



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Serrano Tárraga, María Dolores
LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA: LA
TUTELA PENAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVIII, núm. 1, julio, 2005, pp. 213-237
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713782009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org





redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista de derecho (Valdivia)

ISSN 0718-0950 *versión on-line*

-  [Como citar este artículo](#)
-  [Agregar a favoritos](#)
-  [Enviar a e-mail](#)
-  [Imprimir HTML](#)

Rev. derecho (Valdivia) v.18 n.1 Valdivia jul. 2005

Revista de Derecho, Vol. XVIII N° 1, julio 2005, pp. 213-237

INVESTIGACIONES

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA. LA TUTELA PENAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

The expansion of criminal law in the field of economic crimes. Criminal protection of financial markets

María Dolores Serrano Tárraga *

* Diplomada en Criminología, Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España, mserrano@der.uned.es

Resumen

Uno de los principales debates dogmáticos y político-criminales versa sobre la expansión del Derecho penal a nuevos ámbitos de protección como son el medio ambiente y el orden económico. Ante el futuro y esperado nuevo Código penal chileno resulta necesario comenzar a definir sus criterios político-criminales para la protección de los bienes jurídicos e intereses de contenido económico, donde los estudios de Derecho comparado resultan de vital importancia

para su consecución. Así, el art. 294 CP español ha sido puesto como un ejemplo de extralimitación del Derecho penal al castigar conductas que, conforme con los principios de ultima ratio y de intervención mínima, deberían sancionarse exclusivamente en el Derecho sancionador administrativo.

EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL - DELITOS ECONÓMICOS - MERCADOS FINANCIEROS

Abstract

One of the main legal controversies regarding criminal policies is about the expansion of criminal law to new fields such as environmental law and the economic order. The expected enactment of a new Criminal Code makes it necessary to determine the criminal policy principles that shall be applied to the protection of economic interests. The study of comparative law is of great importance on this matter. Article 294 of the Criminal Code of Spain is used by the author as an example of an abusive use of criminal law because it punishes conducts that, according to the ultima ratio and the minimal intervention principles, should received only administrative sanctions.

EXPANSION OF CRIMINAL LAW - ECONOMIC CRIMES - FINANCIAL MARKETS

1. INTRODUCCIÓN

Con la denominación "derecho penal moderno" se alude a las nuevas regulaciones jurídico-penales que se extienden a nuevos ámbitos o formas de conducta diferentes de los tradicionales contenidos en los códigos y leyes penales.

Hay una tendencia en la legislación de todos los países a la introducción de nuevos tipos penales, lo que la doctrina ha denominado "la expansión del Derecho penal", que ha originado la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

Pero este derecho penal moderno estaría en oposición con el derecho penal de la Ilustración, el Derecho penal liberal y las garantías y principios básicos sentados por este derecho, entrando en conflicto con los principios de subsidiariedad, última ratio e intervención mínima del Derecho penal.

El Derecho penal moderno ha sustituido el modelo tradicional de la lesión o peligro concreto de bienes jurídicos individuales, por otro con predominio del peligro abstracto e incluso presunto, como contenido material de los tipos penales. Lo que se pena en los delitos de peligro abstracto es la desviación de reglas o del estándar de funcionamiento de los subsistemas sociales, la simple infracción del deber, la mera desobediencia a la norma. La solución de los problemas específicos de la sociedad de riesgos, de la protección de seguridad, es el derecho de policía, el derecho administrativo sancionador al que pertenecen en propiedad los tipos de peligro abstracto que no deberían ser admitidos en el Derecho penal.

El rechazo a los delitos de peligro abstracto es mayor cuando están referidos a bienes jurídicos universales o colectivos. Estos hechos debían ser monopolio del derecho administrativo. Su criminalización implicaría una administrativización del Derecho penal, una usurpación por éste de funciones que corresponden al derecho administrativo.

El derecho administrativo persigue la ordenación de la actividad de determinados sectores de la vida social, que se manifiesta en diferentes ámbitos y que afectan a la organización administrativa estatal.

El derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, castigando la lesión de

los mismos o su puesta en peligro. El derecho penal, en la actualidad, no se limita a la protección de bienes jurídicos sino que se encarga de velar por la correcta gestión de los riesgos generales, y esto es lo que se denomina administrativización del derecho penal. Los tipos penales castigarían comportamientos de peligro para modelos sectoriales de gestión para el buen orden del sector de actividad determinado, o bien la inobservancia de normas organizativas.

Claro modelo de la expansión del Derecho penal ha sido el Código penal español de 1995, donde se recogen nuevas figuras delictivas y, entre ellas, los delitos contra el orden socioeconómico.

Dentro de los delitos socioeconómicos tipificados en el código penal, los supuestos contemplados en el artículo 294 del Código penal son un claro exponente de la administrativización del Derecho penal. Las conductas recogidas en este precepto, negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras de sociedades sometidas o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa, estaban tipificadas en el derecho administrativo, en las leyes correspondientes, de forma más prolija y extensa que en el Código penal, como infracciones muy graves y graves, y castigadas con las sanciones administrativas de multa y otras medidas accesorias. Su inclusión en el código penal no aporta nada nuevo a esta regulación administrativa ya existente, salvo la amenaza de la pena privativa de libertad que puede imponerse en este caso, pena de prisión de seis meses a tres años, que figura como alternativa a la pena de multa de doce a veinticuatro meses. La amenaza de la pena privativa de libertad sería un ejemplo del derecho penal simbólico, pues en la práctica forense de los Tribunales, en los casos de delitos socioeconómicos, los jueces se muestran reticentes a imponer la pena privativa de libertad, decantándose, en la mayoría de los casos, por la pena de multa.

La inclusión de estas conductas como delito en el código penal de 1995 se justifica por las modificaciones operadas en el orden económico y social, pero se opondría a los principios de *ultima ratio* e intervención mínima que inspiraron la elaboración del nuevo código penal.

2. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 294

El artículo 294 del Código penal recoge el delito societario de realizar conductas contrarias al ejercicio de las facultades de inspección y supervisión de determinadas personas, órganos o entidades.

"Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

A) Razones de la inclusión en el CP de 1995

La introducción de este artículo en el código de 1995 dentro de los delitos societarios presenta varias novedades:

Es la primera vez que en España se castigan estas conductas en un código penal, a pesar de que sí se castigaban en otros países de nuestro entorno. En Italia, esta figura goza de gran tradición, y recientemente también se ha introducido en el derecho contravencional alemán.¹

Se ha preguntado la doctrina sobre la necesidad de criminalizar la conducta recogida en el

artículo 294, porque se considera que con los instrumentos que proporcionan las normas administrativas sería suficiente para mantener la disciplina del mercado, tanto por las conductas que se consideran infracciones, como por la índole, naturaleza y dureza de las sanciones administrativas previstas para las mismas.²

En el ámbito doctrinal se ha justificado su inclusión en el Código Penal, debido al carácter pluriofensivo de la negativa a la supervisión, aludiendo a la existencia de intereses generales que deben protegerse, entre los que se destacan: la adecuada fijación de los precios; la confianza general del mercado; la seguridad de las transacciones. Esto guarda relación con el derecho penal económico y justificaría la inclusión de este precepto dentro de los delitos societarios, considerando que con la criminalización de estas conductas se quiere proteger el orden socioeconómico. El legislador ha pretendido sancionar de forma directa a los responsables de las conductas de obstrucción o negativa a la inspección, por considerar insuficiente la sanción administrativa y la que indirectamente pueda imponer el propio mercado.³

Hay que plantearse si es admisible la incriminación de estas conductas en relación con el principio de intervención mínima que inspira el derecho penal moderno y que expresamente se recoge en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995.

