

# TUTELA PENAL DEL INVERSOR / CONSUMIDOR E ILÍCITOS PENALES EN LA EMPRESA\*

Relazione al Congresso italo-spagnolo  
svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014

Luz María Puente Aba\*\*

## SOMMARIO

1. Introducción. – 2. Los consumidores como adquirentes de bienes y servicios: tutela anticipada y sanción de lesiones patrimoniales. – 3. Los consumidores como inversores. – 4. Delitos en el ámbito de la empresa: cómo determinados ilícitos empresariales pueden afectar al patrimonio de los consumidores / inversores. – 5. Conclusión.

\* La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Protección penal de la inversión y del crédito público y privado”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2012-34302) y por la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia (EM 2012/076).

Abreviaturas utilizadas: AP, Audiencia Provincial; CNMV, Comisión Nacional del Mercado de Valores; CPE, Código penal español; CPI, Código penal italiano; LMV, Ley del mercado de valores (Ley 24/1988, de 24 de julio); SAP, Sentencia de la Audiencia Provincial; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

\*\* Profesora contratada doctora de Derecho penal (Prof. Titular acr.), Universidade da Coruña.

# 1. Introducción.

La tutela penal del consumidor / inversor resulta una cuestión de especial relevancia en tiempos actuales, puesto que si bien constituye un sector consolidado en el marco del Derecho penal patrimonial y económico, conviene prestarle especial atención ante la actual situación de los mercados, puesto que la duradera crisis económica ha generado determinadas disfunciones y problemas en el funcionamiento de las empresas, que sin duda repercuten de forma negativa en los ciudadanos en su faceta de consumidores / inversores. Así, en primer lugar se efectuará una breve visión de los preceptos penales destinados a tutelar los intereses patrimoniales de consumidores / inversores como adquirentes de bienes y servicios en el mercado, analizando cómo ha venido desarrollándose su aplicación práctica en estos últimos tiempos, y cuáles han sido las principales cuestiones problemáticas que se han suscitado. En segundo lugar, se hará una especial referencia a ciertas particularidades que se plantean en relación con un sector del mercado muy específico, al que han prestado especial atención los legisladores: el mercado de valores. En este punto se atenderá a la normativa tanto penal como extrapenal relacionada con los mercados de valores, para determinar cuáles constituyen sus puntos débiles a la hora de otorgar una protección eficaz al consumidor / inversor, especialmente frente a casos de gran repercusión social en los últimos tiempos en España. Por último, se aludirá a la influencia indirecta que puede tener la comisión de ilícitos penales en el ámbito de la empresa sobre los intereses económicos de los consumidores / inversores. Todo ello se analizará con ocasión de determinados casos reales, con el objetivo de poner de relieve las posibles problemáticas o lagunas legales que se plantean a la hora de aplicar las normas penales y de lograr una tutela real y eficaz del consumidor / inversor.

## 2. Los consumidores como adquirentes de bienes y servicios: tutela anticipada y sanción de lesiones patrimoniales.

La protección de los intereses económicos de los consumidores como adquirentes de bienes y servicios viene tradicionalmente de la mano del tipo penal de estafa (art. 248 CPE; art. 640 CPI); se castiga de este modo a quienes induzcan a error a otra persona con el fin de provocar un daño económico que suponga un correlativo enriquecimiento patrimonial para el autor de la conducta.

No obstante, esta clase de tutela penal no es suficiente para la actual sociedad de consumo, fundada en una economía de mercado en la que existe una multiplicidad de ofertas de bienes y servicios con predominio de grandes empresas como sujetos oferentes, donde se recurre a la publicidad masiva como medio de dar a conocer los productos y servicios, y donde se hace cada vez más frecuente la contratación a distancia (fundamentalmente a través de Internet) y el uso de condiciones unilaterales de contratación; de este modo, el consumidor no tiene capacidad real de negociación y, además, se dificultan sus posibilidades de detección de un posible fraude y de reclamación de los perjuicios sufridos.

Este específico orden social y económico ha tenido reflejo en el Derecho penal con la toma de conciencia sobre la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. En el ámbito que estamos tratando se han configurado los intereses económicos de los consumidores como un bien jurídico supraindividual o institucionalizado, cuya lesión equivale a la puesta en peligro de los patrimonios individuales de un número muy amplio e indefinido de consumidores. Así, el Código penal español de 1995 destaca en esta línea por haber creado el **delito publicitario** (art. 282 CPE), que en coherencia con la caracterización del bien jurídico protegido constituye un delito de peligro para los patrimonios del colectivo de los consumidores. La idea que subyace a la articulación de este tipo penal es que, dado que la publicidad se ha convertido en una forma privilegiada de realizar ofertas de bienes y servicios, y teniendo en cuenta su inabarcable radio de expansión, el Derecho penal interviene ya para sancionar conductas peligrosas para el patrimonio de los consumidores, sin esperar a la producción de efectivas lesiones patrimoniales que, dada la especial forma de interacción entre oferentes y adquirentes, podrían ser muy numerosas.

De este modo, la tutela penal de los consumidores como adquirentes de bienes y servicios

se articula a través de este binomio delito publicitario – delito de estafa: si bien el tipo penal de estafa va a reaccionar ante lesiones patrimoniales efectivas a cada consumidor individualizado, el delito de publicidad falsa pretende sancionar mensajes publicitarios que presentan aptitud para causar un daño grave y manifiesto a los consumidores. La definición de los bienes jurídicos tutelados y de las técnicas de tipificación ha de permitir resolver cuál es la relación entre ambos preceptos, fundamentalmente si se admitiría un concurso entre ambos delitos. A este interrogante ha de responderse de forma positiva, rechazando que el delito de lesión (la estafa) absorba al delito de peligro (la publicidad falsa). Por lo tanto, si como consecuencia de un mensaje publicitario falso varios consumidores adquieren un producto y resultan dañados económicamente, por un lado habrá que apreciar tantas estafas como sujetos individuales resulten perjudicados, pero por otro lado habrá que aplicar también el delito publicitario, pues el mensaje falso sigue desplegando sus efectos, y por lo tanto constituye un peligro para los patrimonios del colectivo global de los consumidores<sup>1</sup>.

Sin embargo, este sistema de tutela de los consumidores no funciona de forma tan clara y perfecta en la realidad, y para constatarlo es necesario examinar cómo se lleva a cabo su aplicación práctica, y ante qué tipo de problemas se encuentra.

La aplicación del delito publicitario por parte de los tribunales puede calificarse casi como anecdótica, pues es considerablemente reducido el número de resoluciones judiciales que han tratado la posible aplicación al caso concreto del delito publicitario, y mucho menor aún el número de condenas por esta infracción delictiva. Curiosamente el principal argumento esgrimido por los tribunales para no aplicar este tipo penal es que, cuando en el caso concreto se ha verificado alguna estafa, se entiende que el engaño propio de la estafa ya absorbe el desvalor propio de la falsedad publicitaria; así razonan, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 357/2004, de 19 de marzo, y la STS 457/2006, de 21 de marzo (que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona 21-7-2004)<sup>2</sup>, obviando lo indicado con anterioridad: que el peligro derivado de la publicidad falsa afecta a más patrimonios que los dañados de forma efectiva. Y por otro lado, una dificultad inherente a este tipo penal está constituida por la interpretación del elemento típico “aptitud para producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”, puesto que no toda publicidad falsa es delictiva, sino sólo la que represente un peligro de suficiente entidad para los intereses económicos de los consumidores. Precisamente la dificultad de valorar tal aptitud ha motivado un buen número de absoluciones por este delito, por ejemplo en los supuestos enjuiciados por la STS 1456/2002, de 13 de septiembre (que confirma la SAP Toledo 34/2000, de 15 de diciembre), la STS 774/2002, de 6 de mayo (que confirma la SAP Granada 228/2000, de 3 de abril), o la SAP Burgos 15/2005, de 11 de abril<sup>3</sup>. Y otro dato interesante que cabe extraer del examen de la jurisprudencia en esta materia es que, en muchos casos, no se llevó a cabo una auténtica actividad publicitaria, sino que se trataba simplemente de engaños en el ámbito de negociaciones contractuales entre dos partes, lo cual nos llevaría al ámbito propio de la estafa; así ocurre, por ejemplo, en los supuestos tratados en la SAP Málaga 180/2000, de 29 de junio, la STS 1456/2002, de 13 de septiembre (que confirma la SAP Toledo 34/2000, de 15 de diciembre) y la SAP Zaragoza 101/2005, de 22 de marzo<sup>4</sup>.

En suma, a la tutela penal anticipada del consumidor no ayuda que su interpretación esté vinculada al tipo penal de estafa, cuando en realidad el radio de acción de ambos tipos penales es totalmente diferente. Buena prueba de ello la aporta la SAP Granada 383/2002, de 28 de

<sup>1</sup> Puede verse sobre todo esto, por ejemplo, PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 419 ss.

<sup>2</sup> El primer caso citado se trataba de un supuesto de venta de vino con etiquetado falso, y el segundo caso se refería a una empresa dedicada a la compraventa de vehículos.

<sup>3</sup> Los supuestos enjuiciados se referían a ventas de pienso para pollos, ventas de mezclas de licores, y ofertas de servicios funerarios. Ciertamente se trata de un elemento típico valorativo, y entre los criterios propuestos para sostener que el mensaje publicitario falso es idóneo para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores están los siguientes: el coste del producto o servicio anunciado, la relevancia de los extremos sobre los que recae la falsedad o del propio bien o servicio publicitado, la disponibilidad económica del colectivo de consumidores afectado, el número de potenciales perjudicados, etc. Vid. al respecto; PUENTE ABA, *Delitos económicos*, cit., pp. 350 ss; y también “El delito publicitario”, en AAVV, *La protección penal de los consumidores*, CEACCU, Madrid 2008, pp. 306-308.

<sup>4</sup> En los supuestos enjuiciados por la AP de Málaga (caso de venta de viviendas prefabricadas) y la AP de Toledo (caso de venta de pienso para pollos) realmente se trataba de meras relaciones contractuales, si bien en el primer caso el tribunal absolvió entendiendo que el mensaje era veraz, y en el segundo caso consideró que no se verificaba el requisito de aptitud para perjudicar gravemente a los consumidores. En el caso enjuiciado por la AP de Zaragoza (caso de compraventa de viviendas en construcción), el tribunal entendió que estaba ante un simple incumplimiento contractual.

junio, que condena por delito publicitario y absuelve de la comisión de varios delitos de estafa<sup>5</sup>. El tribunal entendió que, aun siendo la publicidad falsa, no existía un “engaño bastante” en relación con las personas que presuntamente habían sufrido el perjuicio patrimonial; concretamente, en la sentencia se pone de relieve la escasa credibilidad de las presuntas “víctimas”, y se pone en duda que esas concretas personas realmente ignorasen, después de los tratos contractuales, que la realidad no coincidía con lo mencionado en la publicidad<sup>6</sup>.

Es cierto que en muchos casos empieza a actuarse contra la publicidad ilícita cuando ya se han verificado daños patrimoniales, pero ello no resta sentido a esta “anticipación” en las barreras de intervención penal. Actuar contra la publicidad falsa cuando ya se han producido perjuicios económicos no resulta en absoluto inútil, pues como se ha indicado el mensaje publicitario afecta a todo el colectivo de consumidores, para cuyos intereses patrimoniales continúa significando un peligro. Además, otra de las razones que justifican la intervención penal en este ámbito reside en la imposibilidad de delimitar o identificar a todas las personas que pueden haber sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia de la publicidad<sup>7</sup>.

Como dato curioso, realmente no cabría desdeñar al menos el aspecto preventivo de esta regulación si tenemos en cuenta que en 1995, el mismo año de entrada en vigor del vigente Código penal español (que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento el delito publicitario), se constituyó Autocontrol, la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial, creada por los principales anunciantes, agencias y medios de comunicación para gestionar el sistema de autorregulación publicitario español<sup>8</sup>.

\*\*\*

En cualquier caso, incluso el funcionamiento práctico de tradicionales tipos penales como la **estafa** no está exento de problemas.

