un tipo de infidelidad más restrictivo y que comprenden los casos de administración desleal que anteriormente la jurisprudencia bajo el rótulo de "excesos extensivos" castigaba en el tipo de administración desleal incluido en la apropiación indebida.

En un epígrafe posterior nos ocuparemos de analizar los supuestos más discutidos y específicos dentro del ámbito societario y de la gestión del ahorro. Por ahora, basta con citar una serie de ejemplos de conductas constitutivas de administración desleal. La tipicidad de estas conductas es especialmente clara en aquellos casos en que, como antes señalábamos, se produzcan en una situación de conflicto de intereses.

Excesos en el ejercicio de capacidad de disposición:

- concesión de préstamos no garantizando su devolución, sin garantías, con pago de intereses muy por debajo del precio del mercado;
- adquirir bienes muebles o inmuebles para la empresa a precios excesivos o sin justificación económica alguna o pagar precios excesivos por la prestación de servicios o contratar empleados sin justificación;
- venta de bienes de la empresa o prestación de servicios a un precio inferior al del mercado;
- obligar a la empresa a través de préstamos que se sabe no van a poder ser reintegrados o constituir hipotecas sobre bienes de la sociedad sin que exista razón alguna para que garantice una deuda;
- recepción de remuneraciones excesivas por parte de los administradores o compensaciones injustificadas.

Excesos en el ejercicio de las capacidades de ordenación y gestión:

- pagar con los fondos de la empresa gastos personales o apropiarse de hecho de bienes de la empresa;
- pagar sobornos u otras cantidades con fines ilícitos;
- realizar regalos o tener atenciones excesivas, sin justificación alguna;
- la utilización de los bienes o los empleados de la entidad de manera distinta a la pactada;
- aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad, derivando a empresas de su propiedad negocios que podía haber realizado la sociedad que administra;
- no reclamar deudas vencidas o dejar que prescriban.

3. Sujetos activos.

El art. 252 establece que los autores del delito son aquellos que tienen **facultades para administrar** un patrimonio ajeno, que le han sido encomendadas por la ley, por la autoridad o asumidas mediante negocio jurídico. Esta definición debe interpretarse a partir de la "esencia" de la administración desleal, donde los autores son garantes que se aprovechan de la situación de desvalimiento de los bienes que administran.

Ello supone utilizar para concretar los autores del delito un criterio formal-material similar al que opera en el art. 11 para establecer las posiciones de garantía. De un lado, conforme al **criterio formal**, los poderes deben provenir efectivamente de la ley, el negocio jurídico o la encomienda de la autoridad. Más, de otro lado, sólo pueden ser autores quienes, dentro de este primer grupo, satisfagan el **criterio material**, es decir, tengan un deber de garantía sobre el patrimonio derivado de una situación de indefensión. La clave se sitúa en aquilatar este componente, pues la existencia de una fuente formal, tal como ocurre en el art. 11, supondría una extensión desmedida de la administración desleal.

La **indefensión del patrimonio** que caracteriza a los autores de este delito proviene no sólo de su poder de realizar negocios jurídicos o de ordenación interna del patrimonio, sino también del realizar esta función con un grado de autonomía relevante, lo que implica que tienen un grado considerable de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones y que además las ejerce sin estar sometido a una supervisión estricta. La indefensión del patrimonio no desaparece totalmente, pero resulta mucho menor si quien puede disponer u ordenar, está sujeto a fuertes controles y tiene instrucciones muy marcadas acerca de cómo debe realizar su actividad. Cuando una persona tiene capacidad de disponer del patrimonio de otro bajo una fuerte supervisión que se traduce en una autorización deberá recurrir al engaño, y por tanto a la estafa, que en estos casos opera como tipo principal. Quien no tiene el poder suficiente para administrar deslealmente tiene que engañar.

Conforme a esta doble exigencia no deben considerarse autores del delito de administración desleal los testaferros, "hombres de paja" o personas que en general ocupan nominalmente el cargo de administrador pero materialmente no ejercen el cargo, que está en manos de otras personas. Los testaferros serán partícipes -*extraneus*- en el delito de administración desleal cometido por los otros administradores.

En segundo lugar, tampoco deben considerarse autores los empleados con capacidad de disposición, pero que no gozan de un grado de autonomía relevante. Los mancebos y dependientes en el antiguo lenguaje del Código de Comercio (art. 292) no administran en el sentido de la administración desleal. El camarero, el dependiente o el comercial no son administradores por mucho que puedan realizar negocios jurídicos en nombre del dueño del patrimonio (vender un pantalón o una "caña") y por mucho que puedan excederse en este comportamiento, ocasionando un perjuicio patrimonial (venderlo a un amigo efectuando una rebaja indebida). Mas tampoco, aunque su margen de autonomía sea algo mayor, puede considerarse autor del delito al director de una sucursal bancaria que concede un préstamo indebido o que decide no cobrar a un amigo por realizar una transferencia. En todos estos casos no habría sino un ilícito civil o laboral. Distinto es el caso de los factores o apoderados (art. 281 ss. CCom) o los gerentes (art. 283 CCom) que sí disponen del margen de autonomía suficientes para realizar negocios jurídicos en nombre del principal y debe ser considerados autores. Un factor debe poseer los poderes necesarios para actuar por nombre y cuenta del empresario en el tráfico o actividad social propia de aquél.

Este mismo criterio permite también comprender por qué la utilización indebida de tarjetas de crédito, tal como dijimos anteriormente, no supone un delito de administración desleal, sino uno de apropiación indebida, pese a que su titular dispone de manera jurídicamente válida de los bienes del banco. La indefensión del banco frente al titular de una tarjeta en nada se parece a la que existe frente al administrador.

Uno de los principales problemas es la inclusión de los **administradores de hecho** dentro del círculo de sujetos activos. En el Derecho comparado los administradores de hecho se consideran autores; bien a través de cláusulas en las que se equiparan de manera expresa a los autores (Francia, Italia); bien permitiendo en la formulación de este delito que la relación de garantía, de salvaguarda patrimonial, pueda afirmarse a través de una relación fáctica; bien, como hacía el antiguo art. 295, incluyendo expresamente a los administradores de hecho entre los sujetos activos.

Aunque el art. 252 no acoge ninguna de estas soluciones, acoge determinados supuestos de administradores de hecho. El derecho de sociedades está prestando cada vez mayor atención a esta figura, con lo que de este modo puede entenderse que las facultades de administrar derivan de la ley. Concretamente, el art. 236.2 LSC considera que a efectos de establecer la responsabilidad social: "tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, **aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad**". Este precepto otorga la cobertura

legal necesaria a las facultades de administrador que posee el administrador de hecho y por tanto considerar autores a los que *de facto* gobiernan la sociedad. Además de los casos de administradores ocultos, que ejercen su poder tras "hombres de paja", la figura del administrador de hecho resulta de gran importancia para considerar autores del art. 252 a socios mayoritarios que de facto ejercen la administración o, en los casos de los grupos de sociedades, a los administradores o directivos de la matriz, que dan instrucciones al resto de la sociedad. Al administrador de hecho pueden también equipararse los casos del factor notorio, que regula el art. 286 CCom: aquél que ejerce como factor sin que su poder esté inscrito en el Registro Mercantil.

La existencia de un administrador de hecho no excluye automáticamente la responsabilidad de los administradores de Derecho, que seguirán siendo sujetos activos siempre que sigan gozando de un grado de autonomía, es decir, capacidad de disposición y gestión propias, relevante.

Limítrofe con la discusión relativa a los administradores de hecho, se encuentra la discusión relativa a la alta dirección de la entidad. Si el **alto directivo** es además factor o gerente, con poderes de representación, desde luego administra, tal como antes señalábamos. Fuera de estos casos claros, la alta dirección aunque carezca de capacidad para realizar negocios jurídicos, sí que tiene un amplio poder de gestión y ordenación interna. No existen problemas para considerar a la alta dirección autor del delito en su modalidad de exceso en el ejercicio de su capacidad de ordenación y gestión. De un lado, y aplicando el criterio formal, resultan sujetos responsables por este delito en cuanto que sus capacidades de administrar provienen del contrato y, segundo, porque en la esfera interna gozan de un margen de autonomía relevante, ante los cuales el patrimonio resulta indefenso.

Este supuesto sirve también para ejemplificar cómo en el art. 252 no necesariamente existe una **simetría entre el poder de disposición *ad extra*** y ***ad intra*** de que disponen los autores. Administradores únicamente *ad extra* serían aquellos, por ejemplo, a los que se les encarga la realización de un determinado negocio (*vgr*., la compra de unos terrenos, la inversión de una cantidad de dinero). Mientras que administradores exclusivamente *ad intra*, serían, por ejemplo, los administradores fácticos o los altos directivos sin capacidad de administración externa. En estos supuestos la impartición de órdenes y directrices contrarias a su deber de salvaguarda constituiría la conducta típica del delito.

Resulta discutible en qué medida el administrador lo ha de ser de un patrimonio totalmente ajeno. Esta situación se ha discutido en los casos de **fideicomisos**, singularmente en los denominados *trusts*, en los que se traspasa al administrador la titularidad de los bienes pero con la condición de que los administre en beneficio de una determinada persona. El fideicomisario es aquí propietario del bien, pero está sometido a limitaciones semejantes a los que tendría un administrador de patrimonio ajeno. Pues bien, pese a que materialmente el administrador de un *trust* puede ser considerado administrador, iría más allá del tenor literal posible ("patrimonio ajeno") incluir estos supuestos en el delito de administración desleal. Además de estos supuestos y, como después veremos con mayor detalle, el mayor debate en torno a la ajenidad se presenta en los casos en que los administradores lesionan con el consentimiento de los socios el capital social (*vid. infra*, apartado VI).

4. Bien jurídico y perjuicio patrimonial.

El bien jurídico protegido por el delito de administración desleal es el patrimonio. Decir esto, sin embargo, representa casi una obviedad porque existe una enorme discusión acerca de qué ha de entenderse por patrimonio y por perjuicio patrimonial.

Con el fin de ir desentrañando esta cuestión, lo primero que ha de advertirse es que el patrimonio debe entenderse no como un mero sumatorio de derechos y deberes de la persona, en los que cada una de las posiciones patrimoniales conserva su singularidad, sino como conjunto o sumatorio final de todos ellos. A la administración desleal no le interesa tanto la protección de los singulares bienes y derechos que componen el patrimonio como la protección del **patrimonio en su conjunto**. El referente para apreciar el daño, y por tanto la consumación del delito, no es la pérdida definitiva de un bien, sino si el patrimonio ha disminuido su valor como consecuencia de la realización del comportamiento.

Para establecer la existencia de un perjuicio patrimonial debe utilizarse como herramienta el llamado **principio del saldo**. La operación es, aparentemente sencilla: se trata de poner en un platillo de la balanza aquellos beneficios que se desprendan del comportamiento del administrador y en el otro los perjuicios que se deriven. Si éstos son mayores resultará que existe un perjuicio patrimonial como consecuencia del comportamiento típico.

El primer problema que plantea esta medición es que un perjuicio patrimonial puede ir haciéndose más intenso a medida que transcurre el tiempo. El daño patrimonial, al igual que el daño a la salud, pero por ejemplo de manera distinta al derecho a la vida, puede ir aumentando progresivamente. Esta intensificación progresiva tiene que ver con la determinación del momento de la consumación, que ha de afirmarse normativamente: para entender consumado el delito resulta necesario constatar un daño relevante definitivo, en el sentido de que no está en la mano del autor poder revertirlo. Esta característica del daño patrimonial permite cuestionar la diferencia que la jurisprudencia y la doctrina han efectuado entre apropiaciones definitivas y temporales, como criterio de distinción entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Pero de esta cuestión nos ocuparemos con más detalle en otro lugar.

Las características del daño patrimonial permiten entender por qué el **riesgo de pérdida** que pesa sobre el patrimonio o sobre un componente del mismo supone en ocasiones un perjuicio. La razón es que disminuye el valor del elemento y del patrimonio en su conjunto. Esta disminución del valor debe poderse concretar en términos de mercado. Debe demostrase, por ejemplo, utilizando los criterios que proporciona la contabilidad, que el patrimonio ha disminuido su valor. Más complejo en cambio es señalar que existe un perjuicio patrimonial cuando existe un riesgo incierto que no se ha concretado. El caso más característico es el del pago de sobornos que exponen a la empresa a una amenaza de sanción, que puede o no realizarse (*vid.* más extensamente *infra* VI).

El administrador A concede un préstamo a una empresa que él controla, sin haberlo garantizado. La empresa debe hacer frente al préstamo a los seis meses, lo que a la vista de la mala situación económica por la que pasa, resulta altamente improbable.

En este supuesto el perjuicio patrimonial aparece desde el mismo momento que se concede el préstamo; el que después no se abone en su momento será sólo a lo sumo una intensificación del daño que no afecta a la consumación. Aplicando el principio del saldo resulta claro que el activo que entra en el patrimonio (el derecho de crédito frente a la sociedad del administrador) tiene un valor inferior a los fondos que han salido de la misma. Desde luego, es muy probable que el valor del derecho de crédito se deteriore aún más a medida que llega la fecha del vencimiento, pero esta intensificación es irrelevante para apreciar la consumación. Aunque sí que puede tenerse en cuenta a la hora de la determinación de la pena a través, por ejemplo, de lo dispuesto en el art. 250.5º.

Esperar a considerar que existe perjuicio al momento del vencimiento del crédito y

el impago sólo tendría sentido desde la teoría jurídica del patrimonio, que es estrictamente dependiente de las valoraciones del Derecho civil. La constatación del perjuicio conforme a la teoría económica implica no sólo retrasar indebidamente el momento de la consumación, sino además dejarlo en manos de un comportamiento de un tercero (la persona que ha recibido el préstamo).

El segundo problema que plantea el principio del saldo es que el comportamiento típico del administrador puede generar a la vez pérdidas y beneficios en un espacio más o menos largo de tiempo. Para solventar estos casos debe utilizarse el criterio del "**plan global**", que obliga a tener en cuenta la totalidad de los efectos, y no sólo los negativos, que se asocian al comportamiento del administrador. Así, por ejemplo, un administrador puede decidir pagar una deuda prescrita a un proveedor, pero si este perjuicio se compensa por el hecho de que el proveedor siga manteniendo determinadas ofertas o un trato privilegiado no puede hablarse de perjuicio patrimonial. Los beneficios a largo plazo cuando son previsibles también deben situarse en el respectivo platillo de la balanza para compensar. Igualmente deben entrar a valorarse activos inmateriales como la reputación o la *good will* de la empresa, tener una buena relación con los clientes o la comunidad o los trabajadores.

Tal como puede apreciarse de los ejemplos que acabamos de exponer, el precio, el valor que un bien o derecho que forma parte del patrimonio tiene en el mercado, es la vara de medir que utilizamos para decidir cuánto pesan los distintos elementos que ponemos en los platillos de la balanza. Esta decisión es coherente con la **teoría económica del patrimonio** que es la mayoritaria en la jurisprudencia y en la doctrina, tal como hemos visto al estudiar el delito de estafa, e igualmente conecta con el tenor literal del derogado art. 295, que exigía que el perjuicio patrimonial había de ser "económicamente evaluable".

La teoría económica del patrimonio permite, en primer lugar, incluir dentro del perjuicio patrimonial la frustración de expectativas patrimoniales, cuando estas puedan realizarse con una seguridad muy alta (rayana en la certeza) o, con mayor razón aún, si su realización depende exclusivamente de la voluntad del administrador y es posible exigir jurídicamente su realización.

Ejemplo: A hace una oferta a B, administrador de las bodegas X S.A., para comprar una gran cantidad de vino a granel. B desvía la oferta a la bodega Z S.A por un precio menor al que ofrece B, debido a que ha recibido un soborno de Z..

La teoría económica del patrimonio debe ser sometida a una serie de **restricciones**. Un punto de vista estrictamente económico, en primer lugar, no tendría problemas para admitir como activos patrimoniales derechos o bienes cuyo origen resulta ilícito o contrario al derecho.

Ejemplos: (1) Z, administrador de la sociedad J, paga a un *hacker* 10.000 € con el fin de que ataque la página de su empresa web competidora. El *hacker* realiza este servicio. (2) Z, financia con fondos de la empresa que dirige la campaña del alcalde de su localidad, con la promesa de, tras llegar a la alcaldía, hacerse con la concesión del servicio de recogida de basuras, tal como le había prometido.

Sostener en estos casos que no existe prejuicio económico porque el *hacker* ha cumplido con lo pactado o porque en el patrimonio de la empresa ha entrado como contrapartida del soborno una expectativa patrimonial cierta (la concesión del servicio de basuras) resulta inadmisible de acuerdo con los valores del ordenamiento jurídico. En otras palabras: contrario al principio de unidad del ordenamiento jurídico. Por esta razón hablamos de teoría jurídica económica de patrimonio.

La teoría económica también debe ser corregida para admitir como perjuicios patrimoniales casos en que aunque el perjuicio no puede valorarse de manera económica, se ha generado contradiciendo las órdenes o instrucciones expresas del titular del patrimonio acerca de cómo gestionar sus bienes.

Ejemplo: A aporta 40.000 € a un fondo de inversión ético, donde le aseguran que sólo invierten en empresas que respetan los derechos humanos. No obstante, los gestores del fondo, buscando una mayor rentabilidad, lo invierten en empresas de armamentos que venden sus armas a dictaduras militares. Efectivamente A, de este modo, ha obtenido unos dividendos que no habría logrado a través de inversiones puramente éticas.

La **valoración personal del perjuicio** patrimonial en supuestos como éste o similares es coherente con el sentido del delito de administración desleal. A diferencia de lo que ocurre con el delito de estafa, donde el perjuicio patrimonial se causa *desde fuera*, en la administración desleal el perjuicio proviene de un *enemigo interno* al que le hemos entregado la gestión de nuestros asuntos. La indefensión del patrimonio, su entrega total al administrador, justifica no sólo que se consideren típicos aquellos perjuicios patrimoniales que representan una disminución del patrimonio, sino además también los

casos en que se atenta de manera expresa contra las instrucciones que se han dado al administrador acerca de cómo gestionar los bienes.

5. Consumación y tentativa.

El art. 252 requiere la producción de un resultado de perjuicio patrimonial para su consumación y, como tipo de resultado, la exigencia de una relación de imputación objetiva entre la conducta típica y el resultado. La afirmación de la imputación objetiva requiere constatar que el comportamiento típico genera un riesgo desaprobado. En el marco del art. 252 donde la conducta típica se describe de modo muy deficiente es necesario comprobar siempre que ésta genera un riesgo desaprobado. En este punto, además de los criterios que ya se han ofrecido, resulta en general de gran importancia los límites y las instrucciones que el titular del patrimonio ha dado al administrador. El segundo requisito para afirmar que existe una relación de imputación objetiva es que el perjuicio patrimonial sea, precisamente, expresión del riesgo desaprobado. Este requisito nos permitirá negar la existencia de imputación, con independencia de cuál haya sido la intención del autor, en aquellos supuestos en que el resultado se produce de manera imprevisible o no cae dentro del fin de protección de la norma. Los filtros que proporciona la teoría de la imputación objetiva, y que ayudan a la determinación del comportamiento típico, son de gran importancia en un ámbito como el de los negocios, donde el riesgo es siempre inmanente. Hay negocios que por muy bien que se hagan por parte del administrador siempre pueden fallar y ocasionar un perjuicio patrimonial.

Como antes se advertía, el momento de la consumación se produce cuando existe un daño patrimonial relevante y definitivo, en el sentido que no pueda ser revertido por el administrador. La consumación no impide que el daño posteriormente pueda intensificarse, lo que puede tenerse en cuenta para la aplicación del tipo agravado (arts. 250.4º y 250.5º). Cuando posteriormente disminuya debe tenerse que, como ya se ha advertido, el principio del plan global exige tener en cuenta las consecuencias beneficiosas posteriores del comportamiento típico para negar la existencia del perjuicio.

Cuestión distinta es que el autor decida reparar el daño una vez producido. En este caso debe apreciarse al menos la existencia de la atenuante de reparación. De *lege ferenda* debería crearse una regulación especial del **de-**

sistimiento *postconsumativo*, por ejemplo, equiparable en sus efectos punitivos a la regularización tributaria.

6. Tipo subjetivo.

Dentro del conjunto de los delitos patrimoniales, la administración desleal representa un delito singular: conjuntamente con el delito de daños es el único que no requiere ánimo de lucro. Basta con el dolo que consiste en conocer que existe un exceso en las facultades de disposición que genera un riesgo desaprobado de perjuicio patrimonial. Esto es, basta por tanto con el dolo eventual. Su afirmación será normalmente sencilla en lo que concierne a la posibilidad de que acaezca el resultado patrimonial. El riesgo es algo inherente a los negocios, por lo que siempre se cuenta con esta posibilidad.

El dolo debe por supuesto abarcar la contrariedad del comportamiento con el deber de diligencia del administrador, por lo que hay un espacio importante para el error de tipo en aquellos supuestos en los que el autor obre convencido de que su comportamiento resulta conforme al deber.

7. Relaciones concursales.

El delito de administración desleal, como ya hemos repetido, se caracteriza por un ataque desde dentro al patrimonio, en el que el autor se prevale de su especial situación sobre los bienes que administra. Por esta razón cuando como cualquier otro autor recurre al engaño (estafa), la violencia o intimidación (extorsión, robo) o la fuerza en las cosas (robo), deben aplicarse los otros delitos, en su caso con la agravante de abuso de confianza. La **estafa** puede aparecer en determinados casos como un hecho posterior copenado, allí cuando el engaño sea utilizado por el administrador con el fin de encubrir su conducta e impedir que, por ejemplo, el perjudicado ejercite acciones legales. Diversas son las relaciones con el **delito de daños**, el único delito patrimonial que al igual que el art. 252 no es un delito de enriquecimiento al no exigir ánimo de lucro. La administración desleal en virtud del principio de especialidad es el delito a aplicar cuando su autor sea un administrador y el daño se derive de un acto de gestión interna. Las relaciones concursales con el **delito de hurto** dependen también del hecho de que se utilicen las capacidades específicas para apoderarse del bien. Cuando el administrador toma el bien en circunstancias que cualquier otro pudiera haberlo hecho debe aplicarse el delito de hurto, al no darse la conducta típica de del art. 252.

Antes de la reforma de 2015 se produjo un extenso debate acerca de las re-

laciones entre el delito de administración desleal societario (art. 295) y el delito de apropiación indebida (art. 252). Hoy las relaciones entre ambos delitos no plantean problema alguno. De un lado, las penas son similares y, de otro, a efectos procesales, ambas figuras son totalmente homogéneas, por lo que desde el punto de vista del principio acusatorio, no existe problema alguno para que a lo largo del procedimiento o en el momento de la condena se produzca un cambio de imputación (*vid.* STS 464/2014 de 3 de junio; también sobre este problema STS 656/2013, de 22 de julio y 318/2013 de 11 de abril).

No obstante, y como ya hemos explicado, **el delito de administración desleal es más grave que el de apropiación indebida**. Se trata de un ataque al patrimonio realizado por quien tiene obligación de salvaguardarlo, una obligación mucho más intensa y compleja que la que tienen los autores del delito de apropiación indebida con el bien mueble que tienen en su poder. Esta relación sitúa al patrimonio administrado en una situación de desvalimiento e indefensión frente a su atacante, con muchas más posibilidades y más "alevosas" de agresión que las que existen en la apropiación indebida.

Por esta razón, la equiparación de penas que realiza la reforma del 2015 debe considerarse equivocada y por esta razón el delito de administración desleal es de aplicación preferente a la apropiación indebida. La reforma de 2015, pese a su error de valoración en la distinta gravedad de las conductas, ha pretendido claramente ampliar el espacio de aplicación del delito de administración desleal al eliminar de la apropiación indebida el verbo típico "distraer" y el término "administración", que antes de la reforma habían propiciado la onda expansiva de este delito frente a la administración desleal.

La supresión de estos términos no da sin embargo respuesta a una de las líneas argumentales más importantes que se utilizaban para afirmar que la apropiación indebida era más grave porque suponía la expropiación definitiva del valor del bien, mientras que la administración desleal suponía únicamente un **uso temporal** (vid. últimamente STS nº 700/2016, de 9 de septiembre, STS 163/2016, 2 de marzo) Esta distinción no resulta relevante cuando nos encontramos ante un delito cuyo bien jurídico es el patrimonio. Tal como explicamos, el perjuicio patrimonial no se mide en atención al valor de los bienes y derechos, que entran o salen de la masa patrimonial, sino en atención a si el patrimonio en su conjunto vale más o menos como consecuencia del comportamiento delictivo. En otras palabras, para afirmar la existencia de un perjuicio patrimonial no resulta decisivo en qué medida el administrador se ha apropiado definitivamente del bien o realiza simplemente un uso inde-

bido del mismo, entre otras razones porque un uso temporal puede ocasionar un mayor daño que la expropiación definitiva del valor del bien.

> El administrador que utiliza, pongamos por caso, el vehículo de la empresa para fines propios (apropiación temporal), puede causar un perjuicio mayor a la empresa (ha tenido que adquirir un nuevo vehículo, para sustituirlo), que el que ocasiona si se apodera de él, pagando un precio ridículo, mediante la realización de un negocio ficticio (apropiación definitiva). El daño patrimonial es un daño distinto a la lesión del derecho de propiedad. Tiene una fisonomía más rica y compleja que le permite abarcar el daño al derecho de propiedad cuando éste se produce. Pero también, como muestra el ejemplo, el daño patrimonial puede producirse sin que exista un daño contra la propiedad. La "vara de medir" para calcular el perjuicio patrimonial es siempre el principio del saldo: ¿cuánto ha mermado el valor del patrimonio como consecuencia del comportamiento típico?

La irrelevancia de la distinción entre apropiaciones definitivas y temporales es aún mayor cuando versan sobre dinero. En este caso, la apropiación indebida se transmuta como hemos visto de un delito contra la propiedad a un delito patrimonial centrado en la protección de un derecho específico como es el derecho de crédito. La apropiación temporal del dinero, a través de un préstamo que el administrador se concede y que además no va a devolver, y la apropiación definitiva del dinero (el desvío del dinero de la empresa para pagar sus propios gastos), tienen un mismo significado para el patrimonio. En ningún caso el perjuicio patrimonial depende además de que estemos ante el escenario de las mal llamadas apropiaciones temporales y definitivas. Cuando el administrador se apropia temporalmente del dinero, como en el caso del préstamo, lo que puede encontrarse es una progresiva intensificación del daño que culminaría cuando ya no existe posibilidad alguna de devolución de la cantidad.

Un supuesto de concurso particularmente importante, sobre todo en el caso de la administración desleal que se produce en empresas, es la relación que existe entre este delito y las **insolvencias punibles**. Muchas de las conductas que describe el art. 259 pertenecen claramente a la tipología de la administración desleal. Realizar comportamientos escasamente diligentes en la gestión de los negocios es similar a infringir los deberes de un administrador diligente y leal. Incluso desde una perspectiva económica puede decirse que la insolvencia punible es un tipo de administración desleal que se produce en relación con los intereses económicos, patrimoniales, de los acreedores.

El deudor gestiona también intereses patrimoniales ajenos, que además se encuentran tan indefensos o más ante él que las víctimas de la administración desleal. Esta cercanía es también evidente en la práctica, donde una gestión desleal, contraria a los intereses de la empresa, acaba en muchos casos en la insolvencia de la misma.

La zona de distinción entre ambos delitos es la existencia de una situación de insolvencia o de crisis económica. A partir de este momento el delito de insolvencia, con sus mayores penas, debe considerarse ley especial. Las mayores penas advierten a los administradores de la importancia que para nuestro sistema económico tiene no sólo el derecho de crédito, sino el sistema crediticio como institución básica de nuestro modelo económico.

Las conductas de administración desleal que se realicen antes de la insolvencia o la crisis deben ser sancionadas a través del art. 252, aunque desde un punto de vista causal hayan tenido influencia en la generación de la insolvencia. Cuando existe un plan preordenado para el vaciamiento patrimonial de una empresa solvente, en beneficio de los administradores, debe establecerse un concurso real de delitos. Pues dos son los bienes jurídicos claramente y diferenciadamente atacados: el patrimonio de los socios, en primer término, y, después, el de los acreedores.

El delito societario de **acuerdos abusivos** del art. 291 es estructuralmente un delito de administración desleal. Las menores penas del art. 291 en comparación con el art. 252 se explican por el menor desvalor del resultado del delito societario. En efecto, el art. 291 tiene como autores a personas que pueden ser autores del art. 252: los administradores y los socios mayoritarios, que como ya explicamos pueden ser considerados autores de este delito, a través de la figura del administrador de hecho. La conducta típica, la adopción de un acuerdo contrario a los intereses del resto de los socios y que perjudique a la sociedad, supone una infracción de los deberes de salvaguarda. La diferencia se encuentra en que en el art. 291 el perjuicio económico que el acuerdo abusivo o aún es potencial (STS 17-4-2002) o bien aunque ya ciertamente ha producido cierta afectación al patrimonio, no desarrollará todo su potencial lesivo hasta que se ejecute. Entre ambos preceptos existe por tanto una relación de consunción, similar a la que existe entre los delitos de peligro y los delitos de resultado, pese a que técnicamente el art.291 podría catalogarse como delito de "lesión menos intensa".

VI. Casos discutibles de administración desleal en el ámbito societario.

La opción del legislador de 2015 de establecer un delito genérico de administración desleal, derogando el delito societario del art. 295, no nos debe llevar a olvidar la problemática especial que plantea la administración desleal en el ámbito de sociedades mercantiles. Ello es así hasta el punto que en algunos ordenamientos como el francés o el italiano, existen varios tipos penales específicos dentro del derecho de sociedades que han de inscribirse en la familia de la administración desleal. Es una línea de política legislativa más respetuosa con el principio de determinación. La mayoría de la casuística de esta figura delictiva se produce en el marco de la gestión de sociedades mercantiles. Por esta razón vamos a cerrar este capítulo haciéndonos eco de un conjunto de casos específicos de administración desleal en el ámbito societario.

1. Administración desleal con consentimiento de los socios y defensa del capital social.

Desde el punto de vista del Derecho penal, ¿a quién pertenece el patrimonio de la sociedad, a los socios o a la sociedad en sí?, ¿tienen la obligación los administradores de proteger el patrimonio de la empresa incluso frente a decisiones de sus propios socios? Estas preguntas carezcan probablemente de sentido en sociedades abiertas o con un gran número de socios, donde el problema, ya abordado, es la consideración como autor del socio mayoritario, pero resultan de gran importancia en pequeñas sociedades. Los problemas mayores surgen cuando estos comportamientos afectan no ya al patrimonio social (el conjunto de bienes y derechos de que dispone la empresa), sino al capital social o al de garantía y más aún al capital social mínimo (art. 4 LSC), cuya función económica es la protección de los acreedores. El bien jurídico patrimonio es en Derecho penal un bien enteramente disponible, pero no está tan claro que lo deba ser el capital social cuya integridad resulta un bien autónomo.

Los supuestos a los que nos estamos refiriendo pueden ser los siguientes:

- los administradores aceptan como parte del capital social un inmueble cuyo valor es claramente inferior;
- una sociedad en pérdidas decide repartir dividendos, cuyo reparto afecta al capital social;

- la sociedad adquiere sus propias acciones con cargo a su capital;
- los socios deciden vender el inmueble que representa el principal activo de la sociedad a un precio muy bajo.

En todos estos supuestos el Derecho penal debe recordar su carácter de *ultima ratio* y tener presente que el Derecho de sociedades dispone de preceptos específicos con el fin de tutelar el capital social. Considerar que en estos casos el consentimiento de sus titulares es irrelevante, por mucho que sea contrario al orden público societario, supone convertir el delito de administración en un delito cercano a las insolvencias punibles. Su función ya no radicaría en la protección de los titulares del patrimonio administrado, sino en una tutela adelantada del derecho de crédito, lo que no resulta compatible con el principio de legalidad.

Este tipo de comportamientos que atentan contra el capital social constituyen un delito de insolvencia cuando se realizan en un momento en que la empresa es insolvente o esta insolvencia resulta ya previsible.

En un futuro quizás tendría sentido abrir un debate relativo a si a semejanza de lo que ocurre en Francia o Italia deberían establecerse sanciones, penales o administrativas, con el fin de reforzar la vigencia de las normas del derecho de sociedades que tutelan el capital social, incluyendo aquí las normas que garantizan la integridad de las aportaciones en el momento fundacional de la sociedad (art. 58 ss. LSC).

2. Administración desleal en grupos de sociedades.

Las conductas de administración desleal en los grupos de sociedades (art. 18 LSC) aparecen cuando una de las empresas del grupo experimenta un perjuicio patrimonial con el fin de beneficiar a otras empresas del grupo. En estrecha conexión con lo que acaba de analizarse en el anterior, cuando la empresa que sufre el perjuicio patrimonial es 100% propiedad de la matriz no existe delito de administración desleal. Desde la óptica del Derecho penal y del concepto de patrimonio en estos casos existe un único patrimonio. Los administradores con las operaciones *intra* grupo no hacen sino ejercer su capacidad de ordenación interna.

Otra cosa es que este tipo de operaciones puedan tener su significado en el marco de otros delitos. En primer lugar, el delito fiscal donde las operaciones cruzadas entre el grupo de sociedades suele ser un mecanismo para defraudar a la Hacienda Pública.

Cuando los precios que se pagan, por ejemplo, por un servicio o una venta de bienes de la filial a la matriz son mucho más altos a los del mercado, con ello en realidad se pretende crear un gasto ficticio en la matriz que sirva para reducir sus ingresos y el impuesto sobre sociedades. Este es el sentido de la regulación de las operaciones vinculadas (art. 16 TRLIS). Y, en segundo lugar, por supuesto los delitos de insolvencia punible, cuando la realización de operaciones en el grupo en beneficio de una sociedad sea el modo de traspasar activos de una sociedad insolvente del grupo a otra, en perjuicio de sus acreedores.

Los supuestos de operaciones *intra* grupo relevantes para al delito de administración desleal tienen lugar cuando la sociedad que va a ser perjudicada, tiene socios minoritarios, cuyos intereses patrimoniales se ven perjudicados con el fin de beneficiar a los de otra empresa del grupo, sea un matriz o sea hermana. Imaginemos por ejemplo que una de las personas jurídicas del grupo se hace cargo del pago a los proveedores de otra de las entidades del grupo o que pone a su disposición sus locales o sus trabajadores, debiendo alquilar otras instalaciones o contratar nuevos empleados o que, por citar otro ejemplo más, garantiza un crédito en unas condiciones en las que ningún otro operador del mercado lo hubiera hecho.

Ni nuestra doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado hasta ahora de casos de esta naturaleza o semejantes dentro del delito de administración desleal. Lo ideal es que, como ocurre en otros países, existiera en nuestro ordenamiento un Derecho de grupos que se ocupara de estas cuestiones y que no convirtiera al Derecho penal en *prima ratio*. Porque de lo que se trata, en definitiva, es de establecer cuándo el interés común del grupo y su dirección unitaria pueden determinar la atipicidad del perjuicio patrimonial que experimenta una sociedad y sus socios minoritarios con el fin de beneficiar a otra empresa del grupo.

La jurisprudencia francesa e italiana ha acuñado para estos supuestos una solución jurisprudencial que considero puede ser de aplicación entre nosotros. El perjuicio patrimonial que experimenta una de las personas jurídicas del grupo no es típico bajo estas tres condiciones:

En primer lugar, si existe una dirección unitaria del grupo en el que se inscriba dicho comportamiento. Un mero conglomerado de empresas, con participaciones recíprocas, al menos a los efectos del Derecho penal y justificar una posible lesión del patrimonio, no debe considerarse un grupo. Es necesario que exista una dirección unitaria que oriente la actividad del conjunto de sociedades vinculadas hacia la consecución de un determinado objeto social. El nacimiento del interés del grupo como superpuesto al interés social de cada una de las personas jurídicas que lo integran nace del hecho de la dirección unitaria. Es sobre este nuevo interés sobre el que debe medirse la infracción

de los deberes del administrador. La clave para apreciar la existencia de una dirección unitaria es que la sociedad dominante tenga atribuidas las competencias para planificar las necesidades financieras futuras (dirección financiera del grupo). Este interés de grupo tendría operatividad no sólo en el marco del art. 252, sino también y de manera casi más importante en el art. 291.

En segundo lugar, que este perjuicio patrimonial vaya a ser compensado a medio plazo, de tal forma que se compense a la entidad del grupo que ha sido sacrificada. Como puede apreciarse esta solución representa una aplicación de la teoría del plan global a la que antes hacíamos referencia como modo de establecer el perjuicio patrimonial. A diferencia de lo que ocurre en otros delitos patrimoniales, en la administración desleal la constatación del daño tiene una dimensión temporal distinta. No es temporal, sino que debe valorarse los beneficios y perjuicios de una decisión en un espacio más dilatado de tiempo.

En tercer lugar, el sacrificio de la filial tiene que ser proporcionado y en especial no debe llevar al extremo que ponga en peligro su existencia. En otras palabras, el perjuicio causado no debe ser arbitrario, debe ser necesario en el sentido de que no exista otro medio menos lesivo que el perjuicio a las empresas asociadas.

3. La comisión de ilícitos como supuesto de administración desleal: en especial, los pagos ilícitos.

Anteriormente ya se expuso cómo un tipo muy amplio de infidelidad patrimonial podría abarcar, como ocurre en el Derecho comparado, los supuestos en que el administrador realiza un comportamiento ilícito o incluso delictivo del que puede derivarse un perjuicio patrimonial para la sociedad (la petición de responsabilidad civil, la privación de una subvención, como ocurría en el caso Kohl, o la imposición de una sanción a la persona jurídica).

El art. 252 establece un tipo de infidelidad más restringido, en cuanto que exige un acto de administración: es decir, una conducta que suponga la gestión u ordenación interna de los bienes, en la que el autor aproveche la situación de indefensión del patrimonio administrado. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en el caso Kohl, la problemática de la comisión de ilícitos que representen un supuesto de administración desleal se produce principalmente en los supuestos de pagos ilícitos, en los que el administrador utiliza los bienes de la sociedad: desde pagar ilícitamente a un *hacker* para que cometa daños informáticos o espíe a la competencia hasta, en el caso más discutido, el **pago de sobornos** a funcionarios públicos, la financiación ilegal de partidos políticos o la corrupción entre privados.

Desde el punto de vista de la estructura típica de la administración resulta

evidente que la utilización de fondos o cualquier otro activo patrimonial (por ejemplo, ofrecer un empleo al hijo de un político) representa una infracción de los deberes como administrador. Se trata de una disposición de fondos que resulta claramente contraria al fin social, además de ilícita, y que claramente supone un exceso en las facultades de administración. En la mayoría de las empresas, los Códigos éticos que hoy día tienen carácter vinculante, concretan sin dejar duda alguna que los fondos de la empresa no pueden estar destinados a pagos ilícitos, y amenazan con sanciones disciplinarias (el despido) a quien les dé esta utilización.

El punto más complicado a la hora de argumentar la tipicidad de los pagos ilícitos es la existencia de un perjuicio patrimonial. La empresa, por ejemplo, como consecuencia del soborno puede haber recibido un contrato que le ha proporcionado grandes beneficios o aún más fácil: el administrador podría demostrar que la entrada en determinados mercados no es posible sin realizar pagos ilícitos. Desde el punto de vista de la teoría económica del patrimonio esta argumentación es irrefutable. No obstante, la existencia del **perjuicio patrimonial** en estos casos puede argumentase a través de vías diversas. En primer lugar, los pagos ilícitos constitutivos de delito (cohecho, financiación ilegal, corrupción entre privados, etc.) exponen siempre a la persona jurídica a un riesgo de sanción (multas, comisos, prohibición de contratar, de recibir subvenciones) y de daño reputacional. Este riesgo debe ser considerado como un perjuicio patrimonial. Si en un procedimiento de *due diligence* llega a demostrarse que han existido pagos ilícitos, y que no cabe descartar sanciones futuras, la empresa vería disminuido su valor. Los hipotéticos compradores de la empresa solicitarían una reducción del precio. Desde el concepto económico del patrimonio puede mantenerse que existe perjuicio cuando el daño derivado de este riesgo supera el valor de la contrapartida que ha recibido la empresa (el contrato, la subvención…). La existencia de un perjuicio patrimonial será especialmente clara cuando no se haya recibido aún la contraprestación (el contrato objeto del soborno está aún en fase de negociación). A cambio del dinero legal que ha salido del patrimonio de la empresa solo se tiene una expectativa (la adjudicación del contrato) que además no puede reclamarse judicialmente, lo que disminuye aún más su valor económico.

Esta ponderación, aunque con resultados muchos más inciertos, serviría también en casos de financiación ilegal de partidos políticos o entrega de regalos (cohecho impropio) a funcionarios públicos o a administradores de otras empresas. En un platillo habría de colocarse el valor económico de la

dádiva y en otro el valor que tiene crear un "buen clima" con los líderes políticos o dirigentes de una empresa que puede requerir nuestros productos o servicios. Los resultados, salvo en casos de que haya un liberalidad excesivamente desproporcionada, serán tan inciertos que el principio *in dubio pro reo* llevará normalmente a negar la existencia del perjuicio patrimonial.

Más allá de los dominios del concepto económico o económico-jurídico de patrimonio, ya señalamos cómo en el delito de administración desleal los fines que el titular del patrimonio impone a su administrador son relevantes a la hora no sólo de apreciar la infracción del deber, sino también la existencia del perjuicio. Del mismo modo, si se recuerda el ejemplo anterior, que el administrador de un fondo ético de inversiones causa un perjuicio si invierte en empresas que suministran armamento a dictaduras, el pago de sobornos constituye un perjuicio patrimonial en cuanto que es absolutamente contrario al orden público y, por tanto, al fin social de cualquier persona jurídica.

La discusión en torno a los pagos ilícitos abarca ambas caras de la moneda: no sólo se discute su entrega, sino también su **recepción**: ¿cómete un delito el administrador que recibe un soborno con el fin de que influya sobre la elección como proveedora a la empresa que se lo ha abonado? Como se expone en el Tema 9 en relación con el delito de corrupción entre privados, el art. 286 bis tiene como bien jurídico la competencia leal y en ningún caso representa una tutela anticipada del patrimonio societario. Por esta razón, nada impide apreciar un concurso de delitos cuando se demuestra que como consecuencia del pago ilícito la sociedad ha pagado un precio al proveedor que no se corresponde con los criterios del mercado. Una decisión patrimonial, cuando se ha recibido una ventaja económica, supone una decisión tomada en una clara situación de conflicto de intereses, lo que como ya hemos explicado constituye el caso más claro de administración desleal.

Los problemas surgen cuando no sea posible demostrar que el precio pagado por la empresa ha sido excesivo y motivado por el soborno. La experiencia, a través del conocido como efecto *kick-back*, enseña que el monto de los sobornos acaba siendo repercutido finalmente en el precio del producto o servicio (por ejemplo, mediante sobrecostes). La corrupción encarece los servicios. Ahora bien esta regla de la experiencia general no puede utilizarse sin más para probar la existencia de un perjuicio patrimonial en el caso concreto. Un argumento más concreto es el que señala que el administrador o persona con capacidad de disposición que ha recibido el soborno podría haber nego-

ciado siempre un precio menor para la empresa, exigiendo que se descontara la cantidad a la que asciende el pago ilícito. No obstante, aunque la obligación de negociar un precio mejor es indiscutible, la expectativa de pagar un precio menor, debe cumplir con los requisitos que antes se imponían a las expectativas para formar parte del patrimonio: ser cierta y jurídicamente exigible. Lo que en este supuesto no se produce. En tercer lugar, tampoco es viable la argumentación según la cual la persona que recibe el soborno (administrador, gerente) debía haberlo ingresado en el patrimonio de la entidad. Civilmente la persona jurídica no tiene derecho a esta cantidad. En definitiva, y como puede apreciarse, la sola recepción del soborno no constituirá normalmente administración desleal (o malversación de caudales públicos), salvo en los casos claros que sea constatable que la entidad pagó un sobreprecio.

Estrechamente ligada a las cuestiones que acaban de plantearse, debe situarse la constitución de "**cajas negras**" por parte de los administradores, mediante las que se extraen fondos de la contabilidad oficial de la empresa y se ocultan con el fin de utilizarlos con diversos fines, desde los pagos ilícitos al otorgamiento de retribuciones o primas a los dirigentes societarios. Más allá de supuestos excepcionales (*vgr*., el titular del patrimonio ha tenido que solicitar un préstamo, que no hubiera sido necesario de figurar todos los fondos en el balance), el problema principal en este caso es en qué medida supone un perjuicio patrimonial la pérdida de control sobre la gestión de una parte del patrimonio por parte de su titular. Es claro que la gestión de fondos fuera de balance aumenta la discrecionalidad de los administradores y la indefensión del patrimonio administrado ante sus ataques. Ahora bien, este interés instrumental para una correcta gestión del patrimonio es precisamente uno de los aspectos que viene protegido a través del art. 290 y la falsedad en los estados financieros. Sancionar la constitución de cajas negras a través del delito de administración desleal supondría una interpretación analógica de la exigencia de un perjuicio patrimonial.

4. Negocios de riesgo.

Caso Caja Castilla-La Mancha.

Las operaciones examinadas en instrucción que se enunciaban como sospechosas por el Banco de España se concretan en las operaciones que denominaremos "Renovalia", "Grupo Portillo", "Inmobiliaria Colonial", "Naropa-Fermoselle", "Grupo Lábaro" y operación "TSolar". En todas ellas se concedieron créditos por la CCM sin observar las

prácticas bancarias habituales, apareciendo en principio que había cierto trato de favor hacia determinados acreditados siendo los préstamos total o parcialmente impagados.

"[...] El tipo penal [art. 295 CP 1995] [...] incluye el adverbio de que el perjuicio será causado directamente, lo que no se da en el caso, puesto que el impago no deriva de una manera directa y precisa de la insuficiencia de las garantías otorgadas sino de un hecho imputable al tercero como es no haber restituido la cantidad prestada debiendo hacerse constar además que no se trata de concesión de créditos iniciales sino de refinanciación de las operaciones. Expuestos a grandes trazos las operaciones examinadas y haciéndose constar ya ciertos elementos que hacen surgir en el ánimo del juzgador la existencia de una duda razonable acerca la culpabilidad de los acusados conviene precisar respecto a la autoría que siendo un delito especial propio tiene que ser cometido por el administrador de hecho o de derecho de la sociedad, pero en este caso el problema no es tanto cualitativo como la determinación de la identificación concreta del autor en definitiva de la persona que en la sociedad tenía el dominio funcional del acto, y han sido incontables las pruebas del juicio oral que han determinado que esta concesión de créditos o más bien de refinanciación de los mismos, no pueden imputarse de una manera clara determinada y precisa a los acusados. [...] No se ha acreditado en ningún caso que ni [...] ni [...] impusieran, ordenaran o ejercieran una actividad jurídicamente relevante para imponer su criterio para conceder un determinado crédito a un grupo o persona determinados.

Extracto de la Sentencia de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de lo Penal) 5/2016, de 22 de febrero.

Los denominados negocios de riesgo, como el que se describe en el ejemplo, constituyen otro grupo de casos enormemente discutidos. Llamamos negocios de riesgo a aquellas decisiones empresariales en los que existe una alta probabilidad de que la decisión tomada sea errónea, acarreando un grave perjuicio patrimonial para la empresa. Se trata de algo intrínseco a la administración de patrimonios empresariales destinadas no sólo conservar una situación, como por ejemplo ocurre con el tutor o el albacea, sino a incrementar el patrimonio. Las posibilidades de solucionar estos casos en el tipo subjetivo son además muy reducidas. Todo administrador cuenta con que una operación o negocio puede ocasionar pérdidas al patrimonio que administra, por lo que siempre sería fácil acudir al dolo eventual. Situados en el terreno del tipo objetivo, la existencia de un perjuicio patrimonial tampoco es de ayuda. Pues lógicamente estos casos sólo se judicializan cuando se ha producido efectivamente un perjuicio. Por esta razón, la discusión de los negocios de riesgo debe situarse en la determinación de la conducta típica, aquilatando cuál es el nivel de riesgo permitido de los gestores de patrimonios empresariales.

Esta operación requiere una doble comprobación. En primer lugar, se ha de determinar cuál es el **nivel de riesgo** que está dispuesto a asumir el titular del patrimonio. Cuando se invierte en un fondo de inversión conservador y sus gestores sin informar debidamente deciden elevar el nivel de riesgo transvasan la barrera del riesgo permitido. No siempre sin embargo ocurre como en la gestión de fondos de inversión, donde existe todo un consentimiento informado relativo al nivel de riesgo. Lo normal es que no existan indicaciones expresas y que el nivel de riesgo haya de determinarse acudiendo a los riesgos del sector o del tipo de empresa. Así, por ejemplo, la gestión de un banco de inversión permite asumir a sus administradores muchos más riesgos que la gestión de una caja de ahorros o de una cooperativa de crédito. Este primer paso no resultará normalmente decisivo para establecer el nivel de riesgo permitido, dejando a salvo casos excepcionales en donde claramente se haya traspasado el nivel de riesgos del sector o en supuestos de riesgos exactamente delimitados, como ocurre con la legislación que protege al consumidor de activos financieros.

Un nivel mayor de precisión en la determinación del riesgo permitido es el que nos aporta la **regla de apreciación empresarial**, a la que ya se ha hecho referencia. Los negocios de riesgo son claramente atípicos cuando: a) se ha recogido información suficiente, b) no existe conflicto de intereses y c) se han respetado los procedimientos internos. En este sentido debe tenerse en cuenta que la concesión de préstamos en entidades de crédito está sometida a un procedimiento interno, cuyo respeto supondrá normalmente negar que existe un exceso. Seguir escrupulosamente los procesos internos de evaluación del riesgo es lo que determina la existencia del riesgo permitido, cuyo contenido como puede apreciarse es claramente procedimental.

Ahora bien, de esto no debe deducirse *a sensu contrario* que cualquier infracción del procedimiento supone la presencia de un riesgo no permitido. Como antes hemos explicado, el delito de administración desleal no supone cualquier infracción intencional del deber de diligencia por parte del administrador. Es necesario que ésta sea particularmente grave. En los casos de negocios de riesgo esta gravedad vendrá determinada, de un lado y claramente, por la presencia de conflicto de intereses. Hacer correr riesgos innecesarios, aunque inciertos, a la entidad, que benefician al administrador o a personas que tienen con él vínculos familiares o económicos aporta la nota de gravedad necesaria a la infracción del deber de diligencia. El segundo criterio es el nivel de desconocimiento del procedimiento interno: omitirlo total o

substancialmente supone una infracción del deber de cuidado penalmente relevante.

5. Actos de gestión discrecionales y fijación de remuneraciones.

El análisis de los negocios de riesgo nos ha mostrado la importancia de "seguir los procedimientos" internos y de la importancia que éstos tienen en la determinación de la conducta típica. A una conclusión similar llegaremos en los casos que ahora nos ocupan, los denominados actos de gestión discrecionales. Por actos de gestión discrecionales entendemos aquellas disposiciones patrimoniales en las que la empresa no recibe a cambio de la salida de activos un bien o servicio en concreto, que pueda compensar su valor, o si lo recibe es un bien o servicio cuya utilidad es difícil valorar en términos de mercado. Por esta razón, el elemento perjuicio patrimonial apenas sí puede aportar en estos supuestos alguna restricción relevante a este tipo de conductas. Estos supuestos se caracterizan porque constatada la presencia de una decisión gravemente contraria a deber supone que inmediatamente aparezca el perjuicio patrimonial.

Dentro de este grupo de casos debe enmarcarse, en primer lugar, la **remuneración a altos directivos** de la entidad: ¿cuándo una remuneración fija o eventual de los servicios es tan excesiva que debe ser considerada delictiva? Estos son los supuestos de los que más se ha ocupado la jurisprudencia (STS 17 de julio de 2006 (Banco de Santander), 30 de noviembre de 2016 (CAM); 700/2016 de 9 de septiembre (Nova Caixa Galicia); Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2014 (Caixa Penedès); pero también dentro de esta discusión deben situarse supuestos en los que una empresa gasta una cantidad desmesurada de **dinero en publicidad o en actos promocionales** (STS 5.-4-2002, caso Atlético de Madrid). En estos supuestos la contrapartida que se recibe es tanto más incierta que la "fuerza de trabajo" del alto directivo, es el *good will* de la entidad o su buena reputación.

Empezando por estos últimos casos la existencia de una **infracción lo suficientemente grave del deber de diligencia** debe apreciarse teniendo en cuenta la existencia de los siguientes factores: a) ausencia o presencia de conflicto de intereses o búsqueda de un beneficio personal por parte del administrador, b) la falta de transparencia mediante la ocultación de la operación en la contabilidad de la empresa; c) situación económica de la entidad;

d) respeto a los procedimientos internos: hay cada vez más empresas que se dotan de políticas de mecenazgo y *sponsoring* en las que se establece un sistema de autorizaciones o comunicaciones internas.

> Las retribuciones a administradores que ejercen funciones ejecutivas (consejeros delegados) o a altos directivos ha sido uno de los aspectos más relevantes para el gobierno corporativo en las sociedades cotizadas. Tanto es así que hoy este tipo de sociedades debe tener una comisión específica del consejo de administración, la denominada comisión de retribuciones y nombramientos, compuesta por consejeros no ejecutivos e independientes (art. 529 quinquies LSC), que determina y vela por la observancia de la política de retribuciones de la alta dirección, los directores generales y los consejeros. Nada excluye, desde luego, que en casos extremos los miembros de esta comisión no puedan ser considerados precisamente autores de un delito de administración desleal por fijar o tolerar una política de retribuciones absolutamente desproporcionada, pero en principio debe indicarse que seguir la política de retribuciones excluye la presencia de un comportamiento contrario al deber con la gravedad necesaria para ser constitutivo de delito.

La política de remuneraciones de los directivos de entidades financieras ha sido señalada como uno de los detonantes de la crisis financiera. Si la retribución de los directivos claves en la asunción de riesgos atiende a los beneficios a corto plazo, esto incentiva a realizar operaciones sumamente arriesgadas que pueden poner en peligro la estabilidad de la entidad financiera. Por esta razón la Autoridad Bancaria Europea ha establecido criterios precisos para la fijación de remuneraciones (*vid.* su transposición en el RD 216/2008 y el RD 711/2011) cuyo seguimiento o desconocimiento es crucial a la hora de apreciar un posible delito de administración desleal.

La STS 17 de julio de 2006 (Banco Santander), que constituye el *leader case* en esta materia parte en primer lugar de la "absoluta libertad de mercado" a la hora de fijar las retribuciones. De este modo, debe partirse de que el servicio que presta o ha prestado un alto directivo se compensa adecuadamente a través de su retribución. Como se ve nos situamos en el terreno de la discrecionalidad; por ello parece lógico que el TS compense esta discrecionalidad, tal como aquí se viene manteniendo, con requisitos procedimentales que afectan a la transparencia de la decisión, el haber seguido los cauces internos oportunos para su adopción y que ésta lo haya sido por el órgano competente. De este modo, los supuestos delictivos serán casos en los que el ejercicio de facultades discrecionales se torna arbitrario por infringir abiertamente los procedimientos internos, por falta de competencia del órgano que adopta la decisión, por no cumplir con los deberes mínimos de información

relativos a la situación financiera de la entidad o por no justificar (argumentar) debidamente la racionalidad de unas retribuciones que resultan contrarias a las prácticas retributivas en un determinado sector.

De los supuestos que hemos examinado en este apartado y en el anterior se desprende una de las características principales de la administración desleal en el marco de las sociedades: cuando los criterios de corrección material de una decisión resultan más discutidos y menos evidentes, cobran primacía a la hora de constatar la conducta típica los aspectos de **procedimiento, competencia y argumentación** de las decisiones. Porque en el caso de decisiones difíciles (negocios de riesgo) o discrecionales este tipo de procedimientos tienen como misión proteger al patrimonio y a sus titulares frente al enorme poder de los administradores. Por el contrario, a medida que la **racionalidad económica** sea más clara las normas de procedimiento pierden importancia: una decisión claramente irracional no se justifica por mucho que se hayan respetado los procedimientos internos.

6. Administración desleal en empresas familiares.

La administración desleal en empresas familiares, un número elevado dentro de nuestro país (89%), no plantea peculiaridades en lo tocante a la determinación de la conducta típica o el resultado. En este aspecto debe recordarse únicamente que el consentimiento de todos los socios supone la atipicidad del comportamiento, por mucho que se haya afectado al capital social.

La peculiaridad de este grupo de casos viene dada por las previsiones que tanto en el CP, como en la LECr existen en relación con la actuación del Derecho penal patrimonial dentro de la familia: la **excusa absolutoria de parentesco** (art. 268), de un lado, y la previsión complementaria del art. 103 LECr que prohíbe ejercer **acciones penales entre cónyuges**, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad, de otro. Como veremos la conjunción de ambos preceptos hace que el delito de administración desleal quede totalmente fuera de juego dentro de este tipo de sociedades, lo que no parece en absoluto conveniente y resulta seguramente una consecuencia indeseada de la conversión del antiguo delito societario de administración desleal (art. 295), para el que no regía la excusa absolutoria, en un delito genérico contra el patrimonio.

En efecto, de un lado el art. 268 deja inoperativo el delito de administración

desleal cuando por ejemplo dentro de una empresa familiar los perjudicados sean los familiares a los que se refiere este precepto. Se podría objetar que en estos casos la verdadera perjudicada es la sociedad, la persona jurídica, y no los titulares del patrimonio, mas, como vimos al tratar el consentimiento, la separación jurídica entre el patrimonio societario y el de los socios, no opera en Derecho penal, que considera a los socios verdaderos propietarios y, por tanto, víctimas de la administración desleal.

De otro lado, y de manera ciertamente coherente con lo anterior, el art. 103 LECr impide las querellas entre este mismo grupo de familiares. Este precepto, se aplicaba en relación con el delito de administración desleal, no impedía por ejemplo las denuncias de familiares que después daban lugar al ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal o, incluso, la utilización de la acción popular por parte de terceras personas. La aplicación de la excusa absolutoria a las sociedades familiares deja sin embargo sin sentido esta iniciativa.

7. Administración desleal en empresas públicas.

Una de las novedades más destacadas de la reforma del 2015 ha sido la unificación parcial del régimen penal de los funcionarios públicos que gestionan bienes públicos y de los administradores que gestionan patrimonios privados. El delito de malversación de caudales públicos remite a las conductas típicas de la apropiación indebida y la malversación (art 432). Que las conductas típicas sean iguales, no quiere decir que también lo sean las penas: la malversación tiene previstas penas mayores. Por esta razón sigue teniendo sentido la distinción entre ambas figuras delictivas, lo que es particularmente importante cuando la conducta de administración desleal se produce en sociedades mercantiles públicas.

Como es sabido, estas sociedades aunque se rigen por el Derecho privado, cuentan con la participación de la administración, que a veces posee la totalidad de su capital. Una interpretación sistemática con el art. 31 quinquies 3, que establece la responsabilidad como persona jurídica de las sociedades mercantiles públicas, podría llevarnos al resultado de que el régimen punitivo de sus gestores también debe ser el de los gestores de patrimonios privados (equiparación para lo bueno y para lo malo). Sin embargo, la intención del 31 quinquies ha sido precisamente la de establecer un mayor rigor, lo que

no se compaginaría bien con una disminución de las penas a sus gestores individuales. Ello se compagina con lo que acaece en materia de corrupción, donde el régimen penal de estas empresas se aproxima más a la corrupción pública que a la corrupción entre particulares (*vid*. Tema 9). Por esta razón el régimen penal de los administradores de estas empresas es el del art. 432 y no el de los delitos de administración desleal.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el Tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

FOFFANI, L.; NIETO MARTÍN, A.: "*Corporate Governance* y administración desleal. Casos y problemas de Derecho penal comparado", *Revista Penal* núm. 17, 2006, pp. 110 ss.

JAKOBS, G.; SCHÜNEMANN, B.; GÓMEZ-JARA DÍAZ, C. (coord.). *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona: Atelier, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y apropiación indebida", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 457 ss.

PASTOR MUÑOZ, N.; COCA VILA, I.: *El delito de administración desleal*, Barcelona: Atelier, 2016.

Tema 7

DELITOS DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN Y DELITOS DE INSOLVENCIA

Norberto J. de la Mata Barranco

Claves: El análisis de estos delitos exige explicar el concepto de insolvencia, aclarar la discusión sobre la necesidad de que se produzca un perjuicio patrimonial efectivo o únicamente un riesgo de impago de deudas, delimitar quién puede ser sujeto activo del delito y el momento de consumación, detenerse en las diferencias entre las distintas figuras defraudatorias y su relación concursal y concretar si cabe exigir responsabilidad civil o no y, en su caso, cómo.

I. Delitos de frustración de la ejecución.

Caso Marsans

"[Los empresarios] G.D.F. y [...] acordaron con D.C. una estrategia para [...] eludir las responsabilidades de una serie de procesos en las que su grupo empresarial se encontraba inmerso, pasando dicha estrategia por ceder el control de dicho grupo a D.C. [...] quien se valió de su estructura societaria para ello, comprometiéndose D.C. a realizar una serie de pagos a los empresarios [...].

D.C., valiéndose de su toma de control en el `Grupo Marsans´, habría realizado una serie de operaciones cuyo fin último sería su lucro personal. Para llevar a cabo estas actividades D.C. encabeza una organización configurada por un complejo sistema societario, nacional e internacional, y se vale de una red de colaboradores y testaferros. Las operaciones reconstruidas revelan que muchos de los bienes, derechos y fondos titulados por el Grupo Marsans han terminado concentrándose en un elevado número de sociedades directa o indirectamente vinculadas con D.C., recurriendo para ello a varios de los mecanismos utilizados tradicionalmente en procesos de ocultación patrimonial y blanqueo de capitales como son la adquisición, constitución y uso de sociedades instrumentales, interposición de testaferros y fiduciarios, presunta simulación de contratos y otros negocios jurídicos, operaciones de efectivo o asimilados (cheques bancarios al portador), numerosos traspasos de altas cantidades entre cuentas de los mismos titulares, excesiva complejidad y la realización de operaciones sin un sentido económico aparente, estructuración y fraccionamiento en cortos espacios de tiempo

y el uso de paraísos fiscales y jurisdicciones de riesgo. G.D.F. y [...] habrían diseñado una estrategia para alzarse con sus bienes aparentando su insolvencia patrimonial [...]

Dicho plan tendría como base un acuerdo [...] consistente en el traspaso del grupo empresarial y sus derechos así como el patrimonio personal y familiar de los primeros al entramado de este último creando una aparente insolvencia, ya que en realidad cada propietario de MARSANS debía recibir cien mil euros mensuales hasta alcanzar la suma de ocho millones de euros [...].

El Grupo Marsans es uno de los objetivos de la organización de D.C., de modo que bajo su promesa de solucionar sus problemas económicos `desembarcan´ en Marsans y lejos de solventar su situación, se valen de su posición en beneficio del entorno de D.C. Sirva como ejemplo que tanto bienes muebles como inmuebles del Grupo Marsans así como patrimonio familiar de sus dueños, se encontraría en la actualidad en posesión de D.C. y su entorno [...] [y se firmaron] dos contratos de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria [...] que tienen como resultado que la chipriota P.Ñ. sea la acreedora de las patrimoniales de D.C., las cuales como garantía hipotecan los bienes de naturaleza personal e industrial atribuidos a éste".

Extracto literal del Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6, de 5 de diciembre de 2012. La Sentencia 32/2015 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3ª, de 7 de septiembre, condena a varios acusados por delito, entre otros, de alzamiento de bienes continuado.

En el escrito de acusación del Ministerio Fiscal que da lugar a la Apertura del Juicio Oral mediante Auto de 23 de abril de 2014, dictado en las Diligencias previas del Procedimiento Abreviado 19/2012, se afirma que el acusado G.D.F. contactó con el también acusado D.C. para que ocultara su patrimonio personal y empresarial mediante una cesión gratuita del mismo a cambio de ocho millones de euros. Para ello éste puso a miembros de la empresa en nómina, adquirió vehículos de alta gama propiedad de las sociedades, dispuso de los inmuebles y sacó dinero de la tesorería por servicios que nunca se prestaron; creó un conglomerado societario para realizar las actividades descritas mediante las que llevó a cabo en los años siguientes operaciones con las sociedades del grupo Marsans destinadas a frustrar la recuperación de los bienes de los acreedores.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Los delitos de "frustración de la ejecución" se ubican en los arts. 257 a 258 ter en un específico Capítulo VII, que se crea en 2015, dentro del Título XIII, dedicado a los delitos contra al patrimonio y contra el orden socioeconómico. E inmediatamente antes que los delitos que el Código denomina "insolvencias punibles" en el Capítulo VII bis del mismo Título.

Estamos ante defraudaciones caracterizadas porque el autor de la conducta típica no actúa sobre un patrimonio ajeno, sino sobre su propio patrimonio, vinculado, eso sí, al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Como dice el propio legislador en el apartado XVI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, estamos ante el tradicional delito de alzamientos de bienes al que se añaden dos nuevas figuras delictivas llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, habituales en Derecho comparado.

2. Evolución legislativa: la reforma de 2015.

Los delitos de alzamiento de bienes no sufren prácticamente ninguna modificación desde que se incorporan al Código penal de 1995 en los arts. 257 y 258 hasta 2015. A este Código se traslada el clásico alzamiento, que ubicado en las defraudaciones, junto con estafas, apropiaciones indebidas, etc., se incluía antes en una sección denominada "Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles". El Código de 1995 independiza los delitos y los agrupa con el resto de figuras vinculadas a quiebras, concursos e insolvencias en un Capítulo cuya rubrica dirá ya únicamente "De las insolvencias punibles".

Con la Ley Orgánica 5/2010 se introducen cuatro tipos agravados en los apartados 3 y 4 del art. 257, de los que en 2015 desaparecerá el relacionado con las cosas de primera necesidad, vivienda y bienes de utilidad social.

Y por **Ley Orgánica 1/2015** se modifica la rúbrica del Capítulo VII, que pasa a denominarse "Frustración de la ejecución", creándose un nuevo Capítulo VII bis que mantiene la rúbrica anterior "De las insolvencias punibles", separándose claramente, al menos legalmente, dos grupos de delitos.

Al mismo tiempo se varía la ubicación de las distintas figuras, agrupándose las tres modalidades de alzamiento que se crean en 1995 en un único artículo 257, aunque manteniéndolas diferenciadas en los apartados 1.1º, 1.2º y 2, se incorpora un nuevo delito de presentación en un procedimiento de ejecución de una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz en el art. 258, también el delito de uso de bienes embargados en el 258 bis (derivado de la antigua malversación impropia del art. 435 pfo. único 1º), se mantienen los tres tipos agravados de los ahora arts. 257.3 pfo. 2º y 257.4 y se reproduce el art. 261 bis en un art. 258 ter aplicable sólo a los delitos del Capítulo.

El apartado XVI del Preámbulo de la Ley señala que la reforma de estos delitos "parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución [...] y los delitos de insolvencia o bancarrota". Y la separación queda clara. Lo que no queda tan clara es la distinción entre unas figuras y otras, la correcta ubicación en los dos capítulos de cada una de ellas ni el sentido que

tiene una duplicidad de conductas, algunas repetidas, sin referencia en nuestro Derecho comparado más próximo.

En todo caso esta independización no debe impedir poder seguir afirmando que los delitos de ambos capítulos están nucleados, como siempre, en torno al concepto de insolvencia y a la frustración de las expectativas del acreedor en relación con el cobro de su deuda.

3. Vinculación a la normativa mercantil y autonomía penal.

Toda esta materia está muy vinculada a la normativa mercantil y de ahí las referencias en el articulado al concurso, a la declaración del concurso o al procedimiento concursal. Por ello es necesario tener siempre presente la regulación de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, con todas sus modificaciones.

A. El elemento en torno al cual se agrupan los delitos de frustración de la ejecución, que no son sino ***insolvencias vinculadas al incumplimiento de obligaciones sin declaración del concurso***, se ha venido entendiendo siempre que es precisamente el de la insolvencia, concepto que es el mismo tanto para las conductas de este Capítulo VII como para las del Capítulo VII bis.

Es cierto que el mismo se utiliza ya sólo en la rúbrica de este último capítulo y en el texto de los arts. 259 y 260.1 contenidos en él (en los arts. 260.2 y 261 se presupone al existir un procedimiento concursal). Pero los delitos de los arts. 257 y 258 (en cierta medida puede entenderse que también, aunque es algo diferente, el del art. 258 bis) se nutren de ese concepto pues es la insolvencia a la que conduce la actuación de quien se alza, dispone de sus bienes o contrae obligaciones o dificulta o impide la satisfacción del acreedor.

El art. 2.2 de la Ley Concursal señala que "Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". En el art. 2.3 especifica que la insolvencia puede ser actual o inminente. Y define en el mismo artículo ésta como aquel estado en que el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Esto es, **está en situación de insolvencia tanto quien no puede hacerse cargo de sus obligaciones, vencidas, como quien no va a poder cumplir dichas obligaciones, contraídas pero no vencidas**.

En doctrina y jurisprudencia se distingue entre insolvencia total e insolvencia parcial. Incluso aludía a esta distinción el antiguo art. 258 referido al

alzamiento para eludir la responsabilidad dimanante de un delito (aunque el hoy equivalente art. 257.2 no tiene ya en cuenta esta distinción). La **insolvencia total** será aquella situación en que el deudor no pueda satisfacer ningún crédito. La **insolvencia parcial** hará referencia a situaciones en que se puedan satisfacer algunos créditos, pero no otros. La distinción es irrelevante penalmente (y mercantilmente) porque o se pueden cumplir la obligaciones (todas) o no se pueden cumplir. Tanto un estado como otro permiten aplicar estos delitos. Porque lo que hay que garantizar es que, *par conditio creditorum*, "todos" los acreedores puedan cobrar sus deudas (véase la STS de 18 de julio de 2006).

También se distingue entre la **insolvencia definitiva**, referida a la situación económica en que el pasivo es superior al activo, y la **insolvencia provisional** en que el activo es superior pero no se puede realizar para satisfacer la deuda. De nuevo esta distinción es irrelevante. O se está en condiciones de cumplir las obligaciones con suficiente activo realizable o no se está. Otra cosa es la mera iliquidez temporal, solucionable, que no afecta a la realización de un activo con el que sí se va a poder cubrir la deuda. Aunque el Preámbulo de la LO 1/2015 sigue utilizando el concepto de crisis económica del viejo art. 260, el mismo ha desaparecido del texto del art. 259, que en todo momento utiliza el concepto de insolvencia.

> Habrá insolvencia cuando no se pueda hacer efectiva con valor suficiente la venta de determinados inmuebles, pero no la habrá si la provisional iliquidez puede evitarse con intereses, rentas, gestiones, en definitiva, con la expectativa de bienes futuros que pueden favorecer, por ejemplo, la obtención de crédito. Por eso no toda incapacidad temporal para cumplir una obligación a su vencimiento implica una insolvencia.

> No habrá tampoco insolvencia, dirá la STS de 30 de abril de 2003, cuando exista un fiador solvente que garantice el pago. La cuestión es que aquí el fiador solvente se convertirá en acreedor y frente a él seguirá existiendo la situación de insolvencia.

Es asimismo indiferente la distinción teórica entre **insolvencia real e insolvencia aparente**. Da igual si realmente han dejado de existir bienes con que cubrir la deuda o si los mismos existen pero están ocultos a los acreedores. Lo importante es que éstos puedan o no encontrar bienes suficientes para garantizarse el cobro (claramente, la STS de 15 de abril de 2014).

Y es igualmente indiferente la distinción entre **insolvencia jurídica e insolvencia fáctica**, esto es, que a ella se haya llegado a través de negocios

jurídicos (venta de bienes, donación, etc.) o a través de comportamientos físicos (destrucción de bienes, ocultación, etc.).

Lo importante siempre va a ser que el acreedor vea frustrada su expectativa de derecho al cobro del crédito de que es titular con todos los bienes del deudor, tal como garantiza el art. 1911 del Código Civil, por una situación de hecho en la que no encuentra bienes con que poder cobrarse.

Lógicamente la insolvencia se manifestará, por regla habitual, cuando se produzca el incumplimiento de la obligación. Pero podrá existir antes e incluso podrá también ponerse de manifiesto antes (basta una buena auditoría). Ese momento de la insolvencia es el momento clave a la hora de interpretar estos delitos, no el de la cesación de pagos o incumplimiento de obligaciones. Porque es en ese momento en que se perjudica la situación patrimonial del acreedor para el que la deuda es un activo.

Obsérvese que el impago puede producirse pero existir al mismo tiempo bienes suficientes en poder del deudor que, simplemente, se niega a su entrega.

Por supuesto la insolvencia que interesa al Código penal es aquélla que se ha producido de modo fraudulento o, ahora también, imprudente; o bien, incluso, aquella fortuita en cuya situación el deudor realiza determinadas conductas que no contribuyen a facilitar el cumplimiento de sus obligaciones (esto es, la que agrava o puede hacerlo la situación de insolvencia, tal y como se explicará posteriormente en el apartado dedicado a los delitos de insolvencias punibles, que son los que penalizan estos supuestos). El Derecho penal, por supuesto, no sanciona el mero incumplimiento de una obligación, el mero impago, cuando se ha llegado a una situación de menor fortuna sin que ello se le pueda achacar al deudor diligente.

Ya se verá qué papel juega la insolvencia en cada uno de los delitos de éste y del siguiente capítulo del Código, pero en todos va a estar de alguna manera presente este concepto.

> En el caso Marsans, que encabeza este tema, la situación de insolvencia (en realidad, aparente) es clara: ocultación de patrimonio personal y empresarial (a través de maniobras jurídicas) que hace parecer que no se dispone de bienes suficientes para que los acreedores puedan cobrar sus deudas.

B. La vinculación entre los dos órdenes jurídicos, mercantil y penal, no implica que no exista ***autonomía en la tramitación del procedimiento penal***. Así lo entiende el art. 257.5, que expresamente señala que los delitos

de los números 1 y 2 del precepto se perseguirán aun cuando tras su comisión se inicie un procedimiento concursal. Sin que, por supuesto, la existencia de este procedimiento obligue a transformar los mismos, cuando sea posible, en delitos de insolvencia punible. No. Máxime dadas las penas previstas para unos y otros. Otra cosa es cómo distinguir realmente los delitos del art. 257 de los delitos del art. 259.2. A todo ello se hará referencia después.

4. Bien jurídico protegido, sujeto pasivo y objeto material del delito.

Los delitos de frustración de la ejecución, como los de insolvencia punible, se ubican en el título del Código Penal dedicado a los delitos patrimoniales y socioeconómicos. Éste es el primer referente. Además, antes del Capítulo X, que es el que suele marcar (con excepciones) la distinción entre delitos patrimoniales y delitos socioeconómicos.

Está claro que la **perspectiva socioeconómica**, en un sentido amplio, no estricto, está presente en la previsión, regulación y entendimiento de estos delitos. Está claro que su tutela atiende al correcto funcionamiento del sistema crediticio consustancial a una economía ligada a su vez al correcto funcionamiento de la distribución de bienes y servicios y en la que el crédito es elemento indispensable. Desde tal punto de vista la dimensión colectiva de estos delitos es innegable.

Pero ello no es sino su referente mediato. El **bien jurídico protegido** directamente por los distintos preceptos es, sintéticamente, el patrimonio del acreedor (uno o varios), uno de cuyos elementos integrantes es el **derecho que tiene a satisfacer su crédito con todo el patrimonio del deudor** en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal que surge del art. 1911 CC. Es la vulneración de este interés la única que hay que comprobar, aunque esa perturbación del orden socioeconómico sea consustancial a ella (cuando se reproducen las conductas, se genera desconfianza en el sistema, etc.).

Téngase en cuenta, y esto será importante cuando se aborde la consideración de estos delitos como de lesión o de peligro, que un derecho de crédito es parte integrante del patrimonio, público o privado (como la propiedad, el derecho de usufructo, etc.) y que, como tal, es evaluable económicamente. El crédito se compra y se vende y su valor tiene que ver con las deudas existentes pero también con la posibilidad de realizarlas.

En consecuencia, **sujeto pasivo** de los distintos delitos lo será el **acreedor** perjudicado, que ve que esa expectativa de cobro se frustra con la insolvencia del deudor, que no puede ejercer su derecho con los bienes que pertenecen a éste.

Ahora bien, el Código ha utilizado tradicionalmente la expresión, y lo sigue haciendo en el actual art. 257.1.1º, "en perjuicio de sus acreedores". ¿Qué significa este plural? Únicamente, y así se ha interpretado sin discusión (aunque debiera haberse discutido más sobre ello porque el patrimonio es un bien individual), que el delito tanto se comete cuando haya un único acreedor perjudicado como cuando haya varios y que sea en uno sea en otro caso podrá aceptarse un único delito de alzamiento y no un concurso de delitos. Lo que es extensible al resto de conductas del capítulo. El dictado legal es la justificación de esta postura.

> En la práctica judicial es frecuente que así como en los delitos de insolvencia punible del Capítulo VII bis, vinculados hasta ahora al concurso mercantil de acreedores, sean varios los acreedores perjudicados y personados en el proceso penal, en los procedimientos por delito de alzamiento nos encontremos con un único acreedor defraudado o, al menos, personado.

En cuanto al **objeto material del delito** lo son **todos los bienes pertenecientes al deudor que estén sujetos al cumplimiento de sus obligaciones**, esto es, no inembargables (véanse los arts. 605 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y el art. 27.2 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). No obstante, el art. 258 bis se refiere expresamente sólo a los bienes ya embargados. Y el art. 258 a los documentos falsos.

5. Sujeto activo del delito y carácter de la deuda u obligación.

*A. El **deudor*** es quien se alza con sus bienes y quien puede ser sujeto activo del delito de los arts. 257 y 258. *El **depositario de bienes embargados***, se entiende que en procesos de ejecución (salvo que pueda aplicarse el art. 435 pfo. único 3º), tal y como lo explica el pfo. 2 del apartado XVI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, lo será del art. 258 bis. El Código no lo señala expresamente, pero parece querer referirse también al deudor.

Estamos por tanto en el ámbito de los delitos especiales propios. Ha de existir una relación crediticia entre sujeto activo y sujeto pasivo previa a la

realización de la conducta típica, pero da igual para la aplicación de los delitos si estamos ante un deudor principal o subsidiario (avalista, fiador, responsable civil subsidiario, partícipe a título lucrativo, etc.).

La interesante STS de 25 de enero de 2006 condena a la mujer, no deudora principal, que asume la gestión de los negocios de su marido, enfermo, realizando actos defraudatorios de ocultación de bienes. En estos supuestos ha de tenerse en cuenta no obstante también la posibilidad de utilizar el art. 31 CP.

B. La relación crediticia tiene que existir. Esto es, tiene que haber nacido ya la situación obligacional que puede dar lugar a los distintos delitos. En relación con el ***carácter de la deuda u obligación*** son varias las cuestiones que hay que plantear.

En primer lugar, por supuesto, ha de tratarse de una **obligación válidamente constituida y nacida antes de la despatrimonialización**. Y hay que estar al momento de nacimiento real de la deuda con el acto que la genera, no a la posible declaración judicial de su existencia, salvo que esta declaración sea la que la constituye.

La STS de 15 de junio de 2009 absolvió lógicamente al deudor insolvente que había liquidado su régimen de gananciales, atribuyendo a su esposa determinados bienes, que salen por tanto del patrimonio común, pero antes de que concurriesen los hechos que dan lugar a la deuda.

Otra cosa es que comportamientos como éste puedan calificarse de estafa si se hace creer al futuro acreedor que se dispone de unos bienes de los que en realidad ya se carece.

Véase también la STS de 15 de abril de 2014.

La cuestión es si, nacida la deuda y existente por tanto la obligación de responder con el patrimonio, cabe penalizar comportamientos de insolvencia previos al vencimiento y exigibilidad de la deuda. Que cuando la misma es **vencida**, líquida y exigible puede darse el delito no se discute. Pero también hay prácticamente unanimidad jurisprudencial y mayoría doctrinal a la hora de entender que el delito también se da cuando la conducta de despatrimonialización surge antes de que la deuda, **existente**, venza (entre otras muchas, ya la STS de 29 de mayo de 1985 y la STS de 8 de noviembre de 2001 y a pesar de que al mismo tiempo la propia jurisprudencia acostumbra a señalar

que la deuda ha de ser vencida, líquida y exigible: así, todavía la STS de 12 de febrero de 2013).

Como dice la STS 959/1999, de 10 de junio, en caso contrario habría que considerar atípicas conductas de insolvencia inmediatamente anteriores a que venza la deuda, sabiendo que ésta quedará impagada, lo que sería insostenible para la seguridad de los acreedores, ya que nadie esperaría a que la deuda estuviese vencida para insolventarse. Véase también la STS de 8 abril de 2009.

En la mayoría de procedimientos penales nos encontraremos con deudas exigibles e impagadas porque hasta el momento de su vencimiento será difícil (salvo en supuestos de auditorías contables, etc.) probar que realmente se carece de patrimonio suficiente para satisfacerlas. Pero, aunque la insolvencia se conozca normalmente cuando se produce la cesación de pagos, puede existir antes.

Es cierto que la insolvencia se define como el estado en el que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones "exigibles". Pero también lo es que se acepta como insolvencia a efectos de declaración del concurso (en la órbita de los delitos de insolvencia punible que veremos luego), tanto la insolvencia actual como la inminente, definiéndose ésta como el estado en que el deudor prevé que no "podrá" cumplir sus obligaciones.

Además, el art. 257.1.2º habla de procedimientos "de previsible iniciación", en el art. 259 se sancionan comportamientos en situación de insolvencia inminente y el art. 259.4 exige para poder perseguir el delito que se hayan dejado de cumplir las obligaciones exigibles, admitiendo, por tanto que las conductas típicas pueden realizarse antes de ello.

Por supuesto, en el caso del art. 258 ha de existir ya un procedimiento de ejecución, en el que, por tanto, la deuda ha de ser exigible. Y en el del art. 258 bis hablamos de bienes embargados, sometidos también por tanto a una obligación exigible.

En cuanto a la naturaleza de la deuda, el art. 257.3 pfo. 1º es claro. El delito se aplica **cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación** cuya satisfacción o pago se intente eludir. Ya de carácter público, ya de carácter privado. Incluidos, dirá el propio precepto en redundancia innecesaria, los derechos económicos de los trabajadores.

Discute la doctrina si cabe incluir deudas derivadas de la imposición de sanciones administrativas o incluso penales. El específico art. 257.2 sólo alude a las que provienen de una responsabilidad civil, pudiendo pensarse que quieren excluirse expresamente las que proceden de la responsabilidad penal. Y si no se sancionan conductas vinculadas con el impago de responsabili-

dad penal, menos con el impago de una responsabilidad administrativa. Hay quien entiende que es incluso dudoso que las mismas encajen en el concepto de deuda. Sin embargo, la Ley Concursal es clara y su art. 92.4 incluye entre los créditos subordinados de la masa las multas y demás sanciones pecuniarias. Más aún, el nuevo art. 257.3 pfo. 2º agrava la pena cuando se trate de obligaciones de Derecho público o, dirá, también aquí de forma redundante, derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Ningún problema debe haber, por tanto, en considerar alzamiento la elusión fraudulenta de multas y sanciones.

6. Conductas incriminadas.

A. La figura básica del Capítulo es el ***alzamiento genérico*** *(art. 257.1.1º)*.

Este artículo sanciona a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Su redacción no se ha variado desde 1848, salvo en lo que concierne a las penas que prevé el primer párrafo para todas las figuras descritas en él.

En primer lugar, como ya se ha dicho, si el texto utiliza la expresión "sus" acreedores, describe la conducta de un deudor. Da igual si principal, fiador o avalista. Si solidario o subsidiario. Y da igual si actúa en perjuicio de un acreedor, de varios o de todos. Sobre esto no hay discusión, aunque hubiera sido más acertado que se dijera en perjuicio de algún acreedor.

Qué es un alzamiento no se explica ni en el Código Penal ni en la Ley Concursal, que utiliza siempre los términos "insolvencia" y "concurso". Los delitos que tienen que ver con éste el legislador penal los vincula al siguiente Capítulo VII bis dedicado a lo que denomina insolvencias punibles. Pero aunque el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 señala que la reforma pretende separar estos delitos de "insolvencia o bancarrota" del tradicional delito de alzamiento relacionado con conductas de frustración u obstaculización de la ejecución, el **concepto de "insolvencia"** sigue presente, como se ha dicho, en la interpretación de los delitos del Capítulo VII que ahora comentamos y, en concreto, de este art. 257.1.1º. La ejecución del deudor insatisfecho se frustra porque no puede hacerse pago con todos los bienes del deudor (art. 1911 CC) y no puede hacerse pago porque no hay o no encuentra bienes suficientes para ello, esto es, porque el deudor está en situación de insolvencia.

Alzarse, por tanto, ha sido y sigue siendo **insolventarse**, colocarse en situación de insolvencia (así, claramente, la STS de 4 de febrero de 1991), **des-**

patrimonializarse sustrayendo los bienes a la responsabilidad a que están sujetos. Ya físicamente, destruyéndolos u ocultándolos, ya jurídicamente, disponiendo de ellos o sujetándolos a nuevas obligaciones. En definitiva, como antes se decía, incrementando el pasivo (gravando una vivienda) o disminuyendo el activo (enajenando el patrimonio), consiguiendo un estado en el que se es incapaz de satisfacer "todas" (en el sentido de cualquiera de) las obligaciones.

En el caso Marsans la despatrimonialización (aparente) surge a través de reintegros de tesorería, gastos innecesarios, contratación de personal ficticio, cesión gratuita de patrimonio (con una contraprestación monetaria encubierta), realización de operaciones comerciales sin justificación económica, etc.

Son estas conductas las que "causan" la insolvencia o las que "agravan" una inicial insolvencia fortuita. Téngase en cuenta que el valor de un derecho de crédito no es el mismo según se pueda cobrar una parte o nada de la deuda.

Ejemplos tradicionales son las capitulaciones matrimoniales cambiando el régimen económico (p.ej., STS de 6 de abril de 2010), las donaciones a terceros (p.ej., STS de 9 de abril de 2008), la venta a bajo precio, la constitución de cargas o gravámenes, la asunción de créditos ficticios, el reconocimiento de deudas ficticias, el cambio de denominación empresarial o, simplemente, la mera desaparición de bienes (p.ej., STS de 28 de abril de 2010). Cualquier tipo de maniobra, de carácter gratuito u oneroso, que implique disminución patrimonial no fortuita, suficiente como para que no se puedan afrontar las deudas existentes.

La omisión es difícil que se dé en la práctica, aunque teóricamente no hay problema en admitirla, como se acepta en otras defraudaciones como la estafa. Pero los ejemplos que a menudo se ponen no son correctos.

Así, no cometerá el delito el deudor que se niega a aceptar una donación, una herencia, etc., pues éstos son actos voluntarios a los que no está obligado. Sí, en cambio, la negativa a seguir disfrutando de un usufructo, que como tal ya es un derecho que forma parte del patrimonio del deudor.

Lo que no se penaliza es el mero incumplimiento de una obligación por falta de patrimonio. Ha de ser el deudor quien se coloque en esa situación "**en perjuicio**" de sus acreedores, esto es, con la intención de perjudicarles.

En el caso del tema, operaciones destinadas a frustrar la recuperación de los bienes de los acreedores.

No cabe penalizar, en cambio, meras gestiones arriesgadas, mala administración, valoraciones equivocadas, cálculos erróneos (véase la STS de 8 de febrero de 2011; también la STS de 12 de febrero de 2013 en relación con el concepto de racionalidad mercantil), conductas sólo sancionables por vía del tipo imprudente del art. 259.3 en el ámbito del siguiente Capítulo VII bis.

Este concepto de perjuicio tiene un doble significado. Por un lado, forma parte de la **finalidad del deudor**. Actúa así para perjudicar a los acreedores. Téngase en cuenta que el art. 257.1.2º sanciona a "quien con el mismo fin [...]", o sea, que la conducta del art. 257.1.1º tiene un fin: perjudicar. También el art. 257.2 utiliza la expresión "con la finalidad". Intención, por tanto, que se añade al dolo del autor y que hay que comprobar.

> La intención del autor, dirá la STS de 6 de junio de 1999 (que se refiere al dolo) se podrá inferir de los datos objetivos: así, por la inmediatez con la que se procede a la transferencia de la vivienda, único bien inmueble del deudor acusado. En la STS de 28 de abril de 2010 el Tribunal Supremo habla de la racionalidad mercantil de la operación. Es la tesis de la jurisprudencia reiterada que identifica "en perjuicio" como intención del deudor que pretende salvar su patrimonio obstaculizando el cobro de los acreedores e insiste en que no hay que constatar el perjuicio efectivo, que pertenece a la fase de agotamiento del delito, como se señala en esta misma sentencia.

Sin embargo, al mismo tiempo, el perjuicio es el **resultado directo del alzamiento**, de la insolvencia. Si no hay alzamiento no hay perjuicio y si lo hay se produce éste. Necesariamente. La actuación patrimonial injustificada genera el estado de insolvencia y éste conlleva directamente un perjuicio para el acreedor.

A veces se señala que estamos ante un delito de peligro concreto y que el perjuicio forma parte de la fase de agotamiento del delito (véase la STS de 4 de diciembre de 2013). Pero en realidad el resultado del delito, con el que se consuma, es la insolvencia que crea el alzamiento. Es ella la que genera el perjuicio. Esta insolvencia es la que hace que el derecho del acreedor a la satisfacción de su crédito valga menos de lo que valía antes de ella y que el valor de su patrimonio sea, por tanto, menor. Lo que es fácilmente comprobable si pretende ceder su crédito. Lo podrá hacer, sin duda, pero a un precio menor. Por tanto, el perjuicio (al derecho de crédito) es evidente. Que finalmente el acreedor cobre o no es indiferente, como si se le devuelve su dinero a la víctima de una estafa después de que ésta se cometa. Y, así, la prescripción empezará a computar desde que se realice el último acto de alzamiento, haya o no vencido la deuda (así, STS de 22 de mayo de 2009).

Téngase en cuenta también que el propio art. 257.4 describe como tipo agravado la defraudación en importe superior a cincuenta mil euros (agravación por desvalor de resultado que obliga a cuantificar el perjuicio).

B. Sanciona también el Código la realización de ***actos para eludir un embargo*** *(art. 257.1.2º).*

El precepto, creado en 1995 y que no ha sufrido modificación alguna hasta la actualidad, sanciona al deudor que realice un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

La conducta que sanciona es la del **deudor**, aunque no lo diga expresamente, como en el tipo anterior, porque es él quien puede realizar los actos de despatrimonialización descritos.

Éstos hacen referencia a las mismas conductas que definen lo que es la insolvencia del alzamiento genérico. Cualquier comportamiento que implique desaparición jurídica o fáctica de bienes.

Conductas sancionables siempre que se actúe **con el fin de perjudicar** a los acreedores (el texto legal, refiriéndose al contenido del art. 257.1.1º, dice "quien con el mismo fin"), lo que acredita la exigencia de dolo directo y una finalidad específica que impide sancionar disposiciones patrimoniales sin intencionalidad fraudulenta, aunque generen situaciones de insolvencia.

La conducta típica ha de **dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo o de un procedimiento**, lo que será consustancial a los actos de despatrimonialización que conlleven la insolvencia que exige el precepto.

> La jurisprudencia ha entendido que no es necesaria esta insolvencia (así, la STS de 8 de marzo de 2002), contra el criterio de la doctrina mayoritaria. Tal y como se ha definido aquí este concepto, está claro que es la insolvencia la que puede dilatar o dificultar (por supuesto, también impedir) que se puedan embargar bienes suficientes o proceder a la ejecución (véase la STS de 23 de julio de 2001). Si existen bienes suficientes para satisfacer al acreedor, en caso de impago bastará dicho embargo o ejecución.

Sobre si la deuda ha de estar vencida o no, hay que estar a lo que se ha dicho al definir el concepto de insolvencia. Es cierto que un embargo o un procedimiento ejecutivo o de apremio sólo serán posibles cuando la deuda sea exigible, pero la insolvencia puede ser previa y lo que se sanciona es la dispo-

sición patrimonial que la causa. Más aún, el precepto indica que el embargo o procedimiento ejecutivo han de haberse ya iniciado o ser de previsible iniciación (sea porque la deuda ha quedado impagada, sea porque va a quedarlo).

Hay quien justifica el precepto entendiendo que en él no estamos ante supuestos de insolvencia sino de mera obstaculización al cobro. Pero, los actos que refiere causan una disminución patrimonial que es la que impide el cobro. En realidad el precepto no añade ninguna conducta que no contemple ya el art. 257.1.1º y sólo la especificidad y frecuencia del supuesto explican su presencia entre estos delitos.

C. La tercera modalidad de alzamiento es la que hace referencia a los ***actos para eludir el pago de responsabilidad civil*** *(art. 257.2).*

Esta figura, que también se crea en 1995, en ubicación separada de los dos anteriores tipos, se traslada en 2015 a la ubicación actual, dejándose claro con ello que es una modalidad más de frustración de la ejecución.

En el nuevo precepto se sanciona a quien realiza actos de disposición, contrae obligaciones que disminuyen su patrimonio u oculta por cualquier medio elementos de su patrimonio, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que se haya cometido o del que se deba responder.

Lo primero que hay que destacar es que ya no se habla del responsable de un hecho delictivo, como hasta 2015, sino de "quien". Además, se especifica que las responsabilidades civiles que trata de eludir son las que derivan de un delito, lo haya cometido él o no. Deja el legislador claro por tanto que incluye en este precepto a **todos los responsables civiles** de una infracción penal.

Así, a los responsables penales del hecho, sea a título de autor sea a título de partícipe, a los aseguradores, a los responsables civiles en los supuestos de exención de responsabilidad por los arts. 20.1º, 2º, 3º, 5º y 6º, a las personas responsables por hechos de otro (menores sujetos a patria potestad o tutela, empleados, titulares de vehículos, conforme a las reglas de los arts. 117 a 121) y a partícipes a título lucrativo del art. 122.

En segundo lugar, esta persona tiene que **despatrimonializarse** por cualquier de los medios que explica, con decremento de activo o incremento de pasivo. Las conductas son las mismas que las de los dos tipos precedentes.

En tercer lugar, dicha despatrimonialización ha de producirse **para eludir el pago** de responsabilidades civiles derivadas de un delito. Del que se

derive condena penal o no para el responsable civil en cuestión. No importa. Lo que sí ha de producirse es dicha responsabilidad civil, que no surge, por ejemplo, en delitos, entre otros, de peligro. Obviamente estamos ante un tipo doloso, en el que es difícil aceptar el dolo eventual por la finalidad expresa que requiere.

La conducta tiene que producirse **con posterioridad a la comisión del hecho delictivo**. Así se decía hasta 2010 y el hecho de que haya desaparecido esta exigencia no quiere decir que no deba seguir interpretándose así el precepto. Cualquier actuación previa, aunque se sepa que se va cometer un delito, es atípica porque todavía no existe deuda alguna. Ello, a pesar de que algún autor opine lo contrario y admita lo que se conoce como alzamiento "a prevención", sancionando conductas de despatrimonialización antes de llevar a cabo la actividad ilícita.

La cuestión es si es típica toda actuación posterior al hecho delictivo o sólo la que lo sea después de dictada la sentencia firme.

La obligación nace con el hecho delictivo. El art. 1089 del Código Civil establece que las obligaciones nacen de los actos y omisiones ilícitos, no de la sentencia que las declara. Y el art. 1092 CC expresamente alude a las obligaciones civiles que nacen de los delitos. La jurisprudencia es clara a este respecto (por todas, STS de 9 de abril de 2008). Y sólo una doctrina minoritaria discrepa.

Evidentemente sólo la sentencia condenatoria concreta la condición de responsable, por qué importe y si en condición solidaria o subsidiaria. Hasta ese momento no se puede procesar por este delito del art. 257.2 pues hasta ese momento no se sabe si se ha producido una despatrimonialización que impide al responsable civil hacerse cargo de su deuda.

Ello no quiere decir que el delito no se consume cuando se produzca la insolvencia (por todas, STS de 2 de junio de 2009). Igual que el hecho delictivo se consuma cuando se produce y no cuando se dicta la sentencia condenatoria. En la práctica será indiferente si ha habido o no actos de despatrimonialización previos a la sentencia condenatoria porque si, dictada ésta, el responsable civil paga, no habrá procesamiento alguno. Y dará igual a efectos de prescripción de conformidad con el art. 1969 CC.

La Sentencia lo que sí determina es el momento a partir del cual el sujeto responsable está obligado al pago. No es que sea una condición de punibilidad, es simplemente que hasta ese momento no se puede concretar si existirá

o no responsabilidad penal. En este sentido es un presupuesto de aplicación del precepto.

Lo que hay que valorar es si el precepto no es en realidad superfluo, porque la responsabilidad civil no es sino una deuda aunque tenga un origen concreto. El mismo, sin embargo, para el que se prevé igual pena que para los anteriores, es el que aplica la jurisprudencia, se produzca la insolvencia antes o después de dictada la sentencia condenatoria, y aunque varios autores entiendan que en este último caso habría de aplicarse el tipo genérico del art. 257.1.1º.

D. El ***tipo agravado por la naturaleza de la deuda*** *(art. 257.3 pfo. 2º)*, que se introduce en 2010 y se completa en 2015, se aplicará en relación con las conductas del resto del artículo 257 cuando la obligación que se trate de eludir tenga **naturaleza pública** y la acreedora sea una persona jurídica pública o, dirá el Código, la Hacienda Pública o la Seguridad Social cuando la deuda derive de la comisión un delito.

Llama la atención la especial protección del crédito público. También la referencia a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en primer lugar, porque las obligaciones pecuniarias que se deriven de ellos ya tendrán como acreedor la persona jurídica pública a que se refiere el primer inciso del párrafo, sea la propia Hacienda o Seguridad Social, sea la Administración de Justicia. Y, en segundo lugar, porque la pena que se prevé podrá ser mayor a la de la propia defraudación tributaria o contra la Seguridad Social. La justificación de la agravación sólo puede encontrarse en la voluntad del legislador por aumentar los plazos de prescripción del delito cuando entra en juego la tutela de lo público.

E. En relación con los ***tipos agravados por la entidad de la defraudación o el abuso del deudor*** *(art. 257.4)*, también introducidos en 2010 y modificados en 2015 para adecuarse a la regulación de la estafa -que conllevan una pena menor que el anterior art. 257.3 pfo. 2º-, tiene en cuenta las cuatro circunstancias a que en el Capítulo VI se refieren los apartados 5º y 6ª del art. 250.1 en relación con las estafas.

En primer lugar, que el valor de la defraudación supere los cincuenta mil euros. Cantidad objetiva referida al perjuicio total a uno o varios acreedores.

En segundo lugar, que se afecte a un elevado número de personas, que no se concreta cuántas han de ser y que habrá que fijar judicialmente.

En tercer lugar, que se abuse de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, esto es, acreedor y deudor.

En cuarto lugar, que el deudor aproveche su credibilidad empresarial o profesional.

Varias de ellas -al menos la primera y la segunda- concurren en el caso de este tema.

F. El ***tipo específico de presentación de declaración patrimonial falsa*** *(art. 258)*, como el siguiente, podría entenderse que trata de proteger el correcto funcionamiento de la Administración en el desarrollo de los procedimientos de ejecución. A ello se alude en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015. Esto, sin embargo, es instrumental. Por supuesto que dicho desarrollo es necesario, pero para garantizar el crédito del acreedor, como también señala el Preámbulo. El bien jurídico protegido sigue siendo el **patrimonio del acreedor**.

El apartado 1 del artículo enumera los requisitos típicos de aplicación del precepto.

En primer lugar, que estemos en un **procedimiento de ejecución** judicial o administrativo, no en otro tipo de procedimiento, que se ha debido ya iniciar.

En segundo lugar, en él **el deudor ha de presentar una relación de bienes incompleta o mendaz** (si lo que sucede es que omite la presentación de bienes cuando es requerido a ello, habrá que remitirse al art. 258.2 al que a continuación se hará referencia).

Estamos ante una falsedad ideológica, similar a la del art. 261, pero en un procedimiento simplemente de ejecución en relación a bienes concretos, no vinculado a uno concursal. La pena, quizás por ello, es ostensiblemente menor que en relación a este delito, también de falsedad ideológica. La posible falsificación material que pueda producirse hay que reconducirla al art. 392 o, en su caso, 393 o incluso al art. 258. Si la falsificación se entendiera que puede encajar en el art. 395, éste debe ser de preferente aplicación. No, en cambio, la presentación de documentos falsos del art. 396. Sobre todo ello nos remitimos al tema 17, dedicado a las falsedades, donde se analiza con profundidad la distinción entre falsedad ideológica y falsedad material y la relación entre los distintos preceptos que a lo largo del Código Penal contemplan una y otra.

Hablamos de deudor, aunque no se diga expresamente en el art. 258.1 pfo. 1º, porque sí se dice en el art 258.1 pfo. 2º, así como en el art. 258.2. Con in-

dependencia de que al proceso puedan ser llamados otros sujetos, incluido el propio acreedor.

La declaración mendaz es la falsaria en el sentido del art. 390.1.4º, falsedad ideológica en la que se falta a la verdad en la narración de los hechos.

La declaración incompleta la define el propio legislador en el 258.1 pfo 2: la relación de bienes o patrimonio se considera incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto.

> Pueden encuadrarse aquí tanto derechos legítimos (usufructos, etc.) como supuestos de transmisión ficticia de bienes sin pérdida real de facultades de disposición (o incluso dominio).

En tercer lugar, ha de presentarla **a la autoridad** o funcionario encargados de la ejecución.

Y, en cuarto lugar, con ello ha de **dilatar, dificultar o impedir** la satisfacción del acreedor, en los términos que se ha explicado en relación con el art. 257.1.2º. Debe producirse, al menos, la obstaculización del procedimiento y con ello la satisfacción en tiempo del acreedor. En caso de que esto no se produzca podremos estar en el ámbito de la tentativa. Por supuesto, el delito queda absorbido por el del art. 257.1.2º, del que la conducta del art. 258 es acto posterior copenado.

El apartado 2 del art. 258 se limita a contemplar expresamente la sanción del **comportamiento omisivo** del deudor, que estando obligado a ello (art. 589.1 LEC), no facilita la relación de bienes o patrimonio que le es requerida.

Y el apartado 3 prevé una **causa de levantamiento de la pena** cuando, antes de que la autoridad o funcionario descubran el carácter mendaz o incompleto de la declaración que se presenta (si es después, cabrá en todo caso la atenuante del art. 21.5), comparezca y presente una declaración veraz y completa.

G. En el ***tipo específico de uso de bienes embargados*** *(art. 258 bis)*, estamos ante una especie de malversación impropia, tal y como se concibe ésta en el art. 435. Obsérvese la similitud con la conducta descrita en el art. 435.3, aunque ubicada en el ámbito de los delitos patrimoniales, con lo que ésta ha de ser la referencia a la hora de interpretar la figura.

El tipo se aplicará sea o no deudor el depositario de los bienes embargados: 1º salvo que la conducta pueda encuadrarse en otros preceptos del Código, lo que obligará a deslindar claramente los supuestos de colisión entre ambos artículos, 258 bis y 435.3, limitando el primero a los procedimientos de ejecución que tratan de garantizar el crédito del acreedor, 2º siempre que la conducta se limite al "uso" y 3º siempre que se actúe sin autorización.

7. Autoría y participación en el delito.

Ninguna particularidad presenta la autoría o participación en este delito (tampoco, y no se volverá a insistir en ello, en los delitos de insolvencia punible). En cuanto a la autoría debe tenerse en todo caso en cuenta, como siempre, la posibilidad de aplicar el art. 31 en relación con la cláusula de actuación en nombre de otro. En lo que respecta a la participación, hay que recordar la previsión de atenuación de pena en delitos especiales para el cooperador necesario *extraneus* del art. 65.3.

Sí hay que señalar que normalmente la jurisprudencia acostumbra a considerar cooperadores necesarios y no cómplices a quienes actúan en connivencia con el deudor que se insolventa para facilitar la disposición patrimonial o la adquisición de una obligación: contratos simulados, recepción a bajo o nulo precio de los bienes del deudor, intervención en reconocimientos de deuda inexistentes, capitulaciones matrimoniales, etc.

8. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 258 ter establece para la persona jurídica responsable de los delitos de frustración de la ejecución la imposición de una multa de dos a cinco años, de uno a tres años o de seis meses a dos años, según la pena de la persona física sea de prisión de más de cinco años, prisión de más de dos años o cualquiera otra, en función de los distintos delitos cometidos (pfo. 1º letras a), b) y c), respectivamente), además de la posibilidad de imponer, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 (pfo. 2º).

El precepto, que surge en 2015, no hace sino reproducir el contenido del art. 261 bis -vigente antes de la Ley Orgánica de Reforma 1/2015, y que se mantiene intacto, ahora en el Capítulo VII bis-, aplicándolo a los delitos del nuevo Capítulo VII. Delitos a los que, antes de su independización, también afectaba el art. 261 bis.

El ámbito empresarial en que surgen en muchas ocasiones todas estas conductas de defraudación de los derechos de los acreedores ha animado al legislador a incluir estas infracciones entre las concernidas por el artículo 31 bis.

Se utiliza la multa por cuotas, que parece tener carácter residual para cuando no sea posible establecer beneficios y perjuicios sobre los que calcular la multa proporcional; aunque precisamente en estos delitos ello no debiera ser complicado, dada la existencia de obligaciones cuantificables cuyo cumplimiento se ve insatisfecho. Parecería más lógico optar por la multa proporcional, al menos con carácter alternativo. Por importante que pueda ser la dificultad de concretar el perjuicio causado. Y a pesar de la discusión que sigue existiendo sobre si los delitos del artículo 257 son o no de resultado, que sí lo son, y sobre si generan responsabilidad civil, que sí la generan.

La pena de multa de dos a cinco años de la letra a) sólo se impondrá cuando la deuda tenga naturaleza pública y el acreedor sea persona jurídica pública (art. 257.3 pfo. 2).

La pena de multa de uno a tres años de la letra b) se impondrá en el resto de supuestos del art. 257.

La pena de multa de seis meses a dos años de la letra c) se impondrá en los supuestos de los arts. 258 y 258 bis.

9. Consecuencias jurídicas.

A. Las ***penas*** que prevén los arts. 257.1, 1º y 2º y 257.2 para las personas físicas responsables de los delitos de alzamiento genérico, obstaculización de embargo y alzamiento para eludir la responsabilidad civil *ex delicto* son las de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Opta el legislador, también aquí, por la multa por cuotas, cualquiera que sea el importe del perjuicio causado. Todo ello determina que el delito prescriba a los cinco años (art. 131.1 pfo. 4). Penas, como veremos, superiores (por el mínimo de la multa prevista) a la de los delitos de insolvencia del art. 259, lo que hay que tener en cuenta a la hora de establecer las relaciones concursales entre los distintos delitos.

La pena de prisión se incrementa en su límite máximo en el supuesto agravado de alzamiento para elusión de deudas de Derecho público (art. 257.3 pfo. 2º) alcanzando los seis años, lo que hace que el delito prescriba a los diez años (art. 131.1 pfo. 3), manteniéndose la pena de multa con la misma extensión.

Y en los supuestos también agravados del art. 257.4 se obliga a imponer las penas anteriores (la de los arts. 257.1, 1º y 2º y 257.2, por una parte, y la del art. 257.3 pfo. 2º, por otra) en su mitad superior cuando concurran las circunstancias descritas en los números 5 y 6 del delito de estafa del art. 250.1.

Las penas del art. 258.1 y 2 son las de prisión de tres meses a un año o, alternativamente, multa de seis a dieciocho meses. Y la del art. 258 bis prisión de tres a seis meses o, también alternativamente, multa de seis a veinticuatro meses. En ambos casos de nuevo el plazo prescripción es de cinco años (art. 131.1 pfo.4). Llama la atención que, comparando las penas, donde la prisión es mayor, la multa sea menor. Incongruencia legal relativamente frecuente.

B. Tradicionalmente se ha venido afirmando por la jurisprudencia que la ***responsabilidad civil*** derivada de los delitos de alzamiento no incluye el importe de la obligación no cumplida, al entenderse que no estamos ante un delito que requiera perjuicio patrimonial efectivo. Otra cosa es, según se viene afirmando, que haya que reintegrar al patrimonio del deudor los activos que indebidamente han salido del mismo (por ejemplo, STS 30/2006, de 16 de enero, STS 1091/2010, de 7 de diciembre o STS de 15 de abril de 2014, entre otras muchas), declarando la nulidad de los negocios ilícitos llevados a cabo (sin perjuicio, claro, de los intereses de terceros de buena fe). Y permitir al acreedor la reclamación correspondiente en la sede que corresponda.

Ocurrirá que muchas veces esto no es posible y, en todo caso, esta tesis viene asociada a la consideración de estos delitos como de peligro.

Si se entiende que nos encontramos ante delitos de resultado que perjudican el derecho al cobro de la deuda, elemento integrante del patrimonio del acreedor valorable económicamente, y se observa además que el art. 257.4 alude a la existencia de un perjuicio, no hay razón para no admitir la existencia de responsabilidad civil. Es cierto que el importe de la deuda no satisfecha no se debe por la comisión del delito de frustración de la ejecución del fin, sino por la obligación previamente contraída. Pero es la conducta delictiva la que impide la ejecución. Ningún sentido tiene hacer acudir a la víctima a otro procedimiento para reclamar una deuda, incuestionada, que perfectamente puede obligarse a satisfacer en sede penal. No, lógicamente, en los supuestos del art. 258.

10. Concursos.

Todos los supuestos de concurrencia que puedan plantearse entre los distintos delitos de éste y del siguiente Capítulo VII bis han de resolverse conforme a las reglas del concurso de leyes. La identidad del bien jurídico tutelado así lo exige.

Es lo que ocurre también con las estafas, salvo que estemos ante conductas realizadas en momentos temporales diferentes (véase el tema 5). Si la adquisición de la deuda es posterior a la defraudación estamos en este ámbito. Y lo mismo cuando el engaño lleve consigo la intención de insolventarse después de la disposición patrimonial ajena. No si la insolvencia surge tras la adquisición de una obligación que se tenía intención de satisfacer.

Los delitos de frustración de la ejecución son los que hay que aplicar en detrimento de las defraudaciones del art. 251 o de supuestos de administración desleal o apropiación indebida cuando se plantee la concurrencia (no tiene por qué darse).

Las relaciones con la malversación habrán de atender la naturaleza de los caudales dispuestos.

Con las falsedades (véase el tema 17) las reglas serán similares a las de otras defraudaciones como la estafa, atendiendo la clase de documento, la naturaleza de la falsedad y la exigencia típica o no de perjuicio.

Con los delitos contra las Haciendas y la Seguridad Social será difícil la concurrencia, pues las conductas realizadas en fase de liquidación obligan a aplicar estos delitos, mientras que las que tienen lugar en fase de recaudación conducen a los alzamientos.

Será posible en cambio el concurso de delitos, por ejemplo, con delitos contra los derechos, no económicos, de los trabajadores o en caso de impago de pensiones si hay acreedores diferentes y dependiendo del momento en que se produzca la insolvencia, pues si ésta es anterior a la obligación de pago, sólo cabrá aplicar el delito contra los derechos y deberes familiares.

II. Delitos de insolvencia punible.

Caso de los pagarés de Nueva Rumasa

"A lo largo del año 2009, las sociedades [...] previas las oportunas campañas en los medios de comunicación, procedieron a emitir sucesivamente unos denominados `pagarés corporativos´ o `pagarés de empresa´ no a la orden con vencimientos a 1, 2, 3, 4 o 5 años, según los casos, con el fin de garantizar a sus inversores la devolución de préstamos retribuidos con un interés entre el 6% y el 10% siendo la aportación mínima en cada emisión de 50.000 euros.

De las emisiones de pagarés publicitadas [...] existen folletos fechados respectivamente en los meses de febrero, septiembre y octubre de 2009 en los que se anuncia al público que las inversiones irán destinadas a la adquisición de nuevas empresas, activos y hoteles, asegurándose en tales folletos, según los casos, que la inversión cuenta con la garantía de la empresa emisora o de otra empresa del `Grupo [...]´o de una prenda sin desplazamiento de los brandies propiedad de [...], sociedad que ha sido declarada en concurso de acreedores en fecha 15 de abril de 2011.

Por su parte, el conglomerado de empresa denominado comercialmente `Grupo [...]´ resulta, a tenor de las diligencias de investigación llevadas a cabo por Fiscalía en colaboración con la AEAT, de muy difícil identificación, al no formar un grupo consolidado cuya estructura de propiedad permita identificar una matriz común. Así, la AEAT considera que ese grupo de sociedades [...] podrían alcanzar un mínimo de 147 empresas que funcionan conforme a un principio de caja única y actúan bajo una unidad de decisión atribuible a la familia [...], y singularmente a sus miembros varones; la AEAT caracteriza a este grupo de empresas por su total opacidad, ya que su titularidad formal corresponde a otras sociedades residentes en paraísos fiscales, jurisdicciones no cooperantes u otros territorios de riesgo -27 sociedades de Belice, 2 de Panamá y 4 de Holanda-, representadas habitualmente por quien la AEAT considera meros testaferros.

Del curso de las actuaciones de investigación desarrolladas por Fiscalía, se detecta como práctica habitual que los tenedores de pagarés, una vez reintegrados de su inicial inversión en el año 2010, reinvirtieran esas cantidades en nuevos préstamos garantizados con pagarés emitidos por las [distintas] sociedades [...] con vencimientos a 1 o 2 años e intereses del 10% o 12%, sociedades éstas en las que invirtieron precisamente los denunciantes y la mayoría de los querellantes, siendo los pagarés avalados, en la mayoría de las ocasiones, por [...] [sociedades] también vinculadas a los denunciantes y querellados. Igualmente se tiene conocimiento que en el mes de enero de 2011 la entidad [...] ofreció nuevos pagarés con vencimiento a 1 o 2 años e interés del 10% al 12% a un número no determinados de personas -al menos 53 recibieron la oferta mediante correo electrónico-. De las cuales 13 realizaron desembolsos por importes entre 50.000 euros y 1.250.000 euros, que, una vez ingresados en la cuenta designada, fueron inmediatamente transferidos a la cuenta nº [...] nos encontramos con un

eventual perjuicio superior a los nueve millones de euros [...] si bien se habían podido identificar en tres diferentes emisiones de pagarés [...] un total de 1.017 inversores por un montante global de inversión superior a los 90 millones de euros".

Extracto literal del Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de 3 de junio de 2011. El Juzgado acordó finalmente en abril de 2017 la apertura de juicio oral por delitos de estafa agravada, alzamiento de bienes, blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública contra diversos imputados. Previamente, en 2015, el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, en relación con los mismos hechos, condenó a alguno de los imputados al abono de más de 92 millones de euros por responsabilidad concursal.

No se recoge expresamente en este Auto que el Grupo Nueva Rumasa acumuló una deuda de 700 millones de euros y que los tenedores de los pagarés están incluidos en el concurso de las diferentes empresas que no han podido hacer frente a los mismos, ya que ni tan siquiera el valor de los activos cubría los importes de las emisiones y se carecía, además, de actividad comercial alguna.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Los delitos de "insolvencia punible", separados ahora de los delitos de "frustración de la ejecución", se ubican en el nuevo Capítulo VII bis creado en 2015, dentro del Título XIII del Código, que incluye los arts. 259 a 261 bis.

Seguimos estando en el ámbito de conductas defraudatorias de las expectativas del derecho al cobro del acreedor que recaen sobre el patrimonio del deudor, vinculadas a la insolvencia o bancarrota, según señala el primer párrafo del apartado XVI del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015.

2. Evolución legislativa: la reforma de 2015.

Siguen aquí, tras la reforma de 2015, las figuras del antiguo único Capítulo VII vinculadas con el procedimiento concursal, a las que se añaden nuevos delitos.

Los delitos de quiebra, concurso e insolvencia punibles del viejo Código Penal se trasladan al Código penal de 1995 conjuntamente con los delitos de alzamiento a un único Capítulo que como se decía pasa a denominarse "De las insolvencias punibles", pero haciendo referencia a los supuestos de quiebra, concurso y suspensión de pagos (no de insolvencia, concepto que abarca estos tres supuestos).

La **Ley Orgánica 15/2003**, además de reformas puntuales, cambia la terminología de estos delitos y pasa a hablar únicamente de "concursos" y "procedimientos concursales" para acomodarse a la nueva Ley concursal 22/2003, de 9 de julio.

La Ley Orgánica 5/2010 introducirá en estos delitos la responsabilidad penal de las personas jurídicas creando un nuevo art. 261 bis.

Finalmente la reforma total de estos delitos se produce con la **Ley Orgánica 1/2015**, que lo único que deja sin alterar es este art. 261 bis y el art. 260 referido a la presentación de documentación falsa en el procedimiento concursal.

Como se ha dicho, el capítulo de las insolvencias punibles se independiza del de los delitos vinculados a la frustración de la ejecución, manteniendo la rúbrica tradicional procedente de 1995. Pero, además, varía totalmente la redacción del viejo art. 260, dedicado al concurso punible, regulando casuísticamente en el art. 259.1 (y, por extensión, en el art. 259.2) todas las conductas punibles a sancionar cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso. Introduce la sanción de la insolvencia imprudente en el art. 259.3. Crea en el también nuevo art. 259 bis tres nuevos tipos agravados (que, sin explicación aparente, son diferentes de los que mantiene en los delitos de frustración de la ejecución). Y añade al favorecimiento de acreedores "postconcursal" del viejo 259 el favorecimiento de acreedores "preconcursal" en situación de insolvencia actual o inminente, ubicando ambos en el nuevo art. 260. Paradójicamente, finalmente, rebaja las penas de los tipos básicos, que incluso pasan a ser menores que en las modalidades clásicas de alzamiento.

La reforma explica la nueva regulación "de los delitos de concurso punible o insolvencia" en el párrafo 3 de apartado XVI del Preámbulo de la Ley (en el que ya no habla de bancarrota), según dice expresamente, por la necesidad de dar respuesta penal adecuada a supuestos de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos en el contexto de una situación de crisis económica que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico o son directamente causales de la situación de concurso. También, dice, por la de ofrecer certeza en la determinación de las conductas punibles identificando las que constituyen un riesgo no permitido. Quizás consiga esto. Lo que no logra siempre es diferenciar las mismas de lo que son conductas clásicas de alzamiento.

Expresamente señala también que el delito de concurso punible o bancarrota (vuelve a utilizar este término en el cuarto párrafo) se configura como delito de peligro vinculado a la insolvencia actual o inminente del deudor, pero perseguible sólo cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos. Manteniéndose, eso sí, la causación de la insolvencia por el deudor.

La nueva regulación es muy compleja, algo confusa, adelanta la intervención penal y considera delito de insolvencia conductas previas a la declaración del concurso que encajaban, y siguen encajando, en los ahora delitos de frustración de la ejecución.

3. Vinculación a la normativa mercantil y autonomía penal.

A. En estas ***insolvencias vinculadas al incumplimiento de obligaciones exigibles o a la declaración del concurso***, el concepto de insolvencia, tal y como se ha definido en relación a los delitos de frustración de la ejecución, es el mismo.

El propio legislador lo utiliza expresamente: para referirse a la insolvencia actual o inminente en el art. 259.1, a la situación de insolvencia en el art. 259.2 y a la situación de insolvencia actual o inminente en el art. 260.1.

Téngase en cuenta, por otra parte, que como señala el art. 2.1 de la Ley Concursal la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común (a varios acreedores) y a éste se refiere también el Código en los arts. 259.4 y 5, 260.2 y 261.

B. También para estos delitos se prevé la ***autonomía en la tramitación del procedimiento penal*** al expresar el art. 259.5 que los mismos podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso (da por hecho que éste se está produciendo, según lo que explica en el art. 259.4) y sin perjuicio de la continuación del procedimiento en que se tramita el mismo. Habrá entonces dos procedimientos paralelos en los que será difícil, sin embargo, que no se produzcan interferencias.

> En la práctica judicial ha sido frecuente que calificado el concurso como fortuito, la Fiscalía personada en el procedimiento penal no formulase acusación por el correspondiente delito, aunque perfectamente podría hacerlo.

C. Pero, además, garantiza el art. 259.6 la ***autonomía en la calificación de la insolvencia*** señalando que la que determine el proceso concursal no vinculará a la jurisdicción penal. Lo dice también el art. 163.2 de la Ley Concursal. Ni la calificación como concurso culpable, sea por dolo o culpa grave del deudor, impedirá una absolución penal ni la calificación como concurso fortuito una condena penal. Aunque esto será difícil.

> Así, en muchas ocasiones ni siquiera se dictará Auto de transformación en procedimiento abreviado; en otras, se resolverá a favor del deudor recurrente la apelación del Auto que sí confirme la transformación (sin oposición del Ministerio Fiscal); o, sencillamente, la Fiscalía no formulará acusación y por ello no habrá más que acusa-

ción particular (la del acreedor) que no será tenida en cuenta por el juez o tribunal que finalmente conozca el asunto penal.

Otra cuestión es que sí exista vinculación en sede penal a los hechos probados en el procedimiento concursal.

4. Bien jurídico protegido, sujeto pasivo y objeto material del delito.

El **bien jurídico protegido** en los delitos de insolvencia es el mismo que en los delitos de frustración de la ejecución, el **patrimonio** del acreedor.

El acreedor será el **sujeto pasivo** y los bienes del deudor, con los que éste debe responder, el **objeto material del delito** (salvo en el art. 261, que tiene por objeto los documentos falsificados).

Al margen de la dimensión colectiva de estos delitos (y su correlativa lesividad supraindividual, en cuanto referente mediato) no puede afirmarse la existencia de un bien jurídico directo adicional al patrimonio, aunque haya quien considere que el legislador tiene presente el correcto funcionamiento de la Administración de justicia o la garantía de los procesos ejecutivos concursales.

5. Sujeto activo del delito y carácter de la deuda u obligación.

A. De nuevo es **sujeto activo** del delito de los arts. 259 y 259 bis ***el deudor***, que es quien causa su insolvencia o realiza las conductas descritas estando ya en situación inminente o actual de insolvencia. También en el caso del art. 260 de favorecimiento ilícito de acreedores y en el del art. 261 de presentación de documentación falsa (difícilmente podrá entenderse este delito de otra forma si se parte de cuál es el bien jurídico protegido). *El* ***administrador concursal*** será el sujeto activo del art. 435 pfo. único 4º (a ello se hará referencia en el apartado II.6.G. de este tema). Delitos especiales propios, por tanto.

B. Todo lo que antes se ha señalado en relación con el ***carácter de la deuda u obligación*** en el epígrafe dedicado a la frustración de la ejecución habría que volverlo a reiterar aquí.

Sí hay que tener en cuenta que la persecución de los delitos de los arts. 259 y 259 bis exige que se hayan dejado de pagar las obligaciones exigibles, o sea, el vencimiento de la deuda, no su mera existencia.

6. Conductas incriminadas.

A. La Ley Orgánica 1/2015 divide el antiguo art. 260 en los dos primeros apartados del vigente art. 259, que denomina en el apartado XVI de su Preámbulo delito de concurso punible o bancarrota.

En primer lugar, en cuanto al ***subtipo básico: conductas irregulares en situación de insolvencia inminente o actual*** *(art. 259.1)*, su aplicación requiere, como en los delitos de frustración de la ejecución, la existencia de una obligación indiscutida y de una insolvencia, actual o inminente. Da igual que la obligación esté o no vencida. Quizás por eso señala el legislador en el Preámbulo que el delito se configura como de peligro (no desde luego el del art. 259.2).

Otra cosa es, porque así lo indica el art. 259.4 (aplicable a este apartado 1 y a los siguientes apartados 2 y 3), que los delitos de insolvencia punible del art. 259 sólo puedan perseguirse (**condición de punibilidad** más que de perseguibilidad) cuando el deudor **haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones** (en general, aunque ello no haya afectado todavía a deudas no vencidas) **o se haya declarado ya su concurso**. No se hace sino atender los presupuestos del art. 2 de la Ley Concursal.

> Así ocurre en el caso a comentar en que hay sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, condenando a varios de los imputados como responsables del concurso.

Y en ello se diferencian estos delitos de los de alzamiento del art. 257, en los que no hay un similar apartado 4.

Se ha señalado que es novedoso que ya no haga falta una declaración de concurso como ocurría antes de 2015, pero lo cierto es que la cesación de pagos es causa (art. 2.4 Ley Concursal) de esta declaración.

En todo caso la regulación anterior era más sencilla. Si estábamos en el ámbito del concurso se aplicaban estos delitos de insolvencia punible. Si no,

los de alzamiento, que llevaban además menor pena. Era la declaración concursal (arts. 14, 15 y 21 Ley Concursal) la que abría la puerta a estos delitos. Ahora esto ya no es así.

El legislador sí trata, en todo caso, de aproximarse a la regulación mercantil de esta materia y en vez de exigir sencillamente, como hacía antes, que la crisis económica o la insolvencia hubiera sido causada o agravada por el deudor, ahora establece que se sancionará a éste, primero, cuando en estado de insolvencia (actual o inminente, dirá) desarrolle alguna de las conductas que especifica (apartado 1). O bien, segundo, cuando sean éstas las que causen dicho estado (apartado 2).

La enumeración de **conductas**, con la que dice el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 que trata de dar certeza y seguridad, es prolija, tiene que ver con el art. 164 de la Ley Concursal que define los supuestos en que el concurso se calificará mercantilmente como culpable, contiene una cláusula abierta de cierre y presupone un perjuicio en todas, aunque ninguna de ellas lo exige expresamente (o, cuando menos, claramente en las cinco primeras y en la novena; en realidad, las circunstancias seis a ocho son irregularidades contables penalizadas que indican falta de diligencia pero al mismo tiempo suelen ocultar operaciones de dudosa justificación: véase el tema 17).

En definitiva, cinco primeras conductas vinculadas a actuaciones sobre el propio patrimonio, tres más de carácter contable y una última cláusula de cierre.

Así, se sanciona en primer lugar al deudor que **oculte, cause daños o destruya** los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura. Conductas que se han definido en el ámbito del alzamiento como de ocultación fáctica de bienes que desaparecen físicamente del patrimonio del deudor.

En segundo lugar a quien realice **actos de disposición** mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

> Supuestos de negocios jurídicos ilícitos -de ocultación jurídica de los bienes del deudor-, que en la mayoría de ocasiones encubren situaciones en las que al mismo tiempo hay contratos privados posteriores o coetáneos que revierten la situación creada pero que no son conocidos públicamente.

En el caso del tema, transferencias dinerarias con perjuicio que el Auto cifra en nueve millones de euros (también alude a un perjuicio total de los inversores defraudados de 90 millones de euros).

En tercer lugar, a quien realice **operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior** a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica. Supuesto similar al anterior con también frecuentes contratos privados de doble-venta, etc. En realidad son ventas o transferencias ficticias.

En cuarto lugar, a quien **simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios**, supuestos que tienen que ver no como los anteriores con una disminución de activos patrimoniales sino con el incremento del pasivo.

En quinto lugar, a quien **participe en negocios especulativos**, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

Supuestos que quizás tienen más que ver con criterios vinculados a la idea de riesgo permitido y que conducirán en muchas ocasiones al tipo imprudente del art. 259.4 más que a este art. 259.1. En todo caso, debiera quedar claro que no se sanciona la especulación en sí, consustancial a toda actuación empresarial guiada por motivaciones de crecimiento económico en el que nada es seguro, sino la especulación absolutamente injustificada.

En sexto lugar, a quien **incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades** que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Como decimos, irregularidades contables a las que ya hacen referencia otros artículos del Código en distintos contextos (por ejemplo, el art. 310; véase el tema 17).

En el caso que comentamos se señala cómo la AEAT caracteriza al grupo de empresas por su total opacidad, con titularidad formal en residentes en paraísos fiscales, territorios de riesgo y representadas por meros testaferros.

En séptimo lugar, a quien **oculte, destruya o altere la documentación** que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica del deudor. Se alude específicamente a un deudor empresario, concepto que habrá que vincular únicamente a la exigencia o no de la obligación de tener la documentación vinculada a su actividad.

En octavo lugar, a quien **formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa** reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo. Deudor por tanto pero en el ámbito mercantil.

En noveno lugar, y por si acaso no estuviera ya todo dicho, a quien realice **cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia** en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

> En definitiva, cualquiera de las conductas que pueden dar lugar a los delitos de frustración de la ejecución del acreedor, abriendo la puerta a comportamientos de naturaleza claramente imprudente (a ubicar no en el art. 257 ni en este art. 259.1 sino en el art. 259.4), pero en situaciones ya de insolvencia, sin que la misma haya tenido que ser causada por ellas.

Son conductas que requieren únicamente dolo. Ninguna otra intención. Aceptándose, por supuesto, el dolo eventual.

> En el caso se recoge cómo se acumula una deuda de setecientos millones de euros y cómo se emitieron pagarés que no podían ser cubiertos por el valor de los activos existentes sin que la empresa, además, tuviera actividad comercial alguna.

B. El art. 259 contempla un segundo ***subtipo básico: conductas de causación de insolvencia*** *(art. 259.2)*, que remite al apartado anterior.

Las conductas que se describen en él se sancionarán con la misma pena cuando el deudor cause su insolvencia con cualquiera de ellas.

Éste es en cierta medida el heredero del antiguo art. 260, conocido como delito concursal o de insolvencia punible antes de la reforma de 2015.

En la actualidad están separados los dos apartados, pero con requisitos comunes.

Lo primero que hay que señalar es que aquí estamos siempre ante conductas que producen un perjuicio al acreedor derivado de la insolvencia del deudor. Téngase en cuenta, además, que el art. 259.4 se aplica tanto al apartado 1 del artículo como a este apartado 2.

Sin embargo, varias de las conductas descritas (en concreto las irregularidades contables del apartado 1, 6ª a 8ª) difícilmente podrán ser causantes de la insolvencia, con lo que respecto a ellas será difícil aplicar el art. 259.2.

Y hay que tener en cuenta, y es quizás lo más importante, que cuando las conductas del apartado 1 sean causantes de la insolvencia del deudor se habrá ya consumado el delito de frustración de la ejecución del art. 257 (1.1º, 1.2º o 2) y que en él se prevé una multa superior a la del art. 259.2 (salvo que se apliquen los tipos agravados del art. 259 bis). Entonces, aunque se inicie un procedimiento concursal o se produzca un impago de la obligación vencida, si la situación de insolvencia existe, debiera aplicarse el art. 257, por principio de alternatividad, con lo que es difícil ver cuándo se aplicará el art. 259.2. Esto antes de 2015 no ocurría al ser la pena del antiguo art. 260 mayor.

C. El legislador de 2015 introduce por primera vez un ***tipo imprudente (art. 259.3)***, vinculado sólo a los delitos de los arts. 259.1 y 2. En el resto de figuras, ni de este Capítulo ni del anterior, se prevé la sanción de la imprudencia.

Con ello, en cierta medida, se aproximan las responsabilidades penal y concursal dado que en esta última siempre se ha contemplado la posibilidad de calificación culpable del concurso, que comprende los casos de actuación del deudor dolosa pero también los de **culpa grave** en la generación o agravación de su estado de insolvencia (art. 164 Ley Concursal).

El legislador no especifica el tipo de imprudencia, grave o menos grave. Ahora bien, dado que la normativa concursal exige culpa grave, no tendría sentido, aunque teóricamente pueda hacerse dada la autonomía penal al respecto, que si ésta no se constata, en sede penal pueda acudirse al art. 259.3 (imprudencia grave, por tanto).

Por otra parte, téngase en cuenta que aunque el legislador no limita las conductas del art. 259.1 a que puede aplicarse el tipo imprudente, en muchas de ellas, por su propia dicción, será imposible. Así, por ejemplo, ni se pueden simular créditos de modo imprudente ni reconocer créditos ficticios de modo imprudente. En cada caso habrá que valorar la posibilidad de aplicación del precepto.

D. El legislador acoge aquí tres ***tipos agravados por el desvalor de resultado*** *(art. 259 bis)*, que introduce en 2015, para los que prevé penas superiores a las de los tipos agravados de frustración de la ejecución (arts. 257.3 pfo. 2 y 257.4, aplicables, teóricamente al menos, a todas las conductas de los arts. 257.1, 257.2 y 257.3).

En primer lugar, cuando se produzca o pueda producirse **perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en grave situación económica**. En parte, similar a la tradicional agravación del art. 250.1.4º de la estafa, por lo que la jurisprudencia sobre este último servirá para explicar el concepto indeterminado "grave situación económica". Para entender qué es generalidad de personas podrá acudirse también al concepto "elevado número de personas" a que se refiere el art. 250.1.5º. En cuanto al perjuicio, producido o que pueda producirse, no se exige entidad alguna. Por otra parte, la exigencia de que éste se cause a una generalidad de personas será casi siempre lo que ocurra en procesos concursales, con presencia siempre de varios acreedores. No tiene por qué ser así (depende qué se entienda por generalidad), pero será esta circunstancia 1ª del art. 259 bis de muy frecuente aplicación.

En el caso del tema se alude a mil diecisiete inversores.

Tampoco será infrecuente la apreciación de la 2ª circunstancia, que refiere la causación a alguno de los acreedores de un, aquí efectivo, **perjuicio superior a seiscientos mil euros**. No ya los cincuenta mil de los tipos agravados de estafa o de frustración de la ejecución, sino los seiscientos mil a que también se refieren los delitos de defraudación fiscal. Pero el perjuicio superior a esa cantidad tiene que ser a alguno de los acreedores, sin posibilidad de sumar el montante total.

También en el caso que comentamos hay inversores con desembolsos de un millón doscientos cincuenta mil euros.

Sorprende de nuevo en la circunstancia 3ª la importancia que se les da a las Haciendas y a la Seguridad Social. Cuando sean **titulares de la mitad del importe de los créditos** concursales también se agravará la pena. En ocasiones, por tanto, habrá perjuicios importantes que no conlleven agravación, mientras que otros de menor entidad si la exigirán, alcanzada esa mitad.

> Obsérvese también que, entre los delitos de frustración de la ejecución, el en parte similar art. 257.3 pfo. 2 se aplica por la mera existencia de la deuda de las Haciendas o la Seguridad Social (siempre que se haya cometido un delito contra ellas) o de cualquier persona pública, pero no se exige que estas deudas alcance la mitad del importe total adeudado.

E. En el Código existen ahora dos ***tipos específicos de favorecimiento ilícito de acreedores*** *(art. 260.1 y 2)*. Se mantiene el tradicional favorecimiento postconcursal, pero surge en 2015 un nuevo precepto vinculado a actuaciones preconcursales.

a. En relación al favorecimiento **preconcursal**, el legislador sanciona el pago de un crédito no exigible o la facilitación de una garantía a la que no se tiene derecho, con los que se favorece a algún acreedor y, lógicamente, se perjudica a otros, en situaciones de insolvencia actual o inminente. Siempre, señala el Código, que la operación no tenga justificación económica o empresarial.

Antes de 2015 el deudor podía pagar a quien quisiera, aunque la obligación no estuviera vencida, y satisfacer así anticipadamente alguna de sus obligaciones. Ahora no. Ahora habrá de esperar al vencimiento de la obligación, en cuyo caso, si paga, no hace sino lo que debe.

Da igual si se trata de un acreedor privilegiado especial o general, ordinario o subordinado (arts. 89 ss. Ley Concursal) pues esta clasificación se produce en el procedimiento concursal a partir de los créditos incluidos en la lista de acreedores y para su satisfacción habrá de tenerse en cuenta la masa patrimonial.

> El acreedor pagado o garantizado podrá ser considerado responsable de este delito a título de cooperador en caso de que sea conocedor de la situación de insolvencia. En caso contrario sólo podrá ser considerado partícipe a título lucrativo.

b. En el favorecimiento **postconcursal**, el deudor actúa admitida ya a trámite la solicitud de concurso. La conducta es similar, de disposición pa-

trimonial o de generación de obligaciones, destinada a pagar a uno o a varios acreedores. Incluso, y aquí lo dice expresamente el Código, aunque se trate de acreedores privilegiados.

El Código, aunque no lo expresa con precisión, se refiere a actuaciones posteriores al auto del juez de declaración del concurso, voluntario o necesario: esto es, del art. 14 (solicitud del deudor), o del art. 15 (solicitud de otro legitimado) de la Ley Concursal.

Dictado el auto en caso de concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero sometidas a la intervención de la administración concursal, que las habrá de autorizar o estar conforme con ellas. Aunque también podrá el juez suspender dichas facultades (arts. 40.1 y 3 Ley Concursal).

En caso de concurso necesario, se suspende el ejercicio de dichas facultades, que pasan a ser ejercidas por la administración concursal, aunque también podrá el juez ordenar la mera intervención (art. 40.2 y 3 Ley Concursal).

Sanciona el Código sólo aquellos actos que se realicen sin autorización ni judicial ni de la administración, siempre que se actúe fuera de la ley. Téngase en cuenta que la Ley Concursal garantiza la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor en los términos que establece en su art. 44, al que hay que estar para comprobar la tipicidad penal de su conducta.