Las conductas tipificadas como infracciones administrativas son semejantes o idénticas a las tipificadas en el artículo 294. La justificación de la inclusión de estas conductas en el Código Penal sería la de la fuerza simbólica e instrumental del Derecho Penal.⁴

Después de estudiar la regulación penal y administrativa de las conductas incriminadas, podremos volver a plantearnos la necesidad de penalizar las mismas.

La creación de este nuevo delito se debe a la existencia de organismos externos de vigilancia que han visto ampliado su protagonismo en el sector financiero, en el mercado de valores y en los seguros, lo que ha supuesto la aparición de nuevos deberes de colaboración y de información de las entidades.

Estas obligaciones también se extienden a las entidades de crédito, que siempre se han mostrado contrarias a dar a conocer su verdadera situación patrimonial.

El precepto penal es un refuerzo de las sanciones de tipo administrativo.⁵

La naturaleza del tipo penal recogido en el artículo 294 es estrictamente económica, pues supone el incumplimiento de obligaciones específicas que pesan sobre la sociedad como consecuencia del intervencionismo estatal en ciertos mercados que, por su trascendencia para el sistema económico, el Estado quiere controlar estrechamente. El procedimiento utilizado consiste en convertir en delitos ajenos la incapacidad propia para descubrir y perseguir los hechos irregulares que puedan producirse en el seno de estas sociedades, lo que cohonesta mal con el respeto a algunos principios constitucionales, como el derecho a no declarar contra sí mismo. Lo que se hace es construir un delito de peligro abstracto, basado en la presunción de que quien se muestra renuente al control administrativo al que está obligado es porque tiene algo que ocultar, lo que constituye base suficiente para presumir la peligrosidad de la obstrucción.

3. ANTECEDENTES DE ESTE DELITO

Este artículo no figuraba en el Proyecto de Código Penal de 1994 ni en el proyecto de 1980 ni en la propuesta de Anteproyecto de 1983 ni en el Proyecto de 1992.

Se introduce durante la tramitación del Proyecto de 1994 en el Congreso de los Diputados, en virtud de la enmienda de adición número 615 del Grupo Socialista, aduciendo para su

inclusión "necesidad de prever tal supuesto".⁶ En la tramitación del Código penal en el Senado se endureció el texto del precepto al suprimirse la exigencia inicial de que la negativa o el impedimento fuesen maliciosos y reiterados.⁷

Los antecedentes de este artículo se pueden situar en las crisis bancarias que provocaron una intervención por la Administración en el control de sus actividades.

En el Informe del Tribunal de Cuentas se señalan como causas de la crisis bancaria: "...el acusado intervencionismo llegó a consolidar un modelo de control basado casi exclusivamente en el control preventivo, en el que estaban prácticamente ausentes los principios de soberanía, competencia, profesionalidad y responsabilidad, permitiendo mantener prácticas poco ortodoxas". Las causas de la crisis las fijaron concretamente en la concesión irregular de créditos, las irregularidades en la capitalización, concentración de créditos en las sociedades del propio grupo, obstrucción de la actividad inspectora de las autoridades crediticias. La carencia de procedimientos adecuados de auditoría e inspección, la ausencia de control en la gestión y la deficiencia en el seguimiento de las operaciones bancarias.⁸

En la legislación posterior se calificará como muy grave la resistencia a la actuación supervisora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto (art. 4.h LDIEC 26/88), que también se recoge en el artículo 99.t) de LMV 24/88⁹ y disposición final 1ª relación artículo 16 LAC 19/88 y en el artículo 40.3m LOSSP 30/95.

Las sucesivas crisis bancarias justificaron que si bien las entidades de crédito no eran nacionalizables, sí lo era el crédito, y en virtud del fortalecimiento de la economía del país era perfectamente admisible la intervención administrativa cuando, por las repercusiones del funcionamiento de determinados sectores en las cifras macroeconómicas, se hacía necesario un control de los mismos.¹⁰ Para garantizar este control están las normas administrativas a las que ha venido a sumarse el artículo 294 del Código Penal.

4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La determinación del bien jurídico protegido en un tipo es fundamental para determinar la naturaleza del delito. En el caso concreto del artículo 294 esta determinación resulta verdaderamente difícil.

La rúbrica del Título en el que se encuentra este delito: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico", Título XIII del Libro II del Código Penal, se protegen dos bienes jurídicos: el patrimonio y el orden socioeconómico. En el Capítulo XIII: "Delitos societarios", se encuentra el artículo 294. Es el único delito contra el orden socioeconómico recogido en el mismo, ya que los otros son delitos patrimoniales, porque se ataca el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros y se denominan delitos societarios porque el ataque al patrimonio se realiza a través de una sociedad. La sociedad es el instrumento utilizado para atacar al patrimonio. Con la incriminación de las conductas tipificadas en el artículo 294, lo que se intenta proteger es el bien jurídico "orden socioeconómico", que es coherente con la rúbrica del Título. Lo que distorsiona la cuestión es su inclusión dentro de los delitos societarios, pues no hay lugar a dudas de que no guarda relación con los mismos.

Este bien jurídico es un bien colectivo. Habría que determinar qué es lo que el legislador quiere proteger con el orden socioeconómico.

Según el tenor literal del precepto se están protegiendo las facultades formales del Estado, derivado del principio de autoridad.¹¹ Si consideramos que este es el bien jurídico protegido, se estaría admitiendo las facultades de supervisión o inspección del Estado sobre cualquier tipo de sociedad, actúe o no dentro de los mercados sujetos a supervisión administrativa. Aquí se produciría una vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal.¹²

Otra interpretación entendería como bien jurídico protegido la protección de intereses colectivos y el correcto funcionamiento del mercado, los socios, la sociedad y los terceros.¹³

En esta norma penal lo que se protege directamente son las facultades de control de los poderes públicos sobre el grupo de sociedades sometidas a esta supervisión o inspección.¹⁴ Si lo que se pretende con la actividad inspectora y de control de estas sociedades es proteger el interés general, será el interés público el bien jurídico protegido.¹⁵

En este tipo se tutela la efectividad de las facultades de control y supervisión que sobre determinados tipos societarios ostentan entidades de carácter administrativo y agencias de control.¹⁶ Estas actividades de control tienen como finalidad tutelar intereses generales y no los particulares patrimoniales de la sociedad y de los socios, estableciendo estos controles para que las sociedades que la Administración ha determinado que estén sujetas a esta inspección, debido a las actividades que las mismas realizan y que tienen repercusión en la colectividad, en la sociedad y en la economía, en general, del país.

Según Faraldo Cabana, el bien jurídico protegido sería "la claridad y transparencia que deben observar las sociedades en sus relaciones con las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, concreción, a su vez, del orden económico entendido en sentido estricto como regulación jurídica de la intervención estatal en la economía, bien jurídico mediato que se caracteriza por tratarse de un bien colectivo inmaterial o institucionalizado".¹⁷

El bien jurídico sería "el derecho que la Administración tiene a inspeccionar y supervisar la realidad de las sociedades que están sujetas legalmente a una especial verificación administrativa".¹⁸

El derecho de la Administración a la inspección o control de las sociedades se tutela porque la negativa u obstaculización pone en peligro o lesiona la claridad y transparencia que las sociedades deben observar en sus relaciones con la Administración de control, con el fin de tutelar el orden económico en sentido estricto, entendido como la regulación jurídica de la intervención del Estado en la economía. Por lo tanto, el sujeto pasivo del delito no es la Administración sino la colectividad.¹⁹

Tendríamos que tener en cuenta si hay un bien jurídico mediato y otro inmediato.