Uno de los principales escollos que plantea el delito de estafa es la necesidad de deslindarlo de la responsabilidad civil por existencia de engaño en la contratación. Puede partirse de un criterio básico de distinción frecuentemente empleado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en España: si en el momento de conclusión del contrato existía voluntad de cumplirlo en todos sus términos, y es con posterioridad cuando surge la intención de no hacerlo, se trataría de una mera responsabilidad civil por incumplimiento de contrato. Efectivamente, en tal supuesto no se verificaría un delito de estafa porque el engaño de una de las partes no ha sido previo y determinante del acto de disposición patrimonial; en tales casos, por lo tanto, estaríamos ante un incumplimiento doloso del contrato, y con arreglo a los arts. 1101 y 1107 del Código civil español el causante del dolo estaría obligado a indemnizar a la otra parte contratante por todos los daños

<sup>5</sup> Se trataba de un caso de cursos ofrecidos por una escuela de turismo; se condenó a los acusados como autores del delito publicitario porque se constató la existencia de mensajes publicitarios falsos (se anunciaba que los cursos estaban homologados por una Universidad británica, cuando aún no se había concretado tal homologación, que finalmente no llegó a verificarse), que podían ser calificados como idóneos para producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Por el contrario, no se apreció la existencia de estafa con respecto a las personas que habían pagado la matrícula en estos cursos falsamente publicitados.

<sup>6</sup> Vid. sobre esta sentencia GALLEGO SOLER, J.I., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona 2004, pp. 226 ss.; PUENTE ABA, L.M., “Comentario”, cit., pp. 304 ss.

Esta sentencia sirve para ejemplificar el distinto radio de acción del delito publicitario y del delito de estafa. Ya se ha indicado anteriormente que el delito de publicidad falsa constituye un tipo penal de peligro que pretende reaccionar anticipadamente frente a conductas peligrosas para los intereses económicos del colectivo global de consumidores; de tal modo, basta con constatar la existencia de publicidad falsa, siempre que tenga la entidad suficiente para poder generar un peligro grave y manifiesto para los patrimonios de los consumidores. En cambio el delito de estafa, al constituir un tipo penal de lesión de patrimonios individuales, exige constatar que el engaño desplegado ha sido “bastante” para inducir a error a las posibles víctimas individualizadas. Así, si bien un mensaje falso puede ser apto con carácter general para engañar y perjudicar a los consumidores, puede ocurrir que las concretas personas que han adquirido el bien o servicio ofertados no hayan sido realmente víctimas de un engaño “bastante” como consecuencia de la publicidad.

<sup>7</sup> Vid. extendiéndose sobre las situaciones que permiten fundamentar la existencia del delito publicitario, GÓMEZ RIVERO, M.C., “La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa. Claves para delimitar el contenido material del precepto”, *Revista General de Derecho penal*, 2008, nº 9, pp. 1 ss.

<sup>8</sup> Véase su página web [www.autocontrol.es](http://www.autocontrol.es). Vid. también LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (Coord.), *Derecho de la publicidad*, Civitas, Cizur Menor 2012, pp. 171 ss.; VILAJOANA ALEJANDRE, V., *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, UOC, Barcelona 2011, pp. 231 ss.

y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento de sus obligaciones<sup>9</sup>.

Sin embargo, este criterio no permite solucionar todos los problemas fronterizos entre el delito de estafa y la responsabilidad civil contractual, puesto que el Código civil regula también la figura del denominado dolo “in contrahendo”, esto es, el dolo desplegado en el momento mismo de contratar, que implica que una de las partes celebra un contrato con la intención ya previa de no cumplir las obligaciones que le corresponden. Estamos aquí ante el dolo vicio como causa de nulidad del contrato; su definición se halla en el art. 1269 del Código civil, según el cual “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”; continúa el art. 1270 que “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”. Por consiguiente, nos encontramos con que un engaño de tales características podría ser calificado únicamente como una causa de nulidad del contrato, o podría ser considerado como engaño bastante propio del delito de estafa (que llevaría aparejada, obviamente, la responsabilidad civil derivada de delito)<sup>10</sup>.

Así, el examen de la jurisprudencia en esta materia no resulta especialmente alentador, pues no existen pautas claras para deslindar el ilícito civil del ilícito penal. De hecho, pueden encontrarse supuestos de hecho similares que son resueltos de forma diversa por diferentes tribunales.

Por citar un ejemplo característico, pueden contraponerse los casos resueltos en la STS 289/2009, 5-5 (Sala de lo Civil) y en la STS 607/2013, 12-7 (Sala de lo Penal). En el primer caso se declaró la nulidad del contrato de compraventa de una parcela por existencia de “dolo in contrahendo”, pues la entidad vendedora de la parcela había falseado determinadas cualidades de la finca en el momento de la contratación, ya que tales características la hacían inservible para construir una estación de servicio, que era el objetivo de la compraventa manifestado expresamente por la entidad compradora; el Tribunal condenó a la restitución del precio pagado y demás gastos satisfechos, con resarcimiento de daños y perjuicios. En el segundo caso se apreció la existencia de un delito de estafa en una venta de parcelas destinadas a la construcción de una vivienda, ocultando que en tales fincas no se podía realizar este tipo de edificaciones y que ya existían expedientes sancionadores abiertos por la Administración local; el Tribunal condenó a los acusados a las correspondientes penas por el delito de estafa, y asimismo satisfacción de daños materiales y daños morales en concepto de responsabilidad civil derivada de delito.

Asimismo, puede anticiparse aquí el caso de las “participaciones preferentes”, que será objeto de tratamiento más adelante. Basta ahora con adelantar que gran parte de las personas que habían adquirido este específico producto bancario sin conciencia de su naturaleza y características reales, decidieron acudir a los tribunales civiles para reclamar la nulidad del contrato; no obstante, posteriormente empezaron a incoarse diligencias penales por posible comisión de un delito de estafa en estos supuestos.

Otra cuestión de indudable dificultad, y que sin duda también influye en la respuesta judicial a los casos de estafas a consumidores, reside en otorgar un determinado papel al denominado “deber de autoprotección de la víctima”. Con carácter general se considera que no cabe apreciar un

<sup>9</sup> Vid. al respecto PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa (art. 282 CP)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 14, 2ª época, 2004, pp. 297 ss, y bibliografía citada. Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona 2009, p. 103; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *Dereito*, Vol. 21, nº 1, 2012, pp. 10-11; REBOLLO VARGAS, R., “Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 2008, nº 19, pp. 98 ss. Puede verse en la doctrina civilista, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Artículo 1269”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor 2009, pp. 1501-1502; LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Derecho de obligaciones. Teoría general del contrato*, Vol II, nº 1, Dykinson, Madrid 2011, pp. 366 ss; SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 178.

<sup>10</sup> Vid. PUENTE ABA, ibidem. Vid. asimismo CHOCLÁN MONTALVO, *El delito*, cit., pp. 104 ss. Vid. REBOLLO VARGAS, “Propuestas para la controversia”, cit., pp. 106 ss, centrándose en el ánimo de lucro como el elemento que particulariza al delito de estafa frente al dolo civil. Vid. en la doctrina civilista, precisando justamente la posible superposición o el difícil deslinde entre el dolo en la contratación y el engaño bastante en la estafa, DÍEZ – PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, nº 1, Tecnos, Madrid 2012, p. 52; NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Civitas, Cizur Menor 2013, p. 326; PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 275. Es interesante recordar la obra de PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano 1955 (vid. esta obra en PEDRAZZI, C., *Diritto penale. II. Scritti di parte speciale*, Giuffrè, Milano 2003, concretamente p. 221), que la diferencia no puede ser radicada en una exégesis literal de los términos legales, teniendo en cuenta su similitud también en el ordenamiento italiano: el art. 640 CPI define la conducta constitutiva de estafa como “artifici o raggiri”, y el art. 1439 del Código civil italiano se refiere al dolo contractual empleando el término “raggiri”.

delito de estafa en los casos en que la víctima tenía posibilidades reales de protegerse frente al comportamiento engañoso (v.gr. efectuando unas mínimas comprobaciones sobre la veracidad de las afirmaciones presentadas), o cuando las manifestaciones realizadas resultaban difícilmente creíbles<sup>11</sup>. En tales supuestos, se parte de que el resultado de daño no cabe atribuirlo al engaño, sino a la propia falta de diligencia de la víctima, y asimismo se fundamenta en el hecho de que la norma penal sólo protege frente a los ataques más graves e intolerables a los bienes jurídicos, en este caso al patrimonio<sup>12</sup>. Si bien existe un acuerdo generalizado en afirmar que el delito de estafa ha de excluirse en estos casos en que la víctima no desplegó ningún tipo de diligencia para comprobar la información, o las manifestaciones vertidas no eran en absoluto creíbles, el problema es que habrá que aplicar tales pautas al caso concreto teniendo en cuenta las capacidades y circunstancias subjetivas de cada víctima, pues no todas las personas tienen la misma capacidad para sospechar sobre la veracidad de una determinada información o para realizar averiguaciones sobre ella; asimismo, hay que atender al tipo e importancia del concreto negocio jurídico, y al funcionamiento habitual del específico sector del mercado<sup>13</sup>. Como pone de relieve la jurisprudencia, en cada caso es necesario hallar el equilibrio entre la exigencia de una mínima autoprotección y diligencia por parte de la víctima, y el mantenimiento del principio de buena fe en las relaciones comerciales, es decir, la necesidad de que exista una mínima confianza en el ámbito de las transacciones en el mercado, pues de otro modo se dificultarían enormemente los negocios y relaciones jurídicas<sup>14</sup>.

Es interesante tener en cuenta que tanto jurisprudencia como doctrina se han planteado cuál sería el tratamiento adecuado en los denominados “negocios de riesgo”, o más concretamente, en casos de oferta de inversiones que producen una rentabilidad muy elevada. Estamos aquí ante el caso prototípico en que cabría aducir la ausencia de autoprotección o falta de razonabilidad de la víctima, que voluntariamente se involucra en un negocio jurídico que supone un riesgo considerable de causar pérdidas patrimoniales, las cuales finalmente se llegan a verificar. La pauta fundamental que ha de determinar la solución de tales supuestos no debería centrarse en la existencia o ausencia de un deber de autoprotección de la víctima, sino realmente en cuál ha sido la conducta de quien ofrece tal negocio, para determinar si llevó a cabo un comportamiento engañoso. Si las condiciones y elementos del negocio jurídico son expuestos de forma clara y veraz, evidentemente ya no se produce engaño ni delito de estafa,

<sup>11</sup> Ya sea porque se parte de que el Derecho penal, en virtud del principio de subsidiariedad, no puede intervenir para sancionar comportamientos frente a los que podía defenderse fácilmente la víctima; ya sea porque se entiende que en estos supuestos queda roto el nexo de imputación objetiva entre la acción y el resultado en el delito de estafa. Vid. PÉREZ MANZANO, M., “Acerca de la imputación objetiva en la estafa”, en AAVV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 305; vid. también CHOCLÁN MONTALVO, *El delito*, cit., p. 109; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Deberes de autoprotección en el delito de estafa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, nº 4, p. 716; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Artículo 248”, en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 755-756; PUENTE ABA, “Comentario”, cit., pp. 302 ss., y bibliografía citada; RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, J., *La autoprotección en la estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013 cit., pp. 36-37; VOGEL, J., “Estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 48.

<sup>12</sup> Vid. MATA Y MARTÍN, R., “Artículo 248”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 966; PÉREZ MANZANO, “Acerca de la imputación objetiva”, cit., p. 305; QUINTERO OLIVARES, “Artículo 248”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, p. 81; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Las inverdades de los particulares ante el Derecho penal”, en SALVADOR CODERCH, P. / SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid 1999, pp. 99-100. Vid. RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., pp. 42-43, citando jurisprudencia.

<sup>13</sup> 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, ponente Andrés Ibáñez”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2003, nº 56, pp. 561-592, cit., pp. 581-582, concreta cuáles serían las informaciones más relevantes para decidir la ejecución de un acto de disposición, cuyo conocimiento sería exigible a la “víctima”: además de ser la conocedora de su propio patrimonio, la víctima también tendría que estar al tanto de los aspectos jurídicos y económicos del sujeto que le ofrece realizar el acto de disposición patrimonial, del funcionamiento del mercado y existencia de ofertas similares en este ámbito, y de los aspectos jurídicos y económicos generales de la propia operación económica. No obstante, puede no resultar exigible a la víctima el conocimiento de alguno de estos extremos cuando se halla en una situación de inferioridad, en el sentido de que carece de accesibilidad a dicha información por estar dominada por la otra parte de la transacción económica.