Es frecuente en la jurisprudencia la consideración del acreedor satisfecho como cooperador necesario (ya la STS de 27 de noviembre de 1987). Pero sólo en relación a la cuota a la que no tenga derecho.

F. El ***tipo específico de presentación de documentación falsa (art. 261)*** en el ámbito concursal es el único, junto con el art. 261 bis, que no se modifica en 2015.

También aquí podría entenderse que trata de protegerse el correcto funcionamiento del procedimiento de ejecución concursal. Pero como se afirmaba al explicar el art. 258 ello es instrumental para garantizar el crédito de los acreedores (véase el tema 17).

Exige el precepto, en primer lugar, que estemos "en un **procedimiento concursal**", no de otro tipo. Un sector de la doctrina entiende además que al utilizarse esa expresión se ha de haber dictado ya el auto de declaración del concurso al que se refiere el art. 14 de la Ley Concursal, en realidad auto de admisión a trámite de la solicitud concursal. En el art. 257.4 sí se exige clara-

mente que "haya sido declarado el concurso". El art. 260.2 se aplica "una vez admitida a trámite la solicitud de concurso". Sin embargo, aquí no. Por otra parte, la documentación contable se presenta con la solicitud del concurso, no después del auto que la estima. Por ello dicha postura doctrinal no puede compartirse.

En segundo lugar, en él el deudor ha de **presentar** (no cabe la omisión, por tanto) **datos falsos** (inveraces o incompletos) **relativos a su estado contable** (libros, cuentas, balances, etc.). No a otro tipo de información, cuyo falseamiento, en su caso, habrá que reconducir, cuando proceda, a otros preceptos del Código (véase el tema 17). Lo ha de hacer **a sabiendas**, explicitación de que no cabe la imprudencia ni el dolo eventual. De nuevo falsedad ideológica no sancionable a través de los delitos de falsedades del Título XVIII y similar, en cierta medida, a la estafa procesal con la que entrará en concurso de leyes; también, cuando proceda, con cualquier otro tipo de falsedad (véase de nuevo el tema 17).

La conducta debe realizarse con el **fin de lograr indebidamente la declaración del concurso** ya iniciado a través de la correspondiente solicitud. Aquí, y a diferencia del art. 258, adelantándose las barreras de intervención, el delito se consuma con la mera presentación de la documentación (tipo de resultado cortado), sin que se exija ni que se declare el concurso ni que efectivamente se perjudiquen los derechos de los acreedores. En cualquier caso sigue tratándose de un delito de peligro para el patrimonio del acreedor, que de aceptarse el concurso verá minorado su derecho de crédito.

Si bien teóricamente cualquiera puede presentar tales datos, parece que debe restringirse la aplicación de este precepto a quien es deudor, que es quien dispone de ellos, quien junto con los acreedores puede solicitar el concurso y quien está interesado en que se declare el concurso (al margen, por supuesto, de actuaciones en representación o nombre de otro, a tratar a través del art. 31).

Véase la STS de 20 de abril de 2009 en la que se sanciona al administrador de la sociedad que presenta las cuentas de ésta con una diferencia superior a quinientos cincuenta millones de pesetas entre el estado real de las mismas y el estado que consta en el documento presentado.

Es el art. 6.3 de la Ley Concursal el que explica qué documentación contable ha de acompañar el deudor en su solicitud. Es dudoso que pueda consi-

derarse a otras personas (interventores, etc.) posibles autores del delito. No, obviamente, los acreedores, perjudicados en todos los delitos del capítulo.

G. La Ley Orgánica 1/2015 introduce un nuevo apartado en el art. 435 dedicado a la malversación denominada impropia con el que, por su ubicación sistemática, hay que entender que se protege el correcto funcionamiento de la Administración.

> En esta nueva ***malversación impropia*** *del art. 435.4* se sanciona al administrador concursal que realiza cualquiera de las conductas del capítulo dedicado a la malversación en relación con la masa concursal o los intereses económicos, que expresamente considera afectados cuando de manera dolosa se altere el orden de pagos establecido en la ley.

7. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 261 bis establece para la persona jurídica responsable de los delitos de insolvencia la imposición de una multa. El precepto, que se mantiene sin alteración tras la reforma de 2015, es exactamente igual en su texto que el del artículo 258 ter. Multa de dos a cinco años, de uno a tres años o de seis meses a dos años, según la pena de la persona física sea de prisión de más de cinco años, prisión de más de dos años o cualquier otra (pfo. 1º letras a, b y c), además de la posibilidad de imponer, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 (pfo. 2º).

> Distinguiendo los arts. 258 ter y 261 bis lo único que hace el legislador es acomodar la responsabilidad de la persona jurídica a la nueva regulación separada de los delitos de los dos capítulos distintos. Y si en 2010 el artículo 261 bis abarcaba tanto los supuestos de alzamiento como los de concurso punible, desgajados en 2015 ambos bloques de delitos en los nuevos Capítulos VII y VII bis del Título XIII del Código, copia en el artículo 258 ter lo que ya existía en el artículo 261 bis y sigue manteniendo éste tal cual estaba.

La pena de multa de dos a cinco años de la letra a) se impondrá en los supuestos agravados del art. 259 bis. Obsérvese que en los delitos vinculados a la frustración de la ejecución sólo se preveía esta pena máxima de las tres posibles para los supuestos agravados por la naturaleza pública de la deuda,

pero no para los otros dos supuestos vinculados a la entidad del perjuicio patrimonial que aquí también la conllevan.

La pena de multa de uno a tres años de la letra b) se impondrá en los supuestos básicos y dolosos de los arts. 259.1 y 2 y en los supuestos de favorecimiento de acreedores del art. 260.

La pena de multa de seis meses a dos años de la letra c) se impondrá en los supuestos de insolvencia imprudente del art. 259.3 y en los de presentación de documentación falsa del art. 261.

8. Consecuencias jurídicas.

A. Las ***penas*** que prevé el art. 259 en sus apartados 1 y 2 son las de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses, lo que determina que la prescripción del delito se establezca en cinco años (art. 131.1 pfo. 4). De nuevo multa por cuotas. Y, como antes se señalaba, pena de multa inferior a la de los delitos de alzamiento y obstaculización de embargo (art. 257.1 y 2).

Las penas se reducen en caso de delito imprudente, como establece el art. 259.3, que fija para este supuesto una prisión de seis meses a dos años o, alternativamente, multa de doce a veinticuatro meses.

La pena de prisión se eleva a dos a seis años, manteniéndose la multa en los ocho a veinticuatro meses, en los tres supuestos agravados del art. 259 bis, no como en los casos de frustración de la ejecución sólo cuando la deuda tenga carácter público. El plazo de prescripción será aquí de diez años (art. 131.1 pfo. 3).

En los supuestos de favorecimiento de acreedores, se distinguen las penas según éste sea "preconcursal" o "postconcursal". En el primer caso, el art. 260.1 establece una pena de seis meses a tres años de prisión o, alternativamente, multa de ocho a veinticuatro meses. En el segundo caso, la pena prevista por el art. 260.2 es de prisión de uno a cuatro años y, además, multa de doce a veinticuatro meses. Téngase en cuenta que aquí ya tiene que haber una prelación de créditos, privilegiados, ordinarios o subordinados, de la que no puede prescindir libremente el deudor concursal.

Para la presentación de documentación falsa el art. 261 prevé pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses.

B. En cuanto a la ***responsabilidad civil***, el art. 259.5, segundo inciso, establece expresamente que el importe de la responsabilidad civil derivada de las conductas del art. 259 y de los delitos singulares relacionados con ellas debe incorporarse, en su caso, a la masa.

Se entiende que se hace referencia a la masa activa destinada a satisfacer a los acreedores, en la que hay que integrar todos los bienes y derechos del patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso, todos los bienes que se reintegren al patrimonio como consecuencia del ejercicio de acciones rescisorias o de impugnación y todos los bienes que el deudor adquiera hasta concluirse el concurso.

El precepto afecta a la responsabilidad civil derivada de los delitos dolosos de los arts. 259.1 y 2 y del delito imprudente del art. 259.3. Lógicamente también cuando se aplican los supuestos agravados del art. 259 bis. Al margen de a la de aquellos otros instrumentales o vinculados en relación concursal que tengan que ver con ellos.

Y tiene sentido que se integre en la masa para no beneficiar únicamente a quien ejercita o se persona en la acción penal, en detrimento del resto de los acreedores, a quienes también afecta la situación de insolvencia fraudulenta.

En el caso del art. 260, en el que nada se dice al respecto, se entiende que habrá que declarar nulo el acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a los acreedores a quienes se favorece.

En el delito del art. 261, instrumental, no se genera responsabilidad civil que habrá que vincular, en su caso, a los supuestos, si finalmente se producen, de impago.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

BACIGALUPO SAGGESE, S.: "La reforma de los delitos de insolvencia y la responsabilidad penal de los administradores concursales", AA. VV. (dir. Rojo y Campuzano), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Madrid: Civitas, 2013, pp. 611 a 633.

DE ALFONSO LASO, D.: "Las insolvencias punibles a la luz de la Ley Concursal", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 135, 2009, pp. 55 a 65.

FARALDO CABANA, P.: "Los delitos de alzamiento de bienes en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2014, pp. 65 a 83.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: "Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal: sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal (art. 260 CP)", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 16, 2009, pp. 25 a 79.

MAGRO SERVET, V.: "La insuficiencia del resto de bienes del deudor para la satisfacción del crédito en el delito de alzamiento de bienes", *La ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 107, 2014, pp. 81 a 87.

MIR PUIG, S.: "Contenido de la responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes", *Anuario de Derecho concursal*, núm. 18, 2009, pp. 15 a 36.

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C.: "Alzamiento de bienes y estafa: el principio acusatorio", *CEF Legal. Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 147, 2013, pp. 153 a 158.

Tema 8

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL Y VIOLACIÓN DE SECRETOS DE EMPRESA

Norberto J. de la Mata Barranco

Claves: El estudio de estos delitos obliga en primer lugar a fijar el bien jurídico que se quiere proteger con su previsión y a decidir si estamos ante delitos patrimoniales o socioeconómicos. Es importante también concretar los elementos que definen las distintas infracciones para obtener unos parámetros que permitan distinguirlos de los ilícitos que deben permanecer en el ámbito civil o mercantil. El análisis de la relevancia penal de frecuentes comportamientos (intercambio de archivos en red, *top manta*, utilización de información empresarial por sus directivos cesada la vinculación con la empresa, etc.) partirá asimismo de la interpretación que se realice de los distintos conceptos que definen la tipicidad de las diversas figuras delictivas. El conocimiento de la regulación extrapenal es básico. Y habrá que estar atentos a cómo la jurisprudencia se va posicionando sobre algunas de las conductas que forman parte de la regulación actual, muy modificada en los artículos 270 a 276 en 2015.

I. Delitos contra la propiedad intelectual.

Caso Youkioske

"[...] Los acusados [...] participaron en una asociación cuyo principal objeto era la puesta a disposición para poder ser visionadas y leídas a través de Internet desde cualquier dispositivo electrónico-informático, en concreto mediante el acceso a la página www.youkioske.com, de publicaciones periódicas y libros sin la autorización de los titulares de los derechos de dichas obras, actividad que desarrollaron al menos desde junio de 2009 hasta el 21 de mayo de 2012 en que se produjo la detención de los acusados [...].

[...] Para ello crearon con fecha de 15 de septiembre de 2008 la página www.youkioske.com mediante la cual ofrecían la posibilidad de leer on line las más variadas publicaciones sin contraprestación alguna procedente de los usuarios, consiguiendo los acusados y sus colaboradores a través de la publicidad existente en dicha página

cantidades de dinero. Las publicaciones se hallaban alojadas en servidores virtuales como isuu.com (Virginia-EEUU), Youpublisher (California-EEUU) o calameo.com (Paris) y eran reproducidas tras seleccionadas en www.youkioske.com a través de un menú en el que se podía seleccionar la revista, periódico o libro, y una vez visualizado desplazarse por sus páginas, ampliar o reducir textos o imágenes y en general acceder a la obra sin ninguna restricción. El funcionamiento de la Página www.youkioske.com se realizaba on line desde la propia Web mediante la técnica llamada "Streaming", que consistía un [*sic*] medio tecnológico avanzado de comunicación que permite visualizar contendidos [*sic*] multimedia en tiempo real, sin necesidad de que se descarguen en el dicho [*sic*] duro del usuario. [...]".

Extracto literal de la Sentencia 2/2016 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, de 5 de febrero, segunda dictada sobre este caso tras la anulación por falta de motivación de la primera Sentencia 6/2015 de 5 de marzo, en idénticos términos, y confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Los delitos contra la propiedad intelectual se ubican en la Sección 1ª del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, que incluye los arts. 270 a 272. Es cuestionable su ubicación junto con los delitos del resto del capítulo, incluso los de la Sección 2ª, de corte más socioeconómico que patrimonial. E incluso su propia presencia en el Código Penal ya que en muchas ocasiones no está claro cuál debe ser el límite de la intervención penal y cuándo hay que remitir la posible ilicitud de las conductas a analizar a la legislación civil.

2. Evolución legislativa: la reforma de 2015.

El art. 272 no ha sufrido ninguna variación desde su creación por el Código Penal de 1995. Sí los arts. 270 y 271, de modo importante. Previamente, la regulación penal, tras la reforma de 1987 (antes se sancionaba simplemente la infracción de derechos de autor en remisión *in totum* a la legislación civil) incluyó entre las defraudaciones, y después de la tutela de la propiedad industrial, distintos artículos (del 534 bis a) al 534 ter) con los que se pretendía evitar esa remisión en bloque existente hasta entonces que implicaba una tipificación contraria al principio de legalidad; todavía no estaba claro, sin embargo, el puro componente patrimonial y socioeconómico que tienen las distintas figuras delictivas de la sección en la actualidad al margen de otros intereses de contenido moral de que se ocupa la regulación extrapenal.

La **Ley Orgánica 15/2003** modifica tanto el art. 270, para incorporar la sanción de la importación y de supuestos de neutralización de dispositivos de protección, como el art. 271, ampliando los supuestos de agravación.

La **Ley Orgánica 5/2010** introduce únicamente en el art. 270 el tipo atenuado de distribución al por menor, eliminado en 2015.

Y la **Ley Orgánica 1/2015** modifica totalmente el art. 270, sustituyendo la exigencia de ánimo de lucro por la del ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, introduciendo la sanción de la explotación económica como cláusula de cierre en la descripción de las conductas típicas, creando los nuevos tipos de facilitación, acceso o localización de obras en Internet y de favorecimiento de la eliminación de medidas de protección, sustituyendo la atenuación en casos de distribución al por menor por la prevista para la venta ambulante u ocasional y precisando los supuestos de agravación del art. 271 pfo. único letras a) y b). En ambos artículos eleva sustancialmente las penas, paradójicamente también en los dos tipos atenuados previstos para la venta ocasional o ambulante tras la desaparición de la falta del antiguo art. 623.5 y las dudas sobre la relevancia penal de estas conductas.

La reforma explica la nueva regulación "a fin de ofrecer una adecuada protección jurídico-penal, aunque sin olvidar que la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia", advirtiendo que "es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación".

Y justifica la elevación de penas por la necesidad que entiende existe de ajustarlas a la gravedad de la conducta, fijando un amplio marco para ofrecer al juez un margen adecuado de actuación.

3. Vinculación a la normativa extrapenal.

En la comprensión e interpretación de estos delitos es necesario tener especialmente en cuenta el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley de Propiedad Intelectual**, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, modificado de forma importante por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Especialmente, pero no sólo, sus arts. 10 a 13, 17 a 21, 25 y 31 y 105 a 130.

4. Bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material del delito.

El **bien jurídico** protegido en los delitos contra la propiedad intelectual hay que fijarlo en la vertiente **patrimonial** del contenido de este derecho. Así se deduce de la exigencia típica de obrar "con ánimo de obtener un bene-

ficio económico" y de la cláusula de cierre en la descripción de las conductas punibles, que sanciona "cualquier otro modo de explotación económica", en clara referencia a los arts. 17 y ss. del Decreto Legislativo 1/1996, donde se distingue nítidamente dentro de lo que son derechos de propiedad intelectual (derechos de autor) lo que es el derecho moral y lo que son los derechos de explotación de una obra. Ello implica, por una parte, que permanece ajena al Derecho penal la tutela de tales derechos morales, porque incluso el plagio exige finalidad económica para que se sancione penalmente. Por otra que, aunque la ubicación del precepto obliga a tener en cuenta el aspecto socioeconómico del delito, con menos claridad que en las siguientes secciones del Capítulo XI, es prioritario el carácter individual del objeto que intenta proteger el precepto, como se deduce de la eficacia excluyente de responsabilidad de la "autorización" del correspondiente derecho intelectual, la cláusula de responsabilidad civil del art. 272.1 y la propia normativa civil a la que remite el precepto.

Sujeto activo lo será quien realice las conductas que vulneren el derecho de propiedad intelectual vulnerado, distinguiéndose la frecuente ausencia de responsabilidad del destinatario o usuario del producto final de la que tiene quien lo facilita, con todos los problemas que se generan en la actualidad en relación con la actuación de los servidores web y la responsabilidad por omisión.

El **sujeto pasivo** lo será el titular del correspondiente derecho intelectual, y derechos conexos, o sus cesionarios: creadores, intérpretes, productores, distribuidores, etc. Téngase en cuenta, no obstante, que en la actualidad, y desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, estamos ante delitos perseguibles de oficio.

> Es cuestionable que estos delitos no requieran al menos **denuncia del perjudicado**, que sí requieren en cambio los de la Sección 3ª, contra el mercado y los consumidores, de naturaleza más socioeconómica.
>
> En todo caso, y con la regulación actual, no se entiende la exigencia de muchos tribunales de personación del perjudicado en la causa. Ni siquiera para constatar la falta de autorización de explotación de una obra cuyo derecho de propiedad intelectual no se posee, pues debería ser la acusación pública quien tuviera que probar este hecho.

La **obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, ejecución o interpretación originales**, en cualquier soporte o comunicada a través de cualquier medio, es el **objeto material** del delito.

Distinguiéndose lo que es la creación intelectual de su soporte (que puede no ser tangible), que permitirá la posibilidad de concurso con el correspondiente delito patrimonial de apropiación. Y teniendo en cuenta las previsiones del Capítulo II de la Ley de Propiedad Intelectual sobre el objeto del derecho de propiedad intelectual. Es en los arts. 10 y siguientes de la misma donde se distinguen las obras originales de las derivadas (la transformación a que se refiere el legislador penal, definida en el art. 21), ambas objeto de tutela penal. En los dos casos, como el propio art. 270 recoge, de carácter literario, artístico o científico. La interpretación y la ejecución que también protege el legislador penal remiten a los arts. 105 y ss. de la Ley, que regulan "otros derechos de propiedad intelectual" y también incluyen la producción fonográfica, la radiodifusión, las fotografías y las producciones editoriales. A ellos también hay que entender se refiere ahora el Código Penal con la incorporación en 2015 del término "prestaciones", que no procede de la Ley.

Son asimismo objeto material los **dispositivos tecnológicos** a que aluden varias de las conductas típicas del art. 270.

Queda al margen de la protección penal todo aquel material que no reúna la característica de **originalidad** (a salvo de la protección de las transformaciones del art. 11 de la Ley), como se encargan de recordar en numerosas resoluciones los tribunales, casi siempre a través de Auto, porque ni siquiera se llega a la fase de juicio oral. Aunque la inscripción en el Registro General de la Propiedad Intelectual no define típicamente la conducta punible, como sí lo hace el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas en los delitos contra la propiedad industrial, será elemento probatorio acreditativo de la vulneración del derecho de autor.

Por el bien jurídico atacado, deben distinguirse las conductas aquí analizadas de las de piratería de servicios de comunicación, que serán estudiadas en el tema 11.

5. Conductas incriminadas.

Las distintas conductas que describe el legislador son punibles siempre que se realicen **sin autorización** del titular del derecho de propiedad intelectual o de su cesionario. Esto es, sin autorización de quien tiene el derecho de explotación de la obra original o derivada o del resto de derechos de la Ley de Propiedad Intelectual.

En el caso que se comenta en este tema, la autorización correspondería a los titulares de los derechos de explotación de los distintos tipos de publicaciones (libros, re-

vistas de motor, deportes, tecnología, etc. y periódicos), inglesas, alemanas, francesas, etc., a las que se permitía el acceso a través de www.youkioske.com.

Ello generará no pocos conflictos en supuestos de transferencias, cesiones, concesión de licencias de distribución, alcance de las mismas, temporalidad, etc. También por supuesto en la distinción entre lo que pueda entenderse como creación propia y lo que es uso ilícito de lo creado por otra persona. Será la pericial correspondiente la que ayude en una práctica probatoria muy compleja muchas veces. Llama la atención la frecuencia de supuestos absolutorios basados en la falta de prueba de la ausencia de autorización, carga que suele obligar como antes se decía a la personación procesal del perjudicado, no para activar la incoación del procedimiento, pero sí para conseguir una condena.

Además, en los distintos supuestos de los arts. 270 y 271 (implícitamente también en el art. 270.5 a), b) y c), las distintas conductas se vinculan al ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto (a la finalidad comercial se refiere el art. 270.6). La nueva exigencia de 2015, muy diferente a la de la actuación con ánimo de lucro vigente hasta entonces, pretende eliminar la posibilidad de sanción cuando únicamente existe un ahorro por el impago del servicio que se obtiene de la reproducción de una obra sin autorización.

Así lo explica claramente la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, negando la aplicación de la regulación penal a casos de "mero aprovechamiento del acceso a un contenido protegido" o "mero ahorro del precio por el disfrute de la obra o prestación, y obtenida a escala comercial, esto es, mediante un actividad orientada a esta finalidad".

Todos los supuestos relativos a **vídeos comunitarios, copias para uso privado,** etc., quedan definitivamente fuera del ámbito penal.

La debatida cuestión del tratamiento de supuestos en los que se producen intercambios de archivos a través de las redes ***P2P*** queda en este sentido resuelta también a favor de su atipicidad, como ya reconocía la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006. No, en cambio la actuación del responsable de la página que enlaza con servidores externos.

Ahora bien, se acepta que el beneficio que aspire a obtener el sujeto pueda tener carácter indirecto, esto es, vincularse no a lo que en sí es la distribución, comunicación, etc., de la obra, sino a, por ejemplo, el rendimiento obtenido

por la publicidad de las páginas *web* que permiten accesos a contenidos no autorizados.

Es lo que ocurre en el caso del tema: no se cobraba por el servicio prestado, pero se obtenían ganancias a través de lo que se conoce como sistema de "*banners*" o de "vídeos *pre roll*", localizados permanentemente en los laterales o en el centro de la página *web* momentos antes de la exhibición del contenido seleccionado por el usuario.

Véase también por ejemplo el caso conocido y sancionado por el Juzgado Penal de Vitoria nº 2, en sentencia de 15 de abril de 2011 en relación al frecuente supuesto de distribución de equipamiento informático con copias de programas para las que se carece de autorización alguna.

Y, finalmente, se exige también actuar **en perjuicio de tercero** (explícitamente en los apartados 1, 2, 4 y 5 d) del art. 270), perjuicio que hay que poner en relación con el beneficio obtenido por el sujeto activo y que no ha de exigirse se haya producido, aunque sí que la conducta del autor sea idónea para causarlo.

Los perjuicios existen aunque los contenidos a que se permita el acceso sean gratuitos. En la jurisprudencia, como ocurre en el caso comentado, se sancionan las conductas tanto cuando el usuario desconoce que se le está redirigiendo a un contenido libre al que él mismo podía acudir directamente como cuando se captan nuevos usuarios no contemplados por los titulares de los derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial (como explica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 13 de febrero 2014 en el Caso Svensson y otros contra Retriever Sverige AB).

Es importante aludir aquí a la expresión "comunicación pública" del art. 270.1 porque de nuevo indica la pretensión de legislador, excluyendo usos privados, de tratar de establecer una frontera, quizás no con mucho acierto, entre el ilícito penal y el ilícito civil. Téngase en cuenta que el Decreto Legislativo 1/1996 contempla en su art. 25 la compensación equitativa por copia privada en supuestos de reproducción "no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales" y que en el art. 31 fija los límites a los derechos de autor en caso de reproducciones provisionales y copias privadas. Éstas son las conductas que quedan fuera de la regulación penal.

Lo que no quiere decir que no quepa sancionar a quien facilita dichas copias cuando obtiene una ganancia adicional a lo que en sí representa la reproducción, por ejemplo, en venta masiva de manuales fotocopiados y distribuidos a estudiantes, como posteriormente se volverá a explicar.

Aunque la transformación no se considera conducta típica, como sí la considera la Ley de Propiedad Intelectual en su art. 21, al referirse el resto de conductas no sólo a obras sino a su transformación queda colmada cualquier posible laguna al respecto.

A. Reproducción, plagio, distribución, comunicación pública u otra clase de explotación económica (art. 270.1).

La cláusula de cierre indica la intención del legislador y rebaja la importancia de la distinción entre las distintas modalidades de conducta, porque lo importante es que haya o no **explotación económica**, concepto éste que sí es necesario precisar para distinguir lo que deber ser objeto de tutela penal y lo que ha de quedar en sede civil y que hay que vincular con la exigencia comentada de actuación con ánimo de obtener un beneficio económico "directo o indirecto", como dice ahora el artículo, y en perjuicio de otro.

Los conceptos de reproducción, distribución y comunicación pública aparecen perfectamente definidos en los arts. 18, 19 y 20 de la Ley de Propiedad Intelectual y a ellos hay que remitirse. **Reproducir** es fijar la obra de modo que permita su comunicación o la obtención de copias. **Distribuir** es poner a disposición del público el original o las copias de la obra. **Comunicar** es dar acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares. Conceptos que detenidamente va explicando la propia Ley en el caso de la distribución y de la comunicación.

También en ella reconoce el art. 17 el **derecho exclusivo de explotación** a que alude desde 2015 el Código Penal, poniendo como ejemplo los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública además del de transformación, que la propia Ley considera objeto del art. 11 y el Código Penal objeto del delito.

> En relación con las distintas conductas, toda la discusión sobre el tratamiento que hay que dar a la **copia de libros**, que ha dado lugar a numerosas sentencias absolutamente contradictorias entre sí, se ha trasladado en la actualidad a lo que son las **descargas digitales**. La decisión acerca de la relevancia de las conductas no puede estar en el hecho de si nos encontramos o no ante reproducciones conforme al concepto del Decreto Legislativo 1/1996, sobre lo cual no hay duda, sino en el de si se dan el resto de elementos típicos. Como se ha señalado, no cabe sancionar la copia para uso privado y por tanto tampoco el servicio que se presta para ello cuando lo único que se obtiene es el costo del trabajo realizado en relación con un original del que dispone quien pretende obtener una copia. Cuestión distinta es la reproducción masiva de copias (con obtención de beneficio) de un original.

En cuanto a la distribución y la comunicación también será su componente económico el que condicione la intervención penal. La distinción de ambas reside en que la "comunicación" permite el acceso a la obra sin "distribución" de ejemplares. Hay que tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha ido perfilando el **concepto de comunicación pública** en una interpretación de carácter amplio que permite acoger supuestos de puesta a disposición del público, aunque éste no acceda a la obra, incluyendo la facilitación de enlaces que el legislador penal español ha preferido reconducir al apartado 2 del art. 270.

El fundamento de Derecho cuarto de la sentencia del caso comentado (no tercero, que aparece repetido), en relación a la calificación jurídica de los hechos probados se detiene en la explicación de los arts. 270.1 y 271 b), versión previa a la de 2015, y en la interpretación que ha de darse a los conceptos "reproducción" y "comunicación" (siguiendo las tesis del caso Svensson) y explicando por qué sí estamos ante una conducta de comunicación pública: se facilita a un público nuevo el acceso a la obra que se descarga o visualiza directamente en el ordenador del usuario pinchando en los enlaces que figuran en la web.

La confusión sin embargo entre lo que constituye infracción penal y lo que son ilícitos mercantiles es difícil de evitar. Véase por ejemplo la resolución del Juzgado de lo Mercantil (no penal) nº 1 de A Coruña de 2 de febrero de 2017 (que ratifica la dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2) condenando a Puerto 80 Projects a clausurar la web que alojaba "Rojadirecta", "RojadirectaTV" y "Tarjetarojaonline" y a cesar de forma inmediata su actividad de ofrecer enlaces a eventos deportivos sin ostentar los derechos de emisión correspondientes de que disponía DTS (que controlaba Canal+).

El **plagio** es el único supuesto de derecho moral recogido por el Código Penal. Sin embargo, la exigencia del ánimo de obtener un beneficio económico, común a las distintas conductas permite entender que al igual que en el resto aquí también se protege el derecho de explotación de la obra.

En este sentido todo lo que permanezca, por ejemplo, en el ámbito académico (tesis doctorales, artículos de investigación, etc., copiando lo que otro autor dice, en partes importantes del trabajo y sin cita alguna) no tiene relevancia penal alguna. Salvo que se pretenda la comercialización del trabajo realizado. Aquí la cuestión probatoria exigirá decidir qué es de uno, qué de otro y qué lugar común en la doctrina. Muchas veces uno mismo cuando escribe no sabe bien si lo que está diciendo se le ha ocurrido a él, lo leyó en algún momento, lo ha escuchado de alguien o de todo un poco.

No es en ningún caso plagio la atribución a alguien de lo que no ha dicho o hecho.

En relación con ello no se entienden sentencias como la del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007, confirmatoria de la de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2006, que en el conocido como caso Vela Zanetti, condena por delito contra la propiedad intelectual en un supuesto de venta de obras de arte falsas, atribuidas a dicho pintor.

Por supuesto, el presunto plagio ha de probarse y no basta con constatar similitudes e influencias sino que ha de acreditarse la identidad sustancial con la obra plagiada, lo que no siempre es sencillo.

Véase, por ejemplo, la sentencia absolutoria del Juzgado de lo penal nº 25 de Madrid de 27 de enero de 2015, ratificada el 18 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid, en relación con el guión de la serie "La Señora" denunciado por la autora del libro "Melania Jacoby". Y en cambio la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de octubre de 2003 (que ratifica la del Juzgado de lo penal nº 3 de Vigo de 17 de diciembre de 2003) en relación con la copia, en lo sustancial, sin autorización y sin citar la fuente, a la hora de elaborarse una "Historia ilustrada de Pontevedra" para el periódico Faro de Vigo del libro "Historia de la Ciudad de Pontevedra".

B. Distribución o comercialización ambulante u ocasional (art. 270.4).

En 2010 se introduce en el entonces art. 270.1 (también se modificaba el 274.2 referido a la propiedad industrial en el mismo sentido) un segundo párrafo que facultaba al juez penal a imponer una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y no de prisión, cuando la distribución a que se refería el párrafo primero fuera al por menor, atendidas las circunstancias del culpable y la cuantía del beneficio económico, castigándose el supuesto como falta si éste no superaba los 400 euros.

Se argumentaba entonces que criterios de proporcionalidad obligaban a ello teniendo en cuenta que "frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia".

Sin embargo, en 2015, además de derogarse también la falta, se suprime el **tipo atenuado** (en sentido penológico, no dogmático) creándose otro en el actual art. 270.4 que en su párrafo segundo mantiene la posibilidad de imposición de multa o trabajos en beneficio de la comunidad atendiendo las circunstancias del sujeto y la cuantía del beneficio (ahora se dirá obtenido o que se hubiera podido obtener), pero incluyendo un párrafo primero con penas de

prisión de hasta dos años. En ambos casos en supuestos de **distribución o comercialización** (ninguna discusión hay ya sobre que la exhibición ofertante del producto en cuestión implica si no un acto de distribución en sentido estricto sí al menos un acto de comercialización), pero ya no al por menor, sino **ambulante o meramente ocasional**.

Llama la atención que en el art. 274 además de seguirse el mismo criterio del art. 270.4 se sigue manteniendo un supuesto de venta al por menor, eso sí, sancionado con pena de prisión (apartados 3 y 2, respectivamente).

Es cierto que la frecuencia de estas conductas, mientras permanece en lo que hace referencia a la propiedad industrial, es mucho menor que hace años dada la irrupción de internet y las descargas masivas de información que se están produciendo. Pero el fenómeno sigue existiendo.

El legislador contempla todo tipo de conductas de distribución o comercialización (no sólo la venta, como en el art. 274), pero exige carácter ambulatorio u ocasional, requisitos que no tienen por qué ser acumulativos. Siempre, además, que no concurran los tipos agravados del art. 271.

Ello impedirá, por ejemplo, aplicar el tipo atenuado a supuestos de venta ambulante con participación de menores o a casos en que la venta se produzca regularmente y en lugares fijos. Pero sí habrá que acudir a él en casos de venta masiva de material realizada de forma esporádica.

Lo cierto es que la previsión legal, atenta a la realidad social, no ofrece una solución totalmente satisfactoria, por la limitación de supuestos abarcados y por el hecho de que mantenga como regla general la imposición de la pena de prisión y sólo como posibilidad, facultativa del juez, la alternativa de la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad.

C. Facilitación de acceso o localización de obras en Internet (art. 270.2 y 3).

Supuesto novedoso que tipifica la actividad de las denominadas ***webs* de enlaces** (como el sitio de alojamiento virtual *Megaupload*, fundado en 2005 por Kim "Dotcom" Schmitz, bloqueado y posteriormente cerrado por el *FBI*), que no alojan contenidos protegidos, pero que permiten acceder a ellos. No se trata de sancionar la actividad de intermediarios neutrales como Google o Youtube sino la de quien ordena, clasifica y dirige hacia posibilidades de *streaming* o de descargas de obras cuya licencia de distribución no se po-

see, incluso, como en el Caso *Megaupload* cobrando por servicios *Premium*. Se requiere en este sentido un tratamiento que exceda la mera intermediación técnica, como señala el apartado XVII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015.

Y sancionándose estas conductas sólo cuando concurre ánimo de obtener un beneficio económico, aun indirecto (publicidad) lo que claramente deja fuera del precepto el intercambio gratuito de archivos *P2P*, como antes de señalaba.

La nueva figura penal tiene su base en la importante sentencia antes citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Svensson contra Retriever Sverige AB, que gestionaba una página de internet que facilitaba a los clientes, según sus necesidades, listas de enlaces de Internet sobre los que se podía pulsar y que conducían a artículos publicados en otras páginas de internet, sin que el usuario viera claramente que se había desplazado a tales páginas, a las que habría podido acceder también gratuitamente.

En el caso del tema, ésta sería la figura delictiva a la que, tras la reforma de 2015, habría que reconducir los hechos probados, evitando la discusión acerca de si estamos realmente o no ante "comunicaciones públicas".

En todo caso, hay que tener en cuenta la limitación de responsabilidad del **prestador de servicios** que establecen los artículos 14, 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico a los supuestos en que se tiene conocimiento cierto de la actividad ilícita y no se actúa para retirarla o hacer imposible su acceso (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero, Sala Tercera, de 2012 en el caso Belgische Vereniging van Auteurs contra Netlog NV).

Es llamativa la previsión del segundo inciso del apartado 3 del art. 270 de interrupción de la prestación del servicio, porque incorpora una medida procesal cautelar no muy frecuente (es cierto que cada vez más) en la regulación penal. También la del primer inciso, retirada de las obras o prestaciones, que hay que entender como "consecuencia" jurídica próxima al decomiso pero ajena a la regulación de éste.

*D. Exportación o almacenaje e importación (art. 270.5 a y b)***.**

Estamos ante conductas vinculadas a las obras, producciones, ejecuciones y copias digitales a que se refieren los dos primeros apartados del artículo,

siempre que estuvieran destinas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente. Con previsión expresa del tratamiento punible de las denominadas "**importaciones paralelas**" (con adquisición lícita del producto en el país de origen, pero a un precio menor, que quien tiene la licencia de distribución pretende fijar para el que se pretende exportar), salvo en el caso de procedencia de bienes de la Unión Europea.

Llama la atención la exigencia de "intencionalidad" en las dos letras a) y b), porque la misma es requisito también necesario, aun sin mención, en el resto de figuras de la sección. Su interpretación ha de ponerse en conexión con el destino de las obras que parece impedir la existencia de dolo eventual.

*E. Eliminación, modificación y elusión de medidas tecnológicas (art. 270.5 c) y d)***.**

Se sanciona, en la letra c), favorecer o facilitar las conductas de los apartados 1 y 2 (no 4) eliminando o modificando medidas tecnológicas adoptadas para impedir o restringir tales conductas. Así como, en la letra d), eludir o facilitar la elusión de las mismas para que terceros accedan a las obras.

> Estamos siempre ante conductas vinculadas a la interpretación que hay que dar a los apartados 1 y 2 del art. 270. En este sentido parece correcta la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014 en el caso Nintendo contra PC Box Italia, que considera legal la elusión del sistema de protección de una consola para videojuegos (hackeo), siempre que el uso previsto (en relación a películas, vídeos o ficheros MP3) sea personal. El supuesto nace del conflicto entre Nintendo, que comercializa consolas portátiles DS y fijas Wii instalando un código encriptado que impide el uso de copias ilegales de videojuegos, y PC Box Italia, que comercializa dichas consolas con un software complementario que desactiva dichas medidas de protección alegando que sus aparatos no se utilizan para lectura de copias no autorizadas de juegos Nintendo sino para fines que no violan derechos de autor. Sin embargo, también aquí lógicamente, la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de 23 de mayo de 2013, sí ha condenado por puesta en circulación de medios de sistemas para piratear videoconsolas.

En ambos preceptos es significativa la pena prevista, equivalente a la que se establece para las conductas de reproducción, distribución y comunicación, que son las que realmente vulneran el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

F. Puesta en circulación o posesión de medios para eludir dispositivos de protección (art. 270.6).

También un tanto sorprendente es en este supuesto la **pena** prevista, aunque sea algo menor, pues cabe sancionar con prisión de hasta tres años la mera tenencia de dispositivos de elusión, aunque no se lleguen a utilizar.

Hay que llamar asimismo la atención sobre la modificación legal de 2015 que sustituye la expresión "medio específicamente destinado" por la de "**medio principalmente destinado**", que amplía el ámbito de lo punible sin excesiva concreción de hasta dónde.

G. El legislador prevé cuatro *tipos agravados por mayor desvalor de resultado o de acción (art. 271)*, para los que eleva considerablemente las penas en 2015.

En primer lugar, por **beneficio de especial trascendencia** económica, obtenido o que se hubiera podido obtener, que es razonable pueda concretarse a partir de las referencias cuantitativas de otros delitos como, por ejemplo, la estafa, que precisan las cantidades que permiten similar agravación. Importante es la previsión de 2015 "que se hubiera podido obtener", que aunque complica la pericial a efectuar, facilita la sanción en supuestos de mera oferta.

En segundo lugar, por la especial **gravedad de los hechos** atendiendo el valor de los objetos, el número de obras, o de su transformación, ejecución o interpretación, o la importancia de los perjuicios ocasionados. En 2015 se añade la referencia al número, lo que no se traslada al correlativo tipo agravado del art. 276, en el ámbito de tutela de la propiedad industrial.

En tercer lugar, por pertenencia a **organización o asociación** con finalidad de cometer infracciones de derechos contra la propiedad intelectual.

> Es contundente la sentencia del caso comentado que comienza su relato de hechos probados afirmando que los acusados constituyeron una "asociación" cuyo principal objeto era la puesta a disposición para poder ser visionadas y leídas a través de internet de publicaciones periódicas y libros sin autorización.

En cuarto lugar, por **utilización de menores de 18 años**, que, hay que recordarlo, impedirá la aplicación de las penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad en casos de distribución o comercialización ambulante u ocasional, pero no, y aunque es discutido por la redacción de ambos preceptos (arts. 270.4 y 271), la prisión atenuada del pfo. 1 del art. 270.4.

6. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 288 pfo. 2 inciso 1º a) y b) establece para la persona jurídica responsable de los delitos contra la propiedad intelectual la imposición de una multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener, salvo en el supuesto atenuado del art. 270.4 para casos de distribución o comercialización ambulante u ocasional, en cuyo caso la multa será del doble al triple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener. Además de la posibilidad de imponer, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 (pfo. 2º).

El precepto, reformado en 2015, modifica la previa redacción de 2010 que preveía multas en función del beneficio obtenido o favorecido, introduciendo la expresión "beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener", en el caso de la letra a) del art. 288 pfo. 2, 1º inciso 1 y la expresión "beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener", en el caso de la letra b) de dicho artículo. Distinción que no tiene ningún sentido en los delitos contra la propiedad intelectual y que obedece al hecho de que el art. 288 regula conjuntamente la responsabilidad de las personas jurídicas en todos los delitos del Título XI, de naturaleza muy diversa, pero sin observar que las dos reglas diferentes, en función de la pena prevista para el sujeto individual, pueden aplicarse a una misma clase de delito, como ocurre aquí. En todo caso, al desaparecer la expresión "favorecido" se planteará el problema de cómo aplicar las penas en supuestos, por ejemplo, como los del art. 270.5 c), conductas precisamente de favorecimiento o facilitación.

7. Consecuencias jurídicas.

A. Las ***penas*** que prevén los arts. 270 y 271 para las personas físicas responsables de los delitos descritos en ellos van desde la multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, en el caso de los supuestos de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional hasta la prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, de dos a cinco años, en el caso de los supuestos agravados.

B. En cuanto a la ***responsabilidad civil***, expresamente remite el legislador a la Ley de Propiedad Intelectual y a sus disposiciones sobre el cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicios. Además de prever

la posibilidad de publicación de la sentencia condenatoria en un periódico oficial, a costa del infractor.

II. Delitos contra la propiedad industrial.

Caso de la venta ambulante de imitaciones de marcas

"[los acusados] fueron sorprendidos por agentes de la guardia civil cuando, en sus respectivos puestos ambulantes instalados en el mercadillo de Santa Bárbara, de Casariche, pretendían vender, con ánimo de obtener beneficios económicos y sin que conste concierto previo entre ellos, diferentes artículos aparentemente pertenecientes a marcas de reputado prestigio comercial y que resultaron ser fraudulentas imitaciones de productos originales, que los acusados comercializaban sin autorización de los legítimos propietarios de los distintivos de propiedad industrial.

[...] fueron encontrados, entre otros, los siguientes artículos:

- 35 prendas con las marca "Tommy Hilfiger", cuyos legítimos derechos de propiedad industrial pertenecen en exclusiva a la mercantil "Tommy Hilfiger Licensing Inc.";

- 28 prendas con la marca "Lacoste", cuyos legítimos derechos de propiedad industrial pertenecen en exclusiva a la mercantil "Sportloisirs SA y Basi SA";

- 31 prendas con la marca "Nike", cuyos legítimos derechos de propiedad industrial pertenecen en exclusiva a la mercantil "American Nike, SA".

[...] Los perjuicios económicos sufridos por "Tommy Hilfiger Licensing Inc." ascienden a 8.015 euros.

Los perjuicios económicos sufridos por "Sportloisirs SA y Basi SA" ascienden a 5.524, 50 euros.

Los perjuicios económicos sufridos por "American Nike, SA" ascienden a 458,44 euros".

Extracto literal de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Tercera) de 8 de abril de 2011, revocatoria de la del Juzgado de lo penal nº 9 de Sevilla de 11 de diciembre de 2009.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Los delitos contra la propiedad industrial se ubican en la Sección 2ª del Capítulo XI, también dentro del Título XIII del Código, que incluye los arts. 273 a 277, siguiendo un "régimen escalonado de responsabilidad penal en función de la gravedad de la conducta", según señala el apartado XVII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015.

2. Evolución legislativa: la reforma de 2015.

Los delitos de los arts. 273, 275 y 277 no han sufrido ninguna variación desde su redacción original en el Código Penal de 1995. En la legislación precedente únicamente se sancionaba, entre las defraudaciones, la infracción intencionada de derechos de propiedad industrial, en tipificación que implicaba una remisión absoluta a la legislación extrapenal, claramente vulneradora del principio de legalidad.

La **Ley Orgánica 15/2003** modifica los arts. 274 y 276 de modo importante aproximándolos a la regulación actual. La **Ley Orgánica 5/2010** introduce la atenuación por distribución al por menor. Y la **Ley Orgánica 1/2015**, además de suprimir la falta del art. 623.5, eleva las penas de varias de las figuras delictivas, precisa la tipicidad del art. 276 pfo. único letras a) y b), modifica de modo sustancial la descripción de las conductas del art. 274 y, lo que es especialmente significativo, incorpora junto al tipo atenuado por venta al por menor el tipo aún más atenuado de venta ambulante u ocasional.

3. Vinculación a la normativa mercantil.

En esta regulación penal es necesario tener en cuenta la remisión a leyes mercantiles específicas, si bien al margen del concepto de ley en blanco, y la difícil delimitación entre el ilícito mercantil y el ilícito penal. En concreto, en los diversos preceptos, a la Ley 24/2015, de 24 de julio, de **Patentes**, la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del **Diseño Industrial**, la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos **semiconductores**, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de **Marcas**, la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las **obtenciones vegetales**, la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de **material de defensa** y de doble uso, la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de **Denominaciones de Origen** e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico y los correspondientes Reglamentos de ejecución. Además de numerosa normativa sectorial concreta.

4. Bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material del delito.

El **bien jurídico protegido**, dentro de lo que es un delito contra el orden socioeconómico que trata en definitiva de garantizar la libertad de competencia como antes se decía (y, en concreto, la protección de la inversión realizada y la correcta identificación de un producto o servicio que favorece su adquisición en las mejores condiciones de oferta y demanda), hay que referirlo espe-

cíficamente a los diferentes **derechos de propiedad industrial** vulnerados en cuanto a la tutela de su contenido económico. En este sentido, y de ahí la relevancia del consentimiento (arts. 273 y 274) o la autorización (art. 275) para excluir la tipicidad de las distintas conductas, a pesar de la ubicación del delito junto a los que protegen al mercado y a los consumidores, parece atenderse directamente, como en la protección de la propiedad intelectual, a la tutela de intereses económicos individuales (los de los titulares del derecho de propiedad industrial que se desatiende).

Sujeto activo lo será quien realice las conductas que vulneren el derecho de propiedad industrial lesionado. El **sujeto pasivo** lo será el titular de la patente, modelo de utilidad o titular, en general, del derecho de propiedad industrial registrado o de un título de obtención vegetal. Indirectamente, lo serán también todos los consumidores en cuanto delito no meramente patrimonial en su sentido más estricto. En el supuesto de delitos del art. 275 el sujeto pasivo específico lo serán los distintos Consejos Reguladores de la denominación o indicación correspondiente. Y en el del art. 277 lo será el Estado.

En el caso de este tema, y aunque muchos tribunales, cada vez menos, aluden a los intereses del mercado, los sujetos pasivos, titulares de las marcas registradas son Sportoisirs SA y Basi SA, American Nike, SA y Tommy Hilfiger Licensing Inc.

Téngase en todo caso en cuenta que en la actualidad, y desde la Ley Orgánica 15/2003, estamos también aquí ante delitos perseguibles de oficio.

Los bienes amparados por tales derechos, con las matizaciones que habrá que hacer por ejemplo en cuanto a la distinción entre signo distintivo y objeto que incorpora el mismo, serán el **objeto material** del delito. De hecho lo que diferencia a las distintas conductas delictivas es el título del que deriva la protección mercantil y penal. Dicha protección requerirá la correspondiente inscripción, que tendrá carácter constitutivo (según los distintos supuestos, bien en el Registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas en relación a marcas y nombres comerciales, invenciones industriales, diseños industriales y topografías de productos semiconductores o en los que corresponda en relación con marcas de la Unión Europea, marcas internacionales, patentes europeas, patentes internacionales, diseños comunitarios y diseños internacionales, bien en el Registro de la Oficina Española de Variedades Vegetales o en el de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales). Salvo en el caso de los supuestos del art. 275 en que sea suficiente la declaración gubernativa de denominación de origen o indicación de calidad.

En el caso referido, objeto material del delito son las prendas de las distintas marcas, no éstas en sí mismas consideradas.

5. Conductas incriminadas.

A. Conductas de vulneración de derechos sobre patentes de invención y modelos de utilidad (art. 273.1).

Se sanciona fabricar, importar, poseer, utilizar, ofrecer o introducir en el mercado objetos amparados en una patente o modelo de utilidad, o sea, procedentes de una invención industrial, original o de forma, que estén registrados; siempre que no hayan caducado o se hayan agotado los derechos correspondientes. El precepto va más allá de lo que pueda ser una falsificación aunque a menudo se utiliza este concepto para describir genéricamente las conductas incriminadas; en éste y en los dos apartados siguientes.

La Ley 24/2015 establece que son patentables las **invenciones** nuevas, que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (art. 4.1 pfo. 1º). Cabe incluir máquinas, productos, aparatos, etc., con las limitaciones de los arts. 4.4 y 5 de la propia Ley (entre otras muchas, por ejemplo, descubrimientos, obras literarias, reglas de juegos, variedades vegetales).

Son protegibles como **modelos de utilidad** las invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación (art. 137.1), tales como utensilios, instrumentos, herramientas, aparatos, etc. (como explicaba el art. 143.2 de la antigua Ley de Patentes 11/1986), con las limitaciones que establece el número 2 del artículo (invenciones de procedimiento, materia biológica, composiciones farmacéuticas, etc.).

En definitiva, **infringir derechos de uso exclusivo** sobre un objeto patentado **sin consentimiento** del titular y **conociendo la inscripción** en el registro. Siempre que se haga **con fines industriales o comerciales**, aunque no se exige perjuicio alguno.

Estamos ante una reproducción prácticamente idéntica de lo que se describe en el art. 59.1 a) de la Ley de Patentes. Y, si en los delitos contra la propiedad intelectual la exigencia del "ánimo de obtener un beneficio económico en perjuicio de tercero" establece un criterio que ayuda a diferenciar el ilícito civil del ilícito penal, en estos delitos esa función la debe desempeñar la expresión "con

fines industriales o comerciales". En este sentido, aunque el precepto no exija la causación de perjuicio económico efectivo, éste se derivará directamente de varias de las conductas descritas, estará presente en la interpretación de éstas (en casos como los de introducción en el comercio) o al menos será un referente en cuanto a la finalidad pretendida (casos de posesión).

Es cierto que también el art. 61.1 a) de la Ley de Patentes tiene en cuenta esta finalidad, con lo que la distinción no siempre será fácil, debiendo estarse según muestra la práctica forense simplemente a la mayor o menor gravedad de la conducta atendiendo criterios variables difíciles de sistematizar y concretar y que generan muchas dudas a la hora de acudir a la jurisdicción competente.

De hecho, la propia Oficina Española de Patentes y Marcas señala que "[l]as violaciones de los derechos de Propiedad Industrial pueden ser perseguidas por vía civil o por vía penal" y que, y esto es lo que llama la atención, "[s]i bien, a primera vista, la vía penal parece más rápida y efectiva para lograr una inmediata cesación de los actos de infracción, la vía civil puede proporcionar resultados más amplios". Y, así, los pleitos más conocidos se están resolviendo en esta jurisdicción (véase por ejemplo el conflicto millonario que lleva enfrentando años a Apple y Samsung en relación a la fabricación de sus dispositivos, especialmente teléfonos inteligentes). Sin embargo, debiera existir una clara línea divisoria de intervención de ambas instancias. O la vulneración tiene la relevancia necesaria para acudir a la vía penal o no la tiene, pero no pueden ambos ordenamientos proteger lo mismo.

La casuística jurisprudencial revela, por otra parte, que el principal problema a la hora de sancionar penalmente por estas conductas está en la concreción del alcance de la patente, la identidad de objetos y la posible alegación de un error. Quizás por ello no se encuentran apenas sentencias condenatorias y las que existen muchas veces se modifican en la segunda instancia.

Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 817/2013, de 2 de mayo, revocatoria de la del Juzgado de Instrucción nº 2 de Huesca, en la que se alega que "no ha quedado probado que los acusados hubieren fabricado o usado el objeto patentado por la acusación particular ni, en consecuencia, que hubieren actuado con ánimo alguno de vulnerar el derecho de exclusiva derivado de la indicada patente" (moldes deslizantes para el hormigonado de cunetas), discrepando Juzgado y Audiencia sobre la similitud del objeto patentado con el que utilizaban los acusados (pletinas rectas o curvas, vibradores o tornillos sinfín).

En todo caso el legislador penal, aquí sí, remite a la regulación mercantil para comprobar la **inscripción registral**, su alcance (limitado, por ejem-

plo, por segunda y sucesivas patentes de otra titularidad), validez y vigencia, sin que pueda cuestionarse la corrección o no de la misma. Esto es, se parte de que la invención patentada, por el hecho de su inclusión en el registro correspondiente, reúne las características de originalidad, etc., requeridas para ello. Aunque en el caso de los modelos de utilidad la cuestión es más discutida y requiere de complejas periciales sobre lo que significa "ventaja prácticamente apreciable".

En el ámbito empresarial es frecuente para evitar la alegación judicial del error la advertencia mediante requerimiento notarial del uso ilícito de la patente o modelo de utilidad a quien no es su titular. Pero la discusión se planteará, cuando esto ocurra, no con el desconocimiento de la existencia de la patente -imposible de alegar con la notificación notarial-, sino, por ejemplo, con el de que el objeto fabricado sea idéntico o no al que puede fabricarse de modo excluyente con ella.

B. Conductas de vulneración de derechos sobre procedimientos objeto de patente (art. 273.2).

Con similares requisitos que en la conducta anterior, se sanciona utilizar u ofrecer un procedimiento objeto de patente. O bien poseer, ofrecer, comerciar o utilizar productos con el procedimiento patentado.

La Ley 11/1986 da cabida también en su art. 4.1 pfo. 2º a procedimientos o métodos de fabricación de un producto.

Estamos ante una reproducción de lo que describe el art. 59.1 b) y c) de la Ley.

C. Conductas de vulneración de derechos vinculados a modelos, dibujos industriales o artísticos o topografías de semiconductores (art. 273.3).

También con similares requisitos, se sanciona fabricar, importar, poseer, utilizar, ofrecer o introducir en el mercado objetos amparados por la Ley 20/2003. Ya se trate de modelos industriales o artísticos, ya de dibujos industriales o artísticos. O bien por la Ley 11/1988 referida a productos semiconductores (los popularmente conocidos como chips, microchips o circuitos integrados). De nuevo aquí la remisión a ambos textos es obligada en la interpretación de estas conductas.

En la actualidad los conceptos de modelo y dibujo han de remitirse, aunque la terminología no sea idéntica, al objeto de la Ley 20/2003, que protege la propiedad

industrial del **diseño**. En la ley éste se define como la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto (artículo industrial o artesanal, excluidos los programas informáticos), que se derive de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación (art. 2 a), describiéndose a continuación lo que ha de entenderse por producto. La clásica distinción entre modelo artístico, modelo industrial, dibujo artístico y dibujo industrial a que se refiere el art. 273.3, que tiene que ver con la clasificación del antiguo Estatuto de la Propiedad Industrial (arts. 182 ss.), ha dejado de estar vigente mercantilmente, aunque doctrina y jurisprudencia continúan refiriéndose a ella.

La topografía de un producto **semiconductor**, tal como la define la Ley 11/1988, es la serie de imágenes interconectadas que representan la estructura tridimensional del producto semiconductor, esto es, constituido por material semiconductor y destinado a funciones electrónicas (art. 1.2).

D. Conductas de vulneración de derechos sobre signos distintivos (art. 274.1).

Aunque tradicionalmente se sigue denominando a este delito como delito de usurpación de marcas, la modificación de su redacción en 2015, eliminando precisamente la expresión "de cualquier otro modo usurpe", hace preferible prescindir de esta terminología.

La redacción actual, mucho más afinada que la precedente y sin cláusula de cierre, sanciona **fabricar, producir, importar, ofrecer, distribuir, comercializar al por mayor o almacenar** con esta finalidad productos con signos distintivos idénticos o confundibles con el original.

Es importante insistir, porque aquí ha cambiado la regulación en 2015, en que el objeto sobre el que ha de recaer la conducta es el objeto que incorpora el signo distintivo, con independencia de cómo se haya accedido a éste o qué participación se haya tenido en su "creación". **Signos distintivos** cuya concreción hay que remitir a la Ley 17/2001, de Marcas, que incluye **marcas y nombres comerciales**.

Dice la Ley 17/2001 que la marca es un signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras (art. 4.1).

Considera tales signos las palabras o combinaciones de palabras, imágenes, figuras, símbolos y dibujos, letras, cifras y sus combinaciones, formas tridimensionales incluidas envoltorios, envases, forma del producto y presentación del mismo, signos sonoros y combinación de cualesquiera de todos los anteriores (art. 4.2.).

El nombre comercial es el signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares (art. 87.1).

Considera nombres comerciales los patronímicos, razones sociales, denominaciones de personas jurídicas, denominaciones de fantasía, denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial, anagramas y logotipos, imágenes, figuras y dibujos y combinación de cualesquiera de todos los anteriores (art. 87.2).

Es importante comprobar el requisito de la **identidad o similitud** porque no se sancionan conductas en que la "falsificación" es tan burda que en modo alguno puede ser comparable con el original.

En el caso a comentar en este tema, la pericial ratifica en el juicio oral que las prendas falsificadas eran "reproducciones prácticamente fidedignas", acreditándose la idoneidad de las imitaciones para crear confusión en los consumidores finales y negando la alegación de que se trataban de burdas imitaciones de muy deficiente calidad respecto a los productos originales de la marca.

Pero **no** estamos en el ámbito de la **estafa**. Cuando se hace pasar algo por lo que no es, engañando de modo creíble al comprador, éste será el delito a aplicar. Nos encontramos en cambio en el ámbito de los delitos contra la propiedad industrial cuando quien vende y quien compra saben lo que compran y venden, no hay engaño, pero se compra por la apariencia de que el producto obtenido es lo que no es, utilizando el esfuerzo "creativo" del titular del signo original. En la estafa el perjudicado es el adquirente. En los delitos contra la propiedad industrial el perjudicado es el titular derecho, en este caso, sobre el signo distintivo. Y esto en los tribunales no se acaba de entender, absolviéndose por entenderse, por ejemplo, que la venta en un mercadillo de bolsos de la marca Louis Vuitton, falsificados, a precio muy inferior que el original, no puede inducir a error por las circunstancias de la venta a los consumidores (Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, de 17 de enero de 2008, revocatoria de la de instancia).

Son numerosas las sentencias que insisten en que ha de existir cierta confusión de identidad o similitud entre copia y original, deducibles de formas, logotipos, similitud fonética, etc., produciéndose la absolución cuando el riesgo de confusión no se produzca o no se acredite en sede probatoria: véase, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, 50/2010, de 4 de junio, en relación a la venta de prendas de vestir y complementos imitación de originales de Yves Saint Lauren,

Tommy Hilfiger y Sporlosirs. Lo que no cabe ya admitir, como ha venido exigiendo la jurisprudencia tradicional, es la provocación de un error en los consumidores sobre el producto que adquieren. Cuando se compra un bolso de una marca de prestigio por un precio que no es el de la tienda acreditada que lo vende y se hace en un lugar distinto al de los cauces habituales de distribución (playa, rastro, etc.) nadie podrá alegar que actuó engañado, por muy buena que sea la "imitación" (mucho menos si es más burda); pero eso no quiere decir que no se dé el delito contra la propiedad industrial.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 17 de enero de 2008 antes referida se señala expresamente, confundiendo el objeto de tutela (habla de delito pluriofensivo y exige que la conducta lesione los intereses de los consumidores), que "el riesgo para el mercado que comporta la conducta del acusado es inapreciable y desproporcionado con la pena impuesta, sin perjuicio de que la empresa pueda tener derecho a no ver utilizada sin su consentimiento la marca de que es titular, lo que podrá hacer efectivo en su caso a través de un proceso penal". Hay que tener en cuenta que en esa época no se preveían tipos atenuados por venta al por menor y muchos tribunales proponían la absolución en parecidos términos para evitar verse abocados a la imposición de penas excesivas. Pero la resolución no es correcta.

Por supuesto, nada tiene que ver con las conductas punibles la venta en espacios denominados *show room* de productos descatalogados o fuera de temporada. Sí en cambio la cada vez más frecuente venta en espacios cerrados de "imitaciones" que se traen normalmente de otros países sin que exista mucha conciencia delictiva al respecto (supuestos que no son ni venta ambulante ni ocasional), aunque la misma parece tenerse sin embargo en el caso del denominado *top manta*; téngase en cuenta que en ambos casos, al margen de la sanción penal del vendedor por estos delitos, ha de perseguirse también, como receptador, al comprador.

Más controvertidos son los supuestos de venta de mercancía auténtica sin consentimiento del titular del signo fuera de los canales comerciales de distribución que éste ha autorizado y las denominadas "importaciones paralelas", realizadas al margen de los circuitos de importación autorizados por el titular de la marca, sí sancionables claramente estas últimas en el ámbito de tutela de la propiedad intelectual.

La punición de las conductas exige también que se actúe **sin consentimiento** del titular y con **conocimiento del registro**. De nuevo hay que indicar aquí que será frecuente la alegación del error, en particular en lo que representa lo que se conoce como "marca notoriamente conocida", carente de tutela penal.

Es interesante la sentencia condenatoria a dos acusados de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de enero de 2006, en relación con la venta en tiendas de regalos de objetos con el denominado "Toro de Osborne", revocatoria de la absolutoria del Juzgado

de lo Penal nº 10 de la misma localidad basada en entender que éste había trascendido su dimensión comercial y "en productos que no son el objeto social y el renombre de la marca" se había convertido en "símbolo nacional". La Audiencia señala que una cosa es que se pueda explotar el toro "con una dimensión estricta o predominantemente cultural" y otra que no esté autorizada "toda utilización del mismo" sin la aquiescencia del grupo Osborne; en el caso concreto, para obtener un beneficio derivado de las ventas efectuadas. Acepta no obstante la absolución de otros tres procesados estimando que incurrieron en un error ya que el fabricante les había asegurado que la figura de las camisetas, llaveros, etc., que vendían era copia de un monumento nacional.

Y son delictivas sólo las conductas realizadas con **finalidad industrial o comercial**. De nuevo este elemento es el que trata de dotar de desvalor penal a las conductas descritas, más allá de cuanto recoge la Ley de Marcas. Pero no se exige obtención de beneficio concreto alguno.

En la sentencia del caso del tema, previa a 2015, se señala expresamente, sin embargo, lo siguiente:

[…] No consta, en definitiva, ni se ha practicado prueba alguna al respecto, que los acusados hubieran ya obtenido beneficio alguno, sino sólo que pretendían obtenerlo mediante la venta de las mercancías incautadas […] sin perjuicio de que la mera tenencia o posesión consciente e intencionada, que se declara probada, basta para colmar el tipo […]

[…] No es preciso advertir que una cosa es el perjuicio ocasionado a las entidades titulares de los derechos de explotación de las marcas falsificadas (en nuestro caso, por lucro cesante cuantificado en los informes periciales […] y otra distinta el beneficio que pudieran haber obtenido los acusados con la venta de dicha mercancía fraudulenta […]".

Finalmente, debe señalarse que el legislador, como es habitual en estas infracciones, abarca todo el proceso delictivo, desde la preparación hasta el agotamiento, incluso con descripción de conductas muy similares, siendo difícil plantear supuestos de tentativa.

E. Comercialización al por menor y venta ambulante u ocasional (arts. 274.2 y 3).

Estamos ante tipos atenuados, en diferentes grados, que sancionan, por una parte (en el art. 274.2 pfos. 1 y 2), el ofrecimiento, distribución o comercialización **al por menor**, o la prestación de servicios o desarrollo de actividades en relación a signos distintivos idénticos o confundibles con el

registrado conforme a la legislación de marcas, así como su reproducción o imitación para la realización de las conductas de todo el art. 274. Ampliación importante de los supuestos recogidos antes de 2015, pues el antiguo art. 274.2 pfo. 2 sólo preveía la distribución al por menor.

Por otra (art. 274.3 pfos. 1 y 2), la **venta ambulante u ocasional** de los productos a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 274.

Se trata de atender la menor lesividad de las conductas pero, sobre todo, especialmente tras la reforma de 2015, de atender la situación personal del vendedor, normalmente de escasos recursos y sometido a mafias, que son las que realmente controlan la distribución de productos a gran escala y cuyas conductas son las que de verdad afectan a la libre competencia. Así se refleja con la previsión del pfo. 2 del art. 274.3, que obliga a atender a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio obtenido.

Este sería el caso que se presenta en este tema, supuesto habitual que permite la aplicación del pfo. 2 del art. 274.3 e incluso la pena de trabajo en beneficios en la comunidad. La sentencia absuelve por no entender en absoluto probada la obtención de beneficio alguno, pero en 2015 se reforma el precepto para dar cabida precisamente a situaciones de mera exhibición o exposición, o, como dice el art. 274.1 letra b), de "oferta" y exigir únicamente que el beneficio económico en cuestión "se hubiera podido obtener". Llama la atención, sin embargo, la afirmación de la existencia de un perjuicio, por lucro cesante "cuantificado", que no se concreta cómo o por qué se ha producido.

Pero el debate sigue estando en la **relevancia** de esta clase de conductas, porque o se entiende que su sanción no debe permanecer en el ámbito de aplicación del Derecho penal, lo contrario de lo que entiende el legislador, o, si permanece en él, lo contrario de lo que defiende la mayoría de autores, no se comprende por qué realmente, y salvo en casos aislados, apenas hay condenas en los tribunales (teniendo en cuenta, además, la existencia del art. 408 que obliga a sancionar al funcionario que deje de promover su persecución). Éstas y las conductas de receptación de quien adquiere el producto.

La redacción del art. 274.2 no es en absoluto acertada y plantea, por otra parte, muchos **problemas de interpretación** en relación a lo que significa ofrecer, prestar servicios, etc. Téngase en cuenta además que aunque el legislador pretende crear un tipo atenuado en relación con lo dispuesto en el art. 274.1 no existe identidad de conductas en uno y otro caso, por lo que en realidad hablamos de atenuación penológica (no siempre), pero no de la relación que dogmáticamente se establece entre el tipo atenuado y aquél del que lo es.

Piénsese, por ejemplo, en el "**almacenamiento**" de obras para su distribución al por menor, que obliga a aplicar el art. 274.1, debiendo acudirse en cambio al art. 274.2 (de menor pena) cuando la distribución, conducta más grave, se produzca, lo que carece de sentido. Lo contrario, sin embargo, ocurre con las conductas de "prestar servicios o desarrollar actividades".

F. Conductas vinculadas a la protección de obtenciones vegetales (art. 274.4).

Se sanciona la producción, reproducción, acondicionamiento, oferta, venta, comercialización, exportación, importación o posesión con estos fines de material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal. Conductas básicamente similares a las que describe el art. 12 de la Ley 3/2000 en relación con los derechos del obtentor de la variedad vegetal. Siempre que se haga con fines agrarios (no industriales como en las figuras anteriores) o comerciales, sin consentimiento y con conocimiento del registro.

También se penaliza la utilización de material vegetal bajo denominación de otro protegido.

La **variedad vegetal** la define la Ley 3/2000 como el conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que pueda definirse por la expresión de los caracteres de uno o varios genotipos, distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión al menos de uno de esos caracteres y considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración (art. 2).

El derecho del obtentor es el de quien ha creado o descubierto y desarrollado una variedad o sus causahabientes (art. 3).

A pesar de la escasa jurisprudencia existente al respecto, porque la mayoría de asuntos se conocen en la jurisdicción mercantil, véase la significativa sentencia de 21 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Lleida, confirmando la del Juzgado de lo penal nº 3 de Lleida, que ratifica la condena a nueve meses de prisión, multa e inhabilitación por la posesión para la venta de plantas ilegalmente reproducidas de variedades vegetales protegidas de melocotón y nectarina.

G. Uso indebido de denominaciones de origen o indicaciones geográficas (art. 275).

Se sanciona utilizar, sin autorización e intencionadamente, una denominación de origen o indicación geográfica representativa de una calidad determinada "legalmente protegida" para distinguir los productos amparados por ellas. Utiliza el legislador dos conceptos que coinciden con los

de la Ley 6/2015. De nuevo, cuando se actúe con conocimiento de dicha protección.

Al margen de la regulación penal queda la tutela de las denominadas especialidades tradicionales garantizadas también incluidas por el Ministerio de Agricultura entre los alimentos de calidad diferenciada. Por supuesto, también la de cualquier otra denominación indicativa de la procedencia o la calidad de un producto, que habrá que remitir a la jurisdicción mercantil. Siempre teniendo en cuenta que la vía penal queda abierta para todos los supuestos que puedan ser constitutivos de estafa.

La definición de los dos conceptos tutelados penalmente la dan ya el Reglamento (CE) 1151/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, y el Reglamento (UE) 1308/2013, de 20 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, a los que se remite la Ley 6/2015 (arts. 9 y ss.).

Véase la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 22 de octubre de 2008, confirmatoria de la de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, de 25 de junio de 2007, condenatoria por delito contra la propiedad industrial, estafa y falsedad por venta en Reino Unido de un millón de botellas de vino manchego de baja calidad con etiqueta y contraetiqueta de D.O. Rioja.

El problema del precepto reside en que se remite al artículo anterior para fijar la pena que corresponde imponer por la realización de las conductas descritas. Pero ahora el artículo anterior, el art. 274, prevé penas muy diferentes en razón de las distintas conductas delictivas a considerar, y no parece que pueda ser aplicable aquí la distinción entre comercialización al por mayor, comercialización al por menor y venta ambulante (al margen de que, además, son distintas las penas de los apartados 1 y 4), con lo que se hará imposible en la actualidad su aplicación.

H. El legislador prevé también aquí cuatro *tipos agravados por mayor desvalor de resultado o de acción (art. 276)*, para los que asimismo eleva de modo importante las penas en 2015.

En primer lugar, por obtención de beneficio de especial trascendencia económica, obtenido o que se hubiera podido obtener.

En segundo lugar, por la especial gravedad de los hechos atendiendo el

valor de los objetos o la importancia de los perjuicios ocasionados, sin tener en cuenta el número de objetos, como sí hace en el correlativo art. 271.

En tercer lugar, por pertenencia a organización o asociación con finalidad de cometer infracciones de derechos contra la propiedad industrial.

En cuarto lugar, por utilización de menores de 18 años.

Son tipos idénticos el primero, tercero y cuarto a los que contempla el art. 271 en relación con la tutela de la propiedad intelectual y similar el segundo, no debiendo variar su interpretación de la propuesta para ellos.

I. Divulgación de invención objeto de solicitud de patente secreta (art. 277).

Conducta sancionable únicamente cuando se perjudique la defensa nacional, su ubicación en esta sede no tiene ningún sentido, pues hay que referir a la tutela de la seguridad estatal el bien jurídico protegido, por más que también los arts. 111 a 115 de la Ley 24/20015 regulen lo referente a lo que la ley ahora denomina patentes de interés para la defensa nacional, variando la expresión "patentes secretas" de la Ley de 1986 que es la que sigue tomando en cuenta el Código Penal aun tras la Reforma de 2015.

6. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 288, común como antes se decía a todos los delitos del Título, establece para la persona jurídica responsable de los delitos contra la propiedad industrial la misma pena del art. 288 pfo. 2, 1º inciso 1 a) que para los delitos contra la propiedad intelectual, excepto en el caso de los delitos del art. 273, para los que se prevé la pena menor del art. 288 pfo. 2, 1º inciso 1 b), aplicable también, como en relación a los delitos contra la propiedad intelectual, a supuestos de venta ambulante u ocasional. También es diferente la pena de los delitos del art. 277, para los que, aplicando las penas del art. 288 pfo. 2, 1º inciso 2 b), se prevé multa de seis meses a dos años o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener, si la cantidad resultante fuera más elevada, incorporando a la multa por cuotas ya prevista en 2010 la posibilidad de multa proporcional. Además de la posibilidad de imponer, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 (apartado 2º).

7. Consecuencias jurídicas.

Las **penas** que prevén los distintos artículos, más benignas que en el caso de los delitos contra la propiedad intelectual, sin que se entienda por qué, van desde la multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, en el supuesto más atenuado del art. 274.3 pfo. 2, hasta la prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para la ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, en el caso de los tipos agravados del art. 276.

Serán habituales los supuestos de **continuidad delictiva** y de concurso con otros delitos: así, con cierta frecuencia, de falsedad, estafa o publicidad engañosa.

III. Violación de secretos de empresa.

Caso de la competencia desleal del trabajador

"Los acusados D. Luis Carlos, D. Lázaro y D. Baltasar, sin antecedentes penales, eran empleados de la empresa 'Industrias de Fijación Técnica, S.A.' [...] dedicada al suministro y distribución de repuestos de maquinaria industrial y automoción, herramientas, utillaje diversos y demás productos y accesorios derivados, con las respectivas categorías de Director Comercial, Jefe de Producto y Responsable de Compras, cuyas relaciones laborales se extinguieron en fechas 31 de octubre de 2001, 25 de abril de 2002 y 26 de marzo de 2002 [...] Y como quiera que los dos primeros abrigaban la idea de instalarse por su cuenta, recopilaron datos comerciales de 'Técnica', tanto en papel como en ficheros informáticos a los que tenían acceso en el ejercicio de sus funciones propias, con objeto de servirse de ellos a través de la empresa que constituyeran, y que aprovecharía aquella información para instalarse con fuerza en el mercado, en clara competencia con 'Técnica'. Los datos comerciales en cuestión comprendían la catalogación de los productos de 'I.F. Técnica, S.A.', su descripción gráfica, precios de adquisición y venta al público, listado de proveedores y clientes, y, en general, un conjunto de información de gran utilidad para el desarrollo de la nueva actividad empresarial [...].

D. Luis Carlos se hallaba obligado con 'técnica' por un pacto de no competencia durante dos años [...] Pese a ello, dicho acusado y D. Lázaro constituyeron el día 8 de mayo de 2002 la mercantil 'Wakler Chemicals España, S.L.' [...] y en apenas un mes comenzaron a operar en el mercado.

[...] El volumen de negocios de 'Técnica' descendió notablemente durante el año 2002 [...]".

Extracto literal de la Sentencia 285/2008 del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo Penal, de 12 de mayo de 2008.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Los delitos conocidos como de descubrimiento y revelación de secretos (en el ámbito de la tutela del orden socioeconómico, no en el de la intimidad en que se encuadran los arts. 197 y ss., a los que aquí no se hará ninguna referencia), de espionaje industrial o de violación del secreto de empresa, denominación más ajustada a la regulación vigente, se ubican, dentro de los relativos al mercado y a los consumidores, en los arts. 278 a 280, dentro de la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Código.

2. Evolución legislativa: el Código Penal de 1995.

En el Código Penal previo al de 1995, Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicado por Decreto 3096/1073, de 14 de septiembre, se preveía ya un Capítulo VII, dentro del Título XII dedicado a los delitos contra la libertad y seguridad, que contemplaba los entonces sí denominados legalmente delitos de "descubrimiento y revelación de secretos", en el que se encontraba el art. 499. En él se sancionaba el descubrimiento de los secretos de su industria por parte de encargado, empleado u obrero de una fábrica o establecimiento mercantil, conjuntamente con el resto de delitos de descubrimiento de secretos que hoy entendemos vulneran la intimidad y con una pena que únicamente podía alcanzar los seis meses de arresto y multa de lo que hoy serían 300 euros.

El **Código Penal de 1995** modifica la concepción del delito y crea, dentro de los delitos contra el orden socioeconómico, el Capítulo XI, donde ubica muy diferentes infracciones. Rubrica el mismo "De los delitos relativos al mercado y a los consumidores" sin especificar si todos los que contempla se refieren a ambos conceptos. Y en él incluye los actuales delitos de los arts. 278 a 280, elevando notablemente las penas y previendo distintas figuras, además de las del viejo art. 499, de acceso ilícito a los secretos de empresa.

Desde entonces, ninguna de las numerosas reformas que han modificado el Código Penal ha variado ni siquiera mínimamente los tres artículos dedicados a estos delitos.

3. Vinculación a la normativa mercantil.

El art. 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **Competencia Desleal**, sanciona también la "Violación de secretos", tanto de aquéllos a los que se

ha accedido legítimamente, con deber de reserva (apartado 1 primer inciso) como de aquéllos a los que se ha accedido ilegítimamente (apartado 1 segundo inciso en relación con el apartado 2 y con el art. 14), con la única exigencia del ánimo de obtener provecho o de perjudicar al titular del secreto. Y nos da alguna clave para interpretar la regulación penal desde la idea de mínima intervención.

4. Bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material del delito.

El **bien jurídico protegido** en los delitos de violación del secreto empresarial ha de fijarse en la garantía de la **capacidad competitiva de la empresa** en una economía de mercado. Muchos autores aludirán a la **libertad de competencia**, desde una perspectiva más colectiva y ciertamente más próxima a la rúbrica de la Sección 3ª.

Es cierto que estamos ante una protección en la que confluyen **intereses patrimoniales y socioeconómicos** ya que directamente se garantiza el interés del titular del secreto de empresa -de ahí la condición de perseguibilidad del art. 287.1, que sí afecta a estos delitos-, pero también, como indica dicha rúbrica, los intereses del mercado y los consumidores (en relación a la concepción de los distintos delitos de la sección hay que remitirse a los temas 9, 10 y 11). Sí ha de quedar claro en todo caso que no se trata de proteger el mero interés de reserva del empresario, sino la relevancia económica que para el buen funcionamiento de la empresa en condiciones de competencia leal tiene la inversión realizada en procedimientos de trabajo, organización empresarial y elaboración del producto. Esto es, el interés "económico" de dicha reserva, siempre que el mismo sea relevante.

> Véase específicamente, por ejemplo, la propia sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2008 sobre el caso de este tema, que alude expresamente a la "competencia leal entre las empresas".

Son varios en todo caso los autores que reclaman su traslado a la Sección 2ª del Capítulo por su conexión con los delitos contra la propiedad industrial en cuanto también atentos a la tutela de la libre competencia. De ahí su estudio en este tema 8.

El **sujeto activo** lo será quien acceda al secreto, lo difunda, revele o ceda

o quien lo utilice. Estamos ante un delito común en el caso de las conductas de los arts. 278 y 280 y ante un delito especial en el de la del art. 279.

El **sujeto pasivo**, el agraviado al que se refiere el art. 287.1, lo será el titular del secreto de empresa. Aunque si entendemos que estamos ante un delito socioeconómico contra el mercado y los consumidores, al menos como referente mediato podrá entenderse que éstos también se ven perjudicados indirectamente por el delito.

El **objeto material**, en cuanto cosa corpórea sobre la que recae la acción del sujeto activo, hay que referirlo, cuando exista, al soporte físico que materialice el secreto: documentos, soportes informáticos u otros objetos. Otra cosa es, y muchos tribunales y autores se confunden al respecto, que todas las conductas vengan referidas al conocimiento de un "secreto de empresa", que puede o no estar contenido en dichos soportes.

> En nuestro caso, el "papel" y los "ficheros informáticos" que contenían la información recopilada por los procesados. Los documentos escritos y los soportes informáticos a que se refiere el art. 278.1 del Código.

5. Conductas incriminadas.

A. Descubrimiento ilícito de un secreto de empresa (art. 278.1).

Éste es el genuino espionaje industrial, que exige en el primer inciso del apartado 1 un **apoderamiento material o intelectual** de datos, documentos, soportes u objetos que contienen secretos de empresa. Siempre que se haga con la intención de descubrir un **secreto**, esto es, una información conocida por un reducido número de personas que no se desea se haga pública, siendo atípico el descubrimiento accidental o el apoderamiento de los objetos en cuestión cuando se realice con otra finalidad. Lógicamente, sancionándose sólo comportamientos dolosos.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el tipo no requiere necesariamente un apoderamiento documental como sí ocurre en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 (no, en cambio, en el art. 197.2), sino que basta con lo que se conoce como "**apoderamiento intelectual**", esto es, acceso al dato que permita conocer el secreto de empresa aunque no esté soportado por ningún objeto material.

Ejemplo clásico es el del dibujo a mano de diseños, componentes químicos, fórmulas o proporciones o la memorización tras visionado sin artificios técnicos de dicha información.

Aunque la doctrina no es unánime, parece difícil aceptar la posibilidad de comisión por omisión, ni en ésta ni en el resto de figuras delictivas.

Los **secretos** pueden venir referidos a aspectos técnicos, industriales, comerciales u organizativos de la empresa (no del empresario). Estamos ante un concepto jurídico indeterminado que ni define el Código Penal ni define la Ley 3/1991, que se refiere a "secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales". Más que una definición, doctrina y jurisprudencia insisten en que puede formar parte del concepto de secreto de empresa todo aquél que valorable económicamente permita posicionarse a ésta, dentro de su sector, en una determinada situación producto de su inversión, su gestión, su *know-how*, que la quiebra del secreto empeoraría. Siempre, claro está, que la propia empresa guarde confidencialidad al respecto.

Sí es hoy en día ya unánime la opinión, como refleja la propia Ley 3/1991, de que en el concepto no cabe incluir únicamente aspectos de **carácter** industrial, sino que el secreto puede referirse a cuestiones de personal, estructurales, de marketing, de selección de clientes, etc.

En doctrina y jurisprudencia es habitual la distinción entre **secretos industriales, secretos comerciales y secretos de organización y relaciones de la empresa**, si bien no hay unanimidad de criterio sobre la consideración de determinada información, tratada en ocasiones como secreto y en otras no. Por ejemplo, en relación con precios de venta al público, en sentido opuesto las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid 633/2009, de 23 de septiembre, y la de la Audiencia Provincial de Zaragoza 119/2009, de 11 de febrero.

No forma parte del concepto de secreto, obviamente, la información pública o publicitada, como aspectos registrales. Ni datos vinculados a objetos o procesos ilícitos como fórmulas de obtención de drogas ilegales. Ni, en este ámbito socioeconómico, información que únicamente afecte a la intimidad del empresario, como, por ejemplo, sus declaraciones impositivas.

Ejemplos tradicionales recurrentes en los tribunales son listas de clientes, listas de proveedores, precios de compra de materias primas, precios de venta del producto final, organigramas de personal, campañas publicitarias de futuro lanzamiento, además de, por supuesto, diseño del producto, fecha de lanzamiento, análisis financieros, etc.

La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 17/2011, de 25 de marzo, incluye toda información "utilizada y conservada con criterio de confidencialidad y exclusividad, en aras a asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de las empresas competidoras [...] sectores técnicos industriales de relación y organizativos de la empresa [...] ideas, productos o procedimientos que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, decide mantener ocultos. [...] informaciones, conocimientos, técnicas, organización o estrategias que no sean conocidas fuera del ámbito empresarial y sobre los que existe una voluntad de mantenerlos ocultos por su valor competitivo". Esta sentencia cuestiona que el listado de clientes pueda constituir secreto de empresa pero porque en el caso concreto el acusado los conocía por ser de la zona y no había existido ningún proceso de selección e identificación que hubiera requerido inversión alguna, a partir de estudios de mercado, por ejemplo, por parte de la empresa. Sí admite claramente como secreto dicho listado la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2010.

La consumación se produce con el apoderamiento del objeto, no del secreto, siendo posible la tentativa únicamente en relación a la acción vinculada con dicho objeto.

Junto al espionaje industrial que conlleva el apoderamiento se contempla también en el mismo apartado 1 del art. 278 la **interceptación de telecomunicaciones** o la utilización de cualquier otro artificio técnico a los que se refiere el art. 197.1 en el ámbito de tutela de la intimidad: escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, lo que permite sancionar también el denominado espionaje informático.

B. Comunicación de un secreto ilícitamente descubierto (art. 278.2).

Tipo agravado, este precepto sanciona con mayor pena la difusión, la revelación y la cesión a tercero del secreto descubierto ilícitamente. **Difusión** en cuanto comunicación con publicidad. **Revelación** entendida como comunicación a otra persona. O **cesión**, que implica la transmisión del soporte que incorpora el secreto.

Siempre, en los tres casos, que la comunicación la realice quien descubrió el secreto, concurran todos los requisitos del tipo básico (art. 278.1) y exista susceptibilidad de lesionar la capacidad competitiva de la empresa; si bien la consumación se produce no cuando se produzca el posible perjuicio sino con el acto de la comunicación, con recepción de la información ilícitamente obtenida, en sí.

C. Utilización o comunicación de un secreto lícitamente conocido (art. 279).

Se sanciona tanto la **utilización** en beneficio propio como la **difusión, revelación o cesión** a tercero de secretos que se conocen como consecuencia de la vinculación del autor con una empresa. Los dos supuestos, con requisitos comunes, difieren únicamente en la acción llevada a cabo por el sujeto activo (es difícil plantear supuestos de omisión) y en la menor pena de la primera, que no se contemplaba en el viejo Código Penal, en razón, seguramente, de la menor publicidad que se da al secreto y, en consecuencia, de la menor afección a la capacidad competitiva de la empresa.

Lo característico de ambas modalidades delictivas es que estamos ante un **delito especial propio** que sólo puede cometer quien está legal o contractualmente obligado a guardar reserva sobre el secreto en cuestión.

Dicha obligación no alcanza a todos los trabajadores de la empresa por el solo hecho de serlo, sino que ha de existir una **obligación específica** derivada del contrato que se tenga con la empresa (consejeros, directivos, trabajadores, clientes, proveedores) o de una ley específica (funcionarios en relación con el tratamiento automatizado de datos, la prevención del blanqueo de capitales, etc.), que puede alcanzar a quienes incluso ya no tengan ningún tipo de relación, siempre que se refiera a información conocida mientras existía la misma. Además han de concretarse los aspectos sobre los que ha de guardarse sigilo.

Como acepta la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, de 30 de septiembre de 2004, es necesario mantener una interpretación restrictiva de la obligación de guardar reserva, exigiendo que se contemple de modo preciso en una ley o un contrato.

Así, por ejemplo, el art. 227.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, prevé expresamente para los administradores el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.

Sin embargo, en el caso descrito al inicio del tema se considera la buena fe contractual suficiente para exigir responsabilidad por la utilización de los datos de la empresa de la que se procede.

Hay que distinguir en todo caso entre lo que es la obligación del **deber de reserva**, que puede dar lugar a responsabilidad penal, de lo que implica

vulneración de la **prohibición de competencia** mientras dura la relación laboral o incluso durante un determinado plazo de tiempo extinguida ésta. Pero no siempre está clara la distinción en los tribunales de justicia.

El art. 5 pfo. único letra d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores expresamente prohíbe a los trabajadores concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en la ley, términos que especifica su art. 21.

Recientemente el Tribunal Supremo ha confirmado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 2014 en el conocido como caso Cadtech y condena, pero a través de su Sala de lo Civil, a los extrabajadores de ésta, señalando que B.R. "[...] en horas de trabajo y utilizando los medios de la empresa que le pagaba, realizó los preparativos para crear una estructura empresarial con la misma actividad [...] y durante los meses de [...] procedieron al volcado masivo en USB y CD de las bases de datos desde la estructura empresarial, de los clientes y bases de datos", fijando únicamente una indemnización monetaria en un litigio que durante diez años recorrió la jurisdicción penal, la jurisdicción social y finalmente la jurisdicción mercantil.

La obtención de información luego utilizada para el mejor posicionamiento en el mercado lleva en cambio a la condena en sede penal en el caso objeto de comentario en este tema.

Será a este respecto muy frecuente la alegación de un **error** tanto sobre la obligación de no competencia como sobre la de la imposibilidad de disponer de la información que se posee por el tiempo pasado en la empresa cuyo secreto se utiliza. Téngase en cuenta que muchas veces a dicho secreto habrá contribuido el propio sujeto y será difícil distinguir lo que es creación propia de lo que son datos de la propia empresa.

El Código de 1995 elimina el requisito del viejo art. 499 de que se actuara "en perjuicio del dueño", pero la conducta del autor sí tiene que tener **potencialidad para poder vulnerar la capacidad competitiva de la empresa**.

La exigencia de la modalidad atenuada del pfo. 2 de actuar "**en provecho propio**", muy debatida en autores y tribunales, no requiere necesariamente la obtención de un beneficio económico directo, sino simplemente la utilización del secreto por quien lo conoció, en interés personal, sin comunicación a un tercero. Pero la finalidad económica siempre estará presente ya que esa utilización ha de posicionar al autor en su sector productivo en una buena si-

tuación menoscabando la capacidad competitiva de la empresa afectada. Si el provecho es a favor de tercero habrá que remitir la tipificación de la conducta al art. 279.1.

D. Utilización o comunicación de un secreto ilícitamente conocido (art. 280).

Se sancionan aquí todas las conductas de utilización, difusión, revelación y cesión descritas en los preceptos anteriores, siempre que las realice quien no haya participado en el descubrimiento del secreto, pero sea conocedor de su origen ilícito.

La discusión que plantea la doctrina, que no aclara del todo el legislador, es la de si cabe o no sancionar a quien utiliza el secreto que le comunica quien accedió a él lícitamente. Sí parece posible, entendiendo que la expresión "con conocimiento de su origen ilícito" se refiere al hecho de la comunicación y no al modo en que el descubridor accede al secreto.

Téngase en cuenta, por otra parte, que el que se exija "que no se haya tomado parte en el descubrimiento" impide apreciar este precepto en los supuestos no sólo de coautoría, sino también en los de participación por inducción o cooperación.

6. Autoría y participación en el delito.

Aunque en estos delitos no plantea problemas la concreción de la autoría y de la participación, téngase en cuenta la condición de delito especial, como se ha indicado, de los dos supuestos del art. 279, limitados a "quien tiene obligación de guardar reserva" en relación con el secreto que ya conoce.

7. Responsabilidad de las personas jurídicas.

En este caso la regla que corresponde aplicar del art. 288, común para todas las secciones del capítulo, es la del pfo. 2, 1º inciso 2; en concreto, la letra a) en todos los supuestos salvo el atenuado del art. 279.2, al que habrá que aplicar la letra b). Esto es, multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el primer caso. Y multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el segundo.

En ambos supuestos además de la posibilidad de imponer, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 (pfo. 2º).

El legislador, como antes se señalaba, en 2015 incorpora la multa por cuotas a la multa proporcional existente desde 2010, elevándola en el caso de la letra a).

8. Consecuencias jurídicas.

Las **penas** que prevén los distintos artículos, todas de prisión y multa, van desde la prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses del art. 279.2 en caso de utilización del secreto conocido lícitamente hasta la prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses del art. 278.2 en caso de difusión, revelación o cesión del secreto ilícitamente descubierto. Ello, sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos que en su caso incorporen el secreto descubierto (art. 278.3), lo que remite al concurso de delitos con los de apoderamiento o daños que proceda.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R.: "Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa. A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (*ex* artículo 197)", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2009, pp. 1 a 43 (http://www.indret.com/pdf/626.pdf).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España", *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 30, nº 88, 2009, pp. 93 a 134.

DOLZ LAGO, M.J.: "El marco legal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el derecho español, europeo e internacional", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIII, 2010, pp. 165 a 226.

GÓMEZ RIVERO, C.: *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, M.: "La autoría y la participación en los delitos contra la propiedad

intelectual cometidos a través de Internet: especial consideración de los proveedores de servicios", AA. VV. (edit. Romeo Casabona y Flores Mendoza), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada: Comares, 2012, pp. 143 a 173.

PLANCHADELL GARGALLO, A.: "Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial", *Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 21, 2007, pp. 145 a 161.

PUENTE ABA, L.M.: "El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual", *Revista Penal*, 2008, pp. 103 a 112.

RANDO CASERMEIRO, P.: "La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 1 a 47.

Tema 9

PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA Y DEL MERCADO DE VALORES

Adán Nieto Martín

Claves: En este tema se estudia el papel que desempeña el Derecho penal con el fin de proteger las reglas básicas que determinan el correcto funcionamiento de los mercados y la fijación de los precios. En épocas pasadas el legislador intervenía en esta materia fijando precios, pero hoy prefiere intervenir regulando el mercado y supervisando su correcto funcionamiento a través de autoridades administrativas. Lo que importa es por tanto proteger dos reglas básicas de comportamiento: compite lealmente -sin hacer trampas- y compite de manera efectiva, sin restringir la libertad de otros competidores. En el caso del mercado de valores, el Derecho penal tutela la herramienta básica para la formación de los precios: la información. En todo este Tema debes tener en cuenta que el Derecho penal ha jugado hasta ahora un papel muy marginal. El poder sancionador de las agencias administrativas ha sido mucho más importante. Muy importante: estamos en un sector del Derecho penal económico altamente europeizado.

I. El Derecho penal y la protección del mercado.

En este tema vamos a ocuparnos de los delitos que afectan a las reglas de funcionamiento básicas del "mercado". Aunque existen múltiples mercados (energético, de materias primas, audiovisual, de transportes, etc.) con reglas de funcionamiento específicas, los tipos penales que vamos a estudiar reflejan la estructura básica a que atiende el Derecho público tanto nacional como europeo.

De un lado, nos encontramos la **regulación del mercado de valores**, contenida en la Ley del Mercado de Valores y el Reglamento 596/2004 sobre abuso de mercado, cuyo funcionamiento se encuentra supervisado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la AEMV (Autoridad Europea del Mercado de Valores). En el mercado de valores las reglas de comportamiento

básicas se centran en la protección de la información. Se trata de garantizar tres reglas básicas: que ningún participante opere con una información que otros no tienen, que la información no sea manipulada y que los sujetos que emiten títulos valores sean transparentes y revelen con prontitud al mercado cuantos hechos sean relevantes para determinar el precio de sus acciones.

Los tipos penales que tutelan estas tres reglas básicas son el abuso de información privilegiada (art. 285), la manipulación de mercados (art. 248.2 y 3), la falsedad en el folleto informativo y la comunicación de hechos relevantes (art. 282 bis). Estos delitos constituyen el vértice de la pirámide de las infracciones administrativas contenidas en la Ley del Mercado de Valores. Como después veremos, la Directiva 2014/57/UE sobre sanciones penales aplicables al abuso de mercado, que debía haber sido transpuesta antes del 3 de julio del 2016, exige una mayor presencia del Derecho penal en detrimento de las sanciones administrativas. Observaremos por tanto, una vez transpuesta la Directiva, cómo la cima de la pirámide se ensanchará, reduciéndose su base.

De otro lado, encontramos la regulación del **resto de los "mercados"**, que se encamina a **preservar la libre competencia**, uno de los pilares de la Constitución económica consagrada en el art. 38 CE y los arts. 101 y 102 TUE. La protección de la libre competencia persigue la innovación y la mejora constante de los productos y servicios que se ofertan en el mercado. Mas ello, a diferencia de lo que pensaba el liberalismo clásico que dejaba todo al albur de la mano invisible del mercado, requiere la intervención del Estado con el fin de garantizar dos objetivos. El primero mantener el mercado abierto, con el fin de que en cualquier momento puedan entrar nuevos competidores. Por esta razón, la libre competencia es esencial para la libertad de empresa (art. 38 CE). El segundo objetivo es impedir comportamientos de los propios competidores que la restrinjan y la falseen. Estas restricciones se evitan y prohíben a través de dos cuerpos normativos conexos, colindantes: el Derecho de la competencia y el Derecho de la competencia desleal.

La Ley de Competencia Desleal establece unas reglas básicas de juego limpio entre los diversos competidores. Se trata de impedir que un exceso de competencia lleve a utilizar malas artes, contrarias a la buena fe (art. 4 LCD). En el ámbito penal los delitos de corrupción en los negocios y corrupción entre particulares que se estudian en el Tema 10 tienen como bien jurídico protegido la competencia leal. Pagar o pedir sobornos como condición para realizar un contrato u obtener cualquier tipo de ventaja competitiva constituye un acto de competencia desleal. Los comportamientos más clásicos en el marco de la competencia desleal han sido el espionaje industrial, el apro-

vechamiento indebido de la marca y, en definitiva, el prestigio de otro competidor, la revelación de secretos industriales o la utilización de publicidad engañosa. Estos actos de competencia desleal se sancionan mediante los delitos contra la propiedad industrial o el delito publicitario. Estos delitos, no obstante, sitúan en el primer plano de su protección los intereses patrimoniales de los propietarios de los derechos de propiedad industrial o los intereses de los competidores (vid. Tema 7). Como puede apreciarse, la competencia leal hasta la aparición de los delitos de corrupción en los negocios no ha encontrado una tutela independiente de la protección de determinados elementos patrimoniales en el Código Penal. Tras la reforma del 2012, el art. 311.2º ubicado entre los delitos contra los trabajadores, como se estudiará en el Tema correspondiente, tutela también la competencia leal.

El Derecho de la competencia, contenido en la Ley de Defensa de la competencia, tutela la libre competencia desde un ángulo diferente. Su cometido es **impedir que los competidores dejen de competir** llegando a acuerdos entre ellos y mantener el mercado abierto. Por ello, en primer lugar prohíbe todo tipo de pacto, acuerdo, práctica concertada o incluso comportamientos conscientemente paralelos que tengan o puedan producir una alteración de la competencia. Piensen por ejemplo en un reparto de mercados entre los competidores, en la fijación de precios o en el intercambio de información para acompasar sus estrategias.

Los mercados necesitan para ser eficientes, en segundo lugar, que en cualquier momento puedan entrar nuevos competidores y que los que existen no se fusionen dejándonos ayunos de competencia (art. 101 TFUE, art. 1 LDC). Por eso la legislación sobre la competencia establece un control sobre las concentraciones económicas con el fin de impedir posiciones dominantes en el mercado (arts. 7-10 LDC) y, cuando la posición dominante se ha obtenido de manera legítima, se prohíbe abusar de la misma (art. 102 TFUE, art. 2 LDC).

Estas reglas -no pactos, no abusos, libertad de entrada- son básicas y comunes a todos los mercados; no obstante existen mercados más sensibles donde se necesita una mayor regulación pública para garantizar su eficiencia. Tras la Ley 3/2013 el cumplimiento de todas las regulaciones relativas al mercado corresponde a una única autoridad: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con capacidad para investigar e imponer fuertes sanciones con el fin de asegurar su correcto funcionamiento.

La intervención del Derecho penal relativa a prácticas que restringen la competencia es muy fragmentaria. Se realiza a través de tres figuras que hasta ahora han tenido una importancia práctica muy limitada: el delito de altera-

ción de precios o maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 284), que constituye la figura central, el delito de alteración de precios en subastas públicas y concurso públicos (art. 262) y el delito de desabastecimiento de materias primas (art. 281).

Los tipos penales y las sanciones administrativas no guardan una relación piramidal o *in crescendo*, como ocurre con el mercado de valores. Más bien su diferencia responde a que tienen "genes diversos". Las sanciones administrativas son un reflejo de la legislación de la Unión Europea, del Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas de la competencia, que a su vez tiene su origen en la *Sherman Act* norteamericana. Los tipos penales proceden de la época de la codificación y sus orígenes pueden buscarse en el Código Penal napoleónico de 1810 y en la legislación francesa post revolucionaria (*Loi du Maximum général* de 4 de mayo de 1793).

II. La europeización del Derecho penal de los mercados.

El Derecho penal y sancionador administrativo de los mercados está fuertemente europeizado. Desde sus orígenes la Unión Europea dispone de un **derecho sancionador administrativo supranacional de la competencia**, con fuertes sanciones administrativas impuestas por la Comisión y que pueden ser recurridas ante el TJUE (art. 23 Reglamento 1/2003). Las infracciones de abuso de posición dominante y acuerdos restrictivos de la competencia previstas en la Ley de Defensa de la Competencia española son miméticas a las europeas. Las autoridades nacionales son competentes además para aplicar el derecho de la competencia europeo. La intervención de la Comisión y las sanciones previstas en el Reglamento 1/2003 se reservan para los casos más graves cuyos efectos transcienden a un mercado nacional (arts. 3 ss. Reglamento 1/2003).

Existe además una fuerte cooperación entre las autoridades nacionales de la competencia, los *partners* en cada país de la Comisión Nacional de los Mercados con el fin de investigar y sancionar estos comportamientos (arts. 11 ss. Reglamento 1/2003). Las autoridades de la competencia se auxilian e intercambian informaciones entre sí, que pueden ser utilizadas en los procedimientos nacionales como medios de prueba. Entre las sanciones supranacionales y las nacionales, tanto penales como administrativas, rige el principio de *ne bis in idem*, que tiene una formulación muy peculiar derivada

del principio de proporcionalidad (STJUE, 13-2-1969, asun. 14/68, Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt). El Derecho de la Unión Europea debe ser aplicado preferentemente al nacional, que siempre puede establecer un marco más estricto y sanciones, por ejemplo de carácter penal, más severas. Las sanciones supranacionales deben aplicarse de manera preferente a las nacionales, si bien nada impide una sanción nacional posterior, que deberá tener en cuenta la sanción supranacional para no resultar desproporcionada.

En las **sanciones relativas al mercado de valores** también nos encontramos con un **alto de grado de unificación y cooperación**. Nuestro Derecho se basa actualmente en la Directiva 2003/6/CE sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación de mercados, que dejaba gran libertad a los Estados miembros a la hora de utilizar el Derecho penal contra este tipo de conductas. Esta Directiva ha sido sustituida por el Reglamento UE 596/2014 sobre abuso de mercado y por la Directiva 2014/57/UE sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, que debió ser transpuesta antes del 3 de julio del 2016. Su transposición obligará a que el legislador tenga que modificar substancialmente los delitos contra el mercado de valores establecidos en el Código Penal. Hasta este momento la obligación de interpretar el Derecho penal español conforme a la Directiva es reducida. Como hemos visto en el Tema 2 la interpretación conforme no puede perjudicar a los ciudadanos frente al Estado.

El Reglamento 596/2014, sobre el abuso de mercado, regula los medios de investigación que necesariamente deben estar a disposición de las autoridades nacionales similares a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (registros de locales, acceso a bancos de datos, a grabaciones telefónicas de las empresas y servicios de inversión, a los datos de tráfico de llamadas telefónicas, etc.) y establece un sistema de cooperación entre ellas también muy avanzado. Las autoridades nacionales que descubran una infracción que afecte a instrumentos financieros que se negocian en otro mercado deben notificarlo de inmediato a la autoridad nacional competente (arts. 22 ss. Reglamento 596/2014).

La Agencia Europea del Mercado de Valores tiene además capacidad para imponer sanciones administrativas a las **agencias de *rating***. La crisis de la deuda pública, subsiguiente a la crisis financiera de 2008, llevó al legislador europeo a hacer una regulación propia de las agencias de calificación (Reglamento 1060/2009 sobre agencias de calificación crediticia y Reglamento 946/2012 estableciendo las sanciones que puede imponer la Agencia Europea). El monopolio que *de facto* tienen en este punto las agencias de *rating* norteamericanas, que son sociedades privadas, dejaba inerme al mercado de deuda pública ante posibles calificaciones malintencionadas, como se

puso de manifiesto en el transcurso de la crisis de la deuda pública del 2009 (*vid.* Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 2, de 30 de agosto de 2012, Proc. Abreviado 046/2011 E).

III. La protección penal de la libre competencia.

1. El delito de alteración de precios (art. 284.1º).

El art. 284.1º CP tiene como **bien jurídico la libre competencia**. Si bien con dos importantes restricciones. En primer lugar, de los diversos aspectos en que puede incidir la competencia (condiciones de servicio, calidad, formas de pago, etc.) se centra exclusivamente en **el precio**. La alteración de otras condiciones o prestaciones sobre las que puede incidir la libre competencia quedan en manos de la Ley de Defensa de la Competencia. Igualmente se trata de los precios que han de resultar de la libre competencia, lo que quiere decir que en caso de precios tasados no sería de aplicación este delito. Sin embargo, donde esta figura delictiva encontró históricamente mayor aplicación fue en relación a prácticas que afectaban a precios tasados, como el de la vivienda (véase, por ejemplo, STS de 9 de octubre de 1985).

En segundo lugar, si observamos las conductas sancionadas (violencia, amenaza, engaño), el art. 284.1º atiende a **garantizar prioritariamente la libertad de los operadores económicos concretos a la hora de fijar los precios**. Tutela la libertad individual para competir y por tanto la libertad de empresa (art. 38 CE) frente a ataques muy graves, que impiden la entrada de un competidor en el mercado, le obligan a abandonarlo o le impiden fijar el precio de los productos que estime convenientes. Este es el objetivo prioritario del art. 284.1º, según el cual las conductas típicas deben dirigirse **contra un partícipe en el mercado**.

El tenor literal del precepto no impide una interpretación más amplia en la que la violencia, amenaza y engaño se utilicen como forma genérica de manipular los precios. Poniendo ejemplos extremos: se realiza un atentado terrorista contra la sede social de una entidad cotizada con el fin de alterar sus cotizaciones o se adulteran sus productos. Como tendremos ocasión de ver esta interpretación amplia permite al art. 284.1º actuar como tipo de recogida de los comportamientos más específicos sancionados en los art. 248.2º y 284.3º y que tienen lugar en el mercado de valores. De este modo, este antiguo precepto puede seguir siendo operativo ante las manifestaciones más extremas de la manipulación de mercado.

El art. 284.1º describe de manera prolija el **objeto** de la acción: productos, mercancías, títulos valores, etc. En realidad se trata de cualquier bien o servicio sobre el que pueda efectuarse algún tipo de contrato. Dicho en negativo, lo único que queda fuera son las *rei extra commercium*, como las drogas (cárteles de la droga, que desde luego ejercen la violencia para fijar los precios y defender su espacio) o prestaciones de servicios contrarias al orden público (*vgr.,* prostitución).

> La selección de las conductas típicas que realiza el art. 284.1º responde a tutelar la libertad de actuación de los competidores frente a conductas muy graves: violencia, amenaza o engaño. En las reformas de 2003 y 2010 fueron desapareciendo otras modalidades típicas como la "difusión de noticias falsas" o el uso de "información privilegiada" y, ya antes, en el Código Penal de 1995 se había suprimido el término "maquinación", que daba nombre a este precepto (maquinaciones para alterar el precio de las cosas). Dada la ambigüedad de este término, era posible cierta elasticidad en la interpretación, que llevaba por ejemplo a que se pudiera especular con que un acuerdo entre empresas con la intención de alterar el precio pudiera constituir una maquinación (en contra, sin embargo STS 11-5-2004). Los recortes efectuados por el legislador han delimitado claramente este precepto de las conductas que se castigan a través de la Ley de Defensa de la Competencia.

La **violencia** y la **amenaza** son conductas muy poco habituales dentro de las relaciones económicas, aunque está bien que el Derecho penal reaccione específicamente ante este tipo de comportamientos. La previsión del **engaño** para alterar el precio podría llevar a cierta confusión con el delito de estafa. No obstante, estamos en situaciones bien diversas. Aquí se trata de un engaño dirigido contra otro competidor -no frente al consumidor final- con la finalidad de que altere los precios o productos que oferta en el mercado.

El comportamiento típico debe estar destinado a alterar los precios de manera general y no un acto aislado de contratación. El art. 284 tutela la libre competencia pero **no la libertad de contratación** entre las partes. Esta diferenciación permite, sin violar el principio *ne bis in idem*, sancionar de manera independiente los delitos que pudieran haberse realizado medialmente (amenazas, lesiones, etc.).

El art. 284 es un delito de **peligro abstracto**, formulado como delito de aptitud. El juez ha de demostrar que la conducta típica es idónea *ex ante* para la alteración de los precios, lo que obliga a realizar un complicado juicio hipotético ("hubieren de resultar de la libre competencia"): es preciso determinar

el precio en el caso de que la acción no se hubiese ejecutado y compararlo con el que habría de resultar como consecuencia del comportamiento típico.

Pese a ser un delito de peligro, en el tipo subjetivo del art. 284 no resulta suficiente el dolo de peligro. Es necesario que el autor actúe con dolo de lesión, esto es, con la intención expresa de alterar los precios.

2. La alteración del precio en subastas públicas (art. 262).

Caso de las licitaciones pactadas

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) sancionó a 35 empresas, entre ellas filiales de ACS, Sacyr o Ferrovial, con sanciones que ascendían a 98 millones de euros por repartirse la gestión de residuos y saneamiento urbano. Durante trece años (2000-2013) las empresas implicadas se repartían las licitaciones públicas de manera continuada en varias provincias, en la gestión de residuos industriales, en la recuperación del papel y cartón y en la actividad de saneamiento urbano. Para llevar a cabo estas prácticas, las empresas sancionadas se repartían dichas licitaciones presentando ofertas conjuntas bajo el modelo de UTE o acordaban no concurrir a una parte de la licitación a cambio de la posterior participación en dichas actividades. También llegaron a acuerdos para respetar a los clientes de sus competidores (públicos o privados), al tiempo que se repartían a los nuevos clientes, intercambiaban información comercial sensible, boicoteaban aquellas licitaciones que no se ajustaban a sus intereses o utilizaban a las asociaciones sectoriales para coordinar las actuaciones y las recomendaciones colectivas.

Información aparecida en Cinco Días, 26 de enero de 2015.

Los precios se determinan generalmente en el mercado a través del libre juego de la oferta y la demanda. Sin embargo, con el fin de obtener precios y condiciones de servicios mejores, empresas, particulares y sobre todo la Administración pública recurren a sistemas de "juego" más eficientes como son las subastas y los concursos. Estos mecanismos posibilitan una confrontación entre los oferentes más directa y transparente, que permite al demandante obtener el servicio que mejor se ajusta sus necesidades y al mejor precio. El **bien jurídico** protegido en el art. 262, al igual que en el art. 284.1 es la protección de la libre competencia, pero adaptando su protección al supuesto específico en que el mecanismo de contratación elegido es la subasta o el concurso.

Con ello se tutela también el correcto funcionamiento de este **singular proceso de contratación** debido a su especial importancia en las relaciones económicas. Las **subastas** y los **concursos** han sido los medios habi-

tuales empleados por la administración para la realización de sus contratos y hoy en día son cada vez más las empresas que utilizan este mecanismo conforme a sus reglas internas de contratación. Igualmente la subasta es también el medio de fijación de precios en mercados tan sensibles como el eléctrico.

> El origen histórico del art. 262 confirma la protección de la subasta y el concurso como herramienta de fijación de los precios en mercados o situaciones muy especiales: su inclusión en el CP se realiza en el marco de la desamortización que llevan a cabo los gobiernos liberales del siglo XIX, donde la subasta fue el método elegido para la venta de los bienes procedentes de "manos muertas". Otra cosa es que las conductas descritas actualmente en el art. 260 se ajusten a los tipos de manipulaciones que hoy pueden producirse en las subastas más relevantes como son las del mercado eléctrico.

En el caso de la Administración pública, la mayoría de las conductas que atentan contra la funcionalidad del sistema de contratación no provienen de afuera, de enemigos externos, como son los casos a los que se refiere el art. 262, sino desde dentro. Los propios cargos públicos manipulan, en ocasiones, los procesos de contratación administrativa a través de diversos comportamientos que este precepto no contempla: establecer perfiles muy específicos que sólo cumplen varios concurrentes, excluir ilegítimamente a otros, valorar arbitrariamente las ofertas de los distintos licitantes o simplemente saltarse los procedimientos de contratación administrativa más rigurosos con el fin de utilizar los más laxos como la adjudicación directa, troceando la misma en pequeños contratos, que por su volumen global debían haber sido objeto de un procedimiento especial. Con el fin de sancionar estos ataques desde dentro resulta de especial utilidad el **delito de fraude** del art. 436 que sanciona la concertación entre el funcionario público encargado de cualquier acto de contratación con los interesados (en este caso licitadores), con el fin de perjudicar a un ente público.

La protección de una herramienta esencial en la fijación de precios no quiere decir que no se tutele también **de manera mediata el patrimonio** del convocante. Sin embargo, dado el carácter de delito de peligro del art. 262 sería un precepto muy cuestionable si entendiéramos que se tutela prioritariamente el patrimonio. Nada explicaría por qué sancionar con tan duras penas comportamientos muy alejados todavía del perjuicio patrimonial. La conducta de solicitar una ventaja económica por no participar en una subasta supone un adelanto más que considerable de la protección del patrimonio del convocante.

En cualquier caso debe subrayarse que resulta una obligación procedente del Derecho de la Unión Europea el contar con uno o varios preceptos que protejan mediante sanciones "proporcionales, disuasivas y eficaces" sus intereses financieros (art. 325 TFUE). Esta obligación afecta tanto a aquellos casos en que la Unión Europea contrata directamente como, con más frecuencia, a aquellos contratos de obras o servicios financiados con fondos europeos. Por esta razón han existido varios intentos de armonizar esta figura delictiva.

> Klaus Tiedemann, en el marco del proyecto sobre Eurodelitos (vid. Tema 2) donde se propusieron una sería de tipificaciones comunes para armonizar el Derecho penal económico, propuso este tipo penal que refleja las diferentes tradiciones europeas en el castigo de esta conducta.
>
> "Art. 37. Manipulaciones restrictivas de la competencia en licitaciones y subastas.
>
> 1. Será castigado con [...] quien en un concurso relativo a la concesión de un contrato de suministro de mercancías o de prestación de servicios profesionales o mercantiles o en una subasta pública:
>
> a) presente ofertas que sean resultado de un acuerdo antijurídico;
>
> b) amenace, engañe o coaccione a otros licitadores; o
>
> c) actúe colusivamente con quienes resultan competentes para la concesión del contrato o intervengan en la concesión.
>
> El concurso a que se refiere el apartado primero comprende tanto la contratación negociada como los concursos de proyectos."
>
> (Tiedemann/Nieto, *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*).

Conforme al bien jurídico protegido, el tipo penal abarca **cualquier subasta o concurso público** y no solo aquéllos organizados por las Administraciones públicas. No obstante, para la interpretación de estos términos resulta esencial la legislación de contratos del Estado vigente en el tiempo en que fue aprobado el Código Penal, pues existía una clara voluntad del legislador de coordinar ambos textos normativos. El concurso y la subasta constituían las dos herramientas básicas de la contratación de acuerdo con la normativa tradicional de contratación pública. Ambas figuras tienen en común, además de que se rigen por un procedimiento, el que buscan la concurrencia de varios licitadores, pero mientras que en la subasta la adjudicación del contrato debe hacerse a aquel licitador que presente el precio más bajo, en el concurso debe hacerse a quien haga la proposición más ventajosa, atendiendo a otros factores. De esto modo, los términos concurso y subasta exigen:

(a) la existencia de varios licitadores, (b) que concurren para ser elegidos en conformidad con unas normas de procedimiento, y (c) en atención a unos criterios establecidos con antelación por la persona que convoca el concurso. No constituyen, por tanto, un concurso o subasta públicos aquellos casos en los que se piden simplemente varios presupuestos para quedarse con el que se considere más conveniente.

Las conductas descritas en el art. 262 atentan contra los dos pilares sobre los que se sostiene la eficiencia de estas dos herramientas: la libertad de acceso a la licitación y la igualdad de oportunidades de los postores. Las conductas típicas conforman un **tipo mixto alternativo**, que puede realizarse a través de alguna de estas formas:

1ª **Solicitar una compensación** económica con el fin de no tomar parte en un concurso u ofrecerla con el fin de alejar a alguno de los participantes. Conforme a esta descripción resulta atípico limitarse aceptar la compensación económica (*vid*. no obstante SsTS de 7 de diciembre de1967 y de veinticinco de marzo de1976).

2ª **Intentar alejar** a los participantes de un concurso o subasta mediante amenazas o cualquier otro artificio.

3ª **Concertarse** los participantes en una subasta o concurso con el fin de alterar el precio. Se trata del comportamiento más usual en la práctica, en el que los diversos licitadores pueden por ejemplo repartirse los mercados o pactar previamente a la presentación de sus ofertas (presentando ofertas inasumibles) con el fin de predeterminar su resultado. Estos acuerdos suelen prolongarse en el tiempo, al igual que las prácticas restrictivas de la competencia.

> En esta conducta los autores deben actuar con la finalidad específica de alterar el precio. Esta restricción carece, sin embargo, de sentido dado que como hemos visto la dualidad concurso/subasta implica tutelar cualquiera de los objetivos relevantes para el convocante de la contratación y no sólo el precio. Igualmente deja fuera del tipo, y en manos del Derecho sancionador de la competencia, el intercambio de información u otros tipos de prácticas concertadas no encaminadas de manera expresa a la alteración del precio. Pese a las restricciones del tipo penal, la práctica en nuestro país, como muestra el ejemplo del comienzo del epígrafe, lleva estos casos de manera injustificada al terreno del Derecho sancionador administrativo. La Comisión Nacional de los Mercados debería notificar estos casos al Ministerio Fiscal para que comprobara los indicios de criminalidad y sólo una vez desechados estos tendría sentido la vía del derecho sancionador de la competencia. Además, como después veremos, estos comportamientos pueden ser considerados un delito de estafa en muchos casos.

4ª **Abandono** de la subasta o concurso tras haber obtenido la adjudicación. Esta conducta obliga a convocar una nueva subasta o concurso en la que ya todos los participantes conocerán las posiciones del resto, lo cual menoscaba notablemente su funcionalidad (vid. AP Albacete, sentencia de 22 octubre de 1998).

Autores del delito pueden ser únicamente los **participantes** presentes o potenciales en la subasta. Cuando el delito se cometa, como es habitual, en el marco de una persona jurídica, sólo resultan autores quienes dentro de ellas tienen capacidad de decisión para determinar si se participa o no en una subasta o hacer que la empresa se comporte según el acuerdo de voluntades surgido en el acuerdo.

El art. 262 constituye un delito de **peligro abstracto**. El juez no está obligado a demostrar que la conducta típica es idónea para ocasionar un perjuicio patrimonial a quien realiza el concurso o subasta o a otros participantes. En la tercera conducta descrita no resulta necesario tampoco que se haya realizado una oferta a partir del acuerdo previo. La legitimidad de un adelanto de barreras tan decisivo debiera estar condicionada a la posibilidad de dar relevancia al arrepentimiento activo como causa de exclusión de la pena. No tiene sentido castigar por ejemplo a los que han realizado un acuerdo, pero después no lo han hecho efectivo, presentando ofertas independientes a la subasta.

La totalidad de los comportamientos son **dolosos**. El autor debe conocer que su conducta afecta a la eficiencia del concurso/subasta.

El art. 262 no ha sido un precepto excesivamente aplicado en la práctica por lo que no ha planteado **problemas concursales**. No obstante, y a la vista de la experiencia de ordenamientos como el alemán, resulta conveniente plantearse la posibilidad de que aparezca un delito de estafa, frente al convocante de la subasta, a través de la conducta de concertación. Quien convoca una subasta o concurso espera que todos los licitadores concurran a ellas presentando ofertas que respondan a su capacidad real para realizar el contrato. La presentación de ofertas irreales, fruto del acuerdo, con el fin de que salga beneficiado un determinado licitador es una puesta en escena, que constituye un engaño bastante, salvo que exista algún tipo de colusión con los convocantes, mientras que la adjudicación de la subasta constituiría el acto de disposición patrimonial.

El aspecto más discutido en la construcción de la estafa es la existencia de un **perjuicio** cuando el valor de la adjudicación no sea superior al valor medio del merca-

do, lo que puede ser complejo de determinar, sobre todo en el caso de grandes obras públicas. Un método alternativo, seguido por la jurisprudencia alemana, consiste en comparar el precio pagado por el servicio con el precio hipotético que hubiese resultado de un concurso/subasta público correctamente ejecutado. Dado que constituye una regla asentada en la experiencia que la existencia de un acuerdo conlleva la fijación de precios superiores, el perjuicio aparecería casi de inmediato aunque no se llegara a determinar exactamente cuál fue su cuantía. En caso de producirse un delito de estafa entre el art. 262 y el art. 248 habría que considerar que se ha producido un concurso medial debido a la diversidad de bienes jurídicos.

3. Detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281).

Caso Iberdrola

"Iberdrola urdió un plan para alterar el precio de la luz y obtener "un lucro ilícito de 20 millones de euros" durante el invierno de 2013 y coincidiendo con una ola de frío, según afirma el fiscal anticorrupción Antonio Romeral en la denuncia que ha presentado en la Audiencia Nacional contra los responsables de la compañía.

Es la primera vez que la Fiscalía Anticorrupción lleva a los tribunales penales a una eléctrica; en este caso "por un delito contra el mercado y los consumidores del artículo 281 del Código Penal", explica el fiscal.

Los hechos que investiga ahora el juez Ismael Moreno se produjeron entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2013. [...] El fiscal Antonio Romeral destaca en su denuncia que Iberdrola "con la finalidad de lucrarse ilícitamente, ideó y puso en funcionamiento un sistema para incrementar el precio de la energía que vendía, más allá del que debiera resultar de la libre concurrencia de la oferta y la demanda". Según Anticorrupción, la empresa aumentó el precio en las ofertas de energía eléctrica de sus centrales hidráulicas del Duero, Sil y Tajo "a un nivel por encima del precio del mercado diario". Y lo hizo, señala el fiscal, "sin causa legítima que lo justificara". Ese aumento por encima del precio de mercado "impedía casar las operaciones"; es decir, sacó de la negociación de la subasta eléctrica la producción de esas centrales.

El sistema de fijación del precio de la electricidad en el mercado mayorista funciona como una subasta, en la que cada productor va entrando con un precio determinado y se van cruzando la oferta y la demanda (casación). La última central que participa, la más cara, marca el precio que luego cobran todas. Si se oferta menos energía, por ejemplo porque algunas centrales retiran sus ofertas, el precio se encarece. Según el fiscal, al retirar la producción de las hidráulicas, las compras se casaron con la energía procedente de las centrales de ciclo combinado, a un precio superior."

Notica extraída de El País, 11 de mayo de 2017.

La detracción de productos del mercado con el fin de incrementar los precios o perjudicar a los consumidores ha sido una constante de la historia económica, que se ha producido sobre todo en épocas de escasez y ha venido unida generalmente al intento de vender determinados productos por encima del precio fijado por la administración. La detracción de productos era la forma de conformar un "mercado negro" o el "estraperlo" en el que determinados productos pueden adquirirse a un precio superior al fijado administrativamente. En la posguerra española, en pleno racionamiento económico y con sistemas estrictos de fijación de precios, estas conductas eran sancionadas penalmente y perseguidas por la Fiscalía de Tasas, creada expresamente por el Régimen de Franco para actuar en este ámbito y que generó altísimos niveles de corrupción.

El desabastecimiento de productos del mercado en el marco de una economía regida por la libre competencia y sin intervencionismo estatal es sin embargo una conducta que necesariamente debe seguir manteniéndose en el Código Penal. Por ejemplo, en la India (Bengala) murieron en 1943 tres millones de personas como consecuencia del acaparamiento por algunos especuladores de trigo y otros granos básicos. E igualmente hoy se constata como en relación a diversos productos como el café un número muy pequeño de distribuidores controla el mercado mundial.

El art. 281 es un **delito pluriofensivo**. De manera independiente protege tres intereses diferentes que pueden converger o no, dependiendo de los casos. De un lado, protege los intereses económicos de los consumidores, de otro la correcta formación de los precios, y de otro, más en general, el correcto funcionamiento del mercado. En algunos casos los tres intereses pueden verse afectados simultáneamente por el comportamiento típico: se detraen del mercado productos, para que suban los precios y así afectar a los consumidores. Pero es perfectamente posible que la detracción persiga únicamente desabastecer momentáneamente el funcionamiento del mercado, con el fin de perjudicar a un competidor o una determinada empresa, sin que ello se traduzca en un perjuicio para el consumidor final. En cualquier caso estos tres intereses en juego sólo se tutelan en el caso de **materias o productos de primera necesidad**, concepto que puede ser interpretado de manera sistemática con lo establecido en el art. 250. 1 2º en relación al delito de estafa. Esto permite ampliar el objeto de la acción bienes como la vivienda, pero también a determinados productos inmateriales como el suministro de agua o de electricidad. A diferencia de lo que ocurre en el art. 284.1º, los precios no necesariamente han de ser los que habrían de resultar de la libre competencia, por lo que cabe que la conducta se refiera a precios fijos.

Estas posibles variantes consecuencia de los intereses en juego son relevantes tanto en el tipo objetivo como en el subjetivo. El art. 281 es un **delito de resultado cortado y de peligro**. La conducta típica, detraer, debe hacerse con la intención - dolo directo- de lesionar alguno de los tres intereses protegidos. Existe delito si el autor no tenía intención de perjudicar a los consumidores, pero sí por ejemplo a un competidor. Por otro lado, dentro de los delitos de peligro, el art. 281 es un delito de idoneidad, debiendo medirse la idoneidad de la conducta en relación al objetivo específico que persiga el autor: el desabastecimiento, la alteración de los precios o el perjuicio a los consumidores.

La **conducta típica** común a cualquiera de sus modalidades es la de detraer, que de acuerdo con el diccionario de la Real Academia equivale a sustraer y por tanto a un comportamiento activo. El principal interrogante que plantea este verbo típico es si admite una modalidad de comisión omisiva. El tenor literal posible del verbo detraer permite que también pueda considerarse incluidos supuestos en los que el autor no pone en el mercado un producto que tiene previamente en su poder porque lo produce o porque lo posee con anterioridad a que surgiera en él la intención de desabastecer el mercado o sufrir los precios. Esta modalidad omisiva solo es posible cuando normativamente el autor tiene la obligación de poner en el mercado el producto o servicio que tiene en su poder, lo que se produce fundamentalmente cuando goza de una posición dominante en relación al mismo. En esta situación no poner en el mercado un bien o servicio equivale a detraer dicho bien del mercado.

Supone, sin embargo, una clara interpretación analógica considerar que la detracción pude realizarse también mediante la **no producción del bien** o servicio o la producción en una escala menor o de un modo diferente, como ocurría en el caso del ejemplo en que la energía se producía no a través de centrales hidráulicas, sino de gas (ciclo combinado). Esta conducta se sanciona administrativamente mediante el art. 1.1 b) Ley de Defensa de la Competencia, en la que se sanciona la realización de acuerdos "con el fin de limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones". Una interpretación sistemática del CP con este precepto nos conduce a la conclusión que la limitación de la producción, salvo que sea fruto de un acuerdo entre varios productores, resulta atípica en nuestro ordenamiento.

IV. La protección penal del mercado de valores.

1. El mercado de valores y el Derecho penal del mercado de valores.

A. *Títulos valores y mercados de valores.*

Entender las distintas figuras penales que a continuación van a estudiarse requiere, aunque sea de modo somero, conocer las reglas de funcionamiento básicas del mercado de valores, que conjuntamente con las entidades de crédito conforman el sistema financiero. Los mercados de valores, de los cuales la bolsa es el más conocido, constituyen una pieza central del sistema económico actual, cuya finalidad es **canalizar el ahorro** hacia determinados valores o productos financieros. Si el mercado funciona correctamente, el ahorro debiera preferir las acciones y productos financieros más rentables y que además pertenecen a los empresas más competitivas. Teóricamente al menos, el mercado debe servir para financiar a los mejores.

> Los preceptos que vamos a estudiar a continuación tienen como **objeto de la acción** cualquier tipo de valor -no únicamente acciones u obligaciones- que se negocia en un mercado financiero. Los tipos penales utilizan en este punto elementos normativos cuyo significado debe buscarse en la Ley del Mercado de Valores: "valor o instrumento financiero". El art. 2 de este texto se encarga de enumerar los distintos instrumentos financieros (acciones, obligaciones, *warrants*, derechos de suscripción, participaciones en instituciones inversión colectiva, preferentes, contratos de opciones y futuros etc.).

Los **diferentes valores o instrumentos financieros** pueden clasificarse en renta fija (por ejemplo, deuda pública u obligaciones) y renta variable (acciones), pero también en activos subyacentes y derivados (futuros, opciones, *warrants*, *swaps*). Estos últimos contienen derechos u obligaciones relativas a los activos subyacentes: por ejemplo, un derivado puede ser simplemente el derecho a comprar una acción en el futuro a un precio fijo, previamente determinado, o al precio que tenga en el futuro. Cada uno de estos valores o instrumentos se negocia en un mercado determinado, razón por la cual los tipos penales han sido configurados también de manera amplia: el art. 285 que contiene el delito de abuso de información privilegiada se refiere igualmente a cualquier "mercado, oficial o reconocido". Igualmente el art. 282 bis menciona cualquier información que deba darse conforme a la Ley del Mercado de Valores, cuya regulación comprende más mercados que el bursátil.

Los mercados pueden dividirse en dos grandes grupos: el mercado primario y el secundario. El **mercado primario** es aquél en el que el título o valor se transmite por primera vez (la sociedad A realiza una ampliación de capital y oferta por primera vez las acciones correspondientes); el **mercado secundario** es el que permite negociar -comprar y vender sucesivas veces- los valores o instrumentos financieros una vez que han sido transmitidos por primera vez en el mercado primario. En la bolsa tienen lugar ambos tipos de transacciones, pero existen otros mercados financieros que son sólo mercados secundarios o mercados secundarios oficiales, a los que se refiere el art. 43 LMV (mercado de deuda pública en anotaciones, mercados de futuros y opciones, mercado de renta fija, AIAF o cualesquiera otros que, cumpliendo los requisitos, sean autorizados por las comunidades autónomas con competencia en esta materia). El art. 285 habla también de mercado reconocido, pero este término, tras la reforma operada en la Ley del Mercado de Valores en 1988 ha dejado de tener vigencia. El mercado reconocido era la AIAF (Asociación de Intermediarios de Activos Financieros), que hoy se contempla como un mercado oficial más.

En los últimos tiempos han aparecido instrumentos financieros que se negocian en **mercados que no son oficiales** o que se negocian en **mercados no organizados** (mercados extrabursátiles). Estos instrumentos representan además un nuevo tipo de derivados que no dan derechos sobre títulos subyacentes, sino otros cuyos rendimientos se refieren a sus cotizaciones o toman como precio de referencia determinados índices, como por ejemplo ocurrió en el caso del LIBOR, o como los índices referidos a materias primas. En estos casos la manipulación del activo subyacente o del índice o incluso la especulación con los alimentos tiene como interés aumentar ilícitamente las ganancias de este tipo de productos. La nueva regulación europea del abuso de mercado quiere **tutelar al inversor** de este tipo de instrumentos por lo que será necesaria una ampliación de estos tipos penales en el futuro; en ello ha tenido gran influencia el escándalo del LIBOR.

Caso de la manipulación del LIBOR

El LIBOR es el índice al cual los bancos se prestan dinero entre sí. Este índice se fija por una asociación con sede en Londres a partir de las informaciones remitidas por los propios bancos. Y es utilizado por muchas hipotecas en todo el mundo además de por productos financieros; se calcula que en general los productos vinculados a este índice tiene el valor de cinco veces el PIB mundial. Es el Euribor fuera de la zona euro.

El "fraude del LIBOR" consistió en que algunos bancos, según les conviniera una subida o bajada del mismo, comunicaban informaciones falsas: algunos empleados del banco actuaban de acuerdo con *brokers* que negociaban productos referenciados al LIBOR. En otras ocasiones los bancos pretendían dar una impresión de solvencia económica. Los hechos han sido sancionados con multas en el RU, EEUU, Alemania y la Comisión Europea y se han impuesto penas de prisión en el RU.

Aunque desde el punto de vista de la protección del inversor y sus intereses patrimoniales, la ampliación de los delitos relativos al mercado de valores a estos nuevos instrumentos no plantea problemas, lo que sí parece claro es que estos nuevos instrumentos financieros no cumplen con la función económica tradicional de los mercados financieros que como indicábamos era la canalización del ahorro hacia las mejores empresas. La **legitimidad** del Derecho penal no es mayor en este caso que la que habría para proteger a los clientes de un casino de juego, también consumidores, ante posibles maniobras fraudulentas. La protección de la información mercado de valores, al igual que la competencia, se justifican porque cumplen una función social, que sirve para mejorar la economía – canalizar el ahorro a las empresas más competitivas – que en estos supuestos no aparece por ningún lado.

B. *La transparencia informativa.*

Con independencia de cuál sea el instrumento que se negocie y el mercado en que se haga, el principio regulador básico del mercado de valores es la **transparencia informativa** o revelación total (*full disclosure*) de la información. Este principio, que resulta esencial para entender el bien jurídico de cada uno de los preceptos que vamos a estudiar, atiende a varios objetivos. En primer lugar los mercados sólo funcionan de manera correcta y cumplen bien sus funciones cuando los precios de cada instrumento reflejan bien la información que se dispone sobre el mismo; es decir, **los mercados funcionan bien cuando el precio representa su valor real**. Antonio Machado formuló con gran claridad lo que los economistas llaman eficiencia informativa: "solo un necio confunde valor y precio". Si el precio y el valor difieren mucho, comprar y vender resulta muy complejo porque exige un gran esfuerzo disponer de la información relevante que nos indique cuál es el verdadero valor. La transparencia informativa tiene también como objetivo **incrementar la confianza** de los inversores. Pocos de nosotros confiaríamos en un mercado de valores si supiéramos que hay personas que juegan con ventaja: que disponen y utilizan información que otros no tienen porque la han adquirido de manera ilícita o porque simplemente su trabajo les permite conocer antes y mejor que nadie determinada información (por ejemplo, la situación de una

empresa). El que la confianza aumente significa que habrá más inversores y esto redunda en la eficiencia del mercado, que funciona mejor cuantos más inversores acudan al mismo. Finalmente, la transparencia informativa resulta una herramienta clave para la **tutela de inversor** y sus intereses patrimoniales. El que la información que llega al mercado llegue cuanto antes, llegue de forma que sea comprensible para el inversor medio y además no sea falsa o susceptible de llegar a error es imprescindible para la toma de decisiones correctas por parte del inversor.

Debido a las razones que acaban de apuntarse **el epicentro de la regulación de los mercados reside en la regulación de la información** y el principal objetivo de los supervisores (Comisión Nacional del Mercado de Valores) es que se respeten una serie – cuatro - de reglas básicas. Conocerlas es imprescindible para entender la estructura de la intervención del derecho penal en el mercado de valores.

La primera regla es que cuando un emisor -*vgr*., una sociedad cotizada- quiere colocar en el mercado un nuevo valor o instrumento financiero debe **informar** del mismo minuciosamente a los inversores a través del **denominado folleto de inversión**, cuyo contenido se regula en el art. 37 Ley del Mercado de Valores, que responde a la normativa europea en esta materia. Este folleto debe contener toda la información necesaria para que un inversor medio decida o no invertir en él; por esta razón debe presentar la información de manera fácil y comprensible. El art. 282 bis tutela el que la información del folleto sea presentada de manera completa y correcta. Este folleto completa la información que se da en las cuentas anuales, que también en el caso de las cotizadas reviste características específicas encaminadas a lograr una mayor transparencia (arts. 536 y ss. Ley de Sociedades de Capital y arts. 118 y ss. Ley del Mercado de Valores).

La segunda regla es que los emisores de productos financieros informen **con prontitud** de toda **información que resulte relevante** para determinar su valor y por tanto su precio. Son los denominados **hechos relevantes** a los que se refieren el art. 228 Ley del Mercado de Valores y el art. 17 del Reglamento Unión Europea sobre el Abuso de Mercado. Los hechos relevantes representan una obligación de comunicación que tiene que ver con el acaecimiento de un hecho excepcional. La corrección en la comunicación de los hechos relevantes se tutela a través del art. 282 bis CP, conjuntamente con la falsedad en el folleto.

La tercera regla tiene como finalidad que **todos los inversores estén**

en condiciones de igualdad a la hora de acceder a la información. Esta regla se traduce en la siguiente prohibición: nadie puede utilizar esta información en el mercado que no esté a disposición del resto, sobre todo cuando quienes la pretenden utilizar son aquéllos que por su profesión tiene un acceso privilegiado a la misma. Ello rompería la igualdad informativa entre todos los participantes. El delito de abuso de información privilegiada es el encargado de sancionar las infracciones a esta regla de conducta básica (art. 3 Directiva sobre abuso de mercado). El art. 285 contiene sanciona el abuso de información privilegiada. Como veremos la Directiva europea de abuso de mercado obliga a una profunda revisión de este precepto.

La tercera y la segunda regla son independientes, aunque indudablemente complementarias. Son independientes porque los sujetos son distintos. Los **obligados a comunicar** los hechos relevantes son los emisores. Los **obligados a no utilizar información privilegiada** somos todos. Son independientes también porque el concepto de hecho relevante es más estricto que el de información privilegiada: todo hecho relevante es información privilegiada, pero no viceversa. El conocer que el gobierno va a intervenir una entidad de crédito es información privilegiada, pero no constituye un hecho relevante que haya que comunicar. Ahora bien, pese a su independencia, no puede negarse que constituyen mandatos complementarios y de aquí se desprende la siguiente regla de conducta: hasta que no hayas hecho pública la información relevante, tienes prohibido utilizarla. Igualmente el publicar de manera rápida los hechos relevantes previene la utilización de manera privilegiada de esta información.