El negarse u obstaculizar las inspecciones lesiona el bien jurídico inmediatamente protegido, esto es, la claridad y transparencia que deben observar las sociedades mercantiles en sus relaciones con las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, sin que sea preciso acreditar esa efectiva lesividad para el bien inmaterial mediatamente protegido, que es el orden económico entendido en sentido estricto.²⁰

Se protege el orden socioeconómico, la estabilidad de la economía y, en el artículo 294, se protege el medio por el que se quiere proteger y mantener este orden, que es el del control de las sociedades sometidas a intervención.

Es un bien jurídico colectivo o supraindividual.

En el artículo 294 se protege de forma inmediata la actividad de control de los órganos administrativos que tienen atribuidas facultades supervisoras e inspectoras sobre determinadas sociedades. El bien jurídico protegido es de carácter administrativo. Se tutela, en primer término, un interés del que es titular la Administración, que a través del comportamiento prohibido ve entorpecida su actividad supervisora y menoscabada su propia autoridad.

En este delito se protege un interés de la Administración: que se respete el ejercicio de sus

facultades de control, de su actuación inspectora o supervisora.²¹

En cuanto al bien jurídico protegido en este precepto, las diferentes posturas doctrinales se pueden agrupar en dos grandes bloques: a) para un sector, el bien jurídico protegido sería el lograr que se respeten las facultades de control, supervisoras o inspectoras, de la administración,²² y b) para otro sector consistiría el bien jurídico protegido en proteger el correcto funcionamiento del mercado, los socios, la sociedad y los terceros.²³

El bien jurídico protegido con carácter inmediato es reforzar las competencias de los órganos específicamente encargados de la supervisión e inspección de las distintas autoridades administrativas, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Con carácter mediano el precepto protege las facultades supervisoras e inspectoras de las autoridades administrativas; en la medida que dichas facultades tienen un carácter puramente instrumental se justifican por la protección de los intereses de los inversores y de todo el mercado.²⁴

El bien jurídico protegido sería el orden económico, entendido como interés general, derivado de la naturaleza socioeconómica del delito.²⁵ Como variante de esta postura se entiende que el bien jurídico protegido es el orden económico, pero no directamente, sino a través de una de sus manifestaciones como la claridad y transparencia que deben mostrar las entidades sometidas²⁶ o las facultades de control de los poderes públicos sobre las mismas.²⁷

El bien jurídico protegido no es el mero ejercicio de una potestad administrativa (la actividad de inspección o supervisión de determinadas personas, órganos o entidades), porque entonces se estaría sustentando que el legislador penal tutela aquí la pura infracción de un deber. Esta tesis confundiría la categoría de bien jurídico con la vía a través de la cual éste se vulnera. El bien jurídico cabe ser definido de manera similar a su conceptualización en materia de ilicitud administrativa, esto es, como la necesaria claridad y transparencia que deben observar las sociedades sometidas a supervisión administrativa en sus relaciones con las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras.²⁸

Para otros autores, atendiendo al bien jurídico protegido, el delito del artículo 294 debería haberse incluido en los delitos contra la Administración Pública, porque lo que recoge el precepto es una desobediencia a las órdenes de la Administración, o en los delitos relativos al mercado y a los consumidores, atendiendo al bien jurídico que se quiere proteger es el orden económico.²⁹ Su ubicación dentro de los delitos societarios no es del todo correcta, puesto que es el único supuesto del Capítulo que atenta contra el orden socioeconómico.

5. SOCIEDADES SUJETAS A CONTROL O A INTERVENCIÓN

El artículo hace referencia a la sociedad constituida o en formación. Resulta claro que por definición en estos mercados sólo pueden actuar sociedades constituidas, salvo en el caso de una fundación sucesiva de una sociedad anónima, en cuya virtud el proceso fundacional de la sociedad se realiza en el propio mercado, sometido a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.³⁰ La mayor sanción en estos casos será la denegación de la autorización para crear la sociedad,³¹ no autorizar la inscripción.³²

El tipo circunscribe la conducta delictiva a las sociedades constituidas o en formación, sometidas o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa. Se trata de lo que los administrativistas denominan "relación especial de sujeción con la Administración Pública".³³ O denominadas, también, "sociedades mercantiles especiales".³⁴

Deben considerarse como sociedades sometidas o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa aquellas que a partir de alguna norma especial que así lo establezca se hallan sujetas a una relación especial y a la inspección por parte de determinados centros públicos.³⁵

Las sociedades a que se refiere el artículo 294 son especiales, en el sentido de que siempre habrá de afectarlas una norma jurídica, que de modo especial les atribuya específicas obligaciones de sometimiento a la supervisión, también especial, de los poderes públicos.³⁶

El precepto se limita a la sociedad "sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa" y esto indica la existencia de una particular reglamentación y de un organismo o institución específicamente dedicado a controlar la actividad de que se trate. La locución "supervisión" ha adquirido un significado propio de relación especial de sujeción, no subsumible en la genérica función de policía por parte de la administración, por lo que exige la existencia de una norma específica que lo establezca.³⁷

El artículo 294 sólo se puede aplicar a las sociedades sometidas a supervisión administrativa o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa. El término "supervisión administrativa" tiene un contenido amplio, pudiendo abarcar cualquier tipo de actividad administrativa que, con diferentes fines, realice la Administración. En la delimitación de estos fines tendremos que fijar la intervención del Derecho penal, pues la protección de los diferentes fines o de muchos de ellos se lleva a cabo en el ámbito administrativo. Por tanto, las actividades inspectoras que estarían dentro del ámbito de protección del Derecho penal, y concretamente dentro de este artículo 294, serían aquellas que tienen como finalidad la protección del interés general de la economía del país.

En las sociedades o empresas sometidas a supervisión administrativa se incluirían las pertenecientes al sector bancario y de seguros, respecto a la actividad supervisora desplegada por el Banco de España o la Dirección General de Seguros y las sociedades que vengan obligadas a auditar sus cuentas, que coticen en bolsas oficiales, emitan obligaciones en oferta pública y los afectados por supuesto de recepción de subvenciones o ayudas, realicen obras, presten servicios o suministren obras al Estado u otros Organismos públicos.

Por sociedades o empresas que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa, se alude al mercado de valores.

El artículo 1 de la Ley del Mercado de Valores se refiere a dos tipos de sociedades: a) Las sociedades sometidas a supervisión administrativa, entendida como la facultad de control que determinada autoridad se reserva sobre la actividad de las empresas que actúen en determinada rama de la actividad económica o en virtud de una decisión singular previa que sea firme.³⁸

b) sociedades o empresas que actúan en mercados sujetos a supervisión administrativa. Estos mercados serían aquellos mercados en los que los fondos prestados se documentan en valores, apelándose al ahorro público, a los particulares y empresas en general, ofreciéndoles una rentabilidad para canalizar tales fondos hacia empresas productivas. Es un mercado de negociación abierto al público, en el que el prestatario, al que habitualmente se le denomina como inversor, se encuentra en situación de desventaja.³⁹

Con la primera referencia se pretende comprender, sobre todo, a la actividad crediticia y de seguros. Con la segunda, se alude, en particular, a los mercados de valores.⁴⁰

La sociedades que están sujetas al control del artículo 294 son:

1º Las entidades que intervienen en los mercados primarios y secundarios de valores.

En el artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores se establecen dos grupos de personas o entidades que están sujetos a supervisión o inspección. En el primero se incluyen:

a) Los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales de valores (Bolsas de

Valores y Mercado de Deuda Pública en Anotaciones).