<sup>14</sup> Vid. entre la jurisprudencia que analiza esta cuestión, por ejemplo: STS 2/2014, 21-1; STS 671/2013, 19-7; STS 867/2013, 28-11; STS 53/2013, 24-1; STS 162/2012, 15-3; STS 832/2011, 15-7; STS 630/2009, 19-5; STS 1027/2007, 30-11; STS 700/2006, 27-6; STS 182/2005, 15-2. Vid. también RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., pp. 38-39 y 76, poniendo de relieve la existencia de una corriente jurisprudencial que se inclina por no interpretar de forma estricta este criterio de exigencia de responsabilidad a la víctima. Así, es interesante señalar resoluciones como la ya citada STS 53/2013, 24-1, señalando que el hecho de que la víctima posea una especial cualificación no implica que sea inmune a cualquier tipo de engaño. Vid. también NIETO MARTÍN, A., “El papel del engaño en la construcción de un delito de estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 246-247.

aunque posteriormente la otra parte del negocio sufra pérdidas patrimoniales. Si por el contrario las vicisitudes del negocio o contrato son expuestas con inveracidades o inexactitudes, o se omiten datos esenciales que hacen aparecer la oferta distinta de lo que es en realidad, nos encontraremos ante una conducta engañosa, y lo que habrá que analizar es si tal engaño puede calificarse como “bastante” para inducir a error al sujeto pasivo concreto; aquí es cuando ha de atenderse al grado de conocimientos o experiencia que tiene el sujeto, pues será un criterio fundamental para establecer si, con el comportamiento engañoso verificado, era objetivamente previsible que se podría inducir a error a esa víctima concreta. De hecho, la jurisprudencia no ha venido tratando de forma absolutamente invariable los supuestos de pérdidas patrimoniales en negocios de alto riesgo: así, por ejemplo, en casos de ofertas de inversiones con rentabilidades extraordinarias, se ha llegado a admitir la existencia de estafa en supuestos en los que ya se realizaban inicialmente entregas de dinero como resultado de la inversión para generar confianza en el cliente y que posteriormente concluyera más contratos de esta índole; o también en supuestos en que un sujeto confía en el negocio de inversión porque constata que un elevado número de personas ya lo han realizado previamente<sup>15</sup>.

\*\*\*

Si bien tanto las figuras delictivas de estafa y publicidad falsa constituyen los tipos penales genéricos y omnicomprendivos que pueden abarcar los fraudes que afectan a los consumidores como adquirentes de bienes y servicios, los legisladores suelen prestar atención a determinados ámbitos específicos donde se puede afectar de forma especial a los intereses económicos de los consumidores. Aquí cobran especial relevancia los mercados de valores, caracterizados tanto por la fácil negociabilidad de los valores patrimoniales como por el nivel de dificultad que suele ser inherente a determinadas operaciones financieras; a ellos se hará referencia en detalle con posterioridad. No obstante, curiosamente el legislador español ha configurado dos **delitos específicos en materia de protección de los consumidores**, que sancionan determinados fraudes en ámbitos o con modalidades de comisión muy concretas: el delito de facturación ilícita de bienes y servicios facilitados a través de aparatos automáticos previamente alterados (art. 283 CPE) y el delito de detracción de materias primas y productos de primera necesidad (art. 281 CPE). Hay que decir que su significación es puramente simbólica, pues dada su configuración prácticamente nunca han sido objeto de aplicación.

Por un lado, el art. 281 CPE castiga detraer materias primas o productos de primera necesidad con el objetivo de forzar un desabastecimiento del mercado, lograr una alteración de precios o perjudicar de cualquier otro modo al consumidor. Evidentemente es un precepto que sólo podrá ser aplicado en situaciones extremas, que sin duda podrían tener repercusiones mucho más allá de la mera afectación de los intereses económicos de los consumidores<sup>16</sup>.

Por otro lado, el art. 283 CPE sanciona la facturación de cantidades superiores a las debidas, pero únicamente por bienes y servicios cuyo coste se mida a través de aparatos automáticos, y siempre que haya existido una previa manipulación del aparato en este sentido. Por consiguiente, este precepto sanciona comportamientos que tienen lugar en relación con un reducido ámbito de productos y servicios, que son comercializados de una determinada manera, y esto ha determinado que la aplicación del precepto resulte anecdótica: hasta la fecha, se ha dictado condena en un caso de cierta repercusión en España a finales de los años 90, el denominado “fraude de las gasolineras”, pues se detectó que en una amplia red de estaciones de servicio se hallaban alterados los surtidores de combustible, de modo que se facturaban cantidades superiores a las debidas a quienes repostaban en tales lugares; además de este caso, se ha aplicado este precepto únicamente en un caso de manipulación de un camión repartidor de gasóleo a domicilio y en un supuesto de alteración de un taxímetro. Sin duda el precepto pretende acoger aquellos fraudes en los que no hay un contacto directo con el consumidor al facilitar el servicio y calcular su precio, y que además se caracterizan por afectar a muchas

<sup>15</sup> Vid. RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., p. 60, citando la STS 1516/2001, 18-7. Vid. también la jurisprudencia citada en pp. 86-88, en relación con la posible apreciación de estafas en la celebración de negocios de alto riesgo: como se ha indicado, la jurisprudencia no excluye automáticamente la posibilidad de apreciar un delito de estafa aunque la alta rentabilidad y ventajas del negocio resulten no muy creíbles o difíciles de conseguir (v.gr. SSTS 517/2005, 25-4; 291/2008, 12-5; 839/2009, 21-7).

<sup>16</sup> Manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona 2010, p. 781, que aquí se rescita el antiguo delito de acaparamiento de la postguerra, en relación con la Guerra Civil española (Ley 26-10-1939).

personas, generalmente de forma inadvertida dada la insignificancia de cada fraude individualmente considerado.

Por último, es interesante tener en cuenta que la tutela de otros bienes jurídicos de corte socioeconómico puede servir indirectamente a la protección del consumidor. Si bien esto podría afirmarse, con matices, en relación con la previsión de los delitos relativos a la libertad y la lealtad de la competencia en el mercado, también sería predicable de la protección de otros bienes que pertenecen más bien al oferente de los bienes en el mercado, como la propiedad industrial. Efectivamente, en relación con la tutela de los derechos de propiedad industrial, si bien la protección de las marcas o las denominaciones de origen interesa a sus propietarios, en última instancia redundan en la veracidad de las ofertas en el mercado, y por lo tanto en beneficio del consumidor. En cualquier caso, es interesante tener en cuenta que la confluencia de distintos intereses permite la apreciación conjunta de varios preceptos penales; paradigmático en este sentido es el ya citado caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, y posteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia 357/2004. Se trataba de un caso de venta de vino falsamente etiquetado con la denominación de origen de La Rioja. Ambas instancias condenaron por un delito contra la propiedad industrial, pero además también se analizó la posible verificación de estafas o de un delito publicitario; curiosamente la sentencia de instancia apreció la existencia de un delito de publicidad falsa pero no de una estafa, mientras que el Tribunal Supremo estimó que se verificaba una estafa y que la falsedad publicitaria quedaba absorbida por el engaño propio de la estafa. Como ya se ha indicado con anterioridad, las inveracidades en las ofertas y publicidad de bienes y servicios no quedan absorbidas en el tipo de estafa, sino que es admisible el concurso de delitos entre ambas figuras.

### 3.

#### Los consumidores como inversores.

Una específica categoría de bienes que pueden adquirir los consumidores en el mercado está constituida por los productos de inversión, que constituyen una vía para canalizar el ahorro privado. Se trata de un sector de especial complejidad, dadas las características inherentes a este tipo de productos y su creciente diversificación, contando con el progresivo desarrollo del mercado de valores en este ámbito, pues el ahorro y la inversión de los consumidores no sólo se canalizan a través de contratos bancarios o similares, sino también mediante la contratación de valores negociables o instrumentos financieros. Por este motivo cabe plantearse si es necesaria una protección reforzada de los intereses económicos de los consumidores cuando el producto contratado se dirige a entregar una cantidad determinada de dinero con fines de ahorro o de inversión.

Los legisladores penales europeos han sido sensibles a la especial problemática que presenta el mercado de valores desde hace tiempo. Ya cuenta con tradición en los ordenamientos penales europeos el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores (“insider trading”: art. 285 CPE; art. 184 Texto único en materia de intermediación financiera, Decreto legislativo 24-2-1998, nº 58). La opinión dominante considera que en con este precepto se tutela el principio de igualdad de oportunidades de los inversores en el mercado de valores<sup>17</sup>. Si bien la configuración de este tipo penal constituye una pieza fundamental en la tutela de los inversores, garantizando la igualdad en el acceso a la información en los mercados de valores, es necesario además garantizar que tal información resulta veraz. Por lo tanto, para completar este sistema de tutela, en 2010 se introdujo por vez primera en el Código penal español un delito relacionado con este ámbito, que podría denominarse como “falsedad en la inversión en los mercados de valores” (art. 282 bis CPE). En otros ordenamientos europeos ya existían preceptos en la línea de este nuevo artículo 282 bis, como el artículo 264a del Código penal alemán, que ya mucho tiempo antes de la promulgación de las citadas Directivas contaba con un tipo denominado “estafa en la inversión de capital”, si bien, como la propia doctrina alemana ha señalado, no se trata de una auténtica estafa porque no se exige la producción de

<sup>17</sup> Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 350-352, y bibliografía citada.

un perjuicio económico<sup>18</sup>. Este precepto sanciona, con carácter general, la difusión de información falsa en relación con la venta de valores; de tal modo, se configura como un tipo de peligro que sanciona ya la difusión de determinadas alegaciones falsas en una oferta de venta. En una línea similar se encuentra, en Italia, el artículo 173 bis del Texto único en materia de intermediación financiera (Decreto legislativo 24-2-1998, nº 58).

Con carácter general, puede afirmarse que se considera necesaria la intervención penal en este específico ámbito del mercado de valores, teniendo en cuenta la gran trascendencia económica del objeto material (los valores negociables) y la especial necesidad de proteger al colectivo de potenciales inversores en un sector particularmente relevante y no exento de complicaciones<sup>19</sup>. Con este nuevo precepto, seguramente el legislador español pretendía tutelar los intereses económicos del colectivo de eventuales inversores en el mercado de valores<sup>20</sup>; cuestión distinta es que el nuevo precepto del Código penal español sirva eficazmente a este objetivo, tomando en consideración su concreta configuración legal.

En cualquier caso, aun teniendo en cuenta la conveniencia de profundizar en los controles tanto preventivos como represivos en el marco del mercado de valores, cabe reflexionar sobre las posibles lagunas o problemáticas que pueden plantearse en relación con la protección del inversor / ahorrador, y no tanto en relación con las normas penales, sino con las normas extrapenales reguladoras del mercado de valores, y que obviamente servirán como base para aplicar los correspondientes tipos penales en este ámbito.

Esta reflexión puede realizarse con ocasión del examen de dos casos paradigmáticos de la realidad española en los últimos tiempos, que han alcanzado una importante repercusión al haber afectado a un número muy elevado de ahorradores / inversores: se trata del denominado caso “Nueva Rumasa” y del caso de las “participaciones preferentes y deuda subordinada”.

En relación con el primero, *Nueva Rumasa* constituía un conocido conglomerado empresarial formado por un total de 117 empresas, que entre 2009 y 2010 realizó campañas de publicidad en los medios de comunicación con la finalidad de ofrecer al público la venta de pagarés emitidos por diferentes compañías que componían este entramado de empresas. La rentabilidad anual ofrecida oscilaba entre el 6 y el 10%, y la inversión mínima de cada persona debía ser de 50.000 euros. Como consecuencia de una reforma de la legislación española del mercado de valores en 2010, que exigía la intervención de un intermediario financiero en este tipo de ofertas de valores negociables, la siguiente operación realizada desde Nueva Rumasa consistió en ofertas de ampliación de capital de empresas del conglomerado, concretamente dos sociedades de responsabilidad limitada, cuyo capital, por lo tanto, no estaba compuesto por acciones sino por participaciones sociales. Si bien algunos de los compradores de pagarés en las diferentes emisiones fueron recuperando el principal y los intereses a su vencimiento, comenzaron los primeros impagos con los problemas financieros de las empresas emisoras de los pagarés, que entraron en situación de concurso de acreedores, del mismo modo que las entidades que habían efectuado las ofertas de ampliación de capital.