El cuarto de los mandamientos es el que obliga a **no falsear** la información relevante para el precio de los valores e instrumentos financieros. También afecta a todos, a diferencia de lo que ocurría con la falsedad en el folleto y con la comunicación de los hechos relevantes, que afectan a los emisores. Por eso el art. 284.2 y 3 Código Penal, que se ocupa castigar la violación de esta regla, vuelve a ser un delito genérico. Esta regla puede infringirse de varias maneras. La primera de ellas, la más clásica, es transmitiendo información falsa o engañosa o suministrando datos falsos. Pero también puede violarse a través de la realización de operaciones simuladas o reales. Por ejemplo, multiplicar innecesariamente las operaciones, a través de compras y ventas sucesivas de un mismo título, con el fin de transmitir al mercado un interés (una mayor demanda) sobre un título que lógicamente repercutirá en un alza de su precio. Estos comportamientos son los que se denominan **manipulación de mer-**

cado (art. 5 de la Directiva sobre abuso de mercado). El Código Penal recoge estos comportamientos en los art. 248.2º y 248.3º, pero como veremos de una manera bastante deficiente que debe obligar a una pronta **reforma**.

En realidad a lo largo de este apartado constataremos como el Derecho penal del mercado de valores necesita ser "reseteado" de manera urgente con el fin de adecuarse a la Directiva sobre abuso de mercado, pero también con el fin de establecer incriminaciones coherentes con la regulación del mercado de valores.

2. Regulación y control en el mercado de valores.

El Derecho del mercado de valores se caracteriza por un sistema de regulación y de ejecución muy particular, que resulta muy importante para valorar la eficacia del sistema e incluso la legitimidad de la intervención del Derecho penal.

Las infracciones que componen la figura del abuso de mercado, pero especialmente la manipulación de mercado, se mueven en terrenos inseguros. En muchos casos **la línea divisoria que marca las operaciones lícitas de las ilícitas no se encuentra trazada con claridad**. Por ello, el art. 13 del Reglamento de abuso de mercado se ve en la necesidad de regular un procedimiento para establecer qué prácticas de mercado resultan aceptadas (es decir, son lícitas) y el art. 5.2 de la Directiva que armoniza esta infracción penal, concluye indicando que la manipulación de mercado no será sancionada cuando "las razones por las que la persona que hubiese efectuado la operación o dado las órdenes de negociación sean legítimas y esas operaciones u órdenes se ajusten a las prácticas de mercado aceptadas en el centro de negociación de que se trate".

Son las autoridades del mercado de valores, nacional y europea, las que a través de un procedimiento muy singular, el denominado método *Lamfalussy*, determinan en última instancia muchas de las conductas prohibidas, a través de la fijación de *safe harbours*. El margen de libertad con que se mueven es mucho más amplio que el que existe en las decisiones administrativas y, mucho mayor aún que el que tiene la Administración a través de su potestad reglamentaria. Por si fuera poco, que las mismas autoridades que se encargan de sancionar (administrativamente) fijen los comportamientos que van a ser objeto de sanción es algo que no encaja con una mínima separación de poderes inherente al Estado de Derecho.

La segunda característica de los mercados de valores que debe tenerse en cuenta en sede penal afecta a su **sistema de supervisión**. Dado que descubrir una práctica abusiva en la inmensidad de las operaciones que se realizan en el mercado es como encontrar una "aguja en un pajar", la legislación del mercado de valores encarga a las agencias de valores -a los *brokers*– una función de contenido público como es la de denunciar operaciones sospechosas. El art. 16 del Reglamento señala expresamente que los organismos gestores del mercado y las empresas de servicios de inversión deben establecer y mantener mecanismos, sistemas y procedimientos eficaces para prevenir y detectar las operaciones con información privilegiada y las manipulaciones de mercado. Estos deberes implican la obligación de notificar a la autoridad del mercado las órdenes de operaciones que resulten sospechosas de información privilegiada o manipulación de mercado. Como puede apreciarse se trata de una obligación inspirada en una técnica de control similar a la que existe en materia de blanqueo de capitales. También aquí existen unos sujetos obligados, que por la profesión que realizan tienen una posición privilegiada para actuar como policías vigilando a los particulares que operan en el mercado de valores.

3. El uso de información privilegiada.

CASO DEL *INSIDER TRADING*

La sociedad XX empezó a cotizar en Bolsa en 2006 y durante dos años sus acciones se mantuvieron al precio del 23 €. Sin embargo, a partir del 2008, como consecuencia de la crisis éstas comenzaron a bajar, situándose en 2011 a un precio de 10 € la acción. En esta situación la empresa YY que era su accionista principal, poseía el 70% de las acciones, decidió vender su participación. Para ello se pusieron en contacto con los administradores de ZZ que tenían interés en adquirir las acciones de la entidad. Con este fin durante los meses de junio y julio del 2011 realizaron diversas reuniones a las que acudió Carlos, como representante del Banco X, que iba a financiar la operación. En esas reuniones ZZ mostró su disposición a pagar por cada acción 20 €, es decir, 11 € más que su valor de cotización actual, con el fin de hacerse con el control de XX; la fecha de la adquisición se fijó para octubre.

Durante los meses de agosto y septiembre, Carlos y Lorenzo, a quien Carlos comunicó la información, invirtieron 300.000 € cada uno de ellos en acciones de XX, adquiriendo cada acción a un promedio de 11 €. El 1 de Octubre YY lanzó una OPA, tal como requiere la legislación del mercado de valores, sobre las acciones de XX ofreciendo 23 €. La oferta hizo que las acciones subieran en los días sucesivos, en los que

Carlos y Lorenzo aprovecharon para venderlas por 22 € euros, con lo cual doblaron en dos meses su inversión inicial.

Para no levantar sospechas Carlos y Lorenzo utilizaron tres sociedades patrimoniales H, J y K, de las que eran administradoras sus mujeres María y Lola, con las que compraron las acciones. María y Lola fueron conscientes de la operación y firmaron la documentación pertinente para la adquisición de las acciones.

Extracto libre de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 23 de julio de 2015.

A. Bien jurídico y concepto de información privilegiada.

El art. 285 CP tutela la **igualdad en el acceso a la información** o, como se ha denominado también, la justicia informativa. Es desde luego imposible, y carecería de sentido, que todos los operadores e inversores dispusieran de la misma información, pero es esencial que el derecho asegure cierta igualdad de armas y que se prohíba actuar con información que está destinada a hacerse pública.

Una de las cuestiones más complejas en la tipificación de este comportamiento consiste en definir precisamente a qué información nos estamos refiriendo. El art. 285 utiliza el término "**información relevante**" apartándose inexplicablemente del término que se utiliza por la legislación del mercado de valores que es el de información privilegiada. No obstante, por razones de seguridad jurídica y debido al principio de unidad del ordenamiento jurídico debe realizarse una interpretación sistemática y entender este término como sinónimo. Los rasgos que definen a la **información privilegiada** (art. 7 Reglamento sobre abuso de mercado y art. 226 LMV) son:

1º Que **no se haya hecho pública**. La información es pública cuando resulta ya disponible para los inversores. Un caso muy conocido en los EEUU es el asunto *Texas Gulf* en el que los implicados tan sólo ocho minutos después de comunicar un hecho relevante operaron con él. El criterio de la disponibilidad implica considerar que en este supuesto la información aún no es pública.

2º **Carácter concreto**. Con ello se quieren dejar fuera de este concepto lo que son rumores, es decir, información no verificada. Curiosamente, expandir rumores falsos sí que constituye una conducta típica en el delito de manipulación de mercado (art. 284.2º). La necesidad de desechar este tipo de información tiene que ver con el criterio del inversor razonable como destinatario. El carácter concreto de la información no significa que el hecho sobre el que versa deba ser seguro. Por ejemplo, el que la empresa A se esté plan-

teando lanzar una *opa* sobre la empresa B es un hecho que debe considerarse información privilegiada por su especial transcendencia aunque no sea absolutamente seguro el que acaezca.

3º **Referencia directa o indirecta a uno o varios emisores o uno o varios instrumentos financieros**. Existe una fuerte discusión doctrinal acerca de cuál debe ser el objeto de la información privilegiada. En la doctrina se encuentra dos opciones: aquella que maneja un concepto estricto según el cual información privilegiada es la que tiene que ver en exclusiva con hechos que atañen a la propia corporación; o aquella que mantiene un concepto amplio, para la que constituye información privilegiada aquella que tiene también que ver con el mercado, la situación económica (vgr. la bajada de los tipos de interés, la subida del petróleo, una nueva regulación etc.). Es preferible acoger una interpretación estricta del objeto de la información. Primero, porque permite tener un tipo penal más taxativo. Segundo, porque concuerda mejor con lo dispuesto en el Reglamento sobre abuso de mercado, donde la información privilegiada se concibe como un concepto equivalente al hecho relevante (Art. 17 Reglamento). De este modo, solo puede ser información privilegiada aquella que debe ser publicada como hecho relevante y esto sólo comprende las informaciones que afectan a la empresa. Tercero, porque este concepto estricto es el que mejor se compagina con el bien jurídico. Es este tipo de información la que genera un beneficio informativo a los iniciados que rompe la igualdad de oportunidades.

4º **Idoneidad**. La información, de hacerse pública, puede influir sobre los precios de dichos instrumentos o sobre los instrumentos derivados relacionados con ellos. Se trata sin duda del elemento más importante de la definición. La idoneidad de la información debe examinarse desde el punto de vista de un **inversor razonable** (vid. más detenidamente *infra*) y desde una perspectiva *ex ante*, es decir, en el momento en que el iniciado hace uso de ella. La definición de información privilegiada exige además que sea capaz de influir de manera apreciable, lo que desde el punto de vista del principio de fragmentariedad y determinación exige dejar fuera los casos sobre los que existan dudas acerca del efecto que desplegarán.

Con el fin de concretar la idoneidad se ha acuñado el denominado test de materialidad, que combina la certeza del hecho con la entidad de la noticia. Se expresa matemáticamente con la siguiente formula: idoneidad = certeza del hecho x impacto de la noticia. A mayor importancia de la noticia (por ejemplo, una OPA) la certeza del hecho

no tiene que ser tan importante para ser relevante, a la inversa, cuando la noticia no es tan relevante, sólo será idónea cuando es muy probable.

B. Sujeto activo y conducta típica.

El art. 285 está conformado como un **delito especial**. La información privilegiada puede estar en manos de dos grupos diferentes de personas. Los **iniciados primarios** son aquéllos que por su trabajo o profesión tienen contacto directo con la profesión; los **iniciados secundarios** son aquellas personas que han tenido acceso a la información de forma casual o porque un iniciado primario se la ha comunicado. El art. 285 se refiere en exclusiva a los iniciados primarios: "con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial". Las conductas de los iniciados secundarios se sancionan en exclusiva a través de la Ley del Mercado de Valores. El mayor desvalor de las conductas de los iniciados primarios es claro, pues sobre ellos pesa no sólo el deber de no utilizar la información, conforme veremos, sino de salvaguardarla para que otros no accedan a ella. Son garantes de la información. Por esta razón conviene una interpretación restrictiva del círculo de autores.

El art. 285 divide los *insiders* primarios, que han tenido acceso reservado por su actividad empresarial y profesional, en dos grupos: los individuos que actúan **desde dentro de la empresa** y los profesionales **externos**. No es fácil delimitar ambos grupos y caben interpretaciones más o menos extensas. Un criterio que puede servir de orientación es el de *need to know*. Las entidades que manejan información privilegiada están obligadas a contar con normas de autorregulación para proteger la información. Uno de los criterios más importantes es que sólo tengan acceso a la información únicamente aquellas personas cuya función o conocimiento de la operación sea imprescindible. Los emisores además deben tener listas de iniciados con el fin de extender sobre ellos especiales medidas de control (art. 230 Ley del Mercado de Valores).

No hay problema alguno en considerar que determinados funcionarios públicos son por su profesión *insider* externos. Precisamente la primera aparición del concepto de información privilegiada en el Código Penal español se refería a funcionarios públicos y hoy se encuentra tipificada en el art. 442 Código Penal, que tiene su correspondencia con el art. 418, en el que se sanciona al particular que utilice la información privilegiada proveniente de un funcionario público. Dado que estos preceptos tutelan un bien jurídico distinto, la confianza en la administración pública y la igualdad informativa en el mercado de valores, cabe apreciar un concurso ideal de delitos entre ellos.

La nueva Directiva 2014/17/UE obligará a modificar el art. 285 con el fin de sancionar a todo tipo de personas que utilice información privilegiada. Ello no implica que deba ser sancionado con igual pena el que resulta garante de la información y la utiliza y aquél que la ha adquirido de modo casual. Al transponer la Directiva el legislador debería establecer algún tipo de agravación en el primer caso.

La conducta típica consiste en que estos iniciados primarios **usen**, directamente o por persona interpuesta, esta información, o la **suministren** a terceros. Esta forma de describir la conducta abarca las tres modalidades típicas a que se refiere la Directiva sobre información privilegiada y manipulación de mercado y la Ley del Mercado de Valores:

1ª La **realización de cualquier tipo de operación** sobre los valores o productos financieros a los que se refiere la información. Se trata de realizar operaciones de adquisición, venta, alquiler o cualquier otro tipo de cesión de los títulos. Dentro de este comportamiento debe incluirse también la cancelación o modificación de una orden de compra que se ha efectuado con anterioridad a tener la información. La Directiva sobre abuso de mercado (art. 3.4) obliga a sancionar este comportamiento. Sin modificar el texto legal es posible realizar una interpretación del art. 285 conforme a la Directiva, pues desde luego la cancelación o modificación constituyen utilización de la información. El verbo "usar" que emplea el art. 285 admite dentro de su tenor literal posible este comportamiento. No es sin embargo claro que el verbo usar abarque comportamientos en los que el sujeto no detiene operaciones de compra o venta de productos financieros que ya estaban en curso cuando tuvo noticia de la información.

2ª La **comunicación de dicha información a terceros**. La nueva Directiva de abuso de mercado distingue entre los comportamientos de recomendación y el de comunicación, que lo conforma como un tipo menos grave. En cualquier caso la comunicación no resulta típica cuando el sujeto la realiza en el normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones o cuando se trate de prospecciones de mercado (art. 11 del Reglamento sobre abuso de mercado). Una interpretación conforme a la Directiva, en favor del acusado, permite incluso entender que el comportamiento de comunicar no resulta típico, en cuanto que el legislador español está obligado a confeccionar un tipo penal distinto y menos grave.

3ª La **recomendación a terceros** de que adquiera, transmita o ceda los valores o instrumentos financieros. La recomendación incluye también, lógicamente, la inducción para realizar la operación o la recomendación para

modificar o cancelar una orden. La recomendación se sanciona con independencia de que la persona que ha recibido la recomendación actúe o de actuar, de si es consciente del carácter privilegiado de la información. En caso de conocer esta circunstancia, la persona que sigue la recomendación sería autor de su propio delito de abuso de información privilegiada.

C. Consumación y punibilidad.

La realización de las conductas anteriores debe haber proporcionado al autor o a un tercero un **beneficio económico** superior a 600.000 € o haber ocasionado un **perjuicio económico** similar. La falta de aplicación práctica del art. 285 en casi quince años de existencia se explica en parte por la dificultad de demostrar que, debido precisamente al abuso de información privilegiada, se haya obtenido un beneficio económico. Ello exige determinar con una prueba válida para destruir la presunción de inocencia cuánto exactamente influye en el título valor la información privilegiada. Se trata de realizar el siguiente juicio hipotético: cuánto hubiera ganado el autor sin información privilegiada y cuánto ha ganado merced a la misma, debiendo ser la diferencia superior a 600.000 €. En operaciones muy voluminosas bastaría, no obstante, con tener la certeza de que el beneficio económico ha sido superior a esa cantidad, sin determinar cuánto exactamente. La posibilidad de aplicar el tipo porque se ha ocasionado un perjuicio tampoco es factible, porque en realidad el uso de información privilegiada no causa un perjuicio patrimonial a una persona en concreto. Quien decide vender las acciones que tiene, ignorando que en pocos días tendrán un valor superior, no sufre ningún perjuicio en su patrimonio, por mucho que quien se las comprara fuera sabedor de esta circunstancia.

El Tribunal Supremo considera que este elemento constituye una **condición objetiva de punibilidad**. Esta calificación, a juicio del TS, hace innecesario demostrar que existe un nexo causal entre la ganancia/pérdida y el uso de información privilegiada. En los casos de suministro de información la ganancia debe ir referida a la cantidad que el sujeto ha recibido a cambio de dicha información y no a la cantidad que un tercero obtiene una vez que opera con ella. No debe ocultarse que se trata de una interpretación un tanto forzada, pues destipifica aquellos supuestos en los que la recomendación se hace de modo gratuito o buscando un beneficio no directamente ligado a su comunicación (el *broker* quiere impresionar a un gran inversor para tenerlo entre sus clientes).

La naturaleza jurídica de esta cantidad incide en el momento de la **consumación** del delito. Conforme a lo anterior el delito se consuma cuando se utiliza la información o se comunica, sin necesidad de esperar a que aparezca la ganancia o pérdida, que sólo

afecta a la punibilidad. El Tribunal Supremo, de modo contradictorio con esta nueva doctrina, había considerado que el delito se consumaba cuando la información llegaba al mercado e incidía sobre el precio de las acciones (STS de 12-12-2012, caso Alierta), produciendo una revalorización de éstas. Esta teoría es incongruente con la calificación de la cuantía como condición objetiva de punibilidad. Conforme a la doctrina del TS el art. 285 debe considerarse un delito de mera actividad que se consuma con la realización de la conducta típica (usar, recomendar, etc.), pero que solo resulta punible cuando acaece la condición objetiva de punibilidad.

En cualquier caso la Directiva sobre abuso de mercado obliga a reformar el art. 285 en este punto, en cuanto que no somete el castigo de estas conductas a ningún tipo de resultado o condición ulterior a su realización. Igualmente obliga a sancionar la **tentativa** (art. 6), lo que resulta técnicamente imposible cuando se establecen condiciones objetivas de punibilidad relacionadas con los efectos de la conducta.

D. Tipo subjetivo.

El art. 285 es un delito **doloso** lo que requiere que el autor conozca que tiene en su poder información privilegiada. En contra de lo que parece establecer la Directiva de abuso de mercado no es posible en nuestro Derecho por razones constitucionales establecer ningún tipo de presunción, suponiendo *de iure* o *iuris tantum* que la actuación de ciertos sujetos se hace siempre en posesión de información privilegiada. El TJUE, en Sentencia de 23 de diciembre de2009, asun. C-45/08, indica que el abuso de información privilegiada no requiere como elemento subjetivo adicional el demostrar que la operación se realizó precisamente debido al conocimiento de la información privilegiada. Dicho de otro modo, la existencia de información privilegiada no tiene por qué constituir el motivo que determine la realización de una operación. Aunque el sujeto ya hubiera determinado realizarla y hubiera dado los primeros pasos para hacerlo, el conocimiento de la información privilegiada en el momento en que realiza la operación, recomendación etc. determina la tipicidad de su conducta.

E. Penalidad.

El delito de información privilegiada se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años. Las penas del art. 285 pueden agravarse en tres supuestos: 1º) cuando el autor se dedique de forma habitual a este tipo de comportamien-

tos, 2º) cuando el beneficio sea de notoria importancia, 3º) cuando se cause un grave daño a los intereses generales. En esos casos se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, multa del tanto al triplo del beneficio e inhabilitación especial para la profesión o actividad de dos a cinco años.

4. Manipulación de mercado.

A. Bien jurídico.

La manipulación de mercado ha aparecido en nuestro ordenamiento y en el de la UE de forma más reciente que el abuso de información privilegiada. Sólo a partir de la Directiva sobre operaciones con información privilegiada y manipulación del mercado (2003) la UE obliga a los Estados miembros a sancionar, penal o administrativamente, esta conducta. La Directiva de abuso de mercado del 2014 obliga a establecer sanciones penales.

La manipulación de mercado es heredera directa de una práctica tan antigua como el mercado bursátil: la provocación de alteraciones al alza o la baja en los precios a través de noticias falsas. El decimonónico delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, antecesor del actual art. 284.1, castigaba ya comportamientos similares y hoy, como veremos, puede actuar como **tipo de recogida**, debido a que el Código Penal no está demasiado afortunado en la tipificación de la manipulación de mercado.

El bien jurídico protegido de esta figura es de manera genérica el correcto funcionamiento del mercado de valores, que se concreta en este caso en **garantizar que los precios sean producto de informaciones correctas**. Si los inversores y emisores confían en que los precios no son alterados estarán dispuestos unos a poner en circulación nuevos productos y otros a invertir sus ahorros. Ello implicará un mercado con más partícipes y por tanto más eficiente. La posibilidad de conductas de manipulación de mercado depende del déficit de información que exista en el mercado. En un mercado bien informado con mucha información al alcance de todos es más difícil que se den este tipo de conductas. Cuanto más conocimiento menos espacio hay para los rumores.

Como el Código Penal no es muy preciso al tipificar estas conductas, resulta más conveniente atender a su descripción en la normativa europea, para después contrastarla con la regulación española. El concepto de manipulación de mercado según el Derecho de la UE (art. 5 de la Directiva 2014/17/UE y art. 12 del Reglamento de abuso de mercado) comprende las siguientes

conductas: la manipulación basada en información, la manipulación basada en operaciones ficticias y la manipulación basada en operaciones reales.

B. Manipulación basada en información (art. 284.2º).

Caso Titánica

Titánica había adquirido un importante paquete de acciones del Banco Popular, operación para la que necesitó una fuerte financiación por parte de Fortis. Al poco tiempo de comprarlas las acciones del Banco Popular comenzaron a caer, razón por la cual Fortis exigió de Titánica nuevas garantías. En esta situación con el fin de frenar la devaluación de las acciones C comenzó a difundir el rumor de que había un grupo de empresarios mejicanos interesados en lanzar una OPA contra Banesto. De estos rumores se hicieron eco varios rotativos (El Confidencial, Negocio). Esto provocó un considerable aumento de las acciones del Banco Popular, que C intentó amplificar aún más con noticias en otros diarios en las cuales incluso se salía al frente de las que negaban la existencia de la OPA.

El acusado llego incluso a fingir, a través de una firma de abogados londinenses, que tenía ya una oferta concreta para comprar las acciones de algunos accionistas minoritarios del Popular, e incluso lo difundió como hecho relevante.

En las sesiones de los días 12 y 13 de Junio de 2008, en las que mayor incidencia tuvo la calculada manipulación informativa del acusado, se llegaron a negociar respectivamente 32.817.844 y 30.230.309 acciones de Banco Popular por importes respectivos de 322.057.830 € y 313.570.421 €. Tales títulos experimentaron en ambas jornadas sendas revalorizaciones del 6,70% y del 12,63% respecto del cierre del día 11 de junio de 2008, lo que supuso una diferencia, como mínimo, del 3,96% y del 8,19% respecto del incremento experimentado por el índice del sector bancario esos mismos días. En consecuencia, quienes compraron acciones de Banco Popular durante los días 12 y 13 de junio de 2008 pagaron por ellas unos sobreprecios torales de 12,75 y 26,68 millones de euros respectivamente, mientras que quienes las vendieron en esas mismas fechas obtuvieron beneficios indebidos por los mismos importes.

Hechos extraídos de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 29 de Madrid, núm. 167/2016 de 24 mayo, la sentencia definitiva que no altera los hechos es de la Audiencia Provincial de Madrid 189/2017.

La manipulación informativa es el tipo de manipulación más frecuente y tradicional. La Directiva de abuso de mercado la define como "difundir información a través de los medios de comunicación, incluido internet, o por cualquier otro medio, transmitiendo así señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumentos financiero" (art. 5.2 c y d Directiva sobre abuso de mercado y art. 231 c LMV).

El art. 284.2º recoge esta variedad de manipulación. A diferencia del resto de los delitos contra el mercado de valores, que son delitos especiales, la manipulación de mercado es un **delito genérico**. Cualquiera está en posición de lesionar el bien jurídico. El art. 284.2 resulta subsidiario del art. 282 bis que se refiere a las conductas relacionadas con la obligación de aportar de información por parte de emisores. Por otro lado, a la hora de determinar la autoría, dado que se trata de un delito que se cometerá con frecuencia a través de medios de comunicación, deben aplicarse las reglas previstas en el art. 30 CP.

La **conducta típica** es **difundir,** lo que requiere del autor un comportamiento idóneo para extender la noticia entre un número indeterminado de personas. Para apreciar la idoneidad de la difusión debe tenerse en cuanta la facilidad con que las noticias relativas al mercado se expanden y el actual efecto multiplicador que provocan las **redes sociales y medios de comunicación**. Aunque la esencia de la manipulación de mercado a través de esta modalidad es difundir rumores falsos a través de un medio que les dé amplia difusión, el art. 284.2º no sólo sanciona la difusión de rumores a través de medios de comunicación -como se hace en la Directiva y en la LMV- u otro medio con una eficacia similar, sino la **difusión de rumores "por sí";** es decir, por ejemplo, realizando varias llamadas telefónicas. La experiencia muestra que a veces un rumor que se transmite de manera individualizada puede tener un impacto superior al que llega anónimamente por las redes.

El comportamiento típico, unido a la dinámica con la que circula la información en el mercado de valores, implica que pueden ser innumerables las personas que han difundido un rumor (*vgr*., todos aquellos que hayan pasado un mensaje de *WhatsApp* o lo hayan *retuiteado*). En muchos casos será complejo saber quién fue el autor del rumor o la noticia, e incluso su autor podría siempre indicar que ésta escapó, de manera no previsible, de su dominio.

Dada la dificultad que puede tener encontrar al autor de los rumores, debe ser planteado en qué medida es posible la **comisión por omisión** de este delito. Como antes señalábamos, el funcionamiento del mercado de valores requiere que determinados particulares actúen como vigilantes del mercado y que colaboran con la supervisión. Desde este punto de vista, podría discutirse la obligación de los emisores o de las agencias de valores de frenar los rumores o falsas informaciones que afectan a sus valores. Si los emisores explicaran de manera convincente y rápida la rumorología que versa sobre ellos o, aún más en general, frenaran las maniobras especulativas sobre sus acciones, decrecerían las posibilidades de manipulación. De hecho hoy las grandes

compañías, como parte de sus programas de cumplimiento normativo para la prevención de la manipulación de mercados, disponen de **protocolos de actuación para la gestión de noticias y rumores**. La propia Comisión Nacional del Mercado de Valores ha publicado una guía para la gestión de noticias y rumores difundidos sobre valores cotizados. La existencia de un deber de impedir que se difunda el rumor implicaría la posibilidad de comisión por omisión del delito de manipulación de mercados.

En principio y con carácter general debe negarse que exista un deber de garantía, que no puede extraerse con claridad de estas normas de *soft law* y autorregulación. Tampoco parece lógico obligar a las empresas a estar constantemente en los medios de comunicación obligándolas a desmentir cualquier rumor que les afecte. Por otro lado, la conducta de este delito (difundir) es claramente activa y no deja lugar para contemplar la omisión.

Ahora bien, las cosas debieran distintas cuando **el rumor coincida con un hecho relevante que la entidad está obligada a desvelar**. Pues en este caso sí que podría hablarse de una obligación legal de preservar la calidad de la información. Igualmente en los casos en que se prepara una oferta pública de acciones, los emisores tienen la obligación de observar el mercado y preservar la calidad de la información, publicando de inmediato un hecho relevante cuando observen una alteración en las cotizaciones (art. 230. 1 e) y f) LMV). En el caso que hemos comentado esto hubiera implicado la responsabilidad del Banco Popular que deja que continúe una rumorología, que al menos a corto plazo favorece la colocación de sus acciones. La responsabilidad del emisor debería venir de *lege ferenda* de la mana de un precepto relativo a la difusión o no difusión de hechos relevantes configurado de manera distinta al actual 282 bis.

El art. 284.2º sanciona la difusión de **noticias o rumores con datos económicos total o parcialmente falsos** relativos a personas o empresas que alteren la cotización de valores o instrumentos financieros. El objeto de la noticia o rumor -"datos económicos sobre personas o empresas"- es más restringido que el que se prevé en la normativa europea, donde lo relevante no es el objeto del rumor sino, de manera más genérica, su idoneidad para producir una alteración en los precios. Igualmente, el que deba tratarse de datos económicos **sobre personas o empresas** hace que la materia sobre la que versa la información sea más reducida que los hechos relevantes o la información privilegiada.

Esta divergencia resulta criticable. Como mínimo el objeto de la información debiera ser igual de amplio. La información privilegiada y la manipulación de mercados

representan las dos caras de una misma moneda. Mientras que en la información privilegiada se opera con hechos relevantes verdaderos, en este supuesto se difunden hechos relevantes falsos con el fin de provocar una alteración en los precios. Dicho esto, el objeto de la información falsa debiera ser al menos tan amplio como lo que constituye información privilegiada. Pero incluso el objeto de los rumores debe ser conformado de manera más amplia que el concepto de información privilegiada.

En un caso clásico de manipulación de mercado, en el Reino Unido se presentó un aristócrata disfrazado de oficial del ejército de Napoleón anunciando su muerte. Como este hecho significaba el final de la guerra, la City londinense se animó y comenzó a comprar deuda pública. Los manipuladores vendieron sus bonos obteniendo así grandes beneficios. Este caso singular muestra que, por supuesto, hay datos también macroeconómicos, relativos a cambios legislativos, etc., que resultan de gran importancia para las cotizaciones. Todo ello sin contar que se dejan fuera maniobras especulativas tan importantes como la alteración de índices de referencia o los contratos sobre materias primas. Por esta razón la Directiva de abuso de mercado exige correctamente que la información sea idónea para afectar al precio del instrumento o valor financiero.

Dada la restricción del tipo penal a "personas o empresas" el tipo penal tampoco puede sancionar la información falsa sobre índices como ocurrió en el supuesto del Libor al que antes nos referíamos o que afecte al precio de materias primas. El art. 284.1º, a través de la conducta de engaño, que incluye la comunicación o difusión de hechos falsos, podría actuar de tipo de recogida en estos puestos, pues a diferencia del 284.2º aquí lo relevante del engaño es que sea susceptible de alterar el precio del instrumento financiero.

Más útil que emprender una compleja distinción entre noticias y rumores, lo relevante es que la información difundida sea **idónea para alterar el precio** de un bien. Esta idoneidad depende fundamentalmente de su novedad, importancia y plausibilidad y en este punto puede adoptarse también como criterio el inversor medio razonable. Los estudios del mercado de valores demuestran en cualquier caso cómo los *brokers* prestan una gran atención a los rumores y cómo estos se difunden en pocos minutos. Normalmente en el proceso penal esta cuestión deberá ser objeto de un peritaje por parte del juez.

La información falsa puede afectar a **hechos**, pero también puede existir una falsedad relativa a **juicios de valor** o **prognosis** acerca de determinados sucesos. Las opiniones de expertos, como por ejemplo las agencias de calificación o de *rating*, afectan de inmediato a su valor. Que la deuda pública de un pase de la letra "A" a la "B" tiene como todos sabemos un importancia tremenda, e igualmente que un activo sea calificado de "basura".

De en qué medida las valoraciones, e igual cabe decir de los pronósticos, pueden ser falsas ya nos hemos ocupado al estudiar el delito de estafa y volveremos a ocuparnos al estudiar las falsedades. Lo importante es que el sujeto que las emite sea consciente de que existe una divergencia entre los hechos en que se basa la valoración y la opinión que manifiesta. Esta divergencia sólo resulta penalmente relevante cuando no puede ser mantenida desde ningún punto de vista. Tal como hace la Directiva de abuso de mercado sería conveniente en el futuro hablar en cualquier caso no sólo de información falsa, sino también engañosa. Fuera del tipo debieran quedar apreciaciones de carácter muy general ("el próximo año será un gran año"), si bien el criterio decisivo debe ser siempre su idoneidad para influir en los precios según las reglas de la experiencia que rigen en el mercado. Y en ello influye enormemente la persona y el contexto en el que se realice la expresión.

La difusión de falsa información (rumores o noticias) puede ser realizada por un número indeterminado de personas y además con diversas finalidades (impresionar a un cliente, ganar prestigio, etc.); por esta razón la restricción que el art. 284.2º realiza mediante el **tipo subjetivo** resulta esencial. De un lado, se exige dolo directo ("a sabiendas") acerca de la falsedad de la información. El tipo penal no acoge la conducta de difundir información considerando que probablemente no sea cierta. En segundo lugar, es preciso además que el autor actúe **específicamente con la intención de manipular el precio** de los valores o instrumentos financieros. En tercer lugar, presupuesto lo anterior el autor también debe conocer, o al menos considerar altamente probable (dolo eventual), que su comportamiento es idóneo para que la información se difunda.

El art. 284.2º es un delito de **mera actividad** que se consuma con la propagación del rumor. Se trata de una interpretación coherente con la que el Tribunal Supremo ha mantenido en relación al delito de iniciados (art. 285). La causación de un beneficio o perjuicio patrimonial superior a 300.000 € debe considerarse una **condición objetiva de punibilidad** y por tanto no tiene por qué ser abarcada por el dolo. En cualquier caso de acuerdo con la Directiva europea sobre abuso de mercado el legislador debe conformar el tipo penal prescindiendo de esta cuantía.

La publicación de noticias en medios de comunicación, especialmente cuando se trata de prensa especializada, puede afectar lógicamente a las cotizaciones. La posibilidad de que en estos casos se abran procesos por manipulación informativa no puede descartarse y ello afectaría a la **libertad de expresión e información** (*vid.* art. 21 del Reglamento de abuso de mercado y art. 231.1 c LMV). La conformación del elemen-

to subjetivo del tipo en los términos que acabamos de ver impide cualquier tipo de colisión por este derecho, pues exige la conciencia de la falsedad y además normalmente la intención de obtener un beneficio patrimonial. La publicación de noticias falsas consecuencia de una falta de diligencia en la comprobación de los hechos no resulta típica.

C. Manipulación operativa (art. 284.3).

La segunda modalidad de manipulación de mercado es la manipulación operativa, que a su vez puede tener dos variantes. La primera de ellas consiste en "ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra conducta que afecte -mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio- al precio de uno o varios instrumentos financieros" (Art. 5 2 b Directiva abuso de mercado). Este tipo de comportamiento se realiza a través de **operaciones ficticias o simuladas**. La literatura sobre el mercado financiero ha puesto nombre a los tipos más frecuentes (*wash sales, matched orders, pumping and dumping, circular trading, churning*, etc.). La nota común a todos estos comportamientos es que carecen de finalidad económica alguna que no sea el influir sobre las cotizaciones. Ningún operador razonable realizaría una operación o negocio jurídico de estas características. La multiplicación innecesaria de transacciones quiere dar la impresión de un aumento artificial de la demanda.

El segundo comportamiento de manipulación operativa consiste en realizar cualquier tipo de operación, dar una orden o realizar cualquier conducta que transmita o pueda transmitir **señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio** de un instrumento financiero. En este caso, a diferencia del anterior, las operaciones son reales y tienen una finalidad que no es exclusivamente la alteración de la cotización. Por esta razón no resultan punibles cuando las operaciones constituyen prácticas aceptadas por el mercado. Son los denominados *safe harbours* a que se refiere el art. 13 del Reglamento de abuso de mercado. Como antes hemos señalado, la licitud de estos comportamientos se acaba determinando por las autoridades de bolsa europea a través de un procedimiento de adopción de decisiones muy singular. Dicho de otro modo, la manipulación operativa en esta segunda variante es una ley penal en blanco *sui generis*, cuyo contenido van perfilando las autoridades bursátiles.

Caso Liberbank

La CNMV prohíbe especular a la baja con acciones de Liberbank durante un mes. La CNMV ha decidido este lunes salir en defensa de Liberbank, antes de que el

deterioro de su cotización bursátil desencadenara una fuga de depósitos como la que acabó con el Banco Popular. El supervisor prohibió durante un mes las ventas en corto (bajistas) de acciones de la entidad, después de que estas encadenaran diez sesiones a la baja, con desplomes cercanos al 18% el jueves y el viernes, que llevaron a la acción a perder el 44% de su valor. El regulador entiende que esos movimientos especulativos solo están relacionados con la resolución del Popular, que hizo perder todo su dinero a los accionistas, y no se compadecen con el estado real de Liberbank. La medida ha tenido un efecto inmediato sobre la cotización de Liberbank, que se ha revalorizado un 41,2%.

Noticia de El País. 12 junio de 2017.

Por esta razón la tipificación de este tipo de manipulación resulta más compleja desde el punto de vista de los principios constitucionales. Desde el punto de vista del mandato de determinación es un tipo abierto a los usos del mercado y a lo que se considere o no racional en él; desde el punto de vista de la reserva de ley al final son las autoridades bursátiles quienes mediante sus comunicaciones fijan el ámbito de lo típico, con un margen de libertad considerable.

El art. 284.3 tipifica la manipulación operativa a través de dos conductas diversas:

1ª realización de transacciones o de órdenes de operación susceptibles de proporcionar **indicios engañosos sobre la demanda**;

2ª **asegurarse una posición dominante** en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

La primera conducta serviría para abarcar tanto los comportamientos de manipulación operativa que responden a operaciones ficticias o simuladas como los que corresponden a operaciones reales. De este modo, la conducta tendría una amplitud considerable.

La segunda conducta tipifica un supuesto en cambio muy concreto de manipulación operativa con operaciones reales denominado ***cornering*** (art. 12.2 a Reglamento abuso de mercado). Se trata de la práctica cuya ilicitud comparte lógica con el abuso de posición dominante del derecho de la competencia. La conducta consiste en asegurarse una posición dominante sobre las posibilidades de intercambio de acciones o productos financieros, de tal forma que la posibilidad de disponer libremente de las acciones se reduce tremendamente. No es necesario que esta posición se logre a través de la compra de todas o la

mayoría de las acciones; determinadas operaciones financieras (por ejemplo, futuros) permiten alcanzar esta situación de dominio. Dentro de las manipulaciones de mercado, ésta es una práctica muy extraña y difícil de realizar.

Pese a cuanto acaba de indicarse, el art. 284.3º de manera incomprensible exige que ambas conductas se realicen mediante la **utilización de información privilegiada.** Con ello la infracción mezcla ambas tipologías de abuso de mercado creando un **híbrido inverosímil de difícil aplicación**. Como se ha expuesto, el abuso de información privilegiada consiste en aprovechar una información que otros no tienen, mientras que la manipulación en esencia es comunicar, a través de información, pero también por el modo de comportarse, algo inveraz.

Lógicamente caben supuestos en que alguien con información privilegiada quiera manipular también el mercado. En estos casos considero que debe aplicarse un concurso real de delitos.

A es conocedor de que la empresa B va a comprar un paquete significativo de acciones de la entidad C, lo que determinará un aumento de su precio. Antes de utilizar la información privilegiada comprando acciones de C, A decide manipular la cotización de las acciones de C para bajar su precio de manera artificial. De este modo, A obtiene unas ganancias mayores que si hubiese limitado a comprar las acciones de C, a partir de su información privilegiada, por el precio que tienen en el mercado.

Dado el escaso margen de aplicación práctica que tiene este precepto, una vía alternativa para sancionar las manipulaciones de mercado operativa es utilizar el **art. 284.1º en su modalidad de "engaño".** No constituye ninguna aplicación analógica de este término considerar que engaña quien realiza operaciones ficticias, simuladas o incluso reales. Al igual que ocurre en la estafa, el término engaño no se limita a comunicaciones orales o escritas, sino que comprende cualquier tipo de comunicación no verbal, como ocurre por ejemplo en los casos de la "estafa del comensal", quien a partir de una operación real -solicitar el menú y dar cuenta del mismo con toda tranquilidad- lanza un mensaje engañoso mediante el que aparenta solvencia.

A la hora considerar la idoneidad de una manipulación informativa para alterar el precio debe tenerse presente que en gran medida la compra y venta de valores y productos financieros está hoy **altamente automatizada**; son ordenadores los que toman la decisión de realizar una operación al detectar variaciones mínimas en los precios de los productos. La idoneidad para alterar el precio por tanto debe interpretarse de manera similar a las "manipulaciones" en el caso de la estafa informática.

D. Manipulación basada en comportamientos.

Se ha discutido si constituyen manipulación de mercado supuestos en los que **se realiza un determinado delito con el fin de alterar las cotizaciones**. Piensen por ejemplo en dañar los sistemas informáticos de una empresa con el fin de que sus servicios no sean eficientes y sus acciones bajen o, viceversa, cometer delitos que por el tipo de actividad de la empresa van a suponer un aumento en su volumen de negocios. Igualmente se ha especulado con la posibilidad de que los terroristas en caso de grandes atentados como el 11 S realizan inversiones en bolsa con el fin de beneficiarse de las fluctuaciones que producirá su ataque.

Ni el Código Penal español ni la Directiva sobre abuso de mercado obligan claramente a sancionar estos comportamientos, estableciendo una figura diferente a la del propio delito cometido con el fin de alterar la cotización. La única posibilidad es recurrir al delito del art. 284.1º como tipo de recogida en cuanto que estos comportamientos constituyen normalmente amenazas o representan el uso de violencia.

5. Falsedad y omisión de comunicación de hechos relevantes y en el folleto de emisión (art. 282 bis).

Caso Bankia

Bankia es el resultado de la fusión de varias cajas de ahorro, entre ellas Caja Madrid, derivada de la crisis económica del 2008. El 28 de junio de 2012 la junta de accionistas de Bankia y su consejo de administración acuerdan la salida a bolsa de la entidad mediante una Oferta Pública de Suscripción y Admisión de Negociación de Acciones (OPS). Para ello y como es obligado de acuerdo con la regulación del mercado de valores publican el 29 de junio de 2011 un folleto de emisión, en cuya confección intervino de manera destacada la auditora Deloitte. Dada la reciente formación de Bankia, en el momento de confeccionar este folleto no existía una información histórica relativa a la entidad, por lo que éste se elaboró a partir de unas cuentas anuales provisionales correspondientes al primer trimestre del 2011. Esta información se completó con una serie de valoraciones ("proyecciones"), efectuadas a partir de diversas hipótesis, de la que resultaba que Bankia "tenía una muy saludable solvencia" y que incluso arrojaba prometedores beneficios. Pese a esta falta de información la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que debe autorizar previamente la publicación de todo folleto de emisión, dio el visto bueno a éste y autorizó su salida a Bolsa, lo que ocurrió el 20 de julio del 2011.

Lógicamente el folleto de emisión advertía de la existencia de una serie de riesgos pero tal como señala el Auto, de un lado, todo inversor razonable a la vista de cómo

habían sucedido las cosas, debía conocer que el riesgo no podía ser calificado como normal, mas, de otro, los riesgos señalados por el folleto devinieron insignificantes a la vista de lo que después ocurrió.

En mayo de 2012 se cumple el plazo para que Bankia remitiera a la CNMV las cuentas anuales de 2011, sobre las que se había preparado el folleto, limitándose a comunicarlas como hecho relevante. En este hecho se seguía mantenido la absoluta solvencia de la entidad. A los pocos días, dimite Rodrigo Rato, el presidente de Bankia, quien en un comunicado sigue hablando de la "gran fortaleza que respalda el futuro de la entidad". Poco después de este comunicado los medios de comunicación daban cuenta de que la dimisión vino motivada por el hecho de que la auditora Deloitte se negó a firmar las cuentas de la entidad del 2011. En su informe señaló que las cuentas remitidas a la CNMV no reflejaban la realidad de la entidad. En concreto, el auditor consideraba que muchos activos reflejados en las cuentas se encontraban sobrevalorados.

Durante el mes de mayo de 2012 las acciones de Bankia se desplomaron y finalmente tuvo que ser intervenida y rescatada. Durante este mismo periodo y hasta momentos antes de su intervención, efectuó sin embargo varios hechos relevantes y comunicaciones públicas insistiendo en su solvencia.

Para apreciar la magnitud del perjuicio patrimonial ocasionado por Bankia a los inversores y en al conjunto de los fondos públicos debe tenerse en cuenta que en su salida a bolsa Bankia logró captar 1.649 millones de euros con 347.000 nuevos accionistas, que como mínimo habían tenido que invertir 1.000 euros en acciones cuyo precio el día de la salida fue 3,75 € la acción. En mayo del 2017 su inversión tenía un valor de 275 € y la cotización de la acción era la de 1,03 €. Todo ello pese a que para garantizar su viabilidad la entidad tuvo que ser posteriormente rescatada con 23.500 millones de euros.

Resumen de los hechos a partir del Auto de 11 de mayo del 2017 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la AN, Procedimiento abreviado nº 59/2012.

A. Bien jurídico, objeto de la acción y naturaleza del delito.

El art. 282 bis sanciona los ataques más graves a la política de *full disclosure* o de transparencia total sobre la que descansa la regulación del mercado de valores. El bien jurídico protegido es por tanto la **protección de la transparencia informativa** en el mercado de valores, como mecanismo de **tutela del inversor**.

Como acertadamente ha señalado la doctrina este precepto parece tipificar también una estafa de crédito; prueba de ello es que el ánimo del autor puede dirigirse no sólo a captar inversores, sino también cualquier otro tipo de financiación. La esencia de la estafa de crédito es generalmente distinta a la de la estafa al inversor, la primera se

produce en una relación personalizada (el arquetipo es solicitar un crédito a un banco aportando información falsa), mientras que en el caso de los inversores se enmarca en una relación más despersonalizada, más cercana si se quiere a lo que puede ser la publicidad engañosa.

En nuestro ordenamiento la figura del art. 290 es la que se aproxima más a la estafa de crédito. De este modo, la referencia a la financiación sólo tienen sentido si se interpreta dentro de la dinámica de la inversión en productos financieros. Sería por ejemplo el caso de captar de este modo financiación para realizar una operación de compra de acciones. De este modo, y si se trata de buscar parentescos, la figura que ahora vamos a estudiar resulta cercana a las estafa de inversión de capital que se tipifica en el § 264 a del Código penal alemán. .

El despiste del legislador, a la hora de confeccionar el art. 282 bis, es de tal calibre que incluso llega a imaginar que esta figura puede plantear algún problema concursal con el delito de fraude de subvenciones ("sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código"). Esta previsión carece de toda lógica, y debe considerarse como un error material.

La transparencia de las entidades cotizadas descansa en tres grandes obligaciones: las que se refieren a la confección y publicación de las **cuentas anuales** (Art. 11 b y 12 Ley del Mercado de Valores, en conexión con los arts. 536 y ss. Ley de Sociedades de Capital), las relativas al **folleto informativo** (Art. 11 c y 13 Ley del Mercado de Valores), y las que conciernen a los **hechos relevantes** (art. 17 del Reglamento de la UE sobre abuso de mercado, art. 228 de la Ley del Mercado de Valores). La inclusión de las cuentas anuales plantea el asunto de las relaciones entre el art. 282 bis y el art. 290 del Código Penal. Aplicar a este supuesto **el art. 290** resulta paradójico, en cuanto que supondría sancionar con las –sensiblemente- menores penas de este precepto, la falsedad en los estados financieros más importantes de nuestra vida económica como son las cuentas anuales de las sociedades cotizadas. El art. 282 bis debe considerarse por ello un precepto especial conforme al art. 290, lo que constituye la opinión mayoritaria. Otra solución además desconocería la estrecha relación que existe entre la formulación de las cuentas anuales y el folleto informativo. De este modo, el art. 282 bis actúa como "campamento base" de la infracción a todas las obligaciones de información ligadas a la transparencia informativa destinada a la tutela de los intereses patrimoniales del inversor.

Aunque la transparencia informativa cumple, como hemos visto en la introducción, funciones ligadas al buen funcionamiento de los mercados y otras ligadas a la protección del inversor, el art. 282 bis acentúa claramente

la protección del inversor. En realidad, el art. 282 bis podría haberse configurado perfectamente como un delito genuinamente contra la transparencia informativa en la que cualquier irregularidad relevante en la confección de los documentos objeto de la acción diera lugar a sanción penal. La concreción de la transparencia societaria en su función de protección del inversor obliga a comprobar en qué medida la infracción de las obligaciones de transparencia es relevante para provocar una decisión económica equivocada en un inversor razonable medio. Este requisito, derivado de una interpretación teleológica del art. 282 bis conforme al bien jurídico protegido, obliga a considerar que el primer párrafo del art. 282 bis constituye un **delito de idoneidad**.

Este elemento no se contiene de manera expresa en el art. 282 bis, que parece otorgarle en exclusiva relevancia al ánimo con que actúe el autor ("con el propósito de captar inversores o depositantes"), sin embargo, resulta un elemento típico indispensable: Primero, porque se deriva del bien jurídico; segundo, porque en caso de no incluirlo existe un "salto" inexplicable con la modalidad del art. 282 bis contenida en su segundo párrafo donde se contiene un delito de lesión; tercero, porque de otro modo construiríamos un tipo marcadamente subjetivo, que en realidad castigaría con iguales penas tentativas inidóneas de atraer inversores y conductas idóneas, algo intolerable desde los presupuestos del derecho penal de hecho en que se cimienta nuestro ordenamiento.

El **dolo** del autor es claramente de primer grado en relación al fin perseguido, y además debe ser consciente de la idoneidad del comportamiento para captar depositantes y ocasionarles un perjuicio patrimonial.

El art. 282 bis en su segundo párrafo establece penas mayores para aquellos casos en los que se produzca un **perjuicio patrimonial**, lo que conforma un **delito de resultado**. La estructura de este delito implica que el riesgo patrimonial generado por la conducta típica descrita en el primer párrafo y que se sido querida por el autor, se ha realizado generando un resultado de perjuicio patrimonial. El autor del delito, en el tipo subjetivo, debe conocer que su comportamiento genera un riesgo patrimonial indebido (tal como ocurre en el primer párrafo) y que además es altamente probable que de éste se derive un perjuicio patrimonial.

Esta previsión plantea especiales dificultades en **relación con el delito de estafa** (vid. la reflexión general que sobre esta cuestión se realiza en el tema 17 II. 3). En general debe considerarse que resulta de aplicación por ser especial el delito de estafa cuando se den todos los requisitos del art. 282 bis

y el 250. Sin embargo, esto no impide que sea además posible un concurso ideal de delitos entre la estafa y el art. 282 bis segundo párrafo. Pueden existir perjuicios patrimoniales a diversos inversores que encajen en la dinámica comisiva de la estafa, mientras que en relación a otros muchos nos encontremos sólo ante la posibilidad de aplicar el art. 282 bis.

> En realidad lo que ocurre es que la estafa y el art. 282 bis responden a dos modelos distintos de relaciones contractuales. Mientras que el delito de estafa se conforma a partir de relaciones contractuales personalizadas que exigen una relación directa entre el autor y su víctima, el art. 282 bis y la referencia al perjuicio patrimonial debe enmarcarse en relaciones contractuales mucho más anónimas, como las que se producen en el mercado de valores. En este tipo de relaciones la idoneidad del comportamiento para producir error y una decisión patrimonial equivocada no se mide en relación a cada inversor, sino como hemos visto en relación a un inversor medio. Tampoco es necesario mostrar que existe una relación directa entre la decisión del inversor y la información, por ejemplo el perjuicio puede derivarse de que se lo ha recomendado un tercero, o de la lectura de una noticia de periódico donde a su vez se refleja la información del folleto o de las cuentas anuales. Lógicamente este tipo de "efecto en cadena" no constituye una estafa triangular, salvo en casos muy determinados.
>
> La lógica del art. 282 bis es en realidad mucho más cercana a su vecino, el delito publicitario (art. 282). Por eso resulta incomprensible que mientras este precepto en sus relaciones concursales remita a la estafa, el art. 282 bis contenga correctamente una previsión relativa a los casos de perjuicio patrimonial.

La penalidad del segundo párrafo se agrava aún más cuando el perjuicio es de notoria importancia, que debe valorarse en el contexto especial del mercado de valores y las grandes sumas de capital que en él se mueven. Es decir, debe ser una cantidad considerablemente más alta a la que se maneja en el caso del delito de estafa (Art. 250.2, que establece 250000 €).

Analizadas estas cuestiones comunes, en lo que sigue vamos a analizar por separado la conducta relativa a la falsedad en el folleto y a los hechos relevantes. Dado que son obligaciones netamente distintas vamos a estudiarlas de manera separada. Sólo de esta manera es posible analizar detenidamente las peculiaridades que cada una de ellas presenta. En lo que se refiere a la falsedad en las cuentas anuales nos remitimos a lo expuesto en el tema 17.

B. La comunicación de hechos relevantes falsos.

La obligación de cada emisor de comunicar hechos relevantes es parte esencial de la política de transparencia y tiene lugar en el mercado secunda-

rio de valores (art. 43 Ley del Mercado de Valores). Su objetivo es que toda información relevante en manos del emisor sea comunicada cuanto antes al mercado, con el fin de que las acciones o cualquier otro tipo de valores lo reflejen en su precio y permitir al inversor tomar decisiones patrimoniales correctas. El art. 17 del **Reglamento UE sobre abuso de mercado**, el art. 228 LMV, desarrollados reglamentariamente por la Orden EHA/1421/2009, de 1 de junio y la Circular 4/2009 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, contienen la regulación básica sobre la difusión de hechos relevantes. Esta normativa resulta de capital importancia para la interpretación del tipo, e igualmente para conocer sus limitaciones.

En este sentido, lo primero que llama la atención es la falta de sintonía entre el art. 282 bis y la legislación del mercado de valores a la hora de describir el **tipo de información que debe ser difundida**. La legislación del mercado de valores utiliza el concepto de información relevante, mientras que el Código Penal en un inútil afán de buscar una mayor taxatividad, habla de información sobre recursos, actividades, negocios presentes y futuros. La verdad es que los términos utilizados por el Código Penal son tan vagos - "negocios" y "actividades" - que se alcanza una mayor determinación interpretando este término conforme al de **hecho relevante**, que además coincide con el manejado en el art. 285. Con ello se evidencia que el art. 282 bis en este punto no es sino el reverso de la moneda del art. 285. Hacer público un hecho relevante implica que ya no puede cometerse el delito de información privilegiada.

La legislación del mercado de desarrollos a título de ejemplo establece una serie de ejemplos de hechos relevantes, en el Anexo de la Orden EHA/1421/2009:

- Acuerdos estratégicos.
- Transformaciones, fusiones o escisiones.
- Acaecimiento de cualquiera de las causas de disolución de la entidad.
- Solicitud de concurso de acreedores y evolución del proceso concursal o quiebra.
- Resolución de demandas judiciales en contra o a favor del emisor o su grupo.
- Procesos sancionadores.
- Oferta pública de adquisición de valores.

- Convocatorias de Juntas y Asambleas.
- Acuerdos de modificación del capital social.
- Pactos parasociales o que supongan cambio en el control

Tal como antes indicábamos, el art. 282 bis es un delito de peligro, concretamente un delito de idoneidad; por esta razón el concepto de hecho relevante que contiene la legislación del mercado de valores, y más aún los ejemplos que se ofrecen como tales, deben pasar por el filtro de la idoneidad. El juez penal debe comprobar en cada caso si el hecho relevante y la forma en que ha sido publicado (o no lo ha sido) son idóneos para generar una decisión patrimonial equivocada en el inversor. Ello requerirá normalmente contar con expertos.

La principal disfunción que plantea el art. 282 bis en relación a las operaciones con hechos relevantes es la que atañe a la descripción de la conducta típica, que se describe como "**falsear la información** que la sociedad debe publicar y difundir". La Ley del Mercado de Valores recuerda que el contenido de la comunicación deberá ser veraz, claro, completo y, cuando así lo exija la naturaleza de la información, cuantificado, de manera que no induzca a confusión o engaño. La falsedad de la información depende en buena medida de cómo se presente; lo esencial de la conducta típica no es tanto el eje veracidad/no veracidad como que se presente de tal forma que permita una evaluación completa, correcta y oportuna por el público (art. 17.1 Reglamento sobre abuso de mercado). Hubiera sido conveniente que el legislador, más de que de "falsear", hubiera hablado de informaciones engañosas o incluso de incumplimiento de las normas de publicación y difusión establecidas en la regulación del mercado de valores (vid. sobre la inadecuación del verbo falsear lo indicado en la Lección 16 del Manual).

El término "falsear la información" no permite incluir otros comportamientos distintos pero igualmente peligrosos para los inversores. Evidentemente, difundir y publicar una notica falsa, entendiendo por tal aquella en la que exista una divergencia objetiva entre los hechos y lo manifestado, afecta a la calidad de la información de los mercados. No obstante, en materia de hechos relevantes la principal preocupación de la regulación administrativa tiene que ver con la necesidad de dar cuenta de manera inmediata de la información. Retrasar unos días un hecho relevante que afecta negativamente a la sociedad, permite mantener la cotización en un valor irreal, aparte de suponer un riesgo para la aparición de conductas de abuso de información

privilegiada. Ello plantea la necesidad de cuestionarse en qué medida caben **comportamientos omisivos**, como no publicar o no publicar a tiempo, en este delito. De acuerdo con la teoría de las acciones concluyentes que se ha estudiado en el delito de estafa, no comunicar un hecho cuando se está obligado a hacerlo constituye en realidad comunicar que no se ha producido. Por lo que desde este punto de vista no habría inconveniente en que no comunicar equivale a falsear. Igualmente quien no comunica, cuando está obligado, difunde también afirmativamente que ese hecho no ha tenido lugar. Resulta significativo a la hora de equiparar no informar con engaño, cómo la propia reglamentación del mercado de valores autoriza a los emisores a no comunicar bajo su responsabilidad determinada información cuando la difusión inmediata puede perjudicar intereses legítimos del emisor, mas siempre y cuando "que el retraso en la difusión no pueda inducir al público a confusión o engaño" (art. 17 4 b) del Reglamento sobre abuso de mercado).

Los **autores del delito**, según el art. 282 bis, resultan únicamente los administradores de hecho y de derecho de sociedades emisoras del mercado de valores. Esta restricción del círculo de autores que hace el Código Penal resulta equivocada por incoherente con la legislación del mercado de valores. De un lado, las sociedades emisoras pueden designar a estos efectos un interlocutor, que no necesariamente debe ser un administrador de derecho, y no siempre alguien que pueda ser catalogado como administrador de hecho. Por otro lado, en determinadas situaciones personas distintas a los emisores están obligadas a comunicar un hecho relevante.

La publicación y difusión del hecho relevante se produce normalmente tanto en la página web de la entidad como en la del mercado de valores. Los hechos relevantes deben permanecer además al menos durante cinco años en la página web de la compañía. La publicación debe hacerse de manera simultánea en ambos sitios y cuando pueda perturbar el normal desarrollo de sus operaciones debe comunicarse de inmediato a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En este caso una comunicación falsa a la Comisión constituye ya la **tentativa** del delito, que se **consuma** cuando la información falsa llegue al mercado, con independencia de que después, por ejemplo, se modifique en la página de la compañía. Habida cuenta de la rapidez con que la información se difunde en el mercado e influye en el precio, la modificación posterior resulta una circunstancia irrelevante desde el punto de vista penal, más encaminada a ocultar la conducta típica que a reparar el daño.

C. Falsedad en el folleto de emisión.

La segunda modalidad típica del art. 282 bis consiste en la publicación de un folleto de emisión falso con el fin de captar inversores. Al igual que ocurría con los hechos relevantes, la normativa que regula el folleto de emisión resulta imprescindible para interpretar esta modalidad típica (Directiva 2003/71/CE sobre el folleto, modificada por la Directiva 2010/73; arts. 33 ss. de la Ley del Mercado de Valores, Real Decreto 1310/2005, modificado por el Real Decreto 1698/2012 y Reglamento 809/2004 sobre la información contenida en el folleto).

El folleto de emisión es un elemento básico para el funcionamiento del mercado de valores primario que se corresponde con el principio de libertad de emisión (art. 33 Ley del Mercado de Valores). La puesta en el mercado de un nuevo valor no requiere de ninguna autorización previa, pero a cambio la entidad emisora tiene un deber legal de información, que se concreta en el folleto, que necesariamente antes de su publicación debe estar supervisado por la CNMV.

La existencia de esta supervisión supone que la **consumación** del delito, en este supuesto, se realiza cuando el emisor pierde el dominio sobre el contenido del folleto y lo envía al supervisor. Este adelanto de la consumación debería dar lugar a que en este caso se tomara en cuenta un arrepentimiento activo, del que resultara la no punibilidad del emisor si rectifica su comportamiento antes de que la información llegue al mercado.

La conducta típica debe proyectarse exclusivamente sobre el documento escrito. No constituye un comportamiento atípico difundir informaciones falsas, referidas a los contenidos del folleto en otros medios de comunicación. Así, por ejemplo, quedaría fuera la información que se ofrece en la presentación de la oferta a determinados tipos de inversores (*road show*, art. 15.5 Directiva). Aunque la Directiva obliga a que toda la información que se presente sobre el título sea coherente con el folleto, el art. 282 bis restringe la conducta típica al folleto informativo *stricto sensu*. La falsedad en este tipo de información adicional, que en realidad es publicidad, podría ser sancionada a través del **delito publicitario** (art. 282 CP).

Por razones diversas también ha de considerarse atípica la falsedad que se realiza sobre el **resumen del folleto**. Como advierte la Directiva sobre el folleto (art. 5) esta nota de síntesis debe leerse siempre conjuntamente con el folleto, debiendo estar basada toda consideración de inversión en la lectura

del folleto en su conjunto. Si el legislador excluye cualquier tipo de responsabilidad civil por la falsedad en esta nota, por coherencia debe entenderse excluida la penal.

La función del folleto de inversión es permitir que los inversores puedan evaluar tanto quién es el emisor, como la rentabilidad del valor. Para ello debe dar una información completa y bien estructurada sobre estas cuestiones. No obstante además de esta información cuya naturaleza es similar a la que se ofrece en las cuentas anuales, el folleto da una información mucho más valorativa y contiene necesariamente prognosis de futuro acerca de las perspectivas de crecimiento del emisor y de las ganancias que puede ofrecer el valor. La gran cantidad de información altamente valorativa que contiene el folleto plantea nuevamente la idoneidad del concepto de falsedad -referida a hechos- para este supuesto. La apreciación de una **falsedad relativa a juicios de valor** debe restringirse a aquellos supuestos en los que la prognosis o valoración sea desde cualquier punto de vista insostenible a la vista de la situación existente. El folleto debe diferenciar en cualquier caso la información de tipo valorativo de la que no lo es. En la actualidad la mayoría de los casos en los que se discute el carácter engañoso del folleto, en el ámbito de la responsabilidad civil, se refieren a este tipo de información valorativa (*soft information*) que, pese a este carácter, se considera información esencial.

También plantean problemas por el término elegido la **omisión de información** que necesariamente debiera constar en el folleto y que es relevante para la evaluación que debe hacer el inversor. En estos casos debe estimarse, de acuerdo con la teoría de las acciones concluyentes, que la omisión de una información relevante equivale a la afirmación de su inexistencia, siempre y cuando exista una obligación expresa y clara de hacer constar este tipo de información en el folleto.

En cualquier caso, al igual que ocurría en el caso de los hechos relevantes, la noción de falsedad está mal aplicada al folleto. Lo decisivo a la hora de apreciar la idoneidad de la conducta típica es que la información tenga carácter engañoso, por no haberse confeccionado conforme a la prolija normativa que regula los contenidos y la estructura del folleto.

Hemos señalado anteriormente que el art. 282 es un **delito de idoneidad**. En el marco de la responsabilidad civil derivada del folleto se ha discutido intensamente cual es el tipo de inversor en relación a cual debe medirse la idoneidad de la conducta típica para provocar una decisión patrimonial equivocada en el inversor. A estos efectos resulta igualmente de importancia

el concepto de "**información fundamental**" del folleto a que se refiere el art. 37Ley del Mercado de Valores. Dado que existe una gran **variedad de inversores**, muchos de ellos con gran cualificación, la idoneidad debe medirse en relación al inversor medio, no sofisticado y pequeño y ello aunque el comprador sea finalmente un inversor cualificado. Los riesgos típicos que se desean prevenir con este delito son los relativos a este tipo de inversor.

Un aspecto complejo es la determinación de la **autoría y participación**. El art. 282 bis reduce los autores a los administradores de Derecho y de hecho. De la lectura de la regulación del folleto se desprende por el contrario que, de un lado, el folleto debe estar firmado por una persona con capacidad para obligar al emisor, de otro, al regular la responsabilidad civil, se indica que en el folleto se deben identificar con claridad las personas responsables de la información que se vierte en el folleto, admitiendo la posibilidad de responsabilidad civil conjunta de todas ellas. Igualmente queda excluida la responsabilidad de los sindicatos de omisión u oferentes, pese a que civilmente tiene un deber también de veracidad o de los servicios de inversión. A la vista de esta disposición se pone de manifiesto que el CP ha restringido en exceso el círculo de autores.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el Tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

GÓMEZ INIESTA, D.: *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, Madrid: McGraw Hill, 1997.

GÓMEZ INIESTA, D.: "La responsabilidad penal de las agencias de calificación crediticia", AA.VV. (dir. Demetrio y Maroto), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Montevideo: B de F, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La protección penal transnacional de los mercados financieros*, Barcelona: Marcial Pons, 2014.

JUAN Y MATEU, F., *Los rumores en el Derecho del mercado de valores*, RDBB, 135, 2014.

PRIETO DEL PINO, A.M.: *El delito de información privilegiada en el mercado de valores*, Pamplona: Aranzadi, 2006.

Tema 10

DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Adán Nieto Martín

Claves: La corrupción fue tradicionalmente una materia alejada del Derecho penal de la empresa. Pero hoy día basta escuchar las noticas para percatarse que es uno de los delitos que con más frecuencia se cometen. La corrupción, y su hermana gemela, la financiación ilegal de partidos políticos se han convertido en estrategias comerciales, con el fin de ganar mercados, conseguir adjudicaciones de obras o simplemente crear un buen clima con el poder, que llegado el caso pueda ser utilizado y hecho valer. La corrupción es además global y por eso nos encontramos ante uno de los sectores del derecho penal más internacionalizado. Vista desde la perspectiva del mercado, cómo un acto de competencia desleal hacia otros competidores, es comprensible la aparición del delito de corrupción entre privados. No obstante, no debe olvidarse los devastadores efectos distintos a los puramente económicos que una corrupción generalizada puede ocasionar en una sociedad.

I. Corrupción, empresas y mercado.

Históricamente la corrupción se entendió como un comportamiento cuya dañosidad social se refería exclusivamente al correcto funcionamiento de la Administración, concretada en la pérdida de confianza en la imparcialidad de los funcionarios públicos. Esta comprensión de los delitos de cohecho estaba conectada además con una visión de la corrupción, como anomalía que afectaba sobre todo al funcionario público y menos al particular. Prueba de ello es que alguno de los delitos de cohecho reflejaba una visión extorsiva de la corrupción, que se plasmaba sobre todo en la baja penalidad del cohecho impropio, donde incluso se discutió durante años si resultaba punible el comportamiento del particular. A no ser por la presencia de un comportamiento extorsivo, amenazante, por parte del funcionario público carecía de sentido ofrecer o entregar una ventaja económica por la realización de un comportamiento del funcionario público al que se tiene derecho; esta era la narrativa subyacente a la conformación del tipo penal.

Igualmente la comprensión tradicional de la **corrupción era puramente nacional**. A los códigos penales sólo les interesaba la corrupción de los propios funcionarios, ya se realizara en el propio territorio o extraterritorialmente. El principio de protección de intereses permitió la persecución del soborno de funcionarios nacionales fuera de las fronteras (art. 23 h LOPJ). La corrupción en cambio de funcionarios extranjeros era totalmente ignorada, cuando no alentada. Permitir ganar mercados a toda costa, incluso realizando pagos ilícitos, era simplemente una forma de ser más competitivos. En muchos países de la Unión Europea hasta bien entrados los años noventa los sobornos pagados a funcionarios extranjeros podían deducirse fiscalmente. La "Recomendación para la deducción impositiva de los sobornos a los funcionarios públicos del extranjero" de la OCDE intentó en 1996 poner remedio a esta situación.

Estas características de los delitos de cohecho se han alterado en las últimas décadas. Hoy la política criminal anticorrupción se asienta sobre **parámetros radicalmente diferentes**: la corresponsabilización de empresas en la lucha contra la corrupción; un análisis más amplio de su dañosidad social, que la hace mirar especialmente a los efectos que produce en el mercado; y la internacionalización, que ha convertido la lucha contra la corrupción en uno de los grandes ejes de la gobernanza global.

En efecto, en primer término, los escándalos de corrupción, sobre todo en el marco de la corrupción de cargos políticos, han mostrado una relación más paritaria entre funcionarios y empresas. De un tipo de corrupción extorsiva y puntual, referida a un determinado asunto, la corrupción se ha convertido en sistemática y clientelar; en una trama de acuerdos ilícitos entre el tejido empresarial y el político. Empresas y funcionarios públicos, a través de comportamientos como la entrega de regalos en atención al cargo o la financiación ilegal de partidos políticos, buscan una relación continuada, en la que existirá un intercambio de favores a lo largo del tiempo. Cuando la corrupción tiene lugar en países subdesarrollados y sus protagonistas son grandes multinacionales la imagen extorsiva de la corrupción, que de algún modo acaba desresponsabilizando a las empresas, resulta aún menos apropiada. En este marco se ha acuñado el término de "gran corrupción" para referirse a los pagos ilícitos de grandes multinacionales a altos cargos públicos con el fin principalmente de obtener la adjudicación de grandes obras públicas o contratos de suministros.

Esta **nueva imagen de la corrupción** ha llevado a aumentar las penas en la mayoría de los países de nuestro entorno del cohecho impropio (art. 420), que ha dejado de ser una figura marginal. Igualmente ha crecido la importancia del delito de entrega de regalos en consideración al cargo (art. 422).

"Cebar" al funcionario público a través de regalos y atenciones resulta esencial para construir los lazos clientelares entre políticos y empresas. El mérito de adaptar nuestros delitos de cohecho a esta nueva estrategia y visión de la corrupción debe atribuirse a la reforma realizada en 2010. El reciente interés por regular el *lobby* o la polémica que está generando el uso constante de las puertas giratorias entre la Administración y las grandes empresas, son complementos indispensables de la política anticorrupción..

La **introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas** en los delitos de cohecho (art. 427 bis) es también una muestra evidente de la nueva política criminal basada en la **corresponsabilidad**. A través de los programas de cumplimiento, las empresas deben responsabilizarse de la prevención de la corrupción. El cumplimiento normativo en este ámbito se encuentra altamente estandarizado, con numerosas directrices y estándares internacionales que han venido concretando las mejores prácticas en la prevención de la corrupción. La **ISO 37001**, que está siendo adaptada a nuestro país, permite a las empresas obtener un certificado que acredita la instalación de un programa de prevención de la corrupción en la entidad. El protagonismo de las empresas supone dejar atrás toda una narrativa que justificaba el pago de sobornos por parte de las empresas, indicando que el pago de sobornos era una suerte de tributo (¡el 3%!) que había de pagarse necesariamente con el fin de hacer negocios. Igualmente supone dejar de lado ciertos argumentos del análisis económico del derecho que llegaban a considerar incluso que la corrupción actuaba de manera eficiente en los mercados.

Incomprensiblemente, al menos en nuestro país, falta un desarrollo sistemático de la prevención de la corrupción en el seno de las Administraciones públicas (***public compliance***). Aunque algunas comunidades autónomas han creado en los últimos años autoridades anticorrupción o regulado canales de denuncia, no existe ninguna norma con carácter general relativa a la ética pública y a la prevención de la corrupción, tal como exigen los art. 6 y ss. del Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción que ha sido ratificado por nuestro país.

En segundo lugar, como antes indicaba, gracias a los estudios sobre corrupción realizados por la Ciencia y Economía políticas se ha abierto paso un análisis más amplio de los **efectos nocivos** de la corrupción. No se trata sólo de la pérdida de confianza en el correcto funcionamiento de la Administración, sino también de la calidad de la democracia, de los derechos humanos y, en lo que aquí más interesa, del funcionamiento del mercado.

El pago de sobornos como estrategia para introducirse en nuevos mercados, conseguir proveedores u obtener cualquier otro tipo de ventaja ya sea en las relaciones con las Administraciones públicas o con otras empresas constituye un comportamiento contrario a la buena fe en las relaciones comerciales (art. 5 de la Ley de Competencia desleal). Este comportamiento lesiona desde luego los derechos del resto de competidores, que se ven postergados por la utilización de una estrategia comercial ilícita, pero también afecta a los beneficios sociales que en una economía social de mercado se esperan de la libre competencia. La corrupción supone una mala asignación de recursos que frustra la función social de la competencia (*vid*. Tema 9). Cuando la Administración decide otorgar la construcción de un hospital a la empresa que más ha sobornado, está dejando de lado otras ofertas que pueden ser mejores técnicamente. A largo plazo esto supone un perjuicio para todos: la "inversión en corrupción", este es el mensaje que se lanza, "es más rentable que la inversión en tecnología".

Finalmente, no puede olvidarse que el pago de sobornos afecta también al patrimonio de la sociedad y a los intereses económicos de los accionistas, pues supone utilizar el patrimonio de manera contraria al interés social. A través del conocido efecto *kick back*, la corrupción acaba incrementando **el precio de los servicios públicos** o de los servicios que prestan las empresas. Considerada como un coste de producción más, el coste que para una empresa supone la entrega de sobornos se traslada al precio que ha de pagarse por sus servicios o productos, lo que en algunos casos nos acerca al delito de administración desleal (*vid*. Tema 6). Todo ello sin contar que en muchos casos las empresas serán lo suficientemente hábiles como para repercutir en el consumidor el coste de la corrupción.

El daño que la corrupción genera a la competencia se ha concretado y visualizado, mediante la reforma penal de 2015, con la aparición de una nueva sección en el Capítulo XI del CP titulada "Delitos contra la corrupción en los negocios", compuesta del tipo penal de corrupción entre privados, que apareció por primera vez en la reforma del 2010, y del delito de transacción en las relaciones económicas internacionales, que el legislador ha reubicado ahora en este nuevo Capítulo. Ambos constituyen el objeto principal de este tema.

La tercera de las líneas en que se enmarca la nueva política anticorrupción es la **internacionalización**. España tiene suscritos siete convenios internacionales en materia de corrupción, además de la Decisión Marco de la Unión Europea sobre corrupción entre privados que en la actualidad equivale a una

directiva. El protagonismo de la política criminal internacional no se detiene con la aprobación y ratificación de los convenios. Las organizaciones internacionales han establecido mecanismos de evaluación permanentes que miden la implementación y el grado de eficacia de las disposiciones de los convenios y cuyos informes suelen generar cambios legislativos; en cualquier caso la repercusión de estos informes en los medios de comunicación puede suponer una "sanción reputacional" para los gobiernos que no han hecho bien las cosas. ONGs como Transparencia Internacional consiguen efectos similares a través de sus índices anuales.

En el terreno del Derecho positivo, la internacionalización de la política anticorrupción se manifiesta en la ampliación del concepto de funcionario público, que paulatinamente ha ido asimilando a los funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales a los funcionarios nacionales, en la mejora de la cooperación y la extensión de la competencia de las jurisdicciones nacionales y en la aparición del delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. De todo ello, con mayor detenimiento, vamos a ocuparnos en el próximo epígrafe.

II. La internacionalización de la lucha contra la corrupción.

1. El Convenio OCDE y sus principales plasmaciones: *FCPA* y *Bribery Act*.

El **Convenio de la OCDE** sobre la corrupción en las transacciones económicas internacionales es el texto que mejor refleja todos los rasgos que caracterizan a la política criminal contemporánea. Su transposición ha dado lugar al art. 286 ter y ha exigido modificar el art. 23 LOPJ. El origen del Convenio y, en general del proceso de internacionalización de la lucha contra la corrupción se encuentra en la ley norteamericana de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 (*Foreign Corrupt Practices Act -FCPA-*).

> En la década de los 70 del pasado siglo la gran corrupción pasó a formar parte de la discusión pública en los Estados Unidos, como consecuencia de numerosos escándalos que ponían en entredicho la actuación de las multinacionales norteamericanas en muchos países del mundo, donde de manera sistemática realizaban pagos ilícitos con el fin de recibir contratos públicos, cuando no intervenían directamente en la política nacional, financiando ilegalmente a los candidatos que mejor podían defender sus in-

tereses. Un caso paradigmático fue la intervención de la ITT en el golpe de Estado de Pinochet contra el gobierno de Salvador Allende en Chile. La corrupción en las relaciones económicas internacionales estaba también más que extendida en las grandes compañías europeas, que, como antes se señalaba, incluso podían desgravarse fiscalmente las cantidades "invertidas" en sobornos. El *lobby* empresarial norteamericano siempre se quejó de que la *FCPA* les colocaba en una situación de desventaja frente a sus competidoras europeas, razón por la que durante muchos años este texto ha sido papel mojado. Por esta razón, en realidad, la lucha contra la corrupción internacional se retrasó hasta la caída del muro de Berlín y la aparición de un nuevo tiempo en el comercio internacional, en el que Estados Unidos eligió la OCDE, la organización que agrupa a los países con economías más desarrolladas, para globalizar su regulación.

Mas la ***FCPA*** no sólo resulta importante como origen de la línea de política criminal que se plasma en el art. 286 ter, sino que también su estudio tiene una importancia práctica enorme, pues como vamos a ver constituye en realidad un Derecho global, que se aplica a todas las grandes empresas del mundo. De hecho, las sanciones penales que prevé esta ley se aplican en los últimos años con frecuencia a empresas no estadounidenses.

La *FCPA* se aplica a cualquier persona jurídica que cotice en el mercado de valores norteamericano, ya sea el oficial o en los mercados paralelos supervisados por la autoridad bursátil, la conocida *SEC*. Aunque la aplicación de la *FCPA* se rige fundamentalmente por el principio de territorialidad, éste se interpreta de una forma muy amplia. Se considera que el hecho se ha cometido dentro del territorio por la simple circunstancia de que una parte minúscula del mismo se haya realizado en Estados Unidos (una llamada telefónica, una transferencia o correo electrónico). En la aplicación de la *FCPA* rige también el principio de personalidad activa que se aplica a nacionales o residentes y a organizaciones con domicilio social en EEUU. Dada la proyección internacional de esta norma, los programas de cumplimiento adecuados a sus requisitos constituyen el principal modelo en la prevención de la corrupción internacional, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de apreciar su eficacia conforme al art. 31 bis.

La *FCPA* contiene dos tipos de infracciones: la relativa a la prohibición de la corrupción y las infracciones contables. La primera de las infracciones es muy similar al art. 286 ter, aunque algo más amplia en algunos aspectos. Así, por ejemplo, incluye la financiación ilegal de partidos políticos o candidatos. Su principal rasgo, que constituye la seña de identidad básica de los delitos de corrupción en el comercio internacional, es que únicamente castiga el cohecho activo, es decir, realizado por el particular, por la empresa. Se trata de una decisión inspirada en el pragmatismo. No resulta sencillo que un país procese a un funcionario público de otro Estado miembro, sobre todo cuando como ocurre con frecuencia en este tipo de corrupción puede ser un alto cargo. En

países con administraciones de justicia débiles y escasamente independientes resulta además ilusorio obtener cualquier tipo de cooperación judicial para lograr esta sanción. En los países dónde, en cambio, sí es posible que el funcionario sea perseguido, se generaría un problema de *ne bis in idem*. Esta restricción es coherente con el objetivo principal de la política criminal internacional: imponer una regla de conducta global, de gobernanza global, a las empresas procedentes de países desarrollados, principalmente pensando en su comportamiento en países con sistemas jurídicos poco eficaces y a veces gobiernos corruptos.

Las infracciones contables comprenden el falseamiento de la contabilidad con el fin de encubrir la entrega de sobornos y la inexistencia de controles internos adecuados para prevenir la corrupción. Esta infracción, impuesta por la *SEC*, ha sido la más utilizada en la historia de la *FCPA*.

En el ámbito internacional, junto a la *FCPA* destaca también por su capacidad para ser aplicada a empresas de todo el mundo la ***Bribery Act*** de 2010 del Reino Unido. Ello es debido a que establece su aplicación a cualquier persona jurídica que realice todos o parte de sus negocios en el Reino Unido. Como puede apreciarse, la *Bribery Act* acoge un principio de personalidad activa conformado de manera especialmente amplia.

En el delito de cohecho, que puede ser cometido por personas naturales destaca el que se trata de manera indiferenciada la corrupción entre particulares y el cohecho de funcionarios públicos.

El precepto penal más original y relevante en el plano internacional es el que establece la responsabilidad de las personas jurídicas: el **fallo en la organización comercial para prevenir el soborno** (Sección 7). La responsabilidad de la persona jurídica se establece siguiendo el modelo de la culpabilidad de organización. Responde por la corrupción realizada por cualquier empleado o persona ajena a la empresa (agentes comerciales, consultores) que actúen en su nombre, pudiendo utilizar en su defensa el que se contaba con procedimientos internos adecuados para la prevención de este tipo de comportamientos. Es a la empresa a la que le corresponde la carga de la prueba.

2. El sistema de "listas negras" del Banco Mundial y de la normativa de contratos públicos de la UE.

En la internacionalización de la lucha contra la corrupción destaca igualmente el sistema de listas negras implantado por el Banco Mundial y que en la actualidad se ha extendido a todos los bancos de desarrollo. Nos encontramos por tanto ante un genuino Derecho sancionador administrativo suprana-

cional. Esta normativa tiene su origen en 1996 con la creación de la Vicepresidencia de Integridad que lanzó la sanción de *debarment* (inhabilitación para contratar) contra aquellas empresas involucradas en casos de corrupción. En 2010 los bancos de desarrollo llegaron a un acuerdo (*Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decision*) en virtud del cual la inclusión de una empresa en la lista negra de alguno de los bancos implicaba la inclusión en la lista del resto ("*Steal and cheat from one, get punished by all*").

El sistema de listas negras del Banco Mundial se basa en un catálogo de infracciones. La más habitual es el pago de sobornos en las contrataciones públicas financiadas por el Banco Mundial, aunque también se tipifican comportamientos como la estafa, prácticas colusorias, coacciones o la obstrucción a las actuaciones del Banco con el fin de auditar o acceder a la información relativa a los proyectos financiados. Las sanciones que pueden imponerse, en conformidad con el principio de proporcionalidad, son: la exclusión definitiva o por tiempo determinado de la empresa en aquellos procesos de contratación pública financiados por el banco, la exclusión sujeta a suspensión, la no exclusión condicional, la amonestación y la restitución. El nombre de las empresas sancionadas se publica en la web del Banco Mundial.

La adopción de programas de cumplimiento que prevengan la corrupción es uno de los objetivos principales de este sistema de sanciones. La sanción de exclusión sujeta a suspensión, que es la más frecuente, supone la sujeción de la empresa a un régimen de prueba. La suspensión de la sanción se condiciona a que la empresa mejore su programa de cumplimiento. El Banco ha creado una *Integrity Compliance Office* con el fin de asegurar que las empresas cumplen efectivamente con las exigencias que se han impuesto a sus sistemas de cumplimiento.

Desde 2006 se ha instaurado un Programa de revelación voluntaria de la información (*Voluntary Disclosure Program*) que permite a las empresas autodenunciarse. En este caso el Banco puede optar por no sancionar a la empresa e incluso mantener de manera confidencial la información. Como condición puede imponer a la empresa que instale un programa de cumplimiento.

El proceso sancionador comienza con la recepción de la denuncia por la Vicepresidencia de Integridad, que si considera que existen indicios suficientes prepara un *Statement of Accusations and Evidence* anunciando el comienzo de la investigación. Tras su realización elabora un informe para el Departamento de Evaluación y el Consejo Supervisor, órgano independiente que supervisa la actuación de la Vicepresidencia de Integridad. El Departamento de Evaluación realiza una propuesta de sanción a la que la empresa puede responder. La sanción la impone el Consejo Sancionador, sin posibilidad de recurso. Desde 2011 publica sus resoluciones completas en una suerte de colección jurisprudencial (*Law Digest*) que incrementa la transparencia del sistema.

3. La normativa europea sobre contratos públicos.

En la actualidad la **prohibición de contratar** como consecuencia de la corrupción se ha convertido en una de las reacciones más importantes debido a su carácter intimidatorio. Para muchas empresas la prohibición de contratar con las Administraciones públicas puede conllevar su desaparición. La nueva Directiva sobre contratos públicos de 2014 establece de un lado la prohibición de contratar cuando los directivos de una entidad han sido condenados por un delito de fraude o corrupción, pero, de otro, que esta prohibición pueda ser contrarrestada si la persona jurídica implanta un programa de cumplimiento (art. 57.6).

En nuestro país la prohibición de contratar está prevista como pena en el art. 286 ter y en el delito de cohecho activo (art. 424). Esta prohibición debe ejecutarse conforme a lo dispuesto en el art. 60. 1 a) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público, que incluye entre las prohibiciones de contratar el haber sido condenado por delitos de corrupción en el comercio internacional, tráfico de influencias, cohecho o fraudes o detenciones ilegales. Esta prohibición se extiende a personas jurídicas cuyos administradores o representantes hayan cometido estos delitos en su provecho, siempre que además sigan ocupando su puesto. Para la aplicación de la prohibición de contratar la ley establece un procedimiento cuyo órgano competente es el Ministerio de Economía y Hacienda. Esta prohibición no es, sin embargo, eficaz en la práctica, ya que no existe un registro de empresas y dirigentes afectados por la prohibición de contratar. El Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas no cumple con este cometido de manera eficaz. Igualmente resulta una incongruencia con el régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas que la prohibición de contratar se aplique de manera inmediata a ésta por el delito de corrupción o cohecho cometido por el administrador. Si el 31 bis da oportunidad a la empresa de defenderse a través de la existencia de un programa de cumplimiento, la normativa administrativa traslada de manera objetiva la prohibición de contratar a la empresa del administrador sancionado.

III. El art. 286 ter: el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales.

Caso Aplicaciones Pedagógicas

La empresa española “Aplicaciones Pedagógicas” mantuvo desde su constitución en 2006 estrechas relaciones con el Ministerio de Educación y Ciencia de Guinea Ecuatorial. Estos acuerdos se concretaron en varios contratos de edición de libros de

texto entre 2006 y 2008. Los acusados, en este caso, realizaron en el años 2009 una transferencia por importe de 70.000 euros, destinada a altos cargos del Ministerio de Educación de la República de Guinea Ecuatorial, con el fin de que por éstos se facilitase que la mercantil, mantuviese la relación comercial y así conseguir la celebración de nuevos contratos de edición de libros con dicho estado.

Con el fin de crear una apariencia legal, el día 7 de octubre de 2009 los acusados firmaron un documento con el Viceministro de Educación denominado contrato de financiación para la capacitación curricular del profesorado en inglés y francés. Con base en este contrato, la empresa se comprometió a donar al Ministerio de Educación de Guinea Ecuatorial la cantidad de 70.000 euros. La supuesta donación se transferiría a la cuenta bancaria número 271-5111-86-01-78 del banco Sociedad General de Bancos de Guinea Ecuatorial (SGBGE) en la que figuraba como titular el Ministerio de Educación, Ciencia y Deportes de la República de Guinea Ecuatorial.

Supuesto redactado conforme a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 3/2017, de 23 febrero.

El art. 286 ter es el tipo penal mediante el que España ha dado cumplimiento al Convenio de la OCDE contra la corrupción en las transacciones económicas internacionales. Pese a su escasa aplicación práctica, hasta el momento ha sido objeto de tres reformas (2003, 2010 y 2015). La última operada por la Ley Orgánica 1/2015 no ha afectado a su tenor literal, pero sí que ha alterado a las penas, elevándolas; ha dado a esta figura una nueva ubicación en el Código: de los delitos contra la Administración pública lo ha trasladado a la nueva Sección "De corrupción en los negocios", abierta en el Título dedicado a los delitos contra el mercado; y ha establecido una cláusula de subsidiaridad expresa, de modo que este precepto sólo resulta de aplicación cuando las conductas descritas no pueden ser sancionadas de manera más grave por otro precepto del Código. Como veremos no es pacífica la interpretación de la regla de subsidiaridad.

Antes de comenzar a analizar los distintos elementos del art. 286 ter conviene subrayar que en su interpretación resultan de gran importancia el Convenio de la OCDE y, sobre todo, los **Comentarios al Convenio**, documento de naturaleza jurídica incierta, pero que constituye una suerte de interpretación auténtica del Convenio y que por tanto tiene una gran influencia en la interpretación que los jueces han de hacer. Igualmente deben tenerse en cuanta los informes de revisión que la OCDE realiza sobre las distintas legislaciones nacionales, y de los que puede arrojarse luz sobre el significado de algunos términos del Convenio.

El art. 286 ter es un delito pluriofensivo que tutela la **competencia leal**, pero también la **imparcialidad** de los funcionarios públicos extranjeros y de organización internacionales. Es verdad que tras la reforma operada por la LO 1/2015, que lo ha trasladado al título de los delitos contra el mercado, pudiera pensarse que su único bien jurídico protegido es la competencia leal. Como antes señalábamos, la corrupción como estrategia competitiva debe considerarse una práctica desleal. No obstante, de ser éste el único interés tutelado no se explicaría la diversidad de penas con el delito de corrupción entre privados, que como veremos sí que tiene como bien jurídico protegido exclusivamente la competencia leal.

Uno de los aspectos más complejos en la lucha contra la corrupción internacional es encontrar un concepto común de **funcionario** público, capaz de adecuarse a las peculiaridades de cualquier ordenamiento. Hasta la reforma de 2015 el Código Penal contenía tres conceptos diversos de funcionario público internacional (art. 24 donde se contiene una asimilación general de los parlamentarios europeos y las antiguas versiones del art. 445.3 y 427, con definiciones diferentes para los delitos de cohecho).

El legislador del 2015 ha decidido simplificar este entramado de definiciones extraordinariamente complejo. Para ello ofrece un concepto de funcionario internacional en el **art. 427** que comprende tanto los funcionarios de países de la UE, de la propia UE, como los de otros países y otras organizaciones internacionales. Este concepto es válido además tanto para los delitos de cohecho fijados en los art. 419 y ss., como para el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter). Esta unificación la ha realizado siguiendo la definición autónoma del Convenio de la OCDE, cuyo concepto de funcionario resulta suficientemente amplio como para comprender todos los supuestos de funcionarios de la Unión Europea y de países de la Unión.

En la interpretación del concepto de funcionario contenido en el art. 427 resultan importantes las consideraciones que se establecen en los Cometarios al Convenio. El concepto del Convenio OCDE es más amplio que el previsto en el art. 24 para los funcionarios nacionales. Todos los considerados funcionarios conforme al Derecho penal español resultan funcionarios conforme al art. 427, pero además en el marco de este precepto deben considerarse funcionarios públicos también los **particulares que ejercen funciones públicas**, por delegación de la Administración. Lo que comprende los casos de privatización de funciones públicas. Igualmente tienen la consideración de funciona-

rios conforme al art. 427 los directivos de **empresas públicas** participadas por el Estado, en las que éste posee la mayoría del capital o de los votos o puede nombrar a los miembros de los órganos de administración. No obstante, como aclaran los Comentarios al Convenio, no deben considerarse empresas públicas aquéllas que actúan sobre una base comercial, sustancialmente equivalente a la de una empresa privada, sin ningún tipo de privilegio. El Convenio también maneja una definición autónoma de funcionario de organizaciones internacionales. La intención del Convenio con su definición es no dejar fuera ningún tipo de organización internacional, especialmente aquéllas que como la UE están a caballo entre las organizaciones internacionales clásicas y los Estados federales. Aunque en el concepto de funcionario, según del Convenio OCDE, caben también los parlamentarios, el art. 286 ter remite al art. 24 con el fin de asegurar la inclusión de los funcionarios de la UE.

Entre los problemas de autoría y participación más importantes del delito de corrupción en el comercio internacional se encuentra la **utilización de intermediarios** con el fin de "amañar" el contacto con el funcionario. En mercados desconocidos es frecuente valerse de agentes nacionales (abogados, consultores, etc.) que son los que ponen en conexión a los políticos implicados con los directivos de las empresas. Estos servicios sirven también en ocasiones para ocultar el pago de sobornos. Camuflar el pago como un servicio de consultoría por una prospección o informe de mercado, que se hace llegar a la cuenta del "falso" consultor, derivando el dinero desde ahí a los bolsillos del político implicado, resulta todo un clásico en la materia. También resulta frecuente la exigencia por parte de las entidades locales de la constitución de *joint ventures*, con empresas locales (controladas por los políticos implicados), que serán finalmente las adjudicatarias del contrato o la obra.

La utilización de intermediarios está prevista desde antiguo en todos los delitos de cohecho, que siempre han tipificado la utilización de "personas interpuestas". El problema principal que surge en este punto se encuentra en el tipo subjetivo. Los directivos de la empresa señalarán en muchos casos que desconocían que estos terceros que han actuado en su nombre tenían vinculaciones con los funcionarios públicos implicados. Aparte de que en estos casos suele existir hechos suficientes (cantidades inusualmente altas, pagos en paraísos fiscales, relaciones personales evidentes con los funcionarios públicos, etc.) como para dar por probada la existencia del dolo eventual, resultaría posible y justificado político-criminalmente extender a los delitos de corrupción la figura de la **ignorancia deliberada** en cuanto supuesto de dolo. La

mayoría de las empresas en la actualidad, antes de entablar relaciones con un consultor, abogado o llegar a un acuerdo con otras empresas para constituir una filial, efectúan procedimientos de diligencia debida (*due diligence*) mediante los que se deben cerciorar de la verdadera identidad de los agentes intermediarios y su solvencia profesional, o incluso arbitrar medidas para que durante la realización del encargo respeten ciertas normas de conducta destinadas a la prevención de la corrupción. Hacer negocios sin adoptar estas medidas profilácticas constituye un caso palmario de no querer enterarse de lo que ocurre, es decir, de una "ceguera ante los hechos".

> La utilización de filiales o de *joint ventures* que se han constituido *ad hoc* para realizar por ejemplo una obra pública puede generar problemas de imputación, sin embargo, a la matriz española en el marco de la **responsabilidad penal de la persona jurídica.** A los efectos de resolver este problema debe tenerse en cuenta que los administradores o el personal de alta dirección de la sociedad matriz deben ser considerados administradores de hecho de la filial y que además será frecuente que en el caso participen activamente personas que trabajan para la matriz, por ejemplo disponiendo del pago de los fondos o autorizando globalmente el negocio. Esta participación, ya sea activamente ya sea en comisión por omisión, acarreará la responsabilidad de la sociedad matriz situada en territorio español.

La principal diferencia a la hora de describir la conducta típica del art. 286 ter en relación a los delitos de cohecho tipificados en los art. 419 ss. o la corrupción entre particulares es que únicamente sanciona el **cohecho activo**, no castigando al funcionario público que o bien solicita la ventaja económica, la acepta o la recibe. Como ya expusimos esta restricción se debe a razones puramente pragmáticas: el fin del precepto es controlar el comportamiento de las empresas nacionales en el exterior. El que sólo se sancione al particular no impide que el art. 286 ter recoja un delito de corrupción bilateral sinalagmática (*do ut des*), en el que el particular propone o accede a entregar una compensación a cambio de un comportamiento del funcionario público. A diferencia de los delitos de cohecho previstos en los art. 419 ss. o en el art. 286 bis, el art. 286 ter utiliza como verbo típico "corromper", sin que ello signifique otra cosa que la intención de intercambiar una ventaja indebida por un comportamiento del funcionario público.

La elección de un delito de cohecho de estas características determina que el momento de la **consumación** se produce para el particular cuando su iniciativa llega a conocimiento del funcionario público, o si la iniciativa la

realiza el funcionario público, cuando éste acepta su oferta. El art. 286 ter es un delito de resultado cortado. No se necesita para la consumación que se determine con exactitud ni el contenido de la prestación del funcionario, ni tampoco la ventaja que recibirá, si bien un mínimo de concreción resulta necesario. Lógicamente tampoco que se entregue ninguna cantidad de dinero. Este tipo de comportamientos post-consumativos pertenecen a la fase de agotamiento. En los delitos de cohecho, y más en la corrupción internacional, es fácil por ejemplo, con el fin de asegurar que el funcionario realice su parte, realizar varios pagos, dejando para el final las cantidades o ventajas de mayor enjundia. Esta dinámica, dividida en varios actos, del negocio corrupto no debe llevar a apreciar una pluralidad de delitos de cohecho, agrupados como delito continuado. Existe una **unidad de acción** determinada por el sentido del tipo entre los diversos intercambios (entregas de ventajas) o posibles modificaciones que puedan derivarse de un mismo contrato, negocio o actividad.

No obstante, dado que el bien jurídico protegido es la competencia conjuntamente con la imparcialidad de los funcionarios públicos, sí existen varios delitos cuando en relación a un mismo negocio se soborna a varios funcionarios. Quienes mantengan que el único bien jurídico es el mercado, deberían sin embargo llegar a la solución contraria: un único delito, en cuanto que no hay varias afectaciones al mercado.

Uno de los rasgos más característicos del art. 286 ter, y que subraya su carácter autónomo en relación a los delitos de corrupción nacionales, es que no considera relevante la distinción entre **cohecho propio e impropio**, que descansa como es sabido en la naturaleza del acto del funcionario público: si éste es conforme a Derecho, existe un cohecho impropio, mientras que si es ilícito aparece el más grave delito de cohecho propio. El Convenio OCDE parte de que esta división es disfuncional, en cuanto que obliga a algo tan complicado como es probar en el proceso penal si y en qué medida la contraprestación del funcionario público es legal, ilegal o viola sus obligaciones de acuerdo con el derecho del país del funcionario.

> La incertidumbre acerca de la ilegalidad del comportamiento del funcionario se proyecta además sobre un área donde la corrupción es singularmente importante: las decisiones discrecionales. La gran corrupción tiene lugar en relación a decisiones de funcionarios públicos que como en la adjudicación de contratos, la aprobación de una ley, el trazado de una carretera o incluso el diseño de una política pública no se corresponde con la categoría de lo lícito o ilícito. Los Comentarios al Convenio señalan, por ejemplo, que debe constituir corrupción el soborno ofrecido en una licitación pública,

aunque provenga del mejor de los oferentes (ver Comentarios al Convenio OCDE, punto. 3).

El delito de corrupción en el comercio internacional incluye también supuestos de **tráfico de influencias** realizado por funcionarios públicos. El tipo penal no requiere un comportamiento que el funcionario tenga que realizar en el ejercicio de su cargo, sino que adopta una expresión más amplia: "en relación con el ejercicio de sus funciones". Tal como se indica en la definición de corrupción que ofrece el Convenio, esta expresión persigue castigar conductas de tráfico de influencias, como la del ministro que influye sobre un funcionario público para que adopte una determinada decisión. Lo importante es el intento de comprar o vender a través de una ventaja ilícita "cualquier uso de la posición del agente público".

El concepto amplio de corrupción del que parte el Convenio conlleva incluso que pueda resultar típico el ejercicio de influencias del funcionario público en una empresa del sector privado, con el fin de que la persona que ofrece o entrega el soborno obtenga una ventaja competitiva irregular. Por ejemplo: se sobornó a un alto funcionario del ministerio de economía con el fin de que presione a un banco privado para la concesión de un préstamo.

La principal limitación del art. 286 ter en lo que corresponde al comportamiento del funcionario público, es que el fin perseguido por el particular no es la realización de cualquier acto relacionado con el ejercicio de las funciones, sino sólo aquél que tiene que ver con **conseguir o conservar un contrato público o la obtención de una ventaja competitiva** en la realización de actividades económicas internacionales.

Inexplicablemente la reforma ha suprimido el término "irregular" que dotaba de precisión al objeto del soborno y en su lugar habla de ventaja competitiva. El Convenio de la OCDE habla de la obtención de un "beneficio **irregular**". Los Comentarios al Convenio señalan que por beneficio irregular debe entenderse una ventaja a la que la empresa no tiene claramente derecho, como una autorización irregular para que realice una actividad sin reunir los requisitos (Comentario, p. 4). Dentro de los beneficios irregulares cabría cualquier tipo de decisión administrativa de carácter reglado que la empresa obtiene sin tener derecho a la misma, pero también cualquier actuación del funcionario violando sus deberes de imparcialidad. De este modo, este término comprende comportamientos tan dispares como obtener indebidamente una exención

aduanera, la confección de una normativa beneficiosa para la empresa, la presión sobre otro funcionario público para que haga la "vista gorda" con el fin de silenciar una infracción, etc. De acuerdo con el bien jurídico protegido, la competencia leal y la nueva expresión utilizada por el art. 286 ter, lo importante es que este beneficio irregular objeto del soborno (exención de una tasa) produzca una ventaja competitiva a la empresa frente a otras.

Tampoco es sencillo determinar qué debe entenderse por "**actividades económicas internacionales**". El concepto de actividades económicas internacionales posé un núcleo claro en aquellos supuestos en los que una empresa realiza o pretende realizar una actividad económica en otro país distinto a aquél en el que tiene su sede social. La zona de penumbra comienza a la hora de definir el adjetivo internacional cuando, por ejemplo, ha sido realizada por una filial de la empresa multinacional en el país del funcionario público. En este caso la existencia de una actividad internacional únicamente puede apreciarse si el comportamiento que ha llevado a la corrupción responde a una estrategia de la empresa matriz que por ejemplo dispone de una caja negra para este tipo de negocios o ha dado instrucciones al respecto. Si la filial, sus empleados o directivos, han actuado de manera independiente a la matriz resulta más complejo apreciar una connotación internacional.

El Convenio OCDE exige que se incrimine el ofrecimiento de cualquier tipo de **ventaja** y no exclusivamente aquellas de naturaleza económica. Por esta razón el art. 286 ter acoge una fórmula amplia "beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase".

> Desde la reforma del 2003, todos los delitos de cohecho y corrupción tipificados en el Código Penal han ido asumiendo este concepto amplio de ventaja, desvinculada de su valoración económica, donde lo decisivo es que el funcionario no tenga derecho a la misma ("injustificada").

Como antes indicábamos la reforma del 2015 ha introducido en este delito una extraña cláusula de **subsidiariedad expresa** ("salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto"). Esto en principio, parecería dar a indicar que sobre todo en relación a los delitos de cohecho tipificados en los art. 419 y ss. el art. 286 ter solo se aplica de manera subsidiaria, sobre todo porque en los delitos de cohecho se incluye ya hoy la corrupción de funcionarios internacionales y de otros países, a través de la cláusula de asimilación del art. 427.

En realidad no es así y el 286 ter debe considerarse un precepto especial, primero porque como ya hemos indicado, tutela conjuntamente la competencia y la imparcialidad de los funcionarios públicos, y, segundo, porque las penas son mayores. La aplicación preferente del art. 286 ter posibilita además aplicar lo dispuesto en el art. 23 LOPJ, y la aplicación extraterritorial, que no contiene una previsión semejante para los delitos de cohecho previstos en los art. 419 ss.

Los delitos de cohecho previstos en los art. 419 y siguientes merced a la cláusula de asimilación pueden ser de aplicación, en su caso, a los funcionarios públicos extranjeros, pues recordemos que el 286 ter sólo castiga al particular. Esta posibilidad es especialmente importante en el caso de cohecho de funcionarios de la UE, donde a diferencia de lo que ocurre con el Convenio OCDE, el Convenio sobre corrupción de funcionarios públicos de la UE y el II Protocolo al Convenio PIF se exige también la sanción de funcionarios de países europeos y de la propia Unión Europea. Igualmente los delitos de cohecho, tipificados en los art. 419 y ss. resultan de aplicación a sobornos que se realizan fuera de operaciones de comercio internacional, a la entrega de sobornos en consideración a la función de un agente público extranjero (cohecho de facilitación) o por comportamientos que el funcionario público ya ha realizado (cohecho subsiguiente).

IV. Supuestos problemáticos en la corrupción internacional.

En la represión internacional existen una serie de supuestos especialmente problemáticos. Estos supuestos en muchos casos caen fuera del ámbito típico del art. 286 ter, aunque no de los delitos de cohecho nacionales, que en teoría son más amplios y pueden también aplicarse a la corrupción internacional. Estos supuestos son objeto de las programas de cumplimiento, que en sus códigos de conducta suelen establecer pautas claras para sus empleados, con el fin de que sepan a qué atenerse y cuál es la posición de la empresa, en conductas cuya ilicitud puede variar de país a país. Estas normas internas que intentan delimitar las zonas grises de los preceptos penales deben acabar teniendo importancia en la interpretación del tipo penal, pues en realidad establecen criterios de adecuación social, tan importantes en la delimitación de las conductas típicas en los delitos de cohecho.

1. **Pagos de facilitación.**

El primer grupo de casos son los llamados **pagos de facilitación o de engrase**. Los pagos de facilitación son pagos ilícitos, sobornos, a funcionarios públicos de bajo nivel, con el fin de que sean más diligentes en el cumplimiento de sus funciones y no se demoren. Se trata de pagos relacionados con el ejercicio de funciones regladas, a las que se tiene derecho, y que además no se realizan de manera repetida con un mismo funcionario público.

> Ejemplos de pagos de facilitación serían las cantidades entregadas para la obtención de una licencia municipal; obtención de visados o de permisos de trabajo; obtención de un despacho aduanero; agilizar un pago por un servicio que ya se ha prestado.

La admisibilidad de los pagos de facilitación representa uno de los aspectos más discutidos en la sanción de la corrupción internacional. Aunque existe una clara tendencia a considerarlos delictivos, la verdad es que la situación dista mucho de estar del todo clara. El art. 286 ter no establece ningún tipo de excepción en este punto en la descripción de la conducta típica. De este modo, los pagos de engrase deben considerarse en principio delictivos. Cuestión distinta es que este tipo de pagos puedan dar lugar a la obtención o retención de un contrato o un beneficio irregular para la empresa y que por tanto den lugar a la conducta típica. Generalmente no será así. Los pagos de engrase constituyen una ventaja indebida que se da con el fin de motivar al funcionario a que cumpla, de manera diligente, con su deber. Por ello, conforme al tenor literal del art. 286 ter los pagos de engrase no son necesariamente delictivos.

> La OCDE ha adoptado una posición a tenor de la cual los pagos de engrase constituyen más un problema de cumplimiento normativo que penal. Es decir, confía en que las empresas establezcan internamente normas exigentes para solucionar este problema. Tras haber permitido los pagos de engrase o *routine governmental action* en sus Comentarios al Convenio de 1997, en la nueva versión de 2009, como consecuencia de las críticas recibidas por los gobiernos de países en desarrollo y ONGs, ha recomendado a los países miembros que tengan en cuenta "el efecto corrosivo de los pequeños pagos de facilitación" y que inciten a las empresas a que "prohíban o desalienten el recurso a los pequeños pagos de facilitación en el marco de sus programas o de sus medidas de control interno".

En situaciones excepcionales los pagos de engrase podrían ser justificados a través del estado de necesidad, cuando los beneficios que originan sean su-

periores a los males que ocasionan. Los supuestos más claros serían aquellos en los que el pago está destinado a proteger la vida, la salud o la libertad. No obstante, en la ponderación debe tenerse en cuenta que cuando este tipo de pagos está muy extendido en un país contribuye a que la corrupción sea un mal endémico y estructural. De este modo, sólo cuando se hacen puntualmente, en países que no presentan grandes índices de corrupción y la iniciativa procede del funcionario público podrían ser tolerados. Para su adecuación sería en cualquier caso necesario que fueran autorizados por los responsables de cumplimiento de la empresa y anotados en su contabilidad. Es decir, que se realicen de manera transparente dentro de la empresa.

2. **Gastos promocionales y de buena fe.**

El segundo grupo de supuestos son los **gastos promocionales y de buena fe**. Los pagos promocionales son aquellos relacionados con actividades de difusión de un determinado producto o servicio, mientras que los gastos de buena fe pueden ser las atenciones que pueden tenerse con un funcionario público que visita los locales de la empresa con el fin de comprobar la correcta ejecución de un contrato.

Aunque este tipo de regalos y atenciones no resulta típico en atención al art. 286 ter, que solo recoge los supuestos de cohecho sinalagmáticos, sí que puede resultar típico conforme a los tipos de cohecho nacionales, donde se sancione la entrega de regalos.

Además, los gastos de viajes u otro tipo de gastos promocionales pueden resultar típicos cuando forman parte de un plan sistemático de corrupción. Es una lección que cabe extraer de la aplicación de la *FCPA*.

> Las autoridades americanas se han ocupado de este tipo de pagos cuando por ejemplo descubren que una empresa ha gastado a lo largo de años sumas considerables de dinero en invitar a determinados funcionarios, relacionados con decisiones que afectan a la empresa a visitar sus instalaciones o a asistir a congresos. En estos casos suele ser también relevante si los gastos son estrictamente proporcionados o necesarios en aras al fin que pretenden conseguir.

La clave para la adecuación social de este tipo de comportamientos, en el cohecho de facilitación, es que estén directamente vinculados con la promoción de la actividad o servicio, que sean proporcionados, no se realicen

de manera sistemática y se realicen de manera transparente y como tal sean documentados verazmente en la contabilidad y los documentos específicos de la política anticorrupción.

3. **Regalos y atenciones.**

Cercanos a los gastos promocionales se encuentran los supuestos de **regalos y atenciones**, como invitaciones a espectáculos deportivos o regalos que se corresponden con costumbres o usos locales. Este tipo de gastos no se vinculan a ninguna actividad en concreto, a diferencia de los gastos promocionales, y buscan mantener un contacto con funcionarios públicos. De los distintos estándares internacionales pueden derivarse una serie de criterios que pueden servir al juez para determinar la adecuación social en este tipo de conductas. El primero sería la relación entre el funcionario y la empresa. Las invitaciones y atenciones no resultan socialmente adecuadas si el funcionario público debe tomar próximamente decisiones que afecten a aquélla o tiene una relación continuada, por ejemplo, de supervisión. Las atenciones resultan también más que cuestionables cuando se extienden a familiares del funcionario público. Al lado de estos factores deben tenerse en cuenta el valor de la atención. Las atenciones que socialmente se consideran un lujo no deben ser admitidas (invitaciones a eventos deportivo o espectáculos de primer nivel, sobre todo cuando tiene lugar en las zonas VIP, ropas u objetos de marcas muy valoradas, invitaciones a restaurantes famosos).

4. **Derecho local.**

Los Comentarios al Convenio OCDE dedican especial atención al derecho local como posible **causa de justificación** (*local law defence*), estableciendo una restricción en virtud de la cual, aquellas conductas que son lícitas en el territorio donde se realiza o promete el pago no pueden ser consideradas ilícitas por los tipos nacionales. Ello puede ser interesante, por ejemplo, en relación a los pagos de facilitación. Si estos son lícitos en el país del funcionario, no pueden considerarse prohibidos por el tipo penal nacional que implementa la convención de la OCDE.

La principal discusión en este punto es si el carácter lícito de la conducta debe derivarse directamente del texto de la ley o si pueden establecerse también a través de la

costumbre o usos sociales. La *FCPA*, por ejemplo, fue reformada en 1998 precisamente para aclarar que esta exoneración sólo era de aplicación cuando la licitud se establecía expresamente en la ley. La existencia de un vació legal no representa ninguna exención.

Una forma de defensa habitual de las empresas acusadas de corrupción es indicar que fueron coaccionadas o que los sobornos son un requisito tan necesario para hacer negocios en un determinado país que ello genera una suerte de coacción ambiental. En la corrupción internacional estos argumentos resultan aún más frecuentes. Las empresas ponen como excusa la cultura corrupta del lugar con el fin de justificar la corrupción. Tanto desde el punto de vista del Código penal español, como del Convenio OCDE, esta circunstancia no afecta a la tipicidad de estas conductas. Los Comentarios señalan expresamente que "constituye también delito [...] la supuesta necesidad del pago con el fin de obtener o conservar contratos y otros beneficios irregulares" (Comentarios, p. 7). Por esta razón, los únicos pagos extorsivos que pueden aceptarse son aquellos que, en casos extremos, pueden estar cubiertos por el estado de necesidad. En este sentido, algunas *Guidelines* en materia de corrupción, como la de la FCPA, disculpan la realización de pagos ilícitos cuando se trata de conjurar un grave riesgo para la vida o la salud, con el fin de garantizar la asistencia médica, la protección policial ante un riesgo inminente de estas características, etc.

V. La corrupción entre particulares (art. 286 bis 1-3).

Caso Media Markt

El Director General de Media Markt Alemania, conjuntamente con otras cinco personas más, fue condenado en 2012 por la Audiencia Provincial de Augsburgo a cinco años y nueve meses de prisión por la comisión de un delito de corrupción entre privados. Durante años los miembros de una empresa de ADSL le pagaron sumas de dinero que ascendieron a más de cuatro millones de euros, a cambio de que esta empresa tuviera la exclusividad en las tiendes de Madia Mark en Alemania, para vender un ADSL. Se calcula que a cambio de este contrato de exclusividad las ganancias superaron los 65 millones de euros.

Los hechos se conocieron gracias al canal de denuncias internas de la empresa, a través de una denuncia anónima. Media Markt realizó una investigación interna y colaboró durante toda la investigación con la fiscalía. Los directivos implicados fueron cesados de inmediato.

La filosofía política describe el término corrupción como la infracción del deber que corresponde a una persona conforme a su posición, a cambio de obtener un beneficio al cual no tiene derecho. Esta definición nos muestra

que la corrupción es una práctica que puede aparecer en los más variados ámbitos de la vida. Ya desde antiguo en los delitos de cohecho se asimilan a los funcionarios a peritos, árbitros, contadores, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la administración pública (art. 421). En todos estos supuestos se sanciona el **cohecho de particulares**, aunque la razón última descansa en que su actividad supone el ejercicio de funciones públicas. Pero los ejemplos de sanción de particulares no se detienen aquí.

> En el delito de **alteración del precio de subastas y concursos públicos** se ha incriminado una conducta muy cercana al ámbito típico del art. 286 ter, el pago ilícito a uno de los postores para que abandone la licitación (art. 262), delito que puede entrar perfectamente en concurso con el art. 286 bis. En algunos ordenamientos se conoce también un delito de **corrupción de auditores de cuenta**, actividad que institucionalmente tiene un deber de imparcialidad similar al de los funcionarios públicos. De hecho, la Ley de Auditoría (vid. especialmente art. 14 y ss., dedicados a la independencia del auditor) y la creación de una comisión de auditoría, dentro del consejo de las sociedades cotizadas, cuya función es la elección de los auditores de cuentas, buscan que no se produzcan conflictos de intereses que afecten a la imparcialidad de la auditoria.

Como se desprende de estos ejemplos, la legitimidad de la incriminación del cohecho o la corrupción más allá de las fronteras de los delitos contra funcionarios públicos depende de la existencia de un bien jurídico ulterior al hecho de la propia infracción de deberes que conlleva la corrupción en sí y de razones de política criminal que justifiquen la necesidad de la intervención penal. La necesidad de intervenir penalmente en la corrupción en los negocios, tal como se establece en el art. 286 bis, ha sido decidida por el legislador europeo que a través de la Decisión marco 2003/568/JAI en cuyo preámbulo se indicaba que tanto la corrupción pública como privada "constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la **competencia** respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido" (*vid. infra* apartado I). Los pagos ilícitos constituyen una estrategia contaría a la buena fe en las relaciones comerciales, pues afectan a la igualdad de armas entre los competidores, y a su interés en no verse desplazados como consecuencia del pago de un soborno.

La taxatividad del art. 286 bis, y por tanto su legitimidad, se incrementa notablemente cuando se repara en la forma de ataque específica que ha elegido el tipo penal. La forma de atacar a la igualdad entre los competidores

consiste, en el cohecho activo (art. 286 bis. 2) en **incitar a la deslealtad** de un agente (empleado, directivo, etc.) hacia su principal (empresa mercantil o sociedad), para que favorezca a quien le ha proporcionado la ventaja en la adquisición o venta de mercancías o servicios, y en el cohecho pasivo (art. 286 bis 1) incita a una infracción de los deberes hacia el principal. Esta incitación o invitación de una conducta contraria a los intereses del principal es equivalente a la pérdida de imparcialidad del funcionario público que se produce en los delitos de cohecho. También aquí la ventaja indebida es el precio que se exige o paga por dejar de servir con objetividad a los intereses del principal La deslealtad contiene el primer elemento de la expresión "favorecer indebidamente" que es equivalente a la expresión de "favorecer incumpliendo sus obligaciones" a que se refería el tipo penal antes de la reforma del 2015.

La "deslealtad" hacía el principal a través de una ventaja ilícita como medio de realizar el ataque a la competencia tiene importantes repercusiones tanto en la confección como en la interpretación del tipo penal:

1ª De manera coherente con este criterio, el art. 286 bis, al igual que ocurre en otros ordenamientos, ha dejado fuera del tipo penal, como sujeto activo, al **titular del negocio.** Es de todo punto lógico: si al propietario de un negocio alguien le ofrece una ventaja económica (por ejemplo, un crucero por el mediterráneo) por comprar sus productos, no está actuando de manera contraria a la competencia leal, sino haciendo algo tan sencillo como una promoción. Responde a la misma lógica que el empresario individual quede fuera del tipo (pues el sujeto activo se refiere….). Considerar que el favorecimiento indebido debe medirse en relación a los competidores obliga a plantearse la legitimidad y adecuación social de **técnicas de promoción**, como las primas de venta.

2ª Por idénticas razones, debe darse relevancia al **consentimiento del titular** del negocio. No existe deslealtad, por ejemplo, si el propietario de un establecimiento permite que sus empleados reciban propinas o cualquier otro tipo de incentivos por parte de los proveedores.

3ª Un caso particularmente complejo sería el del **socio mayoritario** que *de facto* domina la gestión sociedad, por lo que también constituye un administrador de hecho. El tenor literal posible del término administrador permite entender incluidos los administradores de hecho, por lo que el pago ilícito al socio mayoritario que ejerce de administrador podría ser considerado ilícito.

4ª La entrega o solicitud de ventajas indebidas a agentes del titular del

negocio resulta delictiva con independencia de si se hace de modo oculto o **transparente**. Si bien la transparencia es indicador de que un comportamiento socialmente adecuado.

El tipo penal exige además que la infracción de las obligaciones hacía el principal se produzca en un sector muy determinado: la **adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales**. Los casos más claros y frecuentes de este delito se darán en relación a la adquisición de mercancías o productos. Tal como ocurre en el cohecho de funcionarios públicos, la contratación de servicios, la construcción de infraestructuras o compra de productos resulta también en lo privado el principal nicho de la corrupción. La infracción del deber hacía el principal es palpable en aquellos supuestos en los que la corrupción se orienta a la elección de una oferta que perjudica los intereses patrimoniales de la empresa. Pero también pueden pensarse otros casos como incumplir los procedimientos internos que han de seguirse en la empresa a la hora de adquirir mercancías o productos o emitir, por parte de un técnico, un informe alabando la cualidad del producto o servicio de la empresa que ha pagado el soborno y criticando de manera no objetiva al resto.

El caso de Media Markt sirve para ejemplificar a que se refiere el legislador con **relaciones comerciales**. Dar la concesión de exclusividad en una cadena de supermercados desde luego es lítico, pero altera la competencia cuando se hace a cambio de una ventaja ilícita.

Menos frecuentes serán los casos de **venta del producto o un servicio**. En estos supuestos sólo existirá delito cuando se trata de un producto o servicio escaso, por ejemplo una materia prima que solo posee la empresa o un servicio altamente cualificado que sólo la empresa tiene disponible. Solo en estos casos en la venta existe el favorecimiento de un competidor frente a otro.

La doctrina alemana ha discutido el supuesto en el que un constructor entregaba una ventaja ilícita al jefe de una sección de financiamiento inmobiliario de una entidad financiera para que informara favorablemente a la concesión de un préstamo (un servicio) pese a su delicada situación financiera. La entidad financiera tenía más fondos para conceder préstamos (4.500 millones de marcos) que solicitudes de préstamos había recibido (4.000 solicitudes por préstamos que ascendían a 1.400 millones de marcos). Por lo que no puede decirse que en este caso ni de lejos hay un favorecimiento

frente a otros competidores, sino simplemente una tentativa de inducción a un delito de administración desleal.

El incumplimiento de las obligaciones debe hacerse **para favorecer**. El término es lo suficientemente amplio como para abarcar conductas distintas al puntual acto de contratación o toma de decisión y abarca conductas que entre los funcionarios públicos pertenecerían más a la esfera del tráfico de influencias. Así, por ejemplo, existe corrupción privada si un administrador recibe una contraprestación indebida para que presione sobre los administradores a la hora de que elijan una determinada opción o el asesor externo que ha recibido una contraprestación y carga en su informe las tintas a favor de un determinado contratista. Igualmente pueden darse favorecimientos a través de la revelación de secretos.

El favorecimiento desleal, como consecuencia de la recepción de la ventaja indebida, debe además realizarse en una **situación de competencia efectiva**. Debe estar referida a la adquisición o venta de un producto o servicio en un momento determinado y además, y esto es particularmente relevante, deben existir otros competidores en liza. El tipo penal exige expresamente que haya un favorecimiento "frente a otros" (art. 286 bis 2). De esta forma aunque el tipo penal es un delito de peligro abstracto se acerca, debido a esta restricción típica, a un delito de idoneidad.

Favorecer desleal o indebidamente al tercero, aun siendo desleal con el principal, **no** equivale necesariamente a que deba existir un **perjuicio patrimonial** para el principal. Existe delito aunque el bien o el servicio sea el mejor del mercado y la empresa salga beneficiada con la compra. De existir perjuicio patrimonial, como después veremos, aparecerá un delito de administración desleal. El que no sea necesario entrar a discutir la calidad del producto o servicio en comparación con otro, además de ser congruente con el bien jurídico protegido, facilita enormemente la aplicación del tipo. En otro caso habría que sumergirse en complejas discusiones acerca de cuál de los productos o servicios podría resultar de mayor conveniencia para la empresa. Por otro lado, obsérvese que como hemos dicho el tipo no sólo habla de adquisición, sino también de "venta" de productos. Como hemos indicado este supuesto se puede dar en el práctica cuando existan bienes o servicios escasos, por lo que es muy posible que la adjudicación se haga a un precio muy alto que esté lejos de ocasionar pérdida alguna.

La delimitación del círculo de **autores** plantea problemas bien diferentes

según nos encontremos en los casos de cohecho activo o pasivo. En el caso del cohecho activo el tipo es un delito genérico, en cuanto que se habla de "quien por sí o por personas interpuesta" prometa, ofrezca o conceda la ventaja indebida. No obstante, esta persona en realidad o debe ser el competidor a quien se pretende favorecer o debe actuar en conexión al mismo. El que el autor del cohecho pasivo sea también un partícipe en el mercado explica por qué las penas son iguales en uno y otro caso.

En el lado del cohecho pasivo la primera delimitación tiene que ver con el tipo de organización a la que pertenece el autor, que ha de ser una **empresa mercantil o una sociedad**. Esta enumeración muestra que con buen criterio no se ha limitado el tipo penal a empresas que realizan una actividad mercantil. El término sociedad permite incluir a entidades sin ánimo de lucro, que participan en el mercado, y que a veces tiene un volumen de negocios (por ejemplo, adquisiciones) mayor que muchas entidades con ánimo de lucro. Piensen, por ejemplo, el soborno a los directivos de una ONG que va a realizar una campaña de vacunación, para que compre las vacunas de una determinada farmacéutica.

Una interpretación sistemática con los delitos de cohecho muestra, sin embargo, que el término asociación no puede ser interpretado de manera tan amplia como para incluir en este tipo penal los casos de corrupción que afectan a la **administración pública** cuando por ejemplo un funcionario recibe un soborno para la adquisición de mercancías o mucho más cuando se trata de beneficiarlo en un concurso público. Obsérvese, sin embargo, que el delito de cohecho contra funcionarios públicos -salvo como hemos visto el art. 286 ter que tiene un bien jurídico dual (competencia e imparcialidad)- sólo capta el desvalor que la corrupción tiene en relación a la imparcialidad del funcionario público, pero en modo alguno el daño que supone al mercado. No se puede negar que la Administración como partícipe en el mercado también está sujeta a las normas de la competencia leal. La aplicación del tipo penal de corrupción de empleado que abarcara también a los empleados públicos es una realidad por ejemplo en Alemania donde se considera mayoritariamente que en estos supuestos puede existir un concurso ideal entre los delitos de cohecho (imparcialidad) y corrupción entre privados (funcionamiento del mercado) para captar el total desvalor de la acción.

La opción del Código Penal por delimitar claramente el terreno de la corrupción de funcionarios y el del resto de empleados nos conduce a una de las reflexiones prin-

cipales para entender el **nacimiento del delito de corrupción entre privados**. En efecto, en buena medida la irrupción de este tipo penal se debe a la difusa y móvil línea que separa hoy el ámbito de la Administración pública del sector privado. De un lado, a partir de los años noventa del pasado siglo hemos asistido a un importante proceso de privatizaciones en toda Europa, y muy particularmente en España, mediante el que se ha desmontado todo el sector público empresarial. Tradicionalmente el Estado dominaba a través de entidades públicas los grandes transportes públicos como el ferrocarril o las líneas aéreas, las comunicaciones telefónicas y postales, la producción y el suministro de energía (petróleo, luz, gas). La privatización de todos estos entes públicos, antes sometidos en mayor medida al Derecho público y a los delitos de funcionarios públicos, supondría la retirada del Derecho penal de funcionarios públicos y por tanto de los delitos de cohecho. Permitir que la corrupción se propague en estos sectores encarecería servicios que pese a su carácter -hoy- privado siguen siendo esenciales. Por iguales razones la creación del delito de corrupción ente particulares también encuentra una justificación adicional en todos aquellos casos en que empresas privadas colaboran en la prestación de servicios públicos o la propia administración a través de la denominada huida del Derecho administrativo presta su servicio como empresa privada.

La opción del Código Penal español de distinguir tajantemente corrupción pública y privada con marcos penales muy dispares obliga a plantearse los límites del **concepto de funcionario** público fijado en el art. 24, como delimitador de los casos que pueden subsumirse en el art. 286 bis. La jurisprudencia en los últimos años ha ido decantándose a favor de un concepto amplio de funcionario público.

De este modo, podríamos considerar que nos encontramos con funcionarios públicos en aquellos directivos de entidades privadas que están en manos de la administración (*vid.* por ejemplo STS 16-5-2014, caso Mercasevilla; STS 5 de abril de 2002, gerente de una sociedad municipal de Marbella) o de particulares que de manera constante y bajo la supervisión de la administración colaboran con ella (STS 2 de septiembre de2002, titular de una farmacia).

No obstante, debe tenerse presente que la extensión del concepto penal de funcionario público tiene límites. En concreto debe probarse que existe siempre una dependencia muy estricta entre el particular y la Administración, que permita decir que de algún modo éste no es sino la "*longa manu*" de aquella en la prestación de un servicio. Fuera de estos supuestos la función del art. 286 bis sería asegurar la sanción por cohecho, en casos de prestaciones públicas en las que intervienen particulares.

Los autores del delito de corrupción pasiva son administradores, empleados o colaboradores en empresas mercantiles y asociaciones, con excepción como acabamos de ver de los funcionarios públicos. La inclusión del término **colaboradores** permite incluir a terceros ajenos a la empresa pero que presten sus servicios para la misma de manera continuada o puntual, por ejemplo en un determinado acto de contratación. Así por ejemplo, el pago ilícito realizado al ingeniero de una empresa consultora externa que ha sido contratada para asesorar en la adquisición de maquinaria constituye un delito de corrupción. La presencia de una ventaja indebida en este caso incita a un acto de deslealtad en la contratación semejante al que existe en relación a empleados o administradores.

El **beneficio o ventaja** objeto de la corrupción puede ser de cualquier naturaleza. Es decir, además de los supuestos más frecuentes en los que la ventaja tiene un valor económico, puede tener un contenido distinto como la obtención u oferta de favores sexuales, la promoción política o profesional, el otorgamiento de honores, etc. Lo importante es que esta ventaja patrimonial no esté justificada. Con la expresión no justificada se dejan fuera los supuestos que pueden encajar dentro del concepto de la adecuación social, e igualmente se refuerza la idea de que aquellas ventajas o premios que el empleado o directivo, por existencia de consentimiento del titular del patrimonio pueda recibir, no resultan típicas.

> Las atenciones o regalos socialmente adecuados no constituyen una ventaja injustificada. Qué es y no es adecuado socialmente en este sector está siendo objeto de una importante acotación mediante los códigos éticos y programas de cumplimiento adoptados, sobre todo, por las grandes empresas en los últimos años, en donde fijan el tipo de regalos que pueden ofrecerse o aceptarse lícitamente dentro de las relaciones comerciales. Ahora bien, la adecuación social de cualquier atención cesa cuando se da, se acepta u ofrece como contraprestación al favorecimiento indebido.

Las **penas** de la corrupción entre privados previstas en el tipo básico son de prisión de seis meses a cuatro años, multa e inhabilitación, si bien se prevé un tipo atenuado que puede llevar a la pena inferior en grado a la privativa de libertad, además de una reducción de la multa dejada "al prudente arbitrio". Para ello deben tenerse en cuenta el nivel jerárquico de los infractores dentro de la empresa y el valor de la ventaja patrimonial. Estos factores guardan, como puede apreciarse, relación con el grado de afectación a la competencia de la conducta típica; por esta razón nada impide tener en cuenta como fac-

tores atenuantes otros criterios, como por ejemplo el grado de ejecución de la conducta. No es igual el grado de lesividad de una oferta no seguida de aceptación que aquellos casos en que efectivamente la conducta ha perjudicado al resto de los consumidores.

Ya han sido discutidos varios supuestos de **concurso de delitos** a lo largo de la exposición. Sin duda, el más importante es el relativo a la **administración desleal**. El favorecimiento en la adquisición de servicios o bienes en muchos supuestos ocasionará un menoscabo patrimonial a la empresa, por haberse elegido el proveedor más caro. Normalmente, además, la corrupción supone un encarecimiento del precio a través del efecto conocido como *kick back*. Las empresas suelen incluir el soborno pagado en este caso al empleado o directivo como parte del precio. Cuando se constate un perjuicio patrimonial existirá un concurso ideal de delitos, entre la corrupción entre privados y el delito de administración desleal (art. 295). También, qué duda cabe, pueden darse supuestos de concurso con la estafa (la elaboración del informe falso lleva a comprar un producto que la empresa no necesita) o la revelación de secretos.

VI. Penalidad y supuestos agravados (art. 286 quater).

El art. 286 quater establece supuestos agravados para los delitos de corrupción de los negocios. Pero lo hace a partir de una técnica legislativa poco frecuente hasta ahora en el Código Penal español, y que proviene del derecho alemán: la **técnica de los ejemplos típicos.** La primera fase de este precepto deja libertad al juez para qué considere que es un supuesto especialmente agravado, mientras que la segunda pare del artículo le indica una serie de supuestos que necesariamente deben considerarse agravados y que además le orientan acerca de cuándo puede considerar que existe un supuesto agravado.

Esta previsión en el marco del delito de corrupción entre privados debe unirse a la que existe en el art. 286.3 bis que permite al juez bajar "a su prudente arbitrio" la pena inferior en grado y reducir la multa. La unión de ambas implica que el juez tiene en su mano la imposición de una pena privativa de libertad de tres meses a seis años, lo que representa un margen de discreción que sólo se conoce en delitos muy graves como el asesinato y que muestra las dudas que tiene el legislador acerca de la dañosidad social de este comporta-

miento. El desconocimiento del principio de determinación a la hora de fijar las penas tiene aquí uno de sus mejores ejemplos.

> Los supuestos en que necesariamente ha de producirse la agravación previstos en el art. 286 quater resultan adecuados y no merecen mayor comentario, salvo la referencia al que la acción del autor no sea meramente ocasional, que plantea problemas de compatibilidad con la agravante de reincidencia.

VII. Aplicación extraterritorial.

Como advertíamos en la Introducción, la lucha contra la corrupción tanto en su vertiente pública como privada se ha convertido en un bien jurídico global, lo que se ha traducido en la aplicación extraterritorial de estos tipos penales. En España la LO 1/2014 de 13 de marzo, de reforma del art. 23 LOPJ, ha establecido los criterios de competencia de la jurisdicción española en el delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales y corrupción entre privados (art. 23 4 n) LOPJ).

El primer criterio es lógicamente el **principio de territorialidad**. En este punto debe tenerse en cuanta que los Comentarios al Convenio OCDE recogen la aplicación extensiva del principio de territorialidad que proviene de la FCPA. La jurisdicción española es competente cuando una pequeña parte del comportamiento prohibido se ha realizado en España. En virtud de esta interpretación extensiva España tiene competencia cuando una persona jurídica extranjera realiza una pequeña parte de la actividad del cohecho en nuestro país. Por ejemplo, el representante de una empresa alemana realiza en Madrid una primera toma de contacto con un político centroamericano.

El segundo criterio es el de **personalidad activa**. El art. 286 ter resulta aplicable cuando el autor del delito es español o tiene su residencia habitual en España. Este principio también se aplica a las personas jurídicas. La jurisdicción española es competente cuando quien actúa en el extranjero es un administrador, directivo, empleado o colaborador de una persona jurídica o cualquier otro tipo de organización que tiene su sede o domicilio social en España.

> La aplicación extraterritorial de estos delitos de manera eficaz depende lógicamente de la efectividad de la cooperación judicial, pero ésta será más que dudosa en el delito de corrupción en el comercio internacional cuando los hechos impliquen a las

élites políticas del país, como es frecuente. Por esta razón resulta de gran importancia, como por ejemplo, ha puesto de manifiesto el caso Siemens, la colaboración de la persona jurídica implicada en el proceso a través de una **investigación interna**. Sólo con la cooperación la empresa, en el marco de su programa de cumplimiento, que ha de recibir a cambio rebajas importantes en la pena (art. 31 quater CP) o incluso la constatación de un programa de cumplimiento eficaz, es posible perseguir con eficacia la corrupción internacional. Las investigaciones internas suplen por tanto las deficiencias de la cooperación judicial.

La amplia aplicación extraterritorial de la corrupción internacional puede generar problemas de ***ne bis in idem***, como ya ha ocurrido de hecho en supuestos como el de Siemens o el de Enel en Italia. Dado que este principio tiene una proyección nacional, o a lo más dentro de la UE a partir de la interpretación realizada por el TJUE del art. 54.2 del Convenio de Schengen, es posible la imposición de varias sanciones por un mismo hecho tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Todo ello sin contar los procedimientos penales que puedan abrirse, naturalmente, en el país del funcionario público sobornado.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el Tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales*, Madrid: Iustel, 2012.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: "El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción", *Diario La Ley*, núm. 8987, 25 de mayo de 2017.

GILI PASCUAL, A.: "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-13, 2007, pp. 1 a 35.

NAVARRO FRÍAS, I.; MELERO BOSCH, L.: "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", *InDret* nº 4, 2011, pp. 1 a 40 (http://www.indret.com/pdf/845_1.pdf).

Tema 11

DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES (PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y FACTURACIÓN AUTOMÁTICA FRAUDULENTA). PIRATERÍA DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN

Jacobo Dopico Gómez-Aller (I, II y III)
Juan Antonio Lascuraín Sánchez (IV)

Claves: El legislador ha considerado que las infracciones más graves contra los derechos de los consumidores merecen una respuesta específica más grave que las meras acciones civiles o la sanción administrativa. Ello determina el nacimiento de una rama específica del Derecho penal económico: los delitos contra los derechos de los consumidores. Se trata de un grupo de genuinos delitos socioeconómicos construidos sobre la base de un adelantamiento de la barrera punitiva, como **protección anticipada a los consumidores frente a posibles estafas masivas**.

Por su parte, los delitos de piratería de servicios de comunicación vienen impulsados por una directiva europea justificadamente preocupada por la endeblez del mercado televisivo de pago. Lo de menos es el acceso irregular en sí a un servicio de pago, que también es delictivo en ciertos casos. Lo de más (pena) es la facilitación general del acceso irregular al servicio a través de equipos o programas diseñados o adaptados para posibilitar tal acceso, incluso si tal cosa se hace sin fines comerciales (tipo atenuado). En medio de estos delitos se cuela uno distinto: la alteración del número de un móvil robado para posibilitar su acceso al mercado negro.

I. Introducción a los delitos contra los derechos de los consumidores.

Caso UPUERE

Carlos Miguel constituyó el 20 de mayo de 1998 la sociedad mercantil Universidad Popular Unión Europea, Regiones Europeas, Open University of European Union

S.L. (UPUERE S.L.), de la que era administrador único. Su objeto social era "impartir educación, cultura y formación teórica y práctica a todos los niveles, superior, medio y elemental, en especial en Ciencias de la Salud, así como la creación, instalación y explotación de clínicas y fundaciones".

Para ello se concertó con el British College of Naturopathy & Osteopathy (BCNO Inglaterra), denominado posteriormente British College of Osteophatic Medicine (BCOM) con un acuerdo por el que este último podría reconocer el diploma que se expidiera en UPUERE a los alumnos para poder optar, tras un curso de conversión, a una titulación universitaria oficial británica.

Ante la expectativa de una pronta concreción de dichos acuerdos, Carlos Miguel creó la UPUERE y comenzó su actividad, ofertando sus servicios.

Para comenzar su funcionamiento llevó a cabo una **campaña de publicidad en la que hacía constar expresamente que los estudios para el curso "Estudios superiores de osteopatía" estaban homologados por el British College of Naturopathy & Osteopathy** (BCNO Inglaterra). En un folleto publicitario se indicaba: "Nuestro programa académico está supervisado y homologado por el colegio británico, British College of Naturopathy & Osteopathy, BCNO, y la realización con éxito del programa **permite obtener el Diploma de Osteopatía,** DO. Una vez obtenido el Diploma de Osteopatía de BCNO-UPUERE, el alumno podrá continuar con el programa de conversión del BCNO en la UPUERE para obtener el Bachelor of Science in Osteopathy Medicine (titulación universitaria oficial británica, equivalente a las licenciaturas españolas)".