- b) El Servicio de compensación y liquidación de valores.
- c) Las Sociedades y Agencias de Valores.
- d) Quienes, no estando incluidos en la letra anterior, ostenten la condición de miembro de algún mercado secundario oficial de valores.

En el segundo grupo se encuentra una serie de personas físicas o jurídicas, que sólo estarán afectadas cuando se relacionen con el mercado de valores y que son:

- a) Los emisores de valores.
- b) Las Entidades Oficiales de Crédito: El Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorros, Las Cooperativas de Créditos y la Caja Postal, así como las Sociedades Mediadoras de Mercado de Dinero, las Sociedades Gestoras de Cartera y los Corredores de Comercio.
- c) Otras personas físicas o jurídicas, en cuanto puedan verse afectadas por las normas de la Ley del Mercado de Valores.

2° Las entidades financieras, cuya actividad queda sometida a un régimen especial de supervisión administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 29 de julio de 1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

3° Las entidades sometidas a la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados.

También deben incluirse las siguientes sociedades:

- a) Las entidades gestoras de Planes y Fondos de Pensiones.
- b) Las sociedades de Garantía Recíproca.
- c) Las Sociedades Rectoras de los Mercados de Futuros y Opciones.
- d) Las entidades prestatarias de servicios de telecomunicaciones.
- e) Las Instituciones de Inversión Colectiva.
- f) Las Sociedades de Inversión Mobiliaria.

6. ESTUDIO DEL TIPO DE LO INJUSTO

A) *Parte objetiva del tipo*

a) Conducta típica

La conducta típica consiste en: "Negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras".

La estructura del tipo es mixto alternativo: se recogen dos conductas negar o impedir, siendo cada una de ellas, de forma independiente, válida para conformar el tipo de lo injusto.

b) Acción

Consiste en: "Negar o impedir la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras".

Negar, según la definición que nos da el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, en su primera acepción, significa: "Decir uno que no es verdad, que no es cierta una cosa acerca de la cual se pregunta"; segunda acepción: "Dejar de reconocer alguna cosa, no admitir su existencia"; acepción tercera: "Decir que no a lo que se pretende o se pide, o no

concederlo"; acepción cuarta: "Prohibir o vedar, impedir o estorbar".⁴¹

El significado que hay que atribuir al verbo "negaren" implica la negativa a la realización de la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras.

Si el verbo negar lo tomamos en sus dos primeras acepciones, esta modalidad comisiva sería constitutiva de un delito de simple actividad, requiriendo un acto denegatorio de la realización de la inspección.⁴²

La interpretación de la negativa tiene que llevarse a cabo con un sentido restrictivo, entendiendo que sólo será válida para integrar el tipo delictivo la negativa del administrador que efectivamente impida la realización de la actuación inspectora o supervisora, por lo tanto, sólo serían válidas con respecto a este tipo delictivo las acepciones tercera y cuarta. No sería válida una simple negativa primera, pero finalmente se consigue realizar la inspección.⁴³

"Impedir" significa, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia: "Estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa",⁴⁴ que estaría incluido en la acepción cuarta del verbo negar, por ello, algunos autores consideran que la utilización del verbo negar es superflua porque su acción estaría incluida en la modalidad de impedir.⁴⁵ Sin embargo, esta acepción tiene su importancia, pues en este caso la modalidad comisiva sería de resultado y no de simple actividad y aquí sí sería posible la comisión por omisión, pues el sujeto activo infringe su deber específico de acceder a la inspección.

Por otra parte, impedir supone el no dejar hacer a las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras su labor. Dentro del verbo impedir se pueden incluir todo tipo de acciones u omisiones tendentes a evitar la realización de la tarea inspectora; por lo tanto, puede consistir en una negativa a abrir la puerta del despacho de la sociedad, no entregar los libros, documentos que se le exigen, como también llegar a utilizar la violencia o intimidación.

El administrador tiene que conocer, por las funciones propias de su cargo, que la sociedad que administra es una de las sociedades sometidas a inspección o supervisión o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, no puede negarse a la inspección, por lo tanto no puede alegar el desconocimiento de tal configuración jurídica para eludir la aplicación del tipo en caso de negativa o impedimento a la actividad inspectora o supervisora. De la propia naturaleza de la sociedad se deriva este control sobre la misma. Por eso, el administrador, al cometer este delito infringe un especial deber que le incumbe en el caso de este tipo de sociedades.

No puede admitirse, por ello, un error de tipo. Sólo se admitiría el error de tipo como excluyente cuando el administrador desconociera la naturaleza de la sociedad.

En el Código penal no se exige el requisito de un requerimiento previo y por escrito, como lo hacen las normas administrativas, la Ley del Mercado de Valores de 1988, 28-7, en su artículo 99, t),⁴⁶ la Ley de Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995, en el artículo 40.3, letra m),⁴⁷ Ley de Entidades de Crédito. Disciplina e Intervención, de 29 de julio de 1988, en su artículo 4, regula las infracciones muy graves, en la letra h),⁴⁸ pero igualmente deberá exigirse este requisito previo en el ámbito penal, para evitar la vulneración del principio de no contradicción con el ordenamiento jurídico.⁴⁹

Con una interpretación gramatical del precepto, este requisito no figura en su tenor literal y, por lo tanto, no sería exigible; sin embargo, con una interpretación teleológica del mismo, teniendo en cuenta el fin de la norma, su carácter de ley penal en blanco que remite a las normas de derecho administrativo, es lógico que se exijan en el ámbito penal los mismos requisitos que en el ámbito administrativo, sobre todo este requisito del requerimiento expreso y por escrito de que se va a realizar la inspección o supervisión de la sociedad. Y ello debe de entenderse así, porque si no podríamos alegar que no ha existido dolo en nuestra

conducta.

El administrador, para realizar la acción típica, tiene que conocer que se va a realizar la inspección o supervisión de la sociedad, de ello tiene conocimiento por el requerimiento escrito, y él se niega o impide que la misma se realice.

Si no se exigiera este requisito, expresamente establecido en el ámbito administrativo, se podría alegar por el administrador desconocimiento, ignorancia o simplemente una negligencia, la no observancia de los deberes de su cargo, que dejarían impunes esta conducta.

Máxime este requisito es necesario que se exija en derecho penal al no contener el tipo ningún elemento subjetivo del injusto ni ser un delito de resultado, porque no se exige en el tipo que de esta negativa o impedimento de la inspección o supervisión se derive un resultado concreto.

Por lo tanto, la actitud del administrador es doblemente dolosa, porque por un lado sabe que la sociedad está sujeta a control y, por otro, conoce que hay un requerimiento expreso y por escrito de que se va a llevar a cabo la actividad inspectora o supervisora, se realizará un control sobre la sociedad, al que la misma tiene la obligación de someterse.

La conducta es activa: negar o impedir siempre supone una manifestación de voluntad que se opone a la realización de la actividad inspectora o supervisora. Respecto a la conducta de negar no admite la modalidad omisiva. Esta conducta sería en comisión por omisión, en opinión de Faraldo Cabana.⁵⁰

No sería constitutivo de delito la falta de colaboración con las personas, órganos o instituciones que realizan la inspección, ni el dificultar la tarea de estas personas ni la obstrucción al desempeño de la misma; tiene que haber una negativa o impedimento a que esta inspección se lleve a cabo.

La negativa debe referirse a la actividad sujeta a supervisión, es decir, relacionada con la actividad en el sector financiero. No se realizaría el tipo si la negativa o el impedir va referido a una inspección fiscal o laboral.