En 2011, a raíz de la declaración del concurso de las sociedades implicadas en las ofertas de pagarés y las ampliaciones de capital, un grupo de inversores presentó una querrela conjunta en la Audiencia Nacional<sup>21</sup>, por presunta comisión de los delitos de estafa, insolvencia punible, delito

<sup>18</sup> Cfr. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten*, 2ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2008, Cap. 9, m. 338. Vid. también FARALDO CABANA, P., “Artículo 282 bis”, GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1086, en relación con el art. 282 bis de nuestro Código penal, estableciendo que tampoco es adecuado denominarlo como “estafa”, ya que ni comparte la estructura del tipo de estafa ni exige la producción de un perjuicio patrimonial en su figura básica.

<sup>19</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, cit., p. 263; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 513-514; PORTERO HENARES, M., “Fraudes contra los consumidores”, ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 303; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Las falsedades contables en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2007”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 457.

<sup>20</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, cit., p. 263; VILLACAMPA ESTIARTE, “Las falsedades”, cit., p. 452.

<sup>21</sup> Concretamente, la querrela se dirigía contra los miembros del Consejo de administración de Nueva Rumasa S.A., y los miembros de los órganos de administración de José María Ruiz Mateos S.A., Inversiones Ruiz Mateos S.A., Carcesa, Gupo Dhul S.L., Clesa S.L., Rumanova S.A. y Maspalomas Hoteles S.A.; en la propia querrela se identifica como tales administradores a determinados miembros de la familia Ruiz Mateos: vid. Auto del Juzgado central de instrucción nº 5 de Madrid, 3-6-2011. Vid. PÉREZ ZARAGOZA, P., “Nueva Rumasa: ola de querrelas”, *Inversión & Finanzas*, nº 826, 2011, p. 23.

contra los consumidores y administración desleal<sup>22</sup>. El Juzgado central de instrucción nº 5 de Madrid, en un auto de 3-6-2011, admitió a trámite la querrela. Precisamente según el escrito que la Fiscalía Anticorrupción había remitido al Juzgado central de instrucción, hasta 4.110 pequeños inversores habían adquirido pagarés de Nueva Rumasa, a raíz de las emisiones realizadas por 13 entidades del conglomerado empresarial, por un valor total de más de 358,35 millones de euros (337,37 millones de principal y 47,97 millones de intereses)<sup>23</sup>.

En cuanto al citado caso de las “participaciones preferentes y deuda subordinada”, consistió en que hacia finales de los años 90 y durante la década de 2000 las entidades bancarias, fundamentalmente, comenzaron a vender a sus clientes unos productos denominados “participaciones preferentes” y “obligaciones subordinadas”. Se trata de valores negociados en un mercado de valores, concretamente en el mercado secundario organizado de renta fija (AIAF), si bien son un producto a medio camino entre renta fija y variable y presentan peculiares características que las convierten en un producto de inversión de riesgo elevado: fundamentalmente, la sujeción del dividendo a la obtención de beneficios suficientes por parte de la entidad, la perpetuidad de la emisión, la inexistencia de garantía sobre el precio o la posibilidad de que la ejecución de los valores no sea inmediata<sup>24</sup>. Hacia finales de la década de 2000, coincidiendo ciertamente con el inicio de la crisis económica, empezaron a aparecer los primeros casos de posible fraude en la comercialización de este tipo de productos, pues habían sido vendidos en masa a un gran número de clientes de distintas entidades bancarias que, cuando pretendían recuperar su dinero, comprobaron que la entidad no se lo iba a entregar, sino que sólo podían recuperarlo vendiendo tales participaciones en el citado mercado secundario organizado, circunstancia que resultó prácticamente imposible debido a la difícil liquidez de este producto, en buena medida agravada por la crisis económica.

El problema se planteó porque, según alegaba una gran cantidad de clientes involucrados, no habían sido conscientes de que estaban adquiriendo este complejo producto, sino que creían que habían colocado su dinero en un depósito a plazo fijo. Dado el gran número de personas afectadas y la gran repercusión social que alcanzó esta situación, las entidades bancarias empezaron a articular procedimientos de arbitraje para permitir a los afectados reclamar la devolución de su dinero. Por citar algunos datos, según indicó el subgobernador del Banco de España y presidente del Fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB) en su comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados, en relación con las entidades bancarias participadas por el FROB (BFA-Bankia, NCG Banco y Catalunya Banc), un total de 534.150 inversores habían adquirido participaciones preferentes o deuda subordinada; de ellos, 427.952 habían acudido ya al arbitraje y a 269.379 (el 63%) se le había dado la razón; en ese momento no constaban registrados datos sobre cuántas personas habían acudido directamente a los tribunales, pero a 158.573 se les había denegado el arbitraje<sup>25</sup>.

No obstante, multitud de afectados también acudieron a los tribunales para recuperar su inversión. Se recurrió fundamentalmente a los tribunales del orden civil, y con carácter general los tribunales han venido dictando sentencias favorables a los reclamantes, obligando a las entidades a la devolución del dinero<sup>26</sup>. Merece destacarse también que la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia presentó una demanda civil colectiva<sup>27</sup> en la que solicitaba, por un lado, la nulidad de los contratos de comercialización de las participaciones preferentes y el resarcimiento de los perjudicados, y por otro lado, la cesación en la venta de tales productos por parte de una determinada entidad bancaria (“caso Novagalicia Banco”). La Audiencia

<sup>22</sup> Expansión, 3-5-2011 y 9-5-2011.

<sup>23</sup> Expansión, 14-12-2011. Según la edición del periódico de esa fecha, “hasta el momento las 13 empresas de Nueva Rumasa emisoras de pagarés han abonado en concepto de principal e intereses algo menos del 25% de las obligaciones, es decir 96,23 millones”. También según Expansión, 18-2-2011, se podía constatar la existencia de alrededor de 5.000 inversores afectados.

<sup>24</sup> Vid. Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), *Memoria anual 2002*, p. 103. Puede verse también CNMV, *Los productos de renta fija. Guía informativa*, 2006, p. 33. Vid. también FERRANDO VILLALBA, M.L., “Las participaciones preferentes: regulación, caracteres y protección de los clientes bancarios”, en AAVV, *Participaciones preferentes: ¿se puede recuperar el dinero invertido? Prácticas bancarias y protección del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 26 ss; GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L., *Participaciones preferentes: arbitraje, acciones civiles y penales*, Francis Lefebvre, Madrid 2013, m. 7 ss, y 310 ss; SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “Participaciones preferentes. Análisis general”, en SANJUÁN Y MUÑOZ, E. / LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Dir.), *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, Bosch, Barcelona 2013, pp. 37 ss.

<sup>25</sup> El País 5-2-2014.

<sup>26</sup> Vid. por ejemplo El País 26-4-2013, 22-5-2013, 31-5-2013, 6-6-2013, 5-8-2013, 21-12-2013, 15-1-2014.

<sup>27</sup> Agrupaba 1700 casos de consumidores perjudicados, aportados por la Fiscalía de Pontevedra, el Instituto Galego de Consumo y la Asociación de usuarios de banca Adicae; vid. El País 26-6-2012 y 3-7-2012.

Provincial de A Coruña rechazó las solicitudes de nulidad y resarcimiento, alegando que correspondía ejercitarlas a cada perjudicado individual, pero aceptó la solicitud de cesación de tales prácticas de comercialización. La entidad bancaria accedió directamente a la solicitud de la Fiscalía antes de la celebración del juicio<sup>28</sup>.

Sin embargo, con posterioridad se ha ido abriendo la vía penal, con algunas querellas por estafa o con la apertura de diligencias a iniciativa del Ministerio Fiscal<sup>29</sup>. Hasta la fecha no existe un gran número de resoluciones judiciales que hayan puesto fin a estos procedimientos penales, y puede encontrarse alguna de ellas que archiva la causa penal por estafa y delito publicitario tras determinar que los clientes de la entidad bancaria eran conocedores y adquirentes habituales de este tipo de productos financieros<sup>30</sup>.

En esta vía penal, el caso más relevante y de mayor envergadura está constituido por el “caso Bankia”. Esta entidad bancaria, que se formó agrupando a un variado número de entidades de esta naturaleza<sup>31</sup>, y destacadamente Cajas de ahorros, ha sido objeto de varias querellas en relación con determinadas prácticas, entre ellas la comercialización de las participaciones preferentes<sup>32</sup>. El Auto de la Audiencia Nacional de 17-12-2013 admitió el recurso de Bankia, BFA y Caja Madrid Finance Preferred contra el Auto del Juzgado central de instrucción de 10-6-2013, con el resultado de que resultó finalmente inadmitida la querella contra las personas jurídicas, incluyendo lo referente a la comercialización de las participaciones preferentes (por no estar vigente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las fechas de la comercialización), y también contra los empleados en las distintas sucursales bancarias, de tal modo que la querella quedó admitida contra las personas que componían los órganos directivos de las entidades en cuestión.

Puede citarse por último otro caso de indudable interés: la comercialización de un producto financiero complejo denominado “Valores Santander”, cuyo origen se encuentra en la entidad bancaria Banco Santander. La emisión de tales valores se produjo únicamente en un período muy corto de tiempo, puesto que su período de suscripción por parte del público abarcaba desde el 20 de septiembre hasta el 2 de octubre de 2007. Con esta emisión la entidad buscaba financiación para adquirir el banco holandés ABN Amro. Los valores tenían previsto una evolución diferente en función del éxito o fracaso en la operación de adquisición del banco extranjero: en el caso de que no prosperase esta operación, los Valores Santander constituirían un valor de renta fija con vencimiento a un año; si el banco extranjero fuera finalmente adquirido (que fue lo que ocurrió con posterioridad, en 2008), los valores habrían de canjearse por obligaciones necesariamente convertibles, y posteriormente por acciones del Banco Santander<sup>33</sup>. La oferta de venta al público de los Valores Santander planteó problemas, puesto que

<sup>28</sup> El País 16-9-2013. No obstante, la Fiscalía decidió recurrir la resolución judicial que reconoce esta conformidad de la entidad bancaria para continuar reclamando la nulidad de los contratos; vid. El Correo Gallego 31-10-2013.

<sup>29</sup> Vid. El País 12-4-2013, 16-4-2013, 25-4-2013, 24-5-2013, 23-12-2013.

<sup>30</sup> Se trata del AAP Madrid 613/2012, 24-7, que confirma el sobreseimiento y archivo de la causa penal seguida por delito de estafa y delito publicitario. Según los datos consignados en la resolución judicial, habían sido los propios clientes quienes solicitaron al banco la adquisición de participaciones preferentes, que además no eran emitidas por el propio banco sino que pertenecían a entidades extranjeras, de modo que en este caso el banco en cuestión actuó como intermediario en el mercado secundario. Cabe citar también el AJI Torreveja 18-6-2012, que decreta el sobreseimiento provisional de las actuaciones incoadas por presunta comisión de delito de estafa en la venta de participaciones preferentes. En sentido contrario, el AAP Tarragona 36/2013, 17-1, revoca la resolución del Juzgado de instrucción que inadmite a trámite una querella por presunta comisión de delito de estafa en la venta de participaciones preferentes.

<sup>31</sup> Bankia es la entidad financiera surgida tras la integración de siete Cajas de Ahorros: Caja Madrid, Bancaja, Caja Canarias, Caja La Rioja, Caja Ávila, Caixa Laietana y Caja Segovia. Estas entidades suscribieron en 2010 un contrato de integración para la constitución de un grupo contractual configurado como un Sistema institucional de protección (SIP). En diciembre de 2010 se creó la sociedad central de este SIP, Banco Financiero y de Ahorros (BFA), y a partir del 1-1-2011 Bankia se configura como una entidad perteneciente a BFA y cabecera de este grupo económico. (vid. [www.bankia.es](http://www.bankia.es)).

<sup>32</sup> El AJCI 4-7-2012 admite a trámite la querella presentada por el partido político UPyD contra Bankia y Banco Financiero y de Ahorros, y los miembros de sus Consejos de Administración, por los delitos de estafa, apropiación indebida, falsedad en documentos sociales, administración desleal y maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Por AJCI 10-6-2013 se decreta la acumulación a este procedimiento de otra querella presentada por UPyD; y por AAN 410/2013, 12-12, se acumula asimismo la querella previamente admitida por AJCI 24-6-2013 en lo referente a la comercialización de las participaciones preferentes. El AAN 29-5-2013 acumuló también la querella presentada contra Bankia y BFA por fraude a cliente particular (y la desestima en relación con la CNMV, el FROB, el Banco de España y el Gobierno de la Nación). Cabe mencionar por último el AJCI 12-6-2013, que admite una querella contra el Consejo de Administración Caja Madrid (inadmitiéndola en relación con el ex-presidente de la CNMV).

