

Breves notas sobre el fraude de inversores español y el “uso de informação falsa ou enganosa para captar investimento” del derecho portugués

Ignacio Lledó Benito

Professor Doutor Internacional de Derecho Penal

Universidad CEU San Pablo de Madrid

SUMÁRIO: Introducción I. Evolución, antecedentes y ubicación actual del art. 282 bis: 1. Antecedentes Legislativos; 2. Incorporación del nuevo artículo 282 bis por L.O. 5/2010, de 22 de junio de 2010. II. Bien jurídico y Naturaleza: 1. Bien jurídico; 2. Naturaleza. III. Sujetos Activos y Pasivos: 1. Sujetos Activos: 1.1. Los administradores de hecho y de derecho; 1.2. Cuando el sujeto activo es una persona jurídica o empresa (art. 31 bis); 2. Sujetos pasivos. IV. Conducta típica y Objeto Material: 1. Conducta típica; 2. Objeto material: 2.1 El folleto de emisión de cualquier instrumento financiero; 2.2 Informaciones que la sociedad emisora de valores debe publicar y difundir conforme a la LMV sobre recursos, negocios presentes y futuros. V. Elemento subjetivo. VI. Formas especiales de aparición del delito: 1. *Iter criminis*: 1.1 Actos preparatorios; 1.2 El momento de la consumación del delito en el art. 282 bis párrafo 1º; 2. Autoría y participación; 3. Concursos. VII. Penalidad y perseguibilidad

INTRODUCCIÓN

El artículo 282 bis es desde el 23 de diciembre de 2010 una realidad legislativa en el sistema penal español, así que más allá de las críticas de parte la doctrina entorno a su inclusión o no, sólo queda ya definir el alcance de la figura delictiva y resolver los problemas interpretativos que puedan ir surgiendo de su compleja estructura típica, así como esperar en los próximos años a las sentencias que firmen los distintos tribunales donde hay en marcha en este mismo

momento procesos y causas con el delito del fraude de inversores (Caso de la salida a Bolsa en 2011 de Bankia, Caso Gowex etc.).

El referente para la inauguración de esta nueva figura y otras dentro de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de modificación del CP es la Directiva 2003/06/CE del Consejo de Europa del 28-01-2003 sobre Operaciones con Información Privilegiada y la Manipulación o Abuso del Mercado que establece la obligación de los Estados parte de prever medidas y sanciones de naturaleza administrativa, dejando a la decisión de cada Estado la posibilidad de sanción penal. La publicidad sobre productos financieros y otras informaciones económicas sobre sociedades que intervienen en los mercados financieros pueden afectar a los intereses económicos de los consumidores. Puesto que los inversores y otros intervinientes en los mercados financieros son consumidores de productos y servicios financieros; y no solo están interesados en el cumplimiento de las reglas de mercado y en la transparencia e integridad de éste, sino también en la garantía de sus derechos económicos como intervinientes en el mismo.

Una importante modificación legislativa ha sido el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante TRLMV), a través de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en los art. 82-ss CE autoriza al Gobierno, en su artículo uno apartado a) a aprobar un texto refundido de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, afectando a las normas con rango de ley que hubiesen modificado la Ley 24/1988, así como a las que afectando a su ámbito material, puedan en su caso, promulgarse antes de la aprobación de este real decreto legislativo y supondrá asimismo la integración en el propio texto, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, de una serie de disposiciones legales relativas a los mercados

de valores. Se han refundido diversas leyes (Ley 47/2007) y Directivas europeas (MIFID 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva MIFID 2 , que sustituía diversas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo sobre abuso de mercado, instrumentos financieros o la nueva regulación sobre los centros de negociación) y disposiciones adicionales que se encontraban en diversas leyes (LSA, Ley 44/2002 Medidas de Reforma del sistema financiero, etc.), dando lugar al Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que aprueba el TRLMV. Y esto es de suma importancia ya que el art. 282 bis es una ley penal en blanco que remite para su punibilidad a la LMV.

Además como novedad tras la LO 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, al modificar el art. 31 bis del CP (incluyendo los arts. 31 ter, 31 quater y 31 quinquies) sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con la Circular de la FGE 1/2016 y la implementación de la “cultura de cumplimiento” y los programas de *compliance* para el diseño, implementación y seguimiento para la prevención de delitos en las personas jurídicas, nos encontramos en el nuevo TRLMV con el desarrollo de normas de gobierno corporativo y programas de *compliance* para las empresas de servicios de inversión con los requisitos de organización interna, perfectamente desarrollados.

El modelo de transparencia informativa basado en una información obligatoria, supervisada y pública, es el mecanismo que el legislador ha establecido para corregir las situaciones de desigualdad o asimetría informativa, o al menos aminorar los efectos negativos que esta desigualdad informativa puede desarrollar. La protección al inversor pensamos que tiene que venir desde los organismos reguladores, tanto del Banco de España como de la CNMV, para corregir las “conductas inadecuadas”. Así, los objetivos que persigue la intervención pública en el mercado de valores, se identifican sustancialmente con los del conjunto del sistema