¿Qué ocurre en los casos en los que en un principio se permite por el administrador la inspección pero en un momento determinado y antes de que ésta haya finalizado se niega a que esta actividad continúe o bien impide que se siga realizando? Mi opinión es que se realiza el delito porque ha habido un cambio de voluntad y éste no ha permitido finalizar con la actividad inspectora.

También se realizaría el tipo del artículo 294 cuando la comunicación sea incompleta, porque se asimilaría a la omisión.⁵¹

Cabría la omisión cuando el administrador se abstenga de realizar cualquier conducta debida y necesaria para el ejercicio de la actividad inspectora.⁵²

El delito se comete si el administrador no permite la actuación inspectora o supervisora de la Administración, aunque en la sociedad no existiera ninguna irregularidad que afectase negativamente a los intereses de la propia sociedad, de los socios o de terceros.⁵³

Es un delito de simple actividad o un delito de resultado.

En la doctrina hay dos posturas al respecto:

1ª Se trataría de un delito formal, carente de contenido material en el que no se protege

bien jurídico alguno.⁵⁴ No estoy en absoluto de acuerdo con este autor porque la categoría de los denominados "delitos formales o de simple actividad" no se refiere a que no tengan ningún bien jurídico protegido, sino que esta denominación va referida a la propia estructura del delito, en el que no se puede distinguir la acción y el resultado, sino que con la realización de la acción se consuma el delito. Sigue diciendo este autor que consistiría en un delito de desobediencia a la Administración, sancionado en base a la infracción de las normas de supervisión e inspección administrativa.⁵⁵

Otros autores opinan que, cuando se protegen intereses supraindividuales, como es el caso de los delitos socioeconómicos, estaríamos en el ámbito de los delitos de peligro abstracto, normalmente constitutivos de delitos de simple actividad,⁵⁶ y en esta categoría podemos incluir el delito del artículo 294.

Es un delito de mera conducta legalmente reputada peligrosa.⁵⁷

Las modalidades de la acción pueden ser activas u omisivas.

- 2ª Lo consideran un delito de resultado Rodríguez Mourullo,⁵⁸ Faraldo Cabana,⁵⁹ Fernández Teruelo.⁶⁰

b) Sujeto activo

El administrador, de hecho o de derecho. Con carácter exclusivo y excluyente.

Se trata de un delito especial propio, la cualidad del sujeto activo delimita el tipo de lo injusto. La condición de administrador implica la presencia de una estrecha vinculación con el bien jurídico protegido, hasta el punto de que hace surgir una verdadera relación material de dominio social, basada en la competencia atribuida para el ejercicio de su función y que constituye el fundamento material de los elementos de la autoría.⁶¹ Pero tiene otra especificación más: ha de ser administrador de una sociedad sometida a supervisión administrativa o que actúe en mercados sometidos a supervisión administrativa. Se trata de una doble especialidad.

En las normas administrativas se amplía el círculo de sujetos activos del delito a las personas que ostenten cargos de administración o dirección, en la Ley de Entidades de Crédito, Disciplina e Intervención (LDIEC),⁶² Ley del Mercado de Valores (LMV),⁶³ la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, de 8 de noviembre de 1995 (LOSSP).⁶⁴

La redacción de los preceptos administrativos se adapta mejor a la realidad de quienes deban ser sujetos activos de este delito que el Código penal, administrador de hecho o de derecho, ya que las normas administrativas aluden a las personas que desempeñen cargos de administración o dirección, y con esta expresión se incluye a todas aquellas personas que tengan o puedan tener el dominio del hecho.⁶⁵

c) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido. Ya se ha examinado la polémica doctrinal y la división de opiniones respecto a cuál sea el bien jurídico protegido en este delito, así como la determinación de que existen dos bienes jurídicos protegidos: uno mediato y otro inmediato.

Considerando que el bien jurídico protegido es el orden socioeconómico, según la rúbrica del Título, entendemos que el sujeto pasivo es el Estado, como titular del orden socioeconómico del país y cuyo deber consiste en mantener ese orden socioeconómico impidiendo las acciones tendentes a lesionarlo o dirigidas a ocasionar un perjuicio o quebranto a la economía nacional.

Sin embargo, un sector doctrinal opina que el sujeto pasivo de este delito sería la Administración pública competente para realizar las funciones inspectoras, porque considera que el bien jurídico protegido sería el derecho de la Administración a inspeccionar y supervisar a las sociedades que están sujetas a una especial verificación administrativa.⁶⁶

B) *Parte subjetiva del tipo*

Es necesario que concurra el dolo. Se exigirá el dolo directo.

No puede admitirse la comisión con dolo eventual por las especiales características del tipo, ya que al ser un delito de mera actividad, con la realización de la acción u omisión se consuma el delito, por ello, al realizar el tipo, la acción, ya conoce su peligrosidad y también conoce las características de las sociedades que por su configuración están sometidas a un especial control.

En el dolo del sujeto activo está comprendido el conocimiento de la actividad a desarrollar y el alcance de la misma.

Y debe abarcar el conocimiento de los elementos del tipo.

No está previsto en el Código el castigo de las conductas imprudentes.

En todo caso, la comisión imprudente sería contraria a la propia configuración del delito, que no puede cometerse de forma imprudente.

C) *Consumación del delito*

El delito se consuma con la negativa o el impedimento, por parte del administrador, a la realización de la inspección o supervisión de la sociedad.

Lo que interesa en el tipo penal es la infracción del deber impuesto extrapenalmente de colaboración con las actividades de inspección o supervisión de las sociedades.⁶⁷

No es necesario ningún resultado posterior ni ningún perjuicio.

El tipo no requiere una especial intencionalidad del sujeto al oponerse o impedir la realización de la inspección o supervisión.

Aunque la sociedad no estuviera realizando ninguna conducta prohibida o ilícita, la negativa o el impedir la inspección o supervisión ya sería constitutiva de este delito.

El legislador configura este delito como un tipo de peligro abstracto y considera que la negativa a la inspección o supervisión denota que existe, o puede existir, un peligro para el orden socioeconómico; se anticipa a proteger este bien jurídico antes de que se haya producido la lesión del mismo.

Si no admitimos esta interpretación, entonces se estaría castigando la desobediencia a una orden de la Administración, y el bien jurídico protegido sería la Administración y el buen funcionamiento de la misma.

La comisión en grado de tentativa sería difícil de realizar, si consideramos que es un delito de simple actividad, aunque hay autores que si admiten la comisión de este delito en grado de tentativa.⁶⁸

7. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

En el catálogo de infracciones administrativas se distingue entre infracciones muy graves, graves y leves.

Infracciones muy graves:

- En el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) de 28-7-1988, número 24/1988, se recogen las conductas que constituyen infracciones muy graves. En el apartado t) se establece como una infracción muy grave: "La negativa o resistencia a la actuación inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por parte de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 84 de la Ley, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto".⁶⁹ La Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) de 29 de julio de 1988,⁷⁰ LOSSP,⁷¹ Ley de 26 de diciembre de 1984, de normas reguladoras de Instituciones de Inversión Colectiva,⁷² Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, de 3 de diciembre de 1992, que modifica la Ley 31/1987,⁷³ Ley de 8 de junio de 1987, de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones.⁷⁴

Infracciones graves:

- En la LMV,⁷⁵ ⁷⁶ LOSSP,⁷⁷ Ley de Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995.⁷⁸

Las conductas tipificadas como infracciones administrativas son semejantes al delito tipificado en el artículo 294. El fundamento de las infracciones administrativas tipificadas en este ámbito es idéntico al delito del artículo 294.