Finalmente, y atendiendo a noticias de prensa, cabe referir la admisión a trámite de querellas contra los ex – directivos de Caixa Laietana (hoy integrada asimismo en Bankia) (El País 23-12-2013), y contra el Consejo de Administración de Catalunya Banc (El País 16-10-2013).

<sup>33</sup> Vid. Nota de valores relativa a la oferta pública de suscripción de Valores Santander de Santander Emisora 150, S.A.U. con la garantía de Banco Santander S.A. (<https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={33a23a45-2d5e-4b79-85f4-7ee0529cab55}>).

un buen número de adquirentes de tal producto alegó que no habían sido convenientemente informados de las diferentes opciones de evolución de tal producto, sino que entendían que estaban adquiriendo productos más conservadores, fundamentalmente de renta fija. Ello motivó que un grupo de inversores presentara una querrela conjunta por presunta comisión de los delitos de estafa, falsedad, apropiación indebida y contra el mercado y los consumidores, que fue inadmitida por Auto del Juzgado central de instrucción de 14-4-2014. No obstante, con posterioridad la Audiencia Nacional admitió el recurso presentado por los inversores contra este Auto, apreciando la existencia de suficientes indicios delictivos que justificarían la admisión a trámite de la querrela y el inicio de la investigación sobre estos hechos<sup>34</sup>. Justamente en este mismo año 2014 la Comisión Nacional del Mercado de Valores impuso dos sanciones a la entidad bancaria por comisión de determinadas infracciones de la Ley del mercado de valores, en relación con la comercialización de los citados Valores Santander<sup>35</sup>. Al margen de estas vías penal y administrativa, también los Tribunales civiles se han pronunciado en relación con esta operación de comercialización de los Valores Santander: así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Terrassa (Barcelona), de 29-11-2013, estima la demanda presentada por unos inversores y declara la nulidad de la orden de suscripción de los citados valores.

\*\*\*

Los casos examinados son relevantes porque plantean interesantes cuestiones tanto desde la perspectiva del Derecho penal como desde el punto de vista de la protección del inversor / ahorrador en la normativa extrapenal, fundamentalmente en la legislación relativa al mercado de valores.

Comenzando por las sanciones penales previstas para los engaños al inversor en el mercado de valores, al margen de los posibles problemas en la configuración típica del delito del art. 282 bis CPE (**falsedad en la información en el mercado de valores**), que impiden proteger adecuadamente al inversor frente a comportamientos ilícitos de quienes ofrecen los valores, resulta claro que este precepto no resulta aplicable a casos como los que han sido objeto de comentario.

Analizando en primer lugar el caso de los pagarés de *Nueva Rumasa*, es evidente que aquí no resultaría aplicable el art. 282 bis CPE porque las ofertas derivadas de este conglomerado empresarial se caracterizaban por quedar al margen del mercado de valores. Este hecho puede llevarnos a cuestionar a su vez la normativa extrapenal sobre los mercados de valores, y concretamente la decisión de excluir del concepto de “oferta pública”, y por lo tanto de la obligación de publicar folleto informativo y sujetarse al control de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), a las ofertas de valores como la de los pagarés de Nueva Rumasa: efectivamente, el art. 30 bis de la Ley 24/1988, de 24 de julio, del mercado de valores (LMV) excluye de la consideración de “oferta pública” las ofertas de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 100.000 euros, o las ofertas dirigidas a inversores que efectúen una adquisición de un importe de asimismo 100.000 euros. Esta y las demás excepciones contenidas en el art. 30 bis LMV provienen de la Directiva 2003/71/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, que parte de que este tipo de operaciones se realizan con inversores que requieren un nivel de información menor<sup>36</sup>. Tales supuestos han sido denominados como “ofertas privadas”, en el sentido de que efectivamente están excluidos del concepto de “oferta pública” a efectos de la legislación del mercado de valores<sup>37</sup>; en cuanto a su fundamento, se ha entendido que el establecimiento de un límite cuantitativo para excluir la calificación de “pública” de una oferta de valores negociables se basa en la presunción de que sólo un inversor profesional adquiriría valores de tal cuantía, y que por consiguiente tal clase de inversor ha de poseer un elevado nivel de información y capacidad negocial suficiente<sup>38</sup>, o en otras

<sup>34</sup> Vid. El Mundo y La Voz de Galicia, 16-6-2014.

<sup>35</sup> Vid. la publicación de tales sanciones en el Boletín Oficial del Estado de 17-2-2014.

<sup>36</sup> RUIZ DEL POZO, F.J. / GARCÍA ALCUBILLA, R., *Mercado primario de valores: admisión a negociación en mercados secundarios oficiales y ofertas públicas de venta o suscripción*, Thomson-Civitas, Cizur Menor 2006, p. 197.

<sup>37</sup> Cfr. ARRANZ, G., “Emisiones, ofertas públicas de venta y admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial”, en URÍA, F. (Coord.), *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, La Ley, Madrid 2007, pp. 570 ss; RUIZ DEL POZO / GARCÍA ALCUBILLA, *Mercado primario de valores*, cit., pp. 195 ss; CONDE VIÑUELAS, V., “Las ofertas públicas de venta o suscripción de valores”, en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid 2012, pp. 183-184.

<sup>38</sup> Vid. CONDE VIÑUELAS, “Las ofertas públicas”, cit., p. 187; PEINADO GRACIA, J.I., *El pagaré de empresa*, Civitas, Madrid 1995, pp. 304-305.

palabras, que estas ofertas son realmente “limitadas” en atención a la naturaleza de los inversores a quienes van dirigidas<sup>39</sup>; por ello, estas concretas emisiones no están sujetas a control alguno por parte de la CNMV<sup>40</sup>.

El interrogante sobre la posible solución que podría darse a estos supuestos conecta realmente con las dudas planteadas en relación con los deberes de autoprotección de la víctima en el ámbito de la estafa: ¿qué nivel de diligencia ha de desplegar el sujeto que va a realizar un importante desembolso económico?; ¿hasta qué punto han de estar exentas del control de la CNMV y de determinadas obligaciones de información las ofertas de valores de una cierta relevancia? Buena muestra de la necesidad de controlar la transparencia de todo tipo de información es la aparición de sucesivas reformas legales que endurecen los controles en la negociación dentro de los mercados de valores: el art. 30 bis LMV fue reformado en 2010 para exigir la participación de una entidad autorizada para prestar servicios de inversión cuando esas ofertas “privadas”, que eran concebidas como propias de inversores especializados, eran “dirigidas al público en general empleando cualquier forma de comunicación publicitaria”; asimismo, en 2012 se aumentó el importe a partir del cual una oferta de valores quedaba exenta de la obligación de folleto informativo, pasando de 50.000 a 100.000 euros. A mayores de estas modificaciones concretas del articulado de la LMV, es interesante destacar también el intento de configurar determinados marcos de negociación de valores con el fin de obtener una mayor transparencia y control de este tipo de operaciones. Así, por ejemplo, en 2010 se impulsó desde Bolsas y Mercados Españoles<sup>41</sup> un nuevo sistema específicamente diseñado para acercar la negociación de renta fija privada al inversor particular: se trata de la plataforma SEND (Sistema Electrónico de Negociación de Deuda), que permite la negociación de determinadas emisiones de valores de renta fija dirigidas al pequeño inversor, y pretende mejorar la transparencia y la liquidez de los mercados de renta fija<sup>42</sup>. Precisamente teniendo en cuenta el auge en la emisión de pagarés por parte de las empresas, y su creciente uso como alternativa a los depósitos bancarios, la CNMV decidió establecer la obligatoriedad de que las emisiones de pagarés se negociasen exclusivamente en esta plataforma SEND<sup>43</sup>; con este objetivo, la CNMV publicó el 15 de enero de 2013 una Guía para la verificación de programas de pagarés y de la información a facilitar por las entidades colocadoras y depositarias a sus clientes. En cualquier caso, hay que recordar que estas últimas cautelas se aplican únicamente para las ofertas de valores que tienen la consideración de “oferta pública”, quedando excluidas, por lo tanto, las ofertas de valores relacionadas en el art. 30 bis LMV<sup>44</sup>.

Por otra parte, el caso de las *participaciones preferentes* constituye justamente el supuesto contrario: se trata de valores negociables en un mercado secundario organizado, y por lo tanto están sometidos a todos los controles y requisitos establecidos en la legislación del mercado de valores; fundamentalmente, a efectos informativos, la obligación de publicar un folleto con las características de los valores y de la concreta emisión. De hecho, es importante señalar que la CNMV, al detectar problemas en la comercialización de estos productos, determinó la exigencia de redactar “con más precisión y sencillez las características principales y los riesgos asociados a estos valores, recogidas tanto en el tríptico informativo como en el capítulo 0 de

<sup>39</sup> Cfr. ARRANZ, “Emisiones”, cit., p. 571.

<sup>40</sup> Cfr. CONDE VIÑUELAS, “Las ofertas públicas”, cit., p. 195. De este modo, al considerarse como ofertas “no públicas”, no sólo están exentas del requisito de publicación del folleto informativo, sino de la obligación de presentar otras clases de documentos a la CNMV, que es exigible sólo a las ofertas públicas de valores (art. 26 LMV; cfr. por ejemplo ARRANZ, “Emisiones”, cit., p. 572; CONDE VIÑUELAS, op. cit., pp. 201-202).

<sup>41</sup> Bolsas y Mercados Españoles (BME) es una empresa que aglutina todos los mercados de valores y sistemas financieros en España (vid. [www.bolsasymercados.es](http://www.bolsasymercados.es)).

<sup>42</sup> En sus inicios, se trataba de emisiones con nominal unitario igual o inferior a 1.500 euros, como por ejemplo participaciones preferentes, bonos y obligaciones, obligaciones subordinadas, obligaciones con bonificación fiscal, cédulas y pagarés con vencimiento superior a 6 meses; actualmente ya se admiten otro tipo de valores como las emisiones de deuda pública (desde abril de 2013). Vid. GÓMEZ, M. / VILLANUEVA, J.C., “El nuevo sistema electrónico de negociación de deuda”, *Bolsa: revista mensual de bolsas y mercados españoles*, nº 184, 2010, pp. 60-63.

<sup>43</sup> Según la CNMV, “cuando los pagarés se dirijan a minoristas y tengan un plazo de vencimiento superior a los 12 meses se les aplicarán los mismos requisitos de protección que a las emisiones de renta fija [...] Se deberá presentar, al menos, un informe de experto independiente que determine si las condiciones son equiparables a las que tendría una emisión dirigida a inversores institucionales. Cuando la CNMV considere que las condiciones son desfavorables respecto a las que se habrían pagado en el mercado mayorista o las que presenten productos sustitutos, introducirá una advertencia expresa que deberá reproducirse en todo el material publicitario e informativo que se facilite a los inversores”: vid. Nota de prensa “La CNMV refuerza la protección del inversor minorista con la actualización de la guía de pagarés”, de 22 de enero de 2013.

<sup>44</sup> También debe tenerse también en cuenta que, según el art. 1 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, “a las emisiones de pagarés con plazo de vencimiento inferior a doce meses, no se exigirán las condiciones finales a las que se refiere el artículo 21.2 de este real decreto”, esto es, la información relativa a las condiciones finales de la oferta.

sus folletos”, de modo que habría que indicar expresamente que “(i) su remuneración no es un dividendo, sino un tipo de interés, cuyo pago está condicionado a que la entidad consiga beneficios; (ii) que en supuestos extremos de insuficiencia patrimonial de la entidad emisora o garante, ésta podría liquidar la emisión por un valor inferior al nominal, con la consiguiente pérdida para sus titulares sobre el principal invertido; (iii) que se trata de valores perpetuos; y (iv) que no confieren derechos políticos. Asimismo, se ha introducido una advertencia en el folleto informativo del emisor en la que se indica expresamente que el adjetivo ‘preferente’ que la legislación española otorga a este producto no significa que sus titulares sean acreedores ‘privilegiados’, sino prácticamente lo contrario: en el orden de la prelación sus tenedores se sitúan por detrás de todos los acreedores del emisor (incluso detrás de los tenedores de obligaciones subordinadas). Sólo tienen preferencia respecto a los accionistas”<sup>45</sup>.