El 1 de octubre de 2002 las autoridades administrativas instaron a UPUERE SL a **dejar de emplear el término "Universidad"**, ya que no cumplía con los requisitos que la Ley Orgánica de Universidades establecía a tal efecto, por lo que el 19 de diciembre de 2003 cambió su nombre a "Centro de Estudios Superiores UPUERE. Open University of European Unity S.L.".

Motivados por tales expectativas y sobre todo por el hecho de que la carrera de osteopatía carece en España de título oficial alguno, diversos estudiantes comenzaron sus estudios en 1999 y 2000, abonando las correspondientes matrículas, tasas, etc., por cantidades superiores a 10.000 euros cada uno. Cuando ya estaban próximos a finalizar los estudios, en el año 2003, se percataron de que **la homologación antes mencionada no se producía de forma mecánica o automática tras superar el expediente académico**, sino que era necesario realizar un curso de conversión en Londres pese a que inicialmente se dijo que sería en Madrid. Y en contra igualmente a lo que se indicó, **el curso de conversión no tuvo lugar dentro del último curso** sino que se inició meses después de la finalización del mismo, **con un coste global a cargo del alumno no concretado de forma exacta pero en torno a los 5.000 euros**, y con una duración cuando menos de varios meses.

(Extracto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1097/2009 de 17 noviembre).

La protección de los consumidores es una de las columnas fundamentales de las economías contemporáneas. En primer lugar, porque en el intercambio masivo de bienes y servicios, el destinatario final es la parte débil que requiere una protección específica frente a las empresas oferentes. En segundo lugar, porque si no existiese esa protección el consumo podría disminuir o retraerse ante riesgos insuficientemente controlados, lo cual traería consigo consecuencias negativas para la economía. Por ello, el art. 51.1 de la Constitución establece: "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

Uno de los aspectos de ese mandato constitucional es la protección penal de los legítimos intereses de los consumidores frente a conductas fraudulentas de los oferentes, mediante la creación de tipos penales como la publicidad engañosa o la facturación fraudulenta.

Todos estos delitos tienen una clara **vertiente supraindividual**. La conducta típica no consiste en causar un efectivo perjuicio a intereses de un concreto consumidor (al modo de la estafa, por ejemplo), sino simplemente en realizar una conducta **idónea para dañar** los intereses de los consumidores. De ese modo, con esta específica criminalización se opera un **adelantamiento de la barrera punitiva** y se adopta la perspectiva del riesgo para el colectivo y no la de la lesión a una concreta víctima.

> Es cierto que el art. 287, aplicable -entre otros- a estos delitos, exige como condición de procedibilidad la denuncia de la *concreta persona agraviada* o de su representante legal, lo cual parece compadecerse más con los tipos contra *intereses individuales*. Sin embargo, el mismo art. 287 en su apartado 2 exime de ese requisito "cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas" y éste será el caso más habitual cuando nos refiramos a delitos contra los consumidores (nótese que la *afectación* a la que se refieren estos tipos es de potencial daño y no de perjuicio efectivo).

Estas técnicas de tipificación permiten perseguir ciertas conductas fraudulentas **capaces de perjudicar al colectivo de consumidores** sin necesidad de probar si ha habido un concreto perjuicio, ni la cuantía de lo defraudado.

> Imagínese el caso de un taxista que manipula el taxímetro o el de una estación de servicio que manipula el contador del surtidor: si hubiese que demostrar cada uno de los concretos fraudes de unos pocos euros cometidos contra cada uno de los posibles

consumidores dañados, *la persecución sería poco menos que inviable*. Precisamente por ello el legislador emprende este adelantamiento de la barrera punitiva, que permite una más efectiva protección penal de los derechos de los consumidores.

Desde el año 2010 se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos (art. 288), lo cual amplifica aún más las vías de protección penal de los derechos de los consumidores frente a este tipo de conductas delictivas.

A continuación analizaremos el llamado delito publicitario y el de facturación fraudulenta. Hay otras figuras que, pese a tener una vertiente de protección de consumidores, es más razonable estudiar en el Tema dedicado a los delitos contra la competencia y el mercado de valores: el delito de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, art. 281 (Tema 9, III.3) y el de fraude de inversores y de crédito, art. 282 bis (Tema 9, IV.5).

II. Delito de publicidad fraudulenta.

1. Contexto regulatorio y bien jurídico protegido.

La actividad publicitaria está sometida a intensa regulación extrapenal en diversas normas: fundamentalmente la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal y las leyes estatal y autonómicas de defensa de consumidores y usuarios. En este conjunto de normas se recogen distintas clases de consecuencias jurídicas para las conductas de publicidad engañosa, incluyendo sanciones administrativas, acciones de cesación, etc.

Pues bien: de entre todos los casos de publicidad engañosa, el ordenamiento español reserva la respuesta penal para un caso especialmente grave: **el fraude publicitario capaz de causar perjuicio grave y manifiesto a los consumidores** (art. 282). Así, de entre todas las posibles conductas contrarias a la regulación de la actividad publicitaria, el Código Penal define la conducta delictiva atendiendo a dos factores que definen su específica gravedad:

- por una parte, la **peligrosidad del engaño**, que ha de ser capaz de llevar a los destinatarios de la publicidad a sufrir un perjuicio grave;
- por otra, el riesgo, que se proyecta sobre un conjunto de **sujetos pasivos especialmente protegidos** en virtud del mandato constitucional del art. 51.1: los consumidores.

En nuestro *caso UPUERE* la peligrosidad el engaño afecta a ***consumidores***, y les expone a perder no sólo el dinero pagado sino también la inversión de tiempo y esfuerzo en un curso que no les reportará nada de lo que desean.

Al mencionar el propio art. 282 que la conducta delictiva es un fraude "**capaz de causar** perjuicio grave y manifiesto a los consumidores", parece claro que el precepto se dirige a la protección de los derechos de los consumidores mediante la tipificación de un delito de idoneidad o peligro hipotético (Martínez-Buján). La doctrina habla con frecuencia de un bien jurídico inmediato, definible como el **derecho de los consumidores a una información publicitaria veraz**, que serviría como instrumento para proteger el bien jurídico último (los **derechos individuales de los concretos consumidores**).

Pero ¿cuáles de los derechos de los consumidores integran ese bien jurídico último? Sin duda aquí entran los derechos de los consumidores *de contenido económico* (González Rus, Terradillos), pero la doctrina discute si, además, también puede decirse que este delito protege como bien jurídico la salud de los consumidores, pues la publicidad fraudulenta de fármacos y alimentos podría llegar a perjudicarla. Una lectura sistemática de este precepto, a la luz de tipos penales contra la salud pública como los de los arts. 362 bis y ter (que recogen la publicidad fraudulenta de medicamentos), así como del art. 363.1 (respecto de alimentos), lleva a concluir que los fraudes a consumidores con capacidad de dañar no sólo su patrimonio sino también su salud deberían ser penados como un concurso de delitos entre el tipo del art. 282 y los de los arts. 362 bis y ter o 363.1; de modo que en realidad *debe negarse que el delito del art. 282 tenga entre sus bienes jurídicos últimos la salud de los consumidores* (Martínez-Buján, Carrasco).

2. Sujetos activo y pasivo. Autoría y participación.

Se trata de un delito especial cuyos sujetos activos sólo pueden ser **fabricantes o comerciantes**. La doctrina mayoritaria está de acuerdo en que en este tipo penal las personas que proyectan o elaboran el anuncio -los **publicistas**- únicamente pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, por lo general), al carecer del rasgo exigido por el tipo para ser autor.

En el caso de que el fabricante o comerciante sea una persona jurídica, en virtud del art. 31 el sujeto activo sólo podrá ser su representante, administrador de hecho o de derecho. No obstante, en empresas de cierta envergadura es perfectamente posible que los administradores de hecho o de derecho (los miembros del órgano de administración, la alta dirección, etc.) no hayan intervenido en modo alguno en la elaboración, aprobación o emisión del mensaje. Por ello, en estos casos la configuración del

tipo como un delito especial podría generar una importante laguna de persecución. No obstante, si fuese posible probar que, pese a *conocer* que estaba teniendo lugar una campaña publicitaria engañosa, omitieron interrumpirla, corregirla o retirarla, sí cabría hablar de una comisión por omisión en la medida en que como administradores serían garantes de la no emisión de mensajes publicitarios falsos. Como es sabido, no obstante, la comisión por omisión de delitos que no "consistan en la producción de un resultado" (art. 11) es objeto de alguna discusión doctrinal.

Los sujetos pasivos son los consumidores como colectivo y no sólo las concretas personas que hayan podido resultar engañadas o perjudicadas. La referencia a los **consumidores** ha de entenderse en sentido estricto, como los destinatarios finales de los bienes o servicios o, como ha dicho el Tribunal Supremo (STS 1097/2009 de 17 noviembre, citando la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales), "cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión".

Algunos autores propugnan interpretar la mención a los consumidores en un sentido amplio, como *todo posible adquirente*, aunque no lo sea para el propio uso o consumo (Martínez-Buján, Carrasco, Faraldo). No obstante, en mi opinión parece más atendible la posición doctrinal que interpreta el término "consumidor" *en sentido estricto*, como el destinatario final de los bienes o servicios (opción defendida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y, en la doctrina, por autores como González Rus o Mapelli). Los motivos son varios. La *ratio* de la criminalización en el ordenamiento español está íntimamente relacionada con la tutela de los derechos de un colectivo que requiere una protección especial; y ése es el motivo de que el precepto mencione explícitamente a los consumidores. Cuando el legislador ha querido abarcar como sujeto pasivo a cualquier posible engañado ha hecho uso de términos genéricos ("producir error *en otro*", art. 248; "perjuicio *a un tercero*", art. 290; "perjudicar *a otro*", art. 395). Por el contrario, en este caso emplea un término ("consumidores") que tiene un contenido material muy determinado -la protección de consumidores-, que constituye el contenido de una obligación constitucional, que inspira una serie de políticas públicas concretas y que obedece a la específica protección que merecen los destinatarios finales de bienes y servicios (a diferencia de los agentes económicos profesionales, a quienes por ello el Código Penal presta aquí únicamente la protección penal general derivada de tipos penales como la estafa).

3. Comportamiento típico.

Se trata, por una parte, de un delito de aptitud o peligro hipotético, ya que consiste en la realización de una conducta idónea para lesionar. Desde el punto de vista estructural es un delito de mera actividad, que no requiere

que acaezca resultado alguno para su consumación: se consuma cuando la comunicación publicitaria llega a los consumidores.

El precepto criminaliza la conducta de los fabricantes y comerciantes que, en sus **ofertas o publicidad** de sus productos o servicios, hagan **alegaciones falsas** o manifiesten **características inciertas** sobre éstos, en términos **que puedan causar un grave y manifiesto perjuicio a los consumidores**.

Este fraude requiere que la conducta tenga lugar en el contexto de la actividad publicitaria o en las ofertas de los fabricantes o comerciantes sobre sus bienes. El término "**publicidad**" se refiere a la comunicación colectiva destinada a promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, sea cual sea su soporte; y no incluye sólo los mensajes orales y escritos, sino también otros elementos como, muy notablemente, su soporte gráfico (fotografías, filmaciones, dibujos, esquemas, etc.).

El término **oferta** produce cierta perplejidad. Hay acuerdo jurisprudencial y doctrinal en que una simple oferta individual mendaz no constituye delito publicitario por carecer de ese elemento colectivo o supraindividual; podrá constituir en cualquier caso un acto ejecutivo de un delito de estafa. Sí serían típicas las ofertas colectivas de descuentos o promociones; y las ofertas individuales pero reiteradas a modo de campaña (publicidad puerta a puerta, buzoneo, ofertas por teléfono o *e-mail*, etc.). Algún autor entiende que el término se refiere a la información que está incorporada al propio producto en su etiquetado (Martínez-Buján). Sea como fuere, cualquiera de estas manifestaciones sería encuadrable sin problema alguno bajo el término publicidad, por lo que, como señala Carrasco, el término oferta se antoja perturbadoramente redundante.

La conducta nuclear es hacer **alegaciones falsas** o manifestar **características inciertas** sobre los productos. Esa falsedad debe ser idónea para llevar a los consumidores a un error que le perjudique gravemente. Por ello, no bastan las simples ponderaciones exageradas del producto o las inexactitudes sobre aspectos inesenciales. La alegación o manifestación en cuestión, relativa a aspectos esenciales del producto o servicio, debe ser objetivamente falsa.

En el caso *UPUERE*, la falsedad residía en que los egresados del curso no iban a obtener un diploma del *British College of Naturopathy and Osteopathy*, como se había anunciado, sino únicamente si realizaban un nuevo curso de conversión en Londres (que debía ser pagado aparte, unos 5000 euros) y un examen académico en Londres.

Sería erróneo exigir aquí que el engaño haya de constituir un fraude especialmente elaborado, considerando atípicos los engaños que pudiesen ser detectables mediante un análisis detenido por parte de las posibles víctimas. Los consumidores tienen derecho a confiar de modo general en la información suministrada por los productores y comerciantes, sin que quepa exigirles el mismo grado de autoprotección que cabe esperar de un agente económico profesional.

Cabe cometer esta conducta no sólo a través del suministro de datos falsos, sino también mediante omisión de datos relevantes en la oferta o comunicación publicitaria -datos que era obligatorio incluir-, cuando a causa de esa omisión el resto del mensaje cobre una significación falsa.

Un ejemplo extremo de esto último sería publicitar "viviendas de 2 y 3 habitaciones", omitiendo indicar que se encuentran en un edificio con vicios ruinógenos que obligarán a su demolición. La omisión de esa información llevaría a que se entendiese que se trataba de viviendas aptas para ser habitadas.

Finalmente, este engaño ha de ser idóneo para causar un **perjuicio grave** a los consumidores. Este perjuicio es en primera línea, como hemos dicho, económico; y su gravedad debe medirse tanto atendiendo al concreto daño patrimonial que puede sufrir cada posible afectado, como al número de posibles afectados.

Desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, se trata de un delito doloso, como ocurre en todas las figuras de fraude. El dolo debe abarcar la falsedad de lo alegado o manifestado, así como la idoneidad del engaño para producir un perjuicio grave y manifiesto. Es posible la comisión por dolo eventual (por ejemplo, si el sujeto no tiene la certeza de que la afirmación sea falsa, pero sí la conciencia de la elevada posibilidad de que así sea).

4. Relaciones concursales.

El supuesto más habitual es el **concurso de delitos** entre el tipo de publicidad falsa, como delito contra la colectividad, y las estafas que puedan haber padecido los concretos consumidores. Éste es sin duda el supuesto al que se refiere el inciso final del art. 282, cuando dice "sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos".

No obstante, no es raro encontrar sentencias que tratan esta concurrencia como un concurso de leyes, de modo que consideran absorbido el delito

publicitario por la estafa. Esta interpretación debe rechazarse: el delito publicitario pone en riesgo a una colectividad de consumidores, mientras que la estafa recoge el desvalor del perjuicio experimentado por algunos concretos consumidores, de modo que esta última no podría considerarse concreción de todo el riesgo generado.

Como ya hemos señalado, si el fraude publicitario se refiere a medicamentos o a alimentos, podría darse un concurso ideal de delitos entre el art. 281 y los arts. 362 bis (en su modalidad de publicidad falsa de medicamentos, peligrosa para la salud) o 363.1 (en relación con la oferta de alimentos falseando los requisitos de caducidad o composición, con riesgo para la salud de los consumidores). Es también posible el concurso con delitos contra la propiedad industrial (por ejemplo, falsificación o uso fraudulento de marca ajena, art. 274 CP).

Es por supuesto posible el delito continuado, que requerirá que haya una continuidad de mensajes engañosos (y no un solo mensaje que produzca efectos a lo largo del tiempo). No así el delito masa, ya que no nos encontramos ante una infracción contra el patrimonio en sentido estricto.

III. Delito de facturación fraudulenta.

1. Introducción. Bien jurídico protegido.

El artículo 283 criminaliza otra conducta atentatoria contra los derechos económicos de los consumidores: facturar cantidades superiores a las debidas por bienes o servicios cuyo precio se mida por aparatos automáticos, siempre que ese fraude se realice mediante un medio comisivo determinado: la manipulación o alteración de dichos aparatos.

La doctrina mayoritaria considera que este tipo protege un bien jurídico de titularidad colectiva (el **interés de los consumidores** en que los mencionados aparatos automáticos reflejen correctamente el valor de los bienes y servicios); bien jurídico de los llamados "intermedios", que en último extremo sirven a la protección de un bien jurídico de titularidad individual (el patrimonio de los concretos consumidores). Sin embargo, una posición minoritaria (Varona) sostiene que, dado que la conducta consiste en *facturar de más* mediante una manipulación, el bien jurídico lesionado por esta conducta es directamente el **patrimonio** de los concretos consumidores a quienes se ha facturado indebidamente.

De la posición que se adopte en este concreto punto dependerá, como es evidente, la solución que se dé a distintas cuestiones como, por ejemplo, la concurrencia entre esta figura y la estafa.

2. Sujetos activo y pasivo. Autoría y participación.

Se trata de un delito común, cuyo sujeto activo puede ser cualquiera. Cabrá hablar de coautoría si los sujetos se distribuyen las tareas (manipulando uno los aparatos y facturando otro las cantidades excesivas, a sabiendas de la manipulación).

El sujeto pasivo para la doctrina mayoritaria es el colectivo de los consumidores, pues consideran que es un delito contra un bien jurídico supraindividual. Por el contrario, para la posición minoritaria desarrollada por Varona el sujeto pasivo es el concreto consumidor defraudado.

De nuevo se plantea aquí la duda sobre si en el término "consumidor" tienen cabida cualesquiera compradores o únicamente aquellos a los que el Derecho español denomina consumidores (es decir: los destinatarios finales de los bienes y servicios). Pese a que es doctrina mayoritaria una concepción amplia del precepto, tendente a abarcar a cualesquiera posibles defraudados, entiendo que los motivos para atenernos a la concepción estricta de consumidor -la que se emplea en la Constitución española y en el Derecho de Consumidores- tiene a su favor todos los motivos expuestos ya en el apartado anterior (en relación con la publicidad fraudulenta). Por más que no habría ningún inconveniente en tipificar un delito de fraude en facturación automática que adelantase la barrera punitiva en relación con fraudes a cualquier defraudado, en el texto legal vigente el legislador ha decidido adelantar la barrera punitiva únicamente en relación con la parte débil del tráfico comercial: los consumidores. En un caso en que el fraude se desarrollase en un ámbito donde únicamente podrían ser defraudados agentes económicos profesionales (por ejemplo: un fraude en los aparatos de medición de cemento en una empresa de suministros a constructoras), el Código penal reaccionaría ante el fraude con el tipo de estafa, pero sin que fuese aplicable este tipo de reacción penal anticipada, que reserva únicamente para la protección de consumidores.

3. Comportamiento típico.

El art. 283 se refiere únicamente a fraudes en relación con productos o servicios cuyo precio se mida mediante aparatos automáticos. En relación con **productos** pueden citarse máquinas que miden los factores que determinan el precio, como el volumen (surtidores de gasolinera), peso (balanzas), etc. En

relación con **servicios** cabe señalar aparatos como los taxímetros, la medición de megas consumidos en servicios de internet, etc.

La manipulación o alteración debe producirse **en los aparatos medidores**, y debe determinar que se facture una cantidad superior a la que procedería en caso de no haber tenido lugar la manipulación. Para ello, la manipulación debe determinar que la máquina falsee la medición del producto (sirviendo menos cantidad de producto que la declarada, por ejemplo); y que ello lleve a que se facture una cantidad superior a la debida.

Una razonable interpretación de los términos "manipulación o alteración de los aparatos medidores" abarca no sólo alteraciones físicas realizadas sobre la máquina, sino también modificaciones del programa informático que pueda estar ejecutando dicho aparato.

En el delito cabe hablar de dos momentos:

- por una parte, la **manipulación** del aparato; y
- por otra, la **facturación** de una cantidad superior a la debida; nótese que la facturación puede realizarla una persona o efectuarla automáticamente una máquina.

Debido a esta división, son posibles situaciones de coautoría entre quien manipula y quien realiza o gestione la facturación (por supuesto, siempre que este último sea consciente de la manipulación).

Cabrá hablar de una continuidad delictiva cuando después de la una única manipulación se continúa dolosamente facturando cantidades superiores a las debidas.

La doctrina mayoritaria interpreta el término "facturar" en sentido amplio, sin exigir que se extienda factura *stricto sensu*, entendiendo por "facturación" cualquier comunicación del precio debido (así, por ejemplo, el surtidor de la gasolinera que muestra en la pantalla la cantidad adeudada). El delito queda consumado con la facturación, sin que sea necesario además que en efecto se llegue a cobrar las cantidades (el cobro derivado de ese fraude constituirá, además, un delito de estafa).

Se ha dicho que la presencia del verbo facturar es perturbadora (Martínez-Buján), pues la acusación no sólo deberá probar que los aparatos de medición se han manipulado, sino también que se ha realizado una facturación indebida, lo cual parece cuestionar en cierto modo el carácter de delito de idoneidad para aproximarlo a los fraudes lesivos para el patrimonio.

La doctrina también ha discutido si la exigencia de que el fraude se produzca en la facturación de cantidades superiores a la debida podría plantear algún problema a la

hora de subsumir fraudes de máquinas expendedoras consistentes en quedarse con el dinero introducido pero no proporcionar el producto (pues ahí el fraude no reside en un engaño en la cantidad facturada, sino en la promesa de que quien introduzca el dinero obtendrá el producto). La Jurisprudencia no puede ayudarnos excesivamente a la hora de resolver estas dudas, pues este tipo ha tenido una aplicación muy escasa, probablemente por lo difícil de detectar de estas conductas.

En relación con la tipicidad subjetiva, nos encontramos nuevamente con un delito que contempla únicamente una modalidad dolosa, como corresponde a los delitos de fraude. El dolo eventual no entra dentro de las dinámicas más comunes, pero no es en principio excluible (ejemplo: el dueño de la gasolinera tiene fundadas sospechas de que su socio ha manipulado los surtidores para defraudar a los consumidores, pero pese a ello decide no hacer nada y continuar facturando de más).

4. Relaciones concursales.

La dinámica más normal cuando hablamos de este tipo de fraudes es que la manipulación del aparato medidor sea aprovechada a lo largo del tiempo para engañar a numerosos consumidores. Esto plantea diversas cuestiones concursales.

En primer lugar, debe señalarse que la doctrina mayoritaria admite sin problemas la aplicabilidad de la figura del **delito continuado**, pero no la del delito masa (ya que no se trata de un delito contra el patrimonio *stricto sensu* sino de uno contra el orden socioeconómico).

En segundo lugar procede analizar cómo concurren esta figura y las concretas estafas que pueden haber sufrido las concretas víctimas (estafas que, si pensamos en los supuestos más normales, serán una a una de pequeña cuantía, pero que en su conjunto pueden alcanzar importes muy elevados). La cuestión no es en absoluto pacífica.

La doctrina mayoritaria considera con razón que nos encontramos en estos casos ante un **concurso de delitos**, si bien no hay acuerdo sobre qué tipo de concurso sería (ideal, en opinión de autores como Muñoz Conde; otros como Martínez-Buján, Faraldo o Puente Aba entienden que sería real y que, si se cumpliesen los requisitos del art. 77.3, cabría hablar de concurso medial).

Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina entiende que aquí procedería hablar de un concurso de leyes, de modo que uno de los delitos desplazaría al otro. Pero tampoco aquí hay acuerdo en determinar cuál sería el delito que prevalecería: mientras Queralt considera que debería aplicarse el delito de facturación abusiva, García Arán y López Garrido entienden que procedería aplicar la estafa por el criterio de consunción y Varona -en aplicación de su peculiar concepción de esta figura- aplicaría uno u otro según la cuantía de lo defraudado (delito de facturación abusiva si la cuantía fuese inferior a 400 euros, delito de estafa si fuese superior).

En relación con la emisión de una factura falseada (por ejemplo, cuando el fraude ha llevado a reflejar que se le ha suministrado al consumidor más cantidad de la realmente cobrada) no procedería hablar de un delito de falsedad en documento mercantil, ya que se trataría de una falsedad ideológica impune (Baucells, Carrasco).

IV. Piratería de servicios de comunicación.

Caso Canal Satélite Digital +

"Queda probado y así se declara que el acusado, Felipe, mayor de edad y sin antecedentes penales, era titular del dominio en internet SOLUTION20.COM, creado en el año 2006, bajo la identidad falsa de un tal 'Marcelino´ siendo así que aprovechando sus conocimientos de informática y guiado por un ánimo de ilícito enriquecimiento, facilitó a diversos usuarios, mediante el pago de 5,90 euros, la descarga de una compilación de programas que permitían acceder al visionado a través de internet de una serie de eventos deportivos que estaban siendo emitidos en tiempo real a nivel mundial por distintas televisiones de pago, en este caso de Canal Satélite Digital +, a la cual correspondía en exclusiva la distribución de dichos eventos en territorio nacional. Para ello y previo pago de la cantidad anteriormente reseñada suministraba a los usuarios una clave que permitía la descarga de dichos programas para ver los partidos de futbol.

[…] Los perjuicios ocasionados a Canal Satélite Digital S. L. y DTS Distribuidora de Televisión Digital ascendieron a 128.441 euros."

SAP Madrid (29ª) 421/2013, de 23 de diciembre.

1. El problema.

¿Cuál es la conducta socialmente lesiva, y gravemente lesiva, que le preocupa al legislador y que impulsa su prevención penal a través del artículo que glosamos (art. 286)? Pues lo que coloquialmente denominamos "**pira-**

tería de servicios de comunicación": el acceso a servicios de televisión (aunque como veremos no sólo) de pago por parte de quien no ha cumplido tal pago como condición de acceso. Se trata, si quiere expresarse así, de una especie de estafa de servicio: de una manipulación para obtener gratuitamente un servicio que requiere un pago.

¿Y es esto tan grave? No es desde luego leve en el mundo en el que vivimos, en el que el negocio de servicios televisivos ha pasado de sostenerse solo con la publicidad insertada en emisiones gratuitas a un modelo en el que tiende a preponderar el pago por la visualización del programa. Como la acreditación de tal pago se realiza por **medios tecnológicos**, como tales medios tecnológicos son manipulables, y como la difusión masiva, gratuita o no, de tal manipulación es relativamente sencilla, resulta que tenemos a todo un potente sector de actividad con una afilada espada de Damocles sobre su cuello. Lo que pretende la pena es reforzar el pelo de crin de caballo que sostiene la espada y que se cierne también sobre otros servicios condicionados como el acceso a bases de datos, tan querido por los juristas, o a la prensa en la red (que por cierto parece haber virado en los últimos tiempos al modelo de sustentación por publicidad).

La represión de la conducta del gorrón de servicios televisivos, interactivos o de documentación, o de quien le facilitaba tal acceso gratuito o se lo vendía a bajo precio, encontraba **dificultades de encaje en los tipos penales clásicos** de estafa o contra la propiedad intelectual.

> Desde la perspectiva de la estafa se daban dos tipos de dificultades para la tipicidad: las propias que habían generado los supuestos de polizonaje y, en general, las denominadas estafas de servicio (¿se da una disposición patrimonial como consecuencia del engaño?; ¿hay perjuicio patrimonial en un servicio que en todo caso iba a ser prestado al mismo coste?) y la perspectiva micro que supone centrarse en el uso irregular del servicio, sin contemplar el desvalor de acción propio de la difusión masiva del acceso o de la facilitación a tal servicio. A esta pega la perspectiva del artículo 255 ("defraudación utilizando telecomunicaciones") añade la cuestión de si en rigor los servicios que ahora contempla el artículo 286 son "telecomunicaciones". Desde la perspectiva de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial pronto se vio, como ha destacado Galán Muñoz, que los productos utilizados en la creación de tarjetas de acceso eran de adquisición legal y que los programas informáticos utilizados para manipular tales tarjetas eran generados por los propios distribuidores o cedidos por sus generadores.

De ahí que el legislador penal reaccionara con tres **nuevos tipos penales**: el menos grave para sancionar al usuario irregular (art. 286.4); y otros

dos para reprimir el suministro plural del acceso o su facilitación con fines comerciales (art. 286.1) o sin ánimo de lucro (art. 286.3).

> El impulso para esta modificación del Código Penal, de 2003, ha de encontrarse en la ***Directiva 98/84/CE**, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*. El Parlamento y el Consejo invocan poderosas razones de promoción de la unión de los pueblos de Europa y de la libertad de expresión para que se impongan, no necesariamente por vía penal -mediante sanciones "eficaces, disuasorias y proporcionadas", las prohibiciones que hoy incluyen nuestro artículo 286.1 y 3.

El salto en la numeración del artículo 286 que habrá notado el lector corresponde a que el apartado 3 se dedica a un fenómeno criminal distinto: el de la **manipulación de móviles** hurtados o robados para su reinserción en el mercado.

2. Servicios de radiodifusión o de información.

A. Acceso no autorizado.

a. Empecemos el análisis de los tipos del artículo 286 por el final, que es lo que importa: por la **lesión patrimonial** que irroga el usuario de un servicio condicional que no ha abonado el pago en el que consiste la condición. Por la defraudación del servicio. Y estemos muy atentos -consejo obvio para un intérprete penal- a la letra del tipo, porque frente a lo engañoso del simplificador rótulo de este apartado, no se pena todo acceso no autorizado, sino el que procede de la "utilización de equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional".

Luego afinamos la descripción de la conducta, pero no dejemos ahora de subrayar dos cosas fundamentales al hilo de esta reflexión. Estamos ante un delito de defraudación y por lo tanto **mal ubicado** como delito "relativo al mercado y a los consumidores". Esto resulta llamativo a la vista de la existencia de una sección que le sentaría como un guante: "De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas" (sección tercera del capítulo sexto del título XIII). Esta correcta ubicación nos hubiera alertado del sinsentido de **castigar más** las defraudaciones que analizamos cuando su cuantía no exceda de 400 euros.

No es un buen símil el que suele utilizarse de la posesión de pornografía infantil (art. 189.5) para explicar la lesividad del precepto que analizamos. En la pornografía infantil el daño fundamental radica en su producción, aunque también lo haya para el honor y la intimidad en la difusión y en la recepción. La razón fundamental para penar al usuario es la propia de la receptación en los delitos patrimoniales: atacar los alicientes para la comisión del delito. En el artículo 286.4 lo que se pena es la lesión que importa y de la que los demás preceptos son actos preparatorios.

b. La primera duda interpretativa no es baladí: de acuerdo, no se pena todo acceso irregular, sino solo el realizado "utilizando los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado". Pero: ¿ha de tratarse de los **equipos y programas del apartado 1**, esto es, "diseñados o adaptados para hacer posible dicho acceso"? Repárese en que el acceso no autorizado podría hacerse desde un equipo "normal", lo que constituiría delito o no según se responda a la cuestión sobre la que dudamos.

Que creo que debe contestarse en sentido restrictivo. Por coherencia con el resto del artículo y por razones de reservar la intervención penal a actuaciones con un desvalor de acción especial.

Así, siguiendo la detallada exposición de Moya Fuentes, no será delictivo: conectar el cable del televisor a la antena del vecino; aprovecharse de que por error el dispositivo nos ofrece más canales televisivos de los contratados; o destinar el servicio contratado para uso privado para el bar que se regenta. Se discute la tipicidad del supuesto de *cardsharing:* se conecta el dispositivo contratado a una red inalámbrica que permite el acceso a usuarios no abonados.

La segunda duda es si basta utilizar el equipo o programa o si se necesita que tal utilización sea exitosa y **que se acceda** al servicio condicionado. Ésta parece ser la interpretación correcta, pues, además de que restringe la intervención penal a lo más grave, el tipo exige una defraudación efectiva, por mucho que no lo haga en determinada cuantía.

B. Facilitación o suministro de acceso no autorizado.

a. Con fines comerciales.

Acceso a qué y cómo. Estas son las dos preguntas fundamentales para entender el tipo.

Hemos mencionado ya la clase de **servicios protegidos**: servicios condicionados de "radiodifusión sonora o televisiva" e "interactivos prestados a distancia por vía electrónica", a los que la Directiva 98/84/CE se refiere como "servicios de la sociedad de la información". Lo que se penan son dos tipos de conductas mediante ciertas modalidades de acción. Las conductas son "facilitar el acceso inteligible" y suministrarlo, "considerado como servicio independiente".

Dos apuntes para la mejor comprensión del precepto. Como señala Moya Fuentes, desde la perspectiva final lesiva, que es el acceso inteligible al servicio, que requiere la intervención última del usuario, el "suministro" no es sino una forma de facilitación. Y segundo apunte: la referencia al servicio "independiente" alude a la diferencia entre el proveedor del servicio por ejemplo televisivo y el proveedor del acceso (por ejemplo, una compañía de telecomunicaciones que lo que hace es encriptar la señal y gestionar su desencriptado).

En el Caso Canal Satélite Digital + se especifica que "la radiodifusión televisiva ha de referirse no solamente a la emisión y difusión de programas a través de las ondas; sino también a la emisión y difusión a través de internet" (FD 4).

Las modalidades se restringen a las que tienen por **objeto** "cualquier equipo o programa no autorizado en otro Estado de la Unión Europea" y "diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso". Delimitado así el objeto de la conducta, lo que es muy amplio es el espectro de ésta: fabricar, importar, distribuir, poner a disposición por vía electrónica, vender, alquilar, poseer, instalar, mantener o sustituir. Pero debe subrayarse la restricción de partida, que delimita el desvalor de acción de la conducta típica: no se trata sin más de facilitar a otro el acceso irregular a un servicio condicionado, sino de hacerlo a través de equipos o programas diseñados o adaptados para posibilitar tal acceso irregular.

En el Caso Canal Satélite Digital + se discutió este último punto, pues la defensa entendía que "los programas que el acusado suministra a través de su web son de uso común y de acceso gratuito y abierto en Internet". No le da la razón la sentencia pues, "si bien el acceso al programa (primera dimensión) no es contrario a Derecho, lo cierto y verdad es que la utilización que se realiza del mismo (segunda dimensión) es constitutiva del delito del artículo 286.1.1º CP porque facilita la visualización de un programa de televisión a través de una forma no autorizada en España ni en otro Estado miembro de la Unión Europea" (FD 9).

Con otros matices, la SAP Pontevedra (4ª) 175/2014, de 30 de septiembre, entiende, en un caso de distribución a la comunidad de vecinos de la señal de Digital +, que "no se ha acreditado que la distribución a los vecinos se hubiera realizado utilizando un equipo ilícito" (FD 1), lo que supone que "tales dispositivos se publiciten o comercialicen con la finalidad de eludir la protección, o que carezcan apenas de otro uso comercial que la elusión de la protección, o esté principalmente concebido para eludir la protección de otras medidas tecnológicas eficaces" (FD 2). En el caso, "se empleó el mismo equipo que había facilitado la suministradora, y junto con un cable se unió a ese módulo amplificador, modalidad que hay que concluir que es atípica" (FD 2).

Un segundo corte relevante del área de punición es el que suministra el elemento subjetivo. Sólo comete el delito el que hace lo anterior (facilitar o suministrar el acceso a través de equipos y programas diseñados para tal ilicitud) "**con fines comerciales**", lo que parece excluir no sólo las manipulaciones del sujeto activo para obtener él mismo el servicio condicional, sino las donadas o vendidas como venta particular. La expresión "fines comerciales" parece requerir cierta permanencia, cierta oferta general que en todo caso traspase la esfera personal (Moya Fuentes) y la persecución de beneficio económico.

No es objetivamente típica la facilitación de un usuario y una contraseña o de un programa instalable que solo tiene licencia para uso personal (García Albero). Quien se descarga el *software* necesario para el acceso al servicio que otro ha puesto a su disposición en una página web no comete el delito del artículo 286.1, pues no es él el que facilita o suministra el acceso, sino ese otro que sí comete el delito si actúa con fines comerciales. En el caso de las plataformas de intercambio (P2P) no parece que haya tipicidad penal en el facilitador o suministrador, carente de finalidad comercial, y tampoco en la plataforma de intermediación, que en rigor no realiza la conducta típica.

b. Sin ánimo de lucro.

La **pena** pasa de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses a solo esta multa si lo que hace el sujeto es una de estas dos conductas no guiadas por el ánimo de lucro: "facilitar el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministr[ar] información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos".

Por facilitar el acceso descrito en el apartado 1 parece que habría que entender tal acceso a través de las **modalidades** de dicho apartado, pues de

otro modo carecería de sentido que facilitaciones con finalidad comercial no típicas del 286.1 pudieran serlo paradójicamente si se realizan sin ánimo de lucro (Galán Muñoz). Algún dolor de cabeza añadido da la asimetría del **elemento subjetivo** en los apartados 1 y 3, que no es ánimo de lucro *versus* falta de ánimo de lucro, sino finalidad comercial *versus* falta de ánimo de lucro. Y si tiene ánimo de lucro pero no finalidad comercial, ¿llegaremos a la absurda consecuencia de la impunidad? Para solventar este dilema se han propuesto dos soluciones que recuperen la simetría: identificar la finalidad comercial con el ánimo de lucro, o entender que la finalidad comercial es ánimo de lucro en una actividad plural y que lo que describe el apartado 3 es precisamente esa pluralidad sin ánimo de lucro (Galán Muñoz). Cabría interpretar también el "sin ánimo de lucro" como "sin necesidad de que concurra ánimo de lucro", con lo que no se excluirían los supuestos de ánimo de lucro sin finalidad comercial.

La solución de la asimetría da lugar a soluciones tan chuscas como la de la SAP Murcia (2ª) 52/2014, de 3 de febrero, en la que se absuelve al acusado por haber recibido una compensación económica de los vecinos a los que facilitaba el acceso. Hubiera sido condenado si hubiera "procurado altruistamente a sus convecinos esos servicios" (FD 4).

Repárese, en fin, que la segunda modalidad no es sino una forma de **provocación** al delito de defraudación del servicio del artículo 286.4. El fenómeno que se trata de combatir es el de las páginas web que exponen con suficiente detalle cómo alterar programas o dispositivos para posibilitar el acceso irregular a un servicio condicionado.

Si se entiende que la remisión al apartado 1 lo es al modo de acceso (mediante equipos o programas diseñados o programados para el acceso irregular) no resulta delictiva la comunicación pública de contraseñas, claves o códigos de acceso (así, SAP Barcelona, 6ª, 33/2015, de 15 de diciembre, pues "las claves por sí solas, aun siendo válidas, no permiten el acceso, [...] puesto que la entrega o aportación de una parte, solamente, de lo necesario impediría, a priori, la ejecución o la consecución de lo que fuera y no sería equivalente a proporcionar o entregar algo" -FD 3-). Ni tampoco la facilitación directa de contenidos descodificados (*streaming*) o la difusión de contenidos de pago a una colectividad a través de un sistema individual lícito y una conexión por cable (así, SAP Pontevedra, 4ª, 175/2014, de 30 de septiembre; en contra, SJP 2 Pontevedra 37/2014, de 3 de febrero).

La falta de ánimo de lucro no parece referirse también a esta modalidad. Si así fuera no haría falta especificar que la actividad puede no tener carácter comercial.

En la SAP Zaragoza 73/2011, de 16 de febrero, se absuelve al administrador de una web que colocaba enlaces con otras páginas que facilitaban claves de configuración de un descodificador universal para acceder a los contenidos de Digital +, entre otras razones, porque hacía constar "la advertencia de que el uso de informaciones en sistemas de visionados o acceso condicional sin el correspondiente abono está tipificado como delito en el Código Penal", por lo que "no puede presumirse el ánimo exigido en el tipo" (FD 3), que, recordemos, tiene un elemento de incitación.

C. Concursos.

Si al final lo que importa es la defraudación del servicio de comunicación de pago, los actos previos de facilitación de acceso (apartados 1 y 3) deberían quedar englobados en el tipo de lesión (apartado 4) si ambos se atribuyen al mismo sujeto. Si habláramos de idiomas diríamos que esto es un "falso amigo". Basta con comparar las penas para darse cuenta que no cabe tal consunción: que el 4, con una "penita" de multa no puede englobar el desvalor del 1, con pena de prisión de hasta dos años. Y es que tanto este apartado 4 como el 3 están describiendo conductas de peligro de múltiples accesos que no quedan preventivamente sofocadas por un solo acceso. No hay concurso de normas y sí real de delitos.

3. Equipos de telecomunicaciones.

El **apartado 2 del artículo 286** castiga con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses (la misma pena del apartado 1, de facilitación de acceso a servicios condicionados con fines comerciales) a "quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicaciones, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta". También se aplica el apartado cuarto (simple multa de tres a doce meses), sancionando a "quien utilice [...] equipos de telecomunicación".

El precepto es harto confuso y apenas aplicado. Los estudiosos del mismo discrepan de su entendimiento. El más restrictivo ha sido expuesto por Moya Fuentes. Parte de que la intervención penal se produce para desalentar la actividad de hurto y robo de **teléfonos móviles**: ante la estrategia pública de bloqueo de los terminales sustraídos a través de su **número identificativo *IMEI***, se desarrolló toda una actividad delictiva complementaria dirigida a alterar tal número o a incorporar el número de otro móvil, para así posibilitar su venta en el mercado negro. Equipo de telecomunicación con número identificativo sólo sería el móvil; número identificativo sería solo el *IMEI*; lo

que en última instancia se quiere proteger es la propiedad de los teléfonos móviles.

No está claro cómo afectaba esta actividad al mercado de venta de móviles. Por un lado generaba un mercado negro que competía con precios bajos; por otro, el propio apoderamiento ilícito generaba nuevas necesidades de consumo.

Este entendimiento no es el único posible. Existen otros equipos de telecomunicación con "DNI", como son los **ordenadores** y su *IP*, por mucho que respecto de ellos no se haya desatado un fenómeno criminal para el que no baste la represión propia del hurto y del robo. El propio legislador motivaba este precepto ejemplificando con los teléfonos móviles, pero no ciñéndose a ellos (Exposición de motivos de la LO 15/2003, apartado III.f), ni ciñendo el tipo a ellos. Asimismo se discute si sería típica la manipulación de los **números de identificación** que están en el teléfono móvil (y en ese sentido "del" móvil), como el *IMSI* (que identifica al titular), el *PIN* o la propia línea de abonado.

Con la primera comprensión de tipo (alteración o duplicación del *IMEI* de un móvil), el tipo de uso del apartado 4 constituye un mero acto de receptación. Si comprende manipulaciones aptas para la defraudación de comunicaciones adquiere sentido que el tipo sancione "con independencia de la defraudación".

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

CARRASCO ANDRINO, M.: *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, Madrid: Revista General del Derecho, 1998.

GALÁN MUÑOZ, A.: "El Derecho Penal español ante la piratería de los servicios de radiodifusión", *Eguzkilore*, núm. 21, 2007, pp. 29 a 80.

MOYA FUENTES, M.M.: "La alteración y duplicación del número identificativo de equipos de telecomunicaciones, su comercialización y su utilización: art. 286.2 y 4 CP", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, 2009, pp. 1 a 27 (http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-02.pdf).

MOYA FUENTES, M.M.: *La protección jurídica de los servicios de acceso condicional*, Cizur Menor: Aranzadi, 2009.

PUENTE ABA, L.M.: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

Tema 12

DELITOS SOCIETARIOS

Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Claves: Desde su origen en el año 1995 el capítulo dedicado a los delitos societarios fue polémico, si no en su entera existencia, sí en su extensión, máxime a la vista de los afinados recursos mercantiles para la anulación de actos o para la exigencia de responsabilidad civil de los administradores. La exposición que sigue pretende, en primer lugar, que el lector comprenda adecuadamente cuál es esa extensión -qué conductas societarias irregulares son punibles- a través de su necesaria imbricación con la normativa societaria (por ejemplo, qué es un acuerdo abusivo, cuáles son los derechos de los socios de una sociedad mercantil, qué es una sociedad a efectos penales). Solo después estaremos en disposición para la crítica. Y veremos que, desde luego, ni el delito contra los derechos de los socios (art. 293) ni el de obstaculización de la supervisión administrativa (art. 294) tienen mucho sentido penal.

I. Introducción.

El Código Penal dedica un entero capítulo (fácil de recordar para los supersticiosos: el XIII del título XIII) a los delitos societarios. Como los dos más importantes en pena y litigiosidad son la falsedad documental (art. 290) y la administración desleal (que desde el 2015 ya no tiene una modalidad específicamente societaria) y como los mismos se abordan en otros temas de este libro (temas 17 y 5 respectivamente), el que ahora sigue con sus ojos va a ser relativamente breve. A diferencia de lo que suele hacerse normalmente voy a comenzar con la descripción de las cuatro conductas típicas restantes (las de los artículos 291, 292, 293 y 294) para solo al final abordar cuestiones comunes a todos ellos, pues solo se comprenderán adecuadamente tras esa primera lectura. De entre esas consideraciones comunes (concepto de sociedad, sujetos activos, condición de perseguibilidad) creo que la más importante es la política: a la vista de la lesividad de estas conductas y a la vista de los mecanismos civiles para combatir las irregularidades societarias, ¿deben existir estos delitos?

II. Los delitos.

1. Imposición de acuerdos abusivos.

Caso del crédito personal

"[L]a acusada Sonia era la principal accionista con el 51,57 por ciento de las acciones de la sociedad SUGRIVA S.A, en tanto que el resto de las acciones eran titularidad de los hermanos Agustín y Pelayo, querellantes en la causa. Se convoca una junta universal [...] en la que se llega, por acuerdo de la mayoría de las acciones, a los siguientes acuerdos: Autorizar la constitución de una hipoteca sobre los bienes inmuebles de la sociedad, por un importe de 35 millones de pesetas, cuya suma será entregada a Caja Caminos para la amortización parcial de la deuda que actualmente mantiene Dédalo Construcciones SA con dicha entidad de crédito. Además, se aprueba la formalización de una póliza de crédito con garantía hipotecaria por importe de 25 millones de pesetas, acuerdo que fue aprobado con el voto de la socia que ostentaba la mayoría del capital y la oposición de los socios minoritarios. Se añade en el hecho probado que `no consta que por el motivo de desenvolvimiento del mencionado crédito dejara de satisfacer, como deudora, cantidad ninguna Sonia´, con lo que parece afirmar que el crédito de 35 millones fue recibido por Sonia, administradora de la sociedad, para satisfacer una deuda personal y que ha ido devolviendo a la sociedad, o al menos, no consta que no lo haya devuelto. Añade que, para dar cumplimiento a los acuerdos de 2002, se constituyó un crédito hipotecario por importe de 180.000 euros para atender problemas de liquidez que permitiera atender ciertos pagos inminentes y tratar de salir de la estrechez económica en la que se encontraba la empresa".

Sentencia del Tribunal Supremo 172/2010, de 4 de marzo (FD Preliminar).

A. Fundamento.

El **artículo 291** pena con "prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido" a quienes "prevaliéndose de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma". Lo primero que uno se pregunta al leer este artículo es si el mismo no atenta contra la democracia societaria, que hace residir las decisiones sociales en la mayoría del capital. ¿**Por qué** se considera irregular, y nada menos que penalmente antijurídica, una decisión discrecional sobre lo colectivo tomada por los órganos representativos de tal colectivo y según los procedimientos establecidos para tomarla? ¿En dónde radica el exceso, el abuso, cuando la medida la toma quien tiene precisamente

que definir qué es lo conveniente para la sociedad? ¿Puede acaso excederse en algo quien tiene la potestad de fijar libremente ese algo?

Sin prejuzgar ahora si tal exceso debe ser penado, la respuesta debe ser afirmativa en cuanto a su propia posibilidad. Como afirma la STS 150/2011, de 18 de febrero, "las mayorías legales por sí solas no legitiman el acuerdo" (FD 4). Ciertamente tanto en la sociedad anónima como en la limitada es la mayoría la que concreta el interés social -la que valora la productividad social del acuerdo- pero con el límite de la simetría: que se trate de medidas que afecten de manera semejante a todos los socios. El socio no ha de anteponer los intereses de la sociedad o de los demás socios a los propios, pero sí ha de ser "**leal**". Y leal aquí significa que no puede perseguir ventajas particulares a costa de la sociedad.

> Como señalan Paz Ares y Alfaro Águila-Real, "nadie aceptaría pasar a ser socio -no mayoritario- de una sociedad si hubiera de contar con que el socio mayoritario puede apoderarse del patrimonio social o sacrificar el interés común en aras de su interés particular al adoptar las decisiones sociales".

Esto se refleja en las reglas de impugnabilidad de los acuerdos sociales. No es impugnable sin más el acuerdo que "lesione el interés social" sino el que lo hace "en beneficio de uno o varios socios o de terceros" (art. 204.1, 1º LSC). Y sí es impugnable el acuerdo abusivo: el que, "sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios" (art. 204.1, 2º LSC). Ello nos lleva a un segundo contenido de la lealtad: no se debe utilizar la sociedad, siquiera de un modo inocuo para ella, en beneficio propio o de terceros y lesivo para los intereses de los socios minoritarios. Abusiva es la decisión que favorece intereses extrasocietarios tanto frente a los societarios como frente a los intereses intrasocietarios de los socios minoritarios (por ejemplo, aumentando injustificadamente el capital social, no distribuyendo dividendos o limitando la negociabilidad de las acciones, negándose a emprender una acción de responsabilidad contra el anterior administrados -caso este de la SAP Barcelona, 8ª, 287/2004, de 9 de noviembre-).

B. Elementos del tipo.

Los elementos del tipo pueden verse de una manera triangular. En uno de los tres lados estará el **sujeto activo**, que habrá de ser un socio o un adminis-

trador que toma un acuerdo que le beneficia a él o a un tercero; de otro lado estarán los **socios** -o el socio- que resultan perjudicados; el tercer lado es el de la sociedad, también perjudicada o no, pero en ningún caso portadora de un beneficio actual o previsible que legitimaría la decisión.

Este dibujo triangular, que pretende ser claro, no aparece con tal nitidez en la letra del artículo 291, que adolece de algunos defectos técnicos.

a. Respecto del **sujeto activo** la expresión "demás socios" parece excluir de la autoría a los administradores que no lo sean. Por su parte la expresión "junta de accionistas", propia de las sociedades anónimas y de las sociedades comanditarias por acciones, debe comprender a todo órgano asambleario de los titulares de la sociedad.

Que deba existir un beneficio precisamente económico (podría serlo de la posición administrativa en la sociedad) se infiere de la pena alternativa de multa, que parte "del beneficio obtenido". Por cierto, que si se exige beneficio propio o ajeno y estamos ante un tipo doloso, la mención al "ánimo de lucro propio o ajeno" no es sino una especificación de ese dolo.

b. No está claro que deba existir un **perjuicio** económico real y cuantificable, pues la expresión "en perjuicio" puede entenderse como "con ánimo de perjudicar", "con aptitud para perjudicar", o "con perjuicio". No obstante, esta última interpretación parece la más coherente con la existencia de beneficio y con la limitación de una intervención penal que ya resulta en sí discutible (así, SAP Madrid, 16ª, 589/2002, de 26 de julio, FD 3). No es en todo caso la que parece asumir la STS 83/2010, de 11 de febrero: "El delito ha sido calificado como especial y de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo" (FD único).

Como en la utilización de otros plurales para definir al sujeto pasivo (el "trabajadores" de los artículos 311 y 316 CP), no quiere con ello el legislador, obviamente, excluir del tipo los casos de víctima única, sino excluir de la pluralidad delictiva los casos de víctima plural. Tampoco el plural del sujeto activo, elegido por constituir la situación habitual, excluye al sujeto activo individual.

c. La interpretación de que no existe **beneficio social** debe ponderar tanto que éste puede no ser inmediato, sino estratégico, como que su nimiedad podría no ser suficiente como para negar el abuso. Piénsese para lo primero en un negocio deficitario que tiene el objetivo de ganarse a un buen cliente en el futuro. Repárese para lo segundo en que hasta en el más ruinoso de los acuerdos podría invocarse la simpatía que la sociedad ha generado en el beneficiado.

C. Concursos.

En los casos en los que el perjuicio de los socios minoritarios lo sea porque

lo es de la sociedad, parece que debe imponerse en el **concurso de normas** la figura de la administración desleal (art. 252).

Carecería de sentido que se impusiera el tipo que estamos estudiando, de penalidad mucho menor, por razones de especialidad en la descripción de la deslealtad.

En el caso del préstamo personal de la socia mayoritaria "[...] la finalidad del acuerdo es la de obtener un crédito personal de la sociedad de la que es socia mayoritaria para el pago de una deuda ajena a la sociedad imponiendo una carga hipotecaria en los bienes sociales por hechos ajenos a su actividad económica.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, sin que el hecho, declarado probado, en el sentido de que la acusada Sonia no consta que no hubiera devuelto las cantidades recibidas para el pago de la deuda, tenga relevancia penal en orden a la aplicación del tipo objeto de la subsunción pues este delito no es de apoderamiento, como la apropiación indebida.

Los requisitos del tipo penal, el prevalimiento de la posición de mayoría, el ánimo de lucro y la adopción del acuerdo en perjuicio de otros accionistas sin beneficio de la sociedad, concurren en el hecho en la medida en que el acuerdo se adopta desde la posición de mayoría, el ánimo de lucro se constata desde el momento en el que a través de bienes ajenos se saldan deudas propias y el perjuicio resulta del peligro al que se somete al patrimonio social al constituir sobre el mismo una carga hipotecaria" (STS 172/2010, de 4 de marzo, FD 4).

2. Imposición o aprovechamiento de acuerdos lesivos.

Caso de la autoadjudicación de participaciones

"[E]n mayo de 2002, Aureliano pidió a las sociedades Acabados Libertad S.L. y Arráez y Serrano S.L. que aportaran 2.400.000 ptas., cada una, y como a sus representantes legales les pareciera que ya habían hecho suficientes aportaciones, sin que el administrador social realmente les facilitara datos concretos sobre los precios de las compraventas efectuadas y demás gestiones realizadas, se negaron a hacer nuevas contribuciones hasta que les rindiera cuenta de las operaciones, produciéndose, desde entonces, una merma de la confianza que a los demás socios merecía Aureliano hasta entonces, que provocó la ruptura de las relaciones amistosas, ante la demora y negativa de aquél a rendirles las cuentas que le solicitaban. Por ello, el 20 de septiembre de 2002, Arráez y Serrano S.L. y Luis Pedro, requirieron notarialmente a Aureliano, como Administrador único de Alsanau Petrel S.L., para que convocara Junta General extraordinaria, que este convocó para el 25 de octubre siguiente, en una Notaría. El 21 de octubre, Acabados Libertad S.L. y otros socios requirieron notarialmente a Aureliano para que les mostrara la documentación correspondiente de la sociedad para ejer-

cer su derecho de información, sin que el administrador respondiera a esa solicitud. Llegado el día de la Junta General Extraordinaria, celebrada ante el Notario D. Luis López Sanz, Aureliano presentó el Libro Registro de socios, que había cumplimentado después del requerimiento para su celebración, en el que aparecían los socios con las siguientes participaciones sociales; Aureliano, 57,652%; J.J. Naves S.L., 25%; Luis Pedro, 0,336%; Hijos de Segura Sánchez S.L., 14% Mario, 2%; Arráez y Serrano S.L. 0.505 y Acabados Libertad S.L., 0,505%. Las diferencias con las participaciones que anteriormente tenían los socios procedían de las autoadjudicaciones que había realizado Aureliano a su favor, sirviéndose del poder otorgado por los socios [que] le facultaba para realizar operaciones de autocontratación, sin que conste soporte documental, público o privado de las mismas. [...]

A consecuencia de los nuevos porcentajes de participaciones sociales surgidos de las autoadjudicaciones del acusado, este continuó desempeñando las funciones de Administrador único de la sociedad, del que pretendían desposeerlo los socios opuestos a su gestión. En tal concepto celebró la Junta General de 30 de junio de 2003 y 30 de junio de 2004, esta última ante Notario, en la que los socios discrepantes volvieron a oponerse a la distribución de porcentajes efectuada por el acusado, que seguía utilizándose para determinar el régimen de mayorías de las mismas. Contra los acuerdos adoptados en la Junta general de 30 de junio de 2002 y la extraordinaria de 25 de octubre de 2002, se presentó demanda, que se tramitó en el Juicio Ordinario 450/02-B del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Elda, que terminó por acuerdo transaccional de las partes, aprobado por auto de 16 de noviembre de 2005, que declaraba nulos todos los acuerdos".

Sentencia del Tribunal Supremo 969/2010, de 20 de octubre (FD 1).

A. Imposición.

La misma pena de los acuerdos abusivos merecen los **acuerdos lesivos**, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, adoptados "por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante" (art. 292). La comparación con el delito anterior revela, en primer lugar, un desvalor de resultado más nítido y extenso: el acuerdo ha de ser "lesivo" y ha de serlo para algún socio o para la sociedad. Y revela sobre todo un desvalor de acción especialmente intenso: la lesión se despliega de forma especialmente torticera, construyendo una mayoría irreal con engaño o con manipulación del derecho al voto.

a. La cercanía y las similitudes de los dos preceptos invitan al juego de las diferencias, siendo la primera llamativa la del adjetivo que califica el acuerdo, abusivo o lesivo. Este último podría alimentar la interpretación de que en el primero no hace falta **perjuicio** efectivo, pero se antoja entonces que resulta infundada la misma pena a pesar de que se añade tanto desvalor de acción como de resultado.

b. El **sujeto activo** parece que tiene que pertenecer al mismo círculo decisor, pero tal cosa no se especifica ahora.

c. El **sujeto pasivo** es en el art. 292 alternativamente doble (sociedad o socios) y no son ya "los demás socios" sino sólo algún socio, lo que podría abonar la tesis de que, como defiende algún autor, en el acuerdo abusivo es necesario que los perjudicados sean "todos" los demás socios. En todo caso "quedan extramuros del tipo acuerdos lesivos para terceros, sean personas físicas o jurídicas" (STS 1032/2013, de 19 de diciembre, FD 1).

d. No se exige la inexistencia de **beneficio social**, con lo que sería típico el acuerdo fraudulento beneficioso para la sociedad pero lesivo para algún socio.

e. El precepto señala expresamente que no habrá **concurso** de normas si la maniobra de construcción de la mayoría ficticia "constituyese otro delito". La probabilidad de esta concurrencia va a depender de cómo se entienda la "semejanza" con las modalidades de conducta descritas: si se entiende que hay semejanza -por haberla en el desvalor- en conductas intimidatorias o coactivas, como amenazar a alguien para que no vaya a la reunión en cuestión o dejarle encerrado en el baño para impedir que acuda a votar.

Aun teniendo en cuenta su especial desvalor de acción, parece que este delito de acuerdos lesivos va a quedar desplazado por la administración desleal (así, SAP Tenerife, 2ª, 534/2012, de 11 de diciembre, FD 7), lo que por cierto va a reducir en gran medida su efectiva aplicación.

En el caso de la autoadjudicación de participaciones, el Tribunal Supremo concluye que "concurren todos los elementos que caracterizan al delito societario de imposición de acuerdos lesivos adoptados por una mayoría ficticia, en cuanto el acusado era administrador de la sociedad y su conducta consistió en conseguir una mayoría fraudulenta en el órgano de administración de la sociedad, haciendo suyas las aportaciones sociales de determinadas entidades en base a un poder que estaba otorgado para otra finalidad y con ello consiguió una posición dominadora en la sociedad, y cuando ya tenía esa mayoría ficticia, sometió a la Junta Extraordinaria de 25 de octubre de 2002 el examen de las adjudicaciones de las participaciones sociales, privando de ellas a otros socios y los derechos inherentes, incluida la distribución de resultados, y consta que tanto las autoadjudicaciones de las participaciones (Junta 2002) y los acuerdos adoptados con posterioridad (Juntas de los años 2003 y 2004) han sido declarados nulos en la vía civil" (FD 1).

B. Aprovechamiento.

La segunda conducta típica del artículo 292 CP produce verdadera extrañeza, pues, con la misma amenaza punitiva que a los socios o administradores que de un modo especialmente insidioso han perjudicado a la sociedad o a algún socio, describe la conducta de los que simplemente se **aprovecharen** para sí o para otro del acuerdo lesivo. Como tiene poco sentido esta asimilación de esta especie de receptación *light* (basta con "aprovecharse" y sin expreso ánimo de lucro, sin que se requiera "recibir", "adquirir" y "ocultar" -art. 298.1-) con el delito antecedente, debe procederse a un intento de **interpretación restrictiva**. La primera y más modesta lectura reductora pasa por entenderlo como un delito especial, no cometible por cualquiera, sino solo por los mismos que pueden realizar la primera modalidad en cuanto administradores o socios. Más ambiciosa es una segunda propuesta, que explica la tipicidad como la omisión de un garante. Si se trata de un socio o administrador que se aprovecha es porque lo que supone el no aprovecharse es precisamente evitar el acuerdo con los medios factibles para ello.

3. Negación o impedimento de ejercicio de los derechos de los socios.

Caso de la denegación de información

"Los acusados, Rogelio [...] y Severiano [...] constituyeron con la entidad HUNOSA, en fecha 26 de febrero de 1999, la sociedad "Explotaciones Ganaderas del Norte, S.A." (EGANORSA), con un capital social de 80 millones de pesetas (480.809,68 euros), de los cuales los acusados aportaban el 51% y la empresa HUNOSA el 49% restante, es decir, 235.569,74 euros.

En la propia escritura de constitución se nombra el Consejo de Administración de la sociedad, integrado por los dos acusados y por D. Juan Francisco y D. Alejo, nombrándose como presidente del Consejo de Administración al acusado Rogelio. Desde el mismo momento de su constitución, los acusados como miembros del consejo de Administración no aportaron ninguna información a los representantes en el consejo de la entidad HUNOSA, y ello pese a los numerosos requerimientos notariales y judiciales realizados por la misma: [...] 3º.- El 27 de junio del año 2000, se envía nuevo requerimiento notarial al acusado, con la finalidad de que se procediera a formular las cuentas anuales del ejercicio 1999, así como a la convocatoria del Consejo de Administración, y caso de no ser atendido, como así fue en realidad, que dicho requerimiento sirviera como medio de solicitud de convocatoria de Junta de Accionistas de conformidad con lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas. Dado que los acusados hicieron caso

omiso a dicho requerimiento, la mercantil HUNOSA, en septiembre del año 2000, solicita convocatoria judicial de la Junta de Accionistas, extremo este que es atendido por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Langreo, quien por Auto de fecha 30 de enero de 2001, acuerda la convocatoria de dicha Junta a celebrar en fecha 23 de abril en la sede social de HUNOSA, reunión celebrada sin la asistencia de los acusados, en la cual se adoptan una serie de acuerdos y un nuevo requerimiento a los acusados a fin de que informaran sobre la marcha de la sociedad. 4º.- Por requerimiento notarial de fecha 29 de mayo de 2001, se remite a los acusados copia del acta de la Junta celebrada en fecha 23 de abril, de los acuerdos en ella adoptados y de la necesidad nuevamente de informar de la marcha de la sociedad. Sin embargo, ninguna información se facilita por los acusados, presentándose por el acusado Severiano renuncia a su cargo de Consejero Delegado de la mercantil EGANORSA, mediante escritura notarial de fecha 2 de mayo de 2001, notificándose dicha renuncia al Secretario del Consejo de Administración, D. Constancio. 5º.- En octubre del año 2002, la mercantil HUNOSA interpone ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Langreo demanda de juicio ordinario con la finalidad de que los acusados recompren las acciones en su día suscritas, demanda que dio origen al Procedimiento 464/02, en el cual se acordó la elaboración de un informe pericial, emitido por el perito D. Faustino, en fecha 3 de julio de 2004, en el cual y tras relatar un sinfín de intentos de que los acusados le remitieran la información contable necesaria para poder emitir un informe con garantías, el propio acusado le manifiesta carecer de libros oficiales puesto que nunca se habían llevado, aportando los acusados diversas páginas de nombres, fechas e importes de clientes y proveedores, relativos a la actividad de la empresa, entre el 18 de marzo de 1999 y el 30 de noviembre de 2000, pero que le impedían realizar un informe sobre la situación contable de la empresa, como no fuera que la misma, como le manifestó al perito el acusado Rogelio, que no existían activos patrimoniales susceptibles de valoración económica, estando por tanto, como dice el perito en su informe, incursa la sociedad en causa de disolución. [...]

Por último, en julio del año 2005, se realiza por la mercantil HUNOSA un nuevo requerimiento notarial a fin de celebrar Junta de accionistas, con el fin de valorar lo informado por el perito judicial, requerimiento que, una vez más, no fue atendido por los querellados".

Sentencia del Tribunal Supremo 1351/2009, de 22 de diciembre.

A. Fundamento.

El artículo 293 pena con multa de seis a doce meses a los administradores que negaren o impidieren el ejercicio de ciertos derechos legales de los socios: "de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones".

Seguro que tras la lectura del precepto al lector le van a interesar dos cosas. Lo primero, naturalmente, para entender qué conductas se subsumen

como delictivas en este tipo, será conocer el **contenido de esos derechos sociales** que han pasado nada menos que a tener la vitola de bienes jurídico-penales. Lo segundo que le interrogará es la **necesidad política** de este precepto. ¿No se está penalizando un excesivo número de irregularidades societarias? (¿No se está metiendo demasiado Derecho de sociedades en el Derecho penal?) ¿No existen acaso frente a ellas mecanismos societarios de anulación y reparación suficientemente eficaces para prevenir tales conductas? Si al final lo realmente importante (y por ello a lo que debería ceñirse el contundente mecanismo de la pena) es el patrimonio de los socios, ¿no es anticiparse demasiado el penar en abstracto la quiebra de meros instrumentos de protección de tal patrimonio? Volveré a esta cuestión más tarde (IV), en el análisis político del entero capítulo de los delitos societarios.

Una de las preocupaciones constantes de la doctrina jurisprudencial dictada en torno a este precepto es la de interpretarlo de un modo restrictivo tal que preserve la obligada naturaleza pena de *ultima ratio legis* (recientemente, SSTS 91/2013, de 1 de febrero, FD 4; 284/2015, de 12 de mayo, FD 2). Dado que "criminaliza determinados ilícitos civiles", la clave para justificar la conminación penal está en que "no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, con abuso de su cargo, desplegar, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal" (STS 1953/2002, de 26 de noviembre; FD 2). Quedan al margen del delito "los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil" y "las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades" (STS 650/2003, de 9 de mayo; FD 10). En concreto, en relación con el derecho de información, el tipo penal "solo puede entrar en juego cuando la omisión tiene una intencionalidad y finalidad de impedir a los socios el conocimiento exacto de la vida de la sociedad, e incluso privarles de la posibilidad de acudir a la Junta por desconocimiento de su celebración" (STS 150/2011, de 18 de febrero; FD 7).

Por cierto, "[p]recisamente porque la conculcación debe ser abierta y manifiesta, no caben ordinariamente supuestos de error de prohibición" (STS 650/2003, de 9 de mayo; FD 12).

B. Derechos protegidos.

Se protegen cuatro tipos de derechos. Su contenido se expone a continuación sin entrar por ahora en la cuestión interpretativa relativa a cuáles de sus impedimentos o negaciones alcanzan la gravedad suficiente para, en sana interpretación restrictiva, ser considerados delictivos. Verá el lector que son

aparentemente muchos, aunque al final, si repasa sus conocimientos de Derecho de sociedades, podrá echar de menos alguno, como significativamente el derecho al dividendo y a la cuota de liquidación (art. 93.a LSC).

Ello se debe, según Faraldo Cabana, a que se trata de derechos de contenido patrimonial, renunciables en concreto.

Esta es la clasificación que propone la STS 477/2014, de 10 de junio: "Es pacífico en la doctrina científica y en la jurisprudencia de la Sala estimar que los derechos mínimos de información (*sic*) del socio tienen una doble naturaleza: a) económico patrimonial y b) político-personal. Pertenecen al primer grupo el derecho a participar en los beneficios, en la cuota de liquidación y en el derecho de suscripción preferente, son derechos del segundo grupo los de información y asistencia y voto en las Juntas Generales" (FD 4).

a. El derecho de información.

Como sucede en general a escala social en las democracias, en las que no hay en rigor condición de ciudadanía sin libre flujo de información política, cabe señalar que el derecho de información (art. 93.d LSC) integra la condición de socio, pues sin la misma difícilmente podrá ejercitar su derecho de intervención en la sociedad ni podrá defender los intereses de la misma ni los suyos como socio. "El derecho de información no tiene otro objeto que permitir al socio conocer el estado de salud de sus intereses. Con su definición entre los deberes que delimitan el *status socii* se persigue asegurar los principios de fidelidad y buena fe como presupuestos para el logro del interés común que, por definición, anima toda forma societaria" (STS 91/2013, de 1 de febrero, FD 4). El correlato de este derecho es el deber de los administradores de informar, de "rendir cuentas", singularmente en lo que hace al patrimonio social (Paz Ares y Alfaro Águila-Real).

Naturalmente se trata de un derecho con **límites**, mayores cuanto mayor es la complejidad del tipo de sociedad. No se trata de un derecho a saberlo todo con todo el respaldo documental, sino, en general, con las excepciones ampliatorias que prevea la ley para temas nucleares (por ejemplo, en materia de cuentas anuales), es un derecho de pregunta y no de recepción de documentación, y ligado al orden del día de la junta a la que es convocado el socio. Además, y esto es relevante para la integración de la cláusula penal "sin causa legal", el derecho de información podrá encontrar ulteriores límites en la posibilidad o exigibilidad de la información (art. 1184 CC), en el abuso del solicitante y en la protección del interés social (arts. 196.2 y 197.3 LSC).

En las **sociedades anónimas** "los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos del orden del día" (art. 197.1 LSC), que no podrá serles negada por los administradores "salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas" (art. 197.3 LSC). No cabe esta excepción si la solicitud de información lo es de accionistas que representan al menos el veinticinco por ciento del capital (art. 197.4 LSC).

La regulación es análoga a la anterior en las **sociedades de responsabilidad limitada**, para las que no obstante se habla de "informes" y no de "informaciones" (art. 196.1 LSC) y para las que es más sencilla la cláusula de protección social, que se refiere al perjuicio del interés social (art. 196.2 LSC).

En las **sociedades cotizadas** existe un derecho de los accionistas a obtener información adicional sobre la información que preceptivamente la sociedad ha hecho pública (art. 520 LSC).

Para la **aprobación de las cuentas** en la junta general "cualquier socio podrá obtener de la sociedad [...] los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas" (art. 272.2 LSC). Los socios de la sociedad de responsabilidad limitada "que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales" (art. 272.3 LSC).

b. El derecho de "participación en la gestión" de la actividad social.

Como supondrá el lector, el derecho de participación del socio en la actividad social se concreta en su derecho a asistir a la junta de socios y votar en ella (art. 93.c LSC) o hacerse representar para ambas cosas. La regulación legal y estatutaria de estas facultades incluye limitaciones que, de nuevo, condicionan la tipicidad de una conducta restrictiva por parte de los administradores.

En la sociedad de responsabilidad limitada no caben limitaciones al derecho de asistencia de los socios a la junta universal (art. 179.1 LSC). Sí en las sociedades anónimas, aunque el número mínimo de acciones que condicionen la asistencia no podrá ser superior al uno por mil del capital social (art. 179.2 LSC).

En la sociedad de responsabilidad limitada "cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto", "salvo disposición contraria de los estatutos sociales" (art. 188.1 LSC). En la anónima "no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto" (art. 188.2 LSC), aunque los estatutos "podrán fijar con

carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores" (art. 188.3 LSC). Existen además limitaciones del derecho de voto en situaciones de conflicto de intereses (art. 190 LSC).

En las sociedades de responsabilidad limitada el círculo de posibles representantes voluntarios de los socios está muy tasado, aunque admite ampliación estatutaria (art. 183.1 LSC). En las sociedades anónimas el punto de partida es el inverso: las limitaciones serán las que prevean los estatutos (art. 184.1 LSC; no puede haberlas en las cotizadas: art. 522.1 LSC) (por ejemplo, que el representante sea a su vez accionista).

c. El derecho de control de la actividad social.

Más allá del derecho de examen e inspección de las (escasas) sociedades colectivas (arts. 133 y 173 CCom), cabría considerar como derechos de control de los socios o de determinados grupos de los mismos los derechos a que se convoque junta general (art. 168 LSC) o a que se complemente el orden del día de la convocatoria (art. 172 LSC), el derecho a solicitar la presencia de un notario que levante acta de la junta general (art. 203.2 LSC), el derecho de impugnación de acuerdos (arts. 93.c y 206 LSC) y de solicitud de su suspensión (art. 251.1 LSC), el derecho de exigir responsabilidad a los administradores (art. 239 LSC), el derecho de representación proporcional en el consejo de administración de las sociedades anónimas (art. 243 LSC) o el derecho de poner en marcha la auditoría de las cuentas anuales en aquellas sociedades que no estén obligadas a someterlas a la verificación de un auditor (art. 265.2 LSC).

Naturalmente algunos de estos derechos, en la medida en que son ejercitables ante los órganos judiciales o ante el registrador mercantil, van a ser difícil y sólo mediatamente impedibles por los administradores. De hecho, por ejemplo, la minoría podrá entablar directamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social, entre otros supuestos, cuando los administradores no convoquen la junta general solicitada a tal fin o cuando el acuerdo de esta hubiere sido contrario a la exigencia de tal responsabilidad (art. 239.1 LSC).

"La falta de convocatoria es una irregularidad formal que [...] tiene su más lógica y racional solución en el ejercicio de la acción de nulidad de acuerdos sociales, sin necesidad de introducir el Derecho penal innecesariamente en el conflicto por ausencia de un simple requisito formal" (STS 150/2011, de 18 de febrero; FD 3). Además, "no podemos olvidar que la ley civil ofrece instrumentos para provocar la convocatoria solicitándola del juez competente; y ya convocada judicialmente, interesar la información pretendida" (STS 42/2006, de 27 de enero; FD 8).

d. El derecho de suscripción preferente de acciones.

El derecho de asunción preferente de nuevas participaciones sociales o de suscripción preferente de nuevas acciones (art. 93.b LSC) constituye una garantía básica para la tutela de los intereses patrimoniales y administrativos de los socios, que tienen así oportunidad de preservar sus expectativas patrimoniales y su peso en la sociedad.

> El derecho existe respecto a las ampliaciones con cargo a aportaciones dinerarias (art. 304.1 LSC) y no "cuando el aumento de capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad o a la conversión de obligaciones en acciones" (art. 304.2 LSC). El derecho podrá ser total o parcialmente suprimido por parte de la junta general cuando así lo exija el interés social (art. 308 LSC).

Conviene subrayar que el **tipo penal** parece reducir doblemente su protección: solo para los socios de sociedades anónimas (sólo respecto a las "acciones") y no para su derecho de preferencia sobre las obligaciones convertibles en acciones (arts. 93.b y 416 LSC).

C. Dudas interpretativas.

La comprensión del objeto de la acción nos permite abordar mejor pertrechados algunas dudas interpretativas que suscita el tipo, empezando por el propio **concepto de "socio"**, que desde luego no puede alcanzar a los trabajadores ni a sus representantes, pero tampoco a depositantes o a obligacionistas. Socio es el titular de la sociedad en cuanto sujeto que realiza la correspondiente aportación social de bienes o industria. La necesaria complejidad de la regulación de estos derechos nos permite además entender el sentido de subrayado de "**sin causa legal**": de que sólo hay delito en los impedimentos y negaciones "sin causa legal", cosa obvia, porque si hay causa legal o no hay derecho o la restricción está justificada.

> Si hay causa legal es obvio que la negativa está justificada. El envés es que se trata de una causa de justificación legalmente configurada: "la negativa o el impedimento a un socio del ejercicio de los derechos citados no puede fundamentarse en otra causa que no sea de las reconocidas legalmente" (STS 1953/2002, de 26 de noviembre, FD 2).
>
> El carácter familiar de la sociedad no justifica la restricción de derechos de los socios (STS 933/2010, de 22 de octubre, FD 4). Cuestión distinta es que la "informalidad en la llevanza de la sociedad [...] fue[ra] consentida y tolerada por todos los socios, lo que es difícilmente compatible con el tipo penal en que se trata de tutelar al socio que

se ve perjudicado e ineficaz en sus derechos sociales frente a la administración de la sociedad" (STS 532/2012, de 26 de junio, FD 2).

Confío en que la foto anterior sirva para entender por qué se pone radicalmente en **entredicho** este artículo 293 CP y el afán de sus glosadores por una **interpretación restrictiva**. Repárese en que, salvo que se proceda a tal reducción, es delictiva la privación de un amplio elenco de derechos sociales con independencia de la posible incidencia de los mismos en el patrimonio de los socios o en su posición administrativa en la sociedad. En propuestas previas al texto del año 1995 se exigía al menos que la conducta fuera "maliciosa y reiterada". Y, por cierto, llama la atención que cierta mala conciencia del legislador por el exceso se plasme en una **pena** de simple multa que olvida, como han subrayado Queralt Jiménez y Martínez Buján, la pertinencia en estos casos de la inhabilitación.

La jurisprudencia ha subrayado que "no exige la existencia de perjuicio patrimonial alguno para su consumación, como no puede ser de otra manera teniendo en cuenta que no se trata de un delito de resultado", sino "una infracción de mera inactividad o bien obstativa frente a los socios siendo de efecto permanente lo que significa que su consumación se prolonga en el tiempo mientras el administrador, que desoye los requerimientos de los socios, no cumpla con las obligaciones que le vienen impuestas por la Legislación mercantil" (STS 1953/2002, de 26 de noviembre, FF DD 2 y 1). Ni siquiera "cabe configurar el tipo como delito de peligro hipotético, exigiendo la constatación en cada caso de la idoneidad lesiva, para el patrimonio del socio afectado, de la conducta impeditiva de sus derechos objeto de denuncia" (STS 650/2003, de 9 de mayo; FD 10).

En el caso propuesto es notoria tanto la negación de los derechos de información y de control, como la gravedad de los mismos. Los administradores acusados se negaron reiteradamente a convocar la junta de accionistas; cuando la misma fue convocada judicialmente ni asistieron ni facilitaron información alguna; negaron asimismo la información contable requerida en un procedimiento mercantil, lo que impidió el peritaje acordado.

4. Impedimento de la supervisión administrativa.

A. Necesidad.

El capítulo dedicado a los delitos societarios reserva su mayor sorpresa para el último de sus tipos delictivos. Constituye un delito sancionable con

pena de prisión (seis meses a tres años, alternativa a multa de doce a veinticuatro meses) la conducta de los administradores de una sociedad "sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa" consistente en impedir tal supervisión. El interrogante del lector será seguramente doble: ¿qué pinta el Derecho penal reprimiendo **una mera desobediencia** a la Administración?; y, en todo caso, ¿qué pinta este delito **entre los delitos societarios**?

La doctrina ha sido unánime en la **crítica a la existencia del precepto**. Repárese en que no se describe la lesión del patrimonio (o de otros bienes) de los socios (o de terceros), ni su puesta en peligro, ni la lesión de instrumentos de defensa de tal patrimonio (como los derechos administrativos relevantes de los socios), sino el impedimento de la inspección administrativa para analizar el cumplimiento normativo de la sociedad. Por si resulta clarificador: el equivalente en materia de seguridad de los trabajadores sería el criminalizar, no ya las lesiones y el homicidio imprudente, no ya las situaciones de peligro para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, no ya la falta de medidas de seguridad en trabajo, sino sólo el impedir la actuación de la inspección de trabajo.

> El **bien jurídico** es "la necesaria claridad y transparencia que deben observar las sociedades sometidas a supervisión administrativa en sus relaciones con las personas, entidades u órganos inspectores o supervisores" (SAP Valencia, 2ª, 59/2009, de 28 de enero, FD 2) o "además de la protección del orden económico general, [...] se tutela un interés del que es titular la Administración, que a través de comportamientos prohibidos ve entorpecida su actividad supervisora y menoscabada su propia autoridad. No protege, por tanto, de forma inmediata, intereses de la propia sociedad, de los socios o de terceros relacionados con ella. Es más, este delito se cometería incluso por un administrador modélico en su actuación de cara a la sociedad y a los socios que, sin embargo, no permitiese la actuación inspectora o supervisora de la Administración" (SAP Cantabria, 3ª, 153/2009, de 29 de mayo, FD 2).

Este "modelo de protección penal de las funciones de policía administrativa de los nuevos riesgos" (Silva Sánchez) no sólo genera problemas de legitimación por **desproporción** de la pena (por la falta de lesividad de la conducta) sino de diferenciación con la sede natural de represión de estas conductas, que es la administrativa, y de tentaciones de ***bis in idem***, sancionando por lo mismo por ambas vías. Parece más que discutible que para resolver el problema de la resistencia a ciertas supervisiones administrativas no basten la reacción propia de la Administración sancionando, retirando licen-

cias de actividad o, incluso, como sucede en materia de inspección tributaria, imponiendo *de facto* la propia inspección (art. 142 Ley General Tributaria).

Constituye una infracción administrativa muy grave "[l]a negativa o resistencia a la actuación supervisora o inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores [...], siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto" (art. 285.5 Ley del Mercado de Valores). Similar precepto se encuentra en la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito: "Negarse o resistirse a la actuación del Banco de España en ejercicio de la función supervisora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto" (art. 92 i). Y no otra estrategia sancionadora despliega la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que describe del mismo modo el tipo administrativo: "La excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto" (40.3.m).

B. Dudas interpretativas.

La principal dificultad de interpretación del precepto reside en determinar las **sociedades por cuya supervisión se vela penalmente**. Existe acuerdo en que ha de tratarse de sociedades sometidas a supervisión específica. No tendría sentido el énfasis de especificación del tipo si luego se refiriera a supervisiones administrativas generales como la laboral o la fiscal (o quizás la medioambiental). Más discutible es si, por la propia inserción del precepto entre los socioeconómicos, la supervisión ha de ser estrictamente financiera y no referirse, por ejemplo a la seguridad nuclear o al mercado de las telecomunicaciones o a la prevención del blanqueo o a la competencia en el mercado de la energía. Aquí el intérprete se ve abocado al dilema de optar por restringir un tipo incorrecto o por no hacerlo porque tal restricción carece de sentido desde la perspectiva de los intereses sociales.

Podría pensarse en que no hay tal problema de diferenciación a la vista de que está, claro, en todo caso, el tipo genérico de desobediencia grave (art. 556.1). Pero lo hay: este tipo tiene una pena menor y requisitos específicos consolidados jurisprudencialmente.

La SAP Cantabria, 3ª, 153/2009, de 29 de mayo, inaplica el tipo a una obstaculización a una "sociedad de control, emisora de certificaciones" y sometida como tal entre otros al Consejo de Seguridad Nuclear, pues "supervisión [...] se refiere a aspectos técnicos, no a aspectos jurídicos. Cuando el artículo 294 alude a sociedades sometidas o que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa, está refiriéndose a unas sociedades muy concretas. El término "supervisión" posee un significado propio

de relación especial de sujeción, no subsumible en el genérico de la clásica función de policía por parte de la Administración. En la práctica quedaría dicho control circunscrito a aquéllas sociedades que operan en el mercado financiero y que desarrollan una actividad especialmente reglamentada, sometida a un régimen particular de intervención administrativa directa, como pueden ser las actividades de seguros (Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), las crediticias (Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito) o el mercado de valores (Ley del Mercado de Valores). En ese sentido, las entidades inspectoras, interventoras o supervisoras más relevantes son el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Ministerio de Economía, las Comunidades Autónomas o las sociedades rectoras de las Bolsas de Valores. Y no se incluirían en ellas las labores de vigilancia y policía que ostenta la Administración general (como es aquí el caso), la Agencia Tributaria, la Inspección de Trabajo o similares" (FD 2).

En todo caso el tipo no podrá ser aplicado si no se dan al menos los componentes de desvalor de las infracciones administrativas graves: la inspección o supervisión ha de impedirse, sin que baste con que se obstaculice, y a pesar de que la misma se había requerido expresamente y por escrito.

"[E]l el tipo exige la obstaculización firme o el impedimento absoluto" (SAP Cantabria, 3ª, 153/2009, de 29 de mayo, FD 2).

Aunque puede pensarse que va de suyo *ex* artículo 20.7º CP (ejercicio de un derecho), hubiera venido bien en este tipo el subrayado negativo "**sin causa legal**": no puede constituir delito el ejercicio del derecho a la presunción de inocencia en su forma de derecho a no aportar pruebas contra uno mismo que puedan acarrear una sanción (ni puede utilizarse como prueba posterior la obtenida a través de la aportación coaccionada del expedientado o acusado). Como afirma nuestra jurisprudencia constitucional, no existe el derecho de no ser investigado, pero sí el de no aportar activamente pruebas contra uno mismo (por todas, STC 161/1997, en relación con un tipo que guarda analogía con el que ahora comentamos: el antecesor del vigente artículo 383 -negativa a las pruebas de alcoholemia-).

III. Cuestiones interpretativas comunes.

1. El administrador de hecho o de Derecho.

A. Uno de los asuntos a los que la jurisprudencia y la doctrina ha dado no pocas vueltas es al de la definición del administrador del hecho, cuestión que ya se abordó en el tema 2 y que ahora requiere algún desarrollo ulterior. Este

doble tratamiento responde en realidad a la doble regulación y trascendencia de la figura. Nos importa el administrador de hecho porque hacia él se amplía en general el círculo de sujetos activos de los delitos especiales en los que el sujeto activo inicial sea una persona jurídica (art. 31) y porque es directamente el sujeto activo especial de algunos delitos societarios (arts. 290, 293 y 294).

Creo que en esta materia los **presupuestos** de análisis deben ser dos. El primero es el de que la reflexión penal debe de ir de la mano de la mercantil a partir de su regulación propia (art. 236.3 LSC), porque ambas regulaciones tratan en abstracto de lo mismo: de asignar a otros la responsabilidad propia de los administradores; por razones de justicia: porque esos otros realizan las funciones propias de los administradores. El segundo presupuesto es el de que la figura del administrador de hecho expresa una razón propia para la responsabilidad penal, pero que no ha de forzarse la figura para acoger a otros sujetos que por otras razones merecen tal responsabilidad.

> Así, el artículo 31 distingue entre la figura del administrador de hecho y la del que actúa "en nombre o representación legal o voluntaria de otro". Y así, la Ley de Sociedades de Capital regula aparte, a continuación de la del administrador de hecho, la de la persona que tenga atribuida la más alta dirección de la sociedad cuando la misma tenga un consejo de administración sin delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros (art. 236.4 LSC).

B. Lo que nos dice la semántica es que el administrador de hecho es administrador y no lo es formalmente o de Derecho. Realiza las funciones propias del administrador sin serlo. Es así "la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador", y también el que manda sobre el administrador de Derecho: aquél "bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad" (art. 235.3 LSC).

Así, en primer lugar, administrador de hecho es el que **funge como administrador sin serlo**, lo que comporta desde luego estabilidad y autonomía en el ejercicio de las facultades de decisión y gestión estratégica de la compañía para la consecución de su fin social.

> Digámoslo con las palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo: administradores de hecho son "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades [...] Es decir, cuando la actuación supone el ejer-

cicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general. [...] [L]a noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad" (STS 224/2016, de 8 de abril, FD 2).

Que el administrador de hecho se valga para ello de un apoderamiento general no comporta lo contrario: que tal poder general convierta a su titular en un administrador. En principio, el apoderado no deja de ser un mero mandatario, subordinado como tal a los administradores legales.

El segundo tipo de administrador de hecho que contempla la Ley de Sociedades de Capital es el del sujeto que instrumenta su poder a través de los administradores de Derecho y en connivencia con ellos. Se trata de quien decide **oculto** detrás de quienes aparecen como administradores y lo hace de manera imperativa, precisa y estable.

Puede resultar administrador de hecho el socio mayoritario, el socio único, la sociedad dominante del grupo o los administradores de esta. Pero aquí hay que ser cautelosos al deslindar una auténtica administración en la sombra del legítimo ejercicio de los derechos del socio o de la no menos legítima dirección unitaria de un grupo.

2. La sociedad.

Después de tanta norma y de tanta reflexión acerca de cómo entenderlas va quedando en el tintero la cuestión nuclear de su área de aplicación: de qué se entiende por "sociedad", cuestión de respuesta nada unívoca a la vista de los múltiples fenómenos que desde el punto de vista jurídico y semántico pueden aspirar a integrarse en ella. Ante esta incertidumbre hay dos noticias. La buena es que existe una **definición auténtica** de lo societario como calificativo de un delito (art. 297 CP). La mala es que, por abierta y por incorrecta técnicamente, la definición sigue dejando dudas.

En efecto, señala el artículo 297 que "[a] los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad finan-

ciera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado". El déficit técnico consiste en realizar una nada rigurosa enumeración de siete categorías en la que se incluyen algunas que ya quedaban comprendidas en otras más amplias (por ejemplo, las mutuas y las cooperativas son sociedades mercantiles y las cajas de ahorro -las únicas con mayúscula para el legislador- son entidades de crédito y fundaciones). La apertura se realiza con la cláusula final, tan abierta que no sólo se discute en qué ha de consistir la analogía, sino ya cuál es su referente: si sólo la sociedad mercantil o todas las categorías enumeradas.

Si fuera esta última la opción, puestos a pensar en los rasgos que sustenten la **analogía** a partir de la específica lesividad que genera el fenómeno societario, parece que debe pensarse en que la entidad cuyos miembros van a pasar a tener protección penal ha de suponer una relación contractual entre sus componentes (lo que excluiría a la comunidad de bienes como mera articulación de una propiedad compartida), una finalidad común, un patrimonio diferenciado del patrimonio de los miembros y una personalidad jurídica propia. A ello se le sumaría una participación estable (así debe entenderse el adjetivo "permanente") en el mercado, lo que nos lleva a su **carácter objetivamente mercantil** (actividad comercial o industrial) pero no a la finalidad lucrativa de tal participación.

Resultará así que cae bajo este escrutinio penal la actividad de las **sociedades irregulares** y también la de las **sociedades civiles con actividad mercantil**. Y que no lo hace la de las sociedades civiles con objeto civil o la actividad del empresario individual. Ni tampoco la de las uniones temporales de empresas, la de las cuentas en participación, la de las comunidades de bienes o la de las sociedades de bienes gananciales.

La **sociedad irregular** es una sociedad no inscrita. Su problema no es de forma (tienen personalidad jurídica), sino de publicidad (Paz Ares y Alfaro Águila-Real). Por ello, si no es ya una sociedad mercantil será una entidad análoga. Distinta es la razón por la que incluimos en la órbita penal las sociedades **en formación** (las que se encuentran en el periodo comprendido entre la constitución de la escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil): porque lo dice expresamente el Código Penal, con la expresión "sociedad constituida o en formación" de los artículos 290, 291, 293 y 294 (¿por qué no en el art. 292?).

No se consideró a efectos penales "sociedad" una asociación para la práctica de la caza en un coto privado (AAP Zamora, 1ª, 53/2001, de 9 de abril, FD 3), ni una junta de compensación (AAP La Rioja, 1ª, 186/2005, de 23 de septiembre, FD 2), ni "una

comunidad de propietarios o de usuarios de un aparcamiento" (STS 655/2014, de 15 de octubre, FD 3), ni "la Asociación Provincial de Feriantes, [...] entidad sin ánimo de lucro, cuyo fin era la defensa de los intereses profesionales de los industriales asociados, sin que se hubiese acreditado, en absoluto, su participación en el mercado" (ATS 1967/2014, de 6 de noviembre, FD 2).

3. Condición de perseguibilidad.

Desde la perspectiva de su perseguibilidad, los delitos societarios son **semipúblicos**: no pueden perseguirse sin más de oficio, o mediante denuncia de terceros, o mediante querella pública, sino que requieren de denuncia "de la persona agraviada o de su representante legal" o, en el caso de que el agraviado sea "menor de edad, incapaz o una persona desvalida", de denuncia del Ministerio Fiscal (art. 296.1). Se discute la oportunidad de esta regla restrictiva excepcional: por una parte, pretende ser un filtro para la intervención penal; por otra, y aunque aquí no se prevea el perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1.5º), puede dar lugar a una utilización espuria de esta llave del proceso, como instrumento de negociación en el marco de un conflicto societario.

Debe subrayarse que el traslado del delito de administración desleal societaria (antiguo artículo 295) a la nueva figura general del artículo 252 ha comportado su perseguibilidad pública.

En relación con la perseguibilidad han de tenerse en cuenta dos datos más. Que el artículo 103 LECrim impide el ejercicio de acciones penales entre sí de "[l]os cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia" y de "[l]os ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros" (la STS 83/2010, de 11 de febrero, confirma un sobreseimiento porque la querella era de un cuñado). Y que el 268 exime de responsabilidad penal a los parientes por determinados delitos patrimoniales.

La perseguibilidad pasa a ser plenamente **pública** "cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas" (art. 296.2).

Para evitar la imperseguibilidad del descolocado delito de impedimento de la supervisión administrativa (art. 294) debe entenderse o bien que resulta agraviada la Administración o bien que afecta a los intereses generales.

IV. Política criminal.

1. Como ya adelantaba al principio de la lección, el primer comentario que suscitó este capítulo en el año de su nacimiento (1995) es el de su pecado de ambición, que ha tratado de paliarse con interpretaciones restrictivas de los distintos tipos penales. La crítica básica, que naturalmente solo tiene sentido en su concreción precepto por precepto, es la de la **falta de proporcionalidad** de la intervención penal, bien por la insuficiente lesividad de las conductas tipificadas, bien por la falta de necesidad del recurso a la pena a la vista de la existencia de mecanismos mercantiles razonablemente preventivos de las correspondientes irregularidades.

Creo que la realidad ha venido a dar la razón en general a esta crítica. Son pocos los litigios que dan lugar a sentencias condenatorias por los preceptos aquí analizados, que son sin embargo una invitación a una perturbadora querellabilidad en la vida societaria.

2. Incluso si se considera que es un tipo de resultado de lesión patrimonial, es dudoso que concurra en el delito de **imposición de acuerdos abusivos** un suficiente desvalor de acción que justifique la pena. Repárese en que no se trata del despojo a través del engaño propio de la estafa, o con la alevosía que supone la administración desleal, sino -y aquí el calificativo "abusivo" es revelador- a través de un acuerdo formal del que, siquiera con cierta limitación cuantitativa en cuanto a su legitimación (uno por ciento; uno por mil en las sociedades anónimas cotizadas), los socios pueden defenderse a través de su impugnación (arts. 206, 251, 491 y 495.2.b LSC). Y pueden además (de nuevo con limitaciones) exigir responsabilidad (contractual e indemnizatoria) a los administradores cuando su conducta desleal o negligente haya irrogado daños a la sociedad (acción social de responsabilidad) o a ellos mismos (acción individual de responsabilidad).

La acción social de responsabilidad se regula en los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. La mención a la acción individual de responsabilidad del artículo 241 LSC no es sino una norma declarativa o de remisión a una institución civil ya existente. Como lo es la norma del artículo 232 LSC cuando señala que el ejercicio de la acción social de responsabilidad "no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad".

3. Las conductas del artículo 292 no suscitan mayor reparo de lesividad en cuanto **acuerdos fraudulentos y lesivos**. Sí es objetable, y mucho, la tipificación penal del mero aprovechamiento, solo paliable si se interpreta como tolerancia del socio o administrador con el delito de sus colegas.

4. Donde las críticas políticas ha de ser mayores es en los dos últimos delitos. Parece obvio que los **derechos de los socios**, que no son sino instrumentos para la defensa de su patrimonio, tienen su vía natural y suficiente de protección en el ámbito mercantil. Puestos a pensar en una protección penal residual para los casos más graves -en todo caso creo que innecesaria- habría que pensar en la descripción de conductas reiteradas [como en el artículo 311 bis a)] o contumaces (art. 314). Y parece más obvio aún que carece de sentido que el Derecho penal se dedique no a sancionar las lesiones del patrimonio de los socios, no su puesta en peligro, ni siquiera la privación de los instrumentos de defensa de los socios, sino simple y llanamente (y no se sabe bien cuáles ni con qué objeto) **facultades de inspección de la Administración** sobre la sociedad.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

FARALDO CABANA, P.: "Comentarios a los artículos 291 a 297", AA. VV. (dir. Gómez Tomillo), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid: Lex Nova, 2011 (2ª ed.), pp. 1123 a 1140.

GRAMÁTICA BOSCH, G.: *Los acuerdos abusivos en las sociedades mercantiles: el delito del artículo 291 CP*, Barcelona: Atelier, 2016.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Delitos societarios", AA. VV., *Derecho Penal económico*, Madrid: CGPJ, 2002, pp. 563 a 622.

PASTOR MUÑOZ, N.: "La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades", *InDret* 1/2008 (http://www.indret.com/pdf/500.pdf).

SILVA SÁNCHEZ, J.: "Hacia el Derecho Penal del `Estado de la prevención´. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la Política criminal", AA.VV. (dir. Silva Sánchez), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, pp. 307 a 332.

Tema 13

BLANQUEO DE CAPITALES

Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Claves: Oímos mucho hablar de blanqueo, sin que, sorprendentemente, sea fácil saber qué es y en qué casos es delictivo. Este carácter amorfo debe alertarnos en torno a una punición injustificada si cualquier cosa puede considerarse como blanqueo. El autor de este tema quedará encantado si al final del mismo el lector tiene las ideas más claras acerca de qué es blanquear, de por qué es perjudicial el blanqueo y de cuándo debe considerarse sensatamente que blanquear es delito. Si esos cimientos son consistentes será más sencillo construir buenas respuestas a varias preguntas que inquietan mucho a abogados, doctrina y jurisprudencia: cuándo se pena el autoblanqueo, si comete delito el abogado que cobra sus honorarios con dinero delictivo y si cabe blanquear (y hacerlo típicamente) la cuota defraudada a la Hacienda Pública.

Caso Isabel Pantoja

"El acusado Julián Muñoz [tomó] posesión como Alcalde-Presidente [de Marbella] el 14 de junio de 2003. Ejerció su mandato hasta el 12 de agosto de 2003, fecha en la que cesó mediante moción de censura. Durante toda su etapa relacionada con el gobierno municipal de Marbella, ya fuese como Concejal y Alcalde accidental, ya fuese como Alcalde-Presidente electo, amparándose y aprovechándose de tal condición de máximo responsable municipal, usó su cargo para servirse del mismo con un fin estrictamente privado. [Estuvo] implicado en un elevadísimo número de procedimientos [penales y fue condenado en varios de ellos].

La acusada Isabel Pantoja, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde el segundo semestre del año 2002 [...] inició una relación profesional con el Ayuntamiento de Marbella, interviniendo en buena parte de los eventos que organizó dicha Corporación con motivo de diversos acontecimientos y efemérides. Además, ambos acusados, mantenían una relación sentimental de la que se hacían eco los medios de comunicación más diversos y que fue hecha pública -eligiendo como escenario la peregrinación a la romería del Rocío- en junio del año 2003; relación sentimental que se mantuvo hasta finales del año 2006.

Con anterioridad al inicio de esta relación, la acusada era titular de un patrimonio fruto de su actividad empresarial y de la herencia de su difunto esposo. [...]

Tras su ruptura matrimonial, Julián Muñoz disponía de una cantidad de dinero en efectivo notable [...]. Con la finalidad de esconder su origen -el del dinero-y aflorarlo con apariencia de licitud, lo empleó -para satisfacer su bienestar y el de su nueva pareja, la acusada Isabel Pantoja- en la adquisición de bienes inmuebles e inversiones empresariales.

De tal manera que el acusado Julián Muñoz ya no tuvo la necesidad de adquirir sociedades o acudir a personas interpuestas, sino que para disponer del dinero que acumulaba se sirvió de las actividades empresariales, profesionales y de la estructura societaria que su nueva pareja, Isabel Pantoja, ya poseía y que puso a su disposición para el logro de tales fines; no obstante conocer que el origen del dinero procedía de las actividades delictivas de Julián Muñoz. Sirviendo de cobertura al ocultamiento de los bienes adquiridos con dinero procedente de las actividades delictivas y escondiendo, tras la relación con Julián Muñoz, las referidas adquisiciones e inversiones realizadas, permitiendo con todo ello su impunidad.

El resumen es que, mediante diversos procedimientos [...], el dinero y beneficios producidos por las actividades delictivas de Julián Muñoz, tras un primer enmascaramiento u ocultación de su origen, se mezclaba con otros de origen lícito; ya fuese por la de vía de ingresos en las cuentas privativas de Isabel Pantoja o de sus sociedades, ya fuese por la de vía adquisición de bienes. El resultado era una confusión patrimonial completa con la que se pretendía borrar cualquier rastro de la procedencia inicial e ilegal de los citados fondos delictivos.

[Así, si] durante el año 2002, previo a su relación sentimental con Julián Muñoz, en las cuentas privativas de las que es titular la acusada Isabel Pantoja no se produce ninguna operación de ingreso en efectivo de importancia, [...] esta normalidad financiera y contable en las cuentas de Isabel Pantoja se ve alterada notablemente tras el inicio de su relación sentimental con el también acusado Julián Muñoz, al utilizar tales cuentas para aflorar efectivo ilícito de éste. Así, en el año 2003 se producen 29 operaciones de imposición en efectivo en las cuentas bancarias [...] de las que es titular Isabel Pantoja, por un importe total de 293.497,36 €. De estos ingresos, salvo los realizados por cantidades pequeñas, no hay la menor justificación de que procedan de las actividades artísticas y empresariales de la acusada Isabel Pantoja [...], [siendo] evidente el desfase entre el importe total de los ingresos en metálico realizados en sus cuentas bancarias privativas en el año 2003: 293.497,36 €, y la renta bruta declarada en el IRPF: 132.302,34 €.

[Asimismo] la acusada Isabel Pantoja junto con el también acusado Julián Muñoz, meses antes de hacer pública su relación sentimental, de común acuerdo y aprovechando la influencia de éste como alcalde del Ayuntamiento de Marbella, decidieron con parte del dinero procedente de la actividad delictiva de Julián Muñoz adquirir -a través de una de las sociedades participadas/administradas por Isabel Pantoja, Franbel Artis SL.- dos inmuebles: un apartamento [...] del Gran Hotel Guadalpin, en febrero de 2003 y un chalet [...], en abril de 2004.

> [Finalmente], a partir del año 2003 los acusados Julián Muñoz y Isabel Pantoja, en esa dinámica -ya descrita- de afloramiento del dinero ilícito de que disponían, planearon también inversiones en explotaciones ganaderas. A través de las mismas, o mejor dicho, con ocasión de ellas pretendían transformar y atribuir apariencia de licitud a esos fondos de origen ilegal amalgamados con los beneficios obtenidos de tales actividades. De tal manera que, parapetados en la compra y venta de reses, emplearían una sociedad donde recoger, colocar y justificar los fondos nefando".
>
> Sentencia del Tribunal Supremo 487/2014, de 9 de junio.

I. ¿Qué es blanquear?

1. ¿Por qué se blanquea?

A. El blanqueo de capitales es, junto con los delitos de corrupción, el tema penal de moda. No hay imputación de delito económico -o, en general, de delito que genere beneficios importantes- que no venga acompañada por la atribución de un delito de blanqueo. Es más: lo que frecuentemente transmiten los órganos de investigación o de enjuiciamiento es que conocen poco del delito original y más del encubrimiento posterior; que, sea como punto de partida para investigar una trama delictiva, sea como condena, lo único que se sabe es que alguien trata de incorporar al tráfico económico ordinario dinero que procedía de actividades delictivas previas.

Si la primera intuición que produce el blanqueo es que se trata de un delito que se ha generado y ampliado **para investigar otros delitos** o **para penar** a quien no se ha podido penar por falta de prueba suficiente del delito de origen, la segunda intuición, pasando de la lectura de la prensa a la lectura del artículo 301 del Código Penal, es la de que, al menos aparentemente, se castiga con cierta dureza **cualquier comportamiento que tenga que ver con el dinero ensuciado** por el delito: hasta la mera posesión, hasta las conductas imprudentes, hasta el comportamiento del propio autor del delito previo. Una técnica penal poco garantista con un mensaje muy claro: "quita tus manos del dinero sucio".

B. Veremos después si cabe reconducir las lindes del precepto a límites razonables y los esfuerzos recientes de nuestro Tribunal Supremo al respecto. Procede ahora comenzar por el principio y preguntarnos qué es en realidad blanquear y qué hay de malo en hacerlo.

Tanto el término "blanqueo" como el término "lavado", que son los usuales para denominar la actividad delictiva que nos ocupa, tienen un afortunado componente metafórico. Se trata de hacer aparecer como blanco o limpio lo que en realidad es negro o está sucio, porque lo que se quiere es ocultar esa realidad. Ese "lo" se refiere normalmente a dinero y la negrura o suciedad califica su origen en un delito previo.

¿Y **por qué** querría alguien que tiene dinero u otro bien que procede de un delito ocultar este hecho y hacerlo parecer como fruto de una actividad lícita? ¿Por qué querría el poseedor de "Las Meninas" tener un título que acreditara su compra legal? Pues básicamente por tres razones. Porque si el dinero o el bien tienen tal origen, **no le corresponden a él**, sino a un tercero (a la víctima del delito previo o al Estado), y en cualquier caso deben ser decomisados. Porque, en segundo lugar, si cometió el delito, o ayudó a cometerlo, o ayudó a encubrirlo, la ocultación de su origen contribuye a la **ocultación de su delito**. Y, en tercer lugar, porque sin tal apariencia **no podrá transmitir el bien o explotarlo**: no podrá vender el cuadro o exponerlo. Según las sensatas reglas de nuestra economía no se puede operar con bienes de origen ilícito (precisamente para combatir dicha ilicitud) u operar de forma ilícita con bienes (sin las formalidades del tráfico mercantil y sin las cargas impositivas propias de un Estado social).

2. Elementos del blanqueo.

El blanqueo de capitales -esta es la denominación de nuestro Código Penal (capítulo XIV del título XIII del libro II) y por eso es la de este tema- tiene así **tres elementos** esenciales: opera sobre **bienes de origen delictivo** -si no, no habría nada que lavar o pintar de blanco-, **ocultando tal origen** para poder **incorporarlo** al tráfico lícito de bienes. Es "el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita" (Blanco Cordero). Se trata "de transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen ilícito" (Bermejo).

3. Tipología.

La siguiente pregunta para acabar de centrar el tipo de conductas que preocupan al legislador penal es la de su **tipología**: ¿cómo se suele blanquear?

El GAFI (Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales), organización intergubernamental a la que pertenecen 34 Estados -entre ellos España- y dos organizaciones regionales -entre ellas la Comisión Europea-, descompone pedagógicamente en tres las **fases lógicas del blanqueo**: colocar el capital, ensombrecer su origen e integrarlo en la economía legal.

A. Quien ha obtenido una importante suma de dinero por la venta de droga, lo primero que querrá es sacar el maletín con el dinero de debajo de su cama. Y para ello su principal deseo será **colocar el dinero** en un banco, para lo que se podrá valer de terceros que pongan a su disposición sus cuentas, o de empleados a los que corrompa con tal fin, o de entidades que le protejan con el secreto bancario. Otra alternativa será depositar el capital en una cuenta de mercado para su inversión en bolsa, o situarlo en un negocio donde sea usual el pago en efectivo (de hostelería, por ejemplo), o adquirir una joya y guardarla en una caja fuerte.

B. El lector ya habrá adivinado que lo anterior no servirá de mucho al blanqueador si no lo acompaña de alguna estrategia dirigida a **ocultar el origen** del dinero y su propia identidad como titular del mismo. Querrá mover con inmediatez el dinero depositado o el bien adquirido, mediante sucesivas transacciones a nuevos productos o a nuevos titulares controlados por él.

C. Pero en última instancia lo que querrá el blanqueador es **disponer** de sus nuevos activos patrimoniales con sello de licitud. Y para ello comprará billetes de lotería premiados (y pasará la suciedad al premiado), o adquirirá un inmueble a un precio inflado a través de una sociedad interpuesta para luego venderlo y recibir un sobreprecio legitimado, o incluirá como ingresos de su negocio de hostelería los capitales sucios que ostentaba, o se prestará dinero a sí mismo a través de una empresa creada por él, o creará una sociedad de servicios que preste asesoramientos tan caros y sofisticados como inexistentes, o comprará un elevado número de fichas en un casino que luego canjeará por dinero como si fuera un jugador afortunado.

En el caso Isabel Pantoja se describe que mediante distintas operaciones se procedía, en primer lugar, a enmascarar los beneficios provenientes de los delitos de Julián Muñoz. Después, se mezclaban con otros de origen lícito en las cuentas de la señora Pantoja o de sus sociedades o se empleaban en la adquisición de bienes o en sociedades de explotación ganadera.

II. ¿Por qué es malo el blanqueo?

La pregunta por la **lesividad** del blanqueo es la pregunta del porqué de su incriminación. Es una cuestión cercana a la del bien jurídico aunque no coincidente: lo que se proteja específicamente con los tipos penales de blanqueo va a depender de la concreta configuración de éstos. Y es una cuestión compleja, oscura en algún punto (en el de su incidencia en la economía) y en algún otro chocante, porque el blanqueo tiene también los efectos sociales positivos de la inyección de capital en la economía legal, entre los que hay que subrayar los fiscales. Tan es así que algunos teóricos de la economía y del Derecho abogan por la legalización del blanqueo; tan es así que ocasionalmente los Estados promueven el blanqueo con fines fundamentalmente de financiación pública (por ejemplo, comprometiéndose a no investigar el origen de los fondos o a no gravarlos con la cuota preceptiva si se invierten en deuda pública o abonan cierta cuota fiscal).

1. El bien jurídico previo.

¿Por qué empeora el mundo el blanqueo? La razón más contundente e inmediata hace al **bien protegido por el delito del que procede el dinero** blanqueado. No en vano el delito de blanqueo surge como delito del blanqueo procedente del tráfico de drogas, un delito que preocupa sobremanera por su incidencia en la salud pública -y también por su capacidad para generar ingentes beneficios en manos peligrosas, sobre lo que después reflexionaremos-. El bien jurídico atacado por el blanqueo es el mismo bien jurídico atacado por el delito del que procede el dinero blanqueado. Y ese ataque se produce hasta de **tres modos diferentes**.

1º El primero es el propio de la receptación respecto al patrimonio. Lo que nos preocupa del perista es que su actividad de comercio con efectos hurtados y robados favorece el hurto y el robo; establece una condición para que el autor de estos delitos alcance la finalidad que pretende con los mismos, que es la de conseguir un beneficio económico. Si no se puede operar con bienes ilícitos y tampoco cabe convertirlos en lícitos, el emprendimiento de delitos que persigan el enriquecimiento económico de su autor quedará disuadido y los bienes atacados por aquellos delitos quedarán así indirectamente protegidos: no sólo mediante la sanción del delito sino también mediante la sanción

de su aprovechamiento. No otra cosa se pretende, fuera ahora de los delitos animados por el lucro económico, con la punición de la posesión o el acceso a la pornografía infantil (art. 189.5). Como señala Molina Fernández, de lo que se trata es de evitar una especie de contribución al hecho delictivo previo a través de la **creación de un escenario fértil** para el mismo.

2º No termina ahí la forma de protección del bien jurídico del delito originario a través de la sanción del blanqueo de sus beneficios. Como nuestra manera esencial de protección de bienes es la prevención que procura la efectiva sanción de los atentados a los mismos -protegemos la vida penando los homicidios-, y como esta sanción requiere de una investigación que determine cómo sucedieron los hechos lesivos -quién y cómo atentó contra el bien jurídico-, contribuiremos con este modo de **administración de la justicia penal** si sancionamos a los que ocultan el rastro del delito: a los que alejan el negro beneficio del autor del delito y lo pintan de blanco.

3º El blanqueo es así una cierta forma de contribución al delito original y un modo de dificultar su sanción (un delito contra la administración de justicia). Pero es también en algunos casos, como ha subrayado Molina Fernández, una **lesión añadida al bien dañado por el delito original**. La razón estriba en que ciertos delitos patrimoniales "tienen, aun encubierta, la estructura de delitos permanentes". Si el hurto es un delito contra la propiedad lo es porque priva al dueño de la cosa hurtada de sus facultades sobre la misma en cuanto tal dueño. Esa privación se produce ya cuando el autor o un tercero pueden disponer de la cosa hurtada y por eso se sitúa en tal disponibilidad el momento de la consumación del hurto. Pero, como sucede paradigmáticamente en las detenciones ilegales, tal consumación no obsta a que se abra un -por así denominarlo- "período consumativo" en el que el bien jurídico sigue siendo dañado y lo sigue siendo por voluntad del autor. Tal periodo es jurídicamente relevante porque, entre otras cosas (como congelar el pistoletazo de salida de la prescripción), permite la participación en el mismo. Eso es lo que hace el blanqueador: colaborar con el autor en la perpetuación de la privación fáctica de las facultades del propietario. Se trata, como había destacado De la Mata Barranco respecto del delito de receptación, de fundamentar el desvalor en el mantenimiento de la situación antijurídica creada.

2. El sistema económico.

Si lo que nos preocupara del blanqueo es exclusivamente su lesividad para con el bien jurídico lesionado por el delito del que procede el capital, como legisladores consecuentes deberíamos relacionar su pena con la del delito precedente (debería ser menor o, a lo sumo, igual) y como aplicadores garantistas no deberíamos aplicarlo a los supuestos de autoblanqueo. Parece que al legislador penal español le preocupan otros daños derivados del blanqueo porque no hace ninguna de las dos cosas. Por una parte, el blanqueo tiene su pena autónoma, siquiera de gran amplitud (sobre todo la pena de prisión: de seis meses a seis años) y siquiera con agravaciones en función de algunos tipos de delito generadores del capital blanqueado (art. 301.1, párrafos 2º y 3º); por otra parte, pena el autoblanqueo expresa y ampliamente (la actividad delictiva de referencia puede haber sido cometida por el autor o por cualquiera tercera persona); tanto, que el encaje constitucional del tipo exige que su amplitud semántica venga recortada para no vulnerar la prohibición de *bis in idem*.

Prueba aún más clara de las otras preocupaciones del legislador respecto al blanqueo es su ubicación como "Delito contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" (título XIII del libro II del Código Penal). ¿Cómo y en qué medida daña entonces el blanqueo al **sistema económico**?

Aquí voy a ser necesariamente más vago, porque tal dañosidad es más vaga: es más impreciso el bien jurídico menoscabado (el orden socioeconómico) y es desde luego menos palpable el modo en el que se produce ese daño. Voy a tratar de combatir esa vaguedad siguiendo la lúcida exposición de Mateo G. Bermejo, no sin antes situar en el camino dos triángulos de **advertencia**. El primero se refiere a que buscamos el daño de que el dinero delictivo se blanquee y no el daño consecuente a que exista capital delictivo, que habrá que cargárselo al delito que lo origina. El segundo *caveat* insiste en aquel origen del daño, distinguiéndolo del daño que genera precisamente la prohibición del blanqueo. Por ser ejemplificativamente más claro: el peligro de sufrir graves delitos que supone el que personas organizadas y sin escrúpulos tengan muchos medios económicos es como tal un fruto nocivo del delito que los ha generado (el narcotráfico, por ejemplo), que puede ser independiente de una actividad posterior de blanqueo (se pueden emplear tales beneficios sucios, por ejemplo, en la compra de armas en el mercado negro o en pagos corruptores a funcionarios); que las entidades financieras que

blanquean puedan sufrir costes reputacionales y que ello abone la desacreditación del entero sistema, o que inversiones de capital se dirijan de un modo ineficiente a lugares donde el blanqueo está poco o nada perseguido, o que haya Estados que tengan la tentación de elevar su déficit fiscal en la confianza de financiarse con dinero sucio, o que los precios de un determinado sector se vean alterados por el riesgo penal de la transacción (por ejemplo, los inmuebles de determinadas zonas suben de precio por la generosa oferta de quienes desean blanquear su capital) son todos efectos asociados a la prohibición del blanqueo y no al blanqueo en sí. Hagan la prueba del nueve con la hipótesis jurídica de permisión del blanqueo.

El más intuitivo de los efectos nocivos del blanqueo sobre la economía es su daño a la **competencia leal**, con los bien conocidos efectos de desaliento o imitación (se renuncia a competir con el tramposo o se iguala la competición con trampas). Quien tiene recursos financieros gratuitos o baratos competirá deslealmente con quien tiene que procurárselos lícitamente. De hecho es desleal "prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes" (art. 15.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal), como por ejemplo sucede con quien contrata extranjeros sin autorización para trabajar (art. 15.3 LCD). Tan es así que esta última conducta, y la de la contratación sin alta en la Seguridad Social, son delictivas desde el año 2012 si se realizan en cierta proporción de trabajadores en la empresa, cosa esta de la proporción tan inexplicable desde la perspectiva de los derechos del trabajador como lógica desde la defensa de la competencia leal, como se preocupa de señalar el propio legislador en su explicación a esta reforma (Preámbulo de la LO 7/2012).

Si a nuestro legislador le preocupara sólo este efecto nocivo del blanqueo lo razonable sería penar el blanqueo de capitales de modo independiente y a partir de cuantías significativas de los mismos. Y perderían mucho de su fuelle las objeciones garantistas a la punición del autoblanqueo.

3. El orden público.

En el saco de los daños económicos achacables al blanqueo suele meterse el de la incidencia que en el sistema puede comportar el que existan **organizaciones criminales con un elevado poder económico**. Este efecto es cierto y es de temer, aunque en realidad lo que hay que temer es que haya malos con mucho poder para ejecutar sus maldades. Y este peligro procede sobre

todo de los delitos que les han enriquecido (por ejemplo, del narcotráfico) y menos, aunque también, del hecho de que blanqueen sus beneficios, lo que sin duda les facilitará nuevas formas de daño social, con maniobras especulativas legales en el mercado que les favorezcan, poder de negociación a partir de sus inversiones lícitas o financiación legal de partidos políticos.

La STS 165/2016, de 2 de marzo, identifica como bienes jurídicos que tutela la norma penal que sanciona el blanqueo "el orden socioeconómico en la vertiente de buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles, así como la Administración de Justicia" (FD 33).

III. ¿Cuándo es delito el blanqueo?

Se trata ahora de analizar lo que dice el artículo 301 para determinar qué blanqueos son delictivos. Esta tarea, que según los postulados del principio de legalidad debería ser fácil, no lo es. El lector de los apartados 1 y 2 va a tener cierta sensación de **embrollo** por dos razones. La primera es que las descripciones parecen tender a solaparse (entre realizar cualquier "acto para ocultar o encubrir" el origen ilícito de los bienes, por un lado, y "la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza" u origen de los mismos, por otro). La segunda es que en ambas descripciones, pero sobre todo en la primera, parecen describirse conductas que no son de blanqueo, sino de formas diferentes de encubrimiento del delito o de su autor. Repárese en que se incluye cualquier acto "para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos".

Teniendo en cuenta que en el artículo 451 se penan tres formas de encubrimiento y que en el artículo 298 se tipifican como receptación ciertos modos (lucrativos) de ayuda real (no personal) a los delincuentes patrimoniales o económicos, parecería que lo sensato es tratar de reconducir en lo posible el contorno típico del 301 a aquellas conductas de encubrimiento que sean actos de blanqueo y tengan por ello la lesividad específica del mismo. Así lo pide el rótulo del artículo (el capítulo se llama "De la receptación y el blanqueo de capitales") y la severidad de la pena en comparación con los delitos que acabamos de mencionar.

1. Objetivamente.

A. Conducta.

Creo que el mejor punto de partida para la distinción entre el apartado 1 y el apartado 2 es comenzar por el más lejano (**el apartado 2)**, continente de una definición más o menos canónica de blanqueo: **ocultar o encubrir el origen delictivo de un bien** ("la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos").

Si se encubre el origen delictivo de un bien (si se le pinta de blanco) es por su vocación de inserción en el tráfico jurídico. No son constitutivas de blanqueo las conductas de ocultación del bien mismo (enterrar la joya robada en el jardín), por lo que habría que interpretar que sólo entra en el tipo la ocultación o encubrimiento de la ubicación, el destino o el movimiento de un bien de origen delictivo cuando es precisamente la falta de localización del bien la que facilita su aparente licitud (por ejemplo, por ser cuantitativamente mayor que lo que refleja su registro como bien lícito).

Blanquea, y lo hace típicamente, quien transfiere el dinero ganado en bolsa con información privilegiada a una cuenta de una sociedad suya y administrada por un testaferro, o quien concatena transferencias en cuentas numeradas en el extranjero aperturadas a nombre de diversas entidades extranjeras (STS 491/2015, de 23 de julio, FD 12) o quien con los billetes aún calientes por la venta del alijo de cocaína compra al contado una finca, o quien vende la finca al que paga con tal dinero sucio. No blanquea el que se come el caviar que acaba de hurtar o el que expone en su dormitorio el Picasso que él mismo robó (oculta el bien pero no su origen, cosa que no le hace falta) o el que paga a un sicario con lo que ha ganado vendiendo droga (manteniéndose así en el mercado negro).

Recientemente ha aclarado el Tribunal Supremo que "la característica principal del delito de blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles 'salida', para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al 'retorno', en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico" (SsTS 491/2015, de 23 de julio, FD 12, y 265/2015, de 29 de abril, FD 8).

El **apartado uno** retrocede un par de pasos y pena ya, y con la misma pena, a quien realiza determinadas conductas con la finalidad de blanquear: a quien "adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que

estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar su origen ilícito". Se trata en realidad de conductas, preparatorias o ejecutivas, orientadas al blanqueo: de una igualación punitiva del blanqueo, de la **tentativa de blanqueo y de la preparación del blanqueo**, criticable como siempre que se utiliza esta técnica de penar igual y por arriba lo que según nuestras reglas generales tiene distinta gravedad (la preparación, el intento y la irrogación de un daño).

Para que funcione esta relación lógica de progresión entre el 301.1 CP y el 301.2 hay que interpretar que el "para" del tipo no incorpora un elemento intencional subjetivo sino una caracterización funcional de la conducta. Se trata de que el sujeto realice actos propios de blanqueo sabiendo que lo son, no que su intención sea blanquear -sobre todo si la intención se entiende como finalidad última o como finalidad preferente-, lo que por cierto dejaría fuera los muchos supuestos en los que la pretensión del sujeto es solo enriquecerse. Repárese en que, si no fuera así, el tipo de tentativa o de preparación no sería aplicable, por falta de finalidad subjetiva, en casos en los que si se consuma el blanqueo se aplicaría el apartado 2, que no requiere intencionalidad alguna.

Como señala el Tribunal Supremo (aunque quizás sea más preciso hablar de voluntad y no de intención), "es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas" (STS 165/2016, de 2 marzo, FD 2).

Hasta que la resolvió la STS 265/2015, de 29 de abril, fue muy viva, e importante en sus consecuencias, la polémica en torno a si el elemento funcional ("para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos") se refería a todas las conductas del tipo o solo a las genéricas de cierre ("cualquier otro acto"). Si solo se refería a estas, bastaba para cometer delito poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes sabiendo que son delictivos. Se trataría así de un tipo penal que lo que pretende no es sólo el blanqueo, sino el **aislamiento** total de los bienes delictivos, a modo del Código Penal alemán, que pena al que conociendo el origen delictivo del bien (o debiendo conocerlo: § 261.5) lo consiga, lo guarde o lo utilice.

Sensatamente el Tribunal Supremo se decantó por lo primero. La segunda opción interpretativa ampliaba extraordinariamente (por desconexión con el

blanqueo) el elenco de conductas delictivas: era típica por ejemplo la mera posesión o utilización a sabiendas de bienes delictivos. Y además dejaba a los pies de los caballos del *bis in idem* la mayor parte de las conductas de autoblanqueo.

> "El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado. [...] La esencia del tipo es, por tanto, la expresión `con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito´. Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo" (STS 265/2015, de 29 de abril, FD 9; también, SsTS 920/2016, de 12 de diciembre, FD 11, 583/2017, de 19 julio, FD 33).

Conviene advertir también que el apartado uno incluye otro tipo de conductas que no son necesariamente de blanqueo, como son cualesquiera orientadas a "ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos". Parece que, de nuevo, debe acotarse esta conducta típica a los actos de ayuda que se realicen sobre los bienes de origen delictivo tratando de hacerlos pasar por lícitos. Si no, no se trataría del blanqueo que anuncia el capítulo y la pena se antojaría desproporcionada.

Un último apunte. El proceso en el que se inserta el blanqueo puede concebirse como una escalera de tres escalones, en la que el primero está constituido por los actos para blanquear (art. 301.1), el segundo por la ocultación o el encubrimiento del origen delictivo del bien (el blanqueo en sí: art. 301.2) y el tercero por la inserción del bien blanqueado en el mercado lícito, cosa que a veces va de suyo en el acto del blanqueo.

> Las SsTS 56/2014, de 6 de febrero, y 103/2014, de 20 de febrero, consideraron no obstante que se trataba de **tentativa** la conducta de los acusados que trataron de recuperar cierta cantidad de dinero proveniente del tráfico de drogas y retenida en la aduana alegando que se trataba de la retribución de servicios de prostitución.

B. Objeto.

a. El blanqueo es blanqueo de "**bienes**". Las conductas de los apartados 1 y 2 del 301 CP se refieren de modo directo o indirecto a los "bienes", por mucho que el capítulo se refiera a los "capitales".

Los bienes son el objeto del blanqueo, pero podrían no serlo de la acción (la acción podría recaer, por ejemplo, sobre el registro del bien).

"Bienes", así en plural, es quizás el sustantivo más abarcativo que se nos pueda ocurrir para describir toda forma, todo soporte, que pueda revestir un beneficio o ganancia. Podrán ser muebles o inmuebles, corporales o incorporales; incluirá también los derechos y los valores.

Debe subrayarse que no hay un límite cuantitativo, como sí sucede en los delitos contra la Hacienda Pública española (120.000 euros), en el fraude a la Seguridad Social del art. 307 (50.000 euros), en el uso de información privilegiada (600.000 euros) o en la manipulación de mercado del artículo 284.2º (300.000 euros). Creo que esto es un déficit de la redacción del tipo si lo que nos importa es tanto el encubrimiento (ya penado por otro tipo penal) como los daños que el blanqueo genera a la competencia y el peligro que supone para el entero sistema por el fortalecimiento de organizaciones criminales.

La jurisprudencia considera "atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de **insignificancia**, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas" (SsTS 809/2014, de 26 de noviembre, FD 2; 491/2015, de 23 de julio, FD 7; 165/2016, de 2 marzo, FD 2).

Si el blanqueo es una operación de legitimación de lo ilegítimo, resulta obvio que no podrá tener por objeto aquellos bienes que resulten **ilegitimables**: aquellos bienes que no pueden ingresar en el tráfico económico, que no pueden ser poseídos o adquiridos (por ejemplo, especies animales protegidas).

b. Será así objeto de blanqueo cualquier activo con valor económico. La única restricción típica se refiere a su **origen delictivo**.

a´. La pregunta ahora es en qué consiste el **delito** a estos efectos.

1º Es **cualquier delito**, con independencia de su calidad o gravedad. Si en su origen el blanqueo surge como blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas, hoy la clase de delito de origen sirve sólo, como veremos, como circunstancia agravante. Si en el pasado el delito antecedente debería ser "grave", o delito y no falta, hoy no hay exclusión alguna por la gravedad del origen (pues la conversión de algunas faltas en delitos leves, que el legislador pretendía que no tuviera efectos agravatorios de la responsabilidad penal,

no ha venido acompañada de una restricción del blanqueo al de los bienes procedentes de delitos graves).

2º Es un hecho típico y **antijurídico**, aunque su autor o partícipe "fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena" (según el descolocado art. 300, que debería figurar tras los tipos de blanqueo).

3º Ha de ser **constatado por el juez del blanqueo**, sin que se le exija al respecto que lo haga por la existencia de una condena previa. Sin olvidar por supuesto los límites que el derecho a la presunción de inocencia impone a la prueba de indicios, podrá valerse de datos tales como los incrementos inusuales de patrimonio, la concurrencia de operaciones al contado de elevada cuantía, los vínculos del blanqueador con delincuentes o, como corroboración, la falta de explicación alternativa al origen de los bienes.

4º Y da igual **dónde** se haya cometido ese delito previo: "[e]l culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes [...] hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero".

El Tribunal Supremo ha insistido *ad nauseam* (así lo dice la STS 345/2014, de 24 de abril, FD 4) en que "no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo" (por todas, recientemente, STS 91/2014, de 7 de febrero, FD 7), sin que ello signifique, claro, que "se expulse el principio *in dubio* de esta materia. Si el Tribunal alberga alguna duda sobre el origen del dinero ha de proceder a la absolución" (STS 345/2014, FD 4). "La prueba directa resulta de escasa utilidad en el delito de blanqueo de capitales, en general, y en el blanqueo de dinero procedente de tráfico de estupefacientes en particular, dado el hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas y su capacidad de camuflaje para el "lavado" del dinero procedente del tráfico, por lo que ordinariamente resulta necesario acudir a la prueba indiciaria, que es la más usual en estos procedimientos" (STS 91/2014, FD 3). "Los indicios que deben concurrir son los siguientes, sin perjuicio de otros adicionales que ratifiquen la convicción: a) El incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b) La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, c) La constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas" (STS 91/2014, FD 7).

En el caso Isabel Pantoja, respecto a ciertas cantidades ingresadas en sus cuentas, el origen delictivo de las mismas lo infiere la Audiencia Provincial de su cuantía, comparada con la de otros años; de su falta de justificación en las actividades profesionales

y empresariales de Isabel Pantoja, como indicaría la renta declarada por la misma. Concluye el Tribunal Supremo que "[e]l análisis de las pericias que hace la Audiencia y su fundamentación en la evolución del patrimonio de la acusada proporciona datos y argumentos que fundamentan la razonabilidad de la convicción del Tribunal sobre el uso de las cuentas de la recurrente para ocultar los fondos ilícitos de su excompañero. Como resumen y verificación de ello conviene subrayar el examen comparativo de los ingresos en efectivo en las cuentas privativas de Isabel Pantoja, antes y durante su relación con Julián Muñoz: desde el año 1996 al 2002 la totalidad de ingresos en efectivo realizados por Isabel Pantoja fue de unos 272.000 euros; mientras que en el año 2003 se produjeron en sus cuentas privativas ingresos en efectivo que totalizaron la cantidad de 293.000 euros. Por lo cual, en solo un año, el 2003, los ingresos en efectivo en las cuentas privativas de la acusada Isabel Pantoja fueron superiores a los que se produjeron en total en los siete años anteriores" (FD 11).

b´. Si en la expresión limitativa de las conductas "**origen** delictivo" pasamos del adjetivo al sustantivo, nos asaltarán también un par de dudas. La primera se refiere a cuándo un bien procede de un delito. Siguiendo la clasificación de lo decomisable (art. 127.1), parece claro que no tienen origen en el delito, sino que precisamente lo originan, "los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado". Tanto como que sí lo tienen "los **efectos** que de él provengan" y "las **ganancias** provenientes del delito". En estos dos apartados han de subsumirse el precio, recompensa o promesa pagado por la comisión del delito, el objeto material del delito (por ejemplo, el cuadro robado), otros productos del delito (en el ejemplo de Aránguez Sánchez, la maquinaria producida con vulneración de los derechos de propiedad industrial), y otras ganancias obtenidas por el delito (el dinero obtenido por la venta de la droga).

Lo segundo no es tanto una duda -lo fue históricamente, por la redacción del tipo- como una precisión: el blanqueo puede serlo de los bienes que sustituyen a los que derivan directamente del delito, bien porque estos sigan siendo negros, bien porque se les quiera dan otra capa de pintura blanca o alejarlos más de la suciedad que los originó. Para abarcar los **bienes sustitutivos**, algo esencial para la prevención del blanqueo -según se infiere de la descripción inicial de este tema acerca de cómo se blanquea-, el legislador describe con holgura el objeto del blanqueo como bienes de "origen ilícito" (art. 301.1) o que "proceden" de un delito (art. 301.2).

Diferente es la cuestión de **si el blanqueo puede ser delito precedente** del blanqueo. ¿Por qué no? ¿Por qué no va ser típica la transformación en un bien de apariencia lícita de la recompensa que había recibido el previo blanqueador?

C. Sujeto.

La descripción del sujeto activo no presenta ninguna especificidad. Cualquiera puede serlo. Incluso, expresamente, el autor o el partícipe del delito del que proceden los bienes cuyo origen se encubre. Incluso la persona jurídica en cuyo beneficio blanquea uno de sus miembros.

Veamos a continuación los límites del autoblanqueo y la naturaleza de la responsabilidad penal de la que es titular la persona jurídica. No sin antes subrayar, con Fabián Caparrós, que en las operaciones de blanqueo que consisten en **transacciones** realiza la conducta típica tanto el que "transmite" como el que "adquiere": tanto el que compra la finca al contado con el dinero ganado en el narcotráfico como el que le vende la finca.

> Por cómo están descritas las conductas de los respectivos tipos penales, se trataría de una coautoría del tipo básico de blanqueo del artículo 301.2 y de una autoría de cada sujeto del tipo previo del artículo 301.1.

La STS 974/2012, de 5 de diciembre, considera que la redacción del artículo 301.1 establece un "concepto extensivo de autor que por regla general y por expresa voluntad del legislador conlleva que toda forma de participación en esas actividades de blanqueo es una forma de autoría" (FD 11). No obstante, la STS 103/2014, de 20 de febrero, castiga por complicidad (firma de unos documentos alegando falsamente que procedía de su actividad de prostitución un dinero retenido en la aduana y que en realidad procedía del tráfico de drogas).

a. El autoblanqueo.

En cuanto a las características de los sujetos activos del delito -de los destinatarios de la norma-, los apartados 1 y 2 del artículo 301 contienen tipos penales comunes: cualquiera puede cometerlos, lo que incluye a los propios autores del delito que origina el bien. Es más, para disipar las dudas que esta inclusión genera desde el principio de proporcionalidad -desde la prohibición de *bis in idem*- y de culpabilidad -en su vertiente de exigibilidad de la conducta penada-, desde el año 2010 **lo expresa el enunciado legal**: la actividad delictiva previa puede haber sido "cometida por él o por cualquier tercera persona".

Antes y después de esta redacción, la punición del autoblanqueo, o de ciertos autoblanqueos, ha suscitado no poca **controversia**. ¿No es acaso lo más natural del mundo, y por ello ya previsto por el legislador en la punición del delito originario, que el autor del delito trate de aprovecharse de las ganancias que le ha originado el mismo? Como nos demuestra la impunidad del

autoencubrimiento -más: es impune el encubrimiento de los parientes del delincuente-, ¿podemos exigir al autor del delito que respecto a los bienes que derivan del mismo no oculte esa negrura que lo delata?

Para cuadrar ese círculo entre lo que quiere el legislador democrático y el respeto a nuestros principios constitucionales necesitamos, creo, las siguientes **tres precisiones**, que tienen que ver con el concepto de blanqueo, con el blanqueo como acto posterior copenado y con el no blanqueo como conducta inexigible. Simplificando mucho una discusión compleja, considero que hay que ser más exigente de lo que se suele ser con lo primero y algo menos tiquismiquis en relación con cómo se presentan respecto al blanqueo las garantías de *non bis in idem* y de inexigibilidad.

1ª La primera precisión viene muy bien para abordar una nueva concreción de la conducta típica de blanqueo. Blanquear no es hacer cualquier cosa con el dinero negro sino, como ha subrayado recientemente el Tribunal Supremo, precisamente blanquearlo: ocultar o encubrir su origen delictivo (art. 301.2), realizar "cualquier [...] acto para ocultar o encubrir su origen ilícito" (art. 301.1), para su inserción en el tráfico económico legal.

Más allá de los casos claros negativos en los que el sujeto disfruta privadamente del bien (porta el collar robado) o se mueve con él en la economía sumergida (paga a un sicario con el beneficio de la venta de drogas), las dudas se centran en los **actos de consumo**. Por referirnos a las conductas debatidas en la STS 265/2015, ¿blanquea dinero la traficante de droga que tiene el dinero en su cuenta bancaria, que paga con él el alquiler de su vivienda, que compra billetes de avión para nuevos correos de droga? (FD 14). Quizás estemos de acuerdo en que no debemos penar estos actos, pero: ¿porque son blanqueos ya copenados por la pena de tráfico de drogas o porque no era exigible una conducta alternativa de no blanqueo o porque eran blanqueos insignificantes, o más bien porque no eran blanqueos?

Hay buenas razones para simpatizar con la última hipótesis, como nos muestra la jurisprudencia estadounidense (tan bien traída a nuestra discusión por Blanco Cordero). Ciertamente el que compra pan con el dinero robado -y, ojo, el que se lo vende a sabiendas- cambia dinero negro por pan blanco, pero no parece que la **funcionalidad preferente o específica** de su acto sea la de encubrir u ocultar y con ello borrar rastros que conduzcan a su delito. En palabras conclusivas de la STS 265/2015, "no se trata de actos realizados con la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, para integrarlos en el sistema económico legal con la apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita" (FD 14).