En el ámbito penal, tanto las conductas muy graves y graves serían constitutivas del mismo delito. El artículo 294 no distingue diferente gravedad según la conducta realizada y, sin embargo, en las normas administrativas se distingue entre infracciones muy graves y graves, siendo diferentes también las sanciones aplicables, lo que llevaría a situaciones injustas, pues la pena establecida en el código es única y por tanto la misma para una infracción muy grave y grave, con independencia de que al enjuiciar los hechos concretos el Juez ajuste la pena a la gravedad del hecho. En este sentido la regulación administrativa es más completa que la regulación penal. Es más depurada y acorde con el principio de culpabilidad que el derecho penal que castiga dos infracciones de distinta gravedad con la misma pena.

Problema que se plantea: la superposición de sanciones penales y administrativas:

En caso de concurrencia de infracciones administrativas y penales sobre el mismo sujeto, hecho y mismo fundamento, debe tener preferencia el proceso penal.

En el caso de concurrencia de infracciones administrativas y penales sobre el mismo hecho y el mismo sujeto e idéntico fundamento, para no infringir el principio *non bis in idem*, no cabe la doble sanción, según lo dispuesto en el artículo 133 LRJA.

Es posible la concurrencia de sanciones penales y administrativas, porque las normas administrativas que regulan la actividad supervisora de la Administración determinan expresamente o declaran que el ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal, como se recoge en el art. 96LMV,⁷⁹ art. 2 LDIEC⁸⁰ y art. 47 LOSSP.⁸¹

Sería jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue condenada penalmente, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (Sentencia del Tribunal Supremo 10-12-1991). En situaciones de supremacía especial la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de doble sanción, penal y administrativa, pero este criterio no es unánime.

En caso de coincidencia o concurrencia del principio *non bis in idem*, tendrá preferencia la actuación de los tribunales penales, y la Administración cesará en sus actuaciones y no podrá intervenir hasta que no haya

Si el proceso concluye o termina sin condena penal, la Administración actuará a partir de ese momento, respetando los hechos probados en el proceso penal, pero esto no impide que la Administración pueda apreciar nuevos hechos no enjuiciados anteriormente y que tengan interés para el expediente administrativo.⁸²

8. PENAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Las sanciones previstas para las infracciones administrativas muy graves y graves en los sectores financiero, del mercado de valores y de seguros, tienen gran fuerza disuasoria, si bien no necesariamente mayor que la que puedan tener las penas establecidas en el artículo 294.

El artículo 294 establece para este delito una pena alternativa de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

En los casos en los que se imponga la pena privativa de libertad (la pena de prisión), si la pena concreta es inferior a dos años se puede acordar la suspensión de la ejecución, con lo que perdería su valor o perdería eficacia intimidatoria.

La imposición de la pena privativa de libertad tendrá más fuerza disuasoria para los administradores que las sanciones administrativas.

Pero también puede el Juez optar por imponer la pena de multa, y en este caso pierde fuerza la incriminación de estos hechos como delito, cuando ya están sancionados en el ámbito administrativo, con la pena de multa, variando la cuantía de la misma según se trate de una infracción muy grave o grave. Y casi se equipararía a la sanción administrativa de multa, excepto en los efectos derivados del impago de la multa penal, que daría lugar a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

La cuantía de la pena de multa no es muy elevada, aunque se le impusiera el grado máximo, veinticuatro meses, y en su cuantía más elevada, cincuenta mil pesetas, ascendería, contabilizando los meses como de 30 días, a un total de 36 millones de pesetas, que tendría que pagar el administrador. En caso de infracciones muy graves, podría ser de mayor cuantía la multa administrativa que la penal. Hay que tener en cuenta que en el ámbito de los delitos societarios los jueces penales se muestran contrarios a imponer las sanciones más graves.

Lo que el legislador tenía que haberse planteado: ¿Será más eficaz su incriminación penal en la lucha contra estas acciones o, por el contrario, será totalmente inútil o, incluso, podríamos decir que es más beneficioso su incriminación penal debido a la dilación del proceso penal en contraposición a la inmediatez del proceso administrativo y la forma más ágil de actuación de la vía administrativa?

En el ámbito administrativo se prevé como sanción la de dar publicidad a la conducta constitutiva de la infracción, sanción que no está prevista en el ámbito penal y que puede ocasionar graves perjuicios a la sociedad.

En el ámbito penal, en el artículo 294, se prevé la posibilidad de imponer, además de la pena, las consecuencias accesorias señaladas en el artículo 129.

Esto ha sido un acierto del legislador, pero hay que tener en cuenta que en el ámbito administrativo no supone una novedad, pues casi todas las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 también se pueden imponer en el ámbito administrativo al estar previstas

como sanciones cuando se ha realizado una infracción administrativa.

Las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal, que coinciden con las sanciones administrativas, son las siguientes: artículo 129 c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. Se recoge en el Artículo 102 de Ley del Mercado de Valores de 1998.⁸³

Artículo 129 d) "Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años". Esta consecuencia es semejante, a la contemplada en el artículo 102 d) de la Ley del Mercado de Valores de 1998.⁸⁴ En la Ley del Mercado de Valores no se prevé la revocación temporal, al contrario del Código penal que puede decretar la prohibición temporal del ejercicio de estas actividades.

No están previstas en las Leyes Administrativas las siguientes consecuencias accesorias, que sí contempla el artículo 129 del Código penal: "a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años".

"b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación".

"e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años".

Por otra parte, en las Leyes administrativas se contemplan unas sanciones no previstas en el ámbito penal que son: En caso de infracciones consideradas muy graves, artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores de 1998, "e) Amonestación pública, con publicación en el "Boletín Oficial del Estado". "f) Separación del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en una entidad financiera, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo no superior a cinco años". "g) Separación del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en cualquier entidad financiera, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por un plazo no superior a diez años". "Las sanciones por infracciones muy graves serán publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" una vez sean firmes en vía administrativa".

Aunque entre las consecuencias accesorias que pueden imponerse en este delito no figura la separación del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor, con la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad o en otra de la misma naturaleza por un plazo no superior a diez años, tenemos que tener en cuenta las penas accesorias previstas en el Código penal.

El Código penal en el Título III: "De las penas", Capítulo Primero: "De las penas, sus clases y sus efectos", en la Sección Quinta: "De las penas accesorias", en el artículo 54 establece: "Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo". En el artículo 56 se establecen las penas accesorias que se pueden imponer en las penas de prisión de hasta diez años.⁸⁵ El responsable de este delito será el administrador de una sociedad, si el Juez le impone por este delito la pena privativa de prisión, prevista en el artículo 294, también podrá imponer como pena accesoria la inhabilitación para ejercer su profesión porque ésta ha tenido relación con el delito cometido, con lo cual esta pena accesoria sería igual a la sanción administrativa prevista en el Ley del Mercado de Valores, pero con diferencias, porque la pena accesoria tendrá la misma duración que la pena principal.⁸⁶ El Juez tiene que condenar expresamente a esta pena,⁸⁷ con lo cual la inhabilitación penal no podrá exceder de tres años, que es el límite máximo de la pena privativa de libertad que señala el Código a este delito, pero en ningún

caso llegaría a la duración establecida en la Ley del Mercado de Valores de 1998, de hasta cinco años, en los casos del apartado f) del artículo 102 y hasta diez años en el caso del apartado g) de este artículo. En estos casos es más benévola la sanción penal que la administrativa, teniendo en cuenta que si el Juez no impone la pena de prisión sino la de multa no le podrá imponer esta pena accesoria de inhabilitación, y que sí está prevista en el ámbito administrativo para los supuestos de infracciones muy graves.