No obstante, las irregularidades en la venta de tales productos no están estrictamente relacionadas con el incumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación de los mercados de valores o por su organismo de control, sino fundamentalmente con la negociación individualizada de cada contrato con los clientes de la entidad bancaria.

Según informó la propia CNMV, “las principales incidencias detectadas en los procesos llevados a cabo por las entidades se centran en los siguientes aspectos: (i) deficiencias en los procedimientos para la asignación de riesgo a los productos comercializados y, en algún caso, distribución de productos financieros de riesgo elevado entre un público objetivo al que no iban dirigidas dichas emisiones, (ii) deficiente información a la red de distribución sobre los riesgos inherentes a la emisión de referencia, (iii) incidencias en los procedimientos de contrapartida a órdenes de venta de clientes, (iv) deficiencias relativas a la documentación contractual o documentación soporte de las operaciones ordenadas por los clientes y (v), en algún caso, realización de publicidad con carácter previo a la aprobación del folleto de la emisión sin hacer mención en la misma a su posterior publicación y recogida de órdenes de clientes en fechas anteriores al periodo de suscripción establecido en el folleto, sin confirmación posterior. Algunas de las modificaciones introducidas en la LMV como consecuencia de la transposición de la MiFID y su normativa de desarrollo inciden directamente sobre las deficiencias descritas anteriormente”<sup>46</sup>.

Por otra parte, las sentencias de los tribunales civiles que han anulado los contratos de adquisición de estos productos de inversión se basan en las concretas circunstancias de la negociación en el momento de la celebración del contrato entre la entidad y el cliente; por lo general se trataba de casos en que la entidad omitió los riesgos y caracteres más específicos del producto en cuestión, o directamente lo presentó como un depósito dinerario; los clientes eran personas de avanzada edad, o no poseían conocimientos financieros específicos, y además no presentaban el perfil de inversor arriesgado (pues nunca habían colocado sus ahorros en productos de esta naturaleza). Así, al margen de la posible verificación de infracciones de la Ley del mercado de valores, por ejemplo en relación con el folleto informativo, o con la ausencia de realización del preceptivo “test de idoneidad” al potencial adquirente de estos específicos productos de inversión, lo cierto es que el fraude se produjo en el mismo momento de negociación del contrato, lo cual podría determinar que, aun cumpliéndose todos los requisitos establecidos por la legislación del mercado de valores, existen clientes que han adquirido estos productos desconociendo su peculiar naturaleza.

Por consiguiente, tanto en este caso como en el anterior, las concretas circunstancias nos llevan a la posible aplicación del tradicional tipo penal de lesión del patrimonio: la *estafa*.

Volviendo por lo tanto la atención al delito de estafa, estos dos casos comparten justamente un punto problemático fundamental: la posible existencia del “*deber de autoprotección de la víctima*”, que ya ha sido tratado anteriormente. Precisamente esta cuestión resultó especialmente controvertida en los dos supuestos analizados: por un lado, las personas que dirigían Nueva Rumasa eran sobradamente conocidas por el público, concretamente por el hecho de que su anterior conglomerado empresarial Rumasa, integrado por cerca de 400 entidades, entre ellas algunos bancos, había sido expropiado por el Estado en 1983<sup>47</sup>; por otro lado, se ha aducido que al menos buena parte de los adquirentes de participaciones preferentes, y también de pagarés de

<sup>45</sup> Vid. CNMV, *Informe anual de mercados 2004*, p. 143.

<sup>46</sup> Vid. CNMV, *Informe anual de mercados 2007*, p. 186.

<sup>47</sup> El País, 24-2-1983.

Nueva Rumasa, tenían que haber estado alerta antes de concluir el contrato en cuestión teniendo en cuenta que la rentabilidad ofrecida por estos productos solía ser superior a la prevista en esa misma época para los depósitos de dinero tradicionales.

Lo cierto es que, como se ha indicado en el epígrafe anterior, tales circunstancias son importantes pero habrán de ser tenidas en cuenta analizando cada supuesto concreto. Así, habría que atender al nivel de conocimientos financieros del sujeto, la habitualidad en la realización de inversiones arriesgadas, o las particularidades de cada contrato: por ejemplo, en el caso Nueva Rumasa los intereses ofrecidos no eran los mismos para todos los inversores, algunos contratos contaban con algún tipo de garantía, algunos sujetos llegaron a recuperar el dinero invertido en los pagarés y ello determinó que volvieran a adquirir más valores, etc.; y por otra parte, en el caso de participaciones preferentes, era posible identificar supuestos de contratación con personas de avanzada edad sin ningún perfil de inversor arriesgado, la rentabilidad ofrecida no era excesiva, existía un aprovechamiento de relaciones de confianza, etc.

En suma, cabe concluir que existe necesidad de tutela del inversor siempre que se ofrece una posibilidad de inversión a través de cualquier instrumento de captación de recursos financieros, aunque el destino no sea su negociación en un mercado secundario oficial, y la prevención fundamental que habría que adoptar en este ámbito implicaría atender a la publicidad del producto de inversión<sup>48</sup>. La represión y sanción de comportamientos irregulares en este ámbito puede venir de la mano tanto de la normativa extrapenal en materia de responsabilidad contractual, de publicidad o de los mercados de valores, como del Código penal, fundamentalmente a través de los tipos de publicidad falsa y estafa. Sin duda no cabe desdeñar la previsión de figuras delictivas particulares en determinados ámbitos como el mercado de valores, pero por una parte ello exigiría una adecuada configuración de los términos típicos, y por otra parte tropezaría con la dificultad de encaje de operaciones económicas que quedan al margen de estos ámbitos de negociación específicos. Esto entronca, por último, con la necesidad de establecer una adecuada regulación de los deberes de información y del control por parte de los poderes públicos, perfilando con cuidado las posibles exenciones a estas obligaciones y controles.

## 4.

### **Delitos en el ámbito de la empresa: cómo determinados ilícitos empresariales pueden afectar al patrimonio de los consumidores / inversores.**

Tras examinar los preceptos penales dirigidos directamente a la tutela del consumidor como adquirente de bienes y servicios o en la específica faceta de ahorrador / inversor, es interesante realizar una breve mención de determinados ilícitos penales empresariales que, de forma indirecta, también pueden afectar a los intereses económicos de los consumidores / inversores.

Evidentemente, las infracciones penales más prototípicas en el ámbito empresarial, como pueden ser la categoría de los delitos societarios o los delitos relativos a la libertad y la lealtad de la competencia en el mercado, resaltando dentro de estos últimos las infracciones cometidas en el ámbito del mercado de valores, vienen referidas o a la tutela del orden económico y del mercado como bien jurídico supraindividual, o a la protección de bienes jurídicos individuales pertenecientes al empresario o a la sociedad. No obstante, en muchos casos puede identificarse como bien jurídico indirecta o mediatamente protegido, o meramente como bien colateralmente afectado, el conjunto de los intereses económicos del colectivo de los consumidores. En otras palabras, en ocasiones la comisión de ilícitos en el ámbito de la empresa no sólo afecta al buen funcionamiento de la economía de mercado, o a los intereses económicos de la propia sociedad o de los socios, sino que supone una importante afectación de los intereses de los consumidores, como colectivo que interactúa en el mercado con las entidades oferentes de bienes y servicios.

Para reflexionar brevemente sobre esta cuestión pueden traerse a colación determinados

<sup>48</sup> RECALDE CASTELLS, A., "Acotación del Derecho de los mercados de 'valores' e 'instrumentos financieros' en tiempos de cambio (supervisión, transparencia y nuevos productos financieros)", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 2010, nº 118, pp. 26-27, mencionando expresamente el caso de las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada.

casos reales ocurridos en los últimos tiempos, algunos de los cuales se conectan con supuestos ya indicados con anterioridad.

En primer lugar, la imputación de los antiguos directivos del Banco Pastor, entidad bancaria que hoy en día se halla integrada en el denominado Banco Popular. Un pequeño accionista de la entidad interpuso una querrela contra los ex – directivos por presunta comisión de varios delitos, entre los que se encuentra el delito societario de administración desleal y la estafa. Según el querellante, las cuentas de la sociedad eran falseadas mediante una trama en la que participaban diversas entidades propiedad del Banco Pastor, con la intención de dar apariencia de solvencia al Banco, que así lograba operar en el mercado de valores ofreciendo a los clientes minoristas diversos productos financieros, entre los que se encontraban las participaciones preferentes<sup>49</sup>.

En segundo lugar, se encuentran también imputados los antiguos directivos de las entidades Caixa Galicia y Caixanova, Cajas de Ahorros que se fusionaron dando lugar a la entidad Novacaixagalicia (posteriormente, Novagalicia Banco, y en la actualidad, Abanca) en relación con las indemnizaciones millonarias destinadas a los miembros del Consejo de Administración de las citadas entidades. Según el Auto del Juzgado central de instrucción nº 2, de 12-2-2014, de las actuaciones practicadas hasta la fecha resulta indiciariamente que determinados altos directivos de Caixanova acordaron con el presidente de la entidad bancaria mejorar sus contratos de alta dirección, preparando de este modo su previsible salida de la entidad crediticia después de la fusión con Caixa Galicia, ya que se aumentaban las remuneraciones que habrían de percibir en caso de desistimiento de su relación laboral. Continúa indicando el Auto que tales modificaciones fueron ocultadas al Consejo de Administración de Caixanova y posteriormente al Consejo de Administración de Novacaixagalicia; este último, además, aprobó la propuesta de suscripción de un contrato de alta dirección con un antiguo directivo de Caixa Galicia “en las mismas condiciones” que los contratos anteriormente indicados y referidos a los directivos de Caixanova. Según la resolución judicial indicada, tal comportamiento podría ser constitutivo de un delito de apropiación indebida o estafa, teniendo en cuenta que tales altos directivos eran concededores de la difícil situación económica que atravesaba la entidad, y por este motivo ocultaron el importe de sus indemnizaciones al Consejo de Administración de Novacaixagalicia, y asimismo al Banco de España y al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)<sup>50</sup>. Cabe destacar que en la querrela presentada por la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizaba se calificaban los hechos como un delito de administración desleal o, alternativamente, de apropiación indebida.

En tercer lugar, una situación similar a las dos anteriores se plantea en relación con la ya citada entidad Bankia. Como se ha visto, directivos de diversas entidades que dieron lugar a la actual Bankia fueron objeto de varias querellas en relación con la comercialización de participaciones preferentes, pero también con respecto a los compromisos adquiridos por la administración de la entidad bancaria con el fin de indemnizar y prejubilarse a algunos de sus directivos, y asimismo por la presunta distorsión de las cuentas y balances societarios con el fin de dar una apariencia de solvencia de la entidad que atrajera a posibles inversores minoristas. Así se manifiesta en el Auto del Juzgado central de instrucción, de 4-7-2012, en relación con la querrela presentada por un partido político (UPyD) contra Bankia y Banco Financiero y de Ahorros, y los miembros de sus Consejos de Administración, por los delitos de estafa, apropiación indebida, falsedad en documentos sociales, administración desleal y maquinaciones para alterar el precio de las cosas<sup>51</sup>.

Por último, por citar algún supuesto en Italia cabe señalar el caso Parmalat, precisamente cuando el Tribunal Supremo italiano se ha pronunciado en 2014 confirmando las condenas en este caso, únicamente disminuyendo levemente la pena para alguno de los condenados<sup>52</sup>. El Tribunal Supremo, por lo tanto, confirmó las condenas por los delitos de “aggiotaggio”, “falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione”, e “ostacolo all’esercizio delle funzioni di vigilanza della CONSOB”. En la actividad de la empresa de productos lácteos Parmalat transcurrieron años de falsedades contables que ocultaron la grave situación patrimonial de la entidad, generando una situación creciente de sobreendeudamiento que finalmente

<sup>49</sup> Vid. Expansión, El País y Cinco Días, 24-2-2014.

<sup>50</sup> Vid. también La Voz de Galicia 13-2-2014.

<sup>51</sup> Vid. supra nota 33. Vid. también El Periódico 4-7-2012.

<sup>52</sup> Vid. Il Messaggero, La Repubblica y La Stampa, 7-3-2014.

estalló en 2003, descubriéndose la situación de bancarrota de la empresa. La gran relevancia del caso no se debe únicamente a la importancia económica del fraude, sino también a otras cuestiones como el papel desempeñado por los auditores de las cuentas sociales, las entidades bancarias que concedían préstamos a Parmalat o que ofrecían en el mercado valores emitidos por esta entidad, o los organismos administrativos de control e incluso las agencias de calificación crediticia; y asimismo, por lo que aquí interesa, a la gran repercusión de la bancarrota de Parmalat en pequeños inversores y accionistas, que habían adquirido acciones y otros valores emitidos por la entidad en la ignorancia de la grave situación económica que atravesaba, lo cual finalmente concluyó en la causación de pérdidas patrimoniales a los particulares.