2ª Si hay realmente autoblanqueo, la nueva discusión hace a si en todo caso ha de prescindirse de la pena del blanqueo por considerarse que este es **un acto posterior copenado**, de tal modo que castigarlo sería hacerlo por segunda vez (un *bis in idem*). Se trataría así de un concurso de normas que debería resolverse por consunción (art. 8. 3ª) a favor del primer delito.

Como revela su diversidad de denominaciones (a veces, actos posteriores "impunes"), resulta discutido el fundamento y los límites de los actos posteriores copenados. En esencia, se dice que si va de suyo que a un delito va a seguir otro, esta circunstancia (este daño añadido) ya la habrá tenido en cuenta el legislador al medir el desvalor del primero, del mismo modo que, valga el ejemplo, tiene en cuenta en las agresiones sexuales la detención ilegal que comportan. Este razonamiento resulta discutible si la pena concreta del segundo delito es mayor -con lo que difícilmente su desvalor va a quedar abarcado con la punición del primero- y si no hay una conexión necesaria entre ambos delitos -con lo que el recurso al concurso de delitos nos permite distinguir lo que es más grave (dos delitos) y lo que es menos (uno, por mucho que no sea lo usual)-. La cosa admite aún mayores matices en relación con estos últimos supuestos, pues podríamos entender en pro del concurso de normas que los actos posteriores de aseguramiento o aprovechamiento del primer delito incrementan el daño al mismo bien jurídico pero no de un modo suficientemente relevante como para extravasar el desvalor contemplable por el primer delito: es decir, el marco penal del primer delito está ya pensado para desvalorar el posible daño añadido al mismo bien jurídico.

Volvamos al blanqueo. Parecería que no debe penarse aparte el blanqueo que consiste en simplemente alejar aún más la propiedad del bien de su legítimo titular. Pero parecería también que sí debe penarse -que es lo justo y que no existen reparos de proporcionalidad- cuando la pena en concreto del blanqueo sea mayor que la del delito originador y, en relación con ello, cuando queden significativamente afectados los bienes jurídicos de la competencia leal (lo que requerirá que la cuantía blanqueada se significativa) y de la seguridad interior (fortalecimiento de organizaciones criminales).

Para alejar la sombra del *bis in idem* en estos casos no sería descartable sostener, de la mano de I. Puppe, la existencia de un **concurso ideal** de delitos en el que la unidad fáctica (un solo hecho supone varios delitos) resultaría del parentesco de injusto de las realizaciones típicas. El acto posterior de blanqueo no deja de tener un componente de consolidación o agotamiento natural del primer acto delictivo.

En el Tribunal Supremo se sostiene que "para poder hablar de acto copenado es absolutamente necesario, por una parte, que entre el hecho previo o posterior, y el principal, exista una relación de tal índole o naturaleza que permita afirmar que el legislador, a la hora de prever la pena para el tipo de delito en el que encaja el hecho principal, ha tenido ya en cuenta la previa o subsiguiente realización de ese otro hecho; y por otra, que el legislador no haya decidido que ese acto de aprovechamiento, aseguramiento o de autoprotección, deba sancionarse autónomamente, entre otras razones, en atención a una especial protección del bien jurídico que conculcan, diverso del delito al que subsiguen, o por entender, que precisamente este bien jurídico no ponderado en el delito inicial, justifica que deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, como por ejemplo al entenderlo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente con frecuencia subyace en la generación de riqueza ilícita y su retorno al circuito y flujo legal de capitales. [...] Aunque el autoencubrimiento, no sea sancionado, el blanqueo de capitales, en cuanto exceda del mero encubrimiento, debe ser sancionado, aunque sea realizado por el propio autor del delito que genera las ganancias" (STS 491/2015, de 23 de julio, FD 7).

3ª Nos queda aún un tercer flanco, que es el de la **inexigibilidad**. Ciertamente no podemos pretender que quien haya cometido un delito, no ya corra a denunciarlo a la policía, sino que no trate de escaparse de esta y, en ello, oculte cualquier rastro que pueda conducir al descubrimiento de que se cometió un delito y de que él fue su autor. Antes que como un posible acto posterior copenado, el autoencubrimiento es impune porque no es culpable: porque no le es exigible al autor su alternativa conforme a Derecho.

Naturalmente la inexigibilidad de la falta de autoencubrimiento alcanza al partícipe. No está de más precisar en este punto que quien blanquea los efectos de un delito cometido con la **promesa de su blanqueo** participa en dicho delito originario, pues "[l]a promesa previa del auxilio posterior es [...] una forma de participación en el delito" (STS 5/1993, de 21 de enero, FD 1).

Pero como casi todo en la vida este autoencubrimiento puede tener límites que tienen que ver con su coste en sí, y en ello con su carácter dualmente lesivo. De hecho, tradicionalmente se ha limitado la impunidad de cierto encubrimiento del pariente, no sólo legalmente al denominado favorecimiento personal (ayudarle a que eluda la acción de la justicia) y no al real (ayudarle a que se beneficie del delito) (art. 454), sino, dentro de éste, a que no resultara dañado otro bien jurídico más allá del que protege el delito de encubrimiento -que es indirectamente el del delito encubierto, pues lo que se perturba es su protección preventiva: que no se pueda administrar justicia en relación con el

delito cometido-. No es lo mismo esconder el botín que matar al testigo. Y ello tiene que ver con la exigibilidad y con la ponderación que late tras la misma para el sujeto concreto en su circunstancia concreta. De hecho, el autoencubrimiento es impune y no lo es el quebrantamiento de condena.

> Probablemente tenga razón Molina Fernández en que el encubrimiento del pariente es una **causa de justificación** personalmente condicionada, que pondera la salvaguarda de los lazos familiares. Esto casaría con que el favorecimiento personal del extraño se reduzca a los delitos más graves (en los más leves la consideración de la solidaridad con el perseguido reduce el injusto hasta su inapreciación penal). Y en su traslado al autoencubrimiento supondría que la razón de la exención de su autor se fundamentaría en una especie de extensión del derecho de defensa, que comportaría no sólo el derecho a no aportar pruebas contra uno mismo, sino el de eliminar las que le incriminan.

Volvamos al blanqueo para alcanzar con él una conclusión similar a la de su posible consideración como acto posterior copenado. Si el concreto blanqueo es sólo o fundamentalmente autoencubrimiento, debe quedar exculpado (o incluso justificado). Debe ser penado, en cambio, si el concreto autoblanqueo es encubrimiento -es un daño a la administración de justicia- pero es también daño al sistema económico o alimento de peligrosos delitos futuros a través de organizaciones criminales.

b. Persona jurídica.

Siguiendo su técnica usual de punición, el legislador castiga con pena de multa y, potestativamente, con alguna pena interdictiva a la persona jurídica responsable del delito. Recuérdese que, en rigor, a la persona jurídica no se le pena por blanquear, sino por permitir el blanqueo de los suyos (administradores, directivos o empleados) en favor de la persona jurídica (art. 31 bis CP).

Hasta aquí todo normal: se prevé la pena habitual para las personas jurídicas respecto a un delito en el que tal cosa tiene todo su sentido. Necesitamos penar a la persona jurídica para desincentivar unas conductas de blanqueo que en un sistema de libre mercado vendrán alentadas por dos probables competitividades: la externa con otras empresas y la interna de los directivos y empleados entre sí. El empleado de la sociedad mercantil se verá empujado a blanquear a mayor gloria de su empresa y de su propia estabilidad o promoción profesional; a falta de sanción propia, la persona jurídica no podrá sino ver con buenos ojos esta inclinación al delito en su favor.

Pero casi nada es normal en la regulación del blanqueo. En contra de esta lógica y de las recomendaciones internacionales, la dicción del artículo 302.2 parece **reservar la responsabilidad de las personas** jurídicas a "tales casos", que son los de blanqueo a través de organizaciones criminales dedicadas al mismo.

Con alguna dificultad gramatical, cabría la interpretación de que "tales casos" son todos los de blanqueo, a los que a su vez se remite el 301.1. Esta interpretación tendría la coherencia sistemática de no asignar la responsabilidad de las personas jurídicas a supuestos en los que, en cuanto organizaciones criminales, estarían abocadas a tenerla ya (art. 570 quater) (Blanco Cordero).

Sea cual sea el ámbito típico, lo que resulta claro es que el mandato penal que se dirige a la persona jurídica es el de organizarse para impedir el blanqueo de los suyos en su favor. Para delimitar en qué consiste esa organización confluyen tres **fuentes normativas**: la que ha de aportar la propia persona jurídica (autorregulación) a partir de las directrices del Código Penal y, en esta área, como sucede en materia de prevención de riesgos laborales, para determinados sujetos, de la prolija legislación administrativa (fundamentalmente la ley de prevención del blanqueo de capitales -Ley 10/2010- y su reglamento -Real Decreto 304/2014-).

Precisamente son estos dos modelos de cumplimiento legislativo los que sirven de guía al modelo de cumplimiento penal que recoge el artículo 31 bis. Más allá de los detalles, lo que exige el cumplimiento en un colectivo es un análisis de los riesgos de incumplimiento, la generación consecuente de normas de conducta y medidas de control, la evaluación recurrente del sistema, un sistema sancionador interno que incluya mecanismos de denuncia de irregularidades, e instituciones que por delegación de los administradores del colectivo velen por la conformación, el desarrollo y la ejecución del programa de cumplimiento.

Como el objetivo final del programa no puede ser otro que el de que no se blanquee, el mandato básico a la persona jurídica consiste en la **suspensión de los pagos** que tienen un origen delictivo o que se sospecha que lo tengan. Deber instrumental del anterior será el de **averiguar**, con mayor o menor intensidad según el riesgo, la identidad de la contraparte y el propósito y la índole del negocio.

Junto a estas obligaciones insiste la regulación administrativa en las obligaciones de **denuncia** de las operaciones sospechosas. Debe puntualizarse que la falta de denuncia no es en sí, obviamente, una conducta de blanqueo (piénsese en la falta de denuncia de una operación sospechosa no ejecutada) y que el incumplimiento de esta obligación no es en sí un incumplimiento penal de la persona jurídica, pues no se trata de una norma destinada a impedir una conducta concreta de blanqueo concreto sino de una norma dirigida a prevenirlo en el futuro a través de la denuncia del intento de un tercero.

2. Subjetivamente.

A. Dolo.

Los tipos de blanqueo de los artículos 301.2 y 301.1 son, claro (art. 12), tipos dolosos. Va de suyo, pero por si acaso ambos nos recuerdan que el sujeto que blanquea (art. 301.2) o pretende blanquear (art. 301.1) lo ha de hacer "**sabiendo**" que el origen de los bienes es delictivo. No para ahí el dolo: el sujeto activo debe saber eso y debe saber también que oculta o encubre ese origen.

Creo que ahí terminan los elementos subjetivos de ambos tipos. No se exige ánimo de lucro ni ninguna otra **intención**. Cuando el artículo 301.1 define el acto realizado como acto "para ocultar o encubrir" el origen ilícito de los bienes o "para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos", se está refiriendo a rasgos funcionales de la conducta y no a específicas intenciones de su agente.

Ese "saber" puede no alcanzar la certeza y sí solo la alta probabilidad que exige el **dolo eventual**. Pero no menos. En este sentido se discute si las situaciones subjetivas etiquetadas como de "**ignorancia deliberada**" deben ser calificadas como dolosas.

Tal ignorancia podría calificarse de dolo si la renuncia al conocimiento proviene precisamente de la conciencia de la elevada probabilidad de que el capital en cuestión sea negro. Mucho más discutible, por insuficientemente garantista, es que la simple indiferencia hacia tal hecho pueda catalogarse de actitud dolosa, cosa por cierto objeto de tradicional discusión como modalidad de dolo eventual.

La postura del Tribunal Supremo encuentra un buen resumen en la STS 56/2014, de 6 de febrero: "Nuestra jurisprudencia referente al concepto de dolo eventual ha establecido [...] que en aquellos supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto de la concurrencia o no de estos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14.1. Esta situación, como se ha dicho, es de apreciar en aquellos casos en los que el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir: cuando

está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo". (FD 18).

En el caso Isabel Pantoja su defensa alegó su falta de dolo. La respuesta en casación a este motivo fue, conclusivamente, la siguiente: "el conocimiento que requiere el dolo no implica un saber en sentido fuerte como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en la ejecución de una conducta, sino un conocimiento práctico que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada, no cabe duda de que debe inferirse que la acusada conocía que el dinero de Julián Muñoz que ingresó en sus cuentas bancarias y con el que operó en la adquisición de valiosos bienes procedía de las actividades delictivas en que se hallaba implicado su compañero sentimental. Y es que no podía obtener otra conclusión de los datos relativos a la actuación pública del acusado y de su grupo político y del hecho de que fuera un funcionario público que habría de vivir, en principio, de un sueldo oficial. Sin olvidar tampoco el mayor nivel de conocimiento sobre su persona que tenía que reportarle su vínculo sentimental y la convivencia diaria que arrastraba consigo" (FD 12).

B. Imprudencia.

El artículo 301.3 reclama la punición "si los hechos se realizasen por imprudencia grave", que recae "no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan" (STS 257/2014, de 1 de abril, FD 9).

Casos recientes de blanqueo imprudente son: el de la hija de condenado por tráfico de drogas que adquiere una plaza de amarre con dinero entregado por su padre (STS 257/2014, de 1 de abril); el del sujeto que acepta una oferta de trabajo por internet que consistía en aceptar el ingreso en su cuenta de una cantidad de dinero para posteriormente transferirlo a otra, con un salario equivalente al 5% de lo así transferido (STS 412/2014, de 20 de mayo); los hijos de un matrimonio que ha cometido importantes estafas aceptan formar una sociedad para adquirir inmuebles con los capitales delictivos (STS 286/2015, de 19 de mayo); la empleada de un bufete que se presta a constituir una sociedad en España participada por dos sociedades panameñas a pesar de la opacidad de la identidad de los inversores y de la procedencia del capital (STS 970/2016, de 21 de diciembre).

En relación con este precepto las discusiones son dos: su razón y su alcance.

La primera es la discusión política en torno a si, como opinan algunos autores, la punición de la imprudencia -siquiera solo la grave- puede tener un efecto desalentador del crecimiento económico. Quienes (la mayoría) apoyan la decisión del legislador, ven su utilidad preventiva a partir de la dificultad de la prueba del dolo y de la necesidad de implicar a determinados agentes en la lucha contra el blanqueo: "evita ser instrumento de blanqueo o responderás penalmente del mismo".

> "Es cierto que el castigo del blanqueo imprudente no constituye una prioridad en el ámbito internacional. Pero tampoco se excluye, pues se incorpora, por ejemplo, en el art 6º del Convenio de Estrasburgo, de 1990, en el ámbito del Consejo de Europa, y en el Reglamento Modelo sobre delitos de Lavado de Activos, de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 1992. En nuestro ordenamiento tiene una cierta solera, pues se incorporó al Código Penal hace más de dos décadas por la Ley Orgánica 8/1992, para las ganancias derivadas del narcotráfico, y son estas líneas básicas las que se trasladaron en 1995 con carácter general al art 301.3" (STS 749/2015, de 13 de noviembre, FD 5).

Más allá de la conveniencia de esta decisión está la discusión de su alcance. Es mayoritaria la opinión de que **cualquiera** puede blanquear por grave descuido y no sólo los sujetos obligados de la ley de prevención del blanqueo, a quienes se les asignan determinados deberes de cuidado. Y así lo entiende la jurisprudencia.

> "Este delito no tiene por qué ser cometido exclusivamente por aquellos a quienes la ley les impone medidas de prevención ante el blanqueo de capitales, sino que lo pueden cometer particulares, como aquí ocurre, y que deben ser más cuidadosos en el manejo de fondos, ante el dato de que el dinero pudiera proceder de una actividad delictiva. El art 301 3º no hace referencia alguna al sujeto activo, por lo que ha de aceptarse que configura un subtipo que puede cometer cualquiera. Los tipos dolosos a los que se remite el imprudente son tipos comunes, por lo que sin diferenciación expresa del legislador no parece congruente configurar específicamente la modalidad imprudente como delito especial. Asimismo, en el art 576 4º, LO 2/2015, de 30 de marzo, referido a la financiación del terrorismo, antes 576 bis, 2º (LO 5/2010, de 22 de junio), y para castigar la modalidad imprudente, se hace expresa referencia a las personas específicamente sujetas por la ley para colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo, por lo que ha de concluirse, como señala la mejor doctrina, que cuando el Legislador quiere limitar el castigo imprudente a los sujetos específicamente mencionados en la LO 5/2010, lo hace expresamente" (STS 749/2015, de 13 de noviembre, FD 5; también STS 238/2016, de 29 de marzo, FD 3).

IV. ¿Cómo se pena el blanqueo?

1. Tipos básicos.

En los tipos básicos de blanqueo (arts. 301.1 y 301.2) la pena por el delito doloso es de seis meses a seis años de prisión -de nuevo un marco penal de excesiva amplitud- y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. A esta pena puede unirse la de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria (de uno a tres años) y, sin especificar en qué supuestos, la medida de clausura temporal (hasta cinco años) o definitiva "del" establecimiento o local -tampoco se especifican cuáles-. Esta inhabilitación es forzosa, más extensa en el tiempo y más amplia en su objeto y supuestos (incluye el blanqueo imprudente) si el autor es "empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio", o "autoridad o agente de la misma" (art. 303).

Isabel Pantoja fue condenada a las penas de veinticuatro meses de prisión y multa de 1.147.148,96 € -el tanto del valor blanqueado-. **Su pena no fue suspendida**, a pesar de que cumplía los requisitos legales para ello: había sido condenada por primera vez, su delito no era grave -no mereció una pena superior a los dos años de prisión-, no había responsabilidades civiles insatisfechas, y, sobre todo ("fundamentalmente", dice el artículo 80 del Código Penal), no había riesgo de que volviera a delinquir, según el tribunal sentenciador, que afirmaba expresamente que "no existía peligrosidad subjetiva".

Niega la suspensión, son embargo, porque sí que concurría "una peligrosidad objetiva", que se derivaría de "la entidad de los hechos por los que fue condenada" y de "su conducta ulterior y actual de no asunción del delito".

Este razonamiento es discutible. En primer lugar, porque la peligrosidad criminal o es subjetiva o no es peligrosidad. En segundo lugar, porque la cuestión de la entidad del delito que obtura la suspensión la ha contestado ya el legislador: solo los delitos a los que se asigna una pena superior a los dos años de privación de libertad. Fue este tribunal, que podía haber impuesto a la entonces acusada una pena de hasta tres años y tres meses de prisión, el que graduó la gravedad del blanqueo de capitales cometido en la pena de dos años de prisión. Y en tercer lugar, porque el derecho constitucional de defensa impide atribuir consecuencias negativas a alguien por tratar de sostener su inocencia ante los tribunales y por lo tanto por no reconocer que ha cometido un delito: impide condicionar la suspensión a la renuncia al recurso constitucional de amparo que deseaba interponer la condenada.

La pena del blanqueo imprudente es de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

2. Tipos agravados.

La pena se agrava en su mitad superior cuando el origen delictivo de los bienes sea el tráfico de drogas o la corrupción pública o urbanística, o cuando el autor pertenezca a una organización dedicada al blanqueo. Si se trata de los jefes, encargados o administradores de la organización, su pena se elevará en un grado.

> A la vista de la lesividad del blanqueo, se echa de menos la existencia de dos tipos de agravantes: cuando el delito original lo hayan cometido organizaciones criminales y cuando la inserción de lo blanqueado en la economía legal suponga una alteración significativa de la competencia.

3. Delito continuado.

Es éste un punto que debería haber abordado en el análisis de la conducta típica, pues se trata en realidad de pensar en qué consiste la **unidad** de la misma: cuándo estamos ante una conducta de blanqueo y cuándo ante varias. Pero no deseaba engordar más aquel apartado y me parece más práctico hacerlo aquí y al hilo de la detenida reflexión jurisprudencial al respecto.

Señala el **Tribunal Supremo** que "se ejecuta en la práctica mediante actos reiterados, de modo que los capitales de procedencia delictiva se incorporan generalmente al mercado lícito de forma discontinua y fraccionada con el fin de no levantar sospechas. Ello significa que, como sucede en el tráfico de drogas, suele ser bastante habitual que los autores de ambos delitos desarrollen su actividad delictiva mediante una pluralidad de actos a lo largo de un periodo notable de tiempo". Este "fraccionamiento connatural a las conductas propias del art. 301" (STS 487/2014, de 9 de junio, FD 14), lleva a un entendimiento del tipo como inclusivo de "conceptos globales, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal" (STS 350/2014, de 29 de abril, FD 8).

> En el caso Isabel Pantoja el Tribunal Supremo corrigió la calificación relativa a que Julián Muñoz había cometido varios delitos de blanqueo en forma de delito continuado.

4. Extraterritorialidad.

No sólo existe un blanqueo típico cuando el delito de origen se haya cometido en el extranjero, como que ya se ha señalado. Además, la competencia de la jurisdicción española respecto al delito de blanqueo es universal, cosa que parece un poco exagerada. Así lo dicta directamente (no el artículo 23.4 LOPJ) el artículo 301.4: "[e]l culpable será igualmente castigado aunque [...] los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero".

V. Tres preguntas más.

1. ¿En qué se diferencia el delito de blanqueo de los delitos de encubrimiento y receptación?

La pregunta que titula este apartado no responde sólo a una inquietud concursal (a qué supuestos habría que aplicar el tipo de blanqueo además de o en lugar de los de encubrimiento y receptación), sino también a una **reflexión políticocriminal**. El lector del Código Penal se enfrenta a tres figuras delictivas similares en los artículos 298, 301 y 451 y, ya antes de pensar en el espacio natural de cada una de ellas y en qué hacer en los espacios compartidos, se planteará si era necesaria la más moderna y famosa de las tres, que es el blanqueo.

Si del blanqueo nos importa lo que tiene de encubrimiento de delitos previos, de alimento de organizaciones criminales y de alteración de la competencia, y considerábamos que los tipos tradicionales de favorecimiento real (encubrimiento y receptación) tenían algunas rendijas por donde se colaba el agua (significativamente, la imposibilidad de penar el autoblanqueo y la dificultad de hacerlo con los bienes sustitutivos) y no contemplaban adecuadamente el desvalor de ciertas conductas (significativamente las referentes al favorecimiento de las organizaciones criminales y al daño significativo al mercado), parece que lo suyo habría sido cubrir esas rendijas y proceder a tipificar las circunstancias agravantes precisas.

> Mateo G. Bermejo aboga por tipificar dos clases de blanqueo: un tipo "orientado a evitar los efectos criminógenos e incremento del poder económico del crimen organizado", que denomina "blanqueo/ocultación", y otro "que se oriente a evitar el efecto

anticompetitivo y opere como refuerzo jurídico-penal de los espacios de libertad ya protegidos por las regulaciones administrativas de defensa de la competencia" ("blanqueo/competencia desleal").

Pero tenemos lo que tenemos y que no es fácil de resumir. Un delito de receptación limitado a los efectos de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, que excluye el autoblanqueo y el de los bienes sustitutivos (pues se refiere expresamente a los efectos del delito previo), y que exige ánimo de lucro; y un delito de encubrimiento que también excluye el autoblanqueo, que en su segunda modalidad excluye también los bienes sustitutivos, y que en la misma se fija en impedir el descubrimiento del delito y no sólo en el encubrimiento de la naturaleza delictiva del objeto.

La defectuosa técnica legislativa hace que cuando en una conducta se den los rasgos de la receptación y el blanqueo o el encubrimiento y el blanqueo parece que deban aplicarse los primeros, más específicos porque se refieren a un ocultación o encubrimiento más específicos en cuanto al tipo de bienes o al tipo de ánimo, lo que parece frustrar la voluntad agravatoria que guía la tipificación del blanqueo. Algunos autores proponen, sobre todo en la segunda **confluencia normativa aparente** (encubrimiento y blanqueo), la calificación como blanqueo por razones de especialidad, consunción (Del Carpio Delgado, Palma Herrera) o alternatividad.

Como en el tipo penal del blanqueo no se requiere la afectación a la libre competencia, sino que se presume la misma o su peligro, no resulta clara la razón por la que el blanqueo debe ser norma especial o consumente frente a la del encubrimiento.

2. ¿Responde penalmente el abogado que cobra sus honorarios con dinero de origen delictivo?

La respuesta a esta segunda pregunta ha generado no poca tinta doctrinal y jurisprudencial en nuestro ordenamiento y en el de otros países. Inquieta, porque está en liza nada menos que el derecho fundamental a la defensa. ¿Qué ha de hacer un abogado penalista que defiende a un imputado y que sabe o sospecha que le está pagando con el fruto del delito que se le imputa? ¿Debe negarse a defenderlo para no incurrir en una conducta de blanqueo? ¿Debe incluso denunciarlo al SEPBLAC so pena de incurrir en una infracción administrativa o incluso en una participación omisiva en el delito de blanqueo si con su omisión posibilita otra operación de blanqueo?

La primera tentación es la del "¿por qué no"? Que rechace el servicio y que denuncie. Al fin y al cabo el abogado está recibiendo un pago con dinero sucio, cosa que él puede saber de la mejor tinta, pues a él le habrá confiado su cliente esta información para su mejor defensa penal. Y con la recepción estará procediendo a la alquimia propia del blanqueo: estará transformando dinero que proviene del delito en legítimos servicios jurídicos.

Pero si lo pensamos bien, habría que intentar que esa tentación no se convierta en pecado. Por dos razones. Porque **no se trata en realidad de blanqueo** y porque si lo consideráramos como tal estaría justificado por el ejercicio legítimo del derecho de defensa.

En relación con lo primero, volvemos a los actos de consumo como actos que no son de encubrimiento o de ocultación, que no tienen en ello su funcionalidad preferente o específica. Este hecho es especialmente significativo en la compra de productos o en la contratación de servicios necesarios, como lo es evidentemente la defensa penal.

> Son varios los autores que se han manifestado en este sentido (Córdoba Roda, Del Carpio Delgado, Fabián Caparrós, Ragués Vallés). Y ésta es la orientación que se infiere de la STS 265/2015, que niega que haya blanqueo en el pago con el dinero del tráfico de drogas del alquiler de la vivienda o de los billetes de avión para nuevos traslados de droga.
>
> La reflexión sobre la tipicidad o no del cobro de honorarios sucios es distinta en otros ordenamientos, como el alemán, en los que existen "tipos de aislamiento": en los que no se castiga sólo el blanqueo, sino la simple procura, guarda o utilización de un bien de origen delictivo.

Como lo anterior es discutido, conviene reparar en el segundo argumento, que supone que el cobro de honorarios con dinero sucio es una conducta típica de blanqueo pero justificada por el ejercicio de un derecho (*rectius*: lo que hace es colaborar en el ejercicio del derecho de otro, **cumpliendo su deber** de secreto en la defensa). No es que el abogado tenga derecho a cobrar con dinero delictivo o a defender al que así le paga. Es que el cliente penal (imputado o imputable, acusado o acusable) tiene derecho a que el abogado penal guarde reserva sobre la información que él le transmite sobre la conducta por la que se le procesa o se le puede procesar. Ese derecho constituye una regla esencial de nuestra administración de justicia -que es, entre otras cosas, lo que pretende proteger la punición del blanqueo-, pues sin ella no hay defensa posible, ni presunción de inocencia (resultaría que la prueba de cargo no la

aportaría la acusación, sino el bando de la defensa), ni, en cierto modo, la facultad de no autoincriminarse (Pérez Manzano).

Puede replicarse que no se pide al abogado que denuncie al cliente, sino que renuncie a la defensa. ¡Y que con ello transmita al mundo un poderoso indicio de culpabilidad! Los delincuentes con recursos aparentes que se defiendan con abogados de oficio se convertirían en presuntos culpables. Y se sumaría una pega más a las otras que ya tiene la defensa de oficio, pues sería la defensa de quienes por ser culpables no pueden pagarse una defensa privada.

A lo anterior se añade el detrimento que para la defensa supone que el abogado penalista pueda ser imputado: además de que puede ser investigado y que esa investigación depare información sobre su cliente que debería estar blindada, está el hecho de que pueda necesitar sacrificar los intereses de su cliente para preservar los propios.

Lo anterior es válido para la actuación del abogado como defensor (así, STJUE 26.06.07, C-305/05): en la medida en que "determine la posición jurídica de su cliente" o esté en el "ejercicio de sus funciones de defensa o representación de dicho cliente en un procedimiento judicial o en relación con dicho procedimiento, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo" (arts. 14.4 y 34.2 Directiva 2015/849). Para mayor garantía de esta garantía, valga el juego de palabras, la Cuarta Directiva prevé que entre el abogado y la unidad de inteligencia financiera pueda interponerse como destino de la información un organismo autorregulador de la profesión.

Cuestión distinta es que el abogado **no actúe como defensor** (STS 56/2014, de 6 de febrero, FD 20) sino que "participe en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria" (art.2.1.ñ Ley 10/2010). No se trata ahora del cobro de servicios, sino del tipo de servicios realizados (Pérez Manzano). No habrá excepción aquí a sus deberes de diligencia para evitar el blanqueo; el abogado podrá ser un blanqueador que actúa en nombre de otro o en connivencia blanqueadora con él; y como asesor podrá ser un partícipe en la medida en que su asesoramiento no sea neutral (cosa esta

de la neutralidad que no está nada clara, como se vio en la lección relativa a la responsabilidad individual en el seno de la empresa).

3. ¿Es típicamente blanqueable la cuota penalmente defraudada a Hacienda?

Vaya por delante que **el Tribunal Supremo** ha dicho que sí, con los argumentos que se expondrán literalmente más adelante, y con un interesante debate interno al que también luego haré referencia.

Las principales **perspectivas** de la discusión son cuatro: si cabe afirmar que la cuota tributaria defraudada "tiene su origen" (art. 301.1) en el delito fiscal; si vale sin más la respuesta positiva al respecto (sí es blanqueable la cuota defraudada) de la ley de prevención del blanqueo (Ley 10/2010); si es identificable en el patrimonio del defraudador la cuota defraudada; qué aporta a este debate el que el legislador no haya incluido el blanqueo entre los delitos no perseguibles para quien regulariza su situación tributaria, pero afirme que quien regulariza "hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria" (apartado III del Preámbulo de la LO 7/2012).

Quienes **afirman** que comete un delito de blanqueo quien realiza actos dirigidos a encubrir u ocultar el origen delictivo de la cuota evadida a la Hacienda Pública tienen el sólido apoyo de la ley contra el blanqueo, que expresamente señala que "[a] los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, [...] con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública" (art. 1.2, párrafo 3º Ley 10/2010).

> Esta disposición es consistente con la Cuarta Directiva, que incluye los delitos fiscales en la "actividad delictiva" de la que provienen los bienes susceptibles de blanqueo (art. 3.4.f).

A partir de ello no habría reparo insalvable en entender que la cuota defraudada integra el patrimonio del defraudador debido a la propia conducta defraudadora, pues si hubiera tributado correctamente ese dinero no sería suyo. Por lo demás, las posibles dificultades de identificación del patrimonio sucio no empecen al dato esencial de que estamos ante capitales delictivos blanqueables. Tan es así que el legislador ha hecho una pirueta teórica para

excluir la punición por blanqueo del defraudador que regulariza (pues tal punición podría ahuyentar la regularización): como la cuota defraudada se puede blanquear, para no penar por blanqueo al que regulariza, el legislador cataloga (sorprendentemente) la regularización como una causa de eliminación del injusto del hecho.

Creo que son más convincentes los argumentos que **se oponen** a los anteriores y que parten de desamarrar la premisa de la definición legislativa, pues esta lo es expresamente "a efectos de esta ley" (y, por su parte, de una Cuarta Directiva que no tiene indicaciones penales). Una cosa es que la cuota defraudada sea blanqueable y otra que esté entre los blanqueos punibles. Y no lo está porque el tipo penal exige que los bienes tengan su origen en una actividad delictiva, y el origen del dinero indebidamente no pagado a Hacienda será, por ejemplo, el trabajo honesto o una herencia.

> Prueba de ello es que el capital que se deberá a Hacienda por una operación por la que aún no se ha tributado podría ser ocultado antes del impago de la correspondiente deuda a Hacienda. Y ello nos lleva a una de estas dos absurdas situaciones: que se pueda blanquear dinero ennegrecido por un delito no cometido o que no sea así, que el blanqueo sólo se produzca tras el impago y que el mensaje sea "si blanqueas antes, no pasa (penalmente) nada".

Esta posición libera a la acusación y a los jueces de la *probatio diabolica* de que el dinero ocultado o encubierto era precisamente el correspondiente a la cuota tributaria impagada. La tesis del sí aboca, salvo casos excepcionales, de laboratorio (el sujeto blanquea todo su patrimonio; el sujeto ha identificado la cuota, situando, por ejemplo, los 123.315,18 euros defraudados en una cuenta aparte), a un delito de descubrimiento cuasiimposible. Tan es así, tan no forma parte la cuota tributaria defraudada del objeto material del delito de blanqueo, que el legislador, en su empeño de no disuadir la regularización tributaria, no ha considerado necesario excluir su punición para el defraudador que regulariza, como sí hace con "las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales" (art. 301.4 párr. 3º).

La STS 974/2012, de 5 diciembre, en el caso denominado Ballena Blanca, hace un análisis muy pormenorizado de la pregunta que nos hacemos en este apartado. Concluye afirmando la posibilidad del blanqueo típico de la cuota defraudada. "En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda Pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su

actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente [...]. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. [...] Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos" (FD 37).

A la opinión de la mayoría se opone en este punto el excelente **voto particular** del magistrado Del Moral García. Su "argumento basilar [...] se funda en la interpretación literal y gramatical del art. 301 CP, de valor singular por venir ligada al principio de taxatividad. Las conclusiones de la interpretación gramatical del precepto son tan claras, que ni el elemento teleológico, ni argumentos de Derecho comparado, ni la integración con normas extrapenales, ni la consulta de instrumentos internacionales, pueden dar al traste con ella: el precepto dice lo que dice; y castiga lo que castiga. La elusión del pago de tributos no genera un incremento patrimonial. Permite un ahorro, pero no aporta nada al patrimonio. No pueden blanquearse efectos o bienes procedentes de un delito que no los genera". Está además el problema de la individualización en el patrimonio de la cuota defraudada ("Pese a los inteligentes esfuerzos dialécticos que se han realizado para soslayar esa cuestión, al final siempre se encuentra algo artificioso y desconcertante en esa individualización") y de las posibilidades de penar *bis in idem*, pues "si el delito de defraudación tributaria consiste en la ocultación de bases tributarias, ocultar los bienes que constituyen la `cuota tributaria´ no añade nada. La extensión del delito del art. 301 a los delitos contra la Hacienda Pública supone multiplicar su castigo sin fundamento, añadir a las penas del art. 305, las del art. 301. [...] De otra parte devendrá casi inservible el instrumento de la regularización que como excusa absolutoria recoge el art. 305.4 y que sólo extiende su eficacia exoneradora a las falsedades instrumentales".

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

ABEL SOUTO, M.; "El blanqueo de dinero. Problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense", AA. VV. (dir. González-Cuéllar Serrano),

Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica, Madrid: E. J. Castillo de Luna, 2015, pp. 101 a 178.

BERMEJO, M. G.: *Prevención y castigo del blanqueo de capitales Un análisis jurídico-económico*, Madrid: Marcial Pons, 2015.

BLANCO CORDERO, I.: "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 1 a 46.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: "El delito de blanqueo", AA. VV. (dir. Díaz-maroto y Villarejo), *Estudios sobre las reformas del Código Penal,* Madrid: Civitas, 2011, pp. 453 a 476.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.: "¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?", AA. VV. (eds. Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 91 a 123.

PÉREZ MANZANO, M.: "Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales", AA. VV. (eds. Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 169 a 205.

Tema 14

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Norberto J. de la Mata Barranco

Claves: El análisis de estos delitos exige, en primer lugar, explicar el concepto de defraudación y el modo en que la misma ha de llevarse a cabo, en un contexto que es diferente al de la estafa. Asimismo, y entre otras cuestiones, concretar cuál es la naturaleza de la cantidad que delimita la intervención del Derecho penal, resultado del delito o condición de penalidad, cómo ha de tratarse al *extraneus* que interviene en la comisión de las distintas infracciones, si sigue o no vigente la distinción entre fraude de ley y simulación, cuál es el momento consumativo y qué requiere la regularización tributaria como causa excluyente o atenuante de responsabilidad penal.

I. Delitos fiscales.

Caso Messi

"D. Lionel [...], en su condición de obligado tributario, y D. Jorge [...], en su condición de representante del anterior, de manera conjunta y mediando acuerdo para ello, dejaron de abonar a la Hacienda Pública las cantidades de 1.064.628,62 euros respecto del ejercicio de 2007, 1.584.601,09 euros respecto del ejercicio de 1008 y 1.536.775,41 euros respecto del ejercicio de 2009; cantidades que estaban obligados a abonar por causa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en relación con los ingresos obtenidos por D. Lionel [...] por la gestión y explotación de sus derechos de imagen.

Para la realización de esta conducta D. Lionel [...] y D. Jorge [...] emplearon sociedades ficticias y de nula actividad domiciliadas en Uruguay, Belice, Suiza y Reino Unido.

En concreto, el día 3 de marzo de 2005, D. Jorge y [...] en el ejercicio de la patria potestad que detentaban de su hijo D. Lionel, entonces menor de edad, cedieron, de manera simulada y por precio irrisorio, a la sociedad Sports [...] (domiciliada en Belice) los derechos de imagen de D. Lionel [...] por un periodo de diez años.

El día 4 de marzo de 2005 la sociedad Sports Consultants [...] celebró contrato con la sociedad Sport Enterprises [...] (domiciliada en el Reino Unido), por el que ésta se

constituía en agente exclusivo para la explotación comercial y publicitaria de los derechos de imagen de D. Lionel [...]

Por sendos contratos de fecha 5 y 15 de septiembre de 2005 la sociedad Sports Consultants [...] de manera directa en el primer caso y representada por la sociedad Sports Enterprises [...] en el segundo, encomendó a la sociedad L [...] (domiciliada en Suiza) la prestación de servicios relativos a la conclusión de contratos de patrocinio, sponsorización y merchandising.

El día 27 de enero de 2006 D. Lionel [...] entonces ya mayor de edad, ratificó personalmente y ante Notario el citado contrato de fecha 3 de marzo de 2005.

Esta estructura societaria fue sustituida por otra similar debido a las desavenencias surgidas entre D. Lionel [...] y D. Jorge [...], de un lado, y D. Rodolfo [...], asesor de ambos, de otro.

En concreto, el día 12 de marzo de 2007, la sociedad Sports Consultants [...] cedió, sin contraprestación alguna, todos los derechos y beneficios derivados del contrato de fecha 3 de marzo de 2005 a la sociedad J (domiciliada en Uruguay). D. Lionel [...] consintió dicho contrato en su propio nombre y derecho [...] Todas estas sociedades estaban controladas por D. Lionel [...] y por D. Jorge [...] que eran los beneficiarios últimos de todos los ingresos derivados de la gestión y explotación de los derechos de imagen de D. Lionel [...]

El día 14 de agosto de 2013 (menos de dos meses después de la citación judicial como imputados, que se produjo el día 20 de junio de 2013) D. Lionel [...] y D. Jorge [...] procedieron a consignar judicialmente la cantidad de 5.016.542,27 euros, regularizando así su situación tributaria respecto de los ejercicios de 2007, 2008 y 2009 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de D. Lionel [...]".

Extracto literal del Auto de 28 de julio de 2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Gavá en las Diligencias previas 598/2013-B, Procedimiento Abreviado 38/2014. El Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, dictaría Sentencia 374/2017 en fecha 24 de mayo de 2017, con varios votos particulares, condenando a D. Lionel y a D. Jorge como autor y como cómplice, respectivamente, de tres delitos contra la Hacienda Pública.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Los denominados delitos fiscales o delitos de defraudación tributaria se ubican en los arts. 305 y 305 bis, dentro de un Título XIV, autónomo, dedicado a los "delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", que también abarca los delitos contra la Seguridad Social, los delitos de fraude de subvenciones y el delito contable. Junto a ellos, el art. 310 bis, común a todas estas infracciones, contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es necesario tener también en cuenta la normativa de carácter extrapenal (estatal, autonómico, foral y municipal) existente en esta materia, dada la vinculación del ilícito penal con una infracción administrativa sin la cual aquélla no es posible.

Estamos ante delitos contra la Hacienda Pública, aunque no todos los que atentan contra éste sean delitos de defraudación tributaria, como, por ejemplo, no lo son los delitos de insolvencia que también pueden perjudicar a la misma.

Y estamos en el ámbito de los delitos económicos en su sentido más estricto, en cuanto afectan a la intervención del Estado en la regulación de la economía y no simplemente a la distribución de bienes y servicios.

2. Evolución legislativa: la importancia de las reformas de 2010 y 2012.

El delito fiscal se crea en 1977 (Ley 50/1977) y se va reformando sucesivamente con las Leyes Orgánicas 2/1985, que crea el delito contable y el fraude de subvenciones, 6/1995, que incorpora la defraudación a la Seguridad Social, 10/1995, de nuevo Código Penal, 15/2003, 5/2010 y 7/2012. No con la importante Ley Orgánica 1/2015.

Las novedades del texto actualmente vigente en relación con las descripciones típicas que se han ido derogando son principalmente: 1º el incremento paulatino de las penas (y consecuentemente del plazo de prescripción del delito), tanto de prisión como de multa; 2º la aceptación de la regularización tributaria, que permite, según el momento temporal en que tenga lugar, una exención o una atenuación de responsabilidad penal; 3ª la concreción de la responsabilidad civil, extensiva a deudas no derivadas de delito, delimitada en su cuantía y en el modo en que puede procederse a su cobro; 4º la previsión expresa de la responsabilidad de las personas jurídicas responsables de la infracción.

3. Contenido y significado de la tutela de las Haciendas Públicas.

A. El art. 31.1 de la Constitución española prevé un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad en el que han de participar todos contribuyendo al sostenimiento del gasto público de acuerdo con su capacidad económica.

Ello permite afirmar la existencia de un primer interés genérico que hay que tutelar cifrado en el correcto funcionamiento de la Administración Pública (muchos hablarán de bien jurídico mediato, categorial o indirecto).

A partir de ahí se han propuesto numerosas tesis doctrinales y judiciales para determinar el concreto y específico objeto de tutela de estos delitos, que es en realidad lo único que importa, desde una perspectiva dogmática, para interpretar el delito.

Unas, minoritarias (e incorrectamente llamadas funcionales), vinculadas a la función del tributo (o de la recaudación tributaria). Otras, mayoritarias y aquí compartidas, de orientación patrimonial (que también pueden explicarse desde una perspectiva funcional).

Esta segunda orientación, propuesta ya en la STS de 12 de marzo de 1986 (posteriormente en otras muchas, como la de 18 de diciembre de 2000), alude como ***bien jurídico protegido*** de los delitos de defraudación tributaria a la Hacienda Pública, a la Hacienda Pública en su aspecto patrimonial (atendiendo el sistema o correcto proceso de recaudación de ingresos y de realización de gastos) o al interés patrimonial de la Hacienda Pública (que hay quien concreta en la necesidad de obtener recursos públicos tributarios o en la efectiva, completa, exacta y puntual recaudación tributaria). De modo más sencillo puede afirmarse que el objeto de tutela es **el patrimonio público** (de las distintas Haciendas), entendido desde una óptica funcional (y no sólo estrictamente económica).

Si esto es así el ***sujeto pasivo del delito***, en función del objeto de la defraudación, lo serán l**a Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local**.

B. Estudiados los delitos de corrupción y blanqueo de bienes en los temas 10 y 13 de este libro, procede aquí realizar alguna precisión en torno a la relación entre ***fraude fiscal, blanqueo y corrupción***. Primero, porque es una de las cuestiones que más peso ha tenido a la hora de reformar en 2010 y 2012 los artículos 305 y 305 bis. En segundo lugar, porque toda la cuestión de la regularización tributaria está vinculada al modo en que se quiere abordar el blanqueo de bienes derivado de la corrupción y el fraude fiscal. En tercer lugar, porque hay que dejar zanjada la cuestión de si éste puede considerarse actividad delictiva previa a efectos de integrar el presupuesto del delito de blanqueo.

En relación con todo ello, hay que comenzar señalando que los delitos vinculados a la corrupción, sea en el sector público, sea en el sector privado (o de los negocios) generan importantes ingresos que, primero, se ocultan a las Haciendas Públicas y, segundo, y en ocasiones, se incorporan, blanqueados

y saliendo de la economía ilegal (no ya de la meramente informal o irregular, como la economía sumergida, que es una actividad legal pero oculta por razones de elusión fiscal o de control administrativo), a la economía legal y formal.

La **ocultación de los fondos recibidos por el corrupto**, sin tributar por ellos, ¿integra un delito tributario?

Una cuestión es que una actividad ilícita deba ser objeto de tributación, algo a decidir conforme al Derecho tributario, o que un beneficio patrimonial ilícito haya de estar sujeto a tributación, algo también a decidir conforme al Derecho tributario, y otra cosa que, en caso de respuesta afirmativa quepa aceptar un concurso de infracciones (y no de normas) entre el delito previo cometido, sea de corrupción, sea de tráfico de estupefacientes, sea cualquier otro y el delito fiscal en caso de ausencia de tributación ocultando, obviamente, el hecho imponible.

> En relación a lo primero el Tribunal Constitucional ha admitido, denegando varios recursos de amparo (en relación con el IRPF, en supuestos, por ejemplo, de cohecho), que se sometan a tributación por parte de la Administración las rentas ilícitas. Parece acertada tal posición atendiendo los principios de capacidad contributiva, igualdad impositiva y neutralidad fiscal. Otra cosa, obviamente, es que el principio de neutralidad fiscal no opere en relación a la actividad o prestación en sí; esto es, no tendría sentido exigir tributación de IVA en una operación de tráfico de drogas (véase la Sentencia del antiguo Tribunal de Justicia de la CEE de 8 de julio de 1988, asun. 269/86) y sí únicamente exigir tributación por el ingreso patrimonial correspondiente (p.ej., en IRPF).

Aceptando que pueda existir una relación tributaria y que, por tanto, cabe el delito de defraudación tributaria en estos supuestos, ¿es posible aplicarlo conjuntamente con el delito previo del que derivan los fondos no declarados?

El Tribunal Supremo aceptó la sanción por delito de defraudación tributaria en la conocida Sentencia 649/1996, de 7 de diciembre (Caso Nécora), aunque aquí no se pudo probar la receptación, que era el delito previo que entraba en juego. También en la Sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre (caso Roldán), en supuestos de ganancias procedentes de delitos de malversación, cohecho y estafa, entendiendo que tales delitos no abarcaban el desvalor del delito fiscal. Sin embargo, en la Sentencia 20/2001, de 28 de marzo (caso Urralburu) entendió que la defraudación tributaria (que admitía) quedaba absorbida por el delito previo, siempre que la condena por éste incluyera el decomiso de los beneficios, aceptando la sanción por delito fiscal sólo cuando no pueda establecerse el origen delictivo de la ganancia obtenida. Se confirmaría esta

tesis en la Sentencia 1113/2005, de 15 de septiembre. Véase, a modo de síntesis, la exposición de la STS de 23 de septiembre de 2009.

Puede perfectamente entenderse que la normativa tributaria y su interpretación a través de la jurisdicción contenciosa y del Tribunal Constitucional obligan a la tributación de los patrimonios ilícitos (de acreditada procedencia ilícita o de procedencia desconocida, atendiendo el concepto de incremento patrimonial no justificado). Lo que no cabe es aceptar una condena por delito de defraudación tributaria existiendo condena por el delito previo. No ya porque se vulnere el principio *non bis in idem*, lo que no ocurre de aceptar que estamos ante dos bienes jurídicos diferentes (en caso de tráfico de drogas o de cohecho; más difícil en caso de receptación, blanqueo o malversación, por ejemplo), sino porque no tiene sentido exigir una autodelación, que es lo que ocurriría cuando se tributara sobre patrimonios ilícitos. La cuestión, no obstante, es muy discutida todavía.

Por otra parte, se discute también si la cuota tributaria eludida, producto o no de actividades ilegales, puede a su vez dar lugar a la comisión de un delito de blanqueo.

Aunque esta cuestión ya ha sido tratada en el tema precedente, conviene insistir en ella desde la perspectiva del análisis concreto del delito fiscal para aportar alguna idea más. La posibilidad de que éste pueda aceptarse como delito previo a efectos de confirmar la tipicidad del delito de blanqueo de capitales ha sido una tesis tradicionalmente manejada por la Fiscalía, frente a la que la doctrina ha sido reacia, que ha acabado imponiéndose en los tribunales de justicia. El texto actual del art. 301.1, exige únicamente que los bienes blanqueados tengan su origen "en una actividad delictiva" o que dicho origen sea "ilícito", según la modalidad de la conducta típica a considerar. No se establece restricción de ninguna clase ni acerca de la posible naturaleza patrimonial del delito previo ni acerca de su gravedad. Y el texto de la nueva Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales expresamente considera ya que **la cuota tributaria defraudada pueda considerarse bien procedente de un delito previo a los efectos del delito de blanqueo** (art. 1.2 d) pfo. 3).

En relación con ello se entiende incluso que aunque el delito fiscal previo esté prescrito, ello no sería óbice a que pudiera seguir entendiéndose que si se blanquea la cuota defraudada -ya no reclamable por la Administración- (téngase en cuenta que no por el hecho de defraudar, automáticamente ha de aceptarse el delito de blanqueo, que exige "encubrir el origen ilícito del bien" como señala la STS 265/2015, de 15 de

abril), seguiría colmándose perfectamente la tipicidad del art. 301.1. Los argumentos que se esgrimen para mantener esta postura son los de que, en primer lugar, el Código no habla de delito previo, sino de actividad delictiva previa o ilícita, y, en segundo lugar y en relación con ello, que la prescripción no excluye la tipicidad del delito, sino su punibilidad, y que, por tanto -de conformidad además con el art. 300- seguimos teniendo el hecho previo típico y antijurídico -aunque no punible- que permite sancionar el blanqueo.

Sin embargo, aun aceptando que la prescripción del delito excluya la punibilidad del hecho y no su tipicidad, lo cierto es que la propia Ley de prevención del blanqueo de capitales antes referida, que no puede utilizarse sólo según convenga, señala expresamente que "[...] se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito"; no en una actividad ilícita o delictiva previa. Por otra parte, se trate de una actividad delictiva o de un delito, la posible condena por blanqueo exigiría probar efectivamente la existencia, al menos, de la acción típicamente antijurídica y eso será difícil en supuestos de prescripción en los que difícilmente se van a abrir diligencias por delito fiscal. Es cierto que sí podrían plantearse supuestos con actas de inspección, declaraciones voluntarias, etc., que acreditaran la elusión de más de ciento veinte mil euros susceptibles de ser invocados en las diligencias abiertas por blanqueo de capitales. Pero obligarían a garantizar un derecho de defensa, no en relación al delito fiscal en sí, prescrito, sino al hecho -ajeno al objeto de conocimiento en sí de las diligencias- de que efectivamente hay una cuota defraudada superior a tal cantidad, de que existió en su momento dolo de defraudación, etc. Lo que no parecería legítimo sería sancionar por delito de blanqueo sin acreditar judicialmente la existencia de, y hay que insistir en ello, al menos, una acción típica y antijurídica contra la Hacienda Pública. Y siempre cabrá mantener que la misma no ha existido si no se prueba procesalmente lo contrario.

Por otra parte, si consideramos que la prescripción del delito fiscal -como de cualquier otro delito- no impide la aparición del delito de blanqueo de capitales estaríamos extendiendo de forma importante "de facto" la prescripción del propio delito de blanqueo, ya que -puesto ello en relación con la nueva redacción que se da al art. 301.1- cualquier actuación con el dinero que procediera de la cuota defraudada activaría este delito, de modo absolutamente excepcional en el Derecho penal. Todavía más, estaríamos de algún modo negando incluso la posibilidad de adquirir civilmente la propiedad de bienes procedentes de hechos ilícitos previos, lo que se admite en cualquier ordenamiento, variando únicamente el plazo exigible para llegar a dicha propiedad "lícita" de bienes de procedencia "ilícita".

Antes de la LO 5/2010 de reforma del Código se suscitaban también dudas en torno al hecho de si el **propio autor** de un delito fiscal podía al mismo tiempo ser autor de un delito de blanqueo de bienes posterior, convirtiendo o transmitiendo la cuota defraudada.

Es una cuestión que trató de resolver el Tribunal Supremo en Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006, de modo muy impreciso, señalando que "El artículo 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente" y admitiendo, por tanto, la posibilidad de imposición de pena a un mismo autor por ambos delitos. Y es la tesis, que, específicamente referida al delito fiscal, ya defendió, por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 2005. Las críticas de la doctrina no obviaron la defensa jurisprudencial de esta postura quizás entendiendo que el delito fiscal es un delito contra la Hacienda Pública mientras que el de blanqueo tiene un componente plural en que se protegen tanto el buen orden socioeconómico como la Administración de justicia, y que, por tanto, estamos ante dos bienes jurídicos diferentes que permiten la doble sanción a un mismo sujeto.

La reforma de 2010 parece querer zanjar la cuestión señalando expresamente que se castigará al blanqueador aunque la actividad delictiva previa haya sido "cometida por él".

Ahora bien, dada la ubicación sistemática otorgada a ambos delitos ha de mantenerse que el delito fiscal es un delito contra el orden socioeconómico (es cierto que en sentido estricto) y el delito de blanqueo lo es también contra el orden socioeconómico (en sentido amplio). Salvo que se explique que son diferentes los bienes jurídicos lesionados -lo que obligaría a una reubicación sistemática de éste, quizás entre los delitos contra la Administración de justicia- o se diga que un mismo bien jurídico se lesiona dos veces, en dos momentos diferentes, o por dos personas diferentes, no cabe doble sanción sin vulneración del *bis in idem*.

Y sí, efectivamente, el Tribunal Supremo ha admitido en Pleno esta posibilidad, pero diciendo que la misma "no se excluye", lo que en sentido contrario quiere decir que no es la norma general. De hecho, podría existir cierto consenso doctrinal y jurisprudencial en entender que cuando el delito previo lo es de hurto, robo, estafa, etc., esto es, estrictamente patrimonial, sancionar también por un delito de blanqueo al autor del hecho previo supondría sancionar el agotamiento del delito, sancionar dos veces la misma ilicitud y penalizar el auto-encubrimiento, en tanto que, por ejemplo, y aunque con no pocas reticencias doctrinales, para delitos como el de corrupción o el de tráfico de drogas, con bienes jurídicos lesionados muy distintos al del blanqueo, la doble sanción sería objeto de menores críticas. La cuestión es dónde ubicar el delito fiscal; pero su naturaleza patrimonial (socioeconómica) es innegable.

Téngase en cuenta además que si combinamos la posibilidad de que el hecho previo lo puede cometer el mismo sujeto activo del blanqueo, con la nueva redacción dada a las conductas típicas de éste, que incluyen ya no sólo conductas de adquisición, conversión o transmisión, como antes de la reforma, sino también de "posesión" y de "utilización", automáticamente cada acción delictiva, sea de la índole que sea, desde una interpretación literal del art. 301.1 conllevaría una doble sanción. No tiene ningún sentido,

por más que la lectura de este precepto parezca indicar que esto es obligatorio (véase la STS 171/2011, de 17 de marzo sobre la inmanencia al delito fiscal). Afirmar que cuando se produce una defraudación tributaria se está cometiendo no un delito fiscal, sino un delito fiscal y, junto a él, un delito de blanqueo de capitales, quiebra cualquier explicación de lo que es y ha de ser el Derecho penal. Otra cosa sería, y en todo caso, que pueda penalizarse al autor del hecho previo como blanqueador si posteriormente realizara una segunda conducta tendente a ocultar el origen delictivo de los bienes del mismo (como así lo indica la STS 265/2015, de 29 de abril) o que pudiera sancionarse a quien posee o utiliza bienes de un delito fiscal previo cometido por otro. Pero tratar de unir las expresiones "poseer" y "utilizar" con la expresión "actividad delictiva cometida por él", **penalizando el auto-blanqueo por mera posesión, no tiene sentido alguno**, salvo el de una incriminación carente de toda lógica jurídica.

De cualquier manera hay que tener en cuenta que el Código -y éste es justamente el sentido de la punición de conductas de blanqueo- exige, como se explicó en el tema anterior, que la conducta típica del art. 301.1 se realice "**para ocultar o encubrir**" el origen ilícito de los bienes procedentes del delito previo y esta exigencia es aplicable a todos los actos de blanqueo, no sólo a los incluibles en la expresión "cualquier otro acto" -como podría alguien querer deducir acudiendo a la literalidad del artículo-, sino también a los incluibles en las expresiones "adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir". Sólo cabe sancionar a quien con la conducta de "pretendido blanqueo" trata de ocultar que los bienes provienen del hecho previo y dificultar la acción de la justicia en la persecución de los delitos de tráfico de drogas, corrupción, etc. Lo dice la propia Ley de prevención del blanqueo de capitales en su art. 1.2 al afirmar que el concepto de blanqueo implica "propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes" (letra a) u "ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, localización o disposición de los bienes" (letra b), etc., siendo la idea rectora la de tutelar "la integridad del sistema financiero".

Todo ello ha de enlazarse con la previsión de la cláusula del art. 305.4 pfo. 1 que posteriormente se analizará más en detalle. Sancionar, no por delito fiscal, pero sí por blanqueo, a quien, por ejemplo, pretende regularizar su situación con las Haciendas va absolutamente en contra de la razón de ser de la previsión, por mucho que la misma sólo contemple exenciones de pena para el propio delito fiscal y falsedades conexas, e impediría afloramientos de capitales que no sólo no perjudican, sino que benefician los intereses de todos. Así lo ha entendido el legislador cuando reforma en 2012 el art. 305.1 pfo.1º incorporando la expresión final "salvo que hubiere regularizado su situación tributaria". También posteriormente se volverá sobre esto.

4. Normativa administrativa de referencia.

El art. 305 (y con él el art. 305 bis) describe una conducta que refiere una infracción administrativa a la que se le añade el *plus* de que exista una defrau-

dación, como luego se explicará, y de que ésta haya superado una determinada cantidad (ciento veinte mil euros con carácter general o seiscientos mil euros en el caso del art. 305 bis 1. a).

Para comprobar esa infracción administrativa, para comprobar si se ha eludido el pago de tributos, se ha obtenido una devolución indebida o disfrutado de un beneficio que no correspondía hay que atender a toda la normativa sobre recaudación de tributos. Desde la **Ley General Tributaria 58/2003**, de 17 de diciembre, con sus correspondientes modificaciones y **normativa de desarrollo**, hasta también toda la de procedencia autonómica, foral y local -también europea- en función del tributo que entre en consideración.

En este sentido, los arts. 305 y 305 bis son normas en blanco que exigen concretar, en función del hecho sujeto a imposición, cuál es la norma tributaria infringida, si es que la hay, y cómo (en qué cantidad) se ha infringido la misma.

Si no hay obligación tributaria previa es imposible la existencia de infracción tributaria y, con ello, de delito fiscal. Son las normas tributarias las que delimitan el presupuesto (existencia de obligación de tributaria) que condiciona la aplicación del delito fiscal. Otra cosa es la autonomía de la instancia penal para fijar los hechos probados (art. 180.1 LGT) y determinar la cuantía defraudada.

Y, por supuesto, la previsión de que pueda existir un delito fiscal obliga a la Administración tributaria a paralizar cualquier expediente sancionador, a trasladar el tanto de culpa a los tribunales de justicia y a esperar la decisión de éstos. Todas las cuestiones que se plantean aquí en torno a las relaciones entre Derecho administrativo sancionador y Derecho penal han de resolverse del modo habitual.

Sí es importante señalar que en el delito fiscal no opera, como regla general, la retroactividad de las normas de complemento, porque éstas responden a intereses tributarios concretos temporalmente establecidos sin que reformas sobre tipos de gravamen, beneficios, deducciones o incluso vigencia de impuestos deban afectar al juicio penal (véase la STS de 11 de marzo de 2014).

Así, por ejemplo, la STS de 13 de mayo de 2011, en relación con la derogación del impuesto de patrimonio señala acertadamente que "las normas tributarias se aplican a los ejercicios en los que están vigentes, sin que su sustitución posterior por otras más favorables para el contribuyente, si no disponen de su aplicación retroactiva, autoricen la aplicación de estas últimas a los ejercicios fiscales o períodos impositivos precedentes [...] la regla general es la no retroactividad, según el artículo 10.2 de la L.G.T.".

5. El deudor tributario como sujeto responsable de la infracción penal.

El sujeto activo de la conducta típica es el deudor tributario. Estamos ante un **delito especial** propio, que sólo puede cometer quien ostente la condición de obligado tributario. **El contribuyente, su sustituto o el responsable** del pago de la deuda tributaria, el beneficiario de la devolución o beneficio fiscal indebidos son quienes reúnen la condición subjetiva que permite la aplicación de estos preceptos. Es ésta la doctrina absolutamente dominante, refrendada judicialmente, a pesar de minoritarias opiniones a favor de entender que estamos ante delitos comunes.

Otra cuestión es quién vaya a responder finalmente por el delito cometido, qué papel juegan, por ejemplo, los asesores fiscales, y cómo se delimita la responsabilidad por actuaciones en nombre de otro. A ello se atenderá cuando se trate la cuestión de la autoría y la participación en estos delitos.

Véase la distinción, en el caso con que se inicia este tema, entre D. Lionel, obligado tributario, y D. Jorge, representante del anterior, pero también responsable penal.

Los arts. 305 y 305 bis exigen como presupuesto de aplicación la existencia de una **relación tributaria previa** y el sujeto pasivo de ésta (contribuyente, retenedor, etc.) será el posible sujeto activo de la conducta típica descrita en ellos (expresamente, la STS 1/1997, de 28 de octubre, en el denominado Caso Filesa).

Este sujeto pasivo será definido por la normativa tributaria como la persona que resulte obligada por ley al cumplimiento de las prestaciones tributarias, entre las que está el pago de la deuda (así, art. 35.1 LGT), sea como contribuyente, sea como sustituto (arts. 39 y 40 LGT).

Se trate de una persona física o de una persona jurídica, supuesto en el que, acudiendo al art. 310 bis (en relación con los arts. 31 bis ss.) estaremos ante una responsabilidad conjunta como luego se explicará.

Interesante es la STS 356/2013, de 19 de abril, sobre la responsabilidad en caso de transmisión de empresas, que obliga a atender el art. 130.5.

Ahora bien, no habrá que acudir a la regla del actuar en lugar de otro cuando realmente no estemos ante actuaciones de personas jurídicas, sino de meras pantallas interpuestas para ocultar la realidad fáctica de la obligación

tributaria, bastando el levantamiento del velo para conocer a la persona física auténticamente responsable de la defraudación (véase, por ejemplo, la STS de 5 de diciembre de 2012).

Como en el caso del tema ocurre con las "sociedades ficticias y de nula actividad" radicadas en Uruguay, Belice, Suiza y Reino Unido.

6. Conductas incriminadas.

Presupuesto para aplicar cualquiera de las conductas típicas a que posteriormente se hará referencia es entonces la existencia de una relación jurídica tributaria previa. Ha de haber una **obligación** (un deber tributario dicen algunos) de pagar, de retener, de ingresar, que se infringe.

En el caso, basada en los ingresos patrimoniales por gestión y explotación de imagen percibidos que obligan a tributar por IRPF.

A. El ***tipo básico*** *(art. 305.1)* del delito fiscal, existente dicha obligación, exige además una **defraudación por acción u omisión**, que especifica cómo ha de producirse, en relación **con un objeto concreto**, que ha de causar un **perjuicio patrimonial** y que ha de ser, necesariamente, **dolosa**.

a. En primer lugar, el precepto requiere una defraudación eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma. Eso es, un **impago o beneficio fraudulentos**.

El mero impago de lo que se debe a las Haciendas Públicas no es delito (así, claramente, la STS de 25 de noviembre de 2005).

Ni lo es impagar quebrando el deber jurídico de pago, como dirán algunos. Ni lo es incumplir las obligaciones tributarias.

Lo es impagar o incumplir de modo fraudulento, esto es a través de una maniobra defraudatoria, por acción u omisión, que impida conocer a las Haciendas la situación concreta que obliga a tributar. Ya sea falseando datos fiscalmente relevantes, ya sea ocultando hechos imponibles. En este sentido la STC 120/2005 señala que la noción de fraude contiene los conceptos de simulación y engaño.

Defraudar es engañar, es desarrollar un comportamiento idóneo para perju-

dicar los intereses patrimoniales de la Administración. No basta con comprobar la existencia de este perjuicio (así, la STC de 4 de octubre de 2010), que puede concurrir sin que el mismo sea imputable, o no sólo, al obligado tributario. Hay que comprobar el engaño, la simulación, la falsedad, la mentira, como parte del tipo objetivo -no de un tipo subjetivo que no requiere otra cosa que el dolo- y la vinculación a ella de un perjuicio patrimonial de la Hacienda afectada.

Que se puede defraudar por **acción** es evidente. Basta con alterar datos fiscales, falsear conceptos tributarios, etc. La cuestión de la **omisión** ha sido más controvertida. Pero es importante contemplarla, legalmente incluso, como hace el Código desde 1995 despejando cualquier duda al respecto, porque cada vez hay más tributos que exigen declaración e incluso autoliquidación. Puede cometerse el delito no presentando dicha declaración. Sin duda. Ahora bien, ni la falta de presentación de las declaraciones obligatorias conlleva automáticamente la existencia del delito (no cuando la Administración es o puede ser perfectamente conocedora del hecho imponible) ni la mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones excluye la defraudación, cuando ésta quepa acreditarla por otros hechos.

En relación con la omisión, la normativa tributaria distingue entre la infracción del art. 192 LGT de no presentar declaración y la falta de ingreso del art. 191 LGT, infracción más grave. Es necesario por tanto algo más: una defraudación, una simulación, una ocultación. En otros términos, una **omisión que implique fraude** (que sea idónea para defraudar). La mera omisión de la declaración de unos hechos cuyo desconocimiento para la Hacienda se derive de su desidia (p.ej., porque ya dispone de todos los datos pertinentes) sólo puede generar responsabilidad tributaria. Si no hay fraude no hay sanción sino responsabilidad administrativa (192 LGT). Incluso aunque la omisión conlleve una falta de ingreso.

En la STS de 25 de noviembre de 2005 se absuelve en un caso en que el enjuiciado no presenta una determinada declaración de IVA, habiéndose presentado las de ingresos a cuenta de años anteriores, habiéndose abonado el IVA del último año y habiéndose escriturado públicamente los pisos vendidos, hechos todos que conocía la Administración.

Lo mismo ocurrirá si no se declara el IVA pero se presenta el modelo de facturación anual 347.

O si el trabajador por cuenta ajena con una única vía de ingresos no presenta la declaración anual de IRPF pero el retenedor ha ido satisfaciendo el importe íntegro

de las retenciones practicadas a través de la presentación del modelo (dependiendo de cada Hacienda) correspondiente.

O si el contribuyente está sometido a especial tratamiento de vigilancia por tener la condición de gran contribuyente.

Pero, si la falta de actuación del sujeto pasivo de la relación tributaria es la que impide a los órganos tributarios conocer los hechos que fundamentan la obligación de tributar estaremos ante esa omisión relevante penalmente.

Así se acepta en la STS de 28 de octubre de 1997 (Caso Filesa); posteriormente, también en la STS de 25 de febrero de 1998. Se necesita una omisión, equivalente a la acción penalmente relevante, a la que se pueda imputar el resultado perjudicial para la Administración (comisión por omisión) contrastado el deber extrapenal del obligado tributario y su obligación de evitar el daño patrimonial (véase la STS de 25 de noviembre de 2005).

En la medida en que la Hacienda correspondiente tenga que ser quien investigue para poder conocer el hecho imponible o el dato fiscal relevante a efectos impositivos (para conocer o cuantificar la deuda tributaria), incumbiendo ello al contribuyente (así ocurrirá en supuestos de autoliquidación en que no sea posible el cruce de datos), habrá delito (p.ej., en relación a fondos opacos).

En relación con la presentación de declaraciones, afirma expresamente ahora el art. 305.1 pfo. 2 introducido en 2012, aunque sea de forma innecesaria, que la misma no excluye la defraudación que se acredita por otros medios. Pero quien reconoce la deuda, mediante una declaración o autoliquidación en la que no se tergiversan datos, no defrauda.

Así, si el perceptor de ingresos profesionales realiza el pago fraccionado a través del modelo correspondiente, cuantificando la existencia de retención que no se ha ingresado, no incurre en delito alguno, pues el dato que se comunica a la Administración impide afirmar la imposibilidad o dificultad para realizar las tareas oportunas de comprobación y verificación (así en la SAP de Madrid (Sección 23ª), de 20 de enero de 2010 en el Rec. 212/09).

Cuándo se defrauda, y cuándo no, no es fácil de establecer. Pero sí hay ya jurisprudencia consolidada sobre los supuestos más controvertidos.

Sobre el frecuente supuesto de la conceptuación como gastos vinculados a una actividad empresarial de lo que en realidad son gastos propios de consumo perso-

nal y familiar, véase la Sentencia dictada en conformidad en las Diligencias Previas 5404/2011 del Juzgado de instrucción 32 de Barcelona, en relación con los costes del personal empleado en el hogar.

Al margen de los supuestos evidentes de alteración u ocultación de hechos, la principal discusión se ha planteado, incluso tributariamente, a la hora de distinguir lo que es la planificación fiscal, la ingeniería fiscal o la económica de opción, lícitas e irrelevantes penalmente, **el fraude de ley** (en realidad, conflicto en la aplicación de la norma conforme al art 15 LGT, similar al 6.4 CC), más controvertido, **y la simulación** o negocio simulado que refiere el art. 16 LGT, relevante penalmente.

La tesis tradicional la expresaba la STS de 28 de diciembre de 2003, que señala: "En cualquier caso no puede compartirse el criterio del recurrente en el sentido de que el fraude de ley exime del delito fiscal [...] Y no cabe apreciar un menor desvalor en la conducta de quien de modo deliberado y consciente encubre la elusión típica mediante un fraude de ley respeto de quien simplemente omite realizar el pago con un mayor riesgo de ser descubierto [...] Pero desde luego el fraude de ley no impide la aplicación de las normas eludidas, incluidas las que sancionan penalmente la elusión fiscal en determinados supuestos".

Sin embargo, la STC 120/2005 de 10 de mayo cambia el criterio acertadamente y dice: "[...] mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento puesto que el artificio utilizado salta a la vista", entendiendo que en tales supuestos ha de proponerse la atipicidad de la conducta analizada. Sus argumentos son los siguientes: el fraude de ley tributaria no es diferente del fraude de ley del art. 6.4 CC, éste nada tiene que ver con el concepto de fraude o defraudación propios del Derecho Penal ni con la idea de simulación, en el fraude de ley no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso en aras a evitar que se aplique otro menos favorable (norma principal), el fraude de ley tributario persigue disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías que ofrecen normas tributarias utilizadas de forma diferente a la que sería su finalidad, la actuación es transparente y no existe simulación o falseamiento de base imponible, no hay violación directa del ordenamiento jurídico y no concurre el elemento subjetivo propio de la defraudación tributaria, esto es, el ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión encaminada a ello, sin que baste para el delito el perjuicio de los ingresos de hacienda. Concluyendo que no es posible incriminar las conductas de fraude de ley (en el mismo sentido, la STC 48/2006).

Sin variar teóricamente de criterio (y en un caso similar), la STC 129/2008, de 27 de octubre, amplía no obstante el concepto de defraudación entendiendo que "puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos" y concluyendo que "la falta de lógica económica más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos" podría considerarse elemento de simulación, aceptando en estos casos un delito, en contra de la doctrina dominante (sobre lo que es realmente una simulación, pueden verse la STC de 13 de febrero de 2006 y las SsTS desde la de fecha 12 de julio de 1992 hasta las más recientes de 1 de octubre de 2010 y de 20 de septiembre de 2012).

El fraude de ley es producto de una deficiencia legal o de técnica legislativa. Y no hay otra cosa en él que un concurso de normas cuya solución puede ser la que le dé la Administración tributaria, pero sin que ello implique apreciar una defraudación en quien optó por la norma preterida por la Administración. Así se expresa en el propio art. 15 LGT, que ya ni siquiera habla de supuestos de fraude de ley, sino de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, estableciendo las reglas a aplicar en tal caso.

Completamente diferente es el acto o negocio simulado. Aquí se falsea la realidad para que con la simulación se aplique una norma que no corresponde aplicar. Bajo la apariencia de un negocio determinado se oculta en realidad un negocio sin causa alguna o bien un negocio que sí la tiene pero que es completamente diferente a aquélla que pretende alegarse (simulación absoluta y simulación relativa). En toda simulación se pretende ocultar la verdadera causa del negocio que se celebra entre las partes y de este modo ocultar el hecho que debe dar objeto a una tributación concreta. Y esto sí es delito.

Es el supuesto del caso que se comenta en el tema, en que trata de hacerse ver que no existe obligación de tributación personal por IRPF atribuyendo los ingresos realmente percibidos a sociedades ficticias.

Por otra parte, decimos que el Código Penal exige una defraudación. Ahora bien, explicita cómo, en qué supuestos (taxativos y alternativos), ha de producirse ésta.

La defraudación ha de implicar la **elusión del pago de tributos**, esto es el evitar, eludir (siempre fraudulentamente, tal y como se ha definido antes) la obligación de pago que exige la realización del hecho imponible de que se trate.

Como en el caso, dejando de abonar las cuotas de IRPF de 2007, 2008 y 2009.

O bien la **elusión del pago de cantidades retenidas** o que se hubieran debido retener. Aquí el obligado tributario no lo es el deudor, sino el retenedor. Pero no se sanciona el hecho de no practicar la retención, sino el hecho de ocultar que se tiene que retener: por ejemplo, en supuestos de economía sumergida o, simplemente, cuando se engaña acerca de la base sobre la que se practica la retención. Dando igual que se retenga y no se ingrese o que ni siquiera se retenga.

O bien la **elusión de ingresos a cuenta** en supuestos de retribuciones en especie en todos aquellos casos en que no existe un rendimiento dinerario pero sí la obtención de regalos por imposiciones a plazo, etc., en que la retención también ha de versar sobre el valor del bien que se recibe.

O bien **obteniendo indebidamente devoluciones** vinculadas a supuestos de tributación. En casos, por ejemplo, de presentación de facturas falsas, ocultación de ingresos, etc., que no sólo impiden la tributación correspondiente sino que incluso generan un derecho (indebido) a una devolución de la Administración de cantidades ya ingresadas. Obviamente nada tiene que ver con este supuesto el engaño a la Administración para que entregue un importe no fundamentado en una relación tributaria (así, una subvención).

O bien, finalmente, **disfrutando indebidamente de beneficios fiscales** (en relación a reducciones, deducciones, bonificaciones, exenciones, desgravaciones, etc.), siempre que se genere el error que da lugar a la obtención del beneficio o se aproveche aquél en que incurre la Administración, a la que no se saca del mismo.

b. En segundo lugar, y como se ha venido explicando, el impago o beneficio fraudulentos hacen referencia a un concreto **objeto: tributos, cantidades retenidas, ingresos a cuenta, devoluciones, beneficios fiscales**.

Estamos ante **elementos normativos** a definir conforme a la regulación tributaria. Así, el art. 2.2. LGT incluye en el concepto de tributo las tasas, las contribuciones especiales y los impuestos. No, en cambio, otro tipo de deuda tributaria, como las que define el art. 58 (intereses y recargos).

Las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener hacen referencia a los importes derivados de pagos a otras personas que el retenedor está obligado a ingresar en la Hacienda correspondiente y que el sujeto pasivo de la retención posteriormente compensará con la cuota a satisfacer en la liquidación del impuesto.

Los ingresos a cuenta tienen que ver con los rendimientos en especie obte-

nidos por la utilización, consumo u obtención de bienes o servicios de forma gratuita o por precio inferior al derivado de su valor en el mercado.

Las devoluciones surgen de la liquidación negativa del tributo correspondiente.

Y los beneficios fiscales refieren toda clase de deducción, bonificación, exención o desgravación a tener en cuenta en la liquidación tributaria de que se trate.

En todo caso, no tiene por qué haberse ya producido una liquidación de la Hacienda, ni haberse requerido su pago por la Administración; es en la instancia penal donde se concreta (a través de la pericia correspondiente) el importe defraudado.

c. En tercer lugar, el impago ha de concretarse en un **perjuicio patrimonial** a la Hacienda correspondiente (en cuanto déficit de ingreso, mayor o menor), que es el resultado del delito y que se idéntica en el delito fiscal con la **cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado o las devoluciones o beneficios indebidamente obtenidos**, superior a ciento veinte mil euros.

> En el caso así ocurre en cada uno de los tres períodos impositivos, 2007, 2008 y 2009, en que se entiende quedan sin abonar, respectivamente, 1.064.628,62 euros, 1.584.601,09 euros y 1.536.775,41 euros.

Estamos ante un delito de **resultado**, en el que éste implica un perjuicio patrimonial, que se identifica con el importe defraudado.

La cuantía a la que hace referencia el legislador en el art. 305.1 (y en el art. 305 bis. 1, que incorrectamente se refiere sólo al concepto de cuota) que ha de defraudarse para que intervenga el Derecho Penal, **ciento veinte mil euros** en el tipo básico, **seiscientos mil euros** en la modalidad de la letra a) del apartado 1 del tipo agravado, es un **elemento típico**. No una condición objetiva de penalidad (ésta es la tesis, sin embargo, de la jurisprudencia dominante). Genera confusión a este respecto el Preámbulo de la LO 7/2012 que en su apartado III párrafos segundo y cuarto vincula la cuota tributaria del art. 305 (su impago) con el desvalor de resultado, mientras que su apartado IV alude a la cuota defraudada en el art. 307 como condición objetiva de punibilidad.

Como tal elemento típico ha de ser abarcado por el dolo del sujeto activo, que basta con que conozca y asuma que de su conducta se deriva un perjuicio (como en los delitos patrimoniales en sentido estricto o amplio).

Las defraudaciones que no alcancen dicha cuantía se remiten al Derecho administrativo sancionador.

El art. 305.2 (y en relación con él el art. 305 bis. 2) especifica **cómo ha de determinarse dicha cuantía** a efectos de comprobar que, efectivamente, se ha superado el importe que exige la intervención penal.

En primer lugar, explica que cuando se trate de tributación periódica o de declaración periódica ha de estarse a cada período impositivo, salvo cuando éste sea inferior a doce meses, en que ha de estarse a lo defraudado en el año natural (letra a, inciso 1º).

> Equipara aquí el legislador los supuestos en que el hecho imponible tiende a repetirse fraccionándose en períodos concretos (IRPF) y aquéllos en que el tributo grava hechos concretos, aun de devengo inmediato, siempre que su liquidación permita agrupar los que tienen lugar en un período determinado (IVA).

Salvo en los supuestos del art. 305 bis. 1 b) (defraudación en el seno de una organización o grupo criminal) o en los casos de defraudación por personas o entidades que actúen bajo apariencia de actividad económica real que no se desarrolla de forma efectiva criminal, en cuyo caso no ha de estarse al año natural, sino al período en que se alcance la cuantía en cuestión (letra a, inciso 2º).

En el caso de tributación no periódica, sino referida a hechos imponibles concretos con devengo instantáneo, habrá que estar a cada concepto susceptible de liquidación (letra b).

No cabe acumular ni tributos diferentes, ni períodos diferentes, ni Haciendas diferentes, ni cuotas diferentes, ni hechos diferentes para acumular los ciento veinte mil euros de defraudación requeridos.

A dicha cuantía ha de llegarse sólo, cuando de ello se trate, con el concepto de cuota tributaria, no con el de deuda tributaria (que engloba intereses y recargos) ni con el de la sanción tributaria que pueda corresponder. Dicha cuota se concretará como determine la normativa tributaria de aplicación.

Entendido cuál es el resultado del delito, el perjuicio patrimonial, y cómo se determina la cuantía que delimita la intervención penal, ciento veinte mil euros, hay que preguntarse cuándo se entiende producido el perjuicio que condiciona la perfección delictiva, esto es, **cuándo se produce la consumación** del delito (y, por tanto, hasta cuándo puede desistirse del intento delictivo y cuándo comienza el plazo de prescripción del delito).

La respuesta parece evidente cuando se produce el perjuicio. Hasta entonces, si existe conducta defraudatoria, habrá de aceptarse que no estamos sino ante una tentativa punible. La casuística plantea, sin embargo, varias cuestiones conflictivas.

En aquellos tributos en que el contribuyente declara el hecho imponible y la Administración cuantifica la obligación tributaria (IIVT), la consumación se producirá el último día hábil del período de pago. Da igual si dicha declaración ya conlleva una falsedad, da igual si se produce una omisión relevante cuando se produce la liquidación.

En tributos con autoliquidación (IRPF), el plazo será el mismo, el último día posible de pago (tanto en relación con cantidades insatisfechas como con beneficios indebidos). Aunque el declarante haya presentado una declaración (con liquidación) falsa y haya ingresado un importe menor del que estaría obligado a ingresar, hasta el día final de pago, en período voluntario, puede rectificar desistiendo de su inicial voluntad delictiva (así, las SsTS de 6 de noviembre de 2000, 19 de mayo de 2005 o de 25 de noviembre de 2005, frente a la STS de 30 de abril de 1999, que entiende consumado el delito cuando se produce la declaración).

En supuestos de declaración periódica de liquidación anual, no hay apenas ya discusión sobre ello.

En supuestos de declaración periódica pero de liquidación trimestral (IVA) la cuestión es más compleja, porque el art. 305.2 a) señala que el importe de lo defraudado ha de referirse al año natural. Esto implica que hasta dicho momento no se puede conocer si se han superado o no los ciento veinte mil euros de defraudación que exige el delito para que pueda aplicarse. Ello implica que también aquí habrá que estar al último día de plazo voluntario de pago del cuarto trimestre para comprobar la existencia del delito, de tal modo que la superación en un primer, segundo o tercer trimestre, individual o conjuntamente considerados, no basta para entender consumado el delito.

En supuestos de impago de cantidades retenidas la solución debe ser la misma.

Siempre, claro está, que no haya solicitud alguna de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en el período voluntario de pago.

El hecho de que pueda satisfacerse la deuda con recargo ejecutivo o recargo de apremio no impide la consumación del delito, a salvo de lo que posteriormente se diga en relación con la regularización tributaria (art. 305.4).

En casos de devolución, la consumación se producirá con la recepción de la cantidad indebida.

Estos son los criterios generales de consumación (y, por tanto, de comienzo del cómputo de la **prescripción**), que habrá que ir concretando atendiendo la especificidad de cada tributo. Hasta tales momentos, como antes se decía, cabe la tentativa; ahora bien, por una parte, es muy difícil deslindarla de los actos preparatorios impunes y, por otra, como siempre es posible pagar hasta el último día hábil de pago, en la práctica las defraudaciones que llegarán a los tribunales serán siempre consumadas.

Una matización hay que efectuar con la nueva previsión de los arts. 305.2 letra a) inciso 2º y 305.3 pfo. 1 inciso 2º que establecen que ante defraudaciones que se llevan a cabo en el seno de una organización o grupo criminal o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva (en definitiva, criminalidad organizada o actuación bajo apariencia de empresa, que en realidad es ficticia), no hay que esperar a la conclusión del año natural, sino que en cuanto se alcance la cifra, respectivamente, de los ciento veinte mil o cincuenta mil euros (no los cuatro mil del segundo párrafo) se podrá perseguir el delito, adelantándose, por tanto, el momento de su consumación.

En relación con los **diferentes plazos de prescripción** tributaria (cuatro años) y penal (cinco o diez años, según estemos ante el tipo básico o los tipos agravados) la discusión suscitada sobre si se puede cometer un delito en relación con la existencia de una deuda prescrita y, por tanto, no reclamable administrativamente, se ha resuelto mayoritariamente ya desde la STS de 26 de julio de 1999 a favor de entender que la prescripción tributaria en modo alguno puede condicionar la penal, cuya razón de ser obedece a razones diferentes, y zanjado definitivamente con el ATC 346/2006 en el mismo sentido.

En cuanto al complejo tratamiento de la prescripción en el delito de blanqueo de bienes en supuestos de autoblanqueo posesorio de una cuota tributaria defraudada, los argumentos que pudiera haber a favor de la imprescriptibilidad del delito de blanqueo en tales casos (siempre que existan fondos equivalente a la cuota defraudada en el patrimonio del blanqueador) en nada condicionan la prescriptibilidad del delito fiscal tal como se ha señalado.

Finalmente, la modificación mediante la LO 7/2012 de la regulación de la regularización tributaria, claramente ubicada en el Preámbulo de la Ley en el tipo de injusto y no en la punibilidad plantea un nuevo objeto de discusión

en cuanto si se entiende que el injusto no se produce hasta que sea ya imposible la regularización excluyente de responsabilidad penal, es posible entender que hasta dicho momento no se ha realizado plenamente el injusto típico y, por tanto, consumado el delito. A ello se hará referencia posteriormente, cuando se analice el art. 305.4.

d. Finalmente, y en cuarto lugar, el Código sólo sanciona comportamientos que acrediten un **dolo**, directo o eventual.

El propio concepto de defraudación, que implica una ocultación maliciosa, es incompatible con la idea de un mero actuar negligente. De ahí que no se contemple expresamente el castigo de acciones u omisiones imprudentes en estos delitos (como sí ocurre en el ámbito administrativo). Consecuentemente, el error de tipo, vencible o invencible, implica la atipicidad de la conducta enjuiciada (así, en la STS de 20 de enero de 2006).

> Teóricamente también el que tiene que ver con la entidad de la cuota defraudada, pero teniendo en cuenta que el dolo eventual sí se sanciona y que por tanto será difícil aceptar un error (aunque sea vencible) cuando el sujeto quiera alegar que sólo pretendía defraudar ciento diecinueve mil euros pero que, por error de cálculo, lo hizo en más de ciento veinte mil. En este sentido, no se requiere un exacto conocimiento de cuál será el perjuicio realmente causado (al igual que en los delitos patrimoniales).

Debe conocerse la existencia de la obligación tributaria y plantearse el perjuicio que necesariamente derivará del comportamiento defraudatorio.

Es posible dogmáticamente un error de prohibición a pesar de la incorporación de elementos normativos a la tipicidad (en supuestos de absoluto desconocimiento de la obligación de tributar), pero difícil de aceptar en nuestra sociedad actual.

Lo que no se exige en modo alguno es un específico ánimo defraudatorio adicional al dolo.

B. Los ***tipos cualificados*** *(305 bis)*, para los que se prevé una pena de hasta seis años, que eleva el plazo de prescripción del delito hasta los diez, abarcan tres supuestos, en relación a todos los cuales el legislador establece que les son de aplicación todas las previsiones del artículo 305 (art. 305 bis. 2). También se aplican, por supuesto, al fraude a la Unión Europea del art. 305.3 al que se hará referencia después.

Descritos en el art. 305 bis. 1, refieren lo siguiente:

a. **Gravedad de la cuantía**. Esta circunstancia atiende el especial desvalor de resultado y el legislador establece un criterio objetivo cifrado en que se alcancen o no los seiscientos mil euros de cuota defraudada.

b. **Utilización de organización o grupo criminal**. No se trata de penalizar la codelincuencia sino de agravar la actuación en el seno de una unión de personas (conforme a la definición que se establece en los arts. 570 bis. 1. pfo. 2 y 570 ter. 1. pfo. 2), grupo que facilita la comisión del delito.

> Supuesto característico de este tipo agravado es el de compra por el defraudador de facturas falsas (en los casos, habituales, de fraudes del IVA), en el que se acude para compensar el IVA repercutido con el IVA, inexistente, soportado teóricamente por dicho defraudador, a (falsas) empresas (inexistentes en realidad), que confeccionan las facturas vendidas en base a servicios realmente no prestados. La empresa o particular receptores utilizan las mismas para deducción de IVA (o de IS). Todo ello con diferentes entramados societarios complejos en las que aparecen las denominadas "sociedades trucha", en el ámbito intracomunitario, que, por supuesto, ni declaran ni ingresan IVA alguno.

c. **Utilización de personas interpuestas**. También acreditan estos supuestos un especial desvalor de acción por la manifiesta voluntad que se revela tanto para cometer el delito como, y aquí la importancia del supuesto, para dificultar la investigación y posible descubrimiento del fraude.

> Lo que se pretende es ocultar la identidad del obligado tributario utilizando para la percepción de ingresos personas interpuestas, físicas o jurídicas, o entes sin personalidad, sociedades pantalla, sociedades radicadas en paraísos fiscales, territorios de nula tributación o que garanticen la ocultación del sujeto pasivo del tributo; en definitiva, entramados que dificulten acreditar los ingresos realmente percibidos por quien tiene obligación de tributar por ellos. Todo ello con mayor o menor complejidad. También hay que ubicar aquí los supuestos de cesión de créditos, especialmente vinculados a la existencia de grupos de empresas ficticios con sedes en diferente localización en que, a conveniencia, se producen transferencias contables sin justificar, que inciden en el hecho imponible.

La STS 974/2012, de 15 de diciembre, da un buen ejemplo (en el caso Ballena blanca) sobre este supuesto agravatorio. A menor escala, también lo son supuestos como el del Caso que se comenta en este Tema.

C. Junto al tipo básico y los tipos gravados, prevé específicamente el Código Penal el ***fraude a la Hacienda de la Unión Europea*** *(art. 305.3)*.

La atención a los delitos contra sus intereses financieros ha sido y continúa siendo uno de los aspectos principales de la política criminal de la Unión (véase el tema 2).

La Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas conocida como del maíz griego (caso "Comisión contra Grecia", nº 68-88, de 21 de septiembre de 1989) estableció el principio de asimilación, en virtud del cual los Estados miembros debían castigar los ilícitos cometidos contra los intereses propios de la Unión Europea con las mismas sanciones que las que estuvieran previstas para la tutela de los bienes jurídicos nacionales en sus ordenamientos internos; es esta doctrina de la que se hizo eco el Tratado de Maastricht, que a su vez introdujo el principio de colaboración, recogido en su artículo 209A, que insta a las diferentes administraciones implicadas a aunar esfuerzos en la cruzada contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad adoptando "las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros".

No obstante, la técnica de la asimilación sólo solventa ciertos aspectos del problema de las lagunas de punición. En efecto, es cierto que al tipificar los Estados miembros las conductas lesivas para los intereses financieros comunitarios asociándoles las mismas penas previstas en sus ordenamientos jurídicos para sus bienes nacionales análogos se consiguió reducir la criminalidad, pero también lo es que al darse regulaciones distintas en cada uno de ellos gran parte de dicha criminalidad se desplazó a aquéllos en los que existían regímenes punitivos menos severos.

Por ello, junto a otras razones, también se ha ido apostando por la armonización legislativa en este ámbito.

En este escenario se aprobó el Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (95/C 316/03), basado en artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, que impuso a los Estados miembros la obligación de sancionar el fraude que afectase a los intereses financieros europeos, en los términos que se contemplan en su artículo 1.1.

Tras aprobarse el Protocolo de Dublín de 27 de septiembre de 1996, dedicado a los delitos de corrupción, el Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas hecho en Bruselas el 10 de junio de 1997, que incorporaba previsiones sobre el blanqueo, aborda en sus artículos 3 y 4 la obligación de los Estados de regular la responsabilidad de las personas jurídicas, manteniendo el concepto de "fraude" del artículo 1 del Convenio (artículo 1 párrafo único letra b).

El principio de asimilación para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea se trasladó con el Tratado de Ámsterdam al artículo 280.1 TCE, en

relación con el artículo 280.2. Además, cuando modifica el Artículo K del Tratado de Maastricht, dedicado a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, e introduce el nuevo Título VI, en el que se regulan las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal (con un nuevo artículo K.1), propicia un importante avance cualitativo en la política criminal europea pues plantea también la posibilidad de armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros, entre otras, en materia de fraudes.

Con el Tratado de Lisboa se acoge también el proyecto comunitario de armonización legislativa en materia penal en cuanto a los ilícitos contrarios a los intereses financieros europeos en los arts. 83.1 pfo. 2, 86 y 325.

Vinculada a la Comunicación de la Comisión sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas de 26 de mayo de 2011, se ha estado debatiendo durante varios años la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal presentada por la Comisión con fecha 11 de julio de 2012 - COM (2012) 363-, finalmente adoptada en mayo de 2017 y que, aprobada por el Parlamento, tras su paso por el Consejo, como Directiva 2017/1371, de 5 de julio, sustituirá al Convenio de 1995 con sus Protocolos de 1996 y 1997.

Ejemplo de la técnica de asimilación (privilegiada podría decirse por la diferencia de límites cuantitativos para fijar la infracción penal cuando se tienen en cuenta intereses financieros estatales o comunitarios), la tutela de la Hacienda de la Unión Europea se equipara en el artículo 305.3 (introducido en 1995 y reformado varias veces, la última de ellas con la introducción de un nuevo párrafo segundo que recoge las conductas del antiguo artículo 627) a la de la Hacienda estatal, autonómica, foral y local del artículo 305.1. Similar técnica se ha seguido en los artículos 306 y 309 (tras 2012 unificados con la desaparición de éste) en relación a la equiparación de los fondos (presupuestos) de la Unión con los de las Administraciones Públicas estatales.

Pero también en este ámbito se utiliza, como se decía, la técnica de la armonización, que es la que permite, en mínimos, la aproximación de las diferentes legislaciones para evitar paraísos delictivos. La regulación española, en este punto, cumple con creces el mandato de la Unión y prevé penas muy por encima de lo exigido por ésta tanto en el artículo 305.3, como en el artículo 306, como en el artículo 310 bis.

Téngase en cuenta, no obstante, que podría interpretarse que el Código Penal contempla la exención de responsabilidad penal por regularización tributaria, lo que no se prevé estrictamente en la regulación de la Unión.

Antes se decía que estamos ante una asimilación privilegiada. ¿Por qué? Porque siendo el resto de requisitos idénticos (el art. 305.3 pfo. 1º dice: "Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea"), la cuantía que delimita la intervención penal no es la de ciento veinte mil euros, sino la de cincuenta mil. E incluso se prevé un pfo. 2º para aquellos supuestos defraudatorios que sin llegar a alcanzar dicha cantidad superen los cuatro mil euros.

La defraudación afecta aquí a los ingresos procedentes de los llamados recursos propios tradicionales (exacciones económicas en cuestiones agrícolas, ingresos derivados de aranceles aduaneros, etc.). No a ingresos procedentes de los recursos propios de equilibrio o de naturaleza fiscal que dependen de cada Estado (así, el porcentaje sobre la base imponible del impuesto sobre el valor añadido o el porcentaje uniforme al producto nacional bruto).

D. En relación a la ***exención y atenuación por regularización***, en primer lugar, el art. 305.1 pfo. 1 inciso final señala que la pena prevista para quien defraude en los términos que se indican se le impondrá "salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo".

En el pfo. 1 de este apartado 4 se precisa que se considera regularizada la situación tributaria cuando se cumplan las tres condiciones que menciona y que con la nueva redacción dada al precepto aclaran muchas de las dudas interpretativas que planteaba el texto antes de 2012.

Esta previsión para que el, en principio, defraudador pueda evitar la pena prevista legalmente tiene una única justificación político-criminal: la de conseguir evitar un perjuicio patrimonial a las distintas Haciendas sin necesidad de acudir al procedimiento penal y a la exigencia de responsabilidad civil (embargo, etc.) a través del mismo.

El legislador exige para ello, primero, que se "**reconozca de modo completo la deuda tributaria**", esto es, que se presente la documentación necesaria, se practique la autoliquidación correcta, se declare el hecho imponible realmente acaecido.

Asimismo, que se proceda al "**completo pago de la deuda tributaria**". No sólo de la cuota (habrá que incluir, por tanto, intereses y recargos, de conformidad con el art. 58.2 LGT).

Ya antes de 2012, en que legalmente no se requería de modo explícito este pago total de la deuda (el texto hablaba únicamente de "regularizar" sin que se explicase en qué consistía esta regularización), la Circular 2/1999 de la Fiscalía General del Estado exigía el mismo para eximir de responsabilidad, además del reconocimiento de la deuda, admitiendo únicamente una atenuación (la genérica del art. 21.5ª) en caso de pago parcial o de falta de pago.

También era ésta la opinión de la jurisprudencia mayoritaria, aunque no de la doctrina dominante. Regularizar es pagar dirían las SsTS de 15 de julio de 2002, de 30 de abril de 2003 o de 29 de mayo de 2009. No basta con rectificar las declaraciones incorrectamente presentadas, añadirían.

La normativa tributaria, sin embargo, acepta la subsanación de declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas de forma incorrecta sin pago (art. 179 LGT), aceptándose incluso una rebaja del 25 por ciento en caso de ingreso total del recargo que proceda (art. 27.5).

En la doctrina se señalaba, por una parte, que no cabe la prisión por deudas y que lo decisivo por ello debía ser que se informara a la Administración para que pudiera hacer la liquidación oportuna; por otra, que si es indiscutido que la declaración sin pago no puede dar lugar a delito fiscal, siendo lo importante para éste la maniobra defraudatoria y no el impago, no puede ser el pago lo relevante para evitar el delito por regularización tributaria, sino el reconocimiento de la deuda.

El texto del precepto, sin embargo, tal como aparece redactado en la actualidad ya no permite discusión alguna.

Finalmente, que la regularización se haga **en tiempo oportuno** (da igual si de modo espontáneo o dirigido), esto es, dentro de los plazos preclusivos que delimita expresamente el pfo. 1º del apartado 4.

Primero, antes de que se haya notificado al deudor el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las dudas objeto de regularización (actuaciones que no paralizan la prescripción del delito). Si se trata de actuaciones de comprobación genéricas o referidas a ejercicios o tributos diferentes las mismas no tendrán efecto impeditivo alguno.

En caso de que no existan tales actuaciones, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interpongan querella o denuncia contra el deudor.

O bien, por último, antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Los efectos de la regularización, dirá el art. 305.4 pfo. 2, también serán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias prescritas. ¿Qué quiere decir esto? Que para evitar un delito fiscal que prescribe a los cinco (o diez años) el sujeto puede regularizar su situación tributaria en relación con deudas que hagan referencia a cinco años antes (o más en caso de los tipos agravados), aunque no tenga ya ninguna deuda con la Administración (pasados los cuatro años de prescripción tributaria). El propio art. 221.1 LGT admite que no estamos aquí ante ingresos indebidos. En todo caso, si la Administración no aceptara el pago, cabría consignación notarial o judicial del mismo a efectos de beneficiarse de los efectos de la regularización penal.

Por otra parte, como antes se apuntaba, ha de entenderse -a pesar de la confusión de la dicción legal y de que se pueda discutir esta interpretación-, que el legislador español contempla la exención de responsabilidad penal por regularización tributaria, ahora también, y tras la variación de la redacción de los artículos 305.1 pfo. 1, 305.4 pfo. 1 y 305.4 pfo. 3, en relación con los supuestos de fraude comunitario del número 3 del artículo y no sólo respecto a los del número 1, lo que no se prevé estrictamente en la regulación de la Unión (incumpliendo en cierta medida el mandato de ésta).

Fuera de los tres plazos indicados lo único que cabe es la atenuación específica y extraordinaria del art. 305.6 o las genéricas, ordinarias o cualificadas, del art. 21.4ª, 5ª o incluso 7ª (cuando no se actúe en los plazos que refieren éstas).

En cuanto a la **atenuación potestativa del apartado 6**, introducida en 2012, se exige un reconocimiento de hechos y el pago de la deuda antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado (véase la STS 340/2012, de 30 de abril). En la práctica judicial ello conlleva la aplicación de una pena en torno al cuarenta por ciento del mínimo previsto legalmente como pena base del tipo a aplicar (en privación de libertad y multa).

> En el caso que se está comentando, consta expresamente el ingreso por parte de los imputados de todas las cantidades (deuda tributaria, no ya cuota) exigidas en este plazo inferior a los dos meses desde la citación a declarar.

Por lo que respecta a la **atenuación genérica**, transcurridos los dos meses referidos, se traduce por regla general en una pena de en torno al sesenta y cinco por ciento de la prevista legalmente. Sobre todo cuando se dicta sentencia de conformidad. Claramente de nuevo interés institucional en el pago, incluso iniciado ya un procedimiento penal.

¿Qué conlleva en realidad la regularización? Tradicionalmente se ha venido afirmando que estamos ante una causa de anulación o levantamiento de pena (en la jurisprudencia se ha preferido hablar de excusa absolutoria), a ubicar en la punibilidad, de carácter personal y aplicable sólo al deudor que regulariza (no a otros intervinientes en el delito).

Esta tesis no puede seguir manteniéndose desde 2012. El apartado III del Preámbulo de la Ley Orgánica de Reforma 7/2012 señala que la regularización se configura como el reverso del delito de manera que se neutraliza el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Se pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido en relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto y hace desaparecer "el injusto". Ello se traslada a la nueva redacción del art. 305.1 pfo. 1º que exige para aceptar la tipicidad que no se haya regularizado la situación tributaria y a la del art. 305.4 que suprime toda referencia a la idea de "exención" tributaria que asociaba la regularización a una excusa absolutoria.

La actual regulación del delito de defraudación fiscal **impide afirmar la existencia de un injusto típico si la regularización se ha producido**. Estamos ante una especie de causa de atipicidad sobrevenida. Esto es algo ciertamente extraño en la estructura del delito pero existen ejemplos si no similares sí próximos en otros lugares del Código en que ocurre en cierta medida lo contrario (hurto de uso de vehículos de motor del art. 244.3, malversación temporal del antiguo art. 433).

Ello afectará a la extensión de la ausencia de responsabilidad en relación a otros delitos, a la extensión de las consecuencias de la regularización a otros sujetos y, en cierta medida, al momento de consumación del delito.

En relación a lo primero, el art. 305.4 pfo. 3 señala que la regularización impedirá que se persiga al obligado tributario por irregularidades contables o falsedades instrumentales que haya cometido en relación con la deuda tributaria en cuestión, aunque la deuda objeto de regularización sea inferior a ciento veinte mil euros (Disposición Final 2ª LO 10/1995), no por otras falsedades que nada tengan que ver con la defraudación, por ejemplo, del art. 258 del Código en el ámbito de los delitos de frustración de la ejecución.

El delito de blanqueo no aparece mencionado en dicho párrafo, pero puesto que la regularización impide hablar de injusto típico de defraudación tributaria, y aquel delito exige una actividad delictiva previa que no se habrá producido (la situación sería diferente si se entendiera que la regularización excluye sólo la punibilidad), tampoco será posible persecución penal aquí (hablamos siempre de deudas completamente regularizadas).

La exención de responsabilidad antes no podía extenderse a los partícipes implicados en el delito. Así lo entendía la Consulta 4/1997 de la Fiscalía General del Estado, que aceptaba en todo caso una atenuación. En la actualidad el principio de accesoriedad limitada en la participación impide, por inexistencia de hecho injusto, exigir responsabilidad alguna a quien interviene en la defraudación. En casos de regularización

extemporánea, el art. 305.6 permite también la atenuación extraordinaria antes referida a quien sin ser obligado tributario colabore activamente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables del delito, el completo esclarecimiento de los hechos o la averiguación del patrimonio de los responsables del delito. No debe llamar la atención la mención expresa a esta atenuación y ninguna referencia a la ausencia de responsabilidad de los partícipes en el art. 305.4 porque aquí, simplemente, no es necesaria.

Finalmente, en cuanto a la consumación se puede plantear la objeción de que esta tesis de la ausencia de injusto rechaza la perfección del delito hasta el último momento en que sea posible la regularización, haciendo imprescriptible en la práctica el delito (los plazos comenzarían a computar desde la intervención de la Administración tributaria o los Órganos judiciales, momento hasta el cabe regularizar). No tiene sentido, se dirá, entender consumado el delito si después una conducta del obligado tributario (la regularización) hace desaparecer el injusto. En la práctica, si hay regularización, no se plantea problema alguno sobre el momento de consumación del delito, porque éste no se persigue. Cuando no la hay, el problema de la consumación sí se puede plantear, pero debe entenderse que la regularización implica un retorno a la legalidad, una desaparición del reproche penal que ya se había producido, no una inexistencia absoluta de injusto. El art. 132.1 señala que la prescripción computa desde que se ha cometido la infracción y la infracción se comete cuando se impaga en plazo. Ahí ya se pueden instruir diligencias por delito de defraudación. Ahí ya se ha producido el perjuicio patrimonial.

7. Autoría y participación en el delito.

Ya se ha señalado que el delito fiscal es un **delito especial** y que es posible el error de tipo (cuando se desconozca algún elemento de la tipicidad objetiva) que elimina el injusto penal. ¿Qué consecuencias tiene esto en materia de autoría y participación?

El **obligado tributario** es quien tiene el deber de contribuir fiscalmente y de quien se ha de acreditar la relación o presupuesto previo que permite dar paso a comprobar los elementos de la conducta típica que definen el tipo a aplicar. El mismo se define en el art. 35 LGT. Él será el **autor directo** de la infracción cometida cuando actúe dolosamente.

Aunque estemos ante un delito especial no hay problema alguno, y así se admite ya por la doctrina y jurisprudencia y por el propio legislador (art. 65.3), en que quien no reúna dicha condición (***extraneus***) pueda ser responsable del delito a título de **partícipe** (inductor, cooperador necesario o cómplice).

¿Qué tratamiento ha de darse en este contexto al **asesor fiscal**? Sus funciones son las de consultoría, que abarca el asesoramiento y la planificación fiscal, asistencia, que abarca el cumplimiento de obligaciones y la representación, y defensa legal. En el curso de las dos primeras se puede plantear la responsabilidad de su actuación.

Dependerá de su contribución al hecho, pero ya las SsTS de 29 de mayo de 1996 y de 26 de julio de 1999 aceptaban su sanción como cooperador necesario o como cómplice en aquellos casos en que no se limita a la mera cumplimentación formal de las declaraciones impositivas en base a la información suministrada por el obligado tributario sino que, por el contrario, es quien diseña, aconseja o participa activamente en la estrategia que conduce a la defraudación.

La cuestión es que en ocasiones su actuación irá más allá de la del mero partícipe y que, aunque no sea él quien pueda infringir un deber extrapenal que realmente no tiene (por no ser obligado tributario), es realmente quien decide el sí, el cómo, el cuándo, el cuánto de la defraudación (por ejemplo, en supuestos de error del obligado tributario). En estos casos doctrina y jurisprudencia entienden complicado afirmar su consideración como autor y se limitan a afirmar una cooperación necesaria. Pero téngase en cuenta que ello requiere (accesoriedad limitada) responsabilidad del obligado tributario.

> Pensemos en supuestos en que la voluntad delictiva está no en el contribuyente y sí en el asesor, cuyos emolumentos dependen de la cuantía (defraudada) ahorrada sobre un determinado importe o en cualquier otro supuesto en que sea el asesor quien tiene interés en el ahorro fiscal ilícito.

Si es administrador o representante del obligado, ningún problema habrá en afirmar su responsabilidad acudiendo al art. 31 del Código Penal. Si no lo es sólo cabrá afirmar su autoría entendiendo que es él quien tiene el dominio del hecho (aun no siendo *intraneus*) que permite vulnerar el bien protegido (véase la STS de 20 de enero de 2006) atendiendo la contribución real de su aportación. Es difícil justificar esto dogmáticamente pero la combinación de lo que representa la autoría mediata (actuación a través de otro) y la actuación por otro (sin consentimiento de éste) debe poder permitir sancionar estos supuestos. Sí estamos ante un delito especial, pero ello no significa entender que estemos ante una pura infracción de un deber extrapenal; la idea de dominio del hecho debe seguir presente en estos delitos (habrá quien los defina como delitos de naturaleza mixta, aunque no es necesario esto) y per-

mitir afirmar la responsabilidad de quien realmente lo tenga a través de la representación o de la instrumentalización de otro.

8. Consecuencias jurídicas.

A. Las ***penas*** que prevé el art. 305.1 pfos. 1 y 3 son las de prisión de uno a cinco años, multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada (cuota, devoluciones o beneficios) y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años (penas previstas en el art. 33.3 en sus letras a, j y, entre 2010 y 2015, también m).

Ello determina, como se decía, que el delito prescriba a los cinco años (art. 131.1 pfo. 4). Ya se ha señalado que a ello no obsta la prescripción a los cuatro años de la infracción tributaria (art. 66 LGT). Así, la STS de 26 de julio de 1999 y los AaTC 346 y 347/2006.

El art. 305.3 pfo. 1 prevé las mismas penas en caso de defraudación superior a cincuenta mil euros a la Hacienda de la Unión Europea. En caso de que la defraudación, sin llegar a dicha cantidad, supere los cuatro mil euros, las penas serán de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años (art. 305.3 pfo. 2).

El art. 305 bis 1 pfo.1 y 2 pfo. 2 prevé penas para los tipos agravados de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años. Incrementándose el plazo de prescripción del delito, por tanto, hasta los diez años (art. 131.1 pfo. 3). Obsérvese que el plazo de prisión de hasta seis años no es casual; estamos ante el límite que permite procesalmente las conformidades penales, tan frecuentes en estos delitos.

B. En 2015 se introduce un nuevo art. 308 bis aplicable a todos los delitos del Título que complementa la regulación de los arts. 80 y siguientes del Código Penal sobre la ***suspensión de la ejecución de la pena***.

Se insiste en el precepto en la necesidad, para la concesión de la suspensión, de que se haya abonado la deuda tributaria (o, en relación a los arts. 307, 307 bis, 307 ter y 308, la deuda con la Seguridad Social o las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas). El requisito se entiende cumplido cuando exista compromiso de pago (obsérvese que no se habla de la multa ni de las costas procesales y sí sólo de la deuda tributaria y de las responsabilidades civiles) de acuerdo a la capacidad económica del penado y sea razonable el cumplimiento del mismo. Pero esto es algo que ya recoge la regla 3ª del art. 80.2 tras la modificación de este precepto en 2015, con lo que en realidad nada aporta el art. 308 bis. No se aceptará lógicamente la suspensión, y esto sí es específico de este artículo, cuando conste que a este respecto se ha facilitado información inexacta o insuficiente (lo que implicará falta de compromiso, por lo que es redundante la precisión).

Tampoco aporta nada específico la previsión de su apartado 1 regla 2ª, en relación con la revocación y posible denegación de la libertad condicional en caso de incumplimiento de pago (ya prevista en los arts. 86.1 d) y 90.1 pfo. 3).

Sí la del apartado 2, en relación con la necesidad de que se oiga a la Administración correspondiente a efectos de que facilite información patrimonial para que, en su caso, se pueda acordar una propuesta de fraccionamiento de pago.

C. La ***responsabilidad civil*** dimanante del delito de defraudación tributaria supera el concepto de cuota tributaria del art. 305.2 y tiene que ver con el de deuda tributaria, abarcando intereses y recargos.

A efectos de cumplimiento de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta la distinción entre autores y cómplices en cuanto la responsabilidad será solidaria entre los primeros (incluyendo personas físicas y jurídicas), pero subsidiaria de los segundos.

> Hay que tener en cuenta también que en la práctica judicial las conformidades no serán posibles si no hay satisfacción -además de la responsabilidad civil- de las costas procesales en las que, aquí, hay que incluir las de la abogacía del Estado o las de la representación de la Hacienda perjudicada, personadas en la causa como acusación particular.

En relación con el **procedimiento de *cobro de las deudas tributarias*** en 2012 se introducen los nuevos apartados 5 y 7 del art. 305 que especifican lo siguiente.

En primer lugar, el art. 305.5 establece que se pueden ejecutar de forma independiente las cuantías que tengan que ver con el delito contra la Hacienda Pública de que se trate y aquellas otras que no tengan que ver con él. Pero, en ambos casos se puede proceder a la acción de cobro correspondiente tal como se regula en la normativa tributaria sin que la existencia del procedimiento penal (que sólo afectará a la paralización del expediente sancionador) paralice la misma. Ello, sin perjuicio de que finalmente el cobro se ajuste a lo que se haya decidido en el proceso penal y sin perjuicio, tampoco, de que el juez competente pueda acordar la suspensión de la acción de cobro (con exigencia o no de algún tipo de garantía). En definitiva, y aunque no sea exactamente lo mismo, una injustificada especie de *solve et repete* trasladada al ámbito penal en favor de la Administración, que generará no pocos problemas en caso de sentencias absolutorias o con discrepancia de cuantías respecto a la pretensión de la Administración.

En segundo lugar, el art. 305.7 especifica que la responsabilidad civil comprende el importe de la deuda tributaria que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal (si hay prescripción no puede haber deuda y, por tanto, la expresión no es afortunada), con lo que declara expresamente que en relación con delitos vinculados a hechos cometidos entre cuatro años y cinco (o diez) antes, aunque realmente no existe deuda tributaria (por prescrita), la responsabilidad civil derivada del delito (no prescrito) comprende dicha (no) deuda, prescrita.

Además, que para el cobro tanto de esta responsabilidad civil como de la multa (penal) procedente los tribunales recabarán el auxilio de la Administración, que acudirá al procedimiento de apremio.

> Esto es, no existiendo ya ninguna deuda con la Administración (y no hay deuda porque lo dice expresamente el art. 59 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; no es que se haya extinguido la acción para el cobro, como ocurre con la prescripción en sede civil; es que se ha extinguido la deuda en sí), ésta podrá reclamar dicha deuda inexistente, cuyo cobro se garantizará con el procedimiento de apremio. No es que estemos ante un deudor privilegiado. Es que vamos a estar ante un "no deudor" reconvertido en deudor por la existencia de una condena penal que, de no existir, impediría obviamente el cobro de dicha "no deuda". Pero esto, claro está, si la "no deuda" excede los ciento veinte mil euros, porque si no llega a ellos, la "no deuda", pasados cuatro años desde el impago, seguirá siendo "no deuda" y no se podrá reclamar. Paradójico, cuando menos.

Obviamente, lo que no será posible es la imposición de sanción administrativa alguna, a pesar de la absolución penal, en caso de prescripción tributaria.

9. Responsabilidad de las personas jurídicas.

En 2010 se introduce el artículo 310 bis, para todos los delitos del Título XIV, arts. 305 a 310, que prevé para la persona jurídica multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión de más de dos años, multa del tanto al cuádruple si la pena de prisión es superior a cinco años y multa de seis meses a un año, en los supuestos del artículo 310. Ello, además de la posibilidad de imponer, de conformidad con el artículo 66 bis, las penas de las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33.

Llama la atención la modificación de este precepto con la Ley Orgánica 7/2012, tras dos años de vigencia (sin aplicación) y a efectos únicamente de endurecer las sanciones previstas.

> En el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995, nada se dice sobre la responsabilidad de las personas jurídicas.
>
> En cambio, en el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 19 de junio de 1997, sus artículos 3 y 4 sí contemplan la obligación de los Estados de regular dicha responsabilidad.
>
> También los artículos 18 y 19.2 del Convenio sobre corrupción, en relación con su artículo 14, en cuanto concierne al delito contable.
>
> Y la Directiva de 2017, en sus arts. 6 y 9.

En cuanto a las **penas** que contempla, el artículo 310 bis utiliza tanto la multa proporcional como la multa por cuotas, sin que pueda entenderse el porqué de la distinción. Salvo en base al razonamiento de entender que el delito contable es un delito de mera actividad del que no se deriva resultado alguno y preparatorio de ulteriores delitos fiscales. Es cierto. Pero también lo es que el propio precepto acude a cuantificar los importes falseados para delimitar la intervención penal.

En cuanto a la multa proporcional, prevista para el resto de supuestos, se aplicará la letra b) del artículo 310 bis con previsión de multa del doble al cuá-

druple en los tipos agravados de los artículos 305 bis, 307 bis y 307 ter 2. La multa proporcional del tanto al doble se aplicará al resto de supuestos. Penas progresivas, y no es lo habitual, haciendo coincidir el límite superior de una con el límite inferior de otra.

La previsión original de responsabilidad del art. 310 bis no se extendía a las faltas de los artículos 627 y 628 del Código, en relación a defraudaciones a la Hacienda europea superiores a 4.000 euros pero inferiores a 50.000. Fue la decisión que tomó el legislador para todas las faltas.

La Ley Orgánica 7/2012 derogó ambos preceptos, pero trasladando su contenido al nuevo párrafo segundo que se prevé tanto en el artículo 305.3 como en el artículo 306, con lo que en principio las conductas defraudatorias superiores a cuatro mil euros, siendo ya delitos, deberían quedar afectadas por el nuevo artículo 310 bis. Sin embargo, el legislador, consciente o inconscientemente, asigna a ambos supuestos penas inferiores a dos años de prisión, con lo cual no cabrá imposición de pena alguna para la persona jurídica, ya que el artículo 310 bis sólo la contempla, con la excepción del artículo 310 afectado por su letra c), para supuestos con pena de prisión de más de dos años.

Prevé además la posibilidad de imponer, conforme a lo establecido en el artículo 66 bis, las penas de las letras b), c), d), e) y g) del artículo 33.7, sin mención a la letra f). Es así ya que el penúltimo párrafo del precepto obliga específicamente -como lo hace respecto a las personas físicas en el artículo 305.1 pfo.3 y en el art. 305.3 pfos. 1 y 2 (también en el artículo 306 párrafo primero, en el artículo 307.1 y en el artículo 308.3)- a imponer la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Y, potestativamente, la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

Interesante es el Auto de 20 de febrero de 2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 en que se tiene por dirigido el procedimiento contra el Fútbol Club B. en el que se le insta a que designe representante a efecto de dar a las actuaciones el curso procesal oportuno. Hasta ahora, incluso en procedimientos en que ha de imputarse a personas jurídicas, los Juzgados de instrucción, incorrectamente, han seguido citando al representante legal de la persona jurídica, lo que contradice lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que deja la opción de designar un representante procesal específico.

No debe pasar desapercibido que éste es uno de los delitos en los que además de responder penalmente la persona jurídica también lo hará quien ac-

túe como **administrador** de hecho o de derecho de la misma (art. 31). La discusión que necesariamente tiene que plantearse -no legalmente, porque el legislador es claro - es la que hace referencia a la posibilidad de imponer dicha doble sanción, a persona física y persona jurídica, en el caso de los delitos especiales. Ya se estableció la previsión, primero con el viejo art. 15 bis y luego con el actual art. 31, de que cuando el delito lo cometa una persona jurídica, antes irresponsable penalmente, la pena habría de imponerse a quien, aun sin reunir la condición exigible por el delito especial -aquí ser deudor tributario- realizara la conducta típica actuando como administrador. Pero éste fue un recurso para evitar la impunidad de la conducta. Seguir manteniendo la ficción del art. 31 existiendo ya un art. 31 bis es difícil de justificar en estos casos.

10. Concursos.

El **año natural** delimita el período a tener en cuenta para confirmar la existencia de la cuota que supere los cuatro mil, cincuenta mil, ciento veinte mil o seiscientos mil euros de los distintos tipos de defraudación tributaria. Distintas declaraciones fraudulentas que puedan superar dichas cantidades en el plazo referido no se pueden tener en cuenta a efectos de entender cometido más de un delito (ni siquiera en el caso actuaciones en el seno de organizaciones o grupos criminales o bajo la apariencia de actividades ficticias en que no ha de estarse al año para poder proceder penalmente una vez alcanzada, dentro de él, la cuantía en cuestión).

Por supuesto, como antes se ha dicho, no cabe añadir conceptos tributarios diferentes ni años diferentes para alcanzar dicha cuantía.

Respecto de delitos cometidos en períodos impositivos distintos o por distintos conceptos es costumbre afirmar, sobre todo jurisprudencialmente (así, la STS 1629/2010, de 10 de octubre en el caso Inverbroker), más que doctrinalmente, que no cabe aceptar el delito continuado sino que hay que acudir al concurso real de delitos. La única explicación que se da es la existencia de una regla específica de determinación de cuantías en el art. 305.2 a). Sin embargo, ésta afecta sólo a un año natural y a un tributo. Si existe un plan preconcebido no se acierta a entender por qué no ha de caber el **delito continuado** en el resto de supuestos, conforme prevé el art. 74. Así lo acepta buena parte de la doctrina e incluso alguna resolución judicial, ciertamente minoritaria. Por supuesto, de no darse los presupuestos del art. 74, siempre habrá que acudir a las reglas del concurso real.

En cuanto a la relación de los delitos de defraudación con las falsedades que se hayan podido cometer para facilitar la misma, dependerá de la naturaleza de la falsificación y del documento falsificado. En principio, y a salvo de matizaciones específicas de cada caso concreto, habrá que sostener estamos ante un **concurso de normas** en la relación de los arts. 305 y ss. con el art. 310, pero de delitos en el resto de supuestos de falsedad (no ideológica) punible (véase el tema 17).

En lo que concierne a la frecuentemente planteada relación con los delitos, ahora, de frustración de la ejecución o de insolvencia, de producirse las conductas defraudatorias en fase de liquidación (no de recaudación en que ya no cabrá aceptar delito fiscal alguno) habrá de aceptarse un **concurso de delitos**, por regla general ideal.

11. Falsedades contables (art. 310).

Es en el tema 17 donde se estudian conjuntamente todas las falsedades punibles del Código. Aquí procede únicamente señalar que los delitos de defraudación tributaria consumen el desvalor del posible delito contable cometido para llegar a ella.

II. Delitos contra la Seguridad Social.

Caso de la Operación Nota

"Hernán [...] mayor de edad y sin antecedentes penales, puesto previamente de acuerdo con diversos miembros de su familia y entorno, entre ellos los también acusados [...] urdieron un plan directamente encaminado a conseguir de manera fraudulenta y mediante engaño la obtención de las prestaciones y subsidios por desempleo mediante la creación de un entramado de sociedades con la finalidad de defraudar al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social a cambio de una cantidad de dinero no determinada que, en cada caso era entregada por el supuesto trabajador.

Para ello, estos acusados, valiéndose de dos personas interpuestas [...] procedieron, con el desconocimiento de éstos, a darles de alta como empresarios individuales, a través de las razones sociales [...], empresas ambas sin actividad real ilocalizables, sin domicilio social y fiscal real, sin centro de trabajo y sin los medios materiales necesarios para prestar los supuestos trabajos en el sector de la construcción. Seguidamente los acusados referidos, simulando íntegramente una relación laboral inexistente, conociendo que nunca iban a ser prestados los trabajos, tramitaron en

la Seguridad Social numerosas altas de trabajadores previa la elaboración del correspondiente contrato de trabajo ficticio que era presentado ante el Servicio Público de Empleo Estatal (en lo sucesivo, SPEE), manteniendo a los trabajadores en esta situación de alta laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo y sin abonar nunca las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. A continuación, simulando igualmente el cese en la relación laboral, los acusados presentaron ante el SPEE la documentación necesaria para la consecución de su objetivo, en particular el documento elaborado en su integridad por el trabajador a quien beneficiaba de común acuerdo con los organizadores, en el que se acreditaba el cese de la relación laboral así como el certificado de empresa facilitado por el empresario en el que constaba el tiempo de trabajo, la cualificación profesional y la remuneración percibida por los supuestos trabajadores, de forma que obtuvieron y les fueron abonadas las prestaciones y subsidios de desempleo y generaron periodos de carencia para la percepción futura de prestaciones por desempleo y de seguridad social (incapacidad temporal o permanente, maternidad, jubilación, viudedad) [...]

El total de las prestaciones y subsidios concedidos indebidamente asciende a la cantidad de 345.601,74 euros. A través de esta razón social [Cesáreo] han sido dados de alta un total de 78 trabajadores desde el 22 de octubre de 2004 hasta el 28 de enero de 2008 sin que esta razón social haya abonado a la Seguridad Social cantidad alguna en concepto de cuotas de la Seguridad Social.

El total de las prestaciones y subsidios concedidos a través de dicha razón social [Dimas] indebidamente asciende a la cantidad de 607.512,86 euros. Desde el 13 de diciembre de 2005 hasta el 28 de febrero de 2009 han sido presentados 103 formularios de solicitud de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de trabajadores [...]".

Extracto literal de la Sentencia nº 184/2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de 8 de marzo de 2013, en la causa dimanante del Procedimiento Abreviado nº 56/11 del Juzgado de instrucción nº 3 de Granada.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Con una estructura similar, los delitos contra la Seguridad Social se ubican en los arts. 307 y 307 bis (prácticamente idénticos a los arts. 305 y 305 bis) y en el nuevo delito del art. 307 ter, incorporado al Código en 2012.

2. Evolución legislativa: la importancia de las reformas de 2010 y 2012.

Estos delitos surgen con la Ley Orgánica 6/1995 antes de incorporarse al Código Penal de 1995, reformándose en 2003, 2010 y 2012 en la misma línea que el delito

fiscal. Su razón de ser ha de buscarse en la discusión sobre la posibilidad de sancionar a través del delito de apropiación indebida o de los delitos contra los derechos de los trabajadores, según los casos, conductas sobre todo vinculadas al impago de las denominadas "cuotas obreras" de la Seguridad Social. Las dificultades de estas soluciones, el entendimiento de la necesidad de tutelar de modo autónomo el patrimonio de ésta y sobre todo su vinculación con los delitos contra las Haciendas, en cuanto Administraciones públicas, favorecieron la aparición de estos preceptos.

3. Bien jurídico protegido y sujeto pasivo del delito.

La discusión sobre el bien jurídico protegido en estos delitos ha discurrido de forma paralela a la de cuál es el objeto de protección en el delito fiscal.

Puede afirmarse que, con independencia de que pueda hablarse de bienes jurídicos mediatos o de intereses indirectos de protección, centrados en las funciones que cumplen las cotizaciones en el Sistema de Seguridad Social, la función recaudatoria de ésta, el deber de prestación económica de los deudores, etc., el bien directamente tutelado es el **patrimonio de la Seguridad Social** (entendido desde una perspectiva funcional), del Fondo de Garantía Salarial y del Instituto Nacional de Empleo, en lo que concierne a la recaudación de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta.

Sujeto pasivo lo serán, por tanto, la **Tesorería General** de la Seguridad Social en cuanto acreedora de la prestación pecuniaria defraudada. Pero también **el FOGASA y el INEM** por los conceptos de recaudación conjunta, aunque no sean ellos los recaudadores de estas prestaciones, función que recae en la propia Tesorería.

Nunca, por supuesto, el trabajador, ni en caso de apropiación de las cuotas obreras, cuyos intereses podrán ser protegidos, colectivamente, a través de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

4. Normativa administrativa de referencia.

También en estos delitos nos encontramos ante una tipicidad que necesariamente ha de tener en cuenta la normativa administrativa. En concreto, el Texto Refundido de la **Ley General de la Seguridad Social** de 1994, pero también, entre otros, el Texto refundido de la **Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social** de 2000.

La normativa administrativa determinará la existencia de la relación que

obliga a los pagos preceptivos, la que permite disfrutar de prestaciones del sistema de Seguridad Social, etc.

5. Sujeto responsable de la infracción penal.

El sujeto activo de la conducta típica es la **persona obligada** como responsable directo (no solidario o subsidiario) a ingresar la cotización (registrada como tal en el sistema de la Seguridad Social, para lo que habrá que atender los distintos regímenes existentes al efecto en relación con los trabajadores por cuenta ajena, autónomos, artistas, representantes del comercio, etc.), en el caso de los arts. 307 y 307 bis, y quien disfruta de la prestación indebida en el caso del art. 307 ter. También aquí estamos ante un delito especial propio, que sólo puede cometer quien ostente la condición de obligado al pago, salvo en el caso de este último artículo en el que cualquiera, falseando la condición que le legitima al cobro indebido, puede cometer.

En el caso de la Operación Nota no existe obligación de cotizar porque no hay relación laboral alguna; lo que hay es obtención de prestaciones en base a una relación laboral, en realidad, inexistente.

6. Conductas incriminadas.

Al igual que en el delito fiscal, la consideración de este delito exige como **presupuesto previo** la existencia de una relación jurídica con la Seguridad Social basada en la **obligación de cotización** (salvo en el 307 ter). Es ella la que determina el sujeto pasivo del delito pero también quién puede ser sujeto activo del mismo. Lo que en modo alguno se requiere es que se hayan cumplido los deberes laborales necesarios al respecto de afiliación o alta, porque el inicio de la actividad laboral hace nacer la obligación de cotización (con independencia de que el incumplimiento pueda dar lugar al delito correspondiente en el ámbito de los arts. 311 y ss.).

A. El ***tipo básico*** *(art. 307.1)* de los delitos de fraude a la Seguridad Social es similar al de defraudación tributaria (art. 305.1). Requiere un perjuicio derivado de una defraudación en relación con dicha obligación de cotización.

a. En primer lugar, se requiere un **impago o beneficio fraudulentos** eludiendo el pago de cuotas de la Seguridad Social, conceptos de recaudación

conjunta, obteniendo devoluciones indebidas o disfrutando de deducciones a las que no se tiene derecho.

Seguimos estando ante comportamientos defraudatorios (activos u omisivos), en los mismos términos que en el art. 305. Esto es, el mero impago, reconociendo la obligación y sin ocultar los datos que permiten a la Seguridad Social tener conocimiento de ella no es delito.

Es cierto que también aquí el art. 307.1 pfo. 2 establece que la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, pero también lo es que el propio precepto exige que la defraudación pueda acreditarse por otros hechos.

Comportamientos defraudatorios que han de traducirse en la causación de un **perjuicio** patrimonial. Por supuesto, **dolosos**, sin que sea necesario exigir ningún otro ánimo subjetivo. Basta que el dolo se refiera, en los mismos términos que se explicaban al comentar el art. 305, a todos los elementos de la tipicidad objetiva.

Esa defraudación se ha de producir **eludiendo un pago** obligatorio de las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta. Esto es, incumpliendo un deber e impidiendo o dificultando que la Entidad pueda tener conocimiento de la obligación o del alcance de ésta.

> Los casos más evidentes serán los de la economía sumergida, en que la Administración desconoce la actividad que hace nacer la obligación de cotización. Pero también darán lugar al delito supuestos en que, simplemente, se alteren bases por reducción de horas, etc. No, en cambio, aquéllos en que se solicitan aplazamientos o fraccionamientos. Ni siquiera aquéllos en que se mantiene un determinado ritmo de cotización que desaparece sin causa que lo explique, por cuanto aquí la Administración puede perfectamente conocer el incumplimiento y exigirlo.

También puede producirse **obteniendo devoluciones** indebidamente (por ejemplo en casos en los que se entiende, incorrectamente, que se ha producido un ingreso excesivo), siempre que obedezcan a la maniobra del obligado, no únicamente al error de la Administración (en su caso, supuesto de apropiación indebida).

O, finalmente, cuando **se disfrutan deducciones** (no los beneficios del art. 305 ni las ayudas del art. 308) vinculadas a la obligación de cotización: bonificaciones o exenciones. En supuestos de incumplimiento de los requisitos que dan derecho a ellas; tanto en casos de solicitud fraudulenta como de autoaplicación también fraudulenta.

En relación con la consumación también habría que reproducir aquí cuanto se ha afirmado en la explicación del delito de defraudación tributaria (fin del plazo de presentación voluntaria de ingreso, percepción de la devolución indebidamente obtenida, consignación de liquidaciones incorrectas aplicando deducciones indebidas), con la particularidad, que se comentará más adelante, de que el art. 307.2 obliga a atender no un año natural, sino cuatro.

b. La elusión de pago y la devolución o deducción indebidas hacen referencia a un concreto **objeto: cuotas y conceptos de recaudación conjunta**.

La cuota es el importe con el que se cotiza (no, lógicamente, la base) y comprende tanto cuota del trabajador como, en su caso (no, por ejemplo, en determinados regímenes especiales), la cuota empresarial, sea en relación a contingencias comunes sea en relación a contingencias profesionales, estructurales, no estructurales, etc. La remisión aquí a la normativa administrativa es imprescindible, en especial en lo que concierne a las bases obligadas de cotización. Ninguna discusión hay ya en relación con la apropiación de la cuota del trabajador, que durante un tiempo se defendió (doctrinal y judicialmente) representaba un supuesto de apropiación indebida (véase la referencia a esta cuestión del tema 6).

Los conceptos de recaudación conjunta hacen referencia a las aportaciones dirigidas a cubrir cotizaciones por desempleo o abono de salarios por despido en caso de concurso (FOGASA) y acciones dirigidas a la formación profesional (INEM). Hay sentencias que incluyen también recargos de mora, apremios e intereses, aunque con ello se distancien del concepto que mantiene el legislador para definir el fraude fiscal.

c. En relación con el **importe de la cuantía defraudada**, de nuevo exige el legislador que se supere una cantidad; aquí, **cincuenta mil euros**. Todo cuando se ha señalado en relación con el delito de defraudación tributaria habría que reproducirlo de nuevo. Tanto en relación con el concepto de cuota (que en sí excluye intereses, recargos y sanciones) como en lo que se refiere a la condición de la cuantía como elemento de la tipicidad.

Sí hay una salvedad, al margen por supuesto de la distinta cuantía que se tiene en cuenta (reducida desde los ciento veinte mil a los cincuenta mil euros en 2012). El art. 307.2, que también se introduce en 2012 establece, de modo muy cuestionable, que para determinar dicha cuantía hay que tener en cuenta el montante total defraudado durante **cuatro años naturales** (se entiende que consecutivos).

Siendo esto así, y habiendo necesariamente que esperar a la conclusión del cuarto año para la comprobación, el momento de consumación del delito no puede sino fijarse en el de finalización del período hábil para satisfacer la última de las obligaciones del cuarto año. Será por tanto imposible plantearse cualquier posibilidad de delito continuado o de concurso real en relación a defraudaciones que vayan superando dicha cantidad durante ese período. Con ello, la medida agrava pero también atenúa la situación del defraudador a la Seguridad Social frente a la del defraudador fiscal. Es cierto que lo que serían infracciones administrativas anuales pueden convertirse en delito con el cómputo en cuatro años; pero también que la medida evita el concurso de distintos delitos (durante esos cuatro años).

Por supuesto, para el cómputo del montante de la defraudación el legislador exige tener en cuenta cuotas "y" conceptos de recaudación conjunta (abarcando devoluciones y deducciones indebidas).

B. Los ***tipos cualificados*** *(307 bis)*, para los que se prevé una pena de hasta seis años, que eleva el plazo de prescripción del delito hasta los diez, abarcan los mismos tres supuestos que en el delito de defraudación tributaria, en relación a todos los cuales el legislador establece que les son de aplicación todas las previsiones del artículo 307 (art. 307 bis. 2).

Son los supuestos de:

a. **Gravedad de la cuantía**, circunstancia que atiende el especial desvalor de resultado, fijado aquí en el perjuicio de ciento veinte mil euros y no de seiscientos mil.

b. **Utilización de organización o grupo criminal**.

c. **Utilización de personas interpuestas**, que, aquí, oculte o dificulte la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la cuantía defraudada o el patrimonio de dicho responsable.

C. El delito de ***disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social*** *(307 ter)* se crea con la Ley Orgánica 7/2012 para evitar, dice el Preámbulo de la Ley, la impunidad de conductas como la de la obtención indebida de subsidios de desempleo cuando la cuantía defraudada no supera los 120.000 euros (en realidad, cincuenta mil) y por tanto no puede ser aplicado el delito del art. 308.

Pueden recordarse aquí los fraudes al PER y la STS de 19 de abril de 1997 que no apreció ni fraude de subvenciones ni estafa. Pero también, sin embargo, la STS de 10 de febrero de 1995, que sí aplicó este último delito.

La tipificación expresa, en todo caso ley especial, resuelve cualquier duda al respecto.

Éste es el supuesto del caso de la Operación Nota, primero al que se aplicó este art. 307 ter.

a. El **tipo básico** del art. 307 ter 1 pfo. 1, para el que se prevé pena de prisión (además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años), común, en cuanto no requiere ninguna condición en el sujeto activo (al contrario, se ha de carecer de la condición que establece una relación de cotización o prestacional con la Seguridad Social), se configura como tipo mixto alternativo.

En él se sanciona la obtención del **disfrute de prestaciones** de la Seguridad Social o su **prolongación indebida**, así como el **facilitar a otros dicho disfrute**.

Tres conductas distintas, por tanto, dos en las que se identifican el autor de la conducta y el beneficiario de la prestación ilícita y una tercera en que los sujetos son diferentes. En este caso, la sanción del beneficiario sólo sería posible por la primera de las conductas descritas cuando de algún modo participe en el fraude. No si desconoce la existencia del mismo y se cree acreedor a la prestación recibida.

En el caso serán responsables por las distintas conductas tanto quien cobras las prestaciones y subsidios concebidos indebidamente (familiares y amigos) como quien llevó a cabo la maniobra de falsa contratación. No los falsos empresarios, a quienes se da de alta a través de las razones sociales “Cesáreo” y “Dimas”, que desconocían los hechos.

Las prestaciones de la Seguridad Social a que se hace referencia son todas aquellas que tienen que ver con la actuación de la Seguridad Social (no de las Haciendas ni de otras Administraciones públicas), al margen de las devoluciones y deducciones previstas en el art. 307.

Así, en el caso, las prestaciones y subsidios de desempleo.