Las sanciones administrativas de separación del cargo con inhabilitación son más graves que las penales, pues esta pena sólo se podrá imponer como accesoria y únicamente en los casos en los que el Juez condene al administrador a la pena privativa de libertad, y aún en este caso no sería obligatorio que impusiera esta pena, sólo la impondrá cuando el oficio, la profesión haya tenido relación con el delito cometido, cosa que en este supuesto sería evidente, pero, aún así, la sanción penal sería más benévola que la administrativa, pues según lo previsto en los artículos de la Ley del Mercado de Valores, la sanción administrativa de inhabilitación se puede imponer además de las sanciones correspondientes.

Las consecuencias accesorias más graves sí superan a las sanciones administrativas de este tipo.

Al haber coincidencia en los presupuestos y también podemos afirmar, que parcialmente, en las sanciones previstas en el ámbito administrativo y penal a las conductas sancionadas o tipificadas en el artículo 294 del Código penal, tendremos que plantearnos si no será más eficaz el derecho administrativo sancionador que el derecho penal, por la rapidez y contundencia de las decisiones administrativas, y por la entidad de las sanciones que puede imponer, si se confirma la benevolencia de los Tribunales penales en materia de delitos socioeconómicos, se tendrá que afirmar una mayor fuerza disuasoria al derecho administrativo que al derecho penal en este caso concreto.⁸⁸

NOTAS

¹ Faraldo, P., *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 292.

² Sánchez, M.M^a., "Los delitos societarios", en *Revista de Derecho de Sociedades*, Colección de Monografías, núm. 6, 1996, pp. 198-199.

³ Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, p. 199.

⁴ Silva, J., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 517.

⁵ Fernández, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 306.

⁶ Rodríguez, G., "Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción", en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998, p. 241.

⁷ Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, p. 195.

⁸ Eiranova, E., *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Montecorvo, Madrid, 1998, pp. 198-199.

⁹ Artículo 99.t) de la Ley del Mercado de Valores de 1988: "La negativa o resistencia a la actuación inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por parte de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 84 de la Ley, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto".

¹⁰ Eiranova, E., *ob. cit.*, p. 200.

¹¹ Rodríguez, G., "Análisis del artículo 294 del nuevo Código penal", en *Nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, p. 125.

Mata, L., "Los delitos societarios en el Código penal de 1995", en *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 5, 1995, p. 175.

¹² Eiranova, E., *ob. cit.*, p. 196.

¹³ Moreno, A. y Ruiz, F., *Los delitos socioeconómicos*, Adijus, Zaragoza, 1996, p. 325. Del Rosal, B., en Vives, L. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, vol. II, Valencia, 1996, p. 1438.

¹⁴ Moreno, A. y Ruiz, F., *ob. cit.*, p. 321.

¹⁵ Díaz, J.L., *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Montecorvo, Madrid, 1997, p. 168.

¹⁶ García de Enterría, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 86.

¹⁷ Faraldo, P., *ob. cit.*, p. 296.

¹⁸ Polo, G., "El administrador societario frente a la potestad inspectora y supervisora de la Administración pública. El supuesto del artículo 294 del Código Penal", en *Actualidad Aranzadi*, núm. 346, 11 junio 1998, pp. 1-2.

¹⁹ Faraldo, P., *ob. cit.*, p. 297, nota 526.

²⁰ Faraldo, P., *ob. cit.*, p. 297.

²¹ Rodríguez, G., "Delitos contra los derechos de los socios...", *ob. cit.*, p. 243.

²² Rodríguez, G., "Análisis del artículo 294...", *ob. cit.*, p. 125.

²³ Del Rosal, B., *ob. cit.*, p. 1438.

²⁴ Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, pp. 197-198.

²⁵ Fernández, J.G., *ob. cit.*, p. 295.

²⁶ Martínez-Buján, C., "Delitos societarios", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 2, 1996, p. 499.

Luzón, J.M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 175.

Faraldo, P., *Los delitos societarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, pp. 517-518.

²⁷ Moreno, A. y Ruiz, F., *ob. cit.*, p. 322 .

²⁸ Martínez-Buján, C., *ob. cit.*, p. 499.

²⁹ Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, p. 86.

³⁰ Zurita, J., "La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el nuevo régimen de la fundación sucesiva de la Sociedad Anónima", en AA VV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, La fundación, Madrid, 1991, pp. 653 y ss.

³¹ Rodríguez, G., "Delitos contra los derechos de los socios...", *ob. cit.*, p. 245.

³² Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, p. 201.

³³ García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 1981, p. 33.

³⁴ Broseta, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, novena edición, Tecnos, Madrid, 1991, p. 378 y ss.

³⁵ Díaz, J.L., *ob. cit.*, pp. 170-171.

³⁶ Moreno, A. y Ruiz, F., *ob. cit.*, p. 329.

³⁷ Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, p. 200.

³⁸ Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, p. 200.

³⁹ Nieto, U., *El Mercado de Valores. Organización y Funcionamiento*, Madrid, 1993, p. 31 y ss.

⁴⁰ Sánchez, M.M^a., *ob. cit.*, p. 201.

⁴¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, vigésima edición, tomo II, 1984.

⁴² Martínez-Buján Pérez. C.: *Derecho penal económico*. Parte especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 253-254.

⁴³ Fernández, J.G., *ob. cit.*, p. 298.

⁴⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, vigésima edición, tomo II, 1984.

⁴⁵ Faraldo, P., Los delitos societarios..., *ob. cit.*, p. 307.

⁴⁶ Artículo 99°): constituye infracción muy grave "la negativa o resistencia a la actuación inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por parte de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el artículo 84 de la Ley, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto".

⁴⁷ Artículo 40.3.m): Se considera infracción muy grave: "La excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto";

⁴⁸ Artículo 4.h): "La negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto".

⁴⁹ Fernández, J.G., *ob. cit.*, p. 299.

⁵⁰ Faraldo, P., "Los delitos societarios", *ob. cit.*, p. 307.

⁵¹ Martínez, J., *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros*. El artículo 294 del Código Penal, Marcial Pons, Madrid-

Barcelona, 2001, p. 341.

⁵² Fernández, J.G., *ob. cit.*, p. 299.

⁵³ Rodríguez, G., Delitos contra los derechos de los socios..., *ob. cit.*, p. 243.

⁵⁴ Fernández, J.G., *ob. cit.*, p. 293.

⁵⁵ Consideran esta figura un delito formal Martínez-Pereda, J.M., "Los delitos societarios", en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, volumen IV, Expansión, Madrid, 1996, p. 379.

⁵⁶ Tiedemann, K.: *Lecciones de Derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), PPU, Barcelona, 1993, p. 165.

Hassemer, W. y Muñoz, F., *La responsabilidad penal por el producto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 29.

⁵⁷ Martínez, J., *ob. cit.*, p. 317.

⁵⁸ Rodríguez, G.: "Delitos contra los derechos de los socios...", *ob. cit.*, pp. 247-248.

⁵⁹ Faraldo, P., "Los delitos societarios". Valencia, 2000, *ob. cit.*, pág. 307.

⁶⁰ Fernández, J.G., *ob. cit.*, p. 306.

⁶¹ Martínez-Buján Pérez, C., "Delitos societarios", *ob. cit.*, p. 473.

⁶² Artículo 1.1 LDIEC Ley de Entidades de Crédito, Disciplina e Intervención, de 29 de julio de 1988: "Las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título".

⁶³ El artículo 95 de la LMV dispone que "las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores, incurrirán en responsabilidad administrativa".

⁶⁴ Artículos 40 y 42.