Por todo lo expuesto cobra especial importancia el control del buen funcionamiento del mercado y de las sociedades que en él operan, puesto que la realización de determinadas operaciones de riesgo junto con la opacidad o falseamiento de la información pública afectan seriamente a los consumidores / inversores, que así actuarán en el mercado en una posición de desconocimiento e inferioridad, lo cual redundará en muchos casos en la realización de transacciones patrimoniales que les provocarán un daño económico. Es fundamental, por lo tanto, el aseguramiento de la transparencia de las sociedades y del mercado, objetivo al que tendrían que estar adecuadamente dirigidas las categorías de los delitos societarios o de los delitos relacionados con la competencia, presentes ya desde hace tiempo en los ordenamientos europeos, y cuya eficacia y legitimidad debería fundamentarse en una adecuada delimitación del bien jurídico protegido, y en la dotación de suficiente lesividad a las conductas incriminadas, fundamentalmente a través de la configuración de delitos de lesión o de peligro hipotético o aptitud<sup>53</sup>.

Sin entrar en los pormenores de estas familias delictivas, simplemente mencionaré cuáles son las más recientes preocupaciones del legislador español en este ámbito, y que se manifiestan en el último Proyecto de reforma del Código penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de octubre de 2013.

En primer lugar, en este texto de reforma se introduce por vez primera en el ordenamiento español un delito genérico de *administración desleal del patrimonio ajeno*. La administración desleal del patrimonio ajeno ya se encontraba tipificada en el ámbito societario, puesto que el art. 295 CPE castiga a los que disponen fraudulentamente de bienes sociales o contraen obligaciones a cargo de la sociedad causando un perjuicio económico; el Proyecto de reforma configura en el art. 252 CPE una infracción de este calibre referida ya a los casos de administración fraudulenta de cualquier patrimonio ajeno, no circunscribiéndose al ámbito estrictamente societario<sup>54</sup>. Si bien existe una opinión doctrinal genérica favorable a la configuración de una infracción delictiva en esta línea, al estilo de la prevista en el art. 266 del Código penal alemán (“Untreue”), cuestión distinta es cómo se reflejan en la norma penal los elementos de este delito. Así, por ejemplo, el Proyecto de reforma español otorga una excesiva amplitud a los términos típicos, que son más amplios que los del vigente delito societario de administración desleal (art. 295 CPE), puesto que no sólo se sanciona exceder las facultades de disposición de un patrimonio que pueden derivar de la ley, la autoridad o un negocio jurídico, sino que se hace referencia a la más difusa conducta de “quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos”, que además no sólo puede emanar de las fuentes citadas anteriormente, sino también de una “especial relación de confianza”; por otra parte, llama la atención la gravedad de las penas previstas, puesto que se equiparan a las del delito de apropiación indebida,

<sup>53</sup> Vid. al respecto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pp. 139 ss.

<sup>54</sup> El texto del precepto es el siguiente: “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 6, 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.

3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.”

Vid. sobre el merecimiento y necesidad de pena de este tipo de comportamientos, por ejemplo, NIETO MARTÍN, A., “Administración desleal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 787 ss.

que se traslada al artículo siguiente<sup>55</sup>. Además, paralelamente el Proyecto traslada al art. 253 CP el tipo básico del delito de apropiación indebida, eliminando uno de los dos verbos que en la actualidad definen la conducta típica de este delito: se castiga la acción de apropiarse de una cosa mueble ajena recibida en virtud de un título que produzca la obligación de devolverla, y se elimina la referencia a “distracer” dinero u otro tipo de cosas muebles. Seguramente tal supresión se basa en el hecho de que parte de la jurisprudencia venía entendiendo que el concepto de “distracción” equivalía realmente a una administración desleal, pero no implicaba una apropiación del bien en cuestión<sup>56</sup>.

Si bien es cierto que la eliminación de la palabra “distracción” podría resultar una fórmula para evitar interpretaciones como la indicada, la verdadera motivación de tal reforma no es precisamente impedir esta confusión, sino que responde a otra finalidad: excluir el dinero como posible objeto material del delito de apropiación indebida. Según el texto prelegislativo no cabe la apropiación indebida de dinero, sino sólo su administración desleal; a partir de aquí, se configura un amplio tipo de administración desleal, que abarca cualquier clase de excesos en relación con las facultades de administración de un patrimonio ajeno, siempre que provoquen un perjuicio para el patrimonio administrado, previéndose las mismas penas que para el delito de apropiación indebida. Por consiguiente, con base en la errónea consideración de que el dinero no puede ser objeto de apropiación indebida<sup>57</sup>, se crea un delito genérico de administración desleal para incluir auténticas conductas que implican apropiarse del dinero administrado, e incluyendo irremediamente otro tipo de conductas que pueden suponer simplemente una gestión desleal de los fondos que no impliquen una auténtica apropiación y que por lo tanto no tendrían que merecer el mismo tipo de sanción. Así, el legislador no sólo pretende derogar el texto del art. 295 CPE, que contiene actualmente la administración desleal en el ámbito societario, sino que implícitamente modifica su consideración del concepto de administración desleal: efectivamente, en el Texto vigente la conducta del art. 295 está castigada con una pena menos grave que la apropiación indebida<sup>58</sup>, pues se trata de un precepto destinado precisamente a castigar conductas que no implican una apropiación definitiva de fondos; en cambio, en el Texto proyectado ambos comportamientos delictivos pasan a recibir idéntica sanción, lo cual permite al menos interrogarse sobre cuál es el concepto de administración desleal que ahora maneja el legislador, y qué ocurre con los actos de administración fraudulentos que son temporales y no implican una apropiación definitiva de la cosa, puesto que su incardinación en el proyectado delito de administración fraudulenta determinaría la imposición de una sanción prevista para la ejecución de conductas de apropiación.

En segundo lugar, el Proyecto de reforma también profundiza en la regulación de la denominada “*corrupción privada*”, que no fue configurada como delito en España hasta la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo en el Título dedicado a los delitos patrimoniales y socioeconómicos un nuevo precepto (art. 286 bis) para castigar

<sup>55</sup> Vid. sobre estas cuestiones CASTRO MORENO, A. / GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado” (pp. 764 ss.), y NIETO MARTÍN, A., “Administración desleal” (pp. 794 ss.), en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

<sup>56</sup> Vid. al respecto CASTRO MORENO / GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 774-775. De hecho, la propia Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código penal pone de relieve y además asume tal interpretación: “La jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, “cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio”; y administración desleal, “cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado”, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo”. [...] Quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, vid. artículo 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”.

<sup>57</sup> Vid. precisamente admitiendo la posibilidad de incardinar la apropiación de dinero en el marco del delito de apropiación indebida, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., pp. 544-545; NIETO MARTÍN, A., “Administración desleal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 791 ss. Puede verse también al respecto QUINTERO OLIVARES, G., “Artículo 252”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 106 ss.

<sup>58</sup> Ciertamente la pena de prisión prevista en el art. 295 CP alcanza un máximo de 4 años, mientras que en la apropiación indebida es de 3 años; no obstante, en el delito de administración desleal la pena de prisión se prevé con carácter alternativo a la pena de multa (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, cit., p. 569).

la denominada “corrupción entre particulares”. En la Exposición de motivos de la norma se fundamenta la introducción de este nuevo delito en la necesidad de atender a lo previsto en la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; no obstante, aquí también podría señalarse la influencia de los convenios internacionales en materia de corrupción: Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, y Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, y asimismo es importante señalar que también ha sido decisiva la presentación del Informe de evaluación relativo a España, en 2009, por parte del Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), del Consejo de Europa<sup>59</sup>.

La esencia de la conducta delictiva se halla en el ofrecimiento o aceptación de ventajas injustificadas en el ámbito de entidades de naturaleza privada (mercantiles o no), con la intención de obtener un trato de favor, suponiendo tal conducta un incumplimiento de determinadas obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales<sup>60</sup>.

El concepto de corrupción privada resulta nuevo en nuestra legislación, pero ya estaba presente en otros ordenamientos de nuestro entorno y también, como se ha visto, en los documentos internacionales en materia de corrupción<sup>61</sup>; no obstante, resulta curioso señalar, por ejemplo, que tal concepto no fue introducido en el Eurobarómetro sobre corrupción hasta su edición de 2009, precisando que se hace referencia a la concesión o aceptación de sobornos y al abuso de poder con el fin de obtener ganancias particulares<sup>62</sup>. Para hablar propiamente de corrupción privada debe producirse un abuso de poder en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, fundamentalmente en el seno de personas jurídicas, con el fin de obtener ganancias económicas. En este sentido cabe tener presentes las definiciones ofrecidas en los ya citados Convenios sobre corrupción del Consejo Europa y de las Naciones Unidas: la corrupción pública gira en torno al ofrecimiento de ventajas indebidas a agentes públicos (o en su recepción), con el fin de que realicen un acto en el ejercicio de sus funciones; por su parte, la corrupción privada se centra en ofrecer (o en recibir), en el curso de una actividad mercantil, ventajas indebidas a una persona que dirija o trabaje en una entidad privada, para que realice un acto incumpliendo los deberes inherentes a sus funciones.

De entrada, el amplio abanico de posibilidades para llevar a cabo ese abuso de poder puede determinar que no resulte sencillo condensar en un único precepto el “delito de corrupción privada”. Atendiendo al art. 286 bis CPE, el núcleo esencial de la conducta delictiva se basa en la figura introducida en 2010, que castiga la solicitud o aceptación de beneficios no justificados

<sup>59</sup> Así lo pone de relieve BLANCO CORDERO, I., “Artículos 419-427”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 1577.

<sup>60</sup> Vid. BLANCO CORDERO, I., “Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2011, pp. 1109-1115; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. / MORÓN LERMA, E., “Artículo 286 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 357-372.

La rúbrica que en el Código vigente se refería a la “corrupción entre particulares” queda sustituida en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013 por la expresión “corrupción en los negocios”, y a continuación del art. 286 bis (que también es objeto de reforma) se introducen tres nuevos artículos (art. 286 ter a quinquies). Cabe destacar que el nuevo art. 286 ter viene a ser el reemplazo del art. 445 CP (derogado en el propio Texto prelegislativo), que actualmente contempla las conductas de corrupción en las transacciones económicas internacionales. El vigente art. 445 (recientemente introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio), castiga en esencia los sobornos dirigidos a funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, con el fin de obtener un beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales. La ubicación de este precepto en el ámbito de los delitos contra la Administración pública resultaba cuestionable, puesto que no constituye realmente una modalidad de cohecho (pues realmente ya no sería necesario tipificarla expresamente), sino que pretende dar cumplimiento a las estipulaciones del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17 de diciembre de 1997. Si bien en esta conducta interviene un agente público, el núcleo del comportamiento se halla en la búsqueda de una ventaja competitiva importante en el desarrollo de actividades comerciales internacionales; en este caso, el “abuso de poder” de la entidad privada viene constituido por el intento de soborno de un funcionario extranjero. Por este motivo, la ubicación de este comportamiento en el Proyecto resulta más adecuada, pues aquí se intenta proteger el desarrollo de una competencia leal en el mercado (internacional). Vid. sobre estas cuestiones RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Artículo 445”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 1311 ss; SUÁREZ-MIRA RORÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en AAVV, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 139 ss.

<sup>61</sup> Vid. sobre la presencia de esta figura delictiva en otros ordenamientos europeos, FOFFANI, L., “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, *Revista penal*, 2003, n.º 12, p. 63; NAVARRO FRÍAS, I. / MELERO BOSCH, L.V., “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret*, 2011, n.º 4, pp. 3 ss.

<sup>62</sup> *Special Eurobarometer 374. Corruption*, 2012. En sus págs. 41 ss., en el capítulo dedicado a analizar la opinión de los europeos sobre el nivel de extensión de la corrupción, distingue cuatro ámbitos: política, Administración pública, Administración de justicia y entidades privadas. En su pág. 55 indica precisamente que se introduce como novedad el objetivo de medir la percepción de la corrupción que puede verificarse en las entidades privadas.

con el fin de favorecer indebidamente a otro sujeto en el ámbito de la contratación de bienes o servicios<sup>63</sup>.