En todos los supuestos ha de actuarse simulando, tergiversando u ocultando conscientemente (existiendo el deber de informar) determinados hechos, provocando con ello un error en la Entidad del que surge el perjuicio patrimonial necesario para la consumación del delito, de resultado.

En los dos primeros casos está claro que el perjuicio a la Administración que surge en el momento en que se disfruta de la prestación (obteniéndola por vez primera o siguiendo con ella) determina la consumación (cabe, por supuesto, tentativa). En el tercero de los supuestos, aunque pueda ser discutible, parece acertado entender que no basta con que se facilite la obtención de la prestación, sino que es necesario que ésta se llegue también a conseguir.

Estamos de nuevo ante una defraudación en la que no hay un mero aprovechamiento de una ventaja patrimonial sino una actuación que es la que provoca el error que facilita dicha ventaja.

Llama la atención del precepto, en primer lugar, que se sancionan no sólo supuestos de estricta autoría, sino también, en sentido estricto, de cooperación.

También que no se establezca, como en el resto de delitos del título, cuantía alguna que delimite la intervención penal.

b. El **tipo privilegiado** del art. 307 ter 1 pfo. 2, para el que se prevé pena de multa en vez de prisión, refiere supuestos que no revisten especial gravedad a la vista, dirá el Código, "del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor". Se utiliza la conjunción copulativa "y" que exige atender los tres conceptos, indeterminados, a concretar judicialmente (por ejemplo, cobro de prestaciones indebidas como el desempleo o la pensión de viudedad durante un breve período y por poco importe).

c. Los **tipos agravados** del art. 307 ter 2 son idénticos a los del art. 307 bis 1, salvo en que la agravación vinculada a la cuantía se aplica cuando se superan los cincuenta mil euros (no los ciento veinte mil euros).

D. También aquí, en relación con la ***exención y atenuación por regularización***, el art. 307.1 pfo. 1 inciso final señala que la pena prevista para quien defraude en los términos que se indican se impondrá "salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo".

En el pfo. 1 de este apartado 3 se señala que se considera regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se cumplan las condiciones que menciona, equivalentes a las recogidas en relación con el delito de defrauda-

ción tributaria en el art. 305.4 pfo. 1. Todo lo dicho en relación con él habría que reiterarlo aquí. Las únicas diferencias, lógicas, es que en relación a los momentos preclusivos de actuación se sustituye la expresión "el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate", por la de "el Letrado de la Seguridad Social".

La exención exige completo reconocimiento de deuda, pago y actuación en el momento oportuno que se especifica.

También se aceptan los efectos de la regularización, conforme al art. 307.3 pfo. 2, cuando se satisfagan deudas tributarias prescritas.

Y la atenuación extraordinaria, en el art. 307.5, cuando se actúe en los plazos previstos.

Extiende el art. 307.3 pfo. 3 las consecuencias de la regularización a las irregularidades contables o falsedades instrumentales cometidas en relación a la deuda regularizada.

Y finalmente prevé el legislador un art. 307 ter 3 exactamente igual, en relación a las conductas de los específicos arts. 307 ter 1 y 2, con la sola omisión, lógica, de referencia alguna a posibles irregularidades contables, así como un art. 307 ter 6, en relación a la posibilidad de atenuación de responsabilidad.

7. Autoría y participación en el delito.

Todo cuanto se ha señalado en torno al delito fiscal a este respecto es reproducible en la interpretación de los arts. 307 y 307 bis. En relación con el art. 307 ter habrá que tener en cuenta que no estamos ante un delito especial, con lo cual se plantearán menos problemas dogmáticos.

8. Consecuencias jurídicas.

A. Las ***penas*** que prevé el art. 307.1 pfos. 1 y 3 son las de prisión de uno a cinco años, multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Esto es, las mismas que en el delito fiscal, con la salvedad de que aquí vienen referidas a defraudaciones superiores únicamente a cincuenta mil euros. También aquí, por tanto, la **prescripción** del delito se cifra en los cinco años que establece el art. 131.1 pfo. 4.

El art. 305 bis 1 (pfos. 1 y 3) prevé también las mismas penas para los tipos agravados, de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía defraudada, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años. De nuevo con la salvedad de que en el caso de la letra a) del apartado 1 se aplicarán dichas penas a defraudaciones superiores a ciento veinte mil euros y no a seiscientos mil, como en el delito fiscal. Y de nuevo aquí estableciéndose la prescripción en los diez años que establece el art. 131.1 pfo. 3.

Y el art. 307 ter 1 prevé una pena de seis meses a tres años (o de multa de tanto al séxtuplo en los supuestos atenuados del apartado 2) además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

Penas que se incrementan en el tipo agravado del art. 307 ter 2 pfos. 1 y 2 hasta la prisión de dos a seis años, multa del tanto al séxtuplo de la cantidad ilícitamente obtenida y pérdida de la posibilidad referida por un período de cuatro a ocho años.

B. Las previsiones sobre ***suspensión de la ejecución de la pena*** del nuevo art. 308 bis se ha dicho ya que son aplicables a todos los delitos del título y por tanto aquí también entran en juego. La regla 1ª de su apartado 1 exige expresamente el abono de "la deuda [...] con la Seguridad Social" y requiere oír a la "representación procesal [...] de la Seguridad Social" en la tramitación de la suspensión.

C. La ***responsabilidad civil*** dimanante del delito de defraudación a la Seguridad Social también supera los conceptos de cuota y devolución o deducción indebidas y tiene que ver con el de **deuda a la Seguridad Social**.

En relación al procedimiento de **cobro de las deudas de la Seguridad Social** también en esta sede se han incorporado dos apartados 4 y 6 en el art. 307 similares a los referidos apartados 5 pfo. 3 y 7 del art. 305, sin diferencias sustanciales. Son prácticamente idénticos igualmente los apartados 4 y 5 del artículo 307 ter.

9. Responsabilidad de las personas jurídicas.

Como se decía, el artículo 310 bis es de aplicación a todos los delitos del Título XIV. También por tanto a los delitos de defraudación a la Seguridad Social. Habría que reiterar aquí cuanto se ha dicho en relación con el delito de defraudación tributaria.

Téngase en cuenta que, como se ha explicado antes, el precepto no es de aplicación al pfo. 2 del art. 305.3 en relación al fraude a la Hacienda de la Unión Europea inferior a cuatro mil euros, por razón de la pena prevista en él.

Pues bien, lo mismo ocurre aquí en relación a los supuestos del art. 307 ter.1 pfo. 2 que no revisten especial gravedad atendiendo el importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor, para los que se prevé únicamente pena de multa.

10. Concursos.

Cuanto se ha señalado en relación con la posibilidad de aceptar una continuidad delictiva en la defraudación fiscal cabe reproducirlo aquí. Ahora bien, hay una particularidad vinculada con el modo que establece el art. 307.2 (no el 307 ter) de calcular la cuantía que ha de superar los cincuenta mil euros. Para determinar la misma ha de tenerse en cuenta lo defraudado durante **cuatro años** naturales, por lo que todo lo defraudado en ellos representa un único delito. Ni continuidad delictiva ni concurso real entonces, por más que en cada año natural puedan superarse dichos cincuenta mil euros.

En relación con la posibilidad concursal con el delito contable, que a menudo se plantea, dependerá la solución que se proponga de si existe, junto al delito de defraudación a la Seguridad Social, delito de defraudación fiscal. En este caso el delito contable sí queda absorbido por éste. No cuando sólo hay defraudación a aquélla.

Son posibles por supuesto los delitos contra los trabajadores de los arts. 311, 312, 313, en relación con vulneración de los derechos de éstos, en concurso con el art. 307. Habrá que estar a cada caso concreto.

> Si, por ejemplo, se produce la afiliación y alta de un trabajador, pero no se cotiza por él será difícil aceptar un delito del art. 311. Que exista uno del art. 307 dependerá de si, además del impago, existe conducta defraudatoria. En cambio cabrá concurso de delitos (dos bienes jurídicos diferentes, dos sujetos pasivos distintos) cuando no haya ni alta ni cotización (véase el siguiente tema 15).

III. Fraudes de subvenciones y ayudas.

Caso de los Fraudes al PER

"En consideración a la especial y grave situación por la que atravesaba, y sigue atravesando el campo en tales regiones, con un paro estacionario endémico, y con la finalidad de proporcionar cobertura económica al trabajador del medio rural por cuenta ajena, a través del subsidio de desempleo, en zonas de Andalucía y Extremadura, el Real Decreto 2.298/84, de 26 de Diciembre, establece el derecho a percibir aquél subsidio por los trabajadores que reuniesen los requisitos que en el él se enumeraban, entre ellos, el tener cubiertas en el Régimen Agrario de la Seguridad Social –R.E.A. en lo sucesivo- un mínimo de sesenta peonadas o jornadas cotizadas en los doce meses inmediatamente anteriores a la situación de desempleo. Ante la dificultad, material imposibilidad en numerosas ocasiones, de reunir tal número de peonadas, personas que no tenían cotizada peonada alguna al R.E.A., o que sí las tenían, pero en número insuficiente, y al igual que se hizo en la práctica totalidad de los municipios de la zona, se pusieron en contacto con el primero de los acusados [...] alcalde de la localidad granadina de Piñar desde 1983, el cual, con el fin de obviar los problemas que en tal sentido se presentaban, y siguiendo un plan preconcebido, entre los meses de Enero de 1986 y Agosto de 1987, decidió por su cuenta y riesgo realizar lo necesario para que aquellas personas, entre ellas los acusados [...] pudieran cobrar el subsidio, para lo cual, previa la percepción de la parte proporcional para el pago de las cuotas de la Seguridad Social, que luego se abonaban, les hacía figurar como trabajadores agrícolas por cuenta del Ayuntamiento, haciéndoles figurar así como tales en el correspondiente libro de matrícula, sellaban luego las cartillas y, relacionando luego los presuntos trabajadores en el correspondiente T.C. 2/8 -relación nominal de trabajadores por jornales reales al R.E.A. pese a la irrealidad del trabajo- que se entregaban a la Seguridad Social, junto a los boletines de cotización a dicho Régimen, es decir, los denominados T.C. 1/8 [...]

Como consecuencia de todo ello los acusados que a continuación se reseñan recibieron indebidamente las cantidades que se señalan [...]".

Extracto literal de los hechos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 4 de julio de 1995 que da lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo 213/1997, de 19 de abril.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

Los denominados delitos de fraude de subvenciones se ubican en el art. 308, que abarca dos modalidades de defraudación diferente, y en el art. 306, vinculado a la tutela de los presupuestos generales de la Unión Europea.

Quizás la rúbrica del Título XIV no sea muy acertada en relación a ellos y esté más pensada para los delitos de los arts. 305 y 307. En todo caso, la estructura típica de las diferentes figuras del Título, la atención a la tutela de lo público (ya desde la vertiente del ingreso ya desde la del gasto) y la perspectiva defraudatoria de todas las diferentes conductas avalan la opción legislativa.

2. Evolución legislativa: la importancia de las reformas de 2010 y 2012.

Los delitos de fraude de subvenciones se incorporan a la legislación española con la Ley Orgánica 2/1985. Desde entonces son numerosas las modificaciones que han ido sufriendo los hoy arts. 306 (desaparecido ya el antiguo 309) y 308. Las últimas con la Ley Orgánica 5/2010, que eleva la cuantía para que la defraudación se pueda considerar delictiva en el art. 308 a los ciento veinte mil euros, establece una nueva norma para calcular dicha cuantía y aumenta las penas hasta los cinco años, la Ley Orgánica 7/2012 que hace desaparecer las faltas de los arts. 627 y 628, crea un nuevo art. 306 pfo. 2 y reforma totalmente el art. 308, prescindiendo del concepto de "desgravación", y la Ley Orgánica 1/2015 que modifica el art. 306 pfo. 1 además de crear el ya comentado art. 308 bis.

El precepto, que surge tras el debate sobre la posibilidad o no de aplicar el delito de estafa a supuestos frecuentes de defraudación de prestaciones de desempleo, fondos europeos, etc., atiende la importancia de las subvenciones y ayudas como instrumentos de equilibrio presupuestario y de redistribución de la carga impositiva del ciudadano, en relación con el art. 31.2 de la Constitución.

3. Bien jurídico protegido, sujeto pasivo y objeto del delito (subvenciones, ayudas, fondos públicos).

El art. 31.1 CE garantiza el sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo. Al mismo tiempo, el art. 31.2 CE prevé un gasto público basado una asignación equitativa de los recursos públicos. Aquí ha de ubicarse la tutela del **patrimonio de las Administraciones** públicas y la sanción de las conductas de fraude subvenciones.

La ubicación de estos delitos en el Título cuya rúbrica dice delitos "contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" es acertada, a pesar de ella, y lo que pretende el legislador es manifestar que no estamos en el ámbito de la estafas (como en Alemania), sino en el de la tutela de la correcta ejecución de los ingresos y gastos públicos.

Se pretende salvaguardar el cumplimiento de los fines para los que se establece el régimen de las subvenciones y ayudas públicas, instrumental a su vez de la consecución de los fines sociales y económicos propios de un Estado democrático y social.

Pero el bien jurídico directamente protegido puede seguir afirmándose que es el patrimonio de las distintas Administraciones. Un patrimonio concebido desde una óptica funcional en la que es importante atender los fines a que está destinado el mismo incluyendo en ellos la razón de ser de la subvención o ayuda indebidamente obtenida o disfrutada.

En la doctrina que rechaza la consideración estrictamente patrimonial de este delito se alude a la tutela de la subvención como instrumento de intervención estatal, a la libertad de planificación del ente subvencionador, al interés de la Administración en el cumplimiento del plan o proyecto para el que se establece la subvención, al fin perseguido con el concreto régimen subvencional vulnerado o a los intereses materiales que sustentan la política de gasto público. Pero, esto no son sino manifestaciones de un concepto de patrimonio funcionalmente entendido en que el perjuicio reside, lo que es consustancial en el ámbito del gasto, en una **disminución no deseada de un patrimonio previsto para una finalidad** que sólo a su titular corresponde decidir cómo ha de producirse. Claro que no es decisiva la merma patrimonial, entendida desde un punto de vista puramente económico-contable, sino que se frustre la expectativa del titular del patrimonio, basada en la idea de libertad patrimonial, de destinar el mismo a un gasto o a otro. Y esto es un concepto funcional de patrimonio.

Sujeto pasivo, por tanto, lo será **la Administración** perjudicada, no la colectividad, lo que permite su personación en el proceso a través de la representación procesal correspondiente.

En cuanto al **objeto del delito**, el Código utiliza en la actualidad los conceptos de **subvención o ayuda** de las Administraciones públicas en lugar de los originarios de subvención o desgravación pública de 1985 (y posteriormente, y hasta 2012, de subvención, desgravación o ayuda). La inclusión del término "ayuda" mediante LO 6/1995 hizo realmente innecesaria la discusión sobre cuándo estábamos ante una subvención y cuándo ante una desgravación. En la actualidad, con la equiparación del objeto material en los apartados 1 y 2 del art. 308, hasta entonces diferente (puesto que este apartado sólo hablaba de subvenciones, no de ayudas, lo que obligaba a distinguir ambos conceptos), la discusión es todavía más innecesaria.

En todo caso, y a efectos puramente conceptuales, no prácticos, el concepto de subvención aparece perfectamente definido en los arts. 2 y 3 de la Ley 38/2003. El mismo implica "disposición dineraria realizada [por las Administraciones públicas], a favor de personas públicas o privadas [...] sin contraprestación [...] sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo [...] debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones [...] que se hubieran establecido [...] que [...] tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social [...]". Los arts. 2.2 y 2.3 explican qué aportaciones dinerarias no están comprendidas en el ámbito de la Ley de 2003 (entre Administraciones públicas, distintos agente de la Administración, etc.) y el art. 2.4 qué supuestos no tienen carácter de subvención (prestaciones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social, pensiones asistenciales, prestaciones del FOGASA, etc.). Hay que remitirse a dichos artículos para interpretar el término.

En cuanto al concepto de ayuda, no definido legalmente, permite abarcar cualquier tipo de prestación o auxilio económico de la Administración, sin contraprestación (ayudas de solidaridad, premios, avales del tesoro), no vinculado a una relación tributaria o basado en una obligación de cotización que en lo relativo a beneficios, deducciones, devoluciones o desgravaciones remiten a los delitos de los arts. 305, 305 bis, 307, 307 bis y 307 ter.

En ambos supuestos la cantidad defraudada se ha de vincular, como especifica el apartado 4, al **fomento de una actividad privada** aunque exista un interés público en ella y aunque la subvención o ayuda han de ser públicas.

En el caso de los fraudes del Plan de Empleo Rural, la SAP de Granada de 1 de marzo de 1994 rechazó que los subsidios encajaran en el antiguo art. 350, hoy art. 308, por falta de afectación a la realización de una actividad futura, lo que hoy ya no se exige. El art. 2.1. b) acepta como subvención la cantidad entregada sujeta a "la concurrencia de una situación". Y así, el acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 15 de febrero de 2002 confirma que el fraude en la percepción de prestaciones por desempleo constituye conducta ilícita del art. 308; doctrina que ahora habrá que corregir con la aparición del nuevo art. 307 ter.

Ésta es la cuestión relevante del caso comentado en este epígrafe: dónde ubicar la defraudación en relación con subsidios de desempleo, en el fraude de subvenciones o en el ahora nuevo fraude a la Seguridad Social (sólo desde 2012). Téngase en cuenta, por otra parte, que la primera opción exige la superación de una cuantía (lo que cuando no ocurría obligaba a plantearse la existencia, descartada casi siempre jurisprudencialmente, de un posible delito de estafa), mientras que el actual art. 307 ter no tiene esta exigencia.

4. Normativa administrativa de referencia.

Es numerosa la normativa administrativa que hay que tener en cuenta a la hora de subsumir un supuesto de hecho en la descripción típica de los arts. 306 y 308. Máxime teniendo en cuenta que cada subvención, cada ayuda de la Administración, tendrá su propia regulación, que definirá actividades subvencionables, condiciones de acceso, modos de aplicación, etc.

En todo caso, un referente será la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones, con todas sus importantes modificaciones.

5. Sujeto responsable de la infracción penal.

En relación al delito del art. 308, sujeto activo de la conducta típica será **quien obtenga la subvención o quien la aplica a fines distintos**.

Estamos por tanto ante un **delito especial** en la modalidad del art. 308.2 de "malversación" de subvenciones o ayudas, en cuanto sólo quien ya las ha recibido puede ser sujeto del delito. Pero ante un **delito común** en la modalidad del art. 308.1 pues cualquiera puede solicitar (y obtener) una subvención o ayuda a la que no tiene derecho. Como suele decirse, comentando las sentencias que incorrectamente también aquí aluden a un delito especial, de hecho justamente quien no reúne las condiciones para beneficiarse de la subvención es quien puede ser sujeto del delito (o sea, todos menos aquéllos que puede entenderse vinculados con la Administración por los requisitos que les hacen acreedores de ella).

La discusión surge aquí porque el art. 308.1 sanciona a "el que obtenga" la subvención o ayuda. ¿Se refiere el legislador a quien las solicita o a quien se beneficia de ellas, que puede ser persona distinta? Está claro que sólo éste puede realizar la conducta de desviación de fondos, pero ¿es él también el sujeto de la conducta de obtención cuando no solicita la subvención?

El art. 11 de la Ley General de Subvenciones alude al "beneficiario" como destinatario de los fondos de la subvención y como persona que ha de realizar la actividad para la que se prevé la misma. El art. 23.3 utiliza, sin embargo, el término "solicitante" cuando explica el procedimiento de concesión, que no señala debe coincidir con el "beneficiario".

No tratándose, aquí, de un delito especial ningún problema hay en considerar sujeto responsable de la infracción a quien solicita (en su caso coautor

con el beneficiario, si es distinto, que interviene de modo decisivo en el fraude o autor único si éste no tiene conocimiento alguno del fraude) o a quien obtiene cuando es él el único responsable de la concesión indebida.

En relación con el art. 306, téngase en cuenta que el fraude contempla tres conductas, la elusión de un pago obligado (que convierte al delito, en esta modalidad, en especial), la aplicación distinta de la correcta a fondos obtenidos de la Unión (también delito especial que sólo puede cometer quien los haya recibido) y su obtención indebida (delito común).

6. Conductas incriminadas.

El art. 308 se construye como tipo mixto alternativo con dos conductas típicas. El art. 306 acoge tres modalidades diferentes.

A. La primera modalidad típica que se sanciona en el art. 308 es la de ***obtención fraudulenta*** *(art. 308.1)* de subvenciones o ayudas de las Administraciones públicas.

La subvención o ayuda se ha tenido que **obtener**, dice el precepto. Estamos ante un delito, por tanto, de resultado que se consuma con la obtención, no con la decisión formal de concesión, cuando ello no sea suficiente; pero sin que haya que esperar a la recepción de la cantidad obtenida. En aquellos casos en que se requiera la aceptación, como exigencia de la concesión, éste será el momento de consumación del delito. Cuando la misma no sea necesaria, en el momento en que se entiendan cumplimentados todos los trámites que den derecho a la percepción. Si no se exige trámite alguno, aquí sí, con el acto administrativo de concesión.

A ella se ha de acceder, en conducta alternativa, **falseando** las condiciones requeridas para su concesión **u ocultando** las que la hubiesen impedido. Éste es el aspecto defraudatorio de la conducta que ha de vincularse al perjuicio patrimonial de la Administración.

Falseando (engañando, mintiendo) en relación a aspectos que deciden la concesión, no en relación a cuestiones irrelevantes desde este punto de vista, sea en la propia solicitud sea en documentación aneja a ella. Ocultando todo aquello que deba conocer la Administración para tomar su decisión (condiciones iniciales o sobrevenidas). Siempre que ello sea idóneo para defraudar y perjudicar (frustrar) el interés patrimonial de la Administración. Que sea la defraudación la que fundamente la concesión.

Al margen de ello no se requiere sino un **dolo** (aun eventual) que ha de abarcar, como siempre, todos los elementos típicos y por tanto indicar conocimiento de los términos de la subvención o ayuda que se incumplen, de la cuantía que se obtiene, de la finalidad que se sabe no se está en condiciones de cumplir.

La subvención o ayuda han de superar los **ciento veinte mil euros**. El montante total de ella, no el posible exceso en relación a la cantidad a la que sí se podría tener derecho. En ello es diferente este apartado del siguiente. La cantidad o valor, dirá el Código, haciendo referencia a aquellos supuestos en que no haya recepción monetaria, sino, por ejemplo, un beneficio, una deducción en una determinada relación con la Administración.

Dicha cuantía, que se eleva a la cantidad actual en 2010 (antes, ochenta mil euros) equiparándola a la de la defraudación tributaria (y aunque, paradójicamente, en 2012 se reduzca a cincuenta mil la cuantía del fraude a la Seguridad Social) no es una condición de punibilidad sino el **importe que ha de tener la subvención o ayuda** y que determina, de alcanzarse, la existencia del resultado que confirma la consumación del delito. De no alcanzarse dicha cantidad, habrá que acudir, en su caso, a la sanción administrativa correspondiente.

La misma hace referencia, como precisa el nuevo apartado 4 del art. 308, introducido en 2012, a todas las subvenciones y ayudas obtenidas en **un año natural** para el fomento de la misma actividad privada, aunque provengan de distintas entidades. Lo que no cabe es sumar prestaciones con finalidades diferentes. En aquellos supuestos en que la subvención sea imputable a varios años ha de tenerse en cuenta este dato.

B. La segunda modalidad típica es la de ***disfrute fraudulento*** *(art. 308.2)* o, como dice el Código, aplicación de fondos públicos a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida.

También aquí la utilización de los términos "subvención" o "ayuda" proviene de 2012. Hasta entonces se hablaba sólo de subvenciones. Con la reforma legal toda la discusión doctrinal y jurisprudencial que se planteaba sobre la necesidad de distinguir lo que es subvención y lo que no lo es (pues sólo ella permitía aplicar el art. 308.2), desde el punto de vista penal, pierde todo su sentido.

Estamos ante lo que se ha denominado por algunos "malversación de sub-

venciones", aunque en realidad esta expresión es demasiado genérica y, con ello, inexacta.

El precepto exige **aplicar los fondos recibidos a fines distintos** de aquéllos para los que se concedieron. No es sólo, como también a veces se afirma (y como afirmaba anteriormente el Código), incumplir las condiciones exigidas en cuanto al modo de disfrutar la subvención o ayuda. Es destinarlas a un fin diferente. Y ya tampoco se exige (todo ello varía en 2012) una alteración "sustancial" de los fines, sino una aplicación a otros fines, próximos, lejanos, da igual. Siempre, desde la idea de necesidad de ofensividad.

Por supuesto, la subvención o ayuda a que se tiene derecho. En caso contrario habría que aplicar, aunque la pena sea la misma, la modalidad alternativa del apartado 1. En ese sentido, la obtención de la subvención (debida) es condición de aplicación del tipo en el apartado 2. Y siempre, claro está, que la subvención (siempre) o ayuda (no siempre) estén sujetas a alguna finalidad.

Estamos ante una **defraudación**, éste sigue siendo el sentido de estos delitos, y por ello la misma se produce cuando se frustra la expectativa patrimonial de la Administración, lo que ocurre cuando se destinan los fondos a la actividad distinta de la fijada. Éste es el momento de consumación del delito (la tentativa, posible teóricamente, será difícil de aceptar en la práctica). Pero, habrá que estar a los requisitos que establezca la norma por la que se obtienen los fondos. Así, recibida una cantidad monetaria que se funge con fondos propios, la consumación se producirá sólo cuando sea ya imposible destinar lo recibido a lo que se exige.

Hay que tener en cuenta también que aquí, y frente a lo que se señala en el art. 308.1, el legislador no se refiere a la aplicación indebida de una subvención o ayuda superior a ciento veinte mil euros, sino de una **aplicación superior** a esta cantidad. Quiere ello decir que aunque parte de los fondos se destinen a la finalidad prevista, siempre que, a su vez, parte de los mismos en importe superior a ciento veinte mil euros no se destinen a ello, el delito de habrá producido. En esto también ha cambiado la regulación legal, pues antes de 2010 no podía mantenerse esta interpretación.

Por supuesto da igual el destino de los fondos desviados y si de ellos se apropia o no definitivamente el beneficiario de la ayuda. Todo desvío implica la realización del tipo.

C. El art. 305.3 tipifica, estrictamente, el fraude contra la Hacienda de la

Unión Europea, esto es, como antes se decía, las defraudaciones que tienen que ver con sus recursos propios tradicionales. Junto a él, el ***fraude a los presupuestos de la Unión Europea*** *(art. 306)* completa la tutela penal de los intereses financieros europeos, que, aquí, siguiendo la técnica de asimilación, se equiparan a los fondos de las Administraciones públicas estatales (y autonómicas, forales o locales).

Las penas previstas por ambos son similares, tras la corrección en 2015 del pfo. 1º del art. 306 que omitía, por error, la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. En ambos se distingue la defraudación superior a cincuenta mil euros, la inferior a ellos pero superior a cuatro mil euros, atenuada, y la que no alcanza esta cifra, impune penalmente. En el art. 305.3 se prevé, sin embargo, la regularización de la deuda, lo que no es posible en el art. 306.

Las conductas que contempla el art. 306, tras la derogación del art. 309 en 2012, son ahora tres.

En primer lugar, la **elusión del pago** de las cantidades que se deban ingresar en la Unión, fuera de los casos contemplados en el art. 305.3, lo que parece remitir a algún supuesto en que haya que devolver cantidades, por ejemplo, de subvenciones revocadas o no renovadas.

En segundo lugar, conducta equivalente a la del art. 308.2, el dar a los fondos obtenidos lícitamente una **aplicación distinta** de aquélla a que estuvieran destinados. Tampoco aquí se alude a una alteración esencial del fin de la ayuda, con lo que cualquier alteración, que atienda la idea de lesividad y que pueda entenderse vulnera el interés de la Unión en la distribución de su presupuesto, sería típica.

En tercer lugar, de modo paralelo a la tipificación del art. 308.1, la **obtención indebida** de fondos, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, que, obviamente, han de tener cierta relevancia, pues, si no, no debieran haberla impedido.

Se habla de **fondos** y no de subvenciones o ayudas, pero no estamos más que ante una diferencia terminológica. No hay distinción de contenido. Cualquier ingreso procedente de los órganos de la Unión. Podrán entrar aquí en juego ayudas del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria, del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, del Fondo Social Europeo, del Instrumento Financiero de Orientación Pesquera o del Fondo de Cohesión, entre

otros, a que se refería el antiguo art. 7 de la Ley 38/2003, que ya sólo habla de Fondos procedentes de la Unión Europea. En todo caso, han de tratarse de fondos directamente gestionados por la Unión, pues si quienes gestionan (y conceden) son las Administraciones públicas estatales, habría de aplicarse el art. 308. Sin que quepa, para alcanzar la cantidad de cincuenta o de ciento veinte mil euros, adicionar fondos provenientes de aquélla y de éstas. Pero aplicando el concurso de delitos en caso de que en actividades cofinanciadas (con subvenciones independientes, no gestionadas sólo estatalmente) se superen, individualmente, dichos importes.

El resto de consideraciones que procedería hacer para interpretar el precepto son las mismas que ya se han ido haciendo en relación con las figuras paralelas, sea en el ámbito del art. 305.3, sea en el del art. 308.1 y 2.

D. En relación con la ***exención y atenuación por devolución*** de lo ilícitamente obtenido o disfrutado, también en el art. 308.1 y 2 se repite la expresión "salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo" para afirmarse que no hay tipicidad en caso de regularización de la situación patrimonial ilícita.

El apartado 5 exige la **devolución** de las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora correspondiente desde que se percibió, **en los plazos** que señala y donde se atiende no sólo la intervención del Ministerio Fiscal y del Juez de Instrucción, sino también la del Abogado del Estado o del representante de la Administración autonómica o local (debiera incluirse también la foral) que proceda.

Se extienden las consecuencias de la regularización a las falsedades instrumentales que hayan podido cometerse en relación con la deuda objeto de devolución (art. 308.5 inciso final).

Y se contempla igualmente una atenuación extraordinaria en el art. 308.7 en caso de actuación anterior a los dos meses desde la citación judicial como imputado, siempre que haya reintegro y reconocimiento judicial de los hechos, extensible a los partícipes que colaboren en la obtención de pruebas, la captura de otros responsables, el esclarecimiento de los hechos o la averiguación del patrimonio del responsable del delito.

Atendiendo que la consumación no exige disfrute de la subvención, y ni siquiera recepción de cantidad alguna, se puede plantear el supuesto de que no haya nada que devolver porque a nada se ha accedido. En tales supuestos

hay consenso, sea por vía de los arts. 308.1 y 5, sea entendiendo que estamos aún en el ámbito de la posibilidad de desistimiento, en que basta con que se rechace o no se acepte la recepción de fondos aunque formalmente ya se hayan aceptado la subvención o ayuda.

La solución es distinta, debiendo aceptarse la existencia de responsabilidad, cuando incumpliendo los fines de la subvención, posteriormente se destina un dinero propio a su satisfacción. El dinero debiera destinarse a la devolución de lo ilícitamente disfrutado.

7. Autoría y participación en el delito.

Todo lo que se ha señalado en el ámbito de los delitos de defraudación tributaria y a la Seguridad Social (y en general en los temas 3 y 4 de este libro) es aplicable aquí a la modalidad de disfrute indebido de subvenciones o ayudas públicas del art. 308.2, en cuando delito especial. La modalidad de obtención de subvenciones o ayudas del art. 308.1 es un delito común que no planteará tanta controversia dogmática. Esta distinción también será trasladable a las dos modalidades de defraudación a los presupuestos de la Unión Europea del art. 306 pfo.1 y del art. 306 pfo. 2.

8. Consecuencias jurídicas.

A. Las ***penas*** que prevén, idénticas, los arts. 308.1 y 308.2 (junto con el art. 308.3 común a ambos) para las dos modalidades de fraude de subvenciones son las de prisión de uno a cinco años, multa del tanto al séxtuplo del importe defraudado y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Iguales, por tanto, a las de los arts. 305.1 y 307.1

El art. 306 pfo. 1 prevé las mismas penas en caso de defraudación superior a cincuenta mil euros a los presupuestos generales de la Unión Europea. En caso de que la defraudación, sin llegar a dicha cantidad, supere los cuatro mil euros, las penas serán de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía, además de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años (art. 306 pfo. 2). Idénticas, por tanto, a las del art. 305.3.

No hay previsión de agravación alguna, en cambio, equivalente a la de los arts. 305 bis o 307 bis.

B. Las previsiones sobre ***suspensión de la ejecución de la pena*** del art. 308 bis se aplican también a los delitos de los arts. 306 y 308, aludiendo específicamente la regla 1ª de su apartado 1 al "reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas" y a la participación de "la representación procesal [...] de la Administración que hubiera concedido la subvención o ayuda" en el expediente de concesión de la suspensión.

C. En cuanto a la ***responsabilidad civil*** dimanante del delito de fraude de subvenciones abarca los intereses de demora aplicables desde que se percibió la subvención (en los términos explicados al definir la conducta típica).

Y también aquí se ha incorporado en 2012 un apartado 6 similar en su contenido a cuanto se afirma en el art. 305.5 pfo. 3, así como en los arts. 307.4 y 307 ter 4, en relación al procedimiento de **reintegro de la subvención**.

9. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El art. 310 bis ya comentado afecta también a los arts. 306 y 308. Ahora bien, téngase en cuenta que, y al igual que ocurre con el art. 305.3 pfo. 2, el mismo no es de aplicación a los supuestos de defraudación inferior a los cuatro mil euros del art. 306 pfo. 2, por razón de la pena prevista en éste, inferior a dos años de prisión.

10. Concursos.

Como en las defraudaciones precedentes, el **año natural** delimita el período a tener en cuenta para confirmar la existencia de la cantidad que supere los cuatro mil, cincuenta mil o ciento veinte mil euros de los distintos tipos de fraude de subvenciones o ayudas. Dentro de él no será posible atender distintas defraudaciones para aceptar un delito continuado o un concurso de delitos, salvo que se trate de defraudaciones vinculadas a actividades privadas subvencionables distintas. Si la actividad es la misma, aunque la subvención provenga de distintas entidades, como antes se decía, estaremos (desde

2010), de superarse la cuantía pertinente en dicho año natural, ante un único delito. En relación a **años diferentes o actividades diferentes** la problemática en torno a la posibilidad de aceptar la continuidad delictiva es la misma que en el resto de defraudaciones. La rechaza la jurisprudencia. La acepta un sector de la doctrina.

En cuanto a la relación de los delitos de defraudación con las falsedades que se hayan podido cometer para facilitar la misma, son muchas las hipótesis a plantear, dependiendo de si quien solicita la subvención es o no quien falsifica algún documento, si esta falsedad es ideológica o material, si se trata de documento público o privado, etc. En general, la forma de abordar estos supuestos es la misma que con todas las falsedades, dependiendo si se entiende que hay o no dualidad e bienes jurídicos lesionados (véase el tema 17).

Finalmente, en cuanto a la vinculación de estos delitos con la estafa, debe atenderse a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Inicialmente, la STS de 4 de julio de 1997 señalaba que no cabe aplicar la misma a los casos de fraude de subvenciones o ayudas públicas. El Pleno de Sala de 15 de febrero de 2002, pronunciándose sobre las subvenciones por desempleo, dejaba claro que en caso de defraudaciones inferiores a ciento veinte mil euros había que acudir a una sanción administrativa; sin embargo, como veremos, jurisprudencia más reciente ha variado esta conclusión, ampliando el juego del tipo de estafa.

En realidad estamos ante supuestos diferentes vinculados a intenciones distintas. Si la obtención es lícita y se produce únicamente un disfrute indebido de la subvención no hay posibilidad alguna de entender que se dan los requisitos de la estafa, luego no hay problema concursal alguno. Cuando la obtención es ilícita pero la ayuda se destina al fin previsto por la institución correspondiente el tipo a aplicar será el de fraude de subvenciones, si se supera la cuantía necesaria (o la infracción administrativa correspondiente, en caso contrario). Pero sí podrá acudirse a la estafa cuando se utilice el mecanismo de la ayuda para defraudar a la entidad correspondiente sin intención de destinar nunca los fondos a la actividad subvencionable: en este sentido, la STS de 28 de noviembre de 2013 entiende que a estos casos es aplicable el tipo estafa *independientemente de si la cuantía defraudada es inferior o superior a 120.000 euros*.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

ALCÁCER GUIRAO, R.: "Fraude de ley y negocio simulado en el delito fiscal (SSTC 120/2005 y 129/2008): el derecho a la legalidad penal y los límites de intervención del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 353 a 379.

BACIGALUPO SAGGESE, S.: "Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria", *Revista de Derecho*, núm. 4, 2009, pp. 11 a 33.

CRUZADO CATALÁN, C.: "Corrupción y fraude fiscal: dos caras de una misma moneda", Éxodo, núm. 126, 2014, pp. 18 a 23.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "La cláusula de regularización tributaria en el delito de defraudación fiscal del art. 305 del Código Penal", AA. VV. (dir. Carbonell Mateu y otros), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 291 a 315.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "La respuesta de jueces y tribunales ante los fraudes a la seguridad social", AA. VV. (coord. Hormazábal Malarée), *Estudios de Derecho Penal. En Memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, México: Ubijus, 2011, pp. 555 a 582.

DOLZ LAGO, M. J.: "Los delitos contra la seguridad social, entre la corrupción pública y la privada: algunas claves frente al tsunami de la crisis económica y las quiebras del principio de igualdad", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014.

GIACHI, S.: "Dimensiones sociales del fraude fiscal: confianza y moral fiscal en la España contemporánea", *Reis: Revista de Investigaciones Sociológicas*, núm. 145, 2014, pp. 73 a 98.

GÓMEZ MARTÍN, V.: "Caso del asesor fiscal", *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, 2011, pp. 669 a 685.

GÓMEZ RIVERO, M. C.: "Caso de los fraudes al PER", *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, 2011, pp. 541 a 553.

NIETO MARTÍN, A.: *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Barcelona: Praxis, 1996.

NIETO MARTÍN, A.: "Malversación de caudales públicos y fraude de subvenciones", AA. VV. (ed. Ferré Olivé), *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, núm. 1 (*Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*), Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002, pp. 141 a 148.

Tema 15

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Claves: Qué duda cabe que la actividad laboral es una parte central de la vida de muchas personas y que en el seno de la misma pueden dañarse gravemente sus intereses fundamentales. De ahí que existan los delitos laborales, compilados en un título del Código Penal: "De los delitos contra los derechos de los trabajadores". En este tema vamos a realizar una descripción de los mismos, deteniéndonos en los dos que estimamos que resultan más importantes por su frecuencia y por su gravedad. El primero (art. 311.1º) lo podemos identificar con el concepto clásico de explotación y resulta especialmente alevoso cuando quien la sufre es un extranjero sin permiso de trabajo (art. 312.2). El segundo constituye, desafortunadamente, el delito estrella del título: el delito contra la seguridad de los trabajadores (arts. 316 y 317). Respecto al mismo llamamos ya su atención tanto en torno a la indeterminación a la que le arrastra su resultado de "grave peligro" como a que no es el principal instrumento de prevención penal de la siniestralidad laboral: lo son los tipos que penan el homicidio y las lesiones imprudentes. Pondremos también cierto énfasis en los nuevos delitos de contratación irregular, sin autorización de trabajo o sin alta en la Seguridad Social (arts. 311.2º y 311 bis), lo que nos permitirá una reflexión más abstracta sobre la expansión penal en este ámbito: ¿tiene quizás este título demasiados delitos y, algunos de ellos, demasiado imprecisos? En este orden de consideraciones generales nos detendremos también en las dogmáticas o interpretativas, peculiarmente en dos muy debatidas, cuales son la determinación de la autoría por omisión (art. 318) y el valor que debe darse al consentimiento del trabajador en la lesión de los que el ordenamiento considera sus intereses.

I. Introducción.

Para la mejor comprensión del contenido y de la lesividad de los delitos contra los derechos de los trabajadores propongo clasificarlos en tres grupos. El primero está integrado por aquellos delitos cuya injusticia radica en la irregularidad de las **condiciones** con las que el trabajador ha de desempeñar su actividad. El tipo delictivo más genérico es el que se ubica en el artículo 311.1º (imposición de condiciones irregulares laborales o de Seguridad Social), cercano al delito del segundo inciso del artículo 312.2 (el sujeto pasivo es un extranjero sin permiso de trabajo). Menos gravedad tiene el delito de discriminación en el empleo (art. 314). Y mucha y obvia importancia tienen los delitos, doloso (art. 316) e imprudente (art. 317), contra la seguridad de la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores.

La lesividad de los delitos del segundo grupo se produce en torno a la **contratación**. Bien porque la oferta sea falsa y ello suponga el abandono de un puesto previo de trabajo (art. 312.1, primer inciso) o la emigración a otro país (art. 313), bien porque se produzca una mediación no autorizada y a costa del trabajador (si es que es a esto a lo que se refiere el críptico delito de "tráfico ilegal de mano de obra" del artículo 314.1), bien, en fin, porque se contrate a personas que carecen del preceptivo permiso de trabajo (a cierto número de ellas o a un menor: arts. 311.2º y 311 bis) o porque no se les dé de alta en la Seguridad Social (a cierto número: art. 311.2º).

El panorama se cierra con los delitos del artículo 315, relativos a la vulneración de la **libertad sindical** y del **derecho de huelga**, que son los principales instrumentos constitucionales con los que los trabajadores cuentan para la defensa de sus intereses.

¿Qué tienen **en común** los delitos contra los derechos de los trabajadores? Va de suyo que el **bien jurídico**, que va a ser un interés del trabajador en cuanto tal. Y con ello el **sujeto pasivo** del delito, que será uno (por ejemplo, el trabajador extranjero sin permiso de trabajo al que se le paga un salario ínfimo por un tiempo de trabajo superior al preceptivo) o varios trabajadores (que, por ejemplo, sufren una situación de grave peligro para su vida debido a un escape de gas en una mina que no había sido percibido por la falta del detector reglamentario). Y, dada la índole de las conductas, de restricción de los derechos laborales, en casi todos los casos **sujeto activo** del delito sólo podrá serlo el empresario o uno de sus delegados.

En el epígrafe final del tema, cuando se hayan descrito los distintos delitos laborales, estaremos en disposición de inferir y analizar **otros rasgos comunes** de los mismos. Puede adelantarse ya que algunos de ellos hacen a la manera de interpretar la falta de significado eximente del consentimiento del trabajador (¿puede acaso imputarse a la propia víctima el grave peligro sufrido por trabajar en altura sin sujeción, porque el trabajador aceptó esta irregularidad?) o, *ex* estado de necesidad, de las necesidades productivas de la empresa (en el ejemplo anterior, las sujeciones faltaban por la crisis económica de la empresa). Se hará referencia también a que el Derecho penal del trabajo comparte labor de protección con el Derecho Administrativo sancionador del trabajo y que un adecuado reparto de roles debería dibujar con nitidez las conductas ilícitas de las que, por su mayor gravedad, debe ocuparse el Derecho penal. En todo caso, tanto los tipos penales como los tipos administrativos están trufados de elementos y remisiones normativas al ordenamiento laboral (por ejemplo, el delito contra la seguridad de los trabajadores exige la "infracción de las normas de prevención de riesgos laborales" art. 316-; para saber si concurre un delito de imposición de condiciones irregulares habrá que atender a los que establezcan las "disposiciones legales", los "convenios colectivos" o el "contrato individual" - art. 311.1º-).

II. Delitos contra las condiciones de trabajo.

1. Imposición de condiciones irregulares de trabajo.

Caso de la explotación de la prostitución

"Se declara probado que el acusado Matías, conocido como `Cabezón´ o `Rata´, mayor de edad y con antecedentes penales no computables para esta causa, en prisión provisional desde el 1 de julio de 2002, regentaba desde 1998 el Club ABC, [...] de la localidad de Calella, y empleaba en el mismo a numerosas personas para trabajar como camareras, bailarinas y otras funciones, además de para ejercer la prostitución algunas de ellas, sin que se les hubiese hecho contrato de trabajo ni se les diera de alta en la Seguridad Social y con plena conciencia por parte del acusado del perjuicio económico, social y personal que con ello se ocasionaba a las víctimas, entre ellas algunas de las que aparecen en la causa como testigos protegidos núm. 2, 3, 6 y 7.

Y si bien se había pactado con las testigos protegidos núm. 2, 3 y 7 que en cuanto a la consumición de copas se iba al 50% para el local y el resto para cada una de las mujeres de alterne, y que respecto a los servicios sexuales se percibía un total de 8.000 pesetas [48 euros], de las cuales 6.000 pesetas serían para la mujer y las 2.000 restantes para el local, no obstante pese a ingresarse en la caja del local el importe pagado por los clientes, el acusado Matías se quedaba con el importe correspondiente a las mujeres, dándoles a las mismas cada día unos 20 euros a cada una para comer y gastos y prometiéndoles que al final de mes les pagaría lo adeudado que les guardaba,

sin que ello tuviera lugar, con la excusa de guardar el dinero para juntar más cantidad y así podérsela entregar para enviarlas a su país. Las mujeres tenían que trabajar los siete días de la semana, sin descanso alguno, incluso cuando tenían la menstruación, desde las 20 horas hasta las 3 h. de la madrugada.

Asimismo, y aunque inicialmente las testigos protegidos núm. 2 y 3 acudieron a dicho local del extranjero en marzo de 2002 conociendo que iban a ejercer la prostitución, el acusado Matías, guiado por el propósito de enriquecerse injustamente a costa de las mujeres que trabajaban en el Club, les obligaba a mantener relaciones sexuales con los clientes del Club, pese a la voluntad en contra de alguna de ellas que se querían ir del Club, como era el caso de las testigos protegidos núm. 2 y 3, para lo cual, con el objetivo de evitar que pudieran abandonar el Club, y aprovechando la condición de extranjeras que tenían y la falta de permiso de residencia y de trabajo en España, les retuvo ya inicialmente al cabo de una semana de comenzar a trabajar en el referido club los pasaportes, con la excusa de que así no les podrían ser sustraídos, negándose posteriormente a entregarlos ante el requerimiento de las mismas, salvo los casos puntuales en que efectuaban las mujeres transferencias a su país."

Sentencia del Tribunal Supremo 438/2004, de 29 de marzo.

A. Bien jurídico y modalidades.

Cuando se piensa en las conductas más graves en las relaciones laborales viene inevitablemente a la cabeza la explotación laboral, el sometimiento a los trabajadores a graves irregularidades en las condiciones básicas de trabajo (salario, jornada, descanso, entorno, estabilidad, seguridad social). No hace falta decir que en tales situaciones, bajo la etiqueta como **bien jurídico** de "los derechos de los trabajadores", se lesionan intereses fundamentales de los mismos, como su dignidad o su patrimonio, y se hace además normalmente aprovechando la necesidad de sustento de la víctima en un mercado laboral escaso.

No es necesario visualizar una de esas sobrecogedoras fotos de Sebastião Salgado del trabajo masivo e infrahumano en las minas de Serra Pelada. En la STS 995/2000, de 30 de junio, se resuelve un caso en el que se hace firmar a un ciudadano argelino "un documento en el que se acordaba su aceptación como esclavo". De hecho, el empleador se dirigía a él "de forma vejatoria, llamándole esclavo", cosa que él aceptaba "porque quería a toda costa legalizar su situación, sometiéndose a esa calificación y el trato subsiguiente, así como el trabajar sin cobrar, solo por la alimentación".

En la SAP La Rioja, 1ª, 209/2011, de 12 de diciembre, se relata que "se contrató verbalmente a varios trabajadores, sin darles de alta en la Seguridad Social y sin contrato en que se fijasen horarios, vacaciones, horas extras, etc. De la declaración de hechos

probados cabe derivar la existencia de una situación angustiosa de los trabajadores que por necesidad aceptaron trabajar en una nave sin las mínimas condiciones higiénico-sanitarias, sin que se les proporcionara guantes, con horario prolongado y continuado, [...] y por un importe económico muy inferior al que habían pactado" (FD 4).

Si uno se pone en la piel del legislador, resulta ciertamente complicado tipificar tales conductas: la quiebra muy grave de las condiciones de trabajo, tanto como para merecer reproche penal. El legislador español lo hace con **cuatro tipos diferentes**: tres se diferencian en la modalidad de acción (engaño o abuso de situación de necesidad, mantenimiento de las condiciones por el nuevo empresario, violencia o intimidación); el cuarto no exige un especial desvalor de acción y sí que la víctima sea un trabajador extranjero sin permiso de trabajo.

Como después se detallará, el resultado de este proceso de **tipificación** es bastante **deficiente**, salvado sólo por una interpretación judicial bastante sensata acerca de lo que es realmente grave. Por centrarnos en el tipo de conductas más habitual, el descrito en el artículo 311.1º, no se entiende muy bien que se insista en un desvalor de acción casi siempre concurrente (no el engaño pero sí el abuso de situación de necesidad) y que se describa el resultado en términos extraordinariamente amplios: bastaría para la calificación como delito que las condiciones impuestas simplemente "perjudiquen" o "restrinjan" derechos reconocidos en un "contrato individual". Amplitud por cierto comparable con la de la pena: el marco penal de la pena de prisión es inusualmente amplio, de seis meses a seis años.

B. Imposición mediante engaño o abuso de necesidad (art. 311.1º).

a. El primero de los tipos sanciona con la pena recién mencionada y multa de seis a doce meses a "los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual". Como les decía, el primer problema de delimitación de este tipo radica en que tal acotación se frustra respecto a las modalidades de acción. El **engaño** para imponer al trabajador condiciones irregulares no suele darse, porque no será necesario, porque lo que sucederá es que el trabajador se

someterá a las mismas por la necesidad del salario para su sustento personal o familiar. Es decir: lo que se dará casi siempre es "**abuso de situación de necesidad**", lo que ha llevado a preguntarse, dada esta cuasiinherencia del elemento, si lo que el tipo estará exigiendo es una necesidad peculiar o especialmente intensa.

Tal intensidad ha sido exigida por alguna Audiencia Provincial (SAP Las Palmas 6ª 109/2011, de 16 de mayo, FD 6). El Tribunal Supremo, sin embargo, se dio por conforme con la "generada por el mercado de trabajo, que provoca un desequilibrio entre asalariado y empleador, del que éste último se prevalece para imponer unas condiciones ilegales" (STS 1611/2000, de 19 de octubre, FD 4).

Recientemente el Tribunal Supremo (STS 494/2016, de 9 de junio) ha realizado tres precisiones en torno al concepto de **situación de necesidad**. La primera pone discutiblemente en relación el concepto con el propio del estado de necesidad eximente: "Sin duda la necesidad (la del sujeto pasivo) que hace nacer la responsabilidad criminal (en el artículo 311) o que la agrava (en el artículo 250.4) ha de ser, al menos, de la misma entidad que aquella (la del sujeto activo) que justifica y exime por ello de responsabilidad. De tal suerte, si un estado de necesidad, por ser menor que la extrema, puede reducir el beneficio del autor del delito a una mera atenuante o incompleta exención, pero no eximir totalmente si la de la víctima no es extrema, tampoco podrá tenerse por típica la conducta del autor". Esta comprensión es discutible pues la necesidad puede ser una para justificar la opción por la lesión de un bien jurídico y otra para aquilatar el desvalor de acción de la imposición de condiciones laborales irregulares. El segundo criterio repara en "la magnitud del segmento social en el que cabe ubicar a los que se encuentren en similares condiciones, de suerte que a más generalización de tal situación menos justificación de la relevancia penal por incidencia de la misma en el comportamiento analizado". Y tercera precisión: cabe "excluir su concurrencia si el sujeto que la padece no está alejado de recursos que le permitan sustraerse a la actuación del sujeto activo al imponer las condiciones de trabajo, y, entre ellos, el acceso a la tutela judicial" (FD 1).

En el caso de la explotación de la prostitución se produce en cualquier caso esa situación especial de necesidad, al tratarse de trabajadoras extranjeras sin permiso de residencia ni de trabajo.

b. Como también se apuntó, el **resultado** es tan amplio, inclusivo del mero perjuicio de cualquier condición legal, convencional o contractual, que el intérprete debe hacer un esfuerzo por espigar lo que es realmente grave, dado además que existe una amplia tipificación administrativa de estas irregularidades. Lo que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)

considera como infracción muy grave en materia de relaciones laborales (art. 8) y de Seguridad Social (art. 23) puede ser un buen punto de partida como suelo para la catalogación de lo delictivo. Y así, abstracción hecha de los supuestos de discriminación, de cesión de trabajadores y de limitación de la libertad sindical, que se situarían dentro de otros preceptos penales, de aquella regulación pueden destacarse las siguientes **conductas**:

1ª el impago o el retraso reiterado del pago del salario debido;

2ª el cierre o cese no autorizado de actividades empresariales;

3ª la transgresión de las normas sobre trabajo de menores;

4ª los actos atentatorios a la integridad moral o a la dignidad de los trabajadores;

5ª su traslado irregular;

6ª la retención de las cuotas de Seguridad Social descontadas a los trabajadores;

7ª o el pacto de la renuncia de los trabajadores a los derechos que les confiere el sistema de Seguridad Social.

El repaso a la **jurisprudencia** dictada en aplicación del CP art. 311 nos ofrece supuestos de creación de empresa ficticia al objeto de cederle trabajadores y proceder a su despido con menor coste para la empresa y menor beneficio para los despedidos (STS 18-05-81); de pacto incumplido con una trabajadora embarazada de despido improcedente y readmisión posterior en las mismas condiciones (STS 7-11-84); de firma en blanco a la que se adhiere posteriormente el reconocimiento del trabajador de despido voluntario (STS 14-03-85); de falsificación de la firma del trabajador en escrito de conformidad con la finalización de sus servicios (STS 23-12-89); de despido improcedente, opción por la indemnización e insolvencia fraudulenta (STS 1671/1994, de 29 septiembre); de traslado de un trabajador a un puesto de trabajo insalubre y patentemente inadecuado para su formación (STS 2140/1994, de 12 diciembre); de coacciones para el abandono del puesto de trabajo en forma de mala gestión y de supresión de la electricidad y de la calefacción (STS 964/1995, de 6 octubre); de falta de entrega de los contratos firmados, de alta en la Seguridad Social y de abono alguno, encontrando los perjudicados con que, al ir a trabajar, la empresa estaba cerrada, sin que, puestos en contacto telefónico con el acusado, se les diera explicación razonable (STS 125/1999, de 5 de febrero); de impago de los servicios de prostitución realizados sin descanso semanal alguno (STS 438/2004, de 29 de marzo); de condicionamiento del contrato de trabajo a la entrega de una fianza que se pierde si el contrato se resuelve por decisión del trabajador (STS 1613/2005, de 29 de diciembre); de jornada excesiva de trabajo sin alta en la Seguridad Social y con omisión habitual del pago del salario (STS 1311/2006,

de 28 de noviembre). Recientemente ha subrayado el Tribunal Supremo que "podemos excluir como penalmente sancionables las imposiciones de las que deriven menoscabo de tales derechos fácilmente reparables acudiendo al procedimiento administrativo o judicial o, cuando eso no sea accesible al trabajador por la situación de abuso padecida, a menos que aquellos derechos tengan cierta importancia, aunque no sea necesariamente de orden económico" (STS 494/2016, de 9 de junio).

c. El artículo define al **sujeto pasivo** como "los trabajadores a su servicio". Si pensamos en estas palabras habremos de reparar en dos cosas. La primera es que nos están diciendo que **sujeto activo** sólo puede serlo el empresario (o, como veremos, ex artículo 318 CP, sus delegados), que es la persona a cuyo servicio están los trabajadores. La segunda observación se refiere al plural, que nos indica que existirá un solo delito aunque sean varios los trabajadores a los que a través de una misma conducta se les imponen condiciones irregulares.

Tal cosa sucede en el caso de la explotación de la prostitución.

Además, en la interpretación del alcance del círculo de sujetos pasivos, y con ello del tipo delictivo, se han discutido dos cuestiones interesantes. Hace ya muchos años, en relación con el Código Penal anterior, que el Tribunal Supremo aclaró que el precepto protege también a los trabajadores cuya actividad carece del respaldo de un contrato de trabajo válido, pues "no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que **prestan servicios para otra**. De lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección" (STS de 12 de abril de 1991, FD 6). Trabajadoras son por lo tanto las mujeres que ejercen la **prostitución** por cuenta y encargo de otro (SsTS 1045/2003, de 18 de julio, FD 4; 270/2016, de 5 de abril, FD 2).

La protección de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo se recoge también, específicamente en cuanto a tal dato, en el artículo 312.2, con lo que, si se dan las modalidades de engaño o abuso de situación de necesidad, estaremos ante un concurso de normas (que, dada la especialidad de cada precepto, parece que habría que resolver con el criterio de alternatividad -art. 8.4ª CP-).

Que es precisamente lo que sucede en el caso de la explotación de la prostitución.

Cuestión distinta de la anterior, por mucho que en la práctica hayan veni-

do de la mano, es la de si cabe aplicar estos preceptos a actividades no reguladas y, en concreto, a la **prostitución**. Algunos tribunales entendieron que la letra de la ley no permitía penar los -tan frecuentes- supuestos de explotación en este ámbito, pues no cabía constatar la existencia de una regulación legal, convencional o contractual contrariada. Fueron corregidos por el Tribunal Supremo, que interpreta que se subsumen en el tipo aquellas prestaciones por cuenta ajena que se realizan en "condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana" (SSTS 438/2004, de 20 de marzo, FD 7; 160/2011, de 15 de marzo, FD 6).

En el caso de la explotación de la prostitución se constata que las condiciones de trabajo eran de tal tipo, destacándose la ausencia de descanso y de entrega del salario pactado.

Trabajadores son a los efectos de este título del Código Penal también los **funcionarios**, los empleados públicos y los trabajadores al servicio de la Administración, para los que la norma básica subyacente es el Estatuto Básico del Empleado Público. Ciertamente algunos de los delitos del título son difícilmente concebibles con ellos como sujeto pasivo. En su caso, el delito contra los derechos de los trabajadores podría concurrir con uno de prevaricación.

Los **empleados del hogar** tienen los derechos y deberes laborales establecidos en los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores (ET). En materia de seguridad no es aplicable la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 3.4). El RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, dispone que el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico (art. 7.2).

d. Si lo que protege el precepto son las preceptivas condiciones de trabajo y de Seguridad Social, las condiciones dignas de trabajo normativamente establecidas, y si a tenor de su letra es éste y no otro su bien jurídico, el delito se **consuma cuando se comience a trabajar** en tales condiciones irregulares y no en el momento previo de la contratación en el que se prevean ya tales irregularidades.

C. Mantenimiento de las condiciones irregulares (art. 311.3º).

El legislador considera que es igualmente disvaliosa, y merecedora de la misma pena, la conducta del nuevo empleador que **mantiene** las condicio-

nes irregulares sabedor de que se establecieron mediando engaño o abuso de necesidad.

Si el legislador sitúa la frontera delictiva en el desvalor del engaño o del abuso de una situación de necesidad, parece que el mantenimiento de las condiciones irregulares sólo debe ser delictivo si permanece el error o la situación de necesidad.

D. Imposición mediante violencia o intimidación (art. 311.4º).

Muy dura es la **pena** (la superior en grado, con lo que la pena de prisión será de seis años y un día a nueve años), cuando las condiciones laborales irregulares se imponen mediante violencia o intimidación. Tal dureza resulta discutible, pues si la violencia supera un umbral mínimo (el del delito leve de malos tratos) las lesiones correspondientes formarán un concurso ideal con el delito contra los derechos de los trabajadores.

Si concurren engaño o necesidad y además violencia o intimidación (cosa rara, pues con estos medios es innecesario recurrir a aquéllos, aunque concurrente en nuestro caso de la explotación de la prostitución), este tipo, el más grave, será el único aplicable, pues absorberá todo el desvalor del hecho (**concurso** de normas).

Por cierto, que este tipo penal y el hecho de que en el tipo inicial el medio delictivo sea el engaño o el abuso de necesidad indican que el verbo "**imponer**" de este no se refiere a que deban existir medios coactivos.

Este tipo agrava también cuando la violencia o la intimidación las utilice un nuevo empleador para **mantener** las condiciones irregulares que estableció su predecesor mediante engaño o abuso de necesidad. La lectura del apartado 4º del artículo 311 (ha de ser la precisa conducta del apartado 3º la que se realice con violencia o intimidación) descarta que pueda concurrir el nuevo tipo más grave si lo que hace el sujeto es mantener las condiciones que otro impuso con violencia o intimidación, o mantener con estos medios las condiciones que no fueron impuestas en su día con engaño o a abuso de necesidad.

E. Imposición a extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2).

a. La **pena** es diferente -vaya usted a saber por qué y si es mayor o menor (la misma multa y prisión de dos a cinco años)-, para los que "empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual".

Que el legislador prefiriera no denominar al sujeto pasivo como "trabajadores", por no tener permiso para serlo, no justifica el chirriante "súbditos", etimológicamente "sometidos" y tradicionalmente contrapuesto en el lenguaje político a "ciudadanos", que es el vocablo que correctamente utiliza el título XV bis ("Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros").

b. Al lector atento del **precepto** le surgirán dos preguntas. La primera es la de su porqué, a la vista de los tipos ya analizados. La segunda lo será por los derechos laborales de los trabajadores extranjeros sin permiso para serlo.

La diferencia con las conductas de los artículos 311.1º y 4º radica en la ausencia de modalidades específicas de acción. No hace falta que las condiciones irregulares se establezcan con engaño, abuso de necesidad, violencia o intimidación, a la vista de que el **abuso de necesidad** es casi inherente en todos estos casos, y sobra el "casi" respecto a la concurrencia de **indefensión** en el trabajador.

Esto es lo que sucede en nuestro caso de explotación de la prostitución.

Pero, ¿es que tienen **derechos laborales** quienes carecen del derecho a trabajar en España? Naturalmente. Así lo reconoce la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LO 4/2000), cuando señala que "[l]a carencia de la autorización de residencia y trabajo [...] no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo".

De este modo el trabajador extranjero sin permiso de trabajo tiene los derechos que se derivan del contrato de trabajo en función de lo que establezca el mismo, las disposiciones legales y el convenio colectivo aplicable a la actividad (ocupación efectiva, promoción y formación profesional, intimidad, jornada, percepción puntual de la remuneración pactada, seguro médico, seguro para incapacidad, etc.). Cometerá este delito el empresario que no observe estas condiciones. Con dos particularidades. La primera es que tales condiciones se refieren a las cumplibles a partir de la irregularidad de partida (contratación sin permiso de trabajo), por lo que no es exigible el alta en la

Seguridad Social -que, como veremos, sólo constituye delito en determinada cuantía de sujetos pasivos (art. 311.2º)-, aunque sí una cobertura privada equivalente. La segunda apostilla es que la jurisprudencia viene exigiendo que la restricción de derechos sea relevante, "en condiciones importantemente restrictivas de los derechos legal y convencionalmente reconocidos" (STS 1349/2004, de 25 de noviembre, FD 5), "grosera" (SAP Murcia, 2ª, 486/2011, de 7 de diciembre, FD 1), con imposición de condiciones "notoriamente perjudiciales" (STS 578/2011, de 17 de mayo, FD 3).

Dos apuntes en materia **concursal**. Si el empleo es la **prostitución** y se da **coacción** a la misma, el Tribunal Supremo considera, a partir del Acuerdo del Pleno de 30-5-06, que dados los bienes jurídicos tutelados en cada caso, no es posible el concurso aparente de normas, sino que nos encontraríamos ante un concurso delictivo (real, según SsTS 372/2005, de 17 de marzo, y 651/2006, de 5 de junio).

Esto es lo que sucede en nuestro caso de explotación de la prostitución.

No cabe el **delito continuado**, pues nos hallamos ante un bien jurídico que "en alguna medida se caracteriza por su carácter personal o individual" (STS 160/2011, de 15 de marzo, FD 7).

2. Discriminación laboral (art. 314).

A. Resulta más que **discutible** que el Derecho penal deba enfangarse en la prevención de las discriminaciones laborales, por mucho que éstas hayan de ser "graves", si la discriminación no comporta la imposición de condiciones irregulares en el discriminado (lo que nos llevaría al artículo 311 si concurriera engaño, abuso de necesidad, violencia o intimidación). El propio legislador no parece estar muy seguro de ello y compensa su intromisión de dos modos: con una **pena** que puede quedarse en multa (prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses) y con la exigencia de una especie de **contumacia**. No se sanciona sin más la discriminación por determinados motivos (ideología, religión o creencias; pertenencia a una etnia, raza o nación; sexo u orientación sexual; situación familiar; enfermedad o minusvalía; ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, o parentesco con otros trabajadores de la empresa; uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español), lo que constituye una **infracción administrativa** (art. 8.12 LISOS), sino que no se "restablezca la situación de igualdad ante la Ley tras

requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado".

Se trata de un precepto que apenas tiene aplicación práctica. Una de las razones de ello radica en las **dificultades de prueba** de la falta de justificación empresarial del trato diferenciado. Si la protección laboral de la igualdad tiene cierta eficiencia es porque invierte la carga de la prueba a partir de la aportación de indicios fundados de discriminación (art. 96.1 de la Ley de Jurisdicción Social), cosa que no permite el derecho a la presunción de inocencia que rige el proceso penal: la acusación ha de aportar las pruebas de cargo y éstas han de probar plenamente la culpabilidad del acusado.

B. Dos dudas ha suscitado la interpretación de este delito. La primera es el alcance de la expresión "**en el empleo**", que debe comprender también los supuestos de discriminación en el acceso al empleo (en coherencia con el Convenio OIT núm. 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación). A ello apunta también que a la hora de designar el sujeto pasivo de la acción el tipo se refiera a «personas» y no a «trabajadores».

¿Se refiere el "**requerimiento**" del precepto sólo al administrativo o también al judicial? Lo primero carece de sentido. En nada mejora el comportamiento discriminatorio renuente cuando lo es a un requerimiento judicial. Más bien cabe apreciar una mayor certeza del mandato y una mayor contumacia en la desobediencia. Por ello y por el hecho de que el adjetivo singular «administrativa» puede predicarse sólo de la sanción, debe interpretarse la norma en un sentido comprensivo de los requerimientos judiciales.

3. Delitos contra la seguridad de los trabajadores (arts. 316 y 317).

Caso de los tablones

"I. Sobre las 11 horas del día 2 de agosto de 1996 Diego S. R. se encontraba, después de almorzar, con otros dos compañeros, trabajando en la segunda planta del edificio en construcción, propiedad de "Salonac, SL" sito en el carril de Ruipérez de Casillas (Murcia), montando el "emparrado" de la tercera planta, que consiste en colocar finas barras de hierro en la techumbre de esa planta, sujetas por unos puntales que se apoyan en el piso. Esa mañana iban a hacer el forjado y a colocar los puntales que servirían también para poner valla roja y acordonar el hueco de la escalera de 2,5 x 3 metros. Para empezar a trabajar procedieron a retirar los tablones que protegían

dicho hueco. Cuando estaban trabajando en el emparrado y se disponían a colocar las vigas para acordonar y vallar el hueco, cayó por dicho lugar el trabajador Diego S. R., que iba trabajando al tiempo que retrocedía, no recordando la existencia del hueco, precipitándose al vacío desde una altura aproximada de 6 metros y sufriendo gravísimas lesiones que determinaron su fallecimiento tres días después por traumatismo craneoencefálico [*sic*]. Tenía 33 años y deja viuda sin hijos.

Los trabajadores tienen instrucciones de usar, en la ejecución de todos estos trabajos, los cinturones de seguridad que les facilita la empresa, que se pueden anclar en los pilares. También se les facilitaron cascos, guantes y vallas, pero en esa mañana los trabajadores sólo utilizaron el casco porque así podían realizar el emparrado con mayor comodidad, pese a ser conocedores que si la empresa o los técnicos los veían les podían echar una bronca.

La empresa "Salonac, SL" es propiedad, junto con su esposa, del acusado José Antonio G. S., administrador de dicha empresa, que tiene concertada póliza de responsabilidad civil con "la Equitativa, SA". El encargado de la obra desde el 4 de julio anterior era el acusado Moisés B. C., que trabajaba como oficial en la misma empresa, siendo el arquitecto y aparejador de la obra los también acusados Juan Antonio S. A. y José H. G., con póliza de seguros en "Asemas, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores", y "Musaat, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos", respectivamente".

[...] El encargado de la obra, don Pedro Antonio N. G., [...] llevaba de baja en la empresa por accidente laboral desde el 4-7-1996, casi un mes antes desde que se produjo el accidente de Diego S. [...] El obrero Moisés B. C., que aparece en los hechos probados como encargado de la obra desde la mencionada fecha del 4-7-1996, [...] en realidad no ejercía como tal, respecto del cual sólo consta que se le encomendó atender a la policía y a la inspección de trabajo cuando acudieron al lugar para realizar sus respectivos cometidos.

II. En el Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo que tuvo que hacer e hizo, como aparejador del correspondiente proyecto de obra, don José H. G., aparece lo siguiente: `Todos los huecos de planta (patios de luces, ascensor, escaleras) estarán protegidos por barandillas y rodapiés, además en los huecos de ascensor y escaleras por las que no se ha de transitar se protegerán con mallazo de 150 x 150 x 8 mm, empotrado perimetralmente al forjado de cada planta durante el hormigonado de las mismas´.

Ni el aparejador José H. G. ni el empresario José Antonio G. S. adoptaron las medidas de seguridad referidas en el anterior párrafo.

[...] Pese a que parece que el plan de seguridad que tenía que hacer el empresario antes de comenzar la obra, no fue realizado, entendemos que ese estudio realizado por el aparejador era conocido y vinculante para la empresa, que tuvo que acompañarlo con el proyecto para todo el trámite administrativo anterior al inicio de los trabajos."

Sentencia del Tribunal Supremo 1329/2001, de 5 de septiembre (antecedentes de hecho y fragmentos de los fundamentos de Derecho 5º y 8º).

A. Bien jurídico y problemas de interpretación.

a. Como sucede en el tráfico rodado, la elevada siniestralidad laboral (476 trabajadores fallecidos en jornada de trabajo en 2016) derivada de la falta de las condiciones preceptivas de seguridad hizo que en el año 1983 el legislador penal tomara la decisión de anticipar la intervención penal dirigida a proteger la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores y creara un delito de peligro del que hoy son sucesores los descritos en los artículos 316 y 317. Existe ya una conducta delictiva, aunque no se produzca la muerte o la lesión de un trabajador, pero sí una puesta "en peligro grave" del mismo derivada de que la persona "legalmente obligada" no ha facilitado los medios necesarios preceptivos -"con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales"- para que "desempeñe su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas". El delito se consuma así con la puesta en peligro de uno o varios trabajadores con lo que el bien jurídico protegido es la **seguridad** de la vida, la integridad física o la salud **de los trabajadores**.

La manera tradicional de prevenir penalmente las condiciones gravemente inseguras de prestación del trabajo era la de penar a quien fuera responsable de las mismas en el seno de la empresa cuando se concretaran en la muerte del trabajador (homicidio imprudente) o en su lesión (lesiones imprudentes). El orden penal sólo intervenía en estos casos de resultado lesivo, y no en otros, por graves que fueran las irregularidades y por probable que apareciera en un momento dado la lesión o la muerte. Para estas conductas se recurría a la sanción administrativa.

Hasta hace pocos años era un precepto poco utilizado, salvo en compañía (en concurso de delitos) del delito de lesiones y homicidio imprudente, cuando eran varios los trabajadores puestos en grave peligro y no todos resultaban lesionados. El precepto desplegaba así una función, probablemente innecesaria, de agravación y no de punición de conductas de peligro sin lesión. Esta situación ha cambiado. Así, hubo 16 sentencias condenatorias por delitos de riesgo sin resultado de muerte o lesión (arts. 316 y 317) en el año 2015. En general, tomando en cuenta también los delitos de lesión, puede afirmarse que se ha incrementado la persecución penal en esta área: los escritos de acusación pública han pasado de 350 en el año 2006 a 581 en el 2015, en el que se dictaron 631 sentencias de Juzgados de lo Penal, de las que

el 81% fueron condenatorias (los datos provienen del "Informe sobre el Estado de la Seguridad y la Salud Laboral en España 2015", INSHT, 2016).

b. El precepto plantea los no pocos **problemas interpretativos** que se van a abordar a continuación: quiénes son los "legalmente obligados a la seguridad" y pueden por ello ser sujetos activos del delito (B); a qué "medios" se refiere el tipo cuando pena su falta de facilitación y si lo son la formación, el ritmo adecuado de trabajo y la vigilancia y exigencia del uso de medidas de seguridad (C); en qué consiste el "grave peligro" para la vida, la integridad física y la salud del trabajador y cómo deben resolverse los casos en los que además del peligro se produce una lesión (D).

B. Sujeto activo.

a. La descripción del sujeto activo del delito (los legalmente obligados a facilitar medios de seguridad) es innecesariamente ambigua. Ese destinatario de la obligación es sin lugar a dudas, conforme a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, **el empresario**, pero, según cómo se mire -según cómo se interprete la norma penal-, podrían serlo muchos otros sujetos: el coordinador de seguridad; los miembros del servicio de prevención propio o ajeno; los fabricantes, suministradores o importadores de útiles de trabajo, de sustancias químicas o de elementos de protección; el inspector de trabajo; los representantes de los trabajadores; o incluso los trabajadores. En relación con este delito de peligro, con esta excepcional punición anticipada, debe sin embargo interpretarse restrictivamente que el legalmente obligado es sólo el empresario. Porque sólo él tiene un deber intenso y primigenio de seguridad como sinalagma de su libertad para poner a otros en peligro y porque en realidad la legislación laboral sólo le configura a él como obligado a la facilitación de medios de seguridad.

Así, aunque el **deber de paralización** en caso de riesgo grave e inminente pueda considerarse un deber de facilitación de medios de seguridad, la paralización referida no se dibuja en la legislación de prevención de riesgos laborales como una obligación del inspector o de los representantes de los trabajadores, sino como una potestad (arts. 9.1.f, 21.3, 36.2.g y 44 LPRL); las obligaciones de seguridad de los trabajadores (art. 29 LPRL) no son obligaciones de facilitación de medios a los trabajadores, como tampoco lo son las de los fabricantes, importadores o suministradores de útiles de trabajo, sustancias químicas o elementos de protección (art. 41 LPRL), que no son sujetos obligados a la facilitación de medios de seguridad, sino a la seguridad de los medios facilitados.

b. Cuestión distinta es que el artículo 318 -al que luego me referiré, en el último apartado del tema- permita extender la autoría a "los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables" de esa falta de facilitación de medios de seguridad que correspondía al empresario que sea una persona jurídica. Si el empresario es una persona física se llega a la misma solución de extensión de la responsabilidad al delegado a través del artículo 31, pues este actúa "en nombre" del primero, que es lo que exige tal precepto.

En la práctica se han suscitado problemas interesantes en torno al alcance del círculo de sujetos activos del artículo 316.

El primero de ellos se produce porque existen disposiciones generales que establecen determinados deberes de seguridad, y en concreto de facilitación de medios, para personas que ocupan determinados cargos en la empresa. La duda es si ello es suficiente para considerarlos potenciales sujetos activos del delito contra la seguridad de los trabajadores. La duda, expresado más en general, es si la responsabilidad del delegado depende de que haya una **delegación efectiva** por parte del empresario o si basta para que exista una norma que la establezca. (Sobre la delegación, véase tema III.1.b.)

Creo que, como la responsabilidad penal se basa en criterios materiales de justicia, la responsabilidad penal de un miembro de la empresa va a depender de que sea un garante original o un delegado de tal garante (o de un delegado del mismo). No es suficiente con que tal cosa la diga, por ejemplo, el RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, o el RD 1627/1997 sobre los coordinadores de seguridad en las obras de construcción, o el viejo RD 265/1971 sobre las funciones de los arquitectos técnicos. Hace falta además que ese deber normativo venga avalado materialmente por una delegación efectiva.

Suele discutirse, en segundo lugar, si los miembros del **servicio de prevención** son garantes: si son delegados de seguridad, decisores de seguridad o son sólo asesores de seguridad. La Ley de Prevención y el Reglamento de estos Servicios son bastante ambiguos, aunque, como se acaba de señalar, no es éste un dato determinante, sino el de la existencia de una delegación efectiva. De hecho, hasta donde se me alcanza, algunas empresas conforman sus servicios de prevención como meros asesores del personal ejecutivo; en otras ocasiones se configura a los miembros del servicio como personal ejecutivo transversal en materia de seguridad; y en muchas otras su perfil es mixto, conformado por tareas generales de asesoramiento y por ciertas tareas ejecutivas, singularmente las de vigilancia y las de calificación especializada.

La lectura de la regulación de la responsabilidad administrativa de los **contratistas y subcontratistas** nos depara una desagradable sorpresa, pues parece afirmar una responsabilidad sancionadora de tipo objetivo. Según el artículo 42.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, "(l)a empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del

artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal". El artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales prescribe que "(l)as empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales".

La extrañeza que produce esta regulación es doble. Por una parte, no se entiende muy bien por qué una empresa debe responder, no de lo que hagan sus órganos, directivos o trabajadores, sino de lo que haga otra empresa distinta y autónoma con la que lo único que le une es un contrato de prestación de servicios. Por otra parte, choca que en nuestro sistema constitucional pueda hablarse de solidaridad respecto a una sanción, que se supone sólo imponible y sólo aplicable al autor de la infracción sancionada.

La razón de esta regulación proviene de la experiencia práctica y de cómo el esquema inicialmente razonable de distribución de responsabilidades -cada empresa responde sólo de su actividad- había dado lugar a una especie de liberación y de exportación fraudulenta de la responsabilidad con la simple argucia de convertir al delegado en empresa autónoma. El legislador pretende combatir esa argucia presuponiendo que allí donde la empresa contratista trabaje en el centro de la empresa contratante y en el ámbito de la actividad propia de esta, allí se da en realidad una delegación que obliga a la empresa contratante a vigilar el cumplimiento de los deberes de seguridad anexos a la actividad delegada y a responder si dicha vigilancia no se produce o no tiene como consecuencia la corrección de la empresa contratada.

En los términos reseñados y con las cautelas advertidas, podrá tener relevancia penal *ex* artículo 316 la responsabilidad de quien actúe en nombre de la empresa principal respecto a una infracción de facilitación de medios de seguridad de la empresa contratista que genere una situación de grave peligro

En el caso de los tablones el deber inicial de seguridad recaía en el empresario, que lo delegó en el aparejador para realizar el estudio de seguridad y para velar por su aplicación, y en el encargado de obra, al que no sustituyó cuando estuvo de baja.

C. Conducta típica.

a. ¿Qué condiciones de trabajo se consideran inadecuadas, irregulares, respecto a la seguridad de los trabajadores? Para responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta que la actividad productiva es un ámbito de riesgo permitido: un ámbito en el que, como sucede en el del tráfico rodado, el ordenamiento

-la sociedad, en fin- permite a los ciudadanos que actúen arriesgadamente, pongan en peligro a otros, porque de tal riesgo deriva una utilidad que hace que tal riesgo merezca la pena soportarlo. Construir en altura, manipular ciertos productos químicos o desactivar artefactos explosivos comporta necesariamente un cierto riesgo. La siguiente pregunta es entonces la de la frontera de ese riesgo permitido: ¿hasta dónde cabe poner el peligro a otros? ¿Hasta dónde puede ponerse en peligro al trabajador por necesidades productivas?

Esa delicada frontera está delimitada normativamente. Múltiples normas de distintos rangos (leyes, reglamentos, reglamentos técnicos, convenios colectivos) precisan qué se puede hacer y qué no se puede hacer y aspiran a hacerlo para cada tipo de actividad y para cada operación productiva en el marco de cada actividad (art. 6 LPRL). Indican lo que ha de hacerse para mantener controlado el peligro. Por ello, porque se trata de normas que demarcan lo permitido, lo prudente, el cuidado debido, y para dar seguridad a los potenciales sujetos activos, el tipo se configura como un **tipo remisivo**, como un tipo penal con blanco: sólo comete el delito el sujeto que infringe "las normas de prevención de riesgos laborales".

Como esas normas podrán insertarse en un convenio colectivo de trabajo, resultará que lo que en una empresa es delictivo podrá no serlo en otra, regido por otro convenido con unas normas de seguridad menos exigentes. Ello plantea la interesante cuestión del respecto al **principio de igualdad** de normas penales que se remiten para su complemento a disposiciones que no sean generales (por ejemplo, convenios colectivos o normas autonómicas).

En el caso de los tablones se constataba una concreta infracción de los artículos 20.3 y 21.1 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, y del artículo 187 de la Ordenanza sobre la Construcción, Vidrio y Cerámica, de 28 de agosto de 1970.

b. El núcleo de la conducta típica consiste en **no facilitar** medios de seguridad. El problema interpretativo es que no está claro si algunas omisiones de seguridad lo son por esa falta de facilitación.

Sí parece que lo es la falta de suministro de la necesaria información y formación de los trabajadores en relación con los riesgos que implica la tarea concreta que se les asigna. Más dudas suscita la respuesta a la cuestión de si realiza la conducta típica de los artículos 316 y 317 quien selecciona inadecuadamente a los trabajadores desde la perspectiva de la seguridad en el trabajo,

o quien no suspende la actividad en caso de grave peligro para los trabajadores, o quien delega la facilitación de medios y no vigila que el delegado lo haga, o quien facilita los medios pero no exige su efectiva utilización.

Resulta así discutido el siguiente supuesto, que bien pudo suceder en el caso de los tablones. El encargado de facilitar los medios de seguridad (originariamente el titular de la empresa) delega esta función pero infringe su deber de supervisión del delegado. Se produce una situación de grave peligro para la integridad física de los trabajadores derivada de la ausencia de medios de seguridad. ¿Responde penalmente el delegante que no vigiló? ¿Puede considerarse tal vigilancia como la falta de facilitación de medios que exige el art. 316 CP? ¿Podría responder, si no como autor, como partícipe omisivo del delito del delegado, posible por el incumplimiento de su deber específico de vigilancia?

D. El resultado de grave peligro.

a. Con todo, quizás la principal incertidumbre acerca de qué conductas son delictivas sea la que supone el resultado de "**peligro grave**". La jurisprudencia -por lo demás nada explícita en este punto- parece conformarse con algún tipo de situación en la actividad productiva en la que se pueda hacer un juicio de relevante probabilidad de que se vaya a producir un daño a la vida, a la integridad física o a la salud de algún trabajador. No queda claro sin embargo cómo se cuantifica esa probabilidad y si la misma exige inminencia de la lesión.

¿Es necesario que el trabajador que opera en altura lo haga sin cinturón de seguridad ni redes ni vallas de protección, tropiece y se quede colgando del borde de la planta en construcción? ¿Basta con que se constate una actividad laboral estable y frecuente cercana a tal borde? ¿Basta sólo con la situación objetivamente insegura?

Para evitar esta incertidumbre y para sancionar penalmente sólo el riesgo indiscutible, la doctrina ha propuesto un concepto de peligro grave como peligro estrictamente concreto, que exige que en algún momento de los acontecimientos parezca irreversible la producción cierta de una lesión que luego, sin embargo, contra todo pronóstico, no acaece. Expresado con más rigor: se trata de una situación en la que el curso de peligro se dirige con suma probabilidad hacia el objeto de la acción (hacia el trabajador) y en la que tanto la trayectoria e intensidad de aquél como la defensa de la víctima potencial han caído fuera del control ordinario del agente, de la víctima o de un tercero, de modo que con antelación no quepa razonablemente confiar en la no producción de un resultado de pérdida de la vida o de menoscabo de la salud o de la integridad física del trabajador.

En el caso de los tablones es discutible si se dio esa situación de grave peligro de los trabajadores que no resultaron lesionados.

b. El hecho de que se trate de un delito de resultado de peligro nos lleva a preguntarnos por su relación con el delito correspondiente de lesión: qué pasa cuándo además de ponerse en grave peligro a uno o varios trabajadores todos o algunos de ellos resultan lesionados o mueren.

Se da indiscutidamente un **concurso** de normas, y los tipos de homicidio o lesiones imprudentes desplazan al delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 8.3ª), cuando el único trabajador que sufrió el grave peligro resultó lesionado. Y lo mismo sucederá si son varios y todos ellos resultan lesionados.

La solución cambia, según el Tribunal Supremo, si además del trabajador o trabajadores lesionados otros compañeros sufrieron la situación de grave peligro. La comprensión de todo el desvalor de la conducta requeriría, según esta solución, acudir al concurso ideal de delitos entre los correspondientes a la lesión y el de peligro (STS 1188/1999, de 14 de julio, FD 7; también SsTS 2445/2001, de 22 de diciembre, FD 3 y 1036/2002, de 4 de junio, FD 3).

En el caso de los tablones, si se hubiera constatado una situación de grave peligro para los demás trabajadores, el tribunal habría aplicado la solución del concurso de delitos.

E. El delito imprudente (art. 317).

El delito contra la seguridad de los trabajadores es el único delito del título cuya realización imprudente se pena. Esta punición obedece a la **necesidad**, típica de los delitos de empresa, de prevenir la lesión de tal bien en un ámbito en el que la lesión dolosa resulta con frecuencia difícilmente constatable por la distancia espaciotemporal y orgánica que separa frecuentemente a quien decide de quien ejecuta.

Dos advertencias en relación con la comisión imprudente. La primera es que la imprudencia ha de ser **grave**. La segunda es que se da tal imprudencia y no dolo cuando el **dolo** concurre sólo respecto a la infracción de la normativa de seguridad (e imprudencia en relación con el resultado de peligro) y cuando el dolo solo tiene por objeto el grave peligro (y es imprudente la infracción de aquella normativa).

III. Delitos de contratación irregular.

1. Contratación sin permiso de trabajo o sin Seguridad Social.

A. Contratación plural (art. 311.2º).

a. En el año 2012 se introdujo en el Código Penal un nuevo delito consistente en contratar a una pluralidad de trabajadores sin darles de alta en la Seguridad Social o, cuando ello sea necesario, sin autorización de trabajo. La peculiaridad del nuevo tipo consiste en que el desvalor penal no se sitúa en una contratación irregular o en un determinado número de contrataciones, sino en un porcentaje de trabajadores afectados de la empresa (el veinticinco por ciento de los trabajadores de las empresas grandes, el cincuenta por ciento de las medianas y la totalidad en las pequeñas), lo que revela que el legislador está pensando más en proteger **la competencia** que los derechos de los trabajadores.

Según el **preámbulo** de la LO 7/2012, "los perjuicios ocasionados por estas conductas son evidentes. Por un lado, la negación de los derechos que en materia de Seguridad Social puedan corresponder a los trabajadores por el periodo en el que prestan sus servicios de forma irregular. Por otro, los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial". Debe recordarse que la Ley de Competencia Desleal (L. 3/1991) considera desleal "la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería" (art. 15.3).

Este precepto tiene su **origen** en la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. La Directiva exige que se considere como delito el "empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular" (art. 9.1.b).

Si la perspectiva fuera solo la protección del trabajador, la técnica de tipificación sería chocante, no dependiente de la lesividad de la conducta sino de la relación con la misma con la lesividad posible (como si se penara el hurto en función de lo que fuera posible hurtar o, y esto se ha propuesto en ocasiones, el fraude fiscal sólo si la cuota defraudada alcanza un porcentaje de la que se debía tributar). Podría no merecer reproche

penal el responsable de contratación de una gran empresa que contrate a trescientos trabajadores de forma irregular y sí el de la pequeña empresa que haga lo propio con cinco.

Conforme a la STS 478/2015, de 17 de julio, los perjuicios propios de estas conductas "son, por un lado, para los trabajadores -en sus derechos de seguridad social, e incluso en otros derechos laborales que pueden depender de las veces o tiempo que hayan trabajado, y que lógicamente no se podrían valorar si la ocupación es subrepticia- y por otro para las relaciones económicas y empresariales -viciadas por unos costes laborales reducidos fraudulentamente-; estos perjuicios se ocasionan si nos fijamos en los trabajadores ocupados simultáneamente en un momento concreto, sin necesidad de retrotraemos a la plantilla media" (FD 3).

b. Los elementos centrales de la **conducta típica** son dos. "Dar ocupación" a cierto número de trabajadores con ciertas **irregularidades**. Definamos los "ciertos".

La **cuantía**, ya antes mencionada, se refiere a la cuarta parte de los trabajadores en las empresas de más de cien trabajadores, la mitad en las de más de diez y la totalidad en las de más de cinco, con lo que el delito se **consuma** en el momento en el que el número exigido de trabajadores preste sus servicios de modo irregular (STS 478/2015, de 17 de julio; FD 3).

Las **irregularidades** pueden ser dos, indistintas para alcanzar tales porcentajes (no hace falta que el porcentaje se alcance con una sola de ellas):

1ª bien la de no solicitar su alta en el régimen de Seguridad Social;

2ª bien la de no haber obtenido el permiso de trabajo cuando éste sea preceptivo.

El empresario es el sujeto primariamente obligado a la **afiliación** y al **alta** inicial de su trabajador que no haya estado en el sistema de la Seguridad Social y al alta regular en cualquier otro caso (art. 13.2 Ley General de la Seguridad Social; arts. 24 y 29 RD 84/1996). El trabajador podría solicitar por sí mismo el alta si no lo hace su empleador (art.13.1 LGSS). El incumplimiento de esta obligación por parte del empresario no afectará a los derechos de Seguridad Social que le corresponden al trabajador "a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo" y de "asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral" (art. 125.3 LGSS). Estos derechos no necesitarán reconocimiento (RD 84/1996 art. 35.4).

El **permiso de trabajo** es necesario, salvo excepciones, para los trabajadores extranjeros que no sean comunitarios o familiares directos de estos (arts. 36 y ss. LO 4/2000).

c. Rigen aquí la misma pena y las mismas **modalidades** que describíamos para del delito de imposición de condiciones irregulares (art. 311.1º): el comportamiento también es delictivo si lo que hace el sujeto es mantener las condiciones irregulares cuando la **empresa** le es **transmitida** (art. 311.3º); la pena es **más grave** si se "da ocupación" sin permiso o sin Seguridad Social "con violencia o intimidación" (si se fuerza al trabajador o se le amenaza para que acepte el empleo irregular, no si se le amenaza para que no denuncie su situación).

La **pena** (prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses) parece, además de excesivamente amplia, excesivamente dura en su margen superior, a la vista de que no hay un especial desvalor de acción, de que el de resultado lo es en realidad de peligro para los intereses de los trabajadores y de cómo se sancionan en el Código los delitos contra la competencia.

B. Contratación de extranjeros sin permiso (art. 311 bis).

a. Si lo que hace el empleador es "**de forma reiterada**", emplear o dar ocupación a ciudadanos extranjeros sin el permiso de trabajo que requieren, la pena podrá quedarse en multa (prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses). Se configura así como un tipo más específico en cuanto a la irregularidad (falta del preceptivo permiso de trabajo) y subsidiario del anterior (queda desplazado si el número de trabajadores supera los porcentajes del artículo 311.2º).

b. Un segundo tipo sanciona a quien emplee a un **menor de edad** que carezca de permiso de trabajo. Como los menores de edad o no pueden trabajar (menores de dieciséis años: art. 6 del Estatuto de los Trabajadores) o, si pueden hacerlo, no necesitan por ser menores permiso de trabajo, el precepto carece de sentido -pues presupone que se trata de menores que podrían tener tal permiso- si no se interpreta, conforme a la Directiva 2009/52/CE, que le da origen, que se refiere a menores extranjeros, que podrían obtener tal permiso sin son mayores de dieciséis años.

La perspectiva material de las conductas más graves de trabajo prohibido de menores, cualquiera que sea su nacionalidad, es la propia de los artículos 311.1º y 312.2.

2. Tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1).

El artículo 312.1 pena con prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses a "los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra". Se trata de un ejemplo de **indeterminación normativa**, de cómo no debe tipificarse un delito. ¿Qué es el tráfico ilegal de mano de obra?

A. La intermediación en el contrato de trabajo ha preocupado siempre como vía posible de discriminación y, sobre todo, como vía de reducción salarial del trabajador. Históricamente se trató de combatir esos riesgos con un monopolio público en la intermediación, hoy inexistente. En nuestro ordenamiento la contratación de trabajadores puede ser directa, o realizarse a través de los servicios públicos de empleo, o hacerse a través de agencias privadas de colocación, que pueden incluso tener fines lucrativos.

Una primera hipótesis para el críptico "tráfico ilegal de mano de obra" sería la **intermediación en el mercado de trabajo** sin autorización administrativa o con perjuicio para los trabajadores. Con todo, incluso en los casos más graves de habitualidad, la lesividad de estas conductas, ya tipificadas como infracciones administrativas (art. 16 LISOS), no parece suficiente para alcanzar una pena que puede alcanzar los cinco años de prisión.

Una segunda hipótesis, pero con la misma carencia de lesividad suficiente, es la **cesión ilegal de trabajadores** (art. 43 ET): la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa al margen del cauce de las empresas de trabajo temporal.

B. La tercera hipótesis repararía en el término "**tráfico"** y en su significado de cosificación. Se trataría de supuestos en los que con ánimo de lucro se intermedia en el mercado de trabajo mediante engaño, violencia, intimidación o abuso de necesidad del trabajador: cuando se utilice al trabajador como un objeto, negociándose con su actividad laboral con fines de explotación sin su voluntad o con su voluntad viciada por falta de conocimiento o libertad.

> Este precepto emparentaría con el de la trata de seres humanos (art. 177 bis), del que le diferenciaría la finalidad, que no sería "la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la mendicidad". El concepto de tráfico debería ser interpretado con los parámetros que para la trata describen los apartados 1, 2 y 3 del artículo 177 bis.

3. Oferta falsa de empleo (arts. 312.2 y 313).

A. La mejor manera de entender estos tipos penales es la de recordar la **estructura de la estafa**. Aquí el engaño consiste en ofrecer "empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas" (art. 312.2) o simular "contrato o colocación" o usar "otro engaño semejante" (art. 313) y el resultado perjudicial consecuente al error de la víctima es el abandono del puesto (art. 312.2) o la emigración (art. 313).

Esta estructura limpia de los tipos penales, reveladora de su desvalor (mediante engaño se hace que el sujeto pasivo pierda su puesto de trabajo o salga de su país), se ve enturbiada por su defectuosa redacción. Así, no parece que la "**recluta**" o selección engañosa de trabajadores tenga que comportar el resultado del abandono de un puesto previo de trabajo, pero no parece que quepa otra interpretación si se quiere dotar a la conducta de cierta lesividad grave, la propia del Derecho penal y de una pena que puede conducir a una prisión de cinco años.

Tampoco queda claro si la pérdida del trabajo o la emigración del país en el que se reside (no necesariamente de España: STS 385/2012, de 10 de mayo) constituyen el **resultado** del tipo o basta que sean el objetivo del sujeto activo.

B. Merece la pena destacar dos *cuestiones concursales*.

a. Mientras que el plural "personas" del artículo 312.2 indica que hay un solo delito aunque la conducta afecta a más de un trabajador, el correlativo singular del artículo 313 sugiere que en el caso de determinación o favorecimiento de la inmigración se producirán tantos delitos como personas desplazadas.

b. En realidad estamos ante dos tipos penales que concretan el **tráfico ilegal** de mano de obra (art. 312.1). Si se dan los severos rasgos de explotación del ser humano de la trata de personas, será aplicable el artículo 177 bis (SsTS 385/2012, de 10 de mayo y 17/2014, de 28 de enero). Por el engaño y la laboralidad, el artículo 313 desplaza al tipo básico de ayuda a la inmigración ilegal (art. 318 bis); si en este se da la circunstancia agravante de peligro para la vida del migrante, parece que habrá que atender al precepto que prevea la pena más grave.

IV. Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 315).

1. Delitos contra la libertad sindical.

A. Con el delito contra la libertad sindical nos encontramos con un nuevo reto para el intérprete, que es el de espigar lo realmente grave a partir de una **descripción difusa** de comportamientos. El resultado típico dice bien poco, pues se conforma con que se limite el ejercicio de la libertad sindical; ciertamente en la conducta debe mediar el engaño o el abuso de situación de necesidad, pero esto o parece restringir demasiado y sin demasiado sentido -piénsense en las represalias a los representantes de los trabajadores- o no restringe nada, pues va de suyo -como el engaño en la infiltración empresarial en el sindicato o en la creación de sindicatos dominados por la empresa-.

Ciertamente la **libertad sindical** es un instrumento esencial, constitucional (art. 28.1 CE), de defensa de los trabajadores, y por ello pueden criminalizarse los atentados más graves contra tal libertad. Comprende "en su vertiente individual [...] el derecho de constituir sindicatos, afiliarse al de su elección (teniendo en cuenta que nadie puede ser obligado a afiliarse a un Sindicato), y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical, o hagan lo propio quienes quieren afiliarse, naturalmente cumpliendo en todos los casos los requisitos legalmente establecidos" (STC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 3). En su significado colectivo tiene por contenido el derecho "a actuar libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios", lo que implica autonomía organizativa y "libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos", que incluyen "la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoación de conflictos colectivos" (STC 37/1983, de 11 de mayo, FJ 2).

¿Qué atentados contra este instrumento esencial de defensa colectiva de los trabajadores resultan tan intolerables que requieren la intervención penal? Un vistazo a la Ley Orgánica de Libertad Sindical puede conducirnos a la siguiente reflexión. Desde la perspectiva individual lo grave son las represalias por la actividad sindical del trabajador, sean en forma de sanción, de despido, de falta de promoción profesional o de generación de listas negras para impedir su contratación futura. Desde la perspectiva colectiva no parece que el ordenamiento penal deba reparar en la falta de la preceptiva colaboración

empresarial para la actividad sindical o en perturbaciones leves de la misma, sino sobre todo en actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos controlados por la empresa o el control empresarial de los existentes (art. 13.2º LOLS).

B. El **marco penal** es de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses. Si concurren "**coacciones**" (violencia en el sentido del artículo 172, que según la jurisprudencia comprende la intimidación y la fuerza en las cosas) la pena será de un año y nueve meses a tres años en el caso de la prisión y de dieciocho a veinticuatro meses en el caso de la multa alternativa (art. 315.2), la misma que la pena de las coacciones para impedir el ejercicio de un derecho fundamental (art. 172.1, pfo. 2º).

2. Delitos contra el derecho de huelga.

El enunciado penal que protege el derecho de huelga tiene exactamente la misma estructura que el que acabamos de describir de protección de la libertad sindical: la misma indeterminación, la misma pena y el mismo supuesto más grave por coacciones.

Procede de nuevo preguntarse por las **conductas más graves** lesivas del derecho de huelga, aquellas que en clave interpretativa han de estimarse como propias de un precepto tan huérfano de precisión de su resultado (de nuevo basta con "limitar" el derecho de huelga) como exigente de un inoportuno desvalor de acción. El derecho de huelga se va a vulnerar con represalias hacia el huelguista o con amenazas de las mismas, con la sustitución de los trabajadores en huelga (arts. 8.10 y 19.3.a LISOS), con un cierre patronal dirigido a contrarrestar la huelga (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22). ¿Qué pinta en ello el engaño o el abuso de situación de necesidad?

> Como afirma la fundamental STC 11/1981, "[e]s derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa" (FJ 9). Se trata de un "derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada" (FJ 11).

3. Coacción a la huelga.

A. La coacción "a otras personas a iniciar o continuar una huelga" tiene la **misma pena** que las coacciones contra el derecho de huelga, lo que resulta discutible por dos razones: porque no se trata ahora de una coacción que tiene como objeto el impedimento de un derecho fundamental (que es también lo que justifica la agravación en el tipo general de coacciones: art. 172.1, pfo. 2º) y porque de lo que sí se trata es precisamente de una conducta que supone un ejercicio excesivo del derecho fundamental a la huelga, lo que por razones de un cierto remanente de valor y para evitar el desaliento en el ejercicio de tal derecho fundamental debería conducir, por el contrario, a una atenuación.

> En "aquellos casos en los que, a pesar de que el comportamiento no resulte plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del derecho fundamental, se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional, [...] sin perjuicio de otras consecuencias que el exceso en que se incurrió pudiera eventualmente comportar, la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o **desalentador** de su ejercicio (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 8). De otro modo, como afirmáramos en el ATC 377/2004 de 7 de octubre, `existirían sólo dos terrenos, el de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible, lo que no puede admitirse´.
>
> Trasladada la doctrina de este Tribunal al ámbito del art. 28.2 CE, si la conducta es inequívoca y objetivamente huelguística en atención al contenido y finalidad del acto o los medios empleados, resultará constitucionalmente reprochable la imposición de una sanción penal. En dicho juicio habrá de tenerse en cuenta que, si bien es cierto que el derecho de huelga no ampara actos violentos o asimilables, también es indudable que se trata de un derecho fundamental de conflicto, y que esa circunstancia impone no sólo una determinada aproximación en la delimitación de sus contenidos, que abiertamente afirmamos ya en nuestra STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 9), sino, asimismo, la asunción y defensa constitucional de una caracterización del derecho y de los márgenes en su ejercicio que respondan a ese contexto de conflicto y a su finalidad de defensa de intereses de los trabajadores en los escenarios de tensión y antagonismo en los que tiene lugar su desarrollo. Lo contrario desnaturalizaría su contenido esencial.
>
> En definitiva, de la doctrina expuesta en este fundamento jurídico, referida a la tutela de los derechos fundamentales frente a la intervención penal -también, por tanto, cuando esté comprometido el derecho de huelga (art. 28.2 CE)-, se sigue que no cabe incluir entre los supuestos penalmente sancionables aquellos que sean ejercicio regular del derecho fundamental de que se trate, y que tampoco puede el Juez, al aplicar la

norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto conectado con el derecho fundamental, ni siquiera en el supuesto de que no constituya un ejercicio plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del mismo. Por tanto, la sanción penal sólo será constitucionalmente posible cuando estemos frente a un 'aparente ejercicio' del derecho fundamental, y siempre que, además, la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello, en su caso, en el ámbito de 10 potencialmente punible" (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

B. Se **protege** aquí el derecho del trabajador a desplegar efectivamente su actividad laboral, y con ello también los intereses del empresario.

El **sujeto activo** se define de un modo peculiar, pues tiene carácter colectivo: ha de actuar "en grupo o individualmente pero de acuerdo con otros".

Como sucede en general con las coacciones, resulta discutible si el delito requiere para la **consumación** que se produzca efectivamente la conducta no deseada por su agente: en este caso, el sumarse a la huelga o mantenerse en ella.

V. Aspectos comunes.

1. La extensión del círculo de sujetos activos.

El artículo 318 CP contiene tres reglas de autoría aplicables a todos los delitos contra los derechos de los trabajadores siempre que se dé un mismo presupuesto: que los hechos delictivos se atribuyan inicialmente a personas jurídicas. La preocupación del legislador es loable: se trata de evitar una impunidad injusta cuando el hecho típico ha sido realizado por una persona individual pero por **razones** de legalidad, de cómo está redactado el tipo, sujeto activo sólo puede serlo la persona jurídica, a la cual a su vez no se la puede penar si no existe una autoría individual (art. 31 bis 1).

Piénsese en el delito de imposición de condiciones irregulares del artículo 311.1º. Como el sujeto pasivo viene descrito como "los trabajadores a su servicio", sujeto activo sólo podría serlo el empleador. Si es una persona jurídica no podríamos penarla y tampoco, por ejemplo, a su administrador único y responsable de la contratación, pues cae fuera del tipo (pues en rigor no son "sus" trabajadores).

A. La primera de las reglas es la de que responda el **administrador** que haya realizado el hecho típico. Esto parece bastante sensato. El legislador crea delitos especiales propios, solo cometibles por determinados sujetos, porque entiende que el hecho sólo es cometible por ellos (piénsese en la prevaricación judicial) o sólo es especialmente disvalioso cuando lo comete determinado sujeto (piénsese en la falsedad contable societaria, cuyo sujeto activo ha de ser un administrador, o en la comisión por omisión, en la que la imputación del resultado exige que el sujeto sea un garante). En el caso del administrador de la persona jurídica lo que se constata es tanto que él puede también cometer el delito -pues la persona jurídica actúa originariamente a través de él- como que, dada su identificación con la persona jurídica, su conducta tiene el desvalor especial que inicialmente se atribuye a la autoría de la persona jurídica.

¿Y si el empleador es una persona física y el que realiza el hecho típico es su representante? Se aplicaría la regla similar, pero general, del artículo 31.

B. La segunda de las reglas es que responda el "**encargado de servicio**" que haya cometido el hecho típico. La razón de la extensión es bastante cercana a la anterior, aunque no se trata aquí tanto de que el sujeto sea en cierto modo la persona jurídica, que es lo que pasa con los administradores, como que ha asumido libre y responsablemente sus funciones, a través de una delegación.

¿Y si el empleador es una persona física (un empresario individual) y el que realiza el hecho típico es uno de los encargados de servicio de la empresa? Se aplicaría, creo, la regla similar, pero general, del artículo 31 en cuanto que prevé la responsabilidad penal del que actúa "en nombre de otro".

C. La tercera regla ha dado lugar a diversas interpretaciones. Dice el artículo 318 que se penará también a quienes, conociendo el hecho delictivo "y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello". Posiblemente lo que quiera transmitir el legislador es que los sujetos anteriores, los administradores y delegados, tienen también en su ámbito de administración o en el ámbito delegado, un deber penal de acción, de impedir que sus subordinados cometan delitos contra los derechos de los trabajadores y que si lo incumplen podrán responder por **omisión**.

Lo anterior pasa por entender que cabe tal responsabilidad también en los supuestos en los que el tipo activo requiere determinada acción, como no facilitar medios o imponer condiciones a través del engaño o el abuso de situación de necesidad. El sujeto respondería por no evitar, conociéndolas, esas actuaciones con un peculiar desvalor de acción.

El tipo admite una interpretación alternativa. La regla extendería la autoría no sólo a administradores y delegados omitentes sino a cualquiera que conozca el hecho delictivo de otro y pueda evitarlo, no por ser el superior del agente -que es por cierto a lo que alude el verbo "remediar", más intenso que "evitar", y lo que expresaba claramente el predecesor del artículo 318 en el Código Penal de 1973-, sino a través de una denuncia. En términos dogmáticos, se trataría de una especie de infracción de un deber de denuncia cuya infracción da lugar a una participación necesaria por omisión.

¿Y si el hecho es inicialmente imputable a una persona física? Habría que aplicar la regla general de la imputación de resultados a omisiones del artículo 11, con el límite de que, según la opinión dominante, esta regla sólo es aplicable a delitos de resultado sin modalidades específicas de acción.

2. El consentimiento del trabajador.

A. ¿Qué relevancia penal tiene que el trabajador o trabajadores afectados por las conductas típicas consientan las mismas? ¿Que el trabajador acepte trabajar en condiciones salariales o de jornada gravemente irregulares, ser contratado sin alta en la Seguridad Social, ser discriminado gravemente en el empleo? ¿Qué sucede sobre todo si el trabajador acepta trabajar sin las medidas de seguridad preceptivas? ¿Tiene incidencia en la responsabilidad penal del sujeto activo porque no se lesiona el bien jurídico, o porque la lesión deba imputarse preferentemente a la víctima, o porque la voluntad de esta tenga un efecto justificante?

En el caso de los tablones son los propios trabajadores los que retiran estos y deciden no utilizar los cinturones de seguridad. La defensa alegó además el descuido de la propia víctima, "al no haberse dado cuenta de que allí estaba ese hueco de escalera" (FD 6).

Las respuestas a las preguntas anteriores han de ser negativas. La aceptación del trabajador no tiene efecto alguno atenuante o exonerante en la responsabilidad del autor.

a. En la mayor parte de los tipos la **invalidez del consentimiento** va de suyo, pues precisamente el sujeto activo actúa viciándolo con engaño, abu-

so de necesidad, violencia o intimidación (arts. 311.1º, 311.3º, 311.4º, 312.1, 312.2.1º, 313 y 315).

b. Pero tampoco en los demás puede darse validez a tal consentimiento. Por varias razones. La primera reside en que el trabajador lo es por cuenta ajena y bajo dependencia ajena, por lo que no se da en su plenitud la separación de esferas de organización que justifica la solución general de la imputación preferente a la víctima que consiente en su propio riesgo (quien acepta la conducción del conductor ebrio), contribuye a él (quien acepta mantener relaciones sexuales sin profilaxis con quien sabe portador de una enfermedad contagiosa de tal modo) o incluso lo genera (se inyecta la droga que ha comprado a un camello). La segunda razón consiste en que no suelen darse con suficiencia los rasgos de **conocimiento y voluntad** que caracterizan una decisión autónoma. En materia de seguridad, el trabajador tiene un conocimiento limitado del riesgo que le acecha, sesgado además por la propia habituación al mismo; además, en general, en un mercado de trabajo con exceso de demanda, su capacidad de oposición al riesgo o a la irregularidad estará sensiblemente mermada. Frente a su voluntad real de no padecer riesgos o de disfrutar de los derechos que le reconoce el ordenamiento, se impondrá lo que Carlos Santiago Nino denomina "contexto de interacción colectiva autofrustrante". Si el ordenamiento diera pleno valor al consentimiento del trabajador en su inseguridad o en la disminución de sus derechos daría paso a una explotación y a una siniestralidad laboral insoportables, conocida en algunos países poco desarrollados, impulsada por el ahorro de costes y por la irresponsabilidad de quien las administra, pues los daños y perjuicios de estas situaciones serían imputables solo a la decisión de quien los sufre.

B. Para evitar esta situación nuestro ordenamiento laboral y penal **niega valor al consentimiento** del trabajador para prestar su trabajo en condiciones inferiores a las que se fijen normativamente (art. 3 ET). Tajantemente, con independencia de las condiciones concretas de conocimiento y voluntad en las que el trabajador consiente, pues en caso contrario, en materia penal habría quizás que suponerlas en virtud del principio *in dubio pro reo*.

En relación con las especialmente sensibles condiciones de seguridad, además, considera que forma parte del deber de seguridad del empresario **controlar la propia actividad del trabajador** en cuanto peligrosa para sí mismo o para terceros. De este modo podrán imputársele a él o a su delegado la

muerte, las lesiones o la situación de grave peligro debidas a condiciones irregulares no sólo consentidas por el trabajador, sino también alimentadas por él (el trabajador ebrio que subió por la irregular escalera portátil: STS 860/2001, de 17 de mayo) o incluso generadas por él (para recoger unos cascotes el trabajador fallecido había penetrado por el hueco de la valla en el recinto de una máquina apiladora, sin que funcionara el mecanismo automático de paro por su presencia en el mismo: SAP Barcelona, 6ª, de 11 de julio de 2002).

Esta estrategia consiste en integrar en el deber de seguridad del empresario no sólo el **control** de las sustancias, materiales, máquinas y procedimientos utilizados en la actividad productiva, sino también el control de la propia actividad de los trabajadores en cuanto actividad peligrosa para otros trabajadores o para sí mismos. Este control no para en la facilitación de condiciones de seguridad, sino que alcanza a su imposición. El responsable de seguridad de la empresa no podrá dar valor a la voluntad del soldador de trabajar sin gafas o del pintor de altura de trabajar sin anclaje. Y debe llegar a prever las propias imprudencias previsibles del trabajador. No bastará así con prohibir el trabajo cerca de los huecos del edificio, sino que habrá tapar dichos huecos o prever bajo ellos redes de seguridad.

El límite de esta responsabilidad vendrá dado por la actividad para la empresa y por la previsibilidad de la imprudencia. No habrá responsabilidad si el trabajador utiliza las instalaciones de la empresa para actividades particulares o si su comportamiento peligroso es imprevisible, lo que sucederá normalmente si su imprudencia es temeraria.

El artículo 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) indica que "[l]a efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Por su parte, **el artículo 96.2 de la Ley 36/2011**, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, señala que "[n]o podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira".

En la polémica **SAP Barcelona (2ª) 665/2003**, de 2 de septiembre, se absolvió a los acusados por las graves lesiones sufridas por un trabajador que se cayó por un hueco no protegido de un edificio en construcción. Para rejuntar unas baldosas se había subido a un caballete inestable. Considera la sentencia que la conducta del trabajador accidentado fue "clamorosamente imprudente": que cabía pensar que podía haber declinado "realizar el trabajo encomendado" y, en todo caso, adoptar "las medidas precautorias adecuadas en evitación de un resultado lesivo para el mismo, incluidas las de ayudarse de otro u otro trabajador de tal manera que garantizase la sujeción de aquél o, en caso de caída, que el mismo no se precipitara al vacío" (f. D. 3).

3. Estado de necesidad.

¿Podría acaso un empresario invocar que actuó en estado de necesidad cuando impuso condiciones irregulares a sus trabajadores, o no les dio de alta en la Seguridad Social, o no les facilitó medios de seguridad para el desempeño de su trabajo, invocando que "no hay liquidez" y "que si hago las cosas bien tengo que cerrar"?

No. Esta ponderación acerca de qué es más importante la ha realizado ya el regulador laboral cuando ha establecido unas condiciones mínimas para la producción. El mismo legislador establece determinados cauces por los que las causas económicas pueden incidir en ciertas condiciones de trabajo o pueden suspender o extinguir la relación de trabajo.

4. Política criminal.

¿Estamos ante una buena regulación penal, ante una buena conformación de los delitos contra los derechos de los trabajadores?

Creo que **sí en lo esencial**, como es la existencia de un título específico para la materia que comprenda las conductas empresariales más lesivas contra los trabajadores como tales, como son la explotación (art. 311.1º), la estafa laboral (arts. 312.2 y 313), las vulneraciones graves de la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 315) y el trabajo en condiciones inseguras (arts. 316 y 317). Loable es también, respecto a estos últimos, que se prevea la punición de la modalidad imprudente.

En el **debe** del título, como se ha ido señalando, están algunos **excesos** y muchas imprecisiones. Entre los primeros está la amplitud del delito de explotación (arts. 311.1º y 312.2) y la criminalización de la mera discriminación (art. 314), de la coacción a la huelga como modalidad específica de coacciones (art. 315.3), de la contratación irregular (arts. 311.2º y 311 b, aunque ha de reconocerse que se trata de un exceso impuesto por la Unión Europea) y del tráfico de mano de obra (art. 312.1 a la vista de los tipos de trata de seres humanos -art. 177 bis- y de inmigración ilegal -art. 318 bis -). La **imprecisión** es difícilmente sostenible en el delito del 312.1, dechado de defectos, y en los delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 315).

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el Tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J.: "Derecho Penal del Trabajo. Una reflexión general a partir de la experiencia normativa española", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 7, 2008, pp. 3 a 26 (http://www.journals.unam.mx/index.php/rlds/article/view/21027).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores", *Revista General de Derecho Penal,* núm. 9, 2008, pp. 1 a 35.

HORTAL IBARRA, J.C.; "Delimitación del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP). Especial atención a la relevancia jurídico-penal de la infracción del deber de vigilancia", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 96, pp. 73 a 99.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: "El trabajador imprudente", AA. VV. (dir. Sánchez-Ostiz), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, Madrid: La Ley, 2011, pp. 763 a 779.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: "Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 57, 2004, pp. 19 a 52.

MARTÍN LORENZO, M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: "Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales", *InDret*, 2009, núm. 2, pp. 1 a 62 (http://www.indret.com/pdf/623.pdf).

Tema 16

DELITOS CONTRA EL URBANISMO Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE

Norberto J. de la Mata Barranco

Claves: El análisis de estos delitos exige explicar qué interés pretende protegerse, con qué alcance y respecto a qué conductas, cómo se articula su relación con la normativa administrativa y cómo se resuelven los problemas que aparecen vinculados a la cuestión de las remisiones normativas, las autorizaciones ilícitas, el error, la retroactividad de la regulación administrativa favorable y la duplicidad de sanciones, penales y administrativas, cómo se determina a quiénes va a hacerse responsables de las infracciones urbanísticas y ambientales y qué trascendencia se da al comportamiento irregular de los funcionarios públicos en su contribución a la lesión penal.

I. Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio.

Caso de Las Teresitas

La Gerencia municipal de urbanismo del Ayuntamiento de [...] aprobó la redacción del Proyecto de Urbanización de la playa de las Teresitas. El Ayuntamiento asumió a través de la Gerencia de Urbanismo la ejecución de la Fase II. Varios concejales actuando con plena conciencia de que el Proyecto Fase II no se ajustaba a la normativa urbanística, que además debía ser sometido a evaluación de impacto ecológico y que adolecía de las autorizaciones administrativas sectoriales que eran preceptivas por estar afectados bienes demaniales intangibles, decidieron arbitrariamente iniciar, tramitar e impulsar el procedimiento administrativo dirigido a la aprobación, adjudicación y ejecución de las obras contempladas en el mismo.

Se inició así el expediente municipal correspondiente que se encabezó con un informe favorable emitido por el director de Política territorial de la Gerencia de urbanismo, quien actuó en connivencia con los anteriores. En el informe se hacía constar que en líneas generales el proyecto de urbanización se ajusta sustancialmente a la ordenación urbanística contenida en la modificación del Plan General de Ordenación del litoral de Anaga, área de las Teresitas, omitiendo en el mismo cuantos aspectos esenciales se relacionaban con la afección, por ocupación, de construcciones y edi-

ficaciones al dominio público marítimo y terrestre y sin reflejar todos aquellos aspectos relacionados con las parcelas, usos y aprovechamientos, parámetros de altura, volumen y ocupación máxima permitida, datos imprescindibles que tampoco se especificaron en ningún informe posterior. Otras dos funcionarias evacuaron otros dos informes favorables.

En sesión ordinaria del Consejo rector de la Gerencia se acordó la aprobación del Proyecto de ordenación del Frente marítimo de la playa de las Teresitas con el voto favorable de varios concejales conocedores de las irregularidades, no constando que el resto de vocales que votaron a favor fueran conocedores de ellas. Las obras se adjudicaron a la empresa OHL.

En el período siguiente en que se fueron llevando a cabo diversos actos y resoluciones administrativas los implicados conocían la imposibilidad de obtener las autorizaciones precisas para la ocupación de los bienes de dominio público cuya ocupación contemplaba el proyecto. Constaban a este respecto la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones por parte de la Dirección General de Costas y el informe desfavorable de la Intervención delegada de la Gerencia de urbanismo. Ello no obstante fueron sucediéndose diferentes actuaciones administrativas tendentes a evitar acatar la legalidad vigente.

Finalmente se paralizaron las obras que se estaban llevando ya a cabo habiéndose ejecutado hasta ese momento movimientos de tierra y acopio en la zona final de la playa y el levantamiento parcial en la cabecera de la playa de la estructura del edificio de aparcamientos y locales comerciales, habiéndose ocupado servidumbre de protección marítimo-terrestre en un total de 420 metros cuadrados. El Proyecto no era ni es susceptible de legalización.

Extracto no literal de la Sentencia 492/2014, de 18 de noviembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictada en la Apelación de la Sentencia 510/2014 procedente del Juzgado de lo Penal nº 5 de Santa Cruz de Tenerife.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

La normativa dedicada a la tutela penal de la ordenación del territorio se contempla en los arts. 319, números 1, 2, 3 y 4, y 320, números 1 y 2, del Código Penal, recogidos bajo la rúbrica "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo" en el Capítulo I de su Título XVI (Libro II) dedicado a la regulación "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente". Junto a ellos, los arts. 338, 339 y 340 completan la previsión legal en el Capítulo V con unas "Disposiciones comunes" a todo el Título. Es necesario tener también en cuenta el artículo 404, al que se remite el artículo 320 para

concretar la pena a imponer a la autoridad o funcionario responsable del delito descrito en él.

> Por supuesto, es necesario tener también en cuenta la normativa de carácter autonómico y municipal existente en esta materia, dadas las remisiones conceptuales y normativas que efectúa el Código Penal a la regulación administrativa.
>
> Lo primero que hay que destacar de la normativa es que el legislador, acertadamente, opta por incluir la regulación penal de esta materia en el Código Penal y no, como algunas voces sugerían, en una ley penal especial o dentro de la propia normativa administrativa en leyes sectoriales. Razones de carácter preventivo, sistemático y simbólico vinculadas a la finalidad del Derecho penal y a la función motivadora de la norma penal avalan esta opción, apenas discutida en la doctrina española. Su inclusión en el Código Penal favorece su conocimiento, resalta la gravedad de la ilicitud cometida, facilita su aplicación y permite una intervención penal coherente con el sentido de lo que ésta implica en su conjunto (véase el tema 1 en relación con la cuestión de las leyes penales especiales).

Entre los títulos dedicados a los delitos de corte socioeconómico y a los delitos contra la seguridad colectiva el Título XVI agrupa la tutela de intereses hoy en día claramente sustantivos, pero estrechamente vinculados a unos y otros, en un caso por su indudable relación al menos criminológica con el mundo empresarial y en otro por el carácter difuso o colectivo del bien protegido y la confusión entre el aspecto lesivo de la conducta incriminada a intereses de carácter colectivo, difícil de concretar, y el riesgo adicional que la misma genera para intereses de corte individual.

En todo caso, qué duda cabe que estamos ante delitos a ubicar dentro de lo que se conoce como Derecho penal económico o de empresa porque, aunque su objeto de protección no se vincula a la tutela del correcto intercambio de bienes y servicios, sí están vinculados al desarrollo de actividades productivas, se desarrollan por lo general en un ámbito de empresa y sus características criminológicas los aproximan a la delincuencia de cuello blanco.

Dentro del Título XVI se adopta un **concepto de ambiente bastante omnicomprensivo**, en cuanto se incriminan conductas lesivas o peligrosas para el ambiente en su sentido más físico, restrictivo -agua, aire y tierra- o amplio -además, flora y fauna- y conductas que tienen que ver con un concepto más psíquico del ambiente, próximo a consideraciones relativas al bienestar social y a lo que implica la ecología en su sentido más global en cuanto a la relación de todo tipo de la persona con lo que le rodea. En este contexto, a los delitos contra o sobre la ordenación del territorio -y el urbanismo, en la

redacción actual de la rúbrica- se les dota de **carácter autónomo** en la idea de expresar que la incriminación de las conductas tipificadas no obedece, o no sólo, al esfuerzo por preservar los elementos y los recursos naturales.

La diferencia de rótulo con que se encabeza la regulación de estos delitos, que dice "delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo", en el enunciado del título, y "delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en la del capítulo, es puramente de estilo. Al margen de lo escasamente acertado que se ha sido con ambas denominaciones, el Código pretende describir delitos vinculados con la ordenación y la gestión del territorio en aspectos de urbanización, construcción y edificación. Y debiera haber sustituido los términos "relativos" y "sobre" por el más habitual "**contra**". Así, además, habría quedado clara la finalidad de su previsión y se habrían eliminado las dudas acerca de si estamos o no -que sí lo estamos- ante un bien jurídico digno y merecedor de tutela penal. Ciertamente, la denominación de "delitos urbanísticos" es más gráfica y popular. Quizás por eso se introduce la alusión a este término en 2010, pero ni cabe identificar **ordenación del territorio y urbanismo**, ni quedaría claro aludiendo sólo a él cuál sería el auténtico bien jurídico protegido en el Capítulo.

No hay que confundir, en todo caso, lo que es urbanismo y lo que es ordenación del territorio. El primero hace referencia, como señala Parejo Alfonso, a la magnitud local, el espacio de convivencia urbana, la acción pública de regulación directa y precisa del suelo. La ordenación del territorio, en palabras de Pérez Andrés, a todas las actuaciones con incidencia territorial independientemente de su procedencia competencial; en relación con el uso del suelo, el subsuelo, el aire, el agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio.

2. Evolución legislativa.

Los delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio se incorporan al Código Penal en 1995, aun cuando las propuestas para reformar el Código anterior que se fueron planteando desde el Proyecto de 1980 ya contemplaban su previsión. Llama la atención, pero es un dato que refleja la discusión sobre la conveniencia de la intervención penal en esta materia, que la tutela ambiental, en cambio, se introduce en 1983 con la incorporación al Código de 1973 del antiguo art. 347 bis.

No sufren modificación alguna hasta la aprobación de la LO 5/2010, momento en que se amplían las conductas de los particulares que se consideran delictivas incluyendo las obras de urbanización, se apuesta definitivamente por el concepto "no autorizable", se introduce la responsabilidad de las personas jurídicas, se incorpora una cuarta conducta omisiva en la responsabilidad de autoridades y funcionarios y se incrementa

notablemente la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito. La reforma de 2015 sólo altera el contenido del art. 319.3.

3. Contenido y significado de la tutela de la ordenación del territorio.

A. En cuanto al ***bien jurídico protegido***, la previsión de estas infracciones en nuestro ordenamiento penal plantea de entrada la disputa dogmática sobre la conveniencia o incluso posibilidad de tutelar intereses de corte colectivo, la alusión al Derecho penal de doble velocidad -nuclear y accesorio- y la posibilidad de actuar en sectores fuertemente administrativizados, la propia legitimidad para tutelar estos concretos intereses colectivos, así como la definición de lo que pretende tutelarse.

Tras el debate de los años ochenta sobre la posibilidad de tutelar intereses de **carácter supraindividual** -de titularidad plural-, característicos de un Estado social y democrático, aunque se mantenga una concepción personal y funcional del concepto "bien jurídico", que lo define por la capacidad para garantizar espacios de autorrealización de carácter básico en el marco social en que se desenvuelven las personas, hoy en día nadie cuestiona la necesidad de incorporar al ámbito penal la protección de intereses vinculados a la seguridad en el trabajo, la salud pública o incluso el propio ambiente, si no tan indispensables para la satisfacción de necesidades individuales de desarrollo personal como puedan serlo la vida, la salud o la libertad, sí básicos en una sociedad moderna para garantizar esa plena satisfacción.

Es poco frecuente en Derecho comparado la opción que toma el legislador español, pues por regla general las diversas regulaciones penales de nuestro entorno más próximo, que sí contemplan la tutela del ambiente físico, en sentido estricto o amplio, no tipifican comportamientos vinculados únicamente a la ordenación del territorio, salvo, claro está, que los mismos tengan alguna otra clase de efecto lesivo para el ambiente.

Pero, la auténtica locura inmobiliaria desatada en los últimos tiempos, los flagrantes casos de corrupción pública vinculados a la ordenación del territorio y ligados a aquélla y, como consecuencia de ambos factores, el absoluto manifiesto deterioro de nuestro entorno obligaban a una toma de postura política interventora en sede penal que no podía postergarse.

Desde esta realidad, la **necesidad y merecimiento** de pena de algunas conductas lesivas en esta materia se ha ido aceptando sin mayor controversia. Con el fracaso sustancial del control administrativo de la actividad urbanística, tanto por parte de la Administración local como por parte de la Administración autonómica, estatal o incluso de la jurisdicción contencioso-administrativa -con excepciones significativas-, el recurso a la intervención penal, de acuerdo con los principios que han de inspirar la

misma y, por tanto, dentro de parámetros de fragmentariedad y subsidiariedad, parece haberse demostrado absolutamente necesario para prevenir los atentados a la ordenación del territorio más graves, dentro de una política criminal que ha de proponer una regulación eficaz no sólo en lo que concierne en sentido estricto a los delitos que se prevén expresamente para abordar la tutela del territorio, sino también en lo que afecta a la regulación de los delitos contra la Administración Pública (fundamentalmente cohecho y prevaricación) y a la del blanqueo de capitales.

B. En este contexto, el Derecho penal puede intervenir en sectores administrativizados, siempre desde el ***principio de mínima intervención***, si la protección que se brinda en ellos no garantiza la salvaguarda de los bienes jurídicos que se consideran merecedores de la más enérgica tutela que él puede brindar merced al severo elenco de penas, incluidas las privativas de libertad, de las que no se dispone en Derecho administrativo.

La cuestión está en decidir en qué ámbitos debe intervenir, pero una vez decidida la intervención no podrá haber un Derecho penal de primera categoría y otro Derecho penal de segunda categoría, sino que las garantías y los principios que rigen su actuación deberán ser los mismos, ya se intervenga para tutelar la vida, ya para tutelar la ordenación del territorio, salvando obviamente la diferente respuesta penológica que se prevea para uno u otro caso.

En el ámbito de los delitos urbanísticos, de entender que el desvalor de las conductas tipificadas se agota en la vulneración de la normativa administrativa sobre la ordenación del territorio estaríamos remitiéndonos a un bien jurídico de carácter formal injustificadamente objeto de atención penal. De ahí la obligación -y aun así cabría cuestionar la necesidad de intervención- de definir el objeto de tutela a partir de consideraciones que busquen la lesividad de las conductas descritas en el menoscabo del ambiente en sí -en su sentido más amplio-, desde una perspectiva que atienda, por ejemplo, a la **importancia del paisaje** o **de un bienestar ecológico demográficamente equilibrado** o en la afectación a un **uso racional del suelo** que garantice espacios de desarrollo personal en entornos no agresivos. Bien jurídico que entonces sí podría ser susceptible y digno de protección penal.

Aun desde esta perspectiva, la intervención penal no tendría sentido para penalizar lo que ya se sanciona administrativamente, pues se produciría una dualidad de intervención por parte de dos ramas del ordenamiento jurídico, mucho más severa una que la otra respecto de idéntica conducta. Por eso, por ejemplo, en la tutela del ambiente se exige para intervenir, además de una

contravención administrativa -que ya implicaría la existencia de un ilícito administrativo- un peligro o daño "sustancial", la actuación "en un espacio natural protegido", etc. y en otros delitos de riego se hace referencia al "peligro para la vida o salud de las personas" como algo adicional que exigir a la vulneración de la normativa sectorial correspondiente para intervenir penalmente.

En la tutela del urbanismo y la ordenación del territorio este esfuerzo por restringir la intervención penal a ilícitos especialmente graves -con un ***plus* adicional al del ilícito administrativo**- no se ha realizado, aunque con la reforma de 2010 por fin se han tipificado las conductas seguramente más graves contra el deterioro del paisaje urbano, el mantenimiento de espacios comunitarios o el aumento de densidad de población en zonas de alto índice demográfico -ya se han incorporado al texto legal, tras un largo olvido, las parcelaciones ilícitas-, aspectos que podrían ser significativos para explicar la intervención penal, dejando impunes con el cambio del término obras "no autorizadas" por el de obras "no autorizables" otras perfectamente abarcables por las sanciones del Derecho administrativo.

Pudiera parecer que el Código Penal se limita a reforzar una parte de la actividad urbanística convirtiendo en ilícitos penales lo que hasta 1995 no eran sino infracciones administrativas. Ahora bien, si queremos garantizar los principios que han de regir toda intervención penal -en cualquier ámbito y por tanto también en éste-, debemos interpretar el bien que en estos artículos se trata de proteger desde una perspectiva material que añada aquel *plus* frente a lo que ya se tutela administrativamente; si no, ambos espacios se confunden y no se acierta a explicar el porqué de la previsión de penas privativas de libertad en determinados casos.

Si entendemos que el interés a tutelar coincide con lo que trata de tutelarse administrativamente y aceptamos que se produce una intervención penal para garantizar simplemente la ordenación administrativa del territorio o la mera legalidad urbanística vigente y que por tanto los tipos penales sancionan puras infracciones administrativas, puros delitos de desobediencia a la normativa administrativa, la intervención penal no tendría sentido. Y en eso hay relativo acuerdo. La discusión surge porque un sector de la doctrina trata de encontrar ese *plus* de antijuridicidad en la propia normativa penal, vinculándola a la protección de bienes fundamentales para el individuo, al estilo de Acale Sánchez, que considera la ordenación del territorio un aspecto del ambiente, o de Górriz Royo, que alude a la garantía de un ambiente urbano con el que preservar la calidad de vida de sus habitantes, en tanto otros autores, desde una perspectiva más vinculada a la redacción legal de los tipos, entienden que tales consideraciones se quedan en fines mediatos de protección de una normativa que, tal y como está prevista, no puede entenderse que tutela algo diferente a meros aspectos formales de la ordenación del territorio.

Ciertamente quizás no sea tan satisfactorio -como sí lo es por ejemplo en los delitos ambientales en sentido estricto- el modo en que el legislador penal español prevé la tutela urbanística. Parece difícil observar otro interés a proteger que la actividad administrativa que realiza la ordenación del territorio. Pero, desde los principios que informan el Derecho penal debe reinterpretarse esta visión a partir de los datos con que contamos en la regulación vigente, que son, por una parte, la ubicación sistemática de estos delitos junto a los delitos ambientales y, por otra, la propia restricción de las conductas sancionables en base a los espacios que se ven afectados, o bien suelos especialmente protegidos o bien suelos no urbanizables. Ello debe poder permitir entender que todas aquellas conductas que no contengan desvalor material alguno -al margen de la mera desobediencia administrativa- desde esa **perspectiva atenta a la afectación del paisaje urbano, la privación de espacios comunitarios o incluso la propia lesividad ambiental** para elementos o recursos necesitados de una tutela especial deben considerarse ajenas al contenido de la regulación penal. A ello ayudará la inclusión del término "no autorizable" como posteriormente se explicará, que delimitará lo susceptible de sanción penal de lo que debe considerarse simplemente infracción administrativa cuando, aunque no se haya contado con autorización en la obra llevada a cabo, la conducta sí es susceptible de ser autorizada. Si se acepta esta explicación del interés que pretenden tutelar los arts. 319 y 320 tendrá sentido aceptar la posibilidad de intervención penal en este ámbito. **Una ordenación del territorio (incluyendo aspectos urbanísticos) vinculada al uso racional del suelo** (así ATC 395/2004) **e incluida dentro de un concepto amplio de ambiente referido no sólo a aspectos físicos** (véase ya la STS de 26 de junio de 2001).

La exigencia de intervención reclamaría todavía acreditar su necesidad, lo que sólo sucedería si se entiende que el Derecho administrativo ha fracasado como instrumento previo de control eficaz de la correcta ordenación del territorio. Esta fue precisamente la razón alegada desde 1980 para requerir dicha intervención, si bien el fracaso debería asociarse en buen número de casos más a déficits de voluntad de aplicación de la normativa correspondiente que a incapacidad para hacerlo.

C. No puede dejar de llamarse la atención sobre la estrecha vinculación entre los delitos de ***urbanismo, blanqueo y corrupción*** y la lesividad que estas conductas tienes para otros intereses.

Ni es infrecuente la pretensión de introducir en el mercado las ganancias de actuaciones ilícitas a través de la actividad inmobiliaria ni lo es la connivencia de funciona-

rios que por intereses espurios (económicos) favorecen la ilegalidad de dicha actividad. A ello se hace referencia en otros temas de este libro (véanse los temas 10 y 13). Baste señalar aquí que el propio legislador es consciente de ello e incorpora en el art. 320 una especie de prevaricación (urbanística) en que está presente, además de la lesión a ese uso racional del suelo referido, el menoscabo del correcto funcionamiento de la Administración pública.

4. Vinculación entre Derecho penal y Derecho administrativo.

La actuación previa y preferente en esta materia del Derecho administrativo (no sólo a través de la normativa estatal -en especial, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo-, sino también de la ingente normativa autonómica y municipal, plantea no pocas cuestiones cuando se pretende intervenir penalmente.

En primer lugar, en cuanto al modelo de técnica legislativa adoptado, frente a previsiones absolutamente independientes del Derecho administrativo o absolutamente dependientes de él, se opta por un modelo de **accesoriedad relativa** en cuanto el Derecho penal se sirve de la normativa administrativa para complementar y explicar el contenido de injusto de los tipos penales, pero sin vincularse totalmente a ella al regular de forma autónoma los comportamientos tipificados en lo relativo, por ejemplo, a la descripción de las conductas típicas o de los suelos a los que las mismas han de afectar. Este modelo de regulación penal, con todo lo que implica en cuanto a la utilización de una normativa parcialmente en blanco, no plantea ningún problema de legitimidad en relación al respeto del principio de legalidad penal, en todas sus implicaciones, ni desde un punto de vista técnico ni desde un punto de vista de política legislativa, si realmente estamos ante un modelo de accesoriedad relativo y la concreción del contenido de lo injusto no se delega totalmente a la normativa administrativa (véase el tema 1 en relación con los modelos de accesoriedad de derecho y de hecho, relativa y absoluta).

Así lo avalaron en materia ambiental la STC 127/1990, de 5 de julio y la STC 62/1994, de 28 de febrero; algo que en nuestro caso sucede atendiendo los suelos, no todos, protegidos y si interpretamos restrictivamente los preceptos penales (ATC 395/2004, de 19 de octubre).

En segundo lugar, la asunción de este modelo plantea diferentes problemas que pueden describirse como sigue.

Como posteriormente se verá, tanto el tipo del art. 319.1 como el del art. 319.2 exigen una **actuación no autorizable** para que se pueda intervenir penalmente. En otras palabras, **la ausencia de ilicitud administrativa impide la actuación penal**. En este contexto, es evidente que la existencia de una autorización lícita por parte de la Administración competente -en principio, municipal- excluye todo tipo de responsabilidad penal. Los problemas se plantean cuando no existe tal autorización o cuando la misma es irregular.