⁶⁵ Fernández, J. G., *ob. cit.* p. 297, nota 885.

⁶⁶ Polo Vereda, J., *ob. cit.*, p. 2.

Queralt Jiménez, J.J., *Derecho Penal Español*. Parte Especial, tercera edición, Bosch, Barcelona, 1996, p. 469.

Rodríguez, G., "Delitos contra los derechos de los socios"..., *ob. cit.*, p. 247.

⁶⁷ Martínez, J., *ob. cit.*, p. 327.

⁶⁸ Fernández, J.G., *ob. cit.*, p. 306.

Rodríguez, G., Delitos contra los derechos de los socios..., *ob. cit.*, p. 248.

Moreno, A. y Ruiz, F., *ob. cit.*, p. 331.

⁶⁹ La Ley 30-12-1998, modificó la redacción de algunas de las letras del artículo 99 y añadió nuevos supuestos. Entre éstos figuran en la letra z) los siguientes supuestos: "Las infracciones graves cuando durante los cinco años anteriores a su comisión hubiera sido impuesta al infractor sanción por el mismo tipo de infracción". Estos supuestos se considerarán infracciones muy graves.

⁷⁰ Artículo 4 establece las infracciones muy graves. En el apartado h) "la negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto".

⁷¹ Artículo 40, punto 3. infracciones muy graves, en la letra m): "La excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto".

⁷² Artículo 32, establece las infracciones y sanciones, en su punto 4. Establece las infracciones muy graves y en su letra i): "La resistencia y negativa a la inspección, establecida en el artículo 31.2".

⁷³ Artículo 33 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones considera como infracción muy grave, en su punto d): "La negativa a ser inspeccionado o la obstrucción y resistencia a la inspección administrativa".

⁷⁴ En su artículo 25 se tipifican las infracciones, en su punto 5, dentro de las calificadas como muy graves, en la letra h): "La resistencia, negativa y obstrucción a la inspección por el Ministerio de Economía y Hacienda y la negativa a facilitar la información que reglamentariamente se establezca".

Esta Ley fue modificada por Ley del Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995, en su disposición adicional undécima, y esta modificación afectó a las infracciones y a las sanciones. Así en su artículo 35. 3. Establece las infracciones muy graves, y en su letra m) "La excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto".

⁷⁵ Artículo 100 se recogen las infracciones graves, y en el punto b) se tipifica: "La falta de remisión en plazo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de cuantos documentos o informaciones deban remitírsele o ésta requiera en el ejercicio de sus funciones, siempre que la citada Comisión hubiera recordado por escrito la obligación o reiterado el requerimiento".

⁷⁶ Artículo 100 j) LMV se recoge, también, como infracción grave: "La falta de comunicación de informaciones a los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales o a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los casos en que dicha comunicación sea preceptiva con arreglo a esta Ley y no constituya infracción muy grave conforme al artículo anterior". Este punto fue modificado por la Ley del Mercado de Valores de 16-11-1998, que quedó redactado como sigue: "La falta de comunicación de informaciones a los organismos rectores de los mercados secundarios, oficiales o no, o a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los casos en que dicha comunicación sea preceptiva con arreglo a esta Ley y no constituya infracción muy grave conforme al artículo anterior". Se añade la obligación de presentar la información a los organismos rectores de los mercados secundarios sean oficiales o no. En la primera Ley esta obligación sólo era respecto a los oficiales.

⁷⁷ Artículo 40, En el punto 4 se tipifican las infracciones graves, y en la letra m): "La excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, cuando no constituya infracción muy grave".

⁷⁸ En el artículo 35, punto 4 se tipifican las infracciones graves, y en la letra m) "La excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora cuando no constituya infracción muy grave".

⁷⁹ Artículo 96: "El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento".

⁸⁰ Tiene el mismo contenido que el artículo 96 de la LMV, recogido en la nota anterior.

⁸¹ Artículo 47.1: "El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se considere que los hechos pudieran ser constitutivos de delitos y se hubieran puesto en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal o cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento administrativo sancionador quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firma de la autoridad judicial. Si ha lugar a reanudar el procedimiento administrativo sancionador, la resolución que se dicte en el mismo deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga el pronunciamiento judicial".

⁸² Eiranova, E., *ob. cit.*, pp. 206-207.

⁸³ En caso de infracciones muy graves: b) Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor, en el Mercado de Valores durante un plazo no superior a cinco años. c) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial correspondiente por un plazo no superior a cinco años. Este apartado fue modificado por la Ley del Mercado de Valores de 1998, quedando redactado como sigue: c) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario, oficial o no, correspondiente por un plazo no superior a cinco años.

⁸⁴ "Revocación de la autorización cuando se trate de empresas de servicios de inversión, entidades gestoras del Mercado de Deuda Pública o de otras entidades inscritas en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Si se trata de sucursales de empresas de servicios de inversión autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, esta sanción de revocación se entenderá sustituida por la prohibición de que inicie nuevas operaciones en el territorio español".

⁸⁵ Artículo 56 del Código penal: "En las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación".

⁸⁶ Artículo 33.6 del Código Penal español de 1995.

⁸⁷ Artículo 79 del Código Penal español de 1995: "Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenará también expresamente al reo a éstas últimas".

⁸⁸ Faraldo, P., Los delitos societarios, Valencia, 2000, *ob. cit.*, pp. 295-296.

BIBLIOGRAFÍA

Broseta, M. *Manual de Derecho Mercantil*, novena edición, Tecnos, Madrid, 1991.

Del Rosal, B., en Vives, L. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, vol. II, Valencia, 1996.

Díaz, J.L. *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Montecorvo, Madrid, 1997.

Eiranova, E. *La responsabilidad penal en el ámbito de las sociedades mercantiles*, Montecorvo, Madrid, 1998.

Faraldo, P. *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

_____. *Los delitos societarios*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1996.

Fernández, J.G. *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998.

García de Enterría, J. *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 1981.

Hassemer, W. y Muñoz, F. *La responsabilidad penal por el producto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

Luzón, J.M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 1997.

Martínez, J. *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros. El artículo 294 del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

Martínez-Buján, C. "Delitos societarios", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 2, 1996.

Derecho penal económico. Parte especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Martínez-Pereda, J. M. "Los delitos societarios", en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, volumen IV, Expansión, Madrid, 1996.

Mata, L. "Los delitos societarios en el Código penal de 1995", en *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 5, 1995.

Moreno, A. y Ruiz, F. *Los delitos socioeconómicos*, Adijus, Zaragoza, 1996.

Nieto, U. *El Mercado de Valores. Organización y Funcionamiento*, Madrid, 1993.

Polo, G. "El administrador societario frente a la potestad inspectora y supervisora de la Administración pública. El supuesto del artículo 294 del Código Penal", en *Actualidad Aranzadi*, núm. 346, 11 junio 1998.

Queralt, J.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, tercera edición, Bosch, Barcelona, 1996.

Rodríguez, G. "Análisis del artículo 294 del nuevo Código penal", en *Nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996.

"Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción", en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa Galicia, 1998.

Sánchez, M.M^a. "Los delitos societarios", en *Revista de Derecho de Sociedades*, Colección de Monografías, núm. 6, 1996.

Silva, J. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992.

Tiedemann, K. *Lecciones de Derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), PPU, Barcelona, 1993.

Zurita, J. "La Comisión Nacional del Mercado de Valores y el nuevo régimen de la fundación sucesiva de la Sociedad Anónima", en AA VV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, La fundación, Madrid, 1991.

Artículo recibido el 5 de octubre de 2004 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 30 de mayo de 2005.