Cuestión distinta es que el precepto en cuestión se configure de forma adecuada para proteger el desarrollo de una leal competencia en el mercado. El art. 286 bis en su redacción vigente no cumple correctamente esta función: por un lado, porque se excluye al propio empresario como posible sujeto activo de las conductas de corrupción; por otro lado, porque se exige que tales comportamientos se lleven a cabo, por parte del administrador o empleado, infringiendo las obligaciones que le incumben por razón de su cargo. Fundamentalmente por esta última causa, cabe afirmar que la configuración de la competencia leal como bien jurídico protegido queda enturbiada por la confluencia de otros intereses que el legislador parece querer tutelar, como por ejemplo los deberes de fidelidad en relación con el titular de la empresa, o incluso los intereses propios de tal empresario<sup>64</sup>. Por este motivo resulta acertada la decisión del legislador de eliminar la referencia al “incumplimiento de obligaciones” en la nueva redacción del art. 286 bis en el Proyecto de reforma; no obstante, como se analizará más adelante, no contribuye a mejorar la definición del bien jurídico protegido el hecho de que no se haya reformado el círculo de sujetos activos del delito, fundamentalmente para incluir en él al propio empresario.

Como señala en sus conclusiones la ya citada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Lucha contra la corrupción en la UE (COM (2011) 308 final, 6-6-2011), lo que resulta más acuciante en el ámbito de la corrupción es el esfuerzo en la detección de este tipo de comportamientos y en la adecuada aplicación de las sanciones penales correspondientes. Según indica la Comisión, “existen ya instrumentos internacionales, así como legislación de la UE, para luchar contra ella, pero todavía se aplican de manera insuficiente. La Comisión pide a los Estados miembros de la UE que garanticen la plena incorporación a sus legislaciones respectivas de todos los instrumentos jurídicos pertinentes y, sobre todo, que dichos instrumentos sean aplicados efectivamente mediante la detección y el procesamiento de los delitos de corrupción, respaldados por disposiciones de Derecho penal y con la aplicación sistemática de sanciones disuasorias, así como la recuperación de activos”.

Ciertamente, una lucha eficaz contra la corrupción requiere partir de una definición clara de tal fenómeno. Si bien de entrada puede partirse del concepto manejado por los convenios internacionales en la materia, que como se ha visto está centrado en el “abuso de poder para obtener ganancias privadas, tanto en el ámbito público como en el privado”, sería claramente útil descender a perfilar aún más los elementos constitutivos de tal comportamiento. En esta línea resulta ciertamente esquemática e ilustrativa la concepción ofrecida por DELLA PORTA / VANNUCCI, que puede tomarse como punto de partida con las precisiones que se efectuarán con posterioridad. Estos autores caracterizan a la corrupción como una vulneración

<sup>63</sup> El nuevo artículo 286 bis queda redactado del siguiente modo:

“1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado

con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio

de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297”.

<sup>64</sup> Vid. al respecto GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del artículo 286 bis del Código penal según el Proyecto de reforma de 2007”, 2007, 9-13, pp. 1 ss; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E., “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)”, en AAVV, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor 2012, pp. 121-122. Vid. también en la línea de defender la competencia leal como bien jurídico protegido en este tipo penal, FOFFANI, “La corrupción en el sector privado”, cit., pp. 70-71.

ilegal de un contrato entre un “principal” y un “agente”, donde se estipula una delegación de responsabilidades a este último, quien ha de actuar buscando la satisfacción de los intereses del primero; tal vulneración ocurre cuando el agente actúa de forma contraria a la satisfacción de tales intereses a través de determinadas transacciones realizadas con un tercero (“cliente”), recibiendo a cambio una determinada recompensa. Este comportamiento puede darse tanto en el ámbito público como en el privado: en la corrupción pública, el “principal” sería el Estado y el “agente” corrupto sería la persona encargada de cumplir funciones públicas; en la corrupción privada el “principal” sería una persona u organización privadas, y el “agente” corrupto sería también un actor privado<sup>65</sup>.

De este modo, no tiene por qué existir una figura específica de “corrupción pública” o “corrupción privada”, puesto que los comportamientos constitutivos de corrupción, en el sentido apuntado, pueden realizarse de formas muy variadas, en ámbitos muy diversos, y por ello pueden dar lugar a la verificación de distintos tipos delictivos<sup>66</sup>. Como se ha indicado, también el esquema propuesto puede verificarse en el marco de las relaciones privadas; y en este ámbito habría que fijar cuidadosamente cuál es el sentido exacto de las conductas de corrupción. Si nos fijamos en la definición recién ofrecida, puede verse que el acto desleal, deshonesto, es realizado por un sujeto (“corrupto”) en relación con otro sujeto privado (el “principal”), cuyos intereses traiciona a cambio de la obtención de una ganancia personal. En cambio, en el marco de la corrupción pública, los intereses preteridos son los propios del Estado, esto es, de la comunidad social en general. De entrada puede parecer adecuado configurar en esta línea ambas clases de corrupción, de modo que la de carácter público atenta precisamente contra intereses públicos y por ello supraindividuales, propios de la colectividad, mientras que la de carácter privado se centra en la realización de comportamientos desleales en relación con otra persona privada. Seguramente en esta línea se encuentra la definición de corrupción privada en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y asimismo en el vigente art. 286 bis CPE, pues según tales textos el soborno dirigido a quienes desempeñan funciones directivas o laborales en entidades privadas, debe tener como fin que realicen o se abstengan de realizar un acto “incumpliendo sus obligaciones”. Así, la corrupción privada se configura esencialmente como una deslealtad en relación con la persona que impone tales obligaciones a los directivos o a quienes trabajan en el ámbito de la entidad, esto es, el empresario o titular de la entidad privada.

Sin embargo, lo cierto es que la corrupción privada, aun viniendo referida a la vulneración de intereses privados, no tendría por qué configurarse en torno a la lesión de deberes de lealtad o de obediencia en relación con personas individualizadas. De hecho, la más breve y a la vez amplia definición ofrecida por los Convenios internacionales en esta materia, centrada en el abuso de poder con la intención de obtener ganancias particulares, parece tener como eje fundamentalmente el aprovechamiento de una situación de superioridad o privilegio que permite obtener ventajas personales frustrando la satisfacción de otros intereses superiores que la persona debía perseguir; en esta línea cabría interpretar el “incumplimiento de obligaciones”. Así, si en el ámbito de la corrupción pública el corrupto sacrifica el interés en el buen desarrollo de las funciones públicas para obtener ganancias personales, la corrupción privada implicaría la vulneración del interés en el mantenimiento de una competencia leal en el marco de las transacciones económicas, que ha de ser respetada por quienes participan en el tráfico de bienes y servicios. De este modo, no sólo los directivos de una entidad, o quienes de algún modo trabajan para ella, podrían desarrollar comportamientos corruptos, sino también el propio titular de la entidad privada, esto es, el empresario fundamentalmente. Por ello, el interés en el correcto desarrollo de las actividades económicas en el mercado, en el mantenimiento de una competencia leal, debería ser el bien protegido en estas nuevas figuras delictivas denominadas de “corrupción entre particulares”, en las cuales realmente no se agotan las posibles modalidades de corrupción, pues tal clase de comportamientos lesivos de la competencia leal, del recto desarrollo de las relaciones económicas privadas, constituyen la esencia de otras figuras delictivas contenidas en el Código penal, fundamentalmente en el marco de los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

<sup>65</sup> DELLA PORTA, D. / VANNUCCI, A., *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Ashgate, Surrey 2012, pp. 3-4.

<sup>66</sup> Como ya se ha indicado con anterioridad, los comportamientos de corrupción no tienen por qué agotarse en la concreta categoría de delitos contra la Administración pública, sino que pueden dar lugar a la comisión de otra clase de infracciones penales.

En último lugar, únicamente apuntaré de forma muy breve la novedad consistente en la introducción de una nueva Sección con la rúbrica “*Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas*”, constituida por un único artículo, el 286 seis<sup>67</sup>. Sin duda cabe considerar la posibilidad de configurar una infracción de esta categoría como elemento de cierre en el sistema de protección del buen funcionamiento de la sociedad y de todos los participantes en el mercado de bienes y servicios. Así, al margen de castigar a la concreta persona que en el ámbito de la empresa comete alguna infracción penal, se sancionaría a los integrantes del órgano de dirección de la empresa cuando, debido al incumplimiento de su deber de vigilancia como máximo organizador y responsable de la actividad empresarial, se cometen infracciones penales en el ámbito de la entidad.

Esta cuestión es novedosa en el ordenamiento español, pero no el alemán, donde se halla tipificada esta conducta como contravención administrativa en el art. 130 de la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG, 24-5-1968). Este precepto ha sido objeto de importantes críticas por parte de la doctrina alemana, donde podemos encontrar asimismo alguna propuesta de reconfiguración del precepto. Sin entrar a analizar en detalle las particularidades del proyecto español o del texto legislativo alemán, es interesante señalar al menos los puntos fundamentales que deberían debatirse a la hora de configurar esta infracción. Por una parte, habría que incluir la infracción tanto dolosa como imprudente del deber de vigilancia (contempladas ambas en los textos alemán y español). Por otra parte, se plantea la dificultad de articular cuidadosamente en qué circunstancias sería exigible responsabilidad por la infracción de tal deber de vigilancia, y ello requeriría dos elementos: por un lado, otorgar algunos criterios para definir cuáles son las medidas de control o vigilancia fundamentales en el ámbito empresarial, y por otro lado, requerir una relación o conexión de riesgo entre la infracción verificada en la empresa y la omisión de un deber de vigilancia: en otras palabras, que la infracción ejecutada esté relacionada con la específica función de control omitida, la cual, de haberse desempeñado correctamente, habría permitido evitar la comisión del delito en cuestión<sup>68</sup>. En este último punto cabe criticar particularmente al proyecto español, puesto que se refiere a la vulneración de las medidas de control exigibles para “evitar la *infracción de deberes* o conductas peligrosas tipificadas como delito”: como se puede apreciar, ni se desprende claramente del texto la exigencia de una relación entre la naturaleza de las medidas vulneradas y el delito cometido, y por otra parte no sólo se hace referencia a evitar la comisión de delitos, sino también a impedir la infracción de otro tipo de deberes. Una adecuada configuración de esta nueva infracción, dotándole de la necesaria ofensividad, permitiría defender su previsión como delito, no como mera contravención administrativa (como ocurre en el caso alemán), con un imprescindible efecto preventivo (que precisamente echa en falta la doctrina alemana en relación con el precepto alemán, pues como se ha dicho constituye únicamente una contravención administrativa castigada con una multa)<sup>69</sup>.

## 5.

### Conclusión.

Simplemente para concluir pueden resumirse un par de ideas que han estado presentes a lo largo de este trabajo. La tutela de los consumidores / inversores resulta cada vez más necesaria

<sup>67</sup> Su redacción es la siguiente:

“1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.

3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas”.

<sup>68</sup> Vid. las consideraciones de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 483, citando bibliografía alemana al respecto.

<sup>69</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 482.

en un sistema económico caracterizado por la posición de inferioridad que presentan estos sujetos frente a los oferentes de bienes y servicios en el mercado, y particularmente en aquellos sectores de mayor complejidad, como es el mercado de valores. No obstante, una visión de la realidad pone de manifiesto la dificultad de evitar la producción de daños patrimoniales a gran escala. Una clave fundamental, que no corresponde al Derecho penal, se halla en la necesidad de articular mecanismos eficaces de control previo para impedir, o al menos detectar en su inicio, el desarrollo de prácticas irregulares en este ámbito. Por su parte, el Derecho penal está legitimado para intervenir frente a las conductas de mayor gravedad, y para contemplar de forma específica sectores concretos como el mercado de valores. Sin embargo, la configuración de tipos penales particularizados exige una muy cuidadosa selección de los bienes protegibles y de los términos típicos, para evitar que el precepto penal resulte finalmente inservible para el fin pretendido; y simultáneamente no debe perderse de vista la utilidad de tipos penales más genéricos o tradicionales para sancionar los ataques al patrimonio de consumidores / inversores, si bien ello conlleva asimismo una exhaustiva labor de interpretación de los elementos típicos por parte de los tribunales. Y por último, también se ha pretendido poner de relieve que, en muchos supuestos, una tutela eficaz de consumidores / inversores exige una atención y control previos de los ilícitos cometidos en el ámbito empresarial.