Cualquier tipo de situación que se plantee ante dicha carencia debe solucionarse desde el entendimiento, por una parte, de que a lo que obliga el Código Penal no es a conocer la normativa administrativa sino a dirigirse a la autoridad administrativa competente para ordenar y gestionar la ordenación del territorio y, por tanto, para conocer hasta dónde se puede llegar en las actividades urbanísticas y, por otra, de que lo importante no es tanto que se cuente o no con una autorización para construir o edificar, sino si la urbanización, la construcción o la edificación se acomodan o no a la normativa administrativa correspondiente, al margen de quién sea responsable cuando ello no ocurre, un particular o un funcionario.

> En principio, y esto es común a toda materia regulada desde el prisma de la accesoriedad relativa, sea de derecho sea de acto, la autorización ilícita, la autorización desfasada, la autorización caducada, la autorización en términos que no se respetan o incluso la tolerancia administrativa no despliegan en sí ningún efecto de cara a la exclusión de responsabilidad penal. Porque lo importante es el respeto de la conducta llevada a cabo a la normativa correspondiente. Da igual si, existiendo la autorización, la misma es nula o sólo anulable. Da igual si, cuando no existe, se produce tolerancia -incluso silencio positivo- o connivencia administrativa. En sí esto no es relevante. Y no lo es porque no se sanciona lo no autorizado, sino lo no autorizable. Claro está que la responsabilidad penal exigirá que se conozca, en su caso, que la autorización administrativa existente -o la tolerancia ante su ausencia- no ampara la actividad urbanística concreta que se lleve a cabo. El desconocimiento de que se actúa sin autorización, el desconocimiento de que la que se tiene no alcanza a cubrir la actuación llevada a cabo, el desconocimiento de la obligación de contar con autorización, al margen de las consecuencias administrativas que ello conlleve, impide exigir responsabilidad penal. Ya sea porque se entiende que no se actúa contra la prohibición penal, y por tanto se excluye la tipicidad objetiva de la conducta, ya porque se entiende que el sujeto actúa amparado en un error de tipo que, vencible o invencible, dada la regulación del art. 14.1 y 2 y la ausencia de previsión de la responsabilidad imprudente en el art. 319, excluye la tipicidad subjetiva. Ello, salvo en casos, por supuesto, de error burdo.

Por otra parte, en cuanto a la subsanación por parte del sujeto activo del delito de la posible actuación ilegal realizada, la misma no es posible, pues los comportamientos post-delictivos en Derecho penal -y lo son todos aquellos realizados tras el acto de consumación delictiva- podrán tener relevancia, desde la regulación actual, únicamente a efectos atenuantes de responsabilidad acudiendo a los arts. 21.4ª o 21.5ª, con carácter general, y, específicamente en esta materia, al art. 340. Otra cosa es el efecto de la autorización dada con posterioridad a la actuación urbanística. Puesto que lo relevante es la acomodación de ésta a la normativa administrativa ningún problema habrá en considerar atípica penalmente una conducta que respeta dicha normativa, aunque se produzca sin autorización alguna.

Si la actividad no respeta la normativa vigente, se actúa sin autorización o con autorización ilícita y detectada esta irregularidad se procede, por ejemplo, a variar la normativa correspondiente autorizando lo que inicialmente era ilícito, la conducta deberá considerarse atípica si se acepta la retroactividad de la norma favorable al reo -también la que complementa el injusto típico-; siempre, claro está, que la variación legal sea legítima por no contravenir una normativa superior, algo que no tiene que aceptarse si la misma no obedece a un cambio de criterio sobre la lesividad de la conducta enjuiciada.

Por último, será frecuente que cuando vaya a intervenirse penalmente ya se haya hecho administrativamente y que **la sanción administrativa ya se haya impuesto e incluso ejecutado**, contraviniendo la obligación de paralizar el proceso sancionador correspondiente cuando se detecta la posible comisión de un hecho delictivo. Teniendo en cuenta no sería admisible la duplicidad de sanciones (bis in idem) pues hay identidad de sujeto, hecho y fundamento de la sanción, ¿**cómo debe procederse en estos casos en el procedimiento penal**?

La doctrina hoy mayoritaria entiende que en estos casos lo procedente es **mantener el procesamiento penal** y, en caso de sentencia condenatoria, **descontar de la pena finalmente impuesta la previa sanción administrativa**, en la medida en que ello sea posible: véanse la STS de 9 de abril de 2008 o la STS de 2 de marzo de 2012 (hay que remitirse aquí a lo señalado al respecto en el tema 1). Esta es la solución que propuso el Tribunal Constitucional en la STC 2/2003, de 16 de enero -también SsTC 152/2001 o 334/2005-, abandonando así la tesis que anteriormente había sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre.

Existen también otras posiciones minoritarias, que proponen resolver esta coincidencia de procedimientos de otras maneras: por ejemplo, la que entiende que si ya ha habido sanción administrativa la intervención penal está vedada por respeto al principio de cosa juzgada; o la que considera que el procedimiento penal debe continuar y, en caso de sentencia condenatoria, debe imponerse la pena correspondiente, declarando nula la previa sanción administrativa.

5. Sujeto responsable de la infracción penal.

A. Con respecto a las conductas de urbanización, construcción y edificación no autorizables (art. 319.1 y 2), buena parte de la doctrina penal y la jurisprudencia dominante ha entendido que al aludirse en ellas a ***promotores, constructores y técnicos directores*** como posibles responsables de la infracción penal se está configurado un precepto que debe considerarse especial en cuanto sólo quienes reúnan dicha condición pueden ser sujetos activos, autores, del delito, que lo limitan a los profesionales de la construcción. Ahora bien, y además en consonancia con las definiciones que proporciona por ejemplo la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación en sus arts. 9 y 11 promotor (quien gestiona y obtiene las licencias pertinentes) y constructor (quien se encarga de la ejecución de la obra) puede serlo cualquiera, sin que se requiera una habilitación o una cualificación específica para poder ejercer como tal y, por tanto, en realidad, **cualquiera** puede cometer el delito; basta que realice las funciones de construir o de edificar o de promover o una construcción o una edificación (véase ya claramente la STS de 26 de junio de 2001 y más recientemente la STS de 24 de noviembre de 2014). El precepto, y aunque la jurisprudencia es contradictoria en este punto, lo único que intenta es hacer responsable a alguien dentro del entramado en que se desarrolla la actividad urbanística. Habrá obras en las que no exista promotor y obras en las que éste haga las veces de constructor, pero siempre deberá poderse hacer responder a alguien por la obra ilegal.

En el caso de este tema, la empresa OHL ejercerá labores de construcción sin que de ellas se derive responsabilidad alguna porque se limita a ejecutar lo que se le indica creyendo en la licitud de lo que hace. En cambio varios de los acusados tendrán la doble condición de promotores (a través de la Gerencia de urbanismo) y de funcionarios, lo que planteará la posible aplicación tanto del art. 319 como del art. 320.

El delito debe considerarse, por tanto, como un **delito común**, en cuanto más que describirse cualificaciones, se describen actividades. Si se prefiere entender que es un delito que sólo pueden cometerlo promotores y constructores (además de técnicos directores) y que por ello es un delito especial (propio), pero que ello ha de interpretarse funcionalmente (y no formalmente) entendiendo que, sin cualificación especial, todas las personas pueden promover o construir y cometer por tanto el delito, el resultado es el mismo.

Queda claro, en todo caso, que los preceptos abarcan actuaciones por cuenta propia y por cuenta ajena.

La reforma de 2010 sí podría haber aprovechado en todo caso para sustituir la mención a los sujetos por una expresión que dijera algo así como "quien lleve a cabo o dirija técnicamente obras de urbanización…", desplazando la condición que tenga el sujeto activo del delito a la conducta que el mismo realiza. La concreción de quién pueda ser sujeto del delito pudiera entenderse, asimismo, que tiene el significado de eximir de responsabilidad al mero empleado de la empresa promotora o constructora (proyectistas, jefes de obra, etc.). Pero tampoco esto es así. Habrá que estar a los criterios generales que concretan la autoría en estructuras organizadas.

Sí es cierto que en cuanto a la figura del **director técnico** (a ella se refieren los arts. 12 y 13 de la Ley 38/1999) estamos ante un **delito especial**. Sólo quien reúna la cualificación profesional necesaria, ya como licenciado ya como técnico (arquitectos o ingenieros superiores o técnicos), siempre que se ejerzan funciones de dirección, bien individual, bien colectivamente, podrá cometer este delito como autor. El resto podrá ser responsable a título de cooperador necesario o cómplice.

Teniendo en cuenta, por otra parte, que el delito se cometerá en la mayoría de las ocasiones en el ámbito de desarrollo de una actividad empresarial, dos problemas se plantean a la hora de determinar qué persona física puede ser considerada autora del delito que en cuanto promotora o constructora lleva a cabo una persona jurídica, al margen de la responsabilidad penal de ésta, a establecer conforme al número 4 del art. 319.

En primer lugar, quienes consideren que el delito es especial y que la condición de constructor o promotor la ostenta la **empresa** que desarrolla la actividad y no quien actúa dentro de ésta han de acudir al art. 31, que establece que en estos casos responderá penalmente "el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica […]", precepto que hoy en día ya la mayoría de la doctrina interpreta desde la idea de dominio funcional de la actividad que ejerce la persona jurídica.

En segundo lugar, y prescindiendo de si el delito es especial o común, más problemático es decidir quién, **dentro de una empresa** constructora o promotora, puede ser considerado efectivamente responsable de la construcción o de la edificación ilegal. Y aquí no hay normativa penal alguna. Nos encontramos con estructuras complejas, dentro de las que se toman y se ejecutan decisiones por personas muy diferentes, de entre las que hay que deslindar la que debe responder del hecho delictivo finalmente ejecutado, con independencia de quién sea la que materialmente lleve a cabo la acción descrita legalmente, pues la misma puede actuar como mero instrumento de quien toma la decisión correspondiente. Pues bien, en estos supuestos debe considerarse

autor a quien controla funcionalmente el proceso que conduce a la actuación ilegal y puede, en todo momento, detener dicha actuación, de modo conjunto o individual, siendo el resto de sujetos que puedan conocer la ilicitud y contribuir de algún modo a la misma inductores, cooperadores o cómplices, pero no autores en sentido estricto. Siempre en todo caso, por supuesto, que se actúe con conocimiento de lo que se hace. Nos remitimos aquí a lo que se ha señalado en el tema 3.

Téngase en cuenta, finalmente, que el nuevo apartado 4 del artículo prevé expresamente para estos delitos, como antes se decía, la responsabilidad penal de la **persona jurídica**, en los términos que contempla el nuevo art. 31 bis.

B. En cuanto a las conductas de prevaricación urbanística (art. 320.1 y 2) no cabe duda de que estamos ante un **delito especial propio** que sólo puede ser cometido, como autor, por ***autoridad o funcionario público***, en los términos en que se concreta esta condición en el artículo 24 del Código.

Quien no reúna la misma -por ejemplo, facultativos no funcionarios que no puede entenderse participan en el desarrollo de funciones públicas, pero intervienen de algún modo en el proceso que conduce a la concesión de la licencia ilegal- podrán responder en su caso únicamente a título de partícipe.

En cada supuesto concreto -por ejemplo, en relación a la intervención de miembros de colegios profesionales- deberá diferenciarse el tipo de contrato que se tenga con la Administración, que será el que determine si puede afirmarse que un sujeto, incluso técnico externo, actúa o no en ejercicio de la función pública.

6. Conductas incriminadas.

En el capítulo se contemplan dos clases de conductas. Por una parte, las vinculadas al hecho de la urbanización, la construcción o la edificación ilegales (art. 319). Por otra, las vinculadas a la actuación prevaricadora que favorece las mismas (art. 320).

Prescindiendo ahora de éstas, que describen cuatro supuestos a los que se aludirá posteriormente, en cuanto a las primeras se contemplan dos delitos muy similares, diferenciados porque en un caso se exige llevar a cabo una "obra de urbanización, construcción o edificación no autorizable en suelo de especial protección" y en otro una "obra de urbanización, construcción o edi-

ficación no autorizable en suelo no urbanizable". El resto de sus elementos son comunes. Estamos en presencia de un tipo cualificado, el del art. 319.1, que prevé una pena superior, y un tipo básico, el del art. 319.2, con pena inferior, de modo tal que cuando una conducta sea subsumible en ambos debe aplicarse, obviamente, el primero de ellos.

A. En cuanto a las ***obras en suelo no urbanizable*** *(art. 319.2)*, son cuatro los elementos que definen la **tipicidad objetiva**.

a. En primer lugar, el Código exige que los sujetos activos "**lleven a cabo"** obras. Si ello implica la configuración del delito como de mera actividad o como de resultado ha sido discutido.

> Buena parte de la doctrina se inclinaba antes de la reforma de 2010 por la primera opción; pero, parecía evidente que el resultado de la conducta de construir era la construcción o edificación realizadas, derivándose por tanto de dicha conducta un efecto físico material constatable, que es lo que define los delitos de resultado. Otra cosa es que no hubiera que esperar al momento de finalización de la obra, tal y como aparecía originalmente proyectada, para entender consumado el delito. El momento de la consumación -aunque no todavía el de comienzo del cómputo de los plazos de prescripción del delito- lo determinaba el instante en que podía hablarse de una construcción, superados los actos de acondicionamiento de la misma -por ejemplo, los de excavación previos a la cimentación-, que quedarían en el ámbito de la tentativa. Si hubiera de esperarse a la finalización de la obra, prácticamente en la totalidad de supuestos habría que sancionar por tentativa de delito urbanístico.
>
> Pero, en el sentido opuesto, si entendíamos que el delito era de mera actividad, al margen de que ello no se ajustaba a la realidad de lo que implicaba el hecho de construir o de edificar, o bien tendríamos que dejar sin sancionar todo tipo de actuación previa o bien entender que la misma ya representaba una construcción, sin término medio, porque no cabía la tentativa. Y ni una ni otra solución parecían satisfactorias.

El texto aprobado en 2010 obliga a cambiar radicalmente este entendimiento porque se sustituye la expresión "llevar a cabo una construcción" (art. 319.1) o "una edificación" (art. 319.2) por "llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación" (arts. 319.1 y 2). Esto es, la conducta ya no la definen la construcción o la edificación, sino las "**obras**" de construcción o edificación (con el añadido de las de urbanización, que antes no se contemplaban en el texto), de modo tal que la conducta típica se perfecciona directamente desde el momento en que comienzan tales obras, sin que quepa exigir ningún resultado derivado de ellas (que se producirá sin duda cuando

la urbanización, construcción o edificación estén realizadas, dentro del agotamiento pleno del delito, o en fase de realización, pero que no es necesario para colmar el tipo). El legislador zanja con la reforma la discusión suscitada entre los autores y en la propia jurisprudencia adelantando la intervención penal y reconociendo que el texto derogado planteaba las dudas reseñadas que impedían una postura unitaria. Ahora bien, los cómputos de prescripción no podrán empezar a contar hasta que dejen de llevarse a cabo las obras, hasta su finalización (así, STS de 29 de noviembre de 2006); en este sentido, estamos ante un delito permanente.

Claramente en el caso del tema constan las obras que se están llevando a cabo.

La sanción de comportamientos omisivos es posible pero sólo a través de la concreción de la responsabilidad dentro de estructuras empresariales complejas (véase el tema 3).

b. La conducta típica consistía aquí antes de 2010 en llevar a cabo una "edificación", expresión que limitaba considerablemente el ámbito de aplicación de este precepto. Suele señalarse que toda **edificación** es una construcción, pero no a la inversa, definiéndose la misma, siguiendo la normativa urbanística, como la construcción que materializa un aprovechamiento objeto de regulación urbanística, cerrada, con techo, elevada y con cierta solidez. El problema se planteaba cuando se realizaba una construcción que no fuera edificación en un suelo de esta naturaleza. No tenía ningún sentido restringir la sanción en estos casos. La reforma, entendiendo que la diferencia de ambos preceptos ha de venir dada únicamente por la naturaleza del suelo en que se lleva a cabo la obra ilícita, unifica la descripción de conductas incluyendo también en este tipo básico el "llevar a cabo" "**obras de urbanización y construcción**" junto a las de "**edificación**", destacando con ello que es la relevancia del suelo sobre el que se actúe la que permite entender la lesividad de la conducta y servir de referente a la hora de explicar su antijuridicidad material.

La **construcción** acostumbra a definirse como la ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno añadiendo elementos físicos permanentes. Quedan fuera por tanto actuaciones que vayan a llevarse a cabo sobre estructuras móviles o movibles, temporales, desmontables, que no exijan cimentación, etc.

Y, en todo caso, la idea de intervención mínima exige cierta entidad, como dice la STS de 29 de noviembre de 2006 (no se trata de penalizar la "construcción" de badenes o topes en la carretera, aunque sean de cemento).

La **urbanización** implica el desarrollo planificado de un terreno al que se le va a dotar de los elementos previstos legalmente que permiten una construcción, en actuaciones previas a ésta. Quedan fuera por tanto todo lo que sean trámites o estudios administrativos en tanto al terreno no se le empiece a dotar de los elementos que le van a permitir convertirlo en urbanizado. La duda está en si el término "urbanización" es suficientemente amplio como para comprender parcelaciones, reparcelaciones, etc., lo que se entiende que habría que responder de forma afirmativa, a pesar de que el dictado del art. 320.1, diferenciando los distintos conceptos, pueda llevar a equívocos.

La casuística de la jurisprudencia ciertamente no ayuda en la interpretación de estos conceptos: en todo caso sí se ha considerado construcción el reasfaltado de un aparcamiento, la creación de un camino inexistente, la de una piscina (no la de un aljibe), la de una nave agrícola, la de una casa prefabricada (con carácter fijo y permanente), la de un puente, la de un camino, etc.

En el caso objeto de comentario se llevan a cabo tanto obras de urbanización (movimientos de tierra y acopio en la zona final de la playa) como de edificación (levantamiento parcial de la estructura del edificio de aparcamientos).

c. En tercer lugar, dichas obras han de ser "**no autorizables**", expresión que permanece desde 1995. Aquí claramente el legislador se fija en la idoneidad de la conducta para ajustarse a derecho (la Ley del Suelo, RDL 2/2008, con todas sus sucesivas modificaciones, es un referente, pero la normativa al respecto es ingente) y expresa que no basta para sancionar la carencia de licencia para edificar, sino que, atendiendo al objeto de tutela penal y a la potencialidad lesiva de la conducta descrita, desde un punto de vista material, lo determinante es si la obra se puede o no autorizar conforme a la normativa urbanística correspondiente al cumplirse los requisitos previstos en ella o cuando todavía se pueden cumplir. Desde esta perspectiva, todos los supuestos conflictivos que quepa plantear en relación con la ausencia de autorización, la existencia de autorización ilícita, etc., han de solucionarse conforme se ha indicado con anterioridad.

El que más controversia sigue generando es el que hace referencia a los supuestos en que la obra no es susceptible de legalización con arreglo al planeamiento vigente en el momento en que se actúa, pero sí lo es tras la modificación del planeamiento urbanístico afectado. Su solución ha de seguir la misma línea que la del resto de supuestos y si dicha modificación no contraviene normativa alguna y es por tanto una modificación legal, la misma, sin duda, ha de beneficiar al autor de la obra (de urbanización, construcción o edificación) como toda normativa de carácter favorable, que en Derecho penal tiene efectos retroactivos. Siempre que no se trate, como también antes se señalaba, de una destipificación de facto y sí, simplemente, de un cambio de criterio sobre la lesividad de la conducta anteriormente típica: por ejemplo, en casos de modificación de normativa sobre el terreno que se puede urbanizar en previsión de la necesidad de obras que cubran exigencias de vivienda por flujos migratorios o crecimiento de la natalidad.

En cuanto al tratamiento del error, en los supuestos en que se crea que la obra puede ser autorizada, se tenga o no una autorización, estaremos ante un error que deberá llevar a la exclusión de responsabilidad. En los que dicha creencia no existe, por más que se disponga de una autorización -siempre que sea ilícita- la responsabilidad penal no ofrecerá dudas. Que con ello quede prácticamente vacío de contenido el precepto, por la posibilidad de autorizar casi todo y por la creencia de que eso es así, es algo cuestionable porque en todo caso seguirán existiendo limitaciones legales y el análisis del error en que pretenda ampararse el autor de la obra llevada a cabo habrá de acreditarse, sin que se admita el que tiene un carácter burdo.

La distinción entre los supuestos que constituyan error de tipo y los que representen un error de prohibición no será sencilla, pero, al final, se reducirá a comprobar qué es lo que cree el sujeto: si conoce lo que está prohibido, pero cree que su conducta se ajusta a la normativa vigente (por un problema de interpretación de la misma), el error será de tipo; si desconoce absolutamente lo que está prohibido y se equivoca sobre lo que puede o no hacer, el error será de prohibición.

El caso del tema es claro en este punto. El mismo refiere la existencia de un proyecto que no era ni es susceptible le legalización por vulnerar normativa de costas, etc.

d. En cuarto lugar, y desde 2010 como único elemento diferenciador de este tipo básico, la obra no autorizable se ha de llevar a cabo en "**suelo no urbanizable**". Estamos ante un término normativo que obliga a acudir a la legislación urbanística (municipal), pero permite desde la autonomía penal atender las características concretas del suelo, para definirlo como aquél que el planeamiento general o, en su caso, el proyecto de delimitación de suelos considere preciso proteger por su valor agrícola, forestal, ganadero o de riquezas naturales, siempre que no tenga reconocido el especial valor al que se refiere el art. 319.1. Ciertas dudas ofrece el tratamiento de aquellos supuestos

en los que todavía no se ha aprobado el oportuno plan de desarrollo; en este caso la doctrina dominante entiende que han de atenderse las características reales del concreto suelo a efectos de su consideración como no urbanizable. La complejidad de la normativa administrativa en relación a la diversidad de clases de suelo contemplados en las diferentes regulaciones, también autonómicas y locales, ha de resolverse de conformidad con los criterios generales que inspiran la Ley del Suelo y su normativa de desarrollo, que permiten delimitar el concepto de suelo no urbanizable a los efectos de aplicación del art. 319.2 en el sentido indicado.

En nuestro caso no estamos sólo ante un suelo no urbanizable, sino ante uno de especial valor, que es al que se refiere el art. 319.1: bienes de dominio público (frente marítimo de playa).

e. En lo que se refiere al **tipo subjetivo**, estamos obviamente ante **conductas dolosas**, lo que implica considerar atípico tanto cualquier comportamiento de carácter imprudente como cualquier comportamiento amparado en un error de tipo, invencible o vencible, incluyendo los que versen sobre la existencia de la ilegalidad de la obra que se lleva a cabo. Sé que está prohibido construir ilegalmente, pero no sé que lo estoy haciendo (porque creo que el suelo es urbanizable, porque creo que se ha aprobado mi proyecto, etc.). No obviamente los que se vinculan a un error de prohibición en relación, por ejemplo, al desconocimiento de que se está realizando una actividad prohibida, porque no puede ser autorizada. Hay que estar atentos al intento judicial de convertir errores vencibles de tipo (impunes) en errores vencibles de prohibición (punibles).

B. En cuanto a las ***obras en suelos de especial protección*** *(art. 319.1),* los requisitos que definían de modo específico esta conducta, diferenciándola de la que contemplaba el art. 319.2, eran tres antes de 2010. Ahora, únicamente uno.

a. En la actualidad, el sujeto debe "**llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables**". En los términos explicados.

Antes de 2010, el sujeto activo había de llevar a cabo, necesariamente, una "construcción". Llamaba la atención la restricción del legislador a la hora de prever las conductas a sancionar, pues muchos de los comportamientos ilícitos de la actividad urbanística no tenían encaje en el concepto de construcción: así, las urbanizaciones,

segregaciones, agregaciones, movimientos de tierras, excavaciones, derribos, alteraciones de elementos exteriores, etc., algunos de los cuales tienen más impacto en la ordenación del territorio o incluso en el ambiente físico que el mero hecho de la construcción en sí. Por eso buena parte de la doctrina reclamaba la sustitución del término construcción por los más genéricos de actividad urbanística o aprovechamiento urbanístico y por eso el legislador introduce la urbanización en sí, además, de, por congruencia legal, incorporar también al art. 319.1 la realización de obras de edificación antes sólo contempladas en el art. 319.2.

Y en segundo lugar, la construcción tenía que ser "no autorizada". Este concepto, no obstante, ya se entendía que debía interpretarse desde una perspectiva material, que lo hacía equiparable a la expresión "no autorizable" que se utilizaba antes sólo en el art. 319.2.

Podría entenderse que el legislador utilizaba conscientemente dos expresiones diferentes acudiendo en el art. 319.1 a lo que se conoce como accesoriedad al acto administrativo. No era ésta la interpretación de la doctrina más autorizada, frente a la más literal de la jurisprudencia. Y ello porque no tenía sentido alguno imponer una pena a quien realiza una construcción que no vulnera normativa urbanística alguna y que, simplemente, adolece del requisito formal de la autorización. Salvo, por supuesto, que entendamos que lo que el delito protege es la normativa administrativa en el desarrollo de la actuación urbanística, que entendamos el delito como de desobediencia y que lo consideremos desprovisto de todo componente de lesividad material a la ordenación del territorio desde la perspectiva descrita al definir el bien jurídico protegido por este delito.

Lo que ha de atenderse no es el acto administrativo en sí, sino la normativa que le sirve de base y si ésta no se vulnera la deficiencia formal no puede convertir en ilícito un acto irrelevante en cuanto a su potencialidad lesiva. Por ello se corregía teleológicamente la expresión legal interpretándola desde una perspectiva material que permitía excluir la relevancia penal de construcciones que, por ausencia de lesividad, fueran legalizables. A partir de esta interpretación el tratamiento de los diferentes supuestos de actuación sin autorización había de ser el que se señalaba con carácter general con anterioridad al analizar la vinculación entre Derecho penal y Derecho administrativo en esta materia.

Si entendiéramos que la ausencia de autorización es lo que importa para sancionar la construcción, habríamos de entender que su posesión permite excluir todo tipo de responsabilidad, aunque se conozca su ilicitud o incluso se haya participado en ella. Pero los supuestos en que se cuenta con una autorización que es ilícita -al igual que los supuestos de tolerancia, de silencio administrativo, etc.- no pueden resolverse atendiendo únicamente a la existencia de la misma o, en su caso, a su carácter nulo o anulable. Lo que importa es la razón por la que se penaliza la conducta y por la que se exige para integrar el tipo penal la ilicitud administrativa. Y si se admite que el bien tutelado no puede identificarse con la tutela de la intervención de la Administración en

la ordenación del territorio, la existencia o no de la autorización no puede entenderse bastante por sí sola para fundamentar o para excluir la responsabilidad penal: hay que atender a la adecuación de la conducta a la tutela prevista administrativamente.

Justamente por esto la reforma de 2010, atendiendo la reclamación doctrinal, acierta al sustituir la expresión "no autorizada" del art. 319.1 por la de "no autorizable" ya presente en el antiguo art. 319.2 y equivalente ahora en ambos apartados. De lo que se trata es de aplicar el precepto a ilegalidades relevantes contra la ordenación del territorio, relegando al Derecho administrativo infracciones menores.

b. La obra no autorizable ha de realizarse -y ésta es ahora la única de las diferencias con el art. 319.2 que pervive en el texto vigente actualmente-, **en suelos de especial protección**, esto es, como dice el Código, "en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección". Se pretende tutelar suelos que el legislador considera necesitados de una tutela privilegiada.

La profusa descripción de los suelos a proteger ha de entenderse desde la regulación administrativa, que es la que define cada clase de suelo (Ley 16/1985, RDL 1/2001, Ley 42/2007, etc.). Ningún problema plantea la interpretación de lo que es un vial, una zona verde o un bien de dominio público, que perfectamente puede abarcar los dos primeros conceptos en cuanto afectos a un uso público. Todos ellos abarcan tanto los suelos que han sido ya objeto de actuación como los que van a serlo. Al margen de aspectos puntuales discutidos y de difícil consenso, como el de si las zonas verdes incluyen los espacios libres que se describen en la normativa urbanística o el de si los bienes de dominio público acogen también los destinados a equipamientos comunitarios abiertos a la intervención privada, es absolutamente necesario remitirse siempre a la normativa administrativa correspondiente y a los planes urbanísticos de cada zona para delimitar la clase de suelo ante la que nos encontramos.

En relación con el resto de conceptos también hay que acudir a la legislación vigente, estatal, autonómica o local en la materia para comprobar si existe, por la razón que sea, una declaración de reconocimiento del especial valor del suelo sobre el que se construye. La duda surge en los supuestos de inexistencia de declaración expresa, en los que quizás razones de seguridad jurídica abogan por excluirlos de la tutela penal, salvo que se esté tramitando la misma, en cuyo caso podría aplicarse el último inciso del precepto.

C. Por lo que respecta a la ***prevaricación específica de autoridades y funcionarios*** *(art. 320.1 y 2)*, se sanciona a la autoridad o funcionario que, a sabiendas de su injusticia, informa favorablemente los proyectos de urbanización, construcción o edificación a que se refiere el art. 319 -además de instrumentos de planeamiento y proyectos de parcelación o reparcelación- o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes y a quien resuelve o vota a favor de su concesión. Además, a quien omita inspecciones obligatorias o a quien en las realizadas silencie las infracciones detectadas. Previsión muy criticada, cuando en realidad lo que debiera realizarse es un esfuerzo de interpretación correcta del precepto, que se vincula legalmente al art. 404 del Código, donde se sanciona la prevaricación genérica, si bien en el art. 320 se amplía el ámbito de intervención y se agrava la responsabilidad.

> Lo primero que hay que plantearse es la necesidad de este precepto, que sólo debe aceptarse si, o bien las conductas que pretende sancionar no son subsumibles en otros preceptos del Código, o bien las penas que en ellos se prevén no se estiman suficientes. Y ya de entrada puede afirmarse que no todos los supuestos que describe el art. 320 tienen cabida ni en el art. 319 ni en el art. 404. Así, por ejemplo y aunque no es el único supuesto, la emisión de informes favorables, que sólo cabría sancionar por uno u otro artículo considerando al emisor partícipe de los delitos que en ellos se describe, pero nunca autor. Pero es que, en todo caso, dicha participación no sería factible de no imputar responsabilidad alguna a quien ejecuta la obra ilegal o a quien concede la licencia ilegal, algo imposible si les ampara un error basado, por ejemplo, en la existencia del informe ilícito. Por otra parte, respecto a los supuestos que sí podrían abarcarse bien por el art. 319 bien por el art. 404, las penas que se prevén en estos artículos cabe entender que no son las adecuadas atendiendo el desvalor de las conductas contempladas en el art. 320.

De la conducta incriminada, hay que destacar que el art. 320 no sanciona comportamientos ilícitos que no afectan a la ordenación del territorio; esto es, no sanciona, por ejemplo, comportamientos de denegación de la licencia que se debió conceder o de realización de un informe desfavorable cuando debió ser favorable, que deberán reconducirse, en su caso, a la prevaricación genérica del art. 404. No estamos ante un delito contra la Administración pública. La filosofía del precepto es tutelar la ordenación del territorio y el urbanismo -aunque atendiendo la especial posición del funcionario que puede favorecer la quiebra de dicha tutela- y, en consecuencia, sólo prevé la sanción de aquellos comportamientos, aunque no de todos, que puedan afectarles.

En los cinco casos que se tipifican se ha de actuar "**a sabiendas de la injusticia**" de lo que se hace, lo que exige dolo directo. Y en todos ellos se ha de tratar de **intervenciones que afectan al ámbito urbanístico o de ordenación del territorio** en relación con las conductas a que se refiere el art. 319.

En cuanto a la **contrariedad con las normas de ordenación territorial o urbanística vigente** del instrumento, proyecto, parcelación, reparcelación, construcción o edificación a que ha de referirse la actuación prevaricadora, y aun cuando doctrina y jurisprudencia señalan que ha de implicar sencillamente una ilegalidad administrativa, ello en cierto modo contradice la exigencia de obrar a sabiendas de la "injusticia" de lo actuado, término que en el ámbito de aplicación del art. 404 siempre se ha explicado exigiendo una burda, grosera, manifiesta ilegalidad. Por otra parte, parece excesiva una actuación penal ante cualquier ilegalidad, por mínima que sea, si no es especialmente peligrosa para la garantía de la ordenación del territorio y el urbanismo, tal y como se interpreta ésta como objeto de tutela del conjunto del capítulo; teniendo en cuenta, además, que la propia normativa administrativa contempla la sanción de comportamientos similares pero sólo cuando estemos ante infracciones urbanísticas graves. Por ello parece coherente una interpretación restrictiva del precepto, en el sentido de exigir una gravedad incompatible con el correcto ejercicio de la función pública en este concreto ámbito urbanístico.

Por lo que se refiere a la determinación del momento de **consumación** del delito, suele señalarse que el legislador anticipa la línea de punibilidad interviniendo en un momento bastante alejado del tiempo en relación al de la lesión concreta de la ordenación del territorio. Y, asimismo, que ésa es su voluntad y que por ello ni hace falta lesión alguna ni que se inicie o lleve a cabo obra alguna o, más aún, que ni siquiera hace falta que se conceda licencia alguna en supuestos de actuaciones colegiadas o de emisión de informes ilegales. El momento consumativo se adelanta, con independencia del peligro para la ordenación del territorio, al momento mismo de emisión del informe, concesión de la licencia o votación a favor de su concesión (véase la STS de 7 de julio de 2014). Sin embargo, una interpretación acorde con el sentido de la protección, ciertamente minoritaria pero que parece correcta, exige que al menos -y aunque ello ya no dependa del funcionario- se haya iniciado la actividad urbanística concreta que indique la peligrosidad de la conducta sancionada (la STS 1127/2009, de 27 de noviembre exige que se acredite un riesgo

para el bien tutelado). Sólo así se garantizaría una actuación penal respetuosa con la idea de mínima intervención en que la misma ha de desenvolverse. Máxime teniendo en cuenta que la propia legislación urbanística exige dicha actividad para sancionar en estos supuestos. Y máxime teniendo en cuenta, como luego se verá, que la pena del artículo 320 no es ahora sino la suma de las de los artículos 319.1 y 404.

Las **conductas** que se sancionan son las siguientes.

a. En primer lugar, la **emisión de informes favorables injustos.** Hay que observar que el Código Penal excede el ámbito de aplicación que se da al delito de prevaricación en otros campos, pues sólo aquí -y en la tutela del patrimonio histórico y del ambiente en sentido estricto, con los arts. 322 y 329- se sanciona esta conducta, bastante alejada, por otra parte, de la lesión al bien jurídico tutelado.

> En todo caso y aceptando que ello se debe no a un capricho legislativo sino a una especial virulencia del comportamiento funcionarial en esta sede, en cuanto al contenido del nuevo art. 320 importa destacar que se corrige la deficiencia legislativa del texto derogado en 2010 que sólo aludía a informes (preceptivos o facultativos) favorables a proyectos de edificación o a la concesión de licencias contrarias a la normativa urbanística, mencionándose expresamente ahora los informes favorables a proyectos de urbanización, construcción y edificación, en congruencia con el art. 319, y a la concesión de licencias contrarias a las normas tanto sobre ordenación territorial como urbanísticas, en razón de la modificación de la rúbrica y del contenido del capítulo, vinculado no sólo a la normativa municipal. A ellos se añaden también los informes favorables a instrumentos de planeamiento -previsión adecuada por la trascendencia que tiene la convalidación de ilegalidades a través de la variación del planeamiento previamente existente- y proyectos de parcelación y reparcelación injustos, modificación introducida en la tramitación parlamentaria de la reforma de 2010 en una decisión cuestionable no por sus consecuencias, sino por la relación que el art. 320 ha de tener con el art. 319. Y, en este sentido, o bien se entiende que las parcelaciones y reparcelaciones son obras de urbanización y están incluidas entonces en este concepto o bien se entiende que no lo son en cuyo caso existiría en el art. 320 una tutela no contemplada en el art. 319. Respecto de los informes favorables a instrumentos de planeamiento sí parece abarcarse una realidad más propia de la actividad funcionarial que de la de los particulares.

b. En relación a la **omisión de inspecciones**, se acierta en 2010 con su inclusión, porque a veces tiene mayor importancia en lo que es la lesión del bien jurídico protegido que lo que es en sí la concesión de una licencia ilegal.

c. También se acierta en 2010 incluyendo la **ocultación de infraccio-**

nes detectadas en las inspecciones realizadas, que ya se preveía en el paralelo art. 329, en la tutela ambiental.

d. De la sanción de la concesión o **dictado de resoluciones favorables injustas** en relación con las actuaciones (planeamiento, urbanización, etc.), lo que llama la atención es que no se contemplen otras conductas funcionariales de similar gravedad, como puede ser la ausencia de revocación de la licencia concedida de modo manifiestamente ilegal.

e. Finalmente, en relación a la **votación a favor de aprobaciones injustas** en la actuación dentro de órganos colegiados, referida ahora no sólo a la concesión de licencias, sino también, de modo mucho más acertado que antes de 2010, de nuevo tras la modificación parlamentaria, a la aprobación de los instrumentos de planeamiento y de todos los proyectos a que se refiere el art. 320.1, hay que subrayar que sólo se sanciona la votación a favor de la concesión de la licencia ilegal, pero no la conducta de quien se abstiene, se ausenta en el momento de la votación o simplemente no acude a la misma sabiendo cuál va a ser su resultado, permitiendo dicha concesión. Habría que haber tenido en cuenta la posibilidad de sancionar estas conductas al menos cuando el voto en blanco, la abstención o la ausencia en el momento de la votación no pudieran justificarse. Paradójicamente, en cambio, buena parte de la doctrina entiende que la conducta habrá de sancionarse con independencia de cuál sea el resultado de la votación, siendo lo relevante únicamente el sentido del voto favorable al instrumento, proyecto o licencia ilegal, aun cuando ésta se deniegue, algo con lo que no puede estarse de acuerdo por la ausencia de lesividad al objeto de tutela.

Ningún problema hay en nuestro caso en comprobar todos los requisitos del art. 320 en varios de los imputados: condición de funcionarios, realización de informes o dictado de resoluciones o voto favorable a la aprobación del proyecto, según cada caso e ilegalidad (conociendo la injusticia) de las distintas actuaciones administrativas que se realizaban.

7. Consecuencias jurídicas.

A. El art. 319, vinculado a la actuación de particulares, prevé ***penas*** de prisión, de multa y de inhabilitación especial. En cuanto a las primeras, el art. 319.2 extiende la pena desde el año hasta los tres años, pena que podrá no ejecutarse conforme al art. 80. La pena del art. 319.1, al extenderse también desde el año y seis meses hasta los cuatro años, podrá igualmente suspenderse.

La reforma de 2010, con la elevación de penas, acomoda mejor su gravedad a la de las conductas para las que se prevé, en relación con la importancia que las mismas tienen en la sociedad actual y con la relevancia del bien a tutelar.

En cuanto a la pena de multa, de hasta veinticuatro meses en ambos casos, el importe máximo a imponer, de conformidad con el art. 50.4, será de doscientos ochenta y ocho mil euros, pudiendo ser el mínimo de setecientos veinte euros, salvo en el caso de las personas jurídicas, al ser la cuota diaria que prevé para ellas el art. 50.4 de entre treinta y cinco mil euros. Por ello el legislador establece en 2010 que en caso de que dicho montante sea inferior al beneficio obtenido con el delito, la multa por cuotas se transformará en una multa proporcional a dicho beneficio del tanto al triplo (o cuádruple, para personas jurídicas), tratando de que sea más disuasoria.

En lo que respecta a la inhabilitación, alcanzará a todo tipo de actividad relacionada directamente con la actuación del constructor, promotor o técnico por la que se produce la condena. No, obviamente, a la profesión que pueda tener quien realiza la obra, cuando sea ajena a ella (así, agricultores, ganaderos, etc. que construyen ilegalmente a quienes sólo se les podrá habilitar para construir).

Por lo que se refiere al art. 320, vinculado a la actuación de funcionarios, se prevén también penas de prisión y de multa, asimismo con carácter acumulativo, como en el art. 319.1 de un año y seis meses a cuatro años en el caso de la primera y de doce a veinticuatro meses en el caso de la segunda -sin posibilidad aquí de multa proporcional-, así como una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años, la misma que en supuestos de prevaricación genérica.

Es importante observar que, por la gravedad de estas penas, estamos ante delitos cuyo conocimiento atribuye la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los Juzgados de lo Penal, con lo que la jurisprudencia (menor) existente, de Juzgados y Audiencias Provinciales, es muy variable en todos los aspectos controvertidos de estos delitos. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre distintas cuestiones, pero ocasionalmente.

B. En relación con ***otras consecuencias*** **derivadas del delito**, debe llamarse la atención también acerca de la existencia del art. 319.3, que, junto a la normativa genérica de los arts. 109 y siguientes del Código, tratan de establecer una responsabilidad civil que atienda de modo especial a la **reparación del daño** causado. Ello, además de la previsión específica del **deco-**

miso que, en relación con el art. 127, simplemente especifica que el mismo afectará a las ganancias "cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar".

El art. 319 incorpora en su número 3 la posibilidad -que no obligación- otorgada a jueces o tribunales de ordenar la demolición a cargo de los autores -no de los partícipes- de la obra llevada a cabo y la reposición al estado originario de la realidad física alterada. Ello, salvaguardando las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe y sin perjuicio de aplicar en lo que proceda la normativa sobre responsabilidad civil derivada del delito contemplada en los arts. 109 y siguientes del Código. Esta previsión no es estrictamente ni la de una sanción ni la de una medida de carácter cautelar, sino que emparenta más con la previsión de la reparación del art. 112 del Código, que tiene un carácter, sin embargo, más amplio. No está muy en consonancia con las medidas que administrativamente se establecen en este ámbito, que obligan y no sólo facultan a la demolición de cuanto sea incompatible con el planeamiento urbanístico. Y por ello no se entiende. La actuación debiera ser obligatoria. Con ello se evitaría uno de los principales obstáculos -la permanencia de la obra ilegal- para conservar una ordenación racional de nuestro territorio, siendo la demolición, a su vez, uno de los principales instrumentos disuasorios respecto a potenciales infractores. Al margen, por supuesto, de que dicha demolición pueda ser adoptada por la Administración dentro de las competencias que tiene al respecto.

Llama más aún la atención la previsión de la potestad del art. 319.3 cuando el art. 339 obliga al tribunal a "ordenar" que se adopten las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado y cualesquiera otras que garantice la protección del bien tutelado.

Y más todavía que en 2015 se haya añadido la expresión "valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionará temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas [las indemnizaciones]". Esto es, primacía del interés pecuniario de quien no participa en la lesión de la ordenación del territorio frente a la tutela de éste, que queda postergada.

La única explicación que justificaría la facultad para no ordenar la demolición habría que encontrarla en que con ella se pueda causar un mayor perjuicio al entorno. De ahí que se señala que la demolición debe ser la regla general más que la excepción (Circular Fiscalía General 7/2011; véase también la STS de 24 de noviembre de 2014). Pero no parece que sea éste el sentir del legislador.

La doctrina ha echado tradicionalmente de menos la posibilidad de aplicar algún otro tipo de consecuencia penal relacionada con el cierre o clausura temporal de empresas, la suspensión de sus actividades o la disolución de las personas jurídicas a cuyo amparo se actúe, la imposibilidad de acceder a

subvenciones públicas o concursos convocados por la Administración, etc. Ahora esta cuestión se solventa, en parte, con la previsión del artículo 319.4, en relación con los artículos 31 bis y siguientes y 129. Aunque siguen sin contemplarse medidas similares a la prevista en el art. 355 para los incendios forestales, que impida rentabilizar económicamente la infracción cometida.

8. Responsabilidad de las personas jurídicas.

Delito típico de criminalidad de empresa, el artículo 319.4 establece para la persona jurídica responsable de los delitos de los artículos 319.1 y 319.2, en los términos del artículo 31 bis y siguientes del Código, la imposición de una multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio, además de la posibilidad de imponer, de conformidad con el artículo 66 bis, las penas del artículo 33.7 b) a g).

Dualidad de multas, por tanto, por cuotas o proporcional, en función de cuál sea el beneficio obtenido. Ello facilita evitar problemas cuando el beneficio no se pueda cuantificar o sea complejo hacerlo en la investigación procesal. Y al mismo tiempo no limitar en exceso la cuantía de la multa.

Téngase en cuenta, no obstante, que este beneficio también se tiene en cuenta para fijar la responsabilidad civil -y para concretar el decomiso-, por lo que la única razón para atender el mismo a la hora de concretar la multa a imponer ha de estar en el mayor desvalor que entiende el legislador ha de asociarse al beneficio obtenido, que no considera suficientemente sancionado con la máxima multa que permiten los tres años fijados (cinco millones cuatrocientos mil euros). Lo que no se entiende es por qué limitar entonces a tres años el máximo imponible y no aumentarlo a cinco como permite el art. 50.3.

9. Concursos.

La problemática concursal en estos delitos plantea dos cuestiones importantes.

En primer lugar, por supuesto que es posible tanto el **concurso de delitos** como la **continuidad delictiva**, en su caso, de darse los requisitos del artículo 74, dependiendo de los lugares donde se lleva a cabo la obra. Pero debe entenderse que el desarrollo ilegal de un único proyecto o de un único

conjunto urbanístico, por más que sean varias las construcciones o edificaciones que el mismo conlleve, constituirá un único delito.

En cuanto a la relación entre los arts. 319 y 320, la pena prevista para el art. 320 es considerablemente mayor que la que se prevé para el art. 319 en cuanto a la inhabilitación especial, que se fija en un período de entre siete y diez años, mayor o igual en cuanto a la pena privativa de libertad, fijada en el marco de un año y seis meses a cuatro años de prisión (y según se compare con la del art. 319.1 o con la del art. 319.2), y susceptible de ser menor en cuanto a la multa, ya que, aunque también es de doce a veinticuatro meses, no contempla la posibilidad de multa proporcional. Habría de tenerse en cuenta que la actuación del funcionario está más alejada que la del constructor de la lesión para la ordenación del territorio y que su dominio funcional en relación a ella es evidentemente menor, lo que podría exigir una menor pena de prisión. Ello no es así. ¿Qué quiere decir esto? Sin duda tanto la pena de prisión como la pena de multa tienen en cuenta el específico ámbito en que se produce la "prevaricación"; si no, bastaría la sanción prevista para el genérico art. 404.

Pues bien, si esto es así, el problema penológico se plantea cuando la conducta del funcionario pueda entenderse también comprendida, a título de participación o incluso de autoría, además de en el art. 320, en el art. 319. Frente a una postura que entiende posible aplicar ambos preceptos, rechazable por tutelarse en ambos un mismo bien jurídico, la doctrina mayoritaria entiende necesario acudir a un concurso de normas; y si bien se ha discrepado sobre si en tal caso habría de aplicarse el art. 320 que parece más específico o el art. 319, que antes de 2010 podía entenderse preveía mayor pena, en la actualidad la opción tiene que ser a favor de aquél.

Hay autores y jurisprudencia que entienden posible el concurso de delitos al considerar que se trata de formas de afección al bien jurídico diferente y admiten sin problema la posibilidad de aplicar el art. 320 por autoría directa y el art. 319 por inducción o cooperación, dependiendo de cuál haya sido la dinámica comisiva. Véase, en el caso Andratx, la STS de 27 de noviembre de 2009, que confirma la de instancia.

En nuestro Caso se va más allá y dado que las obras se llevan a cabo a través de la Gerencia de urbanismo, la sentencia, de forma cuestionable, condena por la autoría tanto del art. 319.1 como del art. 320.2.

10. Disposiciones comunes al Título XVI.

El art. 339, próximo al art. 319.3, también concedía a jueces y tribunales, antes de 2010, la potestad de ordenar, de nuevo a cargo sólo del autor del hecho, la adopción tanto de **medidas destinadas a restaurar el equilibrio ecológico** perturbado como de cualquier **otra medida cautelar necesaria para garantizar la tutela del bien protegido**: así, por ejemplo, la paralización inmediata de la obra que se está llevando a cabo. Después de 2010 la potestad se torna en obligación. En cuanto a la restauración del equilibrio ecológico, la misma está prevista en realidad más para los delitos ambientales del Capítulo III que para los delitos del Capítulo I. En muy pocos casos ocurrirá, aunque ello es posible, que se menoscabe el equilibrio ecológico y que dicho menoscabo sea producto de la realización de una obra que no tenga cabida en alguna de las modalidades, más graves y por tanto preferentes, de los arts. 325 y siguientes.

Junto al art. 339, los arts. 338 y 340 completan el Capítulo V dedicado a las Disposiciones Comunes al Título XVI con la previsión de una agravante y de una atenuante específicas para todos los delitos de éste.

En cuanto a la **agravante**, el art. 338 prevé la obligación de imponer la pena superior en grado a las que se prevén en los arts. 319 y 320 cuando los hechos "afecten a algún espacio natural protegido". Es complicada la aplicación de esta agravación a las conductas del art. 319, en cualquiera de sus números 1 o 2, puesto que en el primero de ellos ya se está contemplando la afectación de un lugar de reconocido valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural, con lo que su aplicación supondría desvalorar dos veces una misma circunstancia, mientras que el segundo será difícilmente aplicable, dado que la obra en dicho espacio debiera conducir a la subsunción de la conducta en el número 1, solución que parece más congruente que la de elevar de grado la pena del propio art. 319.2. La jurisprudencia, excepcionalmente, si ha aplicado la agravación (véase la STS de 16 de junio de 2001), entendiendo que estamos ante un *plus* que va más allá del planteamiento general protector del art. 319.2.

En cuanto a la **atenuante**, el art. 340 obliga a imponer la pena inferior en grado si el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado. Redactada con la misma filosofía que la atenuante genérica del art. 21.5ª se diferencia de ésta, sin embargo, en primer lugar, porque en aquélla se exige una actuación voluntaria por parte del sujeto -que no implica obrar por motivos de arrepentimiento moral o ético, sino simplemente obrar no coacciona-

do-, en segundo lugar, porque no existe limitación temporal para proceder a la reparación -que en todo caso, debiera entenderse ha de ser anterior al momento del dictado de la Sentencia- y, en tercer lugar, porque no basta con disminuir los efectos del delito. Su ámbito de aplicación es por tanto en parte más estricto y en parte menos; la consecuencia de dicha aplicación puede ser también más o menos favorable al reo, dependiendo del juego que se dé a la circunstancia genérica, que permite desde imponer la pena base en la mitad inferior hasta rebajarla dos grados, en función del número del art. 66.1 que se aplique.

II. Delitos contra el ambiente.

Caso de la Central de Cercs

La central térmica de Cercs, propiedad de FECSA, entró en funcionamiento en el mes de noviembre de 1971. Dicha central se halla ubicada en la comarca del Alt Berguedá, cuenca del río Llobregat, y utiliza como combustible carbón tipo lignito de las cuencas mineras, que contiene un elevado porcentaje de azufre. La Central es dirigida desde octubre de 1980 por Ernesto D.I., ingeniero industrial, máximo y único responsable del funcionamiento de la central. En el proceso de combustión, dadas las características de los lignitos, se producen humos altamente cargados de dióxido de azufre, que, al contacto con la atmósfera, en ocasiones, se transforman en ácido sulfúrico, provocando la llamada lluvia ácida, o, más comúnmente, se diluyen directamente en la masa boscosa, lo que determina clorosis o necrosis de gran parte de ella, contribuyendo a su proceso destructor las partículas sólidas asimismo emitidas por la combustión del carbón rico en azufre. Se ha constatado que a partir de 1985, y hasta el mes de abril de 1986, dichas emisiones superaban ampliamente los 9.000 mg./Nm^3 y asimismo que las partículas sólidas que se lanzaron a la atmósfera franqueaban holgadamente el nivel de concentración situado en 500 mg./Nm^3, máximos permitidos por las disposiciones vigentes, alcanzando una media durante todo ese período de tiempo, en este último caso, de 2.000 mg./Nm^3. Efecto directo de tales emisiones ha sido la grave contaminación de grandes masas boscosas situadas en las cercanías, y más altas cotas, de la Central, sin que el número de hectáreas afectadas haya podido ser fijado en la causa, pudiendo situarse en torno a las 30.000; y pudiendo constatarse que la incidencia conlleva un grave y potencial peligro para la vida vegetal de la zona. Por el contrario, no ha podido objetivarse un efecto lesivo sobre la salud de las personas de la zona, el ganado o el curso de las aguas.

Extracto no literal de los hechos de la Sentencia del Tribunal Supremo 8749/1990, de 30 de noviembre, procedente del Sumario 12/85, del Juzgado de Instrucción de Berga, conocido por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) en su Sentencia de 20 de febrero de 1988.

No se recoge finalmente en los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo, aunque no se cuestione este extremo, que durante este tiempo, tanto la Generalitat como el Ministerio de Industria autorizaron las emisiones por encima de los índices reglamentarios, por medio de dos resoluciones -de la Dirección General de Industria de 2 de agosto de 1985 y de 24 de julio de 1987, que elevan los límites de emisión de anhídrido sulfuroso o dióxido de azufre a 12.5000 mg./Nm^3-, puesto que FECSA se negaba a poner los filtros que evitaban las emisiones de sulfúrico, alegando que con ello la Central no era rentable y debía cerrar; la superación de los 500 mg./Nm^3 no se consideró probada en la Instancia.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

La normativa dedicada a la tutela penal del ambiente, en sentido físico, se contempla en los arts. 325 a 331 y 332 a 340, recogidos en los Capítulos III y IV del Título XVI bajo las rúbricas, respectivas, "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" y "De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos", así como en los arts. 338, 339 y 340 antes mencionados de "Disposiciones comunes" al Título.

A lo largo del Código son numerosos los preceptos en los que se menciona también para redactar tipos básicos o agravados la posibilidad de peligro para el ambiente (arts. 343.1, 348.1, 349, 350, 352 a 355) o incluso de daño al mismo (art. 345.1). Aquí, dentro de lo que viene entendiéndose representa la criminalidad de empresa, se hará referencia sólo a los delitos de los arts. 325 a 331 y que el propio Código denomina "contra el medio ambiente".

Como antes ya se ha señalado, hay que destacar la previsión específica de un título para los delitos contra el ambiente en su sentido más amplio y de un capítulo para el ambiente en un sentido más estricto (en realidad dos, pues el Capítulo IV también tutela el ambiente, salvo en los cuestionables, al menos por su ubicación, arts. 337 y 337 bis). Ello indica autonomía y cierra el debate sobre la importancia del ambiente en sí mismo considerado como bien jurídico a tutelar penalmente. Y hay que destacar la propia inclusión de estos delitos en el Código y no en una ley especial o en normativa administrativa sectorial como se hace en otras legislaciones. Así se realza su importancia. Se favorece la labor preventiva. Y se favorece (se debiera favorecer) la actuación de los tribunales de justicia. Claro que puede hablarse de un Derecho penal ambiental específico o autónomo, pero dentro de un Derecho penal de cuyos principios y reglas no puede aislarse. Y ello basta para abortar la idea de que podamos estar ante un Derecho penal de segunda (división o velocidad).

Ahora bien, que la terminología utilizada no es adecuada parece evidente. De entrada tanto en el título como en el capítulo se utiliza la expresión redundante "medio

ambiente" cuando el "medio" es el "ambiente" o el "ambiente" es el "medio". Ambiente se dirá en italiano. Y ambiente se dirá en portugués. Umwelt, environment, environnement son expresiones equivalentes en otras lenguas.

Por otra parte, si el Título XVI comprende según su rúbrica los delitos relativos a "la protección del territorio y el urbanismo [Capítulo I], la protección del patrimonio histórico [II] y el medio ambiente", parece que éstos estarán comprendidos en los Capítulos III y IV. Así es. Sin embargo, la rúbrica del Capítulo III dice "delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". Esto es, se mencionan los recursos naturales, no mencionados en el título y se menciona el medio ambiente que, sin embargo, no se menciona en el Capítulo IV. ¿Son la flora y la fauna recursos naturales? ¿Son medio ambiente? ¿Son los recursos naturales medio ambiente? Pocas indicaciones da el legislador. A ello se hará referencia más adelante al tratar el bien jurídico de estas infracciones.

2. Evolución legislativa y referentes internacionales.

Atendiendo el mandato del art. 45.3 de la Constitución en 1983 se incluye en el Código Penal de 1973 a través de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, un confuso, ambiguo, insuficiente y defectuoso técnicamente art. 347 bis, vinculado a la tutela de la salud pública y sin entender lo que significa realmente la protección penal del ambiente.

El Código de 1995 aborda seriamente una tutela moderna del ambiente, basada en su consideración como bien jurídico autónomo y crea el nuevo Título XVI incluyendo en su Capítulo III los delitos más estrictamente ambientales.

Desde entonces, es evidente la influencia que ha tenido -y sigue teniendo- la normativa ambiental de la hoy Unión Europea en estos delitos, lo que se puso de relieve ya desde el momento de entrada en vigor del Código Penal de 1995 y su acomodación, por ejemplo, a las propuestas de las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE: lo que se ha denominado europeización del Derecho penal ambiental estatal.

Sobre todo, pero no sólo, a través de su irrupción con la utilización de la técnica de la accesoriedad relativa en la construcción de los preceptos penales. La remisión a las disposiciones de carácter general protectoras del ambiente para definir el contenido de los distintos delitos permite abarcar casi toda la regulación ambiental europea. Así, los Anexos A y B de la Directiva 2008/99/CE detallan la Lista de la legislación comunitaria adoptada en virtud de los Tratados CE y Euratom cuya infracción constituye conducta ilícita de conformidad con su artículo 2, letra a), incisos i) y ii) y a la que también se remite, como norma de complemento, el legislador español.

Es esta Directiva, por otra parte, la que marca la pauta a seguir en cuanto a lo que es estrictamente labor armonizadora -no meramente integradora- (juntamente con la Directiva 2009/123/CE sobre contaminación de buques). Y así, es ella la que motiva la reforma de los arts. 327 y 328 en 2010 y de los arts. 325, 326, 326 bis y 328 en 2015.

En 2010 se introduce en el antiguo art. 325 la expresión "incluido el alta mar", se elevan las penas, se introduce la responsabilidad de las personas jurídicas y se amplía significativamente el delito del entonces art. 328 vinculado a depósitos y vertederos de desechos y residuos.

La reforma de 2015 acomoda la redacción del artículo 325.1 a las exigencias de la Directiva, contemplando no sólo supuestos de posible grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales (que da lugar ahora al tipo agravado del nuevo artículo 325.2 párrafo primero, al que se suma en el párrafo segundo la previsión de que el riesgo lo sea para la salud de las personas), sino asimismo, lo que antes no se contemplaba, de daño sustancial (o posibilidad de él) al aire, el suelo o las aguas, y ahora también a animales o plantas. En segundo lugar, se reformula totalmente el complejo artículo 328 que da lugar a dos nuevos artículos 326 y 326 bis. Se amplía el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y se modifican las penas previstas.

3. Bien jurídico protegido y objeto material de los delitos.

Es frecuente que se afirme por doctrina y jurisprudencia que en estos delitos trata de garantizarse el "mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la flora y la fauna y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones esenciales".

Ausente ya todo debate sobre la posibilidad, necesidad o merecimiento de tutela penal de bienes colectivos, difusos o difundidos y exigida la intervención penal en esta materia por la Constitución, la discusión sobre el concreto objeto de tutela de estos delitos "ambientales" se centra, en primer lugar, en la defininción de **qué es el ambiente**.

El concepto más **amplio** u omnicomprensivo llega a identificarlo con el entorno en general, lo que rodea a las personas (incluso desde una perspectiva psíquica y cultural).

El concepto más **estricto** lo refiere únicamente, desde un entendimiento físico del mismo, a lo que se considera son los elementos naturales (excluido el fuego): agua, aire y tierra. Aunque no necesariamente a los elementos considerados en sí mismos, sino más bien a su interrelación para conformar un sistema global que facilite su desarrollo.

Un concepto **intermedio** parte del anterior, pero integra también en el concepto lo que suelen considerarse recursos naturales (aunque los anteriores también lo sean), que hay quien entiende también son elementos natura-

les: la flora y la fauna (en otros términos, plantas y animales) que constituyen lo que se considera la naturaleza.

El ambiente al que se refiere el **Capítulo III** lo es en su **sentido más físico** (no psíquico, al que se refieren los Capítulos I y II) **y un alcance intermedio** (esto es, vinculado a los elementos naturales agua, aire y tierra, pero también a fauna y flora). Es en los elementos ambientales en su sentido estricto en los que han de recaer las conductas típicamente descritas en el art. 325, en cualquiera de sus apartados (emisiones, vertidos, etc.) y a ellos hay que referir en principio el objeto de tutela. Pero los arts. 326, 326 bis y 330 tienen su propio objeto material. Y ello debe atenderse a la hora de proponer un concepto unitario de bien jurídico para todos los delitos del capítulo. Así, el art. 330 alude a espacios naturales protegidos, esto es, a la naturaleza en sí (una parte de ella) y en los arts. 326 y 326 bis las conductas delictivas atañen a residuos e instalaciones en que se desarrollan actividades peligrosas o vinculadas a sustancias peligrosas.

Por otra parte, la actuación sobre estos objetos ¿qué implica o qué exige el Código ha de implicar para que sea constitutiva de delito? En el caso del art. 325 **daño** (efectivo o potencial, aquí da igual) de la calidad del aire, el suelo, las aguas, de animales o plantas (el **peligro** para los sistemas naturales en su conjunto o para la salud de las personas no puede tenerse en cuenta porque implica un desvalor adicional, que puede darse o no, y que, en su caso, se contempla a través de una mayor penalidad). Pero, en el caso de los arts. 326 y 326 bis esto no es así y se alude indistintamente a todo ello a la hora de configurar los tipos (aun con diferente penalidad). Y en el art. 300 se exige un daño a un elemento de un espacio natural protegido.

De otro lado, hay que tener en cuenta que el Código no establece una protección absoluta, sino **condicionada a la que se establece en sede administrativa**, como luego se explicará.

Finalmente, se discute si el ambiente ha de considerarse desde una **concepción antropocéntrica o ecocéntrica** (o moderadamente antropocéntrica o moderadamente ecocéntrica). Una discusión más de política criminal que de derecho sustantivo. Está claro que, si se mantiene una concepción personal del bien jurídico, todos los que se tutelan a lo largo del Código han de dotarse de este carácter. Pero también lo está que el legislador penal ha independizado la tutela del ambiente, le ha dotado de un título propio y ha renunciado a exigir cualquier tipo de daño o peligro para un bien jurídico personal (por ejemplo, la salud individual) o colectiva (la salud pública), aunque puedan darse. La rúbrica del Título XVI, en lo que ahora importa, alude simplemente

al medio ambiente y la del Capítulo III, confusamente, a los recursos naturales y el medio ambiente.

Conjugando todo ello ningún problema hay en afirmar que el Código en su Capítulo III (no así en los Capítulos I y II del Título) parece optar ya por un concepto moderadamente ecocéntrico de ambiente que conduce a la previsión de tutela del agua, el aire, la tierra, las plantas y los animales (la naturaleza física), como partes integrantes de ese ambiente, interrelacionadas, pero independientes, que no es absoluta, sino atenta a los límites que determina un desarrollo económico sostenible. Una **protección del ambiente físico, en definitiva, a través de la de sus recursos**. Desde esta idea, las referencias de la legislación a la tutela de la salud o la vida son extrañas y confunden. Téngase en cuenta que, por ejemplo, podrá considerarse delictiva del art. 326 o 326 bis una conducta que sólo cause lesiones graves, sin perjuicio alguno (o peligro de ello) para el ambiente. No tiene sentido. Estas conductas debieran quedar fuera del capítulo.

La admisión de la **contaminación acústica** como conducta relevante penalmente trastoca en cierta medida todo lo anterior porque de alguna manera, aunque no se pretenda con ello proteger la salud individual, sí en cierta medida está presente un concepto de ambiente que lo identifica con el entorno en sí, con el espacio en que se desarrolla el hábitat humano, lo que trasciende su concepto más genuinamente físico (y aproxima a la idea de bienestar).

La primera condena por contaminación acústica (ruidos) da lugar a la STS de 24 de febrero de 2003, caso Chapó, que enjuicia al propietario de una sala de fiestas ubicada en el bajo de un edificio de viviendas que superó los límites acústicos permitidos durante más de tres años perjudicando incluso la salud de varios vecinos.

4. Vinculación entre Derecho penal y Derecho administrativo.

La tutela del ambiente no puede ser absoluta. Es obviamente incompatible con una economía desarrollada. A lo que ha de aspirarse es a una economía sostenible (en este contexto, desde un punto de vista ambiental; en otros, también social). La contaminación se permite. Pero se permite hasta unos límites razonables. Y esto no lo determina el Derecho penal, sino el Derecho administrativo.

La tutela ambiental ha de vincularse también aquí (como en los delitos contra la ordenación del territorio) al Derecho administrativo para impedir

que se sancione lo que administrativamente se permite y garantizar así la idea de unidad del ordenamiento jurídico.

Lo hace igualmente a través de la **accesoriedad administrativa relativa y de derecho**, pero con una fórmula diferente. No se utiliza la expresión "no autorizable" (que, como se ha dicho, significa "en contradicción con la normativa administrativa"), sino la equivalente "**contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general**". A ella se hará referencia posteriormente.

Baste señalar aquí que estamos ante una técnica adecuada en esta materia, en constante evolución. Que es más garantista que la accesoriedad de acto vinculada únicamente a una actuación funcionarial que puede ser incorrecta y evita los problemas que pueden generar, con otro modelo, las autorizaciones ilícitas, la tolerancia, etc.

Ahora bien, la fórmula utilizada, dentro de un modelo que en sí es correcto, plantea el problema de resolver aquellos casos en los que el comportamiento a enjuiciar es materialmente autorizable y, sin embargo, por no contar con la autorización pertinente, puede entenderse que contraviene la normativa administrativa. La lógica de lo que el modelo implica debe permitir poder entender que tales comportamientos quedan fuera del ámbito de proteccicón de la tutela penal y han de relegarse al ámbito del ilícito administrativo.

> En otro orden de cosas, es en este contexto donde hay que reubicar el debate sobre el modo en que la idea de crisis empresarial o necesidad económica puede cuestionar la aplicación de los delitos ambientales y justificar el comportamiento llevado a cabo. Los límites de la actuación empresarial contaminante los van a marcar la normativa administrativa, los planes de descontaminación gradual, las exigencias vinculadas a la obtención de certificaciones ISO o UNE. A partir de aquí apelar a un estado de necesidad (económica o laboral) para justificar la lesión ambiental ya no tiene sentido. La tutela ambiental no puede admitir obstáculos o quiebras en su desarrollo. Y ha de estar presente en los análisis de costes de viabilidad de las empresas. Hablamos de un interés cuya necesidad de tutela se reconoce incluso constitucionalmente. No es que esté vedada la aplicación del art. 20.5º. Es que será muy difícil, en la ponderación de males que hay que efectuar, considerar mal menor la contaminación ambiental. Salvo en supuestos escasamente relevantes (véase el tema 15 en relación a supuestos de crisis laboral).

5. Sujeto responsable de la infracción penal.

A. Todos los delitos del capítulo, excepto los del artículo 329, son **delitos comunes** y, por tanto, cualquier ***particular*** puede ser sujeto activo. Es cierto, no obstante, que en la mayoría de supuestos estaremos ante actuaciones llevadas a cabo en el seno de estructuras organizadas (personas jurídicas). Estamos ante una criminalidad, por lo general, de empresa, vinculada a motivaciones económicas. Habrá que estar atentos, por ello, tanto a la responsabilidad de la propia persona jurídica (conforme al artículo 328) como a la concreción individual de la responsabilidad en función de la teoría del dominio del hecho, de los criterios de atribución de la misma en supuestos de omisión teniendo en cuenta la distribución y delegación de competencias dentro de la empresa o de las posibilidades de autoría o coautoría sucesiva (véanse los temas 3 y 4 de este libro y, en esta materia, la STS de 16 de diciembre de 2009).

En el caso del tema la responsabilidad se hace recaer en el director de la central térmica, único responsable de su funcionamiento (no existe todavía en la época responsabilidad penal de las personas jurídicas).

B. En cuanto a las conductas de prevaricación ambiental (art. 329.1 y 2) no cabe duda de que estamos ante un **delito especial propio** que sólo puede ser cometido, como autor, por ***autoridad o funcionario público***, en los términos en que concreta esta condición el artículo 24.

Quien no reúna la misma -por ejemplo, facultativos no funcionarios que no puede entenderse participan en el desarrollo de funciones públicas, pero intervienen de algún modo en el proceso que favorece la actividad contaminante- podrán responder en su caso únicamente a título de partícipe. Por supuesto, si se interviene a través de una empresa que es, a modo de entidad colaboradora externa la que participa en el desarrollo de la tramitación administrativa pertinente, la posibilidad de autoría está vedada, ya que lo contrario obligaría a considerar que es aquélla la que reúne la condición de funcionario a efectos penales, algo a todas luces inviable.

6. Conductas incriminadas.

A. El ***tipo básico*** *(art. 325.1)* -y no atenuado como erróneamente se afirma en ocasiones (en cuanto no reúne todas las exigencias del que a veces se considera tipo básico 325.2)- del denominado delito de contaminación es

heredero del originario de 1995 art. 325. Son varias las modificaciones que ha sufrido, en 2003, 2010 y finalmente 2015 y está en consonancia con las conductas del artículo 3 a) que obliga a tipificar la Directiva europea de 2008. Son tres los elementos que lo caracterizan.

a. En primer lugar requiere el precepto una conducta de **contaminación**.

El legislador, en relación prolija, redundante y repetitiva requiere que el sujeto activo o bien **provoque o bien realice** directa o indirectamente (así se expresaba ya el antiguo art. 347 bis) las conductas que refiere a continuación. Se trata de sancionar todo tipo de comportamiento, **activo u omisivo**, que contribuya, desde el dominio funcional del hecho, a la lesión ambiental. El riesgo es el de tipificar como conductas de autoría comportamientos que en realidad lo sean sólo de participación (dependiendo de cómo interprete la jurisprudencia las expresiones provocar o indirectamente, que en realidad tienen que ver más, sin embargo, con la cuestión de sancionar como autores a quienes omiten comportamientos debidos). En todo caso se trata enjuiciar comportamientos **que causen un resultado** material, físico, natural de contaminación.

Así, dichas **conductas** refieren la producción de "emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos", así como "captaciones de aguas", resultados materiales derivados de la acción de emitir, verter, etc. del sujeto activo. Téngase en cuenta que todos los conceptos que utiliza el legislador implican **acción y efecto** y obligan a una primera prueba, pericial, de causalidad física. Así, la emisión se define como la acción y efecto de emitir y lo mismo ocurre con el resto de conceptos.

Difícil imaginar alguna actuación merecedora de atención que no encaje en alguno de los anteriores términos. Quizás sí haya similitud de conceptos, pero desde la idea de máximo respeto al principio de legalidad no deben hacerse excesivas objeciones a la casuística legal. Estamos ya, por otra parte, ante términos bastante definidos judicialmente, que permiten dar cabida a contaminaciones tradicionales pero también a contaminaciones acústicas, a contaminaciones en aguas (vertidos), suelos (aterramientos) o aire (emisiones). Y de sustancias muy diversas: excrementos, residuos, grasas, aceites, escorias, aguas residuales, polvo con partículas contaminantes, áridos, etc.

En nuestro caso lo que tenemos son emisiones de anhídrido sulfuroso o dióxido de azufre y partículas sólidas en el aire, con afección a grandes masas boscosas.

En **la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas** terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar (así, en el caso del vertido en el golfo de México por parte de la empresa British Petroleum), con incidencia incluso en los espacios transfronterizos. La normativa europea ha ayudado aquí a precisar este elemento para que no queden dudas en relación con actuaciones de buques contaminantes y con el problema de la extraterritorialidad de los daños, muchas veces muy alejados temporal y espacialmente del momento y lugar de la conducta sancionable (recuérdese el caso de la "lluvia ácida", por ejemplo).

En la práctica judicial el problema de comprobación de la presencia de este primer elemento del delito remite a las pericias que han de efectuarse para constatar efectivamente que los ruidos, las vibraciones, los vertidos surgen de la actividad que lleva a cabo el sujeto a quien pretende atribuirse responsabilidad penal. En ocasiones se ha dicho que estamos ante cursos causales difícilmente verificables. Pero se exige dicha verificación. Habrá que concretar si los vertidos detectados en un río provienen de la empresa porcina existente dos kilómetros río arriba o de la borda de ganado vacuno que hay otro kilómetro más allá. Téngase en cuenta que no importa tanto lo que es en sí la emisión o, si se prefiere, la acción de emitir, como la inmisión, esto es, el resultado, el mantenimiento de la emisión idónea para generar el elemento de peligro o daño que constituye tercer elemento del delito. Así, podrá ocurrir, por ejemplo, que la emisión que se produce por el mal funcionamiento de una chimenea no se consolide por la acción dispersora del viento. Aquí no cabrá afirmar que concurre este primer elemento.

Estamos ante un **delito permanente** que se prolonga en tanto persista el daño o dure la situación de peligro para los recursos naturales, con lo que ello implica de cara a computar su prescripción.

b. Las conductas de contaminación sólo son típicas si se producen con **contravención de normativa administrativa** o como dice el Código "contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente".

La ausencia de contravención determina la ausencia de ilicitud y por tanto la imposibilidad de reproche penal. Estamos ante la clásica ley penal en blanco en sentido estricto derivada de una técnica de accesoriedad administrativa relativa en la construcción del tipo.

En el caso del tema este elemento se debe entender cumplido si se aceptan las emisiones de partículas sólidas por encima de 500 mg./Nm^3 (no lo hace la Audiencia, sí el Tribunal Supremo) o de dióxido de azufre por encima de 12.300 mg./Nm^3 (de entenderse que ésta es la cantidad a tener en cuenta y no los 9.000 mg./Nm^3, lo que

dependerá de la validez que se dé a las resoluciones de la Dirección general de industria que elevan el límite de emisión permitido), lo que no ocurrió.

La remisión lo es a disposiciones supraestatales, estatales, autonómicas o municipales, de rango legal o de rango inferior (véase la STS de 13 de febrero de 2008). Remisión no estática, sino abierta a cuantas modificaciones puedan producirse en la normativa administrativa.

La expresión "de carácter general" simplemente impide tener en cuenta actos decisorios administrativos que afectan a situaciones individuales concretas. La expresión "protectoras del medio ambiente" no exige que la norma sea exclusivamente ambiental, sino que, aún en una regulación no específicamente sectorial, tenga algún contenido ambiental, en cualquiera de sus aspectos.

Ninguna duda puede existir ya sobre la legitimidad de la técnica empleada desde las críticas que se anudan al menoscabo del principio de legalidad. Ello ya se resolvió por la STC 127/1990, de 5 de julio, dictada precisamente en materia ambiental, aludiendo a la tesis del complemento indispensable y exigiéndose únicamente que el núcleo de la prohibición se encuentre contenido en el precepto penal. Ni desde las que lo hacen apelando al principio de igualdad, dada la diferente necesidad locacional de tutela en unos lugares y en otros del territorio (STC 120/1998). También está resuelto ya el complejo tratamiento de la normativa europea no transpuesta o incorrectamente transpuesta (a ello ya se ha hecho referencia en los temas 1 y 2) desde la aceptación de la eficacia directa vertical o interpretativa de la normativa de los Órganos de la Unión.

c. Y, por último, como *plus* que diferenciará el injusto penal del ilícito administrativo, se requiere un **peligro o daño a los recursos naturales** en los términos descritos en el precepto: que la actuación descrita "cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas". Por sí o conjuntamente con otras (del autor o de otros, atendiendo, por supuesto los criterios pertinentes de imputación subjetiva y objetiva que impiden atribución de responsabilidad por hechos ajenos), abordando con ello, cuestionablemente desde la idea de culpabilidad, el problema de causalidades acumulativas en que hay que atender las distintas actividades contaminantes que puedan afectar a un mismo recurso natural y en sí no tengan el desvalor de resultado suficiente para poderlas subsumir por sí mismas en el precepto.

Por fin se entiende que la lesión ambiental existe con independencia de que se puedan perjudicar o no los sistemas naturales gravemente. La modificación de 2015 que da lugar a la redacción del actual art. 325.1 incorpora

el dictado de la Directiva europea de 2008 y explica que el delito ambiental exige que ese resultado contaminante, esa "contaminación" **dañe** (o pueda hacerlo) **sustancialmente** al ambiente, teniendo en cuenta que el daño ambiental ya se produce con la emisión, el vertido, etc. en sí mismos considerados. Otra cosa es que esto no sea suficiente y se requiera la importancia que exige el término "sustancialmente". Aquí habrá de establecerse lo que se entiende es una segunda prueba de causalidad, prueba de causalidad normativa y valorativa, necesitada de pericia, en primer lugar para comprobar que el daño sustancial (o su posibilidad) deviene de un acto de contaminación concreto y no de otro, pero sobre todo para establecer dicha posibilidad y la sustancialidad del daño (sustancialidad a valorar por su magnitud, duración, extensión, etc., como ha explicado tradicionalmente el Tribunal Supremo con la regulación previa a 2010: así, STS de de 13 de febrero de 2008).

> En el caso es relevante concretar si la contaminación de grandes masas boscosas se produce debido a la superación de los 500 mg./Nm^3 (en partículas sólidas), lo que confirmaría el delito o, por la superación de los 9.000 mg./Nm^3 (en dióxido de azufre), pero no de 12.000 mg./Nm^3, en cuyo caso no se confirmaría el delito, salvo que se admitiera que la cantidad a tener en cuenta es ésa de 9.000 por carecer de validez o no entenderse de aplicación retroactiva (en base a los criterios que antes se explicaban) las resoluciones de la Dirección de Industria.

La referencia al "**pueda**" no es sino la plasmación de una idea de peligrosidad que remite a la potencialidad de la conducta para producir el daño sustancial en cuestión. Al margen de econsertamientos teóricos, no puede decirse, sin embargo, que estemos en sí ante un delito de peligro hipotético, sino en todo caso ante un delito que, partiendo de la existencia de un hecho de contaminación, exige, cumulativamente, como causa de restricción de penalidad, un tercer elemento que acredite la gravedad de la conducta a sancionar referido a la causación de un resultado lesivo importante o a la posibilidad de su causación. Evidentemente lo que el legislador no exige es la comprobación en concreto de que se pueda causar el daño referido (peligro concreto). Basta la idoneidad de la conducta para ello (distinción entre la idea peligro concreto y la de peligro hipotético, idóneo o potencial en el entendimiento de estos delitos, en la que el Tribunal Supremo ha optado ya reiteradamente por esta última: por todas SsTS de 11 de febrero de 2013 o de 16 de junio de 2014).

¿Qué sentido tiene la inclusión del término "cause" si ya el "pueda causar" es suficiente? Realmente ninguno, salvo el de resolver anticipadamente cues-

tiones concursales y evitar plantearse qué hacer con los daños causados si el precepto exigiera únicamente "peligro", pero, sobre todo, estamos ante un seguidismo estricto de la normativa europea. Que, por otra parte, permite equiparar en pena comportamientos de distinto de desvalor (como ocurre en todos los supuestos de consumación anticipada y en muchos delitos de peligro).

B. Lo que antes de 2015 era exigencia típica del art. 325 se ha convertido ahora en ***tipo agravado de peligro para los sistemas naturales*** *(art. 325.2 pfo. 1)*, al señalarse que se impondrá una pena superior (que en realidad era la que preveía ya el antiguo art. 325, que se ha rebajado en el art. 325.1), cuando las conductas de éste "**pudieran perjudicar gravemente** el equilibrio de los sistemas naturales".

El daño o el posible daño sustancial ya lo tenemos. Pero la aplicación de este tipo exige algo más.

De entrada ninguna duda hay de que el legislador se refiere a las conductas ahora descritas en el art. 325.1 en su conjunto, esto es, acción y resultado. No puede entenderse que el precepto requiere únicamente la emisión pero no la causación de un daño sustancial (o su posibilidad) del recurso natural correspondiente. No. A todos los elementos del art. 325.1 se añade, simplemente uno más. No puede entenderse, en este sentido, que el art. 325.2 sea equivalente al viejo art. 325 y siga siendo el tipo básico, pues el art. 325.1 no contiene todos sus elementos para poderse considerar tipo privilegiado.

Pudieran en vez del "puedan" del art. 325.1. Gravemente en vez del "sustancial[mente]" del art. 325.1. Diferencias terminológicas de, en todo caso, conceptos jurídicos indeterminados a concretar judicialmente (siempre en base a las pericias prácticas), que no parece implican diferencias de contenido. Seguimos estando ante la idea de aptitud, idoneidad o peligrosidad hipotética de la conducta para perjudicar. La magnitud de la posible lesión, su duración, extensión e intensidad son los criterios a tener en cuenta.

Pero, para perjudicar el "**equilibrio de los sistemas naturales**". ¿De qué habla el legislador? De desequilibrar, de alterar menoscabándolo el equilibrio existente. Lógicamente no del agua, no de la tierra, no del aire. Habla de todos y cada uno de estos recursos (y de plantas y animales) pero relacionados entre sí. Habla de un sistema natural, no artifical, en el que los distintos elementos se organizan, interaccionan, se recuperan y permiten la posibilidad de vida en el planeta. O, mejor dicho, de todos y cada uno de los distintos sistemas naturales (que lo es un acuífero, pero también un árbol en sí mismo considerado, que lo es una charca y también un bosque en su con-

junto). Una posibilidad de perjuicio que va más allá del daño sustancial a cada uno de los recursos naturales a que se refiere el art. 325.1. Será difícil la distinción, pero necesaria si se pretende lograr una interpretación coherente de la relación entre ambos preceptos. Antes de la reforma de 2015, la jurisprudencia aludía para aplicar el art. 325 a la grave alteración de las condiciones de existencia y desarrollo de la vida animal y los espacios naturales desde la idea del peligro hipotético (STS de 13 de febrero de 2008).

C. Y todavía contempla el legislador un ***tipo agravado de peligro para la salud de las personas*** *(art. 325.2 pfo. 2)*. De nuevo se recurre a la idea de "**grave**" perjuicio para la salud, que, por supuesto, lo es la muerte y lo son las lesiones del art. 149 y del art. 150. ¿Y las del art. 147.1 (no las del apartado 2)? Seguramente no siempre. Pero, para la salud de "las personas". ¿Y si sólo se pone en riesgo a una? Desde la idea de legalidad, no parece que deba ser posible la aplicación de la agravación. Por supuesto la concreción del perjuicio remite al concurso de delitos con los que corresponda aplicar en función del resultado lesivo.

Por otra parte, aquí se utiliza la expresión, distinta a la que había antes de 2015 y distinta a la de los arts. 325.1 y 325.2 pfo. 1, "si se hubiera creado un riesgo". No se trata de que se pueda dañar, de que se pueda perjudicar sino de que "se haya creado" el riesgo de perjuicio. En mi opinión ello remite al peligro concreto, sea o no ésta la intención del legislador. Téngase en cuenta que la pena puede llegar hasta los siete años y medio de prisión, esto es, cinco años (desde los dos del art. 325.1) por el riesgo para la salud de las personas. Que antes de la reforma de 2015 fuera más acertada, por diferentes motivos, la opción por la idea del peligro hipotético, no quiere decir que ésta haya de mantenerse ahora. El legislador podía haber mantenido la redacción anterior ("Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud") y no lo ha hecho.

Por supuesto, la aplicación del art. 325.2 pfo. 2 no exige en modo alguno peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, sino únicamente el de daño sustancial (o el daño en sí) al aire, el suelo, el agua, los animales o las plantas. El art. 325. 2 pfo. 2 es un tipo agravado del art. 325.1, no del art. 325.2 pfo. 1.

D. En cuanto a las ***conductas vinculadas al tratamiento de residuos***, en 2015 surge una nueva regulación, simplificada, de lo que había sido una mala traslación en 2010 de la legislación europea.

El actual art. 326.1 acoge las conductas del viejo art. 328.3. El art. 326.2 incorpora las conductas del antiguo art. 328.4. Y al art. 326 bis se trasladan las conductas del

que era el art. 328.2. Desaparece el controvertido art. 328.1, heredero del originario delito de establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos (que no exigía que se realizaran éstos) surgido en 1995 (art. 328), muy criticado pues las conductas que pretendía abarcar o ya se podían sancionar conforme al resto de apartados del artículo o bien conforme incluso al delito ambiental del art. 325 o bien no reunían el desvalor suficiente para merecer reproche penal (así, en el mero acondicionamiento de un terreno -por ejemplo, a modo de chatarrería- para acumular desechos de empresas metalúrgicas). En relación a la distinción con las conductas del actual 325, en sus diferentes apartados, la STS de 15 de abril de 2013 insiste en la idea de la mayor gravedad de éstas (siempre que sea posible la subsunción típica en ambas modalidades de delito ambiental: así, en el caso de depósitos contaminantes que conlleven filtraciones, etc.).

a. El nuevo delito de **gestión ilícita de residuos con peligro o daño para el ambiente (art. 326.1)** surge directamente de la transposición prácticamente literal al Código Penal de la conducta descrita en la letra b) de la Directiva 2008/99/CE.

En él se sanciona a quienes 1º "contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general" (supraestatal, estatal, autonómico o local, que si bien no se especifica cuál haya de ser su contenido, lógicamente han de referirse a este ámbito ambiental); 2º "**recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen**" (conceptos todos perfectamente definidos administrativamente), esto es, cualquier tipo de conducta que permite incluir todo excepto la tenencia o almacenamiento, que habría que reconducir art. 326 bis; 3º "**residuos**" cualesquiera (sólidos, líquidos o gaseosos, industriales, ganaderos, agrícolas, domésticos, etc., tal y como se recoge en la normativa administrativa), en los términos que los define la Ley 22/2011 de 28 de julio, modificada en 2013 y normativa vinculada a ella, sobre todo, autonómica; 4º siempre que, de modo similar a como se dice en el art. 325, conjugando todos sus diferentes apartados, "**causen o puedan causar daños sustanciales** a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, **muerte o lesiones** graves a personas, **o puedan perjudicar gravemente el equilibrio** de los sistemas naturales" (términos a interpretar como antes se ha señalado).

Téngase en cuenta que aunque aquí no se distingue entre tipo básico y tipos agravados, como sí hace el art. 325 en sus números 1, 2 pfo. 1º y 2 pfo. 2º, en función del resultado, y aun cuando las tres posibilidades que se plantean son alternativas, al remitirse el art. 326.1 a "las penas" del artículo anterior,

el 325, lo está haciendo a las diferentes penas que se prevén en él en función de los tres posibles resultados (de lesión o peligro) causados; y obsérvese que aquí se incluye también la muerte y las lesiones graves y no sólo la posibilidad de su causación, lo que no implica que no haya que acudir a la vía concursal de producirse las mismas (estamos ante una deficiente redacción).

El Código también prevé la sanción de la "**omisión** del control o vigilancia adecuados de tales actividades", por parte de quien esté obligado a ello (por ejemplo, gestores de residuos), conducta a interpretar del modo habitual en relación con la responsabilidad de las personas físicas en la delincuencia de empresa (véase el tema 3).

b. El delito de **traslado ilícito de residuos no peligrosos (art. 326.2)** es también traslación de la conducta descrita en el artículo 3 c) de la Directiva 2008/99/CE. El traslado, acción de trasladar que no requiere resultado alguno, en los términos definidos en la normativa europea, que es a la que se remite el precepto, lo ha de ser de una "**cantidad no desdeñable**" de residuos, concepto indeterminado a concretar judicialmente. Y aquí el legislador recoge de algún modo la idea de unidad de acción al señalar que dicha cantidad puede surgir tanto de un único traslado como de varios traslados vinculados entre sí. En caso de traslados autónomos habrá que acudir a la continuidad delictiva o incluso al concurso de delitos. En caso de varios traslados vinculados, que lo sean de cantidades no desdeñables individualmente consideradas, habrá que aplicar un único delito del art. 326.2, lo que parece que también será posible cuando las cantidades sean desdeñables individualmente consideradas. Ello siempre que estemos en uno de los supuestos a que se refiere la Unión Europea (Reglamento 1013/2006, Directiva 2012/19/UE, etc.).

Aquí, **sin exigencia de peligro o daño alguno**. Por ello la pena es ostensiblemente menor que en la del resto de supuestos (arts. 325, 326.1 y 326 bis), incluso con posibilidad de multa alternativa y no acumulativa a la prisión. Téngase en cuenta que este precepto es de subsidiaria aplicación respecto al art. 326.1. "Fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior", dice el Código.

Ante qué estamos entonces, ¿ante un delito de mero peligro abstracto? O, mejor aún, ¿ante un mero ilícito administrativo penalizado por mandato de la Unión Europea? No se adivinan argumentos que contradigan esto último. Claro que ha de entenderse que seguimos estando en el ámbito de tutela del ambiente y que el legislador piensa en la peligrosidad para él del traslado de residuos (en realidad piensa, sin más, en transponer la normativa de la Unión

que obliga a esta tipificación), pero al no exigirse ni toxicidad de los residuos ni potencialidad lesiva de la conductas es difícil ver el *plus* que permite afirmar la existencia de un injusto penal más allá del ilícito administrativo cometido.

E. El delito de ***explotación de instalaciones vinculadas a actividades peligrosas*** *(art. 326 bis)* es el sucesor del viejo art. 328.2 (y, en cierta medida, del a él vinculado art. 328.1).

> Antes se sancionaba el mero establecimiento de un depósito o vertedero de desechos o residuos sólidos o líquidos tóxicos o peligrosos. Pero, no se sabía muy bien qué se pretendía sancionar, ¿la mera desobediencia, el peligro para el ambiente? La mayoría de conductas ya eran subsumibles en el art. 325.1, que, recuérdese, contempla el "vertido" y el "depósito" contaminante. Las que no lo eran se limitan a la, por así decirlo, "creación" o "acondicionamiento" de un espacio en el que posteriormente se realizarán los vertidos. Pretender sancionar esto era excesivo y de difícil práctica probatoria.
>
> Tras quince años sin modificación, excepto en lo que se refería a la pena, en 2010 el legislador español incorpora al Código, como antes se indicaba, la Directiva 2008/99/CE prácticamente de forma textual y, manteniendo el no exigido por la Directiva art. 328.1, crea un nuevo art. 328.2 que surge de la transposición de su art. 3 d). Éste es el que se mantiene, modificado en su redacción, en el actual art. 326 bis.

Ya no se hace referencia a la "creación" de espacios, sino a la "**explotación**" (con lo que ello tiene de actividad) ilícita de instalaciones.

Es necesaria por tanto una "explotación de una instalación", lo que exige cierta **continuidad**. Si no, se habría limitado el legislador a exigir una actuación ilícita.

La misma ha de llevarse a cabo, en los mismos términos que las infracciones del art. 325, "contraviniendo las leyes y otras disposiciones de carácter general" (supraestatales, estatales, autonómicas, locales).

Instalación en la que se ha de realizar una **actividad peligrosa**, que por eso está sujeta a autorización administrativa. Obsérvese que se distingue lo que es la explotación de lo que es la actividad. ¿Qué ocurre entonces si quien realiza la actividad no es quien lleva a cabo, quien dirige en definitiva, la explotación de la instalación? Que la conducta no se podrá sancionar y habrá que reconducirla a otros preceptos del Código (como, por ejemplo, en el ámbito de los delitos de riesgo, el art. 348.1)

O bien **almacenar o utilizarse** sustancias o preparados peligrosos (RD 363/1995, de 10 de marzo, etc.). **Sustancias o preparados** que no se es-

pecifican qué han de ser, pero que admiten lo sólido, líquido o gaseoso (por ejemplo, metales, amoniacos o propano).

Se exige, y aquí se sigue manteniendo la cláusula del art. 326.1, que "causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales". Elementos todos ellos a interpretar del mismo modo que en el resto de delitos y que remiten, para concretar la pena, a las distintas previsiones del art. 325.1 y 2. Con la misma problemática que surge en la interpretación del art. 326.1.

F. El Código prevé también una serie de ***tipos agravados*** *(art. 327)*, que afectan a las conductas de los artículos 325, 326 y 326 bis. No así a las de los artículos 329 (prevaricaciones), 330 (daños en espacios protegidos) y 331 (actuaciones imprudentes). Se corrige en 2015 el error del legislador de limitarlas, antes, sólo a los supuestos de contaminación del artículo 325 y no a los vinculados a las actividades peligrosas de los artículos 326 y 326 bis (aunque, por un error de redacción en la correción del texto anterior, al final del primer párrafo se aluda al "artículo anterior").

En todos los casos la pena que se establece es la superior en grado a la del tipo básico correspondiente. Siempre por tanto, de prisión, multa (alternativa o acumulativa) e inhabilitación especial para profesión u oficio.

El Código recoge **seis circunstancias agravatorias alternativas**. Por qué éstas y no otras (por ejemplo, en relación a la ausencia de estudios de impacto ambiental) es difícil de explicar. Una decisión legal, sin más, que podría haber sido otra. Es indiferente la concurrencia de una, dos o más de las circunstancias para la determinación de la pena. Ahora bien, las no tenidas en cuenta para aplicar el tipo agravado podrán serlo, en su caso, a efectos concursales (de infracciones), tal como advierte la expresión del artículo "sin perjuicio de las [penas] que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código". Esta expresión obliga incluso a considerar la posibilidad concursal en detrimento de la aplicación del tipo agravado si, en contra de la voluntad del legislador, esto implica privilegiar al responsable penal (puede ocurrir en los casos de las letras b, c y d).

La primera circunstancia (letra a) exige un **funcionamiento clandestino** de la industria o actividad, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

La disyuntiva entre industria y actividad hoy no tiene sentido. El texto del viejo art. 347 bis (del Código de 1973) aludía únicamente a la "industria". Se explicó por los autores la laguna que ello suponía, porque había muchas actividades contaminantes que no procedían de actividades industriales (sino ganaderas, agrícolas, etc.) y en 1995 se introdujo el concepto actividad. Ahora bien, si no toda actividad implica una industria sí ocurre al revés, con lo que la opción correcta habría sido la de mantener únicamente el concepto "actividad".

Por otra parte, sobre qué significa "clandestinidad" la controversia judicial ha sido importante. Desde luego no basta la mera contravención administrativa (por ejemplo, funcionamientos irregulares con emisiones por encima de lo permitido,) que da lugar a la aplicación del correspondiente tipo básico. El Código exige que se haya dificultado la posibilidad de control administrativo de la actividad potencialmente lesiva del ambiente. Esto es, que se actúe ocultando la actividad realizada a la Administración, lo que, sin fortuna, trata de reflejar con la expresión "sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación". Sin fortuna porque, por ejemplo, en supuestos en que se ha solicitado la autorización, ésta tarda en concederse y no puede entenderse que estamos todavía ante un silencio positivo de la Administración, no tiene sentido apreciar tal agravación. Pero en los tribunales sí se está aplicando, aunque no se pueda hablar de una línea jurisprudencial definida. Y, sin embargo, lo clandestino exige algo más, exige la ocultación a la Administración de una actividad respecto de la que ésta no puede ejercer, por tanto, el control correspondiente (véase la STS de 30 de diciembre de 2008). Ya de modo absoluto (ocultando totalmente la actividad), ya relativo (ocultado aspectos de su contenido).

La segunda circunstancia (letra b) requiere la **desobediencia** a órdenes expresas de la Administración de corregir o suspender las actividades del "artículo anterior". Estamos ante un error del Código. Se ha trasladado al texto actual la redacción del viejo artículo 326, anterior a 2015, que refería las circunstancias agravatorias sólo al previo artículo 325. El texto en la actualidad debería decir actividades "de los artículos anteriores". Tal como está redactado, principio de legalidad, con la redacción actual no se puede aplicar ni a los supuestos del art. 325 ni a los del art. 326, sino sólo a los del art. 326 bis, lo que no tiene sentido y va a obligar a acudir a un concurso de delitos. Obsérvese, por otra parte que el Código exige órdenes expresas, en aras a garantizar la comprobación de una voluntad manifiesta de incumplimiento (en el sentido de la remonstración administrativa, que muestra la existencia de un incumplimiento claro de desobedecer).

La tercera circunstancia (letra c) exige que se **falsee u oculte** información sobre aspectos ambientales de la actividad. Agravación no del todo innecesaria, como se ha dicho en ocasiones, porque no todos los supuestos encajarían en un delito de falsedad.

La cuarta circunstancia (letra d) exige que se **obstaculice** la actividad inspectora de la Administración. De cualquier manera, impidiendo que se pueda realizar la labor de control que debe poner término a la actividad irregular.

La quinta circunstancia (letra e) alude a la producción de un **riesgo de deterioro irreversible o catastrófico**. No a la posibilidad de producción, no a la idoneidad de la conducta para que se produzca. La agravación, por otra parte, tiene que hacer referencia a algo que no esté ya comprendido en los tipos básicos (por ejemplo, grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales). Sentado esto, los conceptos de irreversibilidad y de catástrofe suelen asociarse, respectivamente, a las ideas de imposibilidad o muy alta dificultad de recuperación espontánea (esto es, sin intervención humana) y de estrago o daño de considerables dimensiones en extensión e intensidad (número de elementos destruidos, duración de los efectos, etc.). Así, la STS de 19 de enero de 2002. Pero, exigiéndose sólo el "riesgo" de ello.

Finalmente, la sexta circunstancia (letra f) -**extracción ilegal de agua** en período de restricciones-, cuya aplicación sólo tiene sentido en relación a la actividad del artículo 325.1 de "captaciones de aguas", es la que menos explicación tiene; la que puede encontrarse ha de asociarse a la época en que se tramitó el Código de 1995, de grave sequía. Lo que no puede olvidarse, a pesar de que el texto invite a ello, es que estamos ante un tipo agravado y que la mera ilegalidad no basta si la captación no ha implicado, al menos, el daño aunque sea potencial para la calidad de los elementos o recursos naturales que requiere el art. 325.1.

G. El delito de ***daños en espacios protegidos*** *(art. 330)*, de resultado y de lesión, tutela la protección de los espacios naturales frente a cualesquiera conductas gravemente dañosas de alguno de los elementos que hayan servido para calificarlos como tales. Y que, implícitamente, afecten a dicha calificación.

Será "espacio natural protegido" aquél que se haya calificado como tal en la legislación administrativa vigente, ya de carácter estatal (Ley 42/2007), ya de carácter autonómico (humedales, reservas de biosfera, zonas de protección especial, parques naturales, etc.).

El precepto requiere un daño (no peligro) y, además, grave, concepto indeterminado que se concretará judicialmente en base a la prueba pericial correspondiente (la STS de 17 de noviembre de 2005 insiste en las ideas de extensión de la zona afectada e intensidad de la afeccción).

El mismo ha de recaer sobre cualquiera de los elementos que hayan servido para que el espacio natural se considere merecedor de protección. Y lo mismo puede serlo, por ejemplo, un único ejemplar de pinsapo que un conjunto de especies faunísticas.

Hay que tener en cuenta que en el art. 338 se prevé como Disposición común al Título una agravación cuando se afecte un espacio natural protegido. Lógicamente la misma no puede aplicarse al delito del art. 330 (*non bis in idem*) pero sí a cualquiera de las conductas del resto del Capítulo III. Cuando concurran los elementos que permitan la aplicación de los arts. 325.1 o 2 o 326 o 327, la opción por aplicar éstos con la agravación del art. 338 o, por el contrario, el art. 330, dependerá de la penalidad resultante (concurso de normas).

H. En relación con la ***imprudencia grave*** *(art. 331)*, la previsión, coherente con el sistema de numerus clausus seguido por el nuevo Código Penal en cuanto a su incriminación, que exige expresa disposición legal (art. 12), es acertada. Y permite reconducir a ella supuestos de error de tipo vencible que, sin embargo, quedan impunes en los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Aquí habrá que incluir aquellos casos en que se tenga conocimiento de la prohibición existente pero se desconozca en el caso concreto que se está produciendo la contravención administrativa que requiere el tipo. Por supuesto, en caso de vencibilidad del error. Si lo que se desconoce es la existencia de la norma que prohíbe realizar la conducta en cuestión, el error será de prohibición. Diga lo que diga una jurisprudencia confusa en este punto. Lo mismo habría que decir en relación con la existencia de autorizaciones ilícitas. No es lo mismo contar con ella y creer que así no se vulnera la normativa administrativa ambiental que creer que no se está realizando un comportamiento típico porque se cree que la autorización es lícita.

Por supuesto, no todas las infracciones del Capítulo, a pesar del tenor legal del precepto, permitirán su comisión imprudente. De entrada ello no será posible en los supuestos de prevaricación, que exigen un actuar "a sabiendas", pero tampoco, por ejemplo (véase la STS de 24 de mayo de 2003), en varios de los supuestos del art. 327.

Así, aquí hay que diferenciar supuestos de imprudencia en la comisión de los delitos de los arts. 325, 326 y 326 bis, pero con conocimiento doloso de la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 327, en cuyo caso parece lógico aplicar sobre la pena base de aquéllos primero la agravación y luego la atenuación que exigen, respectivamente, los arts. 327 y 331. En cambio si la conducta de los arts. 325, 326 y 326 bis es dolosa y la imprudencia versa sobre la cualificación del art. 327 lo lógico es entender simplemente que no podrá aplicarse el tipo agravado.

La jurisprudencia es en todo caso reacia a admitir la imprudencia en casos de actuaciones profesionales, decantándose por el dolo eventual (así, ya desde la STS de 13 de marzo de 2000).

I. Cuanto se ha señalado en relación con la prevaricación urbanística habría que reproducirlo aquí para la explicar la denominada ***prevaricación ambiental*** *(art. 329)*.

Sí hay que llamar la atención sobre la inferior penalidad en relación con la que se prevé en el art. 320, tanto en relación con la pena de prisión como con la de multa, distinción que es difícil de entender.

En caso de posible concurrencia entre los arts. 325 y 329 la opción a favor de este último parece más acertada (concurso de normas), con similares argumentos a los expuestos en la explicación de la relación entre los arts. 319 y 320.

Es interesante, y en mi opinión discutible, el ATS de 20 de febrero de 2014 que condena a un alcalde por prevaricación omisiva imprudente, acudiendo al art. 331 y entendiendo que la dejación de deberes y su actitud de tolerancia suponían una grave imprudencia que rayaba la comisión por omisión dolosa del art. 329.

7. Consecuencias jurídicas.

A. En cuanto a las ***penas*** que se prevén para las distintas infracciones, en todos los casos se acude a las penas de prisión, multa e inhabilitación para profesión u oficio en caso de particulares y para empleo o cargo público en caso de funcionarios (excepto en el delito del art. 330 en que no aparece como pena principal la inhabilitación). De diferente entidad en cada supuesto y con carácter alternativo la prisión y la multa en el caso del art. 326.2.

Llama la atención la equiparación de penas entre supuestos de daño sustancial (cause) y peligro del mismo (pueda causar), en los arts. 325, 326.1 y 326 bis.

B. No se prevén en cambio ***otras consecuencias***, como sí ocurre en los delitos contra la ordenación del territorio. A salvo de la previsión del art. 339, disposición común a todas las infracciones del Título XVI, pero, en realidad, pensada sobre todo para algunos de los delitos (no todos) de su Capítulo III.

8. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 328, aplicable a todos los supuestos de los artículos 325 a 331 (sin excluir, como antes de 2015, los de los artículos 330 y 331), prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado, si resulta mayor, o bien de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado, si resulta mayor, según que el delito cometido por la persona física tenga pena de prisión superior o no a dos años, además, de conformidad con el artículo 66 bis, de las penas del artículo 33.7 b) a g). El precepto unifica en 2015 la responsabilidad de los derogados artículos 327 y 328.6 que distinguían la misma en el delito ambiental y en el delito de establecimiento de depósitos o vertederos de residuos.

Llama la atención que la multa se ha rebajado considerablemente en 2015 tanto para los supuestos más graves, los que prevén penas de prisión para la persona física superiores a cinco años, como para los más leves, los que prevén para la persona física prisión inferior a dos años.

Y se ha aprovechado también la reforma para introducir la multa proporcional en el artículo 328, multa por la que no se optaba antes, quizás por la dificultad de cuantificar el daño, también quizás porque no necesariamente es la obtención de beneficio económico el elemento predominante de estos delitos (algo discutible), al contrario de lo que ocurre con las infracciones contra la ordenación del territorio y el urbanismo y porque, además, estaba abierta la discusión sobre si los delitos ambientales eran delitos estrictamente de peligro que no requerían lesión. Sin embargo, para la persona física se sigue utilizando sólo el sistema de cuotas.

Los mínimos y máximos, por otra parte, no se entienden. Así, se superponen las cuotas en los dos supuestos previstos y mantiene un mismo mínimo pero no máximo la multa proporcional. Son distinciones que ni se explican ni se comprenden.

Con fecha 19 de febrero de 2014 se dicta por la Sección Octava de las de Barcelona la primera sentencia, Rollo 101/2013, DP 3119/2012, de una Audiencia Provincial a este respecto (en conformidad); pero aplicando a la Sociedad Limitada condenada, incorrectamente, la atenuante del artículo 21.5ª (prevista sólo para particulares) e imponiendo, asimismo incorrectamente, una pena de multa de dos años (que debería haber sido inferior con la atenuación, no del articulo 21.5ª, pero sí, en su caso, del artículo 31 bis 4 c) con una cuota, también incorrecta, de seis euros (cuando debía ser al menos de treinta).

9. Concursos.

La problemática concursal plantea en estos delitos las mismas dos cuestiones que en los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo. Por supuesto, descartada toda posibilidad concursal entre infracciones del mismo capítulo o incluso del mismo título dada la identidad, con matices, del bien jurídico protegido: el ambiente (así, por ejemplo, en la relación con los delitos contra la ordenación del territorio, la STS de 29 de noviembre de 2006). Salvo, claro está, que se trate de conductas independientes, sucesivas o coetáneas, pero en distintos ámbitos.

En primer lugar, es posible el **concurso de delitos** y la **continuidad delictiva**, en su caso, de darse los requisitos del artículo 74, dependiendo de los lugares donde se lleva a cabo la obra. Aquí la práctica judicial viene señalando que es el momento que refleja el escrito de acusación el que permite abarcar la continuidad delictiva. Cualquier comportamiento similar, pero posterior, habrá de integrar un nuevo delito. No podrá entenderse consumido en el precedente, pues ello no tendría sentido desde un punto de vista preventivo. Otra cosa es que pluralidad de acciones contaminantes deban tratarse como un único delito ambiental (véase ya la STS de 12 de diciembre de 2000).

En cuanto a la **relación entre los arts. 325 y siguientes y 329**, la respuesta no puede ser aquí la misma que antes. En primer lugar, porque las penas de la prevaricación ambiental son claramente inferiores a la de la prevaricación urbanística. Y, en segundo lugar, porque las del delito ambiental son superiores, en muchos casos, a las del delito contra la ordenación el territorio. Si se descarta la posibilidad del concurso de delitos, y creo que así ha de ser, teniendo en cuenta la identidad del bien jurídico protegido, sólo cabe acudir al concurso de normas y a la solución que, en base a la regla 4ª del artículo 8, conduzca a la pena mayor: aplicación de un concurso entre el artículo 325 (o el que corresponda) y el artículo 404, cuando éste sea posible,

aplicación únicamente del art. 329 o, incluso, aplicación sólo del delito común que corresponda. Téngase en cuenta que el art. 329, como el art. 322, no son, en principio, sino la tipificación autónoma de conductas de participación en hechos ajenos.

10. Disposiciones comunes al Título XVI.

Como antes se ha señalado, y a ello hay que remitirse aquí, los arts. 338, 339 y 340 afectan tanto a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo como a los delitos ambientales.

También ya se ha hecho referencia antes, en el marco del delito constitutivo de daño grave a los espacios naturales, a la agravante específica del art. 338 contenida en este título, vinculada a la afectación de algún espacio natural protegido.

Baste por ello sólo recordar que, en coherencia con el concepto del art. 330, será espacio natural protegido el efectivamente calificado como tal por una Administración competente.

En cuanto a la conducta considerada, ha de "afectar" a algún espacio natural protegido, lo que ocurrirá siempre que los hechos delictivos se realicen en su ámbito o que sus efectos puedan alcanzarlo.

Nada específico hay que señalar en relación con las disposiciones de los arts. 339 y 340.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

ACALE SÁNCHEZ, M.: "Delitos urbanísticos: la confluencia de voluntades delictivas", AA. VV. (coord. Terradillos Basoco y Acale Sánchez), *Nuevas tendencias en Derecho Penal económico*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2008, pp. 155 a 210.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "Delitos contra el medio ambiente: accesoriedad administrativa", AA. VV. (dir. Terradillos Basoco), *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 9 a 78.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "Política penal de armonización europea en materia ambiental", *Armonización penal en Europa*, Vitoria-Gasteiz: IVAP, 2013, pp. 326 a 366.

GÓRRIZ ROYO, E.: "Sentido y alcance del `*ne bis in idem*´ respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, 16 de enero)", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV, 2003, pp. 188 a 271.

GORRIZ ROYO, E.: "Corrupción urbanística: análisis criminológico y respuestas jurídico-penales", AA. VV. (dir. Jareño Leal), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal*, Madrid: Iustel, 2014, pp. 89 a 148.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "La sentencia del caso `Prestige´ (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas)", *Revista Penal*, núm. 34, 2014, pp. 224 a 241.

MONTANER FERNÁNDEZ, R.: "La posible responsabilidad penal del auditor ambiental", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2012, pp. 1 a 27 (http://www.indret.com/pdf/883.pdf).

POZUELO PÉREZ, L.: "El delito de prevaricación administrativa en los supuestos de aprobación o modificación arbitraria de planes urbanísticos", AA. VV., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid: COLEX, 2006, pp. 713 a 724.

SOUTO GARCÍA, E.M.: "Los delitos urbanísticos del art. 319 del CP como delitos comunes: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 y 26 de junio de 2001", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 4, 2010, pp. 377 a 391.

Tema 17

FALSEDADES EN LA EMPRESA

Adán Nieto Martín

Claves: Este Tema presenta una cierta peculiaridad frente al resto: aborda de manera unitaria, transversal, un grupo de delitos mediante los que se sancionan las falsedades realizadas en el tráfico económico. La razón de este agrupamiento es que facilita la exposición y creemos también su comprensión. Son muchas las cuestiones comunes entre todos los delitos que pertenecen a la familia de las falsedades, sujetos a la diáspora dentro del Código Penal. Además, para comprender la intervención penal -y en su caso criticarla- hay que conocer cómo se estructura y qué sentido tienen las obligaciones contables y en general todas aquéllas que obligan a producir información a las empresas con el fin de satisfacer intereses públicos muy variados.

Caso Caja Castilla la Mancha

En el año 2008 la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha (CCM) atravesaba una situación de falta de liquidez, debida en gran parte al deficiente control en la gestión del riesgo, el incremento de la morosidad y el deterioro de las inversiones ligadas al sector promotor, que comprometía gravemente la viabilidad futura de la entidad. El Banco de España, en este contexto, requirió a la entidad que hiciera importantes ajustes en su contabilidad, consistentes sintéticamente en que debían reflejar correctamente créditos de dudoso cobro y modificar la valoración de determinados activos que figuraban en su balance con un valor superior al real. En febrero de 2009 la Caja en cumplimiento de la normativa bancaria, envía al Banco de España unos estados financieros en los que no había atendido a las modificaciones que le hizo la entidad supervisora.

Con la anterior maniobra contable, los acusados lograron que los estados financieros de CCM, tanto individuales como consolidados, reflejaran beneficios en lugar de pérdidas. Concretamente, por efecto del ajuste exigido por el Banco de España, habría debido registrarse un resultado negativo (pérdidas) de al menos 119.029.000 € en los estados individuales y de al menos 182.240.000 € en los estados consolidados.

El 11 de marzo de 2009, también en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa bancaria, se publicaron estas cuentas enviadas al Banco de España, primero en la página web de la Confederación Española de Cajas de Ahorro y después en varios diarios

nacionales. Así, por ejemplo, el mismo día 11 de marzo, la agencia de noticias "Europa Press" publicó que "la Caja de Ahorros de Castilla La Mancha (CCM) cerró 2008 con un beneficio consolidado de 29,86 millones de euros, lo que supone una caída del 87% respecto a los 231,8 millones de 2007, según datos de la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) recogidos por Europa Press". Estos estados financieros de CCM fueron los únicos a los que tuvo acceso el público hasta que en julio y agosto de 2009 se publicaron en la página web de la CECA los estados financieros definitivos (individuales y consolidados respectivamente) con las correcciones realizadas por los nuevos administradores.

Hechos redactados a partir de la sentencia del Juzgado central de lo penal 5/2016, de 22 febrero.

I. Las obligaciones contables y de transparencia de las empresas.

1. Funciones de la contabilidad y delitos de falsedades.

De entre todas las obligaciones de producir, publicar y conservar información que pesan sobre el empresario, las más importantes son las denominadas obligaciones contables. La **contabilidad** es un proceso que obliga a recoger datos con transcendencia económica (la compra de un bien, su depreciación, etc.), medirlos (es decir, monetarizarlos), registrarlos y finalmente confeccionar con ellos una información de síntesis. Para que este proceso y la información que de él se deriva sean de utilidad para todos resulta preciso proceder a su estandarización y normalización. Lo que caracteriza a la contabilidad como técnica es que establece una serie de criterios de valoración comunes para monetarizar los datos de transcendencia económica, los denominados criterios o principios contables, y que determina también una serie de criterios acerca de cómo estos datos han de registrarse (los asientos contables) y cómo ha de presentarse la información. Esta serie de reglas se establecen en el Plan Contable, aprobado por el RD 1514/2007, en el Código de Comercio y en la legislación societaria. Sin estos acuerdos básicos, que son los que se recogen en el Plan Contable, la contabilidad no podría cumplir con su función básica: la toma de decisiones económicas de manera informada; lo que interesa, en primer lugar, al propio empresario (función interna), pero también a terceros que en el tráfico económico toman decisiones relacionadas con la marcha de sus negocios (función externa).

Adoptar decisiones sobre la base de una buena información es

una regla de gestión económica ordenada tan básica que las leyes concursales y los delitos de insolvencia de todos los países reprochan civil y penalmente al empresario que incumple gravemente sus obligaciones contables (art. 259.6, 7 y 8). Además de la responsabilidad penal en la que incurra, las conductas que afectan a la contabilidad implicarán que el concursado será declarado culpable (art. 164.2.1ª, 165.1.3º Ley Concursal) y en el futuro le estará prohibida la actividad mercantil por un periodo que puede ser de hasta 15 años (art. 172.2.2º Ley Concursal).

Mas la información contable, como base para la toma de decisiones económicas informadas, interesa también a terceros: inversores, acreedores, trabajadores o incluso al propio Estado. Esta **función externa de la contabilidad** se intensifica en las sociedades de capital. Por esta razón en los ordenamientos de nuestro entorno y como consecuencia de los peligros que se derivaban de la limitación de la responsabilidad, el delito de falsedad apareció a lo largo del siglo XIX en el marco de las sociedades de capital. En nuestro país sólo a partir del Código Penal de 1995, mediante el art. 290, contamos con un precepto de estas características.

La **obligación de dar información** sobre la marcha del negocio se modula dependiendo del tamaño del empresario. No es igual en una Pyme que en una empresa cotizada o que en un agricultor. En este trabajo no podemos dar cuenta de las distintas modulaciones, pero si de una que resulta esencial: la que concierne a las sociedades cotizadas (arts. 536 ss. LSC), pues aquí las obligaciones son cuantitativamente y cualitativamente mayores.

En efecto, en primer lugar, las **sociedades cotizadas** tienen que dar información que va más allá de las cuestiones puramente económicas. Así, deben emitir un informe anual sobre la forma en qué son gobernadas, (informe sobre gobierno corporativo, art. 540 Ley de Sociedades de Capital) o sobre las remuneraciones de sus consejeros (art. 541 Ley de Sociedades de Capital). Incomprensiblemente, la **falsedad sobre** este tipo de **información no económica**, pero cuya trascendencia es cuanto menos similar, no encuentra ningún tipo de protección en el Código Penal.

En segundo lugar, las sociedades cotizadas deben ser **transparentes**. Sobre ellas pesa una obligación de naturaleza similar a la que tienen las Administraciones públicas y los obligados por la Ley de transparencia: de manera activa y pronta deben comunicar al mercado cualquier hecho relevante que afecte a su gestión y, además, cuando realizan una nueva emisión al mercado (acciones, obligaciones, etc.), deben acompañarla de un folleto informativo en el que deben valorar las perspectivas de crecimiento de la sociedad y hacer una estimación acerca de los beneficios de su nueva emisión.

El art. 282 bis se ocupa de tutelar este último tipo de información. De este delito, que muy bien pudiera haber figurado también en este tema, nos ocupamos extensamente en el Tema 9.

Con lo dicho, se ha efectuado una primera aproximación al cuadro de las obligaciones de información y a su relevancia penal. Existen como hemos podido ver tres preceptos básicos: el delito de insolvencia, en lo que afecta a la faceta interna de la contabilidad, el art. 290, en lo que corresponde a la función externa más relevante y el art. 282 bis, que completa este cuadro para las obligaciones de transparencia de las sociedades cotizadas. No obstante, no son éstos los únicos delitos de falsedades en el tráfico económico que se tipifican en el Código Penal. No debemos olvidar especialmente el delito de falsedad en documento mercantil (art. 392). Este precepto, que contempla unas penas muy severas y que es interpretado de una manera muy amplia por nuestra jurisprudencia echa por tierra la coherencia de la intervención penal en esta materia. Uno de los objetivos de este tema será, precisamente, proponer una interpretación mucho más restrictiva del concepto de documento mercantil.

2. La estructura de la información contable.

Una vez que conocemos el trazado básico de la intervención penal, conviene explicar con algo más de detalle la **estructura de la información contable** y mostrar cuál es la relevancia penal de las irregularidades y falsedades. En este punto, lo primero que conviene aclarar es que hay tres tipos distintos de contabilidades.

Hay una **contabilidad interna o privada**, la denominada frecuentemente contabilidad de costes, que no tiene carácter obligatorio, pese a su gran importancia, pues sirve al empresario para saber por ejemplo cuánto ha costado fabricar los productos o prestar los servicios y, por tanto, cuál es el precio al que debe venderlos. En cuanto herramienta interna y de carácter voluntario carece de sentido, más bien sería absurdo, sancionar penalmente la falsedad en este tipo de contabilidad.

El segundo tipo de **contabilidad** es la de carácter **fiscal.** Las obligaciones contables que se derivan de la legislación tributaria no atienden a la misma finalidad que las de procedencia mercantil. Mientras que éstas, tal como se ha indicado, se imponen al empresario con el fin de que gestione de manera ordenada y, además, transparente su negocio, las obligaciones tributarias

contables son instrumentales al deber de tributar. El **delito contable tributario** del art. 310 castiga, con los límites que después veremos, las falsedades en los documentos ya sean de origen mercantil o propiamente tributario: "el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales".

> La razón de ser de la contabilidad fiscal es servir a la Administración tributaria para que compruebe si el sujeto pasivo del impuesto ha cumplido cabalmente con sus obligaciones, aunque de paso los registros contables le pueden servir para hacer comprobaciones a terceras personas. La relación entre la contabilidad fiscal y la mercantil es hoy pacífica y entre ambas existe una coincidencia casi total, aunque no siempre ha sido así. El denominado **principio de inscripción contable** recogido en el art. 10.3 Ley del Impuesto sobre Sociedades establece hoy que la base para calcular la cuota tributaria del impuesto sobre sociedades es el resultado contable de la entidad. Igualmente en lo que concierne a los empresarios individuales, las obligaciones contables derivadas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas coinciden con la llevanza de los libros mercantiles a que les obliga el Código de Comercio (art. 68 del Reglamento del IRPF). Sólo existen libros fiscales propios (libro de ingresos y ventas, libro de compras y gastos, libro de bienes de inversión y libro de bienes y suplidos) para aquéllos que realizan actividades profesionales, pero que no son considerados comerciantes por el Código de Comercio. Igualmente en el IVA se conocen unos documentos contables propios del Derecho tributario (art. 62 del Reglamento del IVA): los registros fiscales (libros registro de facturas emitidas, libro registro de facturas recibidas, libro registro de bienes de inversión y libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias).

El tercer tipo de contabilidad, que es la que más nos interesa y a la que nos hemos referido al comienzo de estas líneas, es la **contabilidad mercantil.**

Su estructura se asemeja a una pirámide, cuya base o primer escalón estaría constituida por la obligación que tiene el empresario de **conservar toda la correspondencia**, documentación y justificantes concernientes a su negocio durante seis años (art. 30 Código de Comercio).

Estos documentos (facturas, albaranes, recibos, contratos, etc.) constituyen el fundamento y soporte de los libros contables, que conforman el segundo escalón. En los **libros contables** se registran los asientos contables, que, conforme a lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad, ordenan y monetarizan los hechos con transcendencia patrimonial que se producen en el desarrollo de la actividad de la empresa y los elementos integrantes del patrimonio del empresario.

Los libros contables obligatorios que todo comerciante debe llevar son, primero, el libro diario, algo así como su cuaderno de bitácora en el que se anotan los asientos contables que testifican "el día a día de todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa" (art. 28.2 Código de Comercio).

Segundo, el libro de inventarios y de cuentas anuales (art. 28 Código de Comercio), en el que se van enumerando los elementos patrimoniales de la empresa, el activo y el pasivo de la empresa, con el fin de conocer cuál es su valor neto. Al menos trimestralmente el empresario en este libro debe actualizar estos dos conceptos.

El tercer escalón, el vértice de la pirámide, son las **cuentas anuales**. Las cuentas anuales tienen como función reflejar la imagen fiel de la empresa. Para ello al empresario no sólo se le pide que describa su patrimonio y las operaciones que ha realizado su empresa durante el año (lo que ya ha hecho en los libros del Código de Comercio), sino que también valore cuál es su situación patrimonial y la presente de manera clara. Cómo valorar y ofrecer la imagen fiel es una cuestión compleja, las cuentas anuales son un documento complejo compuesto como mínimo por los siguientes documentos: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Ninguno de estos documentos refleja por sí solo la imagen fiel de la empresa. Son como fotografías, cada una con una imagen determinada, pero que han de ser analizadas -contempladas- conjuntamente. Estas peculiaridades resultan muy importantes, como veremos, a la hora de interpretar el término falsedad en el art. 290.

Documentos substancialmente idénticos a las cuentas anuales son los denominados **balances extraordinarios**: documentos contables que reflejan la situación patrimonial de la sociedad con ocasión de momentos muy importantes para la vida de la empresa, como es su fusión o liquidación. La importancia de los intereses en juego conlleva que las obligaciones de información se incrementen y se especifiquen en estos momentos.

Aunque desde el punto de vista contable existe una estrecha relación entre las obligaciones contables del segundo escalón, los libros contables, y las cuentas anuales, desde el punto de vista jurídico existen notables diferencias. Las cuentas anuales, como venimos indicando, están destinadas a ser públicas; por el contrario, los libros contables tienen fundamentalmente un valor interno, sirven al empresario para llevar correctamente su negocio; por eso tienen carácter secreto. El fin del secreto de la contabilidad, salvo contadas excepciones, tiene lugar únicamente con la declaración del concurso, además

de las obligaciones de exhibición que se derivan de la legislación tributaria (arts. 48 y 49 del Código de Comercio y art. 29 f) Ley General Tributaria). Por esta razón, tal como se ha señalado, resulta coherente que la relevancia penal de la falsedad en los libros contables se establezca normalmente allí cuando devienen normalmente públicos: en el momento de la declaración del concurso a través del delito de insolvencia (art. 259) y en el delito contable tributario (art. 310). Para el resto de los casos su falsedad habrá de considerarse como una simple falsedad en documento privado (art. 395). La falsedad en las cuentas anuales se sanciona por el contrario en el art. 290, como ya hemos indicado.

Esta pirámide documental no se cerraría, finalmente, si no hiciéramos mención a los denominados **libros corporativos**, que contienen obligaciones internas del funcionamiento de los órganos sociales (art. 25.1 y 26.1 Código de Comercio). Estos libros son básicamente el libro de acciones nominativas (art. 115 Ley de Sociedades de Capital), el libro de actas (art. 105 Ley de Sociedades de Capital) y el libro de registro de los socios (104 Ley de Sociedades de Capital). La información que proporcionan tiene otros destinatarios y otra funcionalidad distinta a las cuentas anuales, por lo que su falsedad debe ser considerada **falsedad en documento mercantil** (art. 392), tal como después se aclarará.

II. Las falsedades documentales: aspectos comunes.

Como puede comprobarse no son pocos los tipos penales que pueden reconducirse a la categoría común de las "falsedades". En lo que sigue, y antes de adentrarnos en el estudio de cada uno de ellas, abordaremos una sería de aspectos comunes: cuáles son los bienes jurídicos protegidos, la descripción del comportamiento típico y las cuestiones concursales.

1. ¿Por qué sancionamos las falsedades documentales?: Los bienes jurídicos tutelados por los delitos de falsedades.

El castigo de las falsedades conecta con uno de los debates clásicos del Derecho penal durante la Ilustración: el tratamiento penal de la mentira, pues el Derecho penal del Antiguo Régimen estaba plagado de delitos que consistían simplemente en el "mudamiento de la verdad". Para el Derecho penal ilustrado, sin embargo, no existe justificación alguna para castigar de manera generalizada a quién miente, entre otras cosas porque no existe una obligación jurídica general de decir la verdad. La mentira por sí sola no significa nada para el Derecho, es una conducta neutra que a veces puede

ser incluso absolutamente legítima, como por ejemplo cuando una embarazada miente sobre su estado con el fin de que no la despidan o la contraten. Igualmente, como hemos visto en el tema dedicado a la estafa, existen mentiras socialmente adecuadas.

La mentira, ya sea oral o por escrito, sólo puede sancionarse: primero, cuando existe una obligación de decir la verdad como ocurre en el delito de falso testimonio o con determinados funcionarios, cuya función es precisamente la de documentar verazmente hechos que ocurren ante ellos; y segundo, cuanto se intenta perjudicar patrimonialmente a un tercero, por ejemplo, a través del delito de estafa y figuras afines. Este punto de partida es el que llevó a distinguir entre **defraudaciones y falsedades**. El castigo de la mentira sólo se sanciona cuando tiene como finalidad engañar a un tercero con el fin de producirle un perjuicio patrimonial: defraudación. Más allá de este punto se entra en el dominio de las falsedades y lógicamente ello exige buscar una justificación especial, es decir, un bien jurídico diferente al patrimonio. Este bien jurídico se ha buscado, dicho de manera básica y simplificadamente, de dos maneras, ambas aproximaciones resultan necesarias y complementarias para comprender la nocividad social de las falsedades en el Derecho penal de la empresa.

La primera forma de entender el bien jurídico apela a que determinados documentos generan una confianza en la veracidad de su contenido, que resulta esencial en el tráfico jurídico. Tutelar esta confianza resulta esencial para que los ciudadanos puedan relacionarse en un espacio o ámbito -tráfico- como es el jurídico. La lógica es similar a la que existe en los delitos contra la seguridad en el tráfico rodado o la seguridad alimentaria. Pocos se atreverían a utilizar un vehículo o a adquirir productos en el mercado si no se aseguraran un mínimo de reglas en cada uno de estos sectores. Proteger la seguridad significa el mantenimiento de unas expectativas de conductas básicas, que permiten la participación masiva y anónima, de todos, en una actividad. A este bien jurídico se le denomina **fe pública o seguridad en el tráfico jurídico** y en realidad supone proteger a los documentos (o a determinados tipos de documentos) como una institución básica en el tráfico jurídico. Su punto débil es que no es capaz de distinguir las enormes diferencias que existen entre los diferentes documentos: no es igual la confianza que genera una factura que las cuentas anuales de una entidad.

La segunda explicación, complementaría de la anterior, acota la justificación del castigo de las falsedades en una concreta función, quizás la más

importante, que cumplen los documentos en el tráfico jurídico: su **función probatoria**. Los documentos son un medio de prueba privilegiado debido a que son capaces de perpetuar de manera constante declaraciones de voluntad (función perpetuadora) y de garantizar que ésta pertenece a un determinado sujeto (función de garantía). Esta explicación de las falsedades documentales permite captar las diferencias que deben existir a la hora de castigar la falsedad en una escritura pública realizada por un notario o en un contrato de compraventa escrito en unos folios. El valor probatorio es muy distinto en cada caso. Igualmente explica convincentemente por qué la narración falsa de hechos -las mentiras por escrito- realizas por los particulares no deben sancionarse penalmente: porque no tienen capacidad probatoria o no más que cualquier mentira realizada oralmente.

Esta teoría orientada exclusivamente a la función probatoria peca sin embargo por defecto: no explica por qué existen documentos que más allá de su capacidad de prueba resultan esenciales para el tráfico jurídico, es decir, tienen otras funciones ulteriores. La función principal de las cuentas anuales, de los folletos de emisión y en general de toda la contabilidad mercantil no es, desde luego, servir como medio de prueba. Como hemos visto en el apartado anterior este tipo de documentos, derivados de las obligaciones contables y de transparencia, son fundamentales en el tráfico económico para tomar decisiones económicas. Esta es la razón principal por la que el Derecho penal debe mantener una expectativa razonable en su veracidad.

Como puede apreciarse las falsedades documentales que están tipificadas a lo largo y ancho del Código Penal sólo pueden entenderse **combinando estas dos aproximaciones**: en los art. 282 bis y 290 predomina la importancia de la confianza de la veracidad de determinados documentos en el tráfico jurídico, mientras que en los art. 390 y ss. se tutela directamente su función probatoria, aunque sin desconocer totalmente la seguridad en el tráfico que es lo que explica la existencia de los denominados documentos mercantiles y de su protección reforzada frente a los privados.

> Esta aproximación si se quiere "bipolar" no nos proporciona, sin embargo, todavía una cabal comprensión de la tipificación de las falsedades. Tal como antes se indicó, a partir del siglo XIX se fueron separando paulatinamente las falsedades de las defraudaciones, mediante las que se protegía el patrimonio ante ciertos engaños. Sin embargo, esta separación en el Código Penal español no es del todo tajante. Ya veremos en el próximo apartado que no lo es en materia de concurso de delitos, sobre todo en lo

que atañe a la falsedad en documento privado (art. 395) o al delito contable tributario (art. 310), pero tampoco lo es en la conformación típica de algunos delitos de falsedades en los que el Código Penal exige para sancionar la falsedad un peligro abstracto o concreto para intereses patrimoniales. Es lo que ocurre en el art. 290 donde además de la confianza en la corrección de los balances y las cuentas anuales se tutela también el patrimonio de esos terceros. Por ello el tipo penal no se conforma con cualquier falsedad, sino sólo con aquélla que resulta idónea para originar una decisión económica equivocada de quien confía en su veracidad. Algo similar ocurre en el at. 282 bis en el que el tipo penal no exige idoneidad, pero sí que la falsedad en el folleto de emisión o los hechos relevantes se realicen con el propósito de captar inversores (vid. Tema 9). Salvando las distancias, ésta es también la situación en algunas modalidades típicas del delito contable (art. 310 c) y d)) donde la falsedad sólo se sanciona cuando entre en contacto con la Hacienda Pública, al haberse reflejado en la declaración tributaria. Más radical es aún la preeminencia de los intereses patrimoniales, en este caso la tutela del derecho de crédito, en las falsedades y conductas asimilares que se tipifican en el delito de insolvencias punibles (art. 259.1 6º, 7º y 8º). En este caso es el interés patrimonial el que justifica el castigo de estas conductas que se entienden, más que como falsedades, como comportamientos contrarios a una gestión económica ordenada que pone en peligro o lesiona el derecho de crédito.

En definitiva, en la determinación del bien jurídico de las falsedades más que de una situación de "bipolaridadad", debemos partir de una situación de "tripolaridad", por la importancia que la tutela del patrimonio o de otros intereses semejantes, como la Hacienda Pública tienen para explicar tanto los elementos del tipo como los concursos de delitos.

2. El comportamiento típico: ¿qué es falsificar un documento?

Hasta ahora se ha utilizado el término falsear de una manera conscientemente imprecisa y, en muchos casos, errónea. El término falsear es el que utiliza el legislador en los arts. 390, pero también en el art. 290 y en el art. 282 bis; curiosamente no es el que se utiliza en el art. 319, ni sobre todo en los art. 259.1 6º y 8º donde a mi juicio la descripción de la conducta típica es mucho más ajustada para describirnos en qué consiste la violación de las obligaciones de información del empresario. Fin de este epígrafe es mostrar que en realidad, pese al empeño del legislador español de utilizar el término falsedad, éste no es del todo exacto para describir la totalidad de las conductas a que nos referimos, sobre todo las incardinadas en el art. 290 y en el art. 282 bis.

El **término "falsedad"** viene descrito en el art. 390 en relación al delito de falsedad en documento público cometida por funcionario público. La con-

ducta falsaria característica de este delito es la de "**faltar a la verdad** en la narración de los hechos", a lo que denominamos **falsedad ideológica**. Dos cosas interesan de esta descripción, la primera es que va referida a hechos, pues sólo aquí tiene sentido el binomio verdadero o falso. Si el funcionario público emite juicios de valor o realiza informes jurídicos, aquí no podemos hablar de verdadero o falso y, desde luego, los delitos de falsedades no pueden ser aplicados: quizás sí otros que no tienen nada que ver con las falsedades como la prevaricación. La segunda es que esta conducta (y la similar prevista en el art. 390.3) sólo tienen sentido para quienes tienen un deber de documentar verazmente hechos, es decir, el deber de decir la verdad. Obviamente, quien puede lo más puede lo menos y los funcionarios públicos también pueden falsear un documento alterándolo o simulándolo (*vgr*., el notario puede, una vez confeccionada, alterar determinadas declaraciones contenidas en la escritura pública que han firmado las partes en su presencia).

Alterar y simular un documento son sin embargo las conductas falsarias prototípicas de los particulares (después nos ocuparemos del peculiar caso del art. 390.3). Ambas responden a la regla de conducta básica que se impone a los particulares: ¡no afectes a la autenticidad del documento!; en otras palabras: no alteres lo que constituye la propiedad básica de todo documento y que le hace especialmente relevante como medio de prueba, poner en relación una declaración con su autor. Es lo que denominamos la función garantizadora. A estas conductas las denominamos **falsedades materiales** y son dos: la que consiste en modificar, alterar el documento tal como ha sido redactado por su autor (art. 390.1) y la que consiste en generar un documento mediante el que a una persona, real o ficticia, se la atribuye una determinada declaración de voluntad, esto es lo que significa simular (art. 390.2). En suma, la norma de comportamiento en que descansan los delitos de falsedades cometidos por particulares es sencilla: no pongas en boca de otro a través de la alteración o simulación de documentos declaraciones que no ha hecho.

Este contenido del término "falsedades" se queda desde luego muy corto y no expresa el núcleo duro de las falsedades que afectan a las obligaciones contables y de transparencia de las empresas. Desde luego que es perfectamente imaginable que un administrador altere las cuentas anuales, introduciendo informaciones que no estaban en las firmadas por el resto o cabe igualmente que un administrador simule enteramente las cuentas anuales de su entidad. Pero sobre todo por lo que el término falsedad **no resulta apropiado** es porque en la contabilidad, las cuentas anuales o el folleto de emisión, no se

trata sólo de recoger hechos, sino fundamentalmente de hacer juicios de valor sobre esos hechos a partir de los principios contables a los que antes nos referíamos y hacer una ordenación de toda esta valoración que permita tener una imagen fiel de la empresa o hacernos una idea sobre la rentabilidad de una nueva emisión de acciones u obligaciones (art. 282 bis). Por ello, en realidad, la conducta que se quiere castigar en relación a los documentos contables no tiene nada que ver con el binomio verdadero-falso, sino como muy bien se indica en el nuevo delito de insolvencia punible con "la formulación de las cuentas anuales o los libros contables de modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor"; en otras palabras que no sea posible obtener la imagen fiel o que se las irregularidades "sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera" (art. 259.1 6º y 8º). A diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los documentos, las cuentas anuales, el folleto de emisión y otros documentos que las empresas deben generar para cumplir con sus obligaciones de transparencia están extensamente regulados. Por esta razón, el núcleo de la conducta típica es apartarse de manera relevante de la normativa reguladora del documento.

Como se desprende de lo anterior, lo que debe quedar claro es que sobre todo en los arts. 290 y 282 bis el término falsedad tiene un significado bien distinto al que tiene en los art. 390 y ss. Un significado que acoge las alteraciones y simulaciones pero que sobre todo tiene que ver con **infringir la normativa contable o la establecida por la legislación del mercado de valores**, en el caso del folleto de emisión.

> La falta de conciencia acerca de lo que se quería realmente castigar en estos delitos ha impedido reflexionar quizás acerca de la necesidad de castigar otras conductas que caen fuera del campo semántico de "falsedad" pero que suponen infracciones normativas tan graves como las falsedades: no presentación de las cuentas o presentarlas tarde, no comunicar hechos relevantes, no llevar contabilidad. Igualmente ha llevado al legislador a medir la importancia de la falsedad no tanto con la vara de medir de la imagen fiel, sino con la idoneidad para causar error o, en el caso del art. 282 bis, con la intención del autor para atraer inversores. Afortunadamente en el delito contable, ya en 1985, el legislador fue mucho más preciso a la hora de describir las conductas típicas y dejó de lado la inapropiada noción de falsedad.

3. Las falsedades y los concursos de delitos.

Las falsedades documentales son **delitos instrumentales**, rara vez se cometen por sí mismas, siendo su objetivo la comisión de una conducta delictiva ulterior -una estafa, la defraudación a la Hacienda Pública, un fraude de subvenciones etc.- o el ocultamiento de un hecho delictivo previo. Por esta razón resulta de máxima importancia determinar el régimen de concurso de delitos con estas infracciones. Como hemos expuesto al tratar el bien jurídico, los delitos de falsedades (aunque ya sabemos que este término es inexacto) son "tripolares", en el sentido de que muchos de ellos no se han desprendido -independizado- nunca de la protección del patrimonio o de otros bienes jurídicos como la Hacienda Pública o el patrimonio. Esta tripolaridad se refleja muy bien en la forma en que la jurisprudencia y el propio legislador resuelven los concursos de delitos; como vamos a ver ello no siempre se hace de la manera más coherente.

El punto de partida para abordar los concursos es su relación concursal con la estafa, donde se distingue si el documento es público o privado. Debido a la mayor confianza existente en los documentos públicos y a su mayor valor probatorio, la puesta en el tráfico jurídico de un documento público falso suele generar riesgos que afectan a un mayor número de personas. Por esta razón se ha apreciado tradicionalmente que existe un **concurso ideal** de delitos. Esta doctrina se ha extendido al resto de delitos (fraude de subvenciones, delito fiscal, etc.). La amenaza para el tráfico que supone la creación del documento público no se agota por haber sido utilizado en un concreto delito.

En el caso de los documentos privados, debido a la menor peligrosidad y a que el tipo penal especifica ya que la falsedad ha de hacerse con el fin de perjudicar a un tercero, se considera en cambio que existe un **concurso de normas**. El desvalor de la falsedad documental queda consumido por el delito de estafa, contra la Hacienda Pública, etc., para cuya comisión se utilizan. De esta regla se exceptúan los documentos mercantiles, donde se vuelve a apreciar un concurso de delitos, por su mayor importancia para el tráfico jurídico, como inmediatamente vamos a ver.

Esta regla distinguiendo entre **documento público-mercantil y documento privado** no se ha seguido sin embargo coherentemente ni por el legislador, ni por la jurisprudencia en los delitos de **falsedades especiales** que corresponden a la actividad empresarial y ello pese a que según la línea

jurisprudencial mayoritaria los documentos a los que nos estamos refiriendo son documentos mercantiles.

Así, por ejemplo, en lo que atañe al delito contable, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria consideran que existe un concurso de normas con el delito fiscal, en el que el desvalor del delito contable queda integrado en la comisión posterior del delito fiscal.

Un razonamiento similar es al que obedece el castigo de las falsedades a que se refiere el delito de insolvencia punible. El desvalor autónomo de las conductas a que se refiere el art. 259.1. 6º, 7º y 8º queda abarcado por la protección del derecho de crédito. El atentado a la seguridad en el tráfico y el valor probatorio de estos documentos ya sólo tiene sentido como parte de la protección de los intereses de los acreedores. Por ello también el legislador en el art. 261 ha generado un tipo penal específico para aquellos casos en los que un tercero realiza una falsedad en documento privado cuyo destino son las autoridades del concurso.

En el caso del art. 290 y del art. 282 bis el legislador ha pergeñado cláusulas concursales específicas, pero a su vez diferentes entre sí. El art. 290 señala que en caso de que la falsedad ocasione un perjuicio patrimonial las penas a imponer serán las de uno a tres años y multa de seis a doce años -la pena del tipo básico- en su mitad superior. Esta penalidad es mucho menor que si se apreciase un concurso de delitos entre la estafa y el art. 290, sobre todo porque en estos supuestos se produciría normalmente una estafa cualificada del art. 250, con pena de uno a seis años a aplicar en su mitad superior. El art. 282 bis (segundo párrafo) contiene una regla concursal diferente a la prevista en el art. 290 (segundo párrafo): cuando la falsedad en el folleto, etc., ocasiona un perjuicio patrimonial las penas pueden ser de uno a cuatro años, más multa. Si el perjuicio que se ocasiona fuera de notoria gravedad, las penas pasan a ser de uno a seis años de prisión y multa. Como puede apreciarse, el art. 282 bis establece un marco punitivo autónomo en relación con la estafa, algo más leve, es verdad, pero no tan notoriamente más leve como el fijado por el art. 290.

Debido a que estas previsiones establecen penas inferiores normalmente a la que habrían de resultar de un concurso con la estafa, la doctrina considera que ambos preceptos tienen un carácter subsidiario y que sólo entran en escena cuando pese a producirse el perjuicio patrimonial, no se producen todos los elementos de la estafa o no es posible probarlos. A este respecto, debe repararse que en muchos supuestos en los que operan tanto el art 290 como el

art. 282 bis nos encontraremos ante estafas masivas donde se ha perjudicado a un gran número de personas. En estos casos no será fácil siempre probar en cada uno de estos inversores la secuencia característica del delito de estafa.

La regla de la subsidiariedad del art. 282 bis y del art. 290 se ve apoyada tras la reforma del 2015 por la reforma del concurso medial de delitos (art. 77.3), que establece un marco punitivo más elevado que el concurso ideal (art. 77.2). Si la utilización de documentos falsos para la comisión de otro delito se considera un concurso medial el privilegio de las reglas concursales especiales sería aún mayor.

III. La falsedad en documento mercantil.

Al Derecho penal de la empresa le interesa sobre todo la falsedad en documentos privados y, muy especialmente, en un conjunto especial de este tipo de documentos: los documentos mercantiles. A diferencia de lo que ocurre con los documentos públicos y oficiales, los documentos privados tienen menor capacidad probatoria. Los documentos privados sólo hacen prueba de su contenido entre las partes que lo suscriben, por lo que no crean un riesgo tan alto para el tráfico jurídico. No obstante, y con ser ello verdad, el Código Penal sanciona la falsedad en documento privado (art. 395) con el fin de apoyar la documentación de los actos jurídicos y favorecer así la seguridad en el tráfico. Aunque la mayoría de los contratos no requieren de ningún tipo de formalidad, este tipo de intercambios es mucho más seguro cuando se realiza por escrito que oralmente.

Si esta decisión resulta fácil de entender y es compartida por la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno, no lo es tanto la razón por la cual existe una previsión expresa para la falsedad en un tipo de documentos privados: los documentos mercantiles (art. 392), cuyo estudio resulta -obvio- de capital importancia en una obra de Derecho penal de la empresa.

1. El concepto de documento mercantil.

El punto negro del delito que estamos estudiando es la gran inseguridad jurídica a la hora de perfilar **qué documentos** deben incluirse en esta categoría.

Una línea, minoritaria en la jurisprudencia y probablemente mayoritaria en la doctrina, mantiene un **concepto estricto** de documento mercantil. Serían documentos mercantiles únicamente aquéllos que tienen una pretensión de veracidad semejante a la de los documentos públicos y que tienen un peligro para la seguridad en el tráfico similar por tener un destinatario indeterminado. Estos documentos serían aquéllos que constituyen títulos ejecutivos como las letras de cambio, los cheques, los pagarés y otros títulos al portador.

No es ésta sin embargo la línea jurisprudencial mayoritaria, que considera que son documentos mercantiles **todos** los que se regulan en el Código de Comercio, pero también todos aquéllos que acreditan la celebración de contratos o asunción de obligaciones de naturaleza mercantiles e incluso cualquier documento en que se refleja la ejecución de un contrato, como por ejemplo, un recibo, un albarán o una factura.

La jurisprudencia es especialmente amplia al atribuir la característica de mercantil a los documentos emitidos por entidades bancarias (cartillas, extractos de cuentas, fichas de las cuentas, talonarios de cheques, pero también impresos solicitando un talonario de cheques, recibos de reintegro que emiten los cajeros o los que producen los terminales que se utilizan para el pago con tarjetas, recibos que acreditan el cambio de moneda, el impreso resguardo de realización de un ingreso, las documentos que recogen una transferencia bancaria, etc.) o aseguradoras (*vgr*., partes de accidentes).

La ampliación desmesurada que efectúa la jurisprudencia del número de documentos mercantiles afecta enormemente a la **coherencia y la proporcionalidad** del castigo de las falsedades dentro del Código Penal. La incoherencia salta a la vista cuando proyectamos el concepto amplio de documento mercantil con la pirámide de las obligaciones contables a las que hacíamos referencia en un apartado anterior. Desde el punto de vista de la seguridad en el tráfico, que recordemos es la base de este delito, resulta equivocado considerar que tienen el mismo valor la falsedad en un documento de la base de la pirámide de las obligaciones mercantiles (una factura, un albarán, un contrato, etc.) que los que se sitúan en la cúspide: los estados financieros. La corriente jurisprudencial extensiva justifica un castigo similar a las facturas (art. 392) que a los estados financieros (art. 290) y ello sin contar como hemos visto con las peculiaridades que pueden existir en materias de concursos.

La falta de coherencia, más aún, la falta de razonabilidad que impera en esta materia sólo puede ser solventada si se maneja un concepto estricto de documento mercantil. La razón de ser de la tipificación específica de los do-

cumentos mercantiles descansa en dos argumentos diferentes. De un lado, en que determinados documentos mercantiles -muy pocos- tienen una **eficacia probatoria** similar a la de los documentos públicos. Se trata de determinados documentos emitidos por los secretarios de los órganos de administración de sociedades, a quienes el ordenamiento les otorga una fe pública similar a la de los fedatarios públicos. De otro lado, se trata de proteger la **seguridad en el tráfico,** mas en el marco también de un conjunto muy reducido de documentos, los títulos de crédito, que debido a sus características -son títulos ejecutivos- e importancia en el tráfico económico, requieren de una protección mayor que el resto de documentos privados.

A partir de estas coordenadas **ninguno de los documentos que componen la pirámide de las obligaciones contables**, a la que nos referíamos en la introducción a este tema, debe considerase como documento mercantil.

De un lado, la aparición de delitos como el art. 282 bis y el art. 290 muestra que los documentos originariamente mercantiles más importantes para la seguridad en el tráfico como las cuentas anuales o los folletos de emisión son objeto ya de una tipificación específica cuando se realizan por los administradores, esto es, por las personas obligadas a producir este tipo de documentos. Un aspecto que puede resultar discutido es el de las cuentas anuales de los comerciantes individuales, ya que el art 290 acoge únicamente la falsedad en las sociedades mercantiles (art. 297). Sin embargo, y como después se expondrá con mayor detalle, una interpretación sistemática y teleológica del art. 290 con el 392 muestra cómo las cuentas anuales de empresarios individuales deben ser consideradas falsedades en documentos privados.

Los libros contables, el segundo de los tramos de la pirámide contable, tampoco deben considerarse documentos mercantiles, en contra de la opinión de la jurisprudencia mayoritaria. Si lo que importara fuera el peligro que genera un documento falsificado para la seguridad en el tráfico, debe tenerse en cuenta que los libros contables son normalmente secretos y que además su eficacia probatoria no es superior a la de los documentos privados. Ya hemos indicado además cómo el Código Penal establece preceptos específicos para castigar la falsedad en los libros contables allí donde se acaba su carácter secreto: en la declaración de concurso (art. 259) y en relación a la Hacienda Pública (art. 310). Desde el punto de vista del derecho probatorio, a partir de la reforma del Código de Comercio de 1973 se decidió privar de todo privilegio probatorio a las obligaciones contables y hoy, como señala el Código de

Comercio, su valor probatorio es el que determinan las reglas generales del derecho (art. 47 Código de Comercio).

Si ni los balances, ni los libros contables son documentos mercantiles, sino documentos privados, con menos razón aún pueden encuadrarse en el art. 392 las facturas, albaranes, etc. y el resto de documentos que conforman el tercer escalón de la pirámide de las obligaciones contables. Su valor probatorio es nuevamente el del documento privado y su capacidad de poner en peligro la seguridad en el tráfico no es por supuesto comparable con la de las cuentas anuales o los libros contables, que ya hemos visto quedan excluidos de la falsedad en documento mercantil. Decir que quien falsifica un albarán pone en peligro la seguridad en el tráfico mercantil, es tanto como decir que quien descorcha una botella de vino pone en peligro la seguridad vial.

Una vez aclarado que la contabilidad del empresario, en todos sus niveles, debe situarse extramuros del art. 392 corresponde ahora ver qué documentos tienen la naturaleza de mercantiles.

En primer lugar deben **incluirse** los **títulos de crédito o títulos valores** (cheques, letras de cambio, pagarés, conocimientos de embarque, resguardos de depósito, talón de ferrocarril, acciones, etc.). Como es sabido, estos documentos, de un lado, funcionan en el tráfico jurídico como cosas, sobre los que cabe realizar todo tipo de negocios jurídicos, y, de otro, incorporan un derecho que legitima sin más a su poseedor, al exhibirlo, a ejercer un derecho que puede consistir en la entrega de una cantidad de dinero, una mercancía o en el caso de las acciones o títulos de participación social el conjunto de derechos inherentes a la condición de socio.

> Las tarjetas bancarias y otros medios de pago como los cheques de viaje se asemejan en algunos aspectos a los títulos de crédito, siendo su función económica la de servir como medio de pago y, en su caso, de crédito. Por esta razón su falsedad se equiparó en primer lugar a la moneda, para en la reforma de 2015 encontrar una sección propia entre los delitos de falsedades documentales (art. 399 bis).

A los títulos valores habría que añadir los **libros corporativos**, que contienen obligaciones internas del funcionamiento de los órganos sociales, como los libros de actas (art. 36 Código de Comercio), pero también los documentos emitidos por los secretarios de los órganos de administración. Estos documentos, desde el punto de vista de la prueba y la seguridad en el tráfico, son en realidad similares a los documentos públicos: tienen acceso directo

al Registro Mercantil, debido a la función cuasi pública que cumplen los secretarios de sociedades mercantiles, que actúan en realidad como fedatarios públicos, con un deber de veracidad consistente en dejar constancia de los asuntos tratados y las deliberaciones. Sería también el caso de las certificaciones de las actas.

Precisamente el papel de los secretarios de sociedades mercantiles en la confección de actas es lo que justifica que la modalidad falsaria consistente en suponer "en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes" sea una modalidad común a las falsedades cometidas por funcionarios públicos y particulares (art. 390.3). Esta falsedad ideológica cometida por particulares sólo tiene sentido, como excepción que confirma la regla, en este supuesto al que acabamos de aludir.

2. Simulación de facturas, albaranes, contratos, etc.

Un aspecto especialmente debatido dentro del delito de falsedad en documento mercantil ha sido el concepto de simulación (art. 390.1.2º) y especialmente la línea que separa esta conducta de la falsedad ideológica consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos (art. 390.1.4º). La jurisprudencia al respecto se ha producido en relación a la confección de facturas falsas, aunque su postura puede trasladarse en teoría a cualquier otro tipo de documento como un contrato, un albarán, etc.

El Juzgado de lo Penal nº 6 de Valencia condena a un año y medio de prisión y a una multa de 151.800 euros al expresidente de la Generalitat y de Bancaja, José Luis Olivas por emitir, a través de su empresa Imarol S. L., una factura falsa para justificar un ingreso de 580.000 euros por unos servicios de asesoramiento que nunca llegó a prestar a la empresa Sedesa Inversiones, de la familia Cotino.

La jueza cree que Olivas y Cotino "acordaron de forma concertada" documentar un pago de 580.000 euros a través de una factura falsa en la que se hacía constar como causa del mismo "un servicio inexistente" con la finalidad, entre otras, de permitir reducir "de forma fraudulenta" la base imponible del Impuesto de Sociedades del ejercicio fiscal 2008 debido a la declaración como gasto de ese pago realizado a Imarol. Así, se dejaron de ingresar a Hacienda en ese ejercicio 150.000 euros.

La jueza llega a estas conclusiones apoyándose, principalmente, en el informe pericial emitido por dos Inspectores de Hacienda. Asimismo, cree probado que no existe

prueba documental en poder de Sedesa que acredite la relación contractual entre las partes: "No hay ningún contrato, ni siquiera la prueba de existencia de un contrato verbal, no hay ningún presupuesto firmado ni sin firmar, ni correos electrónicos, ni faxes, ni cartas, ni ningún otro tipo de documento detallándose cuestiones como el precio, la forma, día y lugar de pago u otro tipo de negociaciones que lógicamente, en un encargo de estas características, por importe nada menos que de 500.000 euros más IVA, suelen llevarse a cabo".

Noticia aparecida en Cinco Días, 13 de enero de 2017.

Tras una jurisprudencia vacilante que coincidió con los primeros años de vida del Código Penal y con casos extraordinariamente mediáticos, el Tribunal Supremo en su Pleno no jurisdiccional de Sala de 26 de febrero de 1999 señaló que existía una simulación cuando la factura falsa reflejaba un negocio inexistente; si por el contrario la factura se refería a aspectos parciales de un negocio jurídico existente existiría una falsedad ideológica, una alteración en la narración de los hechos que resultaba impune. Esta doctrina es la que se refleja fielmente en la sentencia que se recoge como ejemplo.

Este concepto "sui generis" de simulación acuñado por el Tribunal Supremo resulta equivocado. Simular un documento, como ya se ha explicado, es una conducta que ataca al carácter auténtico de un documento. Simulación es crear un documento falso para poner en boca de otro una declaración de voluntad que no ha realizado. Cuando quien firma una factura dice en ella algo inexacto (el precio pagado por el servicio que se factura es menor) o algo totalmente inexacto (ni se ha pagado precio, ni se ha prestado servicio) falta a la verdad en la narración de los hechos, pero no simula un documento.

La interpretación amplia del concepto de simulación unida a la interpretación amplia del concepto de documento mercantil que domina en la jurisprudencia es una de las principales causas de la falta de coherencia en el castigo de las falsedades que se producen en la empresa. El castigo de las facturas falsas "simuladas" por el art. 392 conlleva unas penas similares a las del art. 290 en que se castiga la falsedad en las cuentas anuales. Es decir, y volviendo a la pirámide de las obligaciones contables, se equiparan las falsedades de los documentos de la base a las de los de la cúspide. Esta equiparación resulta una arbitrariedad, contraria además al principio de proporcionalidad. La falsificación de facturas debe sancionarse como falsedad en documento privado y, desde luego, reducida a conductas que atenten a la autenticidad del documento: alteración y simulación.

IV. La falsedad en la contabilidad.

1. Las falsedades en el delito de insolvencias punibles (art. 259. 1, 6ª, 7ª y 8ª).

Como ya hemos indicado, tradicionalmente las falsedades en la contabilidad tenían relevancia en los delitos de insolvencia o quiebra. Ello resultaba singularmente coherente con el fin del secreto sobre la contabilidad, que trae consigo la declaración del concurso. La infracción de las obligaciones contables resulta enormemente lesiva para el derecho de crédito. Y ello por dos razones. De un lado, cómo se lleve o no se lleve la contabilidad nos indica mucho acerca de cómo es el deudor y si éste ha conducido su negocio de manera ordenada (función interna de la contabilidad). Recordemos que todas las conductas tipificadas en el art. 259 son expresión de una "infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos". De otro, una contabilidad correcta resulta necesaria por tanto para el cumplimiento de uno de los fines principales del Derecho concursal como es la liquidación ordenada de la entidad (función externa de la contabilidad). La contabilidad es necesaria para reconstruir la vida económica de la empresa y saber en qué momento y por qué razón se contrajeron las distintas obligaciones que forman el pasivo del concurso, pero también para conocer los bienes y derechos que deben incorporarse a la masa del concurso.

A este conjunto de consideraciones responden los tres comportamientos, dentro del delito de insolvencia, que tradicionalmente se han conocido como de **bancarrota documental**:

1º El art. 259.1.6ª sanciona a quien no haya cumplido con su deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. A esta conducta se asimila la destrucción o alteración de los libros contables cuando tengan el mismo efecto.

2º El art. 259.1.7ª sanciona a quien oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende el deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o la valoración de la situación económica o real del deudor. Como puede apreciarse se trata de conductas que afectan al primer escalón de la pirámide. Recordemos que sin esta base documental que el comerciante debe guardar (art. 30 Código de Comercio) resulta imposible com-

probar la fiabilidad de la contabilidad y mucho más complejo reconstruir la conformación del pasivo y activo de la empresa.

3º Finalmente el art. 259.1.8ª sanciona a quien formule las cuentas anuales o los libros contables de modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica o real del deudor o se incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

Como puede apreciarse, el delito de insolvencia punible capta perfectamente la estructura piramidal de las obligaciones contables dentro de la empresa. Desde los documentos que la empresa debe conservar y están en la base de la pirámide hasta las cuentas anuales.

Igualmente, y como ya hemos indicado, describe con mayor precisión que otros delitos de falsedades las conductas punibles en relación a la contabilidad. El común denominador a las conductas que se describen es que formulan los diversos documentos contables de manera contraria a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil. El término falsedad, como antes señalábamos, es confuso e incompleto cuando se proyecta sobre conductas que tienen en común la **infracción de obligaciones contables**. Por esta razón en estos comportamientos se equiparan conductas que tienen como denominador común contravenir las normas contables: no llevar contabilidad, no presentar las cuentas, llevarla con omisiones, no anotación de registros, anotación de cantidades que no se corresponden con ninguna transacción o que no la reflejan correctamente, realizar alteraciones en la contabilidad y por supuesto destruirla o destruir los documentos en los que se basa.

Ahora bien, no cualquier alteración a la normativa contable basta para considerar que existe un delito de insolvencia punible. Existen tres **filtros** que deben pasarse:

El primero es de carácter **temporal**: en el tema dedicado a las insolvencias se indicaba que la esencia del delito de quiebra es la realización de un comportamiento contario a la gestión ordenada en una situación de insolvencia o de crisis económica. De aquí se deduce que si las irregularidades contables son anteriores a este momento su relevancia penal se establece, según los casos, conforme a los delitos de falsedades previstos en los arts. 290, 392 y 395.

El segundo límite es **normativo**: la irregularidad contable debe poner de manifiesto que nos encontramos ante una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

Este criterio resulta decisivo en el caso de pequeños comerciantes. En un pequeño negocio carecer de contabilidad o llevarla irregularmente no es automáticamente sinónimo de encontrarnos ante un comerciante que contraviene la gestión ordenada. Puede ser igualmente que a través de la contabilidad de costes o de cualquier otro tipo de contabilidad interna se tenga un conocimiento cabal de la situación patrimonial de la empresa. Igualmente debemos tener en cuenta que parte de las conductas descritas son omisivas: no llevanza de la contabilidad, no formular las cuentas anuales. Para sancionar la omisión es necesario tener capacidad para realizar la conducta exigida. Pequeños comerciantes en situaciones de crisis pueden carecer de los medios necesarios para llevar una contabilidad ordenada.

El tercer límite que refiere el art. 259 es la **idoneidad de la conducta**: no cualquier destrucción, ocultación, alteración, irregularidad, etc., resulta típica, sino sólo aquélla que por sí sola o en conjunto con otras impide conocer cuál es la situación financiera o patrimonial. En este sentido, debe tenerse en cuenta una valoración de las obligaciones contables en su conjunto.

Puede ocurrir, por ejemplo, que la contabilidad se haya llevado de manera irregular, con interrupciones y omisiones, pero si se ha conservado ordenadamente toda la base documental (facturas, contratos, albaranes, etc.) no será excesivamente difícil reconstruir la vida económica de la empresa. E igualmente una irregularidad en la contabilidad puede suplirse con una correcta confección de las cuentas anuales. Un lapso en la llevanza de la contabilidad tampoco tiene por qué generar automáticamente la imposibilidad de apreciar la situación financiera de la entidad. En este punto, el criterio de valoración puede ser el siguiente: se impide conocer la situación financiera del deudor cuando un experto necesita un tiempo desproporcionado, atendiendo a lo que es usual, en su comprensión.

Un aspecto polémico es en qué medida constituye una distorsión de la situación patrimonial de la empresa la simulación de determinadas operaciones delictivas, como por ejemplo, el pago de un soborno que se contabiliza como pago a proveedores. En cuanto que esta conducta por ejemplo encubre una operación de la que puede derivarse un grave riesgo patrimonial para la entidad (decomiso de bienes, inclusión en listas negras, etc.), por supuesto que impide conocer la situación patrimonial.

2. La presentación de datos contables falsos destinados a la apertura del concurso (art. 261).

La apertura del procedimiento concursal tiene, como es conocido, efectos jurídicos

muy importantes. De un lado tiene efectos personales sobre el deudor, restringiendo notablemente su capacidad de obrar. Con la declaración del concurso se declara que ha perdido su "crédito", que ya no es un actor económico digno de confianza. De otro, la declaración del concurso transforma notablemente los derechos de crédito. Como consecuencia del principio de igualdad de trato (*par conditio creditorum*) por lo pronto se paralizarán las acciones individuales que se hayan podido emprender para el cobro de créditos singulares y no será posible emprender otras nuevas. La apertura del concurso supone que de la ejecución individual pasamos a la colectiva. Pero, además, el derecho de crédito se integrará en la masa del concurso y como consecuencia se verá reducido. Igualmente el pago de algunos créditos ya vencidos se verá aplazado y se declararán vencidos otros créditos que aún no lo estaban. Todos tendrán que esperar a la resolución del concurso para, en su caso, satisfacer sus intereses. Debido a todas estas transformaciones y efectos jurídicos es normal que nuestro ordenamiento jurídico reserve la apertura del concurso al juez, a través de un auto.

El bien jurídico del art. 261 es precisamente proteger la **corrección del auto de apertura del concurso** y con ello **impedir que las funciones del concurso sean alteradas**. De este modo se protege mediatamente el derecho de crédito, pero también al propio deudor, pues en torno a la apertura de un concurso en falso pueden existir intereses torticeros de todo tipo. La lectura conjunta del art. 261 con la de los preceptos que regulan la solicitud del concurso (arts. 6 y 7 Ley Concursal) determina igualmente cuál es el objeto material del delito, los "**datos contables**". Se trata únicamente de aquellos documentos que son relevantes para la declaración del concurso y que deben acompañar al escrito de solicitud o bien presentarse posteriormente. El término dato contable debe pues ser interpretado como dato necesario para la declaración del presupuesto objetivo del concurso: la situación de insolvencia y sus manifestaciones. La presentación de documentos falsos en otros momentos del procedimiento concursal cae fuera del ámbito de protección del tipo, que como hemos indicado reside en tutelar la corrección del auto de apertura del concurso.

La función que cumple el art. 261 explica su carácter de delito especial: **autores** sólo pueden serlo aquellas personas que conforme al art. 3 Ley Concursal están legitimadas para solicitar la apertura del concurso: el deudor, los acreedores o el mediador concursal. Si los acreedores son una persona jurídica, los autores son los componentes de su "órgano de administración o liquidación". La presentación es distinta lógicamente a la confección de los documentos falsos. Los autores de este último delito habrán de ser sancionados como partícipes necesarios y autores del correspondiente delito de false-

dad, si bien debe tenerse en cuenta que el concepto de dominio funcional que maneja la jurisprudencia en las falsedades, en realidad un concepto subjetivo de autor, hace normalmente que el interesado en la falsedad -el que la presenta- sea considerado autor.

Uno de los aspectos más polémicos en la interpretación del 261 ha sido la determinación del **momento** en el cual los hechos pueden ser cometidos, debido a la expresión "en concurso" que utiliza el tipo penal. Del bien jurídico tutelado y de la función que cumple este precepto se desprende que el momento más importante para la comisión de este delito es el de la **presentación de la solicitud de la declaración del concurso**, pues sobre todo en el caso del deudor (art. 6 Ley Concursal) debe contener, salvo en casos excepcionales (art. 6.5 Ley Concursal), todos los documentos en los que se base su solicitud. Esto no impide que el delito pueda cometerse posteriormente. Así por ejemplo en el caso del acreedor, únicamente debe aportar en el escrito de solicitud el documento que acredite su condición de acreedor (art. 7.1 Ley Concursal); el resto de pruebas (fundamentalmente documentos) que acreditan que el deudor se encuentra en situación de insolvencia puede ser presentado posteriormente (art. 7.5 Ley Concursal). Lo importante, por ello, más que el momento de comisión del delito es que éste tiene únicamente como objeto material aquellos documentos necesarios para la declaración de la apertura del concurso.

El art. 261 pertenece a la familia de las **falsedades de uso** (art. 393 y art. 396) y en cuanto que el destinatario de los documentos falsos es un juez, constituye una **estafa procesal anticipada**. Estos parentescos nos proporcionan algunas claves importantes en su interpretación.

El art. 261 es un delito **de peligro** y más exactamente **de idoneidad**. Tal como se desprende de su relación con la estafa procesal, no basta aquí cualquier engaño - aportación de datos falsos- sino sólo aquél que tenga la entidad suficiente como para causar un error en un sujeto tan cualificado como puede ser el juez. El parentesco con la estafa procesal ciertamente acaba aquí. Pues la estafa procesal está destinada a que la decisión del juez suponga, directa o indirectamente, un acto de disposición patrimonial, mientras que aquí la decisión del juez aunque tiene una gran relevancia para los intereses patrimoniales, tiene una función bien distinta.

Por otro lado, la existencia del art. 261 sólo se explica porque sus parientes, los art. 393 y 396, tienen una serie de limitaciones que les impiden cumplir con la función de tutelar anticipadamente la capacidad de decisión del

juez concursal. Los art. 393 y 396 se refieren a presentar documentos falos en juicios y el proceso concursal no es exactamente un juicio, pero sobre todo la peculiaridad del art. 261 radica en que los documentos falsos a los que se refieren estos preceptos son exclusivamente los procedentes de falsedades materiales, pues son éstas las que conforme los arts. 392 y 395 pueden cometer exclusivamente los particulares. Frente a ello, el art. 261 admite también la presentación de documentos en los que existe una falsa narración de los hechos o más aún de documentos como las cuentas anuales o documentos contables donde como hemos indicado el término falsedad es inapropiado. De todo lo anterior se desprende que el art. 261 tiene con las falsedades de los arts. 390 ss. una relación de especialidad (art. 8.1) si es que los documentos falsos constituyen falsedades materiales; en el caso mucho más frecuente de que se trate de falsedades ideológicas o irregularidades contables, únicamente concurre el art. 261.

En el caso de que el autor del delito sea el deudor y éste sea una sociedad mercantil la falsedad puede recaer en las cuentas anuales y en otros documentos que constituyen también objetos materiales del art. 290. En este supuesto debemos distinguir dos situaciones. En la primera, singularmente extraña, las falsedades en estos documentos se habrían producido con el único objetivo de ser presentadas al juez del concurso. En este supuesto el art. 261 habría de ser considerado delito especial. La menor pena en relación al art. 290 se justificaría porque el radio de acción del peligro de unos documentos contables falsificados *ad hoc* es menor. En el supuesto en que las cuentas anuales o el resto de los documentos que son objetos materiales comunes a los arts. 290 y 261 se hayan difundido más allá de las autoridades del concurso habría que apreciar un concurso ideal de delitos. Pues los dos bienes jurídicos tutelados por cada uno de ellos han sido afectados y la existencia del 261 muestra que quiere otorgarse una tutela penal específica a la corrección del auto de declaración del concurso.

Más sencillas finalmente son sus relaciones con el art. 259. Para entenderlas hay que percatarse de que normalmente el deudor que presenta datos falsos para la apertura del concurso lo que pretenderá demostrar es una situación de insolvencia que no existe. De ahí se sigue que se trata de tipos penales con funciones diferentes y que se excluyen mutuamente.

3. El delito contable tributario.

A. *Bien jurídico y sujetos activos.*

Ya hemos indicado en la introducción que el deber de contabilidad del derecho tributario tiene una finalidad diferente al mercantil: permitir a la administración tributaria, singularmente a la inspección de Hacienda, comprobar la corrección de las declaraciones de los contribuyentes. La obligación contable es por tanto una obligación instrumental de la obligación de pagar impuestos. Dada esta relación de accesoriedad, el bien jurídico tutelado en el art. 310 y el protegido en el delito fiscal es el mismo: la protección de la Hacienda Pública entendida -*vid.* Tema 14- como la realización efectiva de las previsiones de recaudación tributaria de cada tributo de acuerdo con las normas que lo regulan.

Como puede apreciarse, la **función que cumple la contabilidad tributaria** en relación a la inspección de tributos resulta similar a la que desempeña para las autoridades concursales (tener una radiografía de la actividad económica que les permita la supervisión): esta función, que atiende a la protección de un bien jurídico con alta relevancia constitucional, no debería dejar lugar a dudas sobre la legitimidad de esta figura.

Los sujetos activos del delito contable son aquellos **obligados** por ley a la llevanza de contabilidad por motivos tributarios. Las leyes reguladoras de cada impuesto establecen *prima facie* sobre quiénes pesan estas obligaciones, que después tienen un prolijo desarrollo reglamentario. Al tipo penal le basta con que la obligación general se afirme en una ley. Aunque dada la remisión que el art. 310 hace a las leyes tributarias, la determinación de los sujetos activos resulta compleja, en general puede decirse que, son autores todos aquéllos que ejercen actividades comerciales o empresariales según el Código de Comercio, pero también otros profesionales y entidades que conforme a dicho Código no tienen la cualidad de comerciantes, como por ejemplo son los profesionales o los agricultores en el caso del IRPF. Ahora bien, en estos casos debe tenerse presente que las obligaciones contables procedentes del IRFP de pequeños comerciantes y profesionales individuales están sometidas al régimen de estimación directa de bases tributarias, lo que aligera enormemente sus deberes contables. Por esta razón el art. 310 los deja fuera del tipo (art. 310 bis a). En suma, la condición de autor del delito contable está sometida a un doble filtro: obligación por las leyes tributarias de llevar contabilidad y no estar sometido al régimen de estimación directa.

La conformación de la obligación tributaria en cada impuesto determina además cuál es el objeto material del delito. El art. 310 menciona tres objetos diversos: **contabilidad mercantil, libros y registros fiscales**. Tal como explicamos en la introducción la contabilidad mercantil y sus libros contables son los documentos más importantes tanto para el IRPF como para el Impuesto sobre Sociedades; en el caso del IVA los documentos en que se plasman las obligaciones contables son los registros. Existe igualmente la obligación de llevar libros contables tributarios (diferentes a los mercantiles) por aquellos profesionales sometidos al IRPF pero que no están obligados por el Código de Comercio a llevar contabilidad mercantil.

B. *Comportamientos típicos*.

El delito contable castiga, como se ha indicado, comportamientos que suponen una **violación de los deberes contables tributarios y que ponen en peligro las pretensiones de recaudación tributaria de la Hacienda Pública**. En las dos primeras conductas tipificadas en las letras a) y b) del art. 310 el peligro deriva de que a la inspección le será imposible comprobar la veracidad de las declaraciones tributarias ante la ausencia de contabilidad -a)- o la existencia de una doble contabilidad -b)-. Estos dos comportamientos se consideran un delito de peligro abstracto. Las conductas tipificadas en las letras c) y d), por el contrario, constituyen un peligro concreto, en cuanto que las irregularidades contables tendentes a aminorar la base del impuesto o a incluir indebidamente gastos deducibles deben haberse reflejado en las declaraciones tributarias que se hayan presentado.

Dado este carácter de peligro y la exigencia de que las irregularidades contables se reflejen en la declaración la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran que a través del delito contable se tipifican **comportamientos preparatorios del delito fiscal**. Por esta razón cuando se aprecia un delito fiscal la relación es de concurso de normas y más concretamente de consunción (art. 8.3). Cuando la inspección tributaria consigue determinar la base imponible del impuesto y apreciar que existe delito fiscal, pese a que el sujeto ha realizado alguna de las conductas típicas del delito contable, el desvalor que suponen las irregularidades contables se entiende consumido en el delito fiscal. A esta solución podría objetársele que se ha obstaculizado doblemente la labor de la administración tributaria, primero con la no presentación o la presentación incorrecta de la declaración y después, cuando ha ido a comprobar, con la inexistencia de irregularidades en la contabilidad. Este mayor

entorpecimiento de la función de recaudación de los tributos debe tenerse en cuenta en la determinación de la pena del delito fiscal, pero normativamente no debe considerarse lo suficientemente significativo para dar el salto simplemente valorativo que a veces supone pasar del concurso de normas al más grave régimen penal del concurso de delitos.

La función del delito contable y su sentido político criminal radica por tanto en actuar residualmente respecto del delito fiscal, como tipo de recogida. La sanción por delito contable se produce fundamentalmente en aquellos supuestos en que la inspección tributaria, debido a las irregularidades contables, ha tenido que utilizar la estimación indirecta como método para calcular la base imponible del impuesto (art. 58 Ley General Tributaria). Como es conocido, la estimación indirecta se fundamenta en la utilización de presunciones que, aunque son válidas en el derecho tributario, en el ámbito del derecho penal no siempre cumplen con los requisitos que la jurisprudencia constitucional impone a la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia. Esta función subsidiaria estrechamente ligada al régimen de estimación indirecta explica por qué el art. 310 a), en el caso de incumplimiento de llevanza de contabilidad, sólo castigue estas conductas cuando el autor está sujeto a la estimación directa de las bases tributarias. Si desde el principio la administración utiliza como método la estimación objetiva, un régimen basado en módulos, la obligación tributaria pierde parte de su sentido. La existencia del delito contable aligera, de este modo, la presión probatoria del delito fiscal para admitir las presunciones tributarias y que favorece la expansión del delito en contra de la presunción de inocencia. Esta perspectiva debería ser tomada en cuenta en el debate acerca de la legitimidad de esta figura que desde su creación ha sido muy criticada por la doctrina.

El delito contable puede operar también como tipo de recogida en aquellos supuestos en que el fraude fiscal, ligado a las irregularidades contables, no supera el umbral de 120.000 €. Esta función es particularmente evidente en las dos modalidades de peligro concreto.

Los comportamientos tipificados en el delito contable muestran -una vez más- lo inapropiado del término falsedad cuando nos referimos a comportamientos que consisten en infringir la normativa contable. Las **conductas típicas** constituyen violaciones particularmente graves de los deberes contables tributarios.

En la letra a) se tipifica un delito de omisión pura, consistente en haber **incumplido absolutamente la obligación de llevar contabilidad**. Hubiese sido más apropiado tipificar esta conducta tal como hemos visto se hace en el

delito de insolvencias, en el sentido de que las irregularidades en la llevanza de la contabilidad sean lo suficientemente importantes como para impedir apreciar la base imponible. Sin embargo, al exigirse un incumplimiento absoluto no queda otro remedio que entender que no cumplen esta conducta quienes realizan algún tipo de anotación. Estos supuestos, de contabilidades incompletas, habrán de intentar ubicarse en la letra c) que se refiere a las omisiones.

En la letra b) el art. 310 se refiere al supuesto de **llevar una doble contabilidad** en relación a una misma actividad y un mismo ejercicio económico. El tipo requiere la existencia por tanto de dos contabilidades diferentes. Al lado de la contabilidad real, que se supone refleja fielmente los resultados económicos de la actividad empresarial, el autor confeccionará una contabilidad tributaria paralela donde se oculte o simule la verdadera situación económica de la empresa. Normalmente a través de esta contabilidad se presentarán unos resultados contables que arrojen beneficios inferiores a los reales con el fin de aminorar la base del impuesto. Tal como hemos indicado, se trata de un delito de peligro abstracto; para su consumación no es necesario que la inspección tributaria llegue a realizar algún tipo de comprobación sobre la base de esta contabilidad. No obstante, el tipo exige demostrar que la "segunda contabilidad" tiene objetivamente tales divergencias con la real que oculta o simula la verdadera situación de la empresa.

Las letras c) y d) no suponen violaciones tan radicales como las anteriores de las obligaciones contables. Por esta razón, conforme al principio de *ultima ratio*, el legislador exige:

1º que las irregularidades se reflejen en las declaraciones tributarias presentadas, lo que convierte a estas modalidades en delitos de peligro concreto;

2º que las irregularidades contables tengan cierta importancia cuantitativa; la distorsión en el resultado contable debe ser superior a 240.000 €, lo que normalmente supondrá que la base imponible del impuesto se habría incrementado en esta cantidad de haberse anotado correctamente las cantidades; esta cantidad referida al impuesto de sociedades implica que, por ejemplo, con un tipo de gravamen del 25 % como el que ha operado en 2016, el delito contable se aplicaría a supuestos en que la cantidad de la deuda defraudada sería de 60.000 €, una cantidad significativamente menor a los 120.000 € que requiere el delito fiscal. Esta discordancia desde luego resta coherencia a la incriminación de los delitos contra la Hacienda Pública.

Las **irregularidades contables** a que se refieren estas letras versan sobre

hechos: anotar hechos inexistentes ("anotaciones contables ficticias": un gasto que no ha tenido lugar) o no anotar hechos que han tenido efectivamente lugar ("no hubiere anotado [...] transacciones económicas": un ingreso efectivo). La relevancia de estos hechos o su no relevancia viene determinada por la normativa contable, donde como es conocido, por ejemplo, se impone el principio del devengo, de acuerdo con el cual el pago de un acreedor se contabiliza en el momento en que surge el derecho a cobrarlo y no cuando se ingresa efectivamente.

Más importante aún es la normativa contable para determinar la conducta típica en el supuesto consistente en "anotar cifras distintas a las verdaderas". Pues aquí entra de lleno la importancia de los criterios de valoración contable. Tal como explicaremos con más detalle al ver el art. 290, en este supuesto sólo resultan típicas valoraciones absolutamente inmantenibles.

La importancia de la normativa contable es determinante a la hora de determinar el tipo subjetivo en este delito. Nos encontraremos ante un **error** de tipo, que en ausencia de tipificación imprudente carece de sanción, cuando el autor yerre acerca de su interpretación.

Ya nos hemos referido a las **relaciones concursales** entre el delito contable y el delito fiscal e igualmente en un apartado anterior abordamos la mayoría de las relaciones del art. 310 con el resto de delitos de falsedades. Únicamente en este apartado restaría por hacer algún tipo de comentario en relación a las relaciones entre el delito contable y las falsedades que se hayan podido realizar en albaranes, facturas o contratos que después se reflejan en la contabilidad mercantil. Para resolver este punto debe tenerse en cuanta la estructura piramidal de las obligaciones contables. Las irregularidades en la contabilidad requieren casi necesariamente de la falsedad en la documentación que le sirve de base, por lo que existe una relación de concurso de normas. El delito contable absorbe la realización de estas falsedades previas. Este resultado avala una vez más su consideración como falsedad en documento privado y no como documento mercantil.

V. La falsedad en las cuentas anuales y en otros documentos de importancia semejante (art. 290).

1. Bien jurídico y naturaleza del delito.

Las **cuentas anuales** constituyen el tercer escalón de las obligaciones

contables de todo empresario, tanto individual como colectivo. Sin embargo, conforme a lo que es usual en el derecho comparado, la formulación incorrecta de las cuentas anuales sólo se castiga de manera expresa en el marco de las sociedades mercantiles conforme al art. 290.

La falsedad en las cuentas anuales de **comerciantes individuales** debe considerarse un delito de falsedad en documento privado. Sólo de esta forma se consigue una intervención coherente del Derecho penal, que es además consistente desde el punto de vista de una interpretación sistemática. Tal como muestra el derecho comparado, los delitos de falsedad en los balances surgen históricamente limitados a las sociedades de capital, en cuanto que son expresión de la preocupación del legislador histórico por los peligros que se derivan de la limitación de la responsabilidad en este tipo de sociedades. En el derecho español, debido al rigor con que tradicionalmente se han castigado las falsedades, las irregularidades en los balances tanto en el caso de comerciantes individuales como de sociedades de capital se consideraban delitos de falsedad en documento mercantil. La aparición con el Código Penal de 1995 del art. 290 no llevó, sin embargo, a reflexionar acerca del modo en que había de castigarse la falsedad por parte de los comerciantes individuales, lo que conduce a una situación incoherente. Mientras que el art. 392 sanciona la falsedad en las cuentas anuales de pequeños empresarios individuales sin requerir ningún requisito más, tutelando exclusivamente la función de este documento, el art. 290 se conforma como un delito pluriofensivo y de peligro en el que se tutela tanto la función que en el tráfico económico tienen las cuentas anuales como el patrimonio de la sociedad, de socios y de terceros. Ello sin contar que en caso de concurso con otros delitos, y sobre todo la estafa, las penas en el caso del comerciante individual también son muy elevadas.

Una interpretación sistemática debe llevar a corregir esta arbitrariedad del legislador. La falsedad en las cuentas anuales por parte de los comerciantes individuales debe considerarse falsedad en documento privado y limitarse a falsedades materiales. Las cuentas anuales no cumplen las funciones de los documentos que anteriormente hemos considerado caracterizan a los documentos mercantiles. Su valor probatorio es además reducido, en cuanto que expresan principalmente juicios de valor.

Ello no quiere decir, sin embargo, que el Código Penal desconozca la importancia que tienen en el tráfico económico y que constituyen una obligación de todo comerciante. Por esta razón, en el delito de insolvencia punible se tipifica la no formulación de las cuentas anuales -de cualquier tipo de comerciantes individual o colectivo- al igual que otras irregularidades en situaciones de insolvencia o crisis económica o en su caso mediante el delito contable tributario (art. 310). Si de nuevo se comparan las penas del art. 259 (uno a cuatro años y multa) con las del art. 392 (6 meses a tres años y multa), se observa cómo la diferencia de pena no es lo suficientemente significativa como para explicar el considerable mayor desvalor de las irregularidades contables en tiempos de insolvencia.

El art. 290 es un delito pluriofensivo, cuyos bien jurídicos son, de un lado, la **función que tienen hoy en la vida económica las cuentas** anuales y el resto de documentos que se citan en él **y**, de otro, el **patrimonio** de la sociedad, de socios y terceros.

Las cuentas anuales desempeñaban tradicionalmente una función esencialmente **interna**, destinada a proteger el capital social e, indirectamente, por tanto a los acreedores. Su principal cometido consistía en impedir que la empresa repartiera beneficios ficticios y así se descapitalizara. Se trataba de una función ligada al privilegio que supone la limitación de la responsabilidad al capital social. Dentro de esta función interna, las cuentas anuales también resultan un instrumento de control, mediante el que los accionistas supervisan la dirección realizada por el Consejo de administración. En la actualidad, a esta función interna se superpone una función externa, ligada al desarrollo del mercado crediticio. Se trata de informar a terceros acerca de la marcha de la sociedad, con el fin de orientarles en sus decisiones de carácter económico relacionadas con la misma: conceder un préstamo, suministrarle mercancías, compra de acciones, etc.

La función **externa** de las cuentas anuales es hoy preponderante, en cuanto que es la que determina los criterios de valoración contable que rigen la confección del balance o, dicho de otro modo, los criterios que han de ser utilizados para determinar la "imagen fiel" del patrimonio, la situación, financiera y el patrimonio de la sociedad (art. 34.2 Código de Comercio). Mientras que conforme a la función interna los criterios de valoración eran más estrictos, rigurosos y conservadores ("prudencia valorativa"), la función externa ha auspiciado como criterio de valoración, el valor de mercado o valor razonable (art. 38 bis Código de Comercio). Un criterio de valoración sin duda más atractivo a los efectos del mercado y posibles inversores, pero que también otorga un mayor margen de discrecionalidad. Este margen de apreciación afecta a la determinación del tipo penal, en cuanto que resulta más complejo establecer cuál es la valoración correcta. Esta falta de taxatividad debe compensarse a través de una interpretación restrictiva, en virtud de la cual el delito sólo se comete cuando no hay margen de discusión acerca de la incorrección contable, que puede calificarse de arbitraria.

La interpretación restrictiva del tipo viene también propiciada por su carácter **pluriofensivo**, que le ha conformado como un delito de lesión, en su segundo párrafo, y de peligro abstracto, en el primero, para el patrimonio de la sociedad, los socios o terceras personas. En su modalidad de lesión ello re-

quiere comprobar la existencia de una relación de imputación objetiva entre la falsedad y el perjuicio. En su modalidad de delito de peligro es necesario demostrar que la irregularidad tiene la entidad suficiente como para generar un riesgo desaprobado de adoptar una decisión perjudicial para los patrimonios protegidos por el tipo.

Esta restricción cuestiona principalmente la tipicidad de alteraciones contables que, aunque desde un punto de vista contable son inmantenibles, por su cuantía por ejemplo no afectan de manera sensible a la situación patrimonial o financiera de la empresa. Sería el caso de la contabilización de pagos ilícitos o sobornos, como un gasto de otra naturaleza, en el marco de una gran compañía. Igualmente, bajo una interpretación estrictamente patrimonial, resultan cuestionables las irregularidades en el informe de gestión y en el informe de gobierno corporativo (art. 538 Ley de Sociedades de Capital), que forman parte de las cuentas anuales en determinadas sociedades, donde debe informarse de aspectos medioambientales, de personal o de la estructura de gobierno y de poder en la sociedad. Igualmente, tras la incorporación de la Directiva 2014/95 sobre estados no financieros, que obliga a las sociedades a realizar informes relativos a su sistema de cumplimiento en materia de derechos humanos, lucha contra la corrupción, medio ambiente, igualdad, la visión patrimonial de las cuentas anuales impide tener en cuenta las incorrecciones que se produzcan en esta materia.

A mi juicio, y pese a lo que *prima facie* pueda parecer, la falsedad en estos documentos es susceptible de generar un riesgo desaprobado idóneo a los efectos del art. 290. Debe tenerse en cuenta que en la actualidad este tipo de informaciones relativas, en definitiva, a los criterios con que son gestionadas las sociedades resultan relevantes a la hora de adoptar decisiones económicas, como por ejemplo ocurre en los fondos de inversión éticos.

El Auto TSJ Castilla la Mancha de 15 de mayo de 2002 consideró irrelevante la falsedad en documentos que no se referían estrictamente a la situación patrimonial de la sociedad.

2. Objeto de la acción.

El **objeto principal del delito** son, como viene indicándose, **las cuentas anuales** de las sociedades de capital. Tras las últimas reformas del derecho societario, las cuentas anules se formulan de manera diversa dependiendo del tamaño de la sociedad, del volumen de negocios, del número de trabajadores, etc. La Ley de Sociedades de Capital distingue entre el balance abreviado y el balance normal (art. 257). Los elementos comunes, y que com-

ponen el balance abreviado, son el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Se trata de tres fotografías, de tres aspectos diferentes de la sociedad, que tomadas desde ángulos diversos sirven para ofrecer del modo más exacto posible la imagen fiel. El balance refleja la situación patrimonial de manera estática (el pasivo, el activo y el patrimonio neto), la cuenta de pérdidas y ganancias es la fotografía referida a los resultados del año (los activos y el patrimonio de la empresa pueden ser muy altos, pero el ejercicio económico quizás no haya sido demasiado boyante); la memoria es finalmente un documento explicativo ("en letras") donde se completa de forma descriptiva la información más numérica contenida en los otros documentos. En las sociedades obligadas a presentar el balance normal a los tres documentos anteriores se les une (1) el estado de cambios del patrimonio neto, (2) el estado de flujos de efectivo, el informe de gestión y el informe de auditoría.

Desde el punto de vista jurídico penal las cuentas anuales son un documento complejo, donde, debido a la complementariedad entre las distintas partes, las distorsiones en la imagen deben resultar de su apreciación conjunta. De especial importancia a los efectos de apreciar las irregularidades contables resulta la memoria, que es la encargada de propiciar la explicación de criterios contables alternativos que resultan diversos a los usuales. Este carácter complejo supone que la incorrección en uno de los documentos puede compensarse por una correcta información en otro diverso.

La SAP Valencia 486/2005, de 2 de septiembre, se ocupó de un supuesto en que un crédito no figura en el balance, pero sí en el informe de auditoría. Véanse también las SsTS de 14 de julio de 2000 y de 12 de julio de 2002.

Además de las cuentas anuales, el tipo penal se refiere a cualquier **otro tipo de documentos** "que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad". Esta expresión debe interpretarse de forma restrictiva. Lo que negativamente supone que:

1º La utilización del verbo "deban" indica que se trata de informaciones que la entidad emite en virtud de una **obligación legal**. Quedan fuera del tipo penal informaciones que aunque se dirijan a un número amplio de personas, se emiten sin que exista ningún tipo de obligación legal. Sería, por ejemplo, el caso de un informe que se presenta ante una entidad bancaria con el fin de obtener un préstamo o de un contrato en el que se simula un importante encargo para la sociedad (véase la SAP Valencia de 16 de abril de 2001).

2º Para mantener la proporcionalidad de la pena y la racionalidad del tipo la cláusula abierta del 290 debe referirse a documentos **destinados a un número indeterminado o pluralidad de personas**, de manera semejante a las cuentas anuales. Por esta razón no forman parte del objeto del delito comunicaciones que aunque deriven de una obligación legal, se dirijan a personas determinadas (por ejemplo, agencias administrativas u órganos de control).

3º También por razones de proporcionalidad y coherencia deben **quedar fuera del tipo penal los denominados libros corporativos o las actas de las juntas o sus certificaciones** emitidas por el secretario del consejo. Este tipo de documentos, como ya hemos expuesto, constituyen documentos mercantiles y deben ser sancionados conforme al art. 392. Contravendría al principio de proporcionalidad sancionar con iguales penas las irregularidades en documentos cuya función económica y jurídica nada tiene que ver entre sí.

En contra de esta interpretación, la jurisprudencia mayoritaria: así, STS 24-6-2005 (libro de socios) y STS 7-3-2013, así como SAP Madrid 6-6-2001, SAP Zaragoza 30-10-01 y SAP Madrid 19-2-2003 (acta de juntas y certificaciones). No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado en alguna ocasión (STS 7-11-2003), que el tipo penal sólo acoge a los documentos destinados a hacer pública la imagen de la sociedad.

4º Una interpretación sistemática con el art. 282 bis implica también que los documentos que deben producirse y hacerse públicos conforme a la **legislación del mercado de valores** son sancionados por este tipo penal y no por el art. 290. Sería el caso, entre otros, de la publicidad de los pactos parasociales que se consideran hechos relevantes (art. 531 LSC).

5º En cuanto que el tipo penal habla de "documentos" quedan **fuera manifestaciones que se hacen de manera oral**, como, por ejemplo, pudieran ser informaciones inexactas que se dan en el transcurso de una junta general o en un medio de comunicación.

6º La cláusula abierta del art. 290 se aplica a los denominados **balances** extraordinarios, que se producen en situaciones como la escisión, transformación, fusión o liquidación o el aumento de capital (arts. 300 y 301 LSC). En general todos los documentos destinados a hacerse públicos, por obligación legal, que sean reflejo de las obligaciones contables deben considerarse incluidos.

El balance consolidado que deben presentar los grupos sin duda responde a estas características. En este caso deben distinguirse dos situaciones. En primer lugar, las irregularidades que proceden de los balances de las sociedades del grupo, cuya responsabilidad recaerá en su caso en los administradores de estas sociedades. En segundo lugar, las irregularidades introducidas expresamente en las cuentas consolidadas, de las que serán responsables los administradores de la sociedad matriz.

7º El art. 290 abarca también las cuentas anuales que deben presentar los **liquidadores** de la sociedad (arts. 383, 388 y 390 LSC), como el resto de información que deben hacer llegar periódicamente a los socios dando cuanta del estado de la liquidación. También forman parte del art. 290 los documentos emitidos por los fundadores o promotores de la entidad.

3. Comportamiento típico.

El art. 290 utiliza el verbo "**falsear**" para referirse a la conducta típica. Como ya hemos explicado, la utilización del concepto de falsedad en el art. 290 resulta incorrecta, por lo que debe interpretarse de manera autónoma del art. 390. La conducta típica es la **formulación irregular o defectuosa** de las cuentas anuales y el resto de documentos que constituyen el objeto de la acción. La conducta es similar por tanto a la que hemos visto en relación a los delitos de insolvencia (art. 259.1.8ª), si bien aquí el requisito material de que la irregularidad debe impedir la apreciación de la situación patrimonial se sustituye por el más impreciso de la idoneidad para causar un perjuicio patrimonial.

La formulación irregular se determina, por tanto, normativamente, en cuanto que consiste en la infracción de las normas contables que regulan la formulación y confección de estos documentos. La formulación irregular supone en general apartarse de manera injustificada e insostenible de los principios de valoración contable, incluyendo partidas sobrevaloradas o infravaloradas, pero también a través de la inclusión de partidas ficticias o la no inclusión de determinadas partidas (SsTS 2-11-2004, 20-11-2008 y 14-12-2015 y SAP Barcelona 20-9-2000, SAP Burgos 7-2-2003, SAP Málaga 31-32009 y SAP Valencia 22-11-2010). La omisión es sin duda relevante en cuanto que las cuentas anuales deben formularse de manera completa.

La formulación irregular puede producirse también mediante conductas que suponen una alteración material de las cuentas anuales o fingiendo la

firma de los administradores en las cuentas anules (art. 253.2 LSC; *vid*. este supuesto en SAP Soria de 10 de julio de 1998). Comportamientos como la destrucción o no presentación sólo encuentran relevancia penal en el delito de insolvencia punible y a través de las sanciones administrativas previstas en el art. 283 LSC (*vid*. SAP Cádiz 15-5-2014 y SAP Zaragoza 22-3-2010).

La formulación irregular del balance o de otros documentos puede estar motivada en algunos casos porque el administrador intenta encubrir con ello un delito previamente realizado (por ejemplo, una apropiación indebida de los fondos de la sociedad o una administración desleal). Este comportamiento no debe considerarse un acto posterior copenado, de autoencubrimiento. La ocultación en el balance de las cantidades sustraídas, además de contraria a la normativa contable, resulta idónea para generar una decisión patrimonial que ocasiona un perjuicio patrimonial: la no reclamación de las cantidades de las que se ha apropiado o el perjuicio ocasionado mediante su comportamiento (vid. STS 18-3-2004).

4. **Autoría y participación.**

El art. 290 es un **delito especial** cuyos autores únicamente pueden ser los administradores de hecho y de derecho. No existe problema alguno en relación a los administradores de derecho. La Ley de Sociedades de Capital obliga a los administradores a firmar personalmente las cuentas anuales, lo que implica hacerse responsables de su veracidad. Se trata además de una facultad indelegable. En el caso de órganos de administración colegiados, ello no implica necesariamente que todos los administradores deben firmar las cuentas; el art. 253.2 permite a un administrador no firmar las cuentas, indicando los motivos de su negativa. Ello corrobora que el art. 290 no es un delito colegial y que, pese a la firma conjunta, debe establecerse la responsabilidad individual (especialmente el carácter doloso del comportamiento) de cada uno de los administradores que firman las cuentas o documentos semejantes. Dentro de los administradores de derecho han de incluirse a los liquidadores de la entidad e igualmente a los administradores concursales. Si bien, las falsedades cometidas por estos últimos tendrán relevancia como insolvencias punibles.

Esta obligación especial de garantizar la veracidad, implica que debe utilizarse necesariamente un concepto muy estricto de **administrador de he-**

cho en este delito. Únicamente pueden ser autores administradores fácticos, que, por ejemplo, aunque disponen de un mandato caducado, siguen firmando las cuentas. En cambio sólo puede ser considerado inductor o cómplice el administrador de hecho oculto o quien domina la empresa a través de administradores que no son sino testaferros.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia las falsedades no son un **delito de propia mano**. Ello implica que el autor no necesariamente debe llevar a cabo la conducta típica y que es posible considerarle autor debido a su dominio funcional sobre el hecho. De este modo, los administradores resultan autores aunque la confección material de las cuentas pueda ser desarrollada por directivos, por técnicos o por dependientes de la sociedad (art. 25.2 CCom). Éstos, en su caso, habrán de ser considerados partícipes, normalmente cooperadores necesarios, si han desempeñado un papel muy activo en el diseño de las irregularidades contables. En relación a los técnicos o dependientes debe tenerse presente la doctrina de los comportamientos neutrales, en cuanto que no resulta de su incumbencia verificar la corrección de los datos contables; resulta indiferente que conozcan o no las irregularidades cuando se limitan a realizar su función.

El problema principal, en lo que se refiere a la autoría es la responsabilidad de los **auditores de cuentas**, que inexplicablemente no son incluidos en el círculo de autores del art. 290.

El art. 263.2 Ley de Sociedades de Capital obliga a determinadas sociedades a la verificación de sus cuentas anuales por los auditores, expertos independientes que utilizando técnicas de revisión contable emiten un informe sobre su fiabilidad que tiene efectos frente a terceros. Estos informes no sólo afectan a las cuentas anuales o estados financieros, sino a otros documentos contables. En el caso de las cuentas anuales el informe de auditoría forma parte de las cuentas anuales y debe emitirse un mes después desde que se someten a verificación las cuentas firmadas, a fin de que los socios puedan decidir en la junta general su aprobación. La función del auditor, actuando como un "perro de presa", es descubrir las distintas irregularidades e infracciones a la normativa contable, e incluso tiene el deber de poner de manifiesto los posibles delitos (por ejemplo, corrupción) que con ocasión de esta labor haya descubierto. La relevancia del auditor de cuentas implica que la falsedad en su informe sobre las cuentas anuales le convierte necesariamente en un cooperador necesario, al que por su entidad no necesariamente le habría de ser de aplicación la rebaja de la penalidad prevista en el art. 65.3 Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, el principal problema a la hora de establecer la responsabilidad del auditor, descansa en que el art. 290 en el caso de las cuentas anuales se consuma cuando los auditores ponen a su disposición las cuentas ya firma-

das. De este modo, su conducta sólo puede calificarse como participación si ha existido un acuerdo previo acerca de esta aportación post-consumativa. En otro caso, se trataría de un supuesto de encubrimiento que resulta en nuestro ordenamiento atípico.

La responsabilidad del auditor en otros informes desvinculados del de las cuantas generales debe considerarse atípica, salvo que pueda constituir una conducta de participación. En primer lugar, estos documentos emitidos por la auditoria quedan fuera del art. 290, pero, en segundo lugar, también de los delitos de falsedades documentales, pues aunque puedan ser considerados documentos mercantiles, los arts. 390 ss. no otorgan relevancia alguna al deber de veracidad del auditor, que tiene una importancia similar al de los fedatarios públicos. Los auditores por tanto sólo pueden ser autores de falsedades materiales, que lógicamente no son ni de lejos la esencia de las irregularidades que en la formulación de sus documentos pueden realizar. No obstante, la Ley de auditorías contiene un cuadro de sanciones administrativas muy importantes.

5. Consumación y tentativa.

La **consumación** del art. 290 difiere dependiendo de su modalidad: peligro abstracto o resultado. Como delito de peligro abstracto el art. 290 es un delito de mera actividad que se consuma en el momento de la realización de la conducta típica. El problema específico que plantea, sin embargo, este precepto es que la aprobación de los documentos que constituyen el objeto de la acción está sujeta a un procedimiento de aprobación. Así, por ejemplo, la aprobación de las cuentas anuales está sujeta al siguiente proceso: firma de los documentos → sometimiento a auditoria → aprobación por la junta → depósito en el registro → publicidad, una vez que el Registrador Mercantil ha verificado las cuentas, en sus aspectos formales. Dentro de esta dinámica, el punto de inflexión determinante para entender realizado el comportamiento típico es la pérdida de control sobre el documento. A partir de este momento puede entenderse que los administradores han puesto en el tráfico jurídico un documento idóneo para adoptar decisiones económicas equivocadas, sobre el que han perdido al menos parcialmente el control.

Por esta razón, en el caso de la Caja Castilla la Mancha que nos servía como ejemplo la publicación de las cuentas aun siendo provisionales deben considerarse que constituyen un delito consumado. Igual ocurre con las cuentas trimestrales que las sociedades cotizadas deben publicar conforme a la legislación del mercado de valores, si bien este tipo de comportamientos se sanciona a través del art. 282 bis, como indicamos en el Tema 9.

Este adelanto de la consumación debería compensarse a través de la posibilidad de dar relevancia al desistimiento post-consumativo como causa de exclusión de la responsabilidad, semejante al desistimiento en la tentativa, y no como una simple circunstancia atenuante. Resulta por tanto innecesario para la consumación del delito que las cuentas se depositen en el Registro Mercantil. Esta exigencia obedece a la confusión entre el momento de consumación del delito y la prueba de la idoneidad. Tal como hemos indicado, la idoneidad depende exclusivamente de que las irregularidades en el documento versen sobre elementos que sean relevantes a la hora de adoptar una decisión con relevancia patrimonial.

En su modalidad de delito de lesión el art. 290 requiere constatar la producción de un efectivo perjuicio patrimonial y la existencia de una relación de imputación objetiva entre la irregularidad contable y el perjuicio. Esta relación requiere no sólo constatar que se ha generado un riesgo desaprobado, lo que tiene lugar mediante la irregularidad contable, sino que además éste riesgo se ha materializado en el resultado. Ello exigirá constatar el momento en que se realiza la falsedad que resulta objetivamente previsible el riesgo patrimonial. Tal como ya hemos advertido, el art. 290 segundo párrafo se aplica sólo cuando no resulte posible considerar la existencia de un delito de estafa.

6. Tipo subjetivo.

El art. 290 es un delito **doloso**. El autor debe conocer la idoneidad de la irregularidad contable para que un tercero adopte sobre ella decisiones económicas de las que puede derivarse un perjuicio patrimonial. No es necesario en modo alguno que quiera o incluso acepte este riesgo. Esta conformación del tipo subjetivo es una de las características principales de la denominada estafa de crédito. Quien, por ejemplo, confecciona irregularmente los balances, con el fin de atraer inversores u obtener crédito lo hace con la intención no de ocasionar un perjuicio, sino de obtener fondos con los que relanzar su proyecto empresarial.

El dolo del autor debe conocer también que su conducta contraviene la normativa contable. Dado que el comportamiento típico se reduce a casos en que existe una infracción evidente de esta normativa no debe ser frecuente el que aparezca este tipo de error.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

BOLDOVA PASAMAR, M.A. *Estudio del bien jurídico en las falsedades documentales*. Granada, 2000.

FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

FERRÉ OLIVÉ, J.C. *El delito contable tributario*. Barcelona: Praxis, 1994.

GRACIA MARTÍN. L. Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal. Zaragoza: Trivium. 1990.

PASTOR MUÑOZ, N.: "Algunos problemas interpretativos del art. 290 del Código Penal a la luz de los casos jurisprudenciales", en *La Ley* nº 4. 2006.

PÉREZ VALERO, I.: *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *El delito contable tributario: interpretación y análisis dogmático del artículo 350 bis del Código Penal*. Pamplona: Aranzadi. 1995.

SOUTO GARCÍA, E.M. "Problemática concursal en torno al delito de presentación de datos contables falsos del art. 261 de CP: (especial referencia a sus relaciones con el delito de falsedad en documento de la sociedad)", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 9, 2005.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La falsedad documental: análisis jurídico penal*, Barcelona: Cedes, 1999.

Tema 18

DELITOS CONTRA LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN

Norberto J. de la Mata Barranco

Claves: La principal clave de estos delitos está en entender que no son delitos contra la intimidad o contra el patrimonio, sino delitos contra el correcto funcionamiento de los sistemas de información. Hay que comprender el significado de lo que es un sistema, un dato, un programa. Saber valorar cuál el perjuicio causado. Distinguir conductas irrelevantes de aquéllas que realmente afectan a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información. Y, por supuesto, conocer la compleja redacción típica y la interpretación de todos los elementos que definen las distintas conductas punibles.

I. Introducción.

La irrupción de la informática y, posteriormente, la telemática y la cibernética en la vida empresarial ha implicado al mismo tiempo la proliferación de conductas delictivas que tienen que ver con los sistemas de información y que afectan a una correcta distribución de bienes y servicios. Desde sus inicios, y aunque sea más que eso, el denominado Derecho penal informático se ha incluido o al menos se ha vinculado al Derecho penal económico: así, en los pioneros trabajos de Tiedemann o de Sieber. Muchas conductas vinculadas a la informática nada tienen que ver con el mundo empresarial (difusión de contenidos lesivos, conductas vinculadas a la pornografía, ciberterrorismo, etc.). Otras son en cambio propias del mundo empresarial. Se habla incluso de **cibercriminalidad económica**.

A varias de ellas ya se ha hecho referencia a lo largo de este libro. En este contexto hay que tener en cuenta los delitos de estafa y fraudes informáticos (arts. 248.2, 255 y 256), los atentados a la propiedad intelectual e industrial (arts. 270 ss. y 273 ss.) o los delitos contra el mercado y los consumidores (arts. 278 ss. y 286), analizados en los temas 5, 8, 9 y 11 de esta obra. Junto a las mismas, y aunque el legislador español las vincula con delitos tradicionales, hay que tener en cuenta comportamientos directa-

mente vinculados con lo que son, en sí mismos, los sistemas informáticos que permiten un correcto desarrollo empresarial (no sólo, obviamente) y que casi siempre tienen una finalidad económica. A éstos se va a hacer referencia aquí.

II. Delitos de accesos informáticos ilícitos.

Caso del ordenador

"El actor prestó servicios para la demandada desde abril de 2.004, mediante contrato de trabajo de Alta Dirección, con la categoría de Director General, por un período de cinco años [...] prestaba sus servicios en un despacho sin llave, en el que disponía de un ordenador, carente de clave de acceso, y conectado de la red de la empresa, que a su vez dispone de ADSL. El ordenador tiene antivirus propio [...] un técnico de la empresa [...] fue requerido para comprobar los fallos en un ordenador que la empresa señaló como del actor, comprobación, que según dicho técnico, D. Eloy, se llevó a cabo a las cinco de la tarde del citado día. En dicha comprobación se constató la existencia de virus informáticos, como consecuencia de la navegación por páginas poco seguras de internet. A presencia del Administrador de la empresa comprueba la existencia en la carpeta de archivos temporales de antiguos accesos a páginas pornográficas, que procede a almacenar en un dispositivo USB y a su impresión en papel. Dichos archivos se corresponden con imágenes y videos de carácter pornográfico. El dispositivo USB es llevado a un notario para su custodia, así como la relación de páginas que en el mismo se contiene. Las operaciones llevadas a cabo en el ordenador se hicieron sin la presencia del actor ni de representantes sindicales ni trabajador alguno [...].

El ordenador fue retirado de la empresa para su reparación y el 30 de mayo, una vez devuelto, se procede a la misma operación esta vez a presencia de dos delegados de personal grabándose otro USB con las páginas almacenadas en el archivo temporal, y depositándole ante el notario, con el listado de páginas que se señalan [...]".

Extracto literal de la sentencia de 26 de septiembre de 2007 de la Sala Social del Tribunal Supremo en el Recurso de suplicación 5844/05 interpuesto frente a la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2005 por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña en los autos nº 521/05.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas.

En el Título X del Código, entre los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, el Capítulo Primero dedicado al descubrimiento y revelación de secretos acoge los arts. 197 bis y 197 ter dedicados a los delitos informáticos vinculados a la tutela de la confidencialidad de datos y sistemas.

Es importante señalar que, aunque en el art. 197.1 se mencionan los mensajes de correo electrónico y la interceptación de telecomunicaciones y en el art. 197.2 las conductas típicas tienen que ver con datos que pueden estar registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos a ninguno de ellos se va a hacer referencia aquí por tratarse de infracciones, clásicas, directamente vinculadas con la tutela de la intimidad. En el primer caso en cuanto se ha de actuar "para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro". En el segundo en cuanto se trata siempre de datos reservados de carácter personal o familiar.

Nada de esto tiene que ver con las conductas de los arts. 197 bis y siguientes, que son las directamente vinculadas, primero, con el Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa y, después, con la normativa de la Unión Europea y previstas en el marco de tutela de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de sistemas informáticos o, si se prefiere, en el de la de los sistemas de información. Son estos preceptos, por otra parte, los que pueden entenderse más relacionados con la delincuencia en el ámbito empresarial. Sí habrá que tener en cuenta también los delitos, contra el mercado, de descubrimiento de secretos de empresa de los arts. 278 a 280 (objeto de atención en el Tema 8 al no vincularse directamente con la tutela de sistemas de información). No en cambio el descubrimiento de secretos profesionales o de datos reservados de personas jurídicas, que tienen más que ver con la tutela de la intimidad, en el término amplio en que lo entiende la rúbrica del Título X del Código.

2. Evolución legislativa.

A. La regulación española en este ámbito está fuertemente relacionada con sus ***referentes internacionales***.

Así, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea acoge en el artículo 83 (antiguo artículo 31 TUE) la delincuencia informática entre los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en los que el Parlamento Europeo y el Consejo pueden establecer mediante Directivas normas mínimas relativas a la definición de infracciones penales y de sus correspondientes sanciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

Son muchas las iniciativas que a tal efecto se adoptan en Europa, pero el primer referente importante en esta materia, que servirá posteriormente de base a gran parte de la legislación supraestatal, es el Convenio sobre cibercriminalidad de 23 de noviembre

de 2001, del Consejo de Europa firmado por España. En él se obliga a tipificar la falsedad informática (artículo 7), la estafa informática (artículo 8), las infracciones relativas a la pornografía infantil (artículo 9) y las infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines (artículo 10). Y, además, en los artículos 2 a 6 del Convenio, las "*Infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos*".

Son éstas las que tendrá en cuenta, primero, la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero sobre ataques a los sistemas de información y, posteriormente, la vigente Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra sistemas de información.

En ésta se exige de los Estados la adopción de "las medidas necesarias" para que se sancionen como infracción penal el acceso ilegal a los sistemas de información (art. 3), la interferencia ilegal en los sistemas de información (art. 4), la interferencia ilegal en los datos (art. 5) y la interceptación ilegal (art. 6). Se añade esta última en relación con las que preveía la Decisión marco de 2005, pero prescinde como ella de atender comportamientos vinculados a la informática únicamente en cuanto medio de comisión (estafas, falsedades, etc.).

B. Pues bien, son *las* ***reformas de 2010 y 2015*** las que han atendido en el Código Penal esta normativa.

Hasta la aprobación de la Decisión marco de 2005, la regulación de la Unión Europea vinculada con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) tenía un carácter sectorial y no directamente vinculado, estrictamente, a la legislación penal de cada Estado, fijándose más en lo que es la informática como herramienta para la comisión del delito (propiedad intelectual y piratería, etc.)

La Decisión, centrada ya estrictamente en la tutela de los sistemas de información y preocupada fundamentalmente por la protección de las infraestructuras críticas tanto de los Estados miembros como de la propia Unión, exige a aquéllos una decidida intervención penal, ajena al concepto amplio de "cibercrimen" que maneja el Convenio de Europa (cuya traslación a la normativa penal española se ha ido produciendo en delitos diversos), centrada en las cuatro conductas que definen la esencia de los auténticos delitos informáticos (o contra los sistemas de información) y desarrollada en torno a los binomios confidencialidad-integridad, datos-sistemas y accesos-daños.

El mandato de la Decisión fue tenido en cuenta por el legislador en la Reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 del Código Penal con la incorporación de los entonces artículos 197.3 y 197.8, en el contexto de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y aunque la Decisión nada tenga que ver con esto; si bien es cierto que fuera del plazo (16 de marzo de 2007) habilitado para ello. El mandato, sin embargo, no fue asumido plenamente, en cuestiones, por ejemplo, como la de la concreción de las sanciones a aplicar.

La Directiva de 2013, con texto muy similar al de la Decisión, abre un nuevo plazo de transposición (hasta el 4 de septiembre de 2015), que es al que estaba obligado el legislador español para cubrir las deficiencias de la reforma de 2010. Las que ya existían antes de la Directiva y las que se han generado con la redacción dada a ésta. Es lo que se hizo con la reforma de 2015.

En la actualidad, las conductas descritas en los artículos 3 y 6 de la Directiva de 2013 están perfectamente transcritas (casi de forma literal) en los nuevos artículos del Código Penal 197 bis 1 (antiguo 197.3), en relación con el acceso ilegal, y 197 bis 2 (vinculado en parte al antiguo 197.1), en relación con la interceptación ilegal.

El texto español siempre más punitivo. Así, el artículo 197 bis 1 sanciona, lo que no hace la Directiva, el facilitar el acceso ilegal y el mantenimiento en el sistema contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirle de él. Y el artículo 197 bis 2 no exige la utilización de medios técnicos en la interceptación para que se pueda sancionar ésta. Además, no se acoge en ambos el principio de insignificancia que en la Directiva permite dejar sin sanción los casos que sean de menor gravedad.

Las medidas exigidas en el artículo 7 de la Directiva, en relación a los instrumentos utilizados para cometer las infracciones descritas, que, en otro contexto, se adoptan, por ejemplo, en el artículo 248.2 b), en relación con las estafas, o en el artículo 400 en relación con las falsedades, ahora ya también se incorporan a estos delitos en el artículo 197 ter. La transcripción de la normativa de la Unión es prácticamente literal. Lo único que no se recoge en el Código, tampoco aquí, es el principio de insignificancia.

Se respeta además el marco penal exigido con carácter general por el artículo 9, en sus apartados 1 y 2, tanto en el caso de los accesos de los artículos 197 bis 1 y 197 bis 2 como en el de los actos preparatorios del artículo 197 ter.

También aprovechó la reforma de 2015 para trasladar a los artículos 197 bis 1 y 2 las agravaciones de los artículos 9.4 y 9.5 de la Directiva, que ésta sólo exigía para los delitos de daños.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el nuevo artículo 197 quinquies (igualmente el artículo 288 párrafo 2 en relación con las conductas de los artículos 278.1 y 278.3, vinculadas a la confidencialidad de los datos -también informáticos- en el ámbito del espionaje industrial) la prevé en los términos exigidos por el legislador europeo en sus artículos 10 y 11. Se corrige el error de ubicación de 2010 del antiguo 197.3 párrafo 2 y se deja claro que ahora la responsabilidad del artículo 197 quinquies afecta también a los delitos del artículo 197 no vinculados al hecho informático.

Qué duda cabe que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 el Código Penal español avanzó en la tutela de los sistemas de información tratando de acomodarse a lo que le exige la Unión Europea. La reforma de 2015 culminó la adaptación de nuestra legislación (a la vanguardia, en cuanto a nivel punitivo se entiende) a la de la Unión.

Ahora bien, lo que quizás no se acierta a captar es el sentido tanto de la Decisión hoy derogada como de la Directiva, pues ambas, más allá de las previsiones de Directivas previas y de cuanto contempla el Convenio de Budapest, no fijan sus objetivos en la tutela de la intimidad, la propia imagen o la inviolabilidad del domicilio. Es cierto que las transposiciones europeas se vienen haciendo en nuestro Código Penal desde el respeto a la sistemática tradicional del mismo, en su caso, con el habitual recurso a los títulos, capítulos o artículos bis, ter, etc. Pero es que esto era factible hasta ahora por las temáticas abordadas. La tutela de los sistemas de información no es la de la intimidad (o la del patrimonio, en otro contexto) por mucho que las conductas que puedan afectar estos intereses se asemejen a las que hacen peligrar las infraestructuras críticas que tiene en cuenta la Directiva. Y de una u otra forma el legislador español debiera ser consciente de ello. No sólo tratando de acomodar redacciones legales, sino entendiendo el objetivo comunitario y, en su caso, abordándolo desde ese entendimiento.

3. Bien jurídico protegido.

Dada la ubicación del precepto, el bien jurídico hay que fijarlo en principio en la intimidad (de libertad informática o derecho de control sobre los datos personales que figuran en la sociedad informatizada hablan el Tribunal Constitucional, en relación al art. 197.2, ya en la STC 254/1993, y el Tribunal Supremo, en la STS de 18 de febrero de 1999) o, mejor, en la **privacidad** en el ámbito informático.

Aunque en realidad lo que late en la normativa internacional no es esto, sino la **seguridad de los sistemas de información** en sí mismos considerados y, en su caso la **confidencialidad de los datos** (y su integridad y disponibilidad frente a conductas de daños) que, por una parte, permiten su correcto funcionamiento y, por otra, garantizan el funcionamiento de una sociedad cada vez más vinculada a dichos sistemas. Específicamente, se alude incluso a la necesidad de garantizar el tráfico económico en el ciberespacio.

Téngase en cuenta que muchas veces el acceso a un sistema de información en modo alguno afectará a intimidad alguna (ni siquiera a información privativa de empresas o entidades públicas). Y que la interceptación de datos tampoco necesariamente implica vulneración ni de la intimidad ni del más amplio concepto de privacidad. Estamos ante algo diferente que el legislador español no ha captado correctamente como antes se decía.

Si se mantiene la idea de intimidad como objeto de tutela, todos aquellos supuestos, por ejemplo, de acceso a sistemas públicos o incluso de ataques a sistemas informáticos de personas jurídicas tendrían que considerarse atípicos por falta de antijuridicidad material. De ahí que muchos autores hayan propuesto otros intereses como objeto de tutela: la información, la accesibilidad a la información, la integridad de la información y de los sistemas informáticos, la seguridad informática, la comunicación pacífica a través de las redes telemáticas, la confianza en el funcionamiento de los sistemas informatizados, etc. Lo que no cabe duda es que la razón de ser de estos preceptos no es sólo la tutela de la intimidad (en parte, sí), sino la protección, en general, del **correcto funcionamiento de los sistemas de información** por lo que en sí mismos garantizan. Por eso en otras legislaciones se ha optado por una tipificación autónoma con ubicaciones específicas dedicadas en exclusiva a los ataques a sistemas informáticos (Francia, Portugal, República Dominicana).

4. Objeto material: sistemas de información y datos informáticos.

El art. 197 bis 1 requiere acceder o facilitar el acceso a un sistema de información. El art. 197 bis 2 la interceptación de transmisiones de datos desde, hacia o dentro de un sistema de información. El art. 197 ter la tenencia (en su sentido más amplio) de programas de ordenador, contraseñas de ordenador y códigos de acceso.

La Directiva de 2015 define en su art. 2 letra a) el concepto de **sistema** de información: "todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automatizado de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento". Los **datos informáticos** los define en la letra b) del mismo artículo como "toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función". Ambos deben entenderse como ejemplos de interpretación auténtica en cuanto la norma española deriva directamente de la europea.

El concepto de **programa** se deduce también de esta definición. El art. 96.1 de la Ley de Propiedad Intelectual dice que es la secuencia de instruccio-

nes o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea, o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. La **contraseña** es un **código** (combinación de símbolos, letras o números) secreto que, en este caso, permite el acceso a funciones informáticas.

5. Sujeto responsable de la infracción penal.

Los arts. 197 bis y 197 ter son **delitos comunes**. Cualquiera, salvo que esté "debidamente autorizado" para realizar la conducta descrita, puede cometer el delito. Y si lo está no habrá delito. El 197 quinquies prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

6. Conductas incriminadas.

A. El legislador español sanciona en primer lugar, y desde 2010, el genéricamente hablando ***acceso ilegal a sistemas*** *(art. 197 bis 1)*, que incluye las conductas de acceso, facilitación del acceso y mantenimiento en el sistema (*hacking*, como modalidad de los *data breaches*), estas dos últimas no comprendidas en el art. 3 de la Directiva de 2013 y que, sin embargo, se mantuvieron en la reforma de 2015. No hace falta ninguna intencionalidad, ningún ánimo específico, ningún resultado derivado de la entrada o mantenimiento ilícitos. No se exige "gravedad" alguna del ataque. Sí dolo, ya que no se contempla expresamente la imprudencia.

Un acceso que puede producirse por **cualquier medio** o procedimiento, esto es, a través de cualquier clase de acción. Directo o remoto (*hacking* en sentido estricto, programas *spyware*, *sniffers*, *keyloggers*). Estamos ante cualquier conducta de lo que se conoce como *hacking*, que abarca las actuaciones de los *black hats (*identificados a menudo con los *crackers)*, pero también de los *grey hats* e incluso de los *white hats*. Desde dentro o desde fuera del sistema.

Siempre que se haga **sin estar autorizado** por quien pueda dar dicha autorización.

Son muy frecuentes los casos de acceso al ordenador del empleado por parte del empleador. La STC, Sala 1ª, 170/2013, de 7 de octubre (caso Alcaliber) insiste en que es posible la fiscalización empresarial del correo electrónico corporativo con el fin de

verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales. La cuestión es la de los límites y garantías de la intervención, que ha de estar siempre regida por la idea de proporcionalidad. Interesante es también, sobre el mismo supuesto, la STC 241/2012. Asimismo las STS de 8 de marzo de 2011.

El caso objeto de comentario en este tema refleja la doctrina tradicional del Tribunal Supremo en el ámbito de la jurisdicción social (no ha existido hasta fechas recientes posibilidad de pronunciamiento en el ámbito penal). En él se plantea si el empleador puede o no acceder al ordenador del trabajador. Y en él se dice que, en ese supuesto (examen del ordenador que no se limita a la reparación del virus detectado), no. La cuestión penal lo que exige plantearse ahora es si al margen de las consecuencias que tengan en el ámbito social entradas irregulares (despido improcedente, etc.), la conducta del empleador puede o no constituir delito del art. 197 bis cuando se haga de forma indebida (sin presencia del empleado, presencia sindical, advertencia previa, etc.) tal y como exige la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Pero la conducta punible tiene que haber **vulnerado alguna medida** de seguridad (anulándola o evitándola). Cualquiera: contraseñas, palabras clave, antivirus, encriptados, cortafuegos, etc. Este requisito, aunque algún autor no lo exige en la modalidad de mantenimiento en el sistema, entendiendo que en él no tiene sentido, lo refiere el Código a todos los supuestos.

Por supuesto, carece ya de sentido en este contexto la distinción tradicional de la jurisprudencia que distingue para sancionar por el art. 197.1 que se acceda a la plataforma tecnológica donde se encuentra el correo electrónico o que se acceda al contenido de éste. También la que distingue entre correo personal y correo corporativo entendiendo que en éste no cabe hablar de intimidad (sobre todo ello véase la STS de 26 de junio de 2014). Ha de insistirse en que el art. 197 bis no requiere intencionalidad añadida alguna al propio dolo de acceder a datos y sistemas (sin autorización): correos, redes sociales, información de redes privadas, etc., con independencia de que, de existir dicha intencionalidad, colidan ambos preceptos.

El art. 74.3 del Código impide aplicar el delito continuado en casos de ofensas a bienes eminentemente personales. Sin embargo, la jurisprudencia lo acepta, con diversas fundamentaciones, en el caso de accesos ilícitos. Por supuesto, habrá que admitir un único delito cuando las diferentes conductas puedan entenderse forman parte de una unidad delictiva de tracto sucesivo. En caso de que no sea así, la posibilidad o no de la continuidad delictiva dependerá de cuál se entienda es el bien tutelado. Con las tesis vinculadas a la

idea de protección de los sistemas en sí no debería haber problemas para su aceptación.

B. Se sanciona también, tras su incorporación al Código en 2015, la ***interceptación ilegal de transmisiones de datos*** *(art. 197 bis 2)*, en transcripción prácticamente literal del art. 6 de la Directiva de 2013: 1º utilizando artificios o instrumentos técnicos, 2º sin estar autorizado, 3º siempre que se trata de transmisiones no públicas, 4º de datos informáticos, 5º desde, hacia o dentro de un sistema de información.

> Incluidas las emisiones electromagnéticas de datos, lo que permite incluir la denominada interferencia de Van Eck, procedimiento que se utiliza para espiar el contenido de un monitor *LCD* y *CRT*, en relación con la pretensión de acceso a la información, por ejemplo, de determinadas empresas. También los ataques conocidos como *Air Hopper*, acercando un dispositivo a una red aislada del exterior y utilizándolo para captar las señalas de los equipos que la componen y enviar al exterior la información violando ese aislamiento. Los ataques *scangate*, a través de impresoras, escáner o equipos multifunción. Y en general todos los ataques *TEMPEST* de captación de las radiaciones que producen los dispositivos electrónicos reproduciendo la información de sus transmisiones.

C. Como exigencia también de la normativa internacional, se sancionan como ***actos preparatorios punibles*** *(art. 197 ter)* la producción, adquisición, importación o facilitación de programas informáticos que estén concebidos o adaptados principalmente para la comisión de los delitos anteriores (así como de los de los arts. 197.1 y 197.2) o de contraseñas, códigos de acceso o datos similares que permitan el acceso a un sistema de información. Estamos ante lo que el legislador europeo denomina abusos informáticos, que, de menor desvalor, el Código castiga con pena alternativa de prisión o multa por cuotas. Conductas a sancionar sólo cuando se actúe sin autorización y se haga con la intención de facilitar (por uno mismo o por otro) la comisión de los delitos indicados. Por supuesto dicha comisión impide (concurso de normas) que se pueda aplicar a su autor la pena de esta figura por identidad de bien jurídico protegido, aunque la pena que prevé el legislador (mayor que la del art. 197 bis 2) dificulta a veces esta interpretación.

7. Consecuencias jurídicas.

El legislador prevé pena de prisión en las distintas modalidades delictivas, de mucha menor severidad como luego veremos que en el caso de los daños informáticos, incluso con posibilidad alternativa de imponer una multa por cuotas en los arts. 197 bis 2 y 197 ter. También la multa por cuotas es la utilizada para las personas jurídicas en el caso del art. 197 quinquies. Es difícil optar aquí por una multa proporcional, como antes se decía, cuando no tiene por qué producirse perjuicio económico alguno en los distintos delitos.

Llama la atención que la pena de prisión del art. 197 ter sea inferior en su mínimo a la del art. 197 bis y que la pena de multa sea superior en su máximo. Si se entiende que estamos ante un acto preparatorio de la comisión de, entre otros, el delito del art. 197 bis, la pena debería ser siempre menor.

En principio la **relación concursal** con el resto de delitos del capítulo será de normas, salvo que los sistemas a los que se acceda no contengan información exclusiva de una persona, en cuyo caso ningún problema hay en aceptar un concurso de infracciones, o salvo que el acceso lo sea para cometer posteriormente delitos patrimoniales de estafa o de otra índole.

8. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 197 quinquies prevé una multa de seis meses a dos años para las personas jurídicas responsables de los delitos, entre otros, de los artículos 197 bis y 197 ter, además de la posibilidad de imposición, de conformidad con el artículo 66 bis, de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. De conformidad con los artículos 10 y 11 de la Directiva de 2013.

> Originariamente, el Proyecto de la que sería Ley Orgánica 5/2010 contemplaba una multa del tanto al duplo del perjuicio causado. El Texto finalmente aprobado prevé la multa de seis meses a dos años, que se mantiene en 2015, al darse cuenta el legislador de que el perjuicio no tiene por qué existir.

Es, por otra parte, uno de los pocos casos en que la pena para la persona física puede ser menos grave -no en todos los supuestos- y en cambio la de la persona jurídica tiene la consideración de grave, lo que no impide que la competencia sobre el conocimiento de la causa se atribuya, como establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en función de la menor gravedad de la pena de las personas físicas.

Es llamativo que no se distinga la pena en función del distinto desvalor de los supuestos a que puede aplicarse porque esto sí se refleja en el caso de las penas a personas físicas, que pueden alcanzar desde la multa del artículo 197 ter hasta los diez años y seis meses de prisión del artículo 197 quater (en relación con el artículo 197.6).

9. Disposiciones comunes al Capítulo I del Título X.

A. En primer lugar, y también de conformidad con la Directiva de 2013 (y ya antes con la Decisión marco) contempla el Código un ***tipo agravado por actuación en organización o grupo criminal*** *(art. 197 quater)*, aplicable a todos los delitos del Capítulo (lo que no exige la normativa europea), que permite aumentar la pena un grado y remite al art. 570 bis pfo. 2, que es el que define ambos conceptos.

B. Se contempla igualmente un ***tipo agravado por actuación de funcionario público*** *(art. 198)*, cuando éste actúe fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose del cargo, que al no modificarse el precepto en 2015 y referirse el texto sólo a las conductas "del artículo anterior" (el viejo art. 197) va a plantear problemas legales de aplicación. Es obvio que no tiene ningún sentido aplicarlo a las conductas del ahora "artículo anterior" 197 quinquies, pero es necesaria una corrección del error. Nada tiene que ver evidentemente este precepto con lo que es la criminalidad de empresa.

C. La ***cláusula de procedibilidad*** *(art. 201.1 y 2)* hace de estas infracciones delitos semiprivados y obliga a denuncia del titular del sistema informático, con las excepciones habituales.

D. Se admite, en consecuencia, el ***perdón del ofendido*** *(art. 201.3)*, en los términos del art. 130.1 pfo. 5º.

III. Delitos de daños informáticos.

Caso de la negación de acceso a la web

"Con fecha 1-12-2010 la mercantil A.I., dedicada a la prestación de servicios informáticos y compraventa de software y hardware, contrató con Dña. [...] el alojamiento y gestión de la web-hosting [...] referida a los dominios [...], propiedad de la denunciante. De estos dominios dependían todos los correos electrónicos de la empresa denunciante y todos los accesos de los clientes de los productos y servicios, en definitiva, toda la base del negocio. Se pactó la renovación anual y automática del contrato, habiendo sido renovado el pasado 30-11-2010, encontrándose al corriente de todos los pagos y con el contrato renovado hasta el 29-11-2013. A pesar de que en el contrato aparecía Dña. [...] como representante del denominado [...], toda la relación comercial y parte técnica la ha venido prestando directamente D. [...], esposo de Dña. [...].

Con motivo de unas desavenencias comerciales surgidas entre las partes por unos trabajos informáticos encargados al margen del contrato señalado y referidos a unas cámaras web, el domingo 24-3-2013 D. [...] procedió de forma unilateral a cortar el acceso al alojamiento web y dominios contratados por esta empresa. Previamente el Sr. [...] había comunicado que se iba a proceder al cierre de estos servicios por impago [...]

El contrato celebrado entre las partes establece en el apartado 3º letra d) lo siguiente: `En caso de devolución, demora o impago de los recibos, [...] podrá suspender en cualquier momento y sin necesidad de previo aviso, total o parcialmente, los servicios, así como impedir al Cliente la contratación de nuevos servicios".

Extracto literal del Auto 19/2015, de 14 de enero, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante dictado en apelación y dimanante del Procedimiento Abreviado 139/2914, del Juzgado de Instrucción 3 de Denia.

1. Ubicación y consideraciones sistemáticas. Cuestiones terminológicas.

En el Capítulo IX, dedicado a los "daños", del Título XIII del Código Penal se ubican el art. 264, previsto para aquéllos que se cometen contra datos y programas informáticos y contra documentos electrónicos ajenos, el art. 264 bis centrado en los que afectan a sistemas informáticos ajenos, el art. 264 ter que sanciona actos que permiten la comisión de los dos anteriores y el art. 264 quater que contempla la responsabilidad de las personas jurídicas. Estamos ante lo que genéricamente se viene denominando sabotaje informático. La regulación es similar a la de los delitos que hemos visto en los epígrafes precedentes del apartado II.

La redacción de los arts. 264 a 264 quater parte de la distinción entre el *hardware* y el *software* de un equipamiento informático y de la diferente respuesta que se entiende ha de darse por el Derecho penal al ataque a uno u otro tipo de componente informático.

En cuanto al ataque a los componentes lógicos del sistema -al *software*-, éste puede realizarse de un modo básico, tradicional, físico, ajeno a lo que es la utilización de las TICs, pero, también, lo que en la actualidad es mucho más habitual, a través de los novedosos medios comisivos vinculados al desarrollo de éstas: introducción de virus, troyanos, gusanos, etc. Tanto en uno como en otro caso podrá afectarse el funcionamiento del sistema y/o la disponibilidad de los datos contenidos en él.

Dado que lo característico de los sistemas informáticos es su función de almacenamiento, procesamiento o transmisión de información, parece adecuado reservar el concepto de daño informático, al menos en este ámbito penal, para conductas que, de una u otra manera, afecten a los elementos lógicos del sistema, no a sus componentes materiales.

Lo importante no es qué tipo de conducta se lleve a cabo, sino cuál sea su consecuencia; y si ésta es la de alteración, desaparición, destrucción, inutilización o menoscabo de componentes del sistema, que perjudiquen su funcionalidad (ya sea de sus aplicaciones, ya de sus programas, ya del acceso a sus datos), deberemos poder hablar de daño informático.

Estamos ante conductas frecuentes en el ámbito empresarial, por ejemplo, para impedir que empresas de la competencia puedan ofrecer sus productos a través de internet cuando se satura o sobrecarga su sistema informático, inutilizar éste para privarle de la información necesaria con la que poder hacer frente a sus obligaciones empresariales o contables, etc.

2. Evolución legislativa.

A. Como antes se indicaba, los ***referentes internacionales*** de la legislación española, también aquí, son el Convenio sobre cibercriminalidad de 2001, la Decisión marco 2005/222/JAI y la Directiva 2013/40/UE.

B. Los tres textos han sido tenidos en cuenta por el legislador español en sus ***reformas de 2010 y 2015***.

La Decisión antes se ha dicho que fue tenida en cuenta por el legislador en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 del Código Penal con la incorporación de los entonces artículos 197.3 y 197.8, en el contexto de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos; pero también lo fue con la nueva redacción dada al artículo 264, en el contexto de los delitos patrimoniales de daños.

Ya antes de la Reforma de 2010, junto al tipo básico de daños del entonces art. 263, el Código Penal contemplaba la figura agravada, entre otras, del art. 264.2 (daños informáticos), que, dada su ubicación sistemática, podía entenderse bien como modalidad cualificada de dicho tipo básico -exigiendo por tanto que concurriesen, además de los propios, los elementos típicos del mismo-, dada su presencia junto a los tipos cualificados del antiguo art. 264.1 o bien como modalidad específica dado que el número 2 del artículo 264 no aludía, como sí lo hacía el número 1, a "los daños expresados en el artículo anterior", pero sí vinculada a ellos.

La reforma de 2015 mejora la redacción de 2010 y tiene también en cuenta las exigencias de la Directiva de 2013.

Las conductas descritas en los artículos 4 y 5 de ésta están perfectamente transcritas (casi de forma literal) en los nuevos artículos del Código 264 bis 1 (antiguo 264.2), en relación con la interferencia en los sistemas y 264.1 (modificación del antiguo 264.1), en relación con la interferencia en los datos. Ahora bien, el artículo 264.1 sanciona la interferencia no sólo en datos, como la Directiva, sino también en programas informáticos o documentos electrónicos. Y el artículo 264 bis 1 añade como conductas de interferencia a sancionar las de la letra c), vinculadas a sistemas informáticos, telemáticos o de almacenamiento de información electrónica.

Las medidas exigidas en el artículo 7 de la Directiva, en relación a los instrumentos utilizados para cometer las infracciones descritas, también se tienen en cuenta, aquí en el artículo 264 ter, sin acoger el principio de insignificancia.

Se respeta además el marco penal exigido con carácter general por el artículo 9 y el exigido para los supuestos agravados del artículo 9.3, que obliga a llegar a los tres años de prisión en determinados supuestos de daños, como se hace con las nuevas previsiones de los artículos 264.2 y 264 bis 2.

La previsión del artículo 9 sobre utilización de datos de carácter personal se traslada a los artículos 264.3 y 264 bis 3.

Y en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el artículo 264 quater la prevé en los términos exigidos por el legislador europeo en sus artículos 10 y 11, aquí sin utilizar la excusa comunitaria para extender la misma a supuestos no contemplados en la normativa supranacional (como hace, por ejemplo, en el caso de la pornografía o de la estafa).

3. Bien jurídico protegido.

Los actuales arts. 264 a 264 quater, como antes el art. 264 en sus números 1 a 4 (y antes el viejo art. 264.2), se ubican después de los tipos básico y agravados de los distintos apartados del art. 263 dedicado al clásico delito de daños, destacándose su especificidad y la no exigencia de que concurran los elementos típicos de éste, pero dentro del mismo Capítulo IX y, por tanto, entre el resto de delitos patrimoniales del Título XIII del Código.

En contra de esta ubicación se habían levantado, con razón, muchas voces críticas considerando que la clase de conductas descritas en el precepto debían regularse en un artículo ubicado en un capítulo independiente del de los daños comunes.

Sin embargo, la ubicación actual del precepto, aunque no sea la correcta, es la que es y plantea una problemática similar a la de los arts. 197 bis y siguientes.

¿Qué es lo que pretende protegerse cuando se aborda la sanción de conductas que, por afectar los elementos lógicos de un sistema informático, impiden el acceso a datos, programas o documentos electrónicos o menoscaban su correcto funcionamiento, temporal o definitivamente?

La ubicación sistemática de los artículos indica que estamos ante infracciones contra el **patrimonio**. Y tanto el art. 264 como el art. 264 bis utilizan el término "ajeno" para referirse a los datos, programas, documentos o sistemas objeto de ataque.

Sin embargo, la pena es sustancialmente mayor que la que se prevé para los distintos supuestos del art. 263.

Y un aspecto importante a tener en cuenta es ciertamente el hecho de que la consolidada implantación de las TICs en prácticamente todos los ámbitos públicos y privados de la vida actual conlleva que un problema en las mismas implique consecuencias abrumadoras: desde la paralización de un sistema del que puede depender toda una empresa hasta la de ordenadores públicos que cause un colapso en el mercado de valores.

Algunos autores aluden por ello como objeto de protección a **la información**, la accesibilidad a la información, la integridad de la información y de los sistemas informáticos, su seguridad, la comunicación pacífica a través de las redes telemáticas, la confianza en el funcionamiento de los sistemas informatizados de los que dependen todas las actividades tanto públicas como privadas o incluso, directamente, la tecnología de internet.

La cuestión es, en definitiva, la de si lo que se trata de proteger es la propiedad (aun entendida desde una perspectiva funcional) o algo más. Claro que lo dañado han de ser los datos, documentos o programas contenidos en sistemas informáticos o el propio sistema informático. Por supuesto que el concepto tradicional de daños, centrado en la destrucción de una cosa, o los conceptos más elaborados que aceptan también el daño cuando la cosa desaparece o cuando definitivamente pierde su utilidad o valor de uso, han de ser revisados, porque lo que importa es que se pueda acceder a tales datos, que se pueda disponer de ellos, en todo momento y, además, de modo íntegro, no que su valor teórico (su sustancia) quede incólume. Pero, ¿con el fin de proteger la propiedad de quien tiene la capacidad de actuar con ellos?

No se trata de entender que se protege la información contenida en soportes informáticos porque tenga más valor en sí misma que otra información contenida en otros soportes (p.ej., papel), pero sí que ello se hace por la importancia que tiene individual y socialmente su **integridad y accesibilidad** al estar situada en redes o sistemas informáticos de los que hoy en día dependen todos los ámbitos públicos y privados, más allá del daño al dato o sistema concretos. Por eso se prevé una mayor pena, que puede llegar incluso a los ¡ocho años de prisión!

Existe realmente gran confusión sobre lo que se quiere proteger cuando se penalizan los daños de carácter informático. Aunque el legislador español parece tenerlo claro con una ubicación sistemática que obligaría a considerar exclusivamente el aspecto patrimonial de la conducta. Un concepto patrimonial que buena parte de la doctrina sigue definiendo ajena a las nuevas realidades de lo que significa la posibilidad de desarrollo desde los espacios que garantizan unos datos, programas, documentos y sistemas informáticos cuando se puede acudir a los mismos sin injerencias de ningún tipo que perjudiquen la posibilidad de su uso (que es en definitiva lo que ha de garantizar la tutela patrimonial sobre determinados "bienes").

El debate sobre cuál sea el objeto protegido en los arts. 264 y siguientes del Código es un debate forzado porque surge de una previsión legal, precipitada en su origen, en la que no se tuvo información suficiente para reflexionar sobre lo que había que proteger. El fenómeno de la delincuencia informática, los pronunciamientos internacionales sobre la necesidad de nuevos tipos penales, la propia discusión de la doctrina destacando las insuficiencias de la regulación vigente motivó un originario art. 264.2 que lo lógico es que en su momento se ubicara donde se hizo por la connotación de destrucción o menoscabo que implica el concepto de daño. Pero la reflexión posterior a la hora de explicar su bien jurídico, las insuficiencias de una consideración estrictamente económico-patrimonialista del precepto atenta más a la pérdida de valor de la cosa que

a la pérdida de valor de su funcionalidad -ya por lo que entonces queda sin tutelar, ya por la ausencia de atención a perjuicios de especial consideración- o la dificultad de definir la naturaleza de los nuevos preceptos han ido dando unas pautas que obligan a plantearse qué es lo que en realidad perjudican los daños informáticos; algo que se planteó el legislador en 2015.

Y aquí surge la necesidad de investigación sobre la posibilidad o necesidad de tutelar como bien autónomo la **integridad y disponibilidad de la información** contenida en redes o soportes informáticos, que tiene que ver con un concepto funcional de propiedad y patrimonio, pero que va algo más allá de lo que éste trata de explicar y que apunta al **buen funcionamiento de estructuras críticas, públicas, empresariales**. No hubiera sido desacertada, manteniendo la ubicación del precepto, una individualización del mismo en un capítulo propio teniendo en cuenta estas ideas.

4. Objeto material: sistemas de información y datos informáticos.

El objeto material de los delitos de daños informáticos de los arts. 264 y siguiente lo integran los "datos informáticos, programas informáticos y documentos electrónicos", por una parte, y los "sistemas informáticos", por otra.

En principio, la definición de lo que se entiende por daño informático debe permitir incluir tanto la destrucción de sistemas informáticos completos como la de sus componentes concretos, ya sean equipos, datos, documentos o programas. Y, lo que ha conllevado no pocos problemas de tipificación, ha de abarcar tanto lo que es en sí la destrucción de tales elementos -o su inutilización- como la simple perturbación del funcionamiento del sistema completo o de alguno de sus componentes funcionales.

La voluntad del legislador y la idea de referir los daños a alteraciones de los contenidos de sistemas lógicos es clara.

Como antes se decía, la Directiva de 2015 define en su art. 2 letras a) y b) los términos "sistema de información" y "datos informáticos". El concepto de programa se deduce de esta definición. En cuanto a lo que es el documento electrónico es el genérico art. 26 del Código Penal el que ha de servir de referente.

Por supuesto, en el momento del ataque el dato, programa o documento

dañados pueden encontrarse en un soporte físico, como puede ser un *CD*, una memoria extraíble, un disco duro, etc., o puede estar siendo transmitido a través de una red. Lo característico de los datos, programas informáticos o documentos electrónicos es, en todo caso, su naturaleza de impulsos electromagnéticos; no tienen una naturaleza corpórea y requieren ser procesados por algún sistema.

En síntesis, los **datos** son unidades básicas de información que después de ser procesadas dan lugar a una "información".

El **documento** electrónico es el conjunto de datos creado tras su procesamiento informático.

El **programa** ya se ha dicho que se define en la Ley de Propiedad Intelectual como una secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas en un sistema informático para realizar una función o una tarea, o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. Esta misma ley en el párrafo segundo del art. 96 considera también programas a los efectos de la misma toda la documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso de un programa, que, aunque programas a efectos de la Ley, quedan sin duda fuera de lo que es el objeto material del art. 264, como ahora deja más claro todavía el legislador con la inclusión del término "informático" referido expresamente a los programas.

No exige el Código que los datos y programas informáticos o los documentos electrónicos deban encontrarse contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos; pero es obvio que sólo así pueden existir.

La **red** es el sistema constituido por numerosos ordenadores y terminales interconectados entre sí por canales de comunicación públicos o privados. Y aunque las redes informáticas no contienen estrictamente sino que transmiten datos, programas o documentos electrónicos, mientras se produce la transmisión los datos se pueden entender contenidos en ellas.

En cuanto a los **soportes**, son los dispositivos físicos en donde se encuentran recogidos los ficheros, programas o documentos electrónicos, cualquiera que sea su naturaleza y funcionamiento (electromagnético, óptico, memoria *RAM*, *ROM*, etc.).

El **sistema** hace un uso extenso de los ordenadores y otros dispositivos asociados para realizar sus funciones y operaciones (e incluye el informático, el telemático y el de almacenamiento de información electrónica).

La utilización del **término "informático"** debe entenderse en este contexto referida a cualquier conjunto de dispositivos físicos, ficheros y aplicaciones lógicas que permiten el procesamiento automático mediante combinaciones numéricas de, en este caso, datos, programas y documentos electrónicos.

En cuanto a los objetos del art. 264 ter hay que reproducir aquí lo que antes se ha dicho en relación al similar art. 197 ter.

5. Sujeto responsable de la infracción penal.

Los arts. 264 y 264 bis aluden a objetos ajenos. Ello hace, obviamente, que su propietario no pueda cometer los delitos en cuestión. Salvo él, en cuanto **delitos comunes** que son, cualquier puede ser responsable de ellos. Igual que en el art. 264 ter. El 264 quater se reserva para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas implicadas en ello. Cuándo a estos efectos un objeto es propio o ajeno es algo que habrá que concretar atendiendo la legislación civil.

> La posibilidad de encauzar las conductas en las que el propietario destruya datos, programas o documentos dentro del delito de realización arbitraria del propio derecho -por ejemplo, para impedir su utilización por parte de quien puede tener acceso a ellos por razones muy variadas (contratos legales de uso ya vencidos, etc.)- parece quedar descartada en los supuestos en que los ataques sean realizados a través de medios técnicos, pues requisito del art. 455 es que se actúe con violencia, intimidación o fuerza en las cosas. La peculiaridad del objeto sobre el que recae el delito de daños informáticos podría requerir una adaptación de lo que se entiende por fuerza en las cosas para la aplicación de este art. 455, máxime si entendemos que la utilización de medios técnicos para dañar la propiedad ajena puede encajar perfectamente en el art. 264 (alteración, destrucción, inutilización), pero, hoy en día, proponer una interpretación del concepto de fuerza que extienda el significado ya bastante amplio de este concepto rayaría la analogía prohibida.

Si bien el propietario no puede ser autor de los delitos de los arts. 264, 264 bis y 264 ter, puede darse, no obstante, el supuesto de que siendo el propietario de los programas afectados el que comete la acción de destrucción de los mismos, que en principio resultaría atípica, se dañen datos contenidos en esos programas que no le pertenezcan a él sino a su poseedor o legítimo usuario, con lo que cumpliendo el resto de requisitos típicos, la acción sí sería constitutiva de estos delitos.

Por supuesto, no es necesario que el sujeto activo del delito conozca quién es el propietario de los elementos lógicos que daña para ser considerado autor del delito; basta que los mismos no sean de su titularidad.

6. Conductas incriminadas.

A. El delito de ***interferencia ilegal en datos*** *(art. 264.1)* sigue el enunciado, como se decía, de la Directiva de 2015.

Comienza el precepto con la expresión "**por cualquier medio**", que, en técnica de *numerus apertus*, abre la posibilidad de comisión del delito a toda clase de acción, directa o remota, idónea para causar un resultado que, aunque en principio parece que no se especifica cuál es, señalándose únicamente que ha de ser grave, ha de identificarse con el propio **borrado, daño, deterioro, alteración, supresión o inaccesibilidad** de datos, programas o documentos derivados de la acción del sujeto activo. Tanto, y en ello se insistirá posteriormente, en relación a ataques físicos a los soportes lógicos en que esté contenida la información afectada como en relación con procedimientos de naturaleza informática que permiten el acceso físico o a través de la red al sistema para, directamente, causar el menoscabo referido.

> Así, por ejemplo, cuando los ataques informáticos (en cuanto concepto genérico) se cometen a través de internet, su autor puede introducirse en el sistema para destruir, alterar o dañar datos, programas o documentos. Puede también introducir en el sistema virus, troyanos, gusanos o cualquier otro programa o rutina nocivos. Y puede también, sin introducirse en el sistema, interceptar los archivos o datos que están siendo transferidos a través de la red para dañarlos. En todo caso, la rápida evolución que sufren las tecnologías de la comunicación favorece nuevas modalidades que facilitan menoscabos a las mismas, que, con una regulación demasiado descriptiva de los modos en que han de ser dañados los elementos lógicos de los sistemas informáticos, podrían quedar sin sanción. De ahí lo acertado del texto del Código en cuanto al énfasis que pone en el resultado perjudicial más que en el procedimiento a través del cual se causa el mismo.

Más compleja ha sido la decisión de cuál es el **resultado** que trata de evitar la punición de estas conductas. La cuestión era la de optar por un concepto tradicional de daño o, por el contrario, por un concepto que, refiriendo un menoscabo en la posibilidad de utilización del objeto del delito, ampliara aquél a otro tipo de resultado. La cuestión era la de si había que penalizar la

pérdida de sustancia del objeto material del delito, por utilizar una terminología tradicional, o la de su "valor real", aunque mejor sería hablar en la actualidad de pérdida de funcionalidad.

El **borrado** y la **supresión** son posibles, sin duda, tanto dañándose los soportes o circuitos que contienen los datos, programas o documentos como haciendo desaparecer archivos. Sin embargo, lo cierto es que las propias características de los elementos lógicos de un sistema informático hacen que resulte muy difícil saber cuándo la sustancia, teniendo en cuenta que nos hallamos ante cosas inmateriales, ha sido dañada o en qué medida lo ha sido. Lo que en cambio no podrá negarse es que la funcionalidad del sistema se menoscaba cuando se atacan los datos o programas de los sistemas informáticos.

La sentencia 345/2013 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de junio de 2013, condena al empleado que tras cesar su relación laboral bloquea con una clave el acceso a su ordenador, borrando posteriormente como represalia los archivos del mismo.

Lo mismo ocurre con la expresión "**hacer inaccesibles**", que no refiere sino la imposibilidad de utilizar lo que se menoscaba conforme a su uso habitual, incluyendo el establecimiento de barreras que impidan llegar a datos que no se han afectado.

El "**daño**", término que se mantiene, diferenciándolo de los anteriores, ha de implicar la imposibilidad de uso conforme a su funcionalidad anterior, al igual que el "**deterioro**" que va, si no a imposibilitar, si a mermar dicho uso. Conceptos que, interpretados conjuntamente, sin duda exceden lo que puede entenderse por daño desde un punto de vista tradicional. Desde este punto de vista, la propia expresión "daño" de la descripción típica no va a ser sino una más de las posibilidades de "daño" (atendiendo la rúbrica del capítulo) como concepto que en este artículo debe poder definirse como menoscabo de la funcionalidad del objeto material del delito.

En la sentencia 447/2011 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de junio de 2011, se conoce el caso del administrador de una web donde aparece el virus "*commwarrior*", de forma consciente lo expande a teléfonos móviles con software "*symbian*" a través de *bluetooth* o mensajería multimedia. Interesante es el concepto de daño que maneja, que ya permite incluir la idea de funcionamiento anómalo del terminal como modalidad de inutilización parcial, por la pérdida de cualidades originales que hace necesario someterlo a reparación o revisión para depurar el sistema.

Más compleja es la interpretación de la expresión "**alterar**". Así, por ejemplo, ¿se comete el delito añadiendo nuevos datos a los ya existentes de tal manera que los datos iniciales siguen presentes pero junto a otros nuevos? Parece que sí, si la introducción de datos nuevos en el sistema lo hace inútil para un determinado uso original, pero difícilmente si se añaden datos que no perjudican su funcionamiento, aunque se haya producido una alteración.

Si la alteración debe ser **definitiva o no** es algo que el precepto no especifica. Tampoco se especifica en relación con la inaccesibilidad (el borrado, el daño, la supresión e incluso el deterioro puede entenderse que siempre implican menoscabo definitivo -total o parcial- del objeto afectado).

En la interpretación tradicional del delito de daños, cuando el objeto puede volverse a utilizar de modo absolutamente similar a como se usaba antes del ataque producido, sin pérdida de su sustancia ni de su funcionalidad, nadie afirmaría la tipicidad del mismo, a pesar del posible perjuicio sufrido, a resarcir por vía civil. La cuestión es si con ello se satisfacen los compromisos internacionales adquiridos y se atiende la realidad actual y el hecho innegable de que puede ser mucho más importante (y por tanto más atendible en sede penal) una imposibilidad temporal de utilización del sistema de cierta entidad que un mínimo menoscabo permanente. De ahí la necesidad de entender comprendidas alteraciones o inaccesibilidades temporales.

Difícilmente puede entenderse que los datos o programas estén dañados en su sustancia o funcionalidad si la alteración o inaccesibilidad no es definitiva; estamos hablando de menoscabos temporales y éstos se ha venido entendiendo han de quedar fuera de los tipos de daños, al igual que ocurre en las figuras de hurto o apropiación indebida con los usos temporales no expropiatorios. La nueva redacción del precepto parece quebrar, y es lógico además que lo haga, esta interpretación.

> Desde otra perspectiva, todo acceso a los datos, programas informáticos o documentos electrónicos implica una mínima modificación de los mismos -una alteración, por tanto- y, con ello, la realización del tipo. ¿Debe entenderse típica toda alteración de un *software* o sólo aquélla que difiera de las alteraciones derivadas del uso normal del mismo, esto es, sólo aquélla que conlleve un menoscabo del objeto, sea en su esencia sea en su funcionalidad? Aquí, esto último sería más coherente con el bien a proteger.

Es cierto que el Código insiste en que sólo se penalizan **hechos graves**, lo que trata de explicar reflejando dos veces el término "grave", al describir el

resultado producido y, ya antes, al referir la gravedad al borrado, daño, deterioro, alteración, supresión e inaccesibilidad descritos. No se exige un daño superior a cuatrocientos euros. Pero sí la producción de un **resultado grave** (doblemente grave). Y éste, en un delito "contra el patrimonio", no puede entenderse sino desde una perspectiva patrimonial, lo que no quiere decir que deba identificarse con el menoscabo en sí del objeto (información perdida, importancia de la misma, posibilidad de recuperación a través de copias de seguridad, imposibilidad de actuación en el mercado durante un período de tiempo importante, etc.).

No tiene sentido exigir para poder sancionar la conducta enjuiciada un perjuicio que tuviera que ser mayor de seis mil o dos mil o quinientos euros, porque, y no es lo que pretende el legislador -que prevé además para estos supuestos mayor pena que la de los daños comunes del art. 263-, dejaríamos impunes conductas que tampoco podrían encajar en este artículo, ofreciendo menos protección entonces a los daños en elementos lógicos que a cualquier otra clase de daño. Entonces, ¿qué es grave? La gravedad del resultado por supuesto ha de tener en cuenta el menoscabo económico de la cosa, pero sea en su sustancia o sea en su funcionalidad. Desde un concepto tradicional, anclado en el concepto de daño "en" la cosa no habría que considerar computables los costes de recuperación del sistema ni los efectos, por ejemplo, sobre la capacidad competitiva de la empresa, perjuicios a solventar en sede civil; tampoco el posible daño moral generado; ni, por supuesto, los costes generados para reparar las deficiencias de seguridad que han permitido el ataque al sistema. Pero el Código evita el concepto de daño producido al referir el perjuicio causado, aunque lo siga manteniendo para referirse a uno de los resultados o conductas del artículo y para seguir rubricando con este concepto el Capítulo IX. El grave resultado producido, con el actual texto, sólo cabe entenderlo desde la idea de perjuicio derivado de la **incapacidad para disponer del objeto** afectado.

Lo que está claro en todo caso es que, conforme a la ubicación del precepto, si no se produce afección patrimonial alguna la conducta analizada habrá de considerarse atípica (ahora bien, valor patrimonial pueden tenerlo estudios de mercado, de costes, gráficas que muestren la implantación de un producto, etc.).

En lo que concierne a la redundancia del término "grave", es difícil encontrarle explicación, salvo la cautela extrema del legislador para dejar fuera del precepto resultados de mera incomodidad para el sujeto pasivo del delito.

En cuanto a la posibilidad de comisión de estos delitos por **omisión**, obviamente hay que descartar la omisión propia, pero no la impropia. Así, por ejemplo, cuando los operadores -en posición de garantía- puedan tener conocimiento de que desde sus servidores se pueden estar cometiendo delitos de daños, pero, sobre todo, cuando sabiendo que se ha introducido una bomba lógica que se activará porque se ha rescindido, por ejemplo, un contrato de mantenimiento del sistema informático, no se impide la destrucción operada por el *software* malicioso.

Finalmente, antes se aludía a la posibilidad de que los daños a datos, programas o documentos se realicen mediante **ataques al *hardware*** y no directamente al *software*.

El legislador español, diferenciando el daño en los elementos materiales de un sistema, que debe entenderse sigue sancionado en el tipo básico de daños del ahora art. 263.1, y los daños en sus elementos lógicos, que sanciona en los arts. 264 y 264 bis, obliga a cuestionarse qué ocurre cuando la desaparición o disfuncionalidad de los segundos surge a través de la destrucción o menoscabo de los primeros o, simplemente, cuándo aplicar uno u otro precepto; teniendo en cuenta la diferencia de penalidad de ambos -importante además porque la pena de multa de un caso se convierte en prisión en otro-, al margen ahora de cuál sea la razón que fundamente la misma.

Cuando el ataque al *hardware* en absoluto afecte a los datos, programas o documento contenidos en el sistema ni a su accesibilidad estaremos ante un supuesto normal de daños reconducible al tipo básico. Si este ataque supone al mismo tiempo dejar inoperativos los elementos lógicos del sistema, por ejemplo, dañando intencionadamente la fuente de alimentación, de tal forma que resulta imposible acceder a los datos contenidos en el sistema, al menos hasta solucionar el problema en el *hardware* o extraer las placas de memoria del ordenador afectado e insertarlas en otro ordenador distinto, el problema es diferente. En estos casos, el concurso de normas es obligado, siendo siempre preferente el art. 264, en cualquiera de sus apartados, que será a su vez aplicable cuando el daño en los elementos lógicos se produzca a través de cualquier medio que no sea el de destrucción de *hardware*, reservando el art. 263 sólo para cuando ésta no afecte en modo alguno al funcionamiento lógico del sistema.

En cuanto a la exigencia de que se actúe "**sin autorización**", parece querer referir no sólo la relevancia del consentimiento que en todos los delitos contra el patrimonio excluye la tipicidad de la conducta sino también supuestos en que se actúa dentro de lo que ampara la normativa administrativa.

No será necesario ningún elemento subjetivo del injusto adicional al **dolo**; con independencia de que concurra o no, por ejemplo, un ánimo de lucro, que, en su caso, podría obligar a reconducir la tipificación -sólo en ocasiones- al ámbito de los fraudes informáticos.

Es factible la aparición de **formas de ejecución imperfecta** en que la consumación del delito no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Este supuesto es común, por ejemplo, en los casos en que se detecta por el usuario un virus que no llega a causar daño alguno o cuando teniendo potencialidad para causar uno de grandes proporciones es detectado e inocuizado por un rastreo realizado por el antivirus, habiendo producido un daño insignificante.

Por otra parte, en los daños informáticos se plantean numerosos casos en los que transcurre un lapso de tiempo desde el inicio de la conducta hasta que se producen los resultados lesivos. A este respecto es discutible, por ejemplo, el momento en que se produce la consumación del delito en los supuestos de introducción de bombas lógicas, que es frecuente no se activen hasta pasados días, semanas e incluso meses o simplemente en los supuestos habituales de introducción de virus en la red que no se sabe cuándo lograrán afectar a un sistema. Esta clase de supuestos ha de resolverse conforme a la teoría general del delito como en cualquier otro caso. La consumación sólo se produce con el resultado previsto típicamente, que, en este caso, es el daño informático de carácter grave. Otra cosa es que el suceso que activa el virus o la bomba lógica sea incierto y el autor no sepa con certeza si se producirá o no, en cuyo caso la ejecución del delito no podrá entenderse iniciada hasta la producción de ese suceso. Cuando el comienzo de la destrucción ya no pueda ser detenido por el autor o los daños se produzcan efectivamente habrá comenzado la ejecución del delito o consumado el mismo, respectivamente; y aunque en ocasiones se afirma que si el autor mantiene la posibilidad de paralizar los efectos destructores de la bomba lógica no puede entenderse comenzada la tentativa, ningún problema hay aquí también, mientras no se produzca un desistimiento voluntario, en entender estamos ya en el ámbito de ejecución delictiva.

Cuando se dispone de copias de seguridad de los datos, documentos o programas atacados, hay quien niega que pueda afirmarse la consumación del delito, pues no hay permanencia del daño inicial producido, aceptando únicamente una tentativa punible o, únicamente, una tentativa imposible. La opción por la tentativa relativamente inidónea, punible, conforme a la explicación dogmática tradicional de ésta, parece la

opción más viable. Ahora bien, una previsión legislativa, ajena a la estricta consideración económico-patrimonial de estas conductas y que tuviera en cuenta el hecho de la accesibilidad permanente a la información contenida en redes o sistemas informáticos podría permitir entender consumado el delito cuando, por ejemplo, se eliminan todos los datos de un fichero informático de especial trascendencia para el funcionamiento de una empresa del que existe una copia que no se encuentra en la sede física donde se han eliminado los datos o incluso cuando por la enorme cantidad de datos incluidos en ese fichero su reimplantación requiere varias horas o días, paralizándose toda una actividad profesional (o personal) durante este período de tiempo. La tentativa, no obstante, seguiría siendo posible cuando la instalación de las copias fuera efectiva en un breve espacio de tiempo.

B. También el delito de ***interferencia ilegal en sistemas de información*** *(art. 264 bis 1 pfo. 1º)* sigue el enunciado de la Directiva de 2015.

Utiliza aquí el artículo la expresión "**sin estar autorizado**", que ha de entenderse es similar a la expresión "sin autorización" del precepto anterior, desde una concepción material (no formal) de lo que implica una autorización (conformidad al Derecho material de remisión).

No se indica, sin embargo, que pueda actuarse "de cualquier modo", sino que se especifican los **modos concretos de comisión** que han de producir el resultado previsto.

En primer lugar, los descritos en el artículo anterior. A ellos se añade la introducción o transmisión de datos, así como la propia destrucción, daño, inutilización, eliminación o sustitución del sistema afectado.

Estos comportamientos, en cuanto a su resultado, han de **obstaculizar o interrumpir** el funcionamiento de un sistema, de nuevo, ajeno.

Las dudas sobre qué implica alterar, hacer inaccesible, etc. del precepto anterior aquí no se plantean, porque se penaliza la mera obstaculización o la interrupción, no el daño definitivo. Piénsese, por ejemplo, en las conductas de denegación de servicios de carácter transitorio.

Estos ataques de denegación de servicios consisten en agresiones que impiden el uso legítimo de un sistema informático o de alguno de sus recursos. Se realizan por medios informáticos saturando de información el sistema e inutilizando temporalmente el mismo o alguno de sus recursos limitados. La característica de estos ataques es que no sólo pueden realizarse mediante introducción de rutinas nocivas que supongan una alteración de datos -que tendría cabida por ello mismo en el precepto-, sino que también pueden realizarse a través de técnicas que no supongan ninguna modificación

de datos o programas (por ejemplo, en casos de petición masiva de información a un sistema, que posteriormente no se acepta con la consiguiente saturación de éste).

En el caso del tema no se plantea la posible existencia o no de un daño por el "corte" en el acceso al alojamiento y dominios *web* contratados, que no se discute. La controversia surge al decidir si estamos en el ámbito civil o en el ámbito penal, dada la cláusula del contrato que permite la suspensión del servicio, y si realmente el supuesto de esta cláusula se había producido.

C. Son varios los ***tipos agravados por mayor desvalor de acción o de resultado*** *(arts. 264.2 y 264 bis 2 y art. 264 bis 1 pfo. 2º).*

En primer lugar, se contemplan una serie de agravaciones comunes a los tipos básicos de los arts. 264.1 y 264 bis 1, que permiten aumentar la pena de modo considerable: en el primer caso, hasta los cinco años de prisión (o incluso los siete años y medio de presión si se entiende que los hechos son de extrema gravedad, algo que no se define en qué consiste), en el segundo, hasta los ocho años de prisión (además de la correspondiente multa, en ambos casos hasta el décuplo del perjuicio ocasionado). Algunas son habituales, otras específicas de estos delitos.

Así, la actuación en el marco de una **organización criminal o grupo criminal**, a definir conforme al art. 570 bis pfo. 2.

También la causación de daños de **especial gravedad** o la **afección a un número elevado de sistemas** informáticos, conceptos indeterminados a concretar judicialmente como se hace en el ámbito de otros delitos.

Igualmente el **grave perjuicio** para el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad.

Se tiene en cuenta asimismo la **afección a infraestructuras críticas** o la generación de grave peligro para la seguridad de un estado de la Unión Europea. Queda claro aquí el compromiso del legislador español con la normativa de la Unión. En los términos en que se define el concepto de infraestructura crítica en el mismo apartado del párrafo.

Finalmente, la utilización de los **medios de comisión del art. 264 ter** (programas informáticos, contraseñas, códigos de acceso o datos similares).

En segundo lugar se contempla una agravación específica para los supuestos de ataques a sistemas informáticos en el art. 264 bis 1 pfo. 2, que no se entiende por qué no se contempla también en el art. 264.1, para cuando los ataques a los sistemas afecten de modo relevante la **actividad normal de**

una empresa o negocio o de la Administración pública, en cuyo caso la pena puede alcanzar los cuatro años y medio de prisión. Qué sea afectación relevante tampoco se especifica.

D. Las penas de todos los delitos anteriores habrán de imponerse en su mitad superior en caso de concurrencia de los ***tipos agravados por utilización de datos personales*** *(art. 264.3 y 264 bis 3)* para acceder al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.

E. Igualmente con base en la normativa internacional, y con redacción similar a la del art. 197 ter, los ***actos preparatorios punibles*** *(art. 264 ter)* sancionan la tenencia (producción, adquisición, importación o facilitación) de programas de ordenador que permitan la comisión de los delitos anteriores o de contraseñas, códigos de acceso o datos similares que permitan el acceso a un sistema de información. Conductas a sancionar, con prisión o multa, sólo cuando se actúe sin autorización y se haga con la intención de facilitar (por uno mismo o por otro) la comisión de cualquiera de los delitos de los artículos precedentes.

F. Los artículos 264 y 264 bis exigen una actuación dolosa, pero se prevé también un ***tipo imprudente*** *(art. 267)*, que no es específico de los daños informáticos, sino común a todos los delitos de daños, exige denuncia y admite el perdón del ofendido en los términos habituales.

> En supuestos como los de la introducción de virus en la red que el autor desconoce si van a afectar efectivamente a algún usuario informático, o a qué tipo de datos, programas o documentos va a hacerlo, no hay duda de que existe al menos dolo eventual, con lo que no se plantea ningún problema de subsunción a este respecto.

Puede suceder que los autores de la conducta típica pretendan un daño de una determinada gravedad que finalmente va más allá de lo previsto.

> Así, por ejemplo, con la introducción de un virus en un ordenador que se extiende, sin quererlo, a todos los ordenadores en contacto con el primero.

Tampoco aquí debiera haber problemas para aceptar un dolo eventual,

salvo en casos puntuales en que sí habría que recurrir al art. 267. En ambos casos aplicando un concurso ideal de infracciones con los daños al primer ordenador generados con dolo directo.

> Más problemático resulta el supuesto de introducción en un determinado programa de bombas lógicas que se activarán si se da una circunstancia determinada, como, por ejemplo, que intente realizarse una copia del programa. En este caso, el autor no puede conocer si efectivamente se va a realizar el acto que desencadene la activación de la bomba lógica y hasta que este acto no se produzca la introducción no podrá ser considerada sino un acto preparatorio impune. En cuanto se desencadene la activación de la bomba lógica la conducta podrá considerarse típica entendiendo que concurre dolo de dañar en el autor que la introdujo y no hizo nada para detener su activación.

Aunque el sujeto pasivo del delito no tuviese antivirus u otros medios de protección frente a ataques a su sistema y a los datos contenidos en él o no hubiera realizado copias de seguridad de sus documentos o programas, lo que podría denotar un comportamiento negligente por su parte, la tipicidad de la conducta dañosa no ofrecerá duda alguna en esta sede.

> En cuanto a la causación de daños de modo imprudente, por ejemplo, a través de la distribución de archivos de procedencia dudosa, sin haber analizado previamente su peligrosidad, aunque pudiera ser suficiente la reparación en sede civil, la posibilidad de apreciar el art. 267 siempre está presente cuando la imprudencia es grave.

El principal problema de aplicación de este precepto residirá en la interpretación de la exigencia de que el daño sea superior a los **ochenta mil euros**. ¿Qué ha de tenerse en cuenta, el perjuicio en el objeto, el derivado de la conducta típica? La opción ha de ser la misma que se adopte en la interpretación del concepto "grave" de los tipos dolosos. Y téngase en cuenta que los tipos agravados ya dan pautas de interpretación al respecto cuando, por ejemplo, aluden al perjuicio del funcionamiento de la actividad normal de la empresa, etc.

7. Consecuencias jurídicas.

El legislador utiliza las **penas** de prisión y multa proporcional al perjuicio causado (según los preceptos) con una **virulencia que llama la atención**. El art. 264 permite llegar hasta los siete años y seis meses de prisión. El art. 264 bis hasta los ocho años. En ocasiones, con mínimos que impiden la suspensión de la pena.

El principal problema que deja sin resolver la legislación es el de que así como en los daños comunes del artículo 263 el "daño", superior o inferior a cuatrocientos euros, se viene entendiendo que ha de referirse al valor del objeto menoscabado y no al perjuicio realmente causado (cuantificable vía responsabilidad civil), esta cuestión no se aborda con total claridad en los daños informáticos, como antes se decía; aunque el propio Código alude, para concretar la multa proporcional, al perjuicio y no al daño en la cosa. Es ésta la opción lógica, máxime por cuanto para concretar la "gravedad" del daño que permite la aplicación de los preceptos ya se atiende realmente este perjuicio (claramente en supuestos de obstaculización, por ejemplo). Hay que insistir en que en el ámbito de los daños informáticos el objeto dañado puede tener un valor ínfimo, pero las consecuencias del borrado, de la obstaculización, etc., de los datos o sistemas puede ser muy importante.

En el art. 264 ter se opta por la multa por cuotas como alternativa a la prisión.

En cuanto a la pena del art. 267, es de multa de tres a nueve meses, a concretar atendiendo la importancia de los daños, concepto de nuevo a interpretar en su vinculación al perjuicio causado, tal y como se ha explicado.

Sí llama la atención que, siendo especialmente importantes las penas previstas, no se contemple la posibilidad, como sí se hace en los daños comunes del art. 263, de sancionar las conductas en que el daño causado no sea grave. El art. 263.1 pfo. 2º permite sancionar daños inferiores a cuatrocientos euros, pero éste no puede ser de aplicación para los daños informáticos. Si lo fuera, querría decir que el art. 263.1 pfo.1º también lo es y no tendría sentido la previsión de los arts. 264 y siguientes. La laguna es evidente.

Se plantea la duda de *lege ferenda* de si deben tratarse igual las conductas de destrucción o menoscabo definitivo de un dato, programa o documento que las de su inutilización o, más aún, alteración, sobre todo si se admite que éstas pueden tener carácter meramente temporal. En todo caso siempre queda el momento de individualización judicial de la pena para tener en cuenta posibles **diferencias de desvalor** de la conducta enjuiciada.

8. Responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 264 quater, totalmente reformado en 2015, incrementando notablemente las penas, prevé para la persona jurídica responsable de los

delitos de los artículos 264, 264 bis y 264 ter la imposición de una multa de dos a cinco años o del quíntuplo a doce veces el valor del perjuicio causado, si es superior, o bien de uno a tres años o del triple a ocho veces el valor del perjuicio causado, si es superior, según la pena a imponer a la persona física sea prisión mayor o no de tres años, además de la posibilidad de imponer, de conformidad con el artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Se opta por tanto por la alternativa de la multa por cuotas o proporcional, de modo lógico dado que estamos ante infracciones patrimoniales, pero con perjuicio que sólo en ocasiones podrá ser correctamente cuantificable. Multa, además, tanto en uno como en otro caso de notoria importancia. Mucho más que en otros lugares del Código y aun en relación con delitos en principio de mayor desvalor. La importancia que se da a la tutela de los sistemas de información (o al hecho informático en sí mismo considerado) es la única explicación del considerable incremento de penas que se produce en 2015. Incremento que es mucho menor en el caso de las penas que se prevén para las personas físicas.

Lecturas recomendadas:

A efectos de profundización en varias de las cuestiones específicas tratadas en el tema, se recomienda leer los siguientes trabajos:

CARRASCO ANDRINO, M. M.: "El acceso ilícito a un sisma informático", AA. VV. (coord. Álvarez García y otros), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 341 a 364.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "El delito de daños a datos, programas, documentos y sistemas informáticos", AA. VV. (dir. Juanes Peces), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio (Situación Jurídico-Penal del Empresario)*, Madrid: El Derecho, 2010, pp. 149 a 178.

DE LA MATA BARRANCO, N. J.: "Reflexiones sobre el bien jurídico a proteger en el delito de acceso informático ilícito (art. 197 bis CP). El concepto de privacidad informática y la tutela del buen funcionamiento de los sistemas d información y comunicación", *Cuadernos de Política Criminal,* núm. 118, 2016, pp. 43 a 86.

GALÁN MUÑOZ, A.: "La internacionalización de la represión y la persecución de la crimi-

nalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales", *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 90 a 107.

GONZÁLEZ HURTADO, J. A.: "Los discos duros del caso Bárcenas, ¿Delito informático, encubrimiento, todos, o ninguno?", *El País*, 11 de septiembre de 2013 (http://blogs.elpais.com/alternativas/2013/09/los-discos-duros-del-caso-barcenas-delito-informatico-encubrimiento-todos-o-ninguno.html).