

Breve aproximación a las reformas penales más significativas sobre derecho penal económico actualmente en tramitación

José Manuel Gómez Benítez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En el ámbito del derecho penal económico se suscita con frecuencia el problema de la delimitación entre las responsabilidades penal, disciplinaria y mercantil de los administradores. La dificultad de establecer líneas claras al respecto tiene que ver con la creciente expansión del derecho penal hacia terrenos jurídicos tradicionalmente reservados al derecho administrativo sancionador y al derecho mercantil sobre responsabilidad de los administradores sociales.

Delitos de administración desleal

Esta dificultad se va a acrecentar si la reforma del delito de administración desleal resulta finalmente aprobada.

Como es sabido, actualmente este delito solo puede ser cometido en el ámbito societario y consiste en abusar de los poderes de disposición o de contratación de obligaciones en beneficio propio o de tercero y perjuicio de la sociedad. Ahora bien, con el fin de evitar la impunidad de la gestión desleal de patrimonios no societarios, la jurisprudencia entendió que el delito de apropiación indebida, en su forma de distracción, consiste también en una gestión desleal del patrimonio ajeno. Esta interpretación es contradictoria con la propia naturaleza de los delitos de apropiación indebida, por lo que el Proyecto de Ley desvincula este delito del de gestión desleal, pero, a cambio, extiende expresamente las conductas de administración desleal a cualquier forma de administración. Además, sustituye el abuso de poderes de disposición o contratación de obligaciones por el *exceso en las facultades de administración* y añade un delito genérico de *infracción del deber de salvaguardar el patrimonio administrado*, que es una simple traducción del tipo penal de deslealtad contenido en el parágrafo 266.1 del Código Penal alemán.

La indeterminación de los dos delitos de administración desleal, pero muy especialmente de este último, se está enfrentando ya a críticas doctrinales e institucionales sobre su incompatibilidad con el principio de legalidad, en su vertiente de exigencia de concreción de las conductas delictivas, pero, además, en el ámbito societario, hace muy difícil diferenciar este delito de las infracciones mercantiles que pueden originar responsabilidad social de los administradores.

Puesto que este nuevo delito es traducción literal del existente desde hace años en Alemania, conviene señalar algunos supuestos a los que se ha aplicado en ese país, como prueba de su capacidad expansiva: la revelación de secretos de empresa (en sí misma o en concurso de delitos cuando se realiza el tipo correspondiente); los artificios contables que tienden a imposibilitar la reclamación de una deuda por parte de la empresa; el incumplimiento de los deberes de supervisión y control por los órganos encargados (allí los "comités de vigilancia"), de forma tal que permiten una gestión perjudicial para la empresa por parte de los administradores; la violación de normas relativas al mantenimiento del capital social; la no reclamación a los socios de la parte del capital social que adeudan, ocasionando problemas de liquidez a la empresa; la anticipación de dividendos

perjudicando la liquidez de la empresa; el reparto de dividendos sobre un balance incorrecto; los usos indebidos y ajenos al objeto social de los bienes y mercancías de la empresa o del saldo de sus cuentas bancarias (sin apropiación); la fabricación de productos sin cumplir la normativa sobre calidad o composición, aunque no hayan llegado a comercializarse; la competencia por parte de los administradores, a través de otra empresa, vulnerando la normativa sobre conflictos de intereses; y la privación de liquidez a la filial, que la aboca al concurso o a la liquidación, por parte de la matriz, al exigirle el pago de la deuda contraída con ella.

Infracción de los deberes de supervisión y control por parte de los administradores sociales

En el ámbito de la responsabilidad penal de las sociedades, que, como es sabido, fue introducida en 2010 en nuestro Código Penal, el artículo 31 bis del Proyecto de Ley da un paso más en la regulación de la obligación de los administradores de adoptar e implementar eficazmente modelos de prevención de los delitos que puedan cometer los propios administradores o los empleados en beneficio directo o indirecto de la sociedad. La reforma prevé que la adopción e implementación eficaz de estos modelos exime de responsabilidad penal a la sociedad, o bien, si el cumplimiento de este deber es tan solo parcial, puede atenuarla. Pero para que ello sea así, el artículo 31 bis del Proyecto de Ley exige que tales modelos cumplan unos requisitos determinados; que se constituya un órgano de control de su cumplimiento con poderes autónomos de iniciativa y control (salvo en sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada), y que funcione eficazmente.

Los requisitos que deben cumplir como mínimo los modelos de prevención son los siguientes: deben identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del

modelo de prevención, y establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Aunque la creación de este órgano de control es un caso de delegación de las facultades de los administradores, hay que tener en cuenta que el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Sociedades de Capital, actualmente en tramitación, prevé la naturaleza indelegable de *la supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones constituidas y de la actuación de los órganos delegados y de los altos directivos que hubieran designado*. Parece claro, por tanto, que los administradores no solo deberán adoptar modelos eficaces para la prevención de delitos y designar al órgano o persona que controle su cumplimiento, sino también dotarle de poderes y medios suficientes y supervisar su funcionamiento, además, obviamente, de adoptar las medidas necesarias que proponga –incluso disciplinarias– para la efectiva prevención de delitos.

Pero, además de las consecuencias penales para las sociedades, la no adopción de estos modelos eficaces de supervisión y control supondrá la comisión de un delito por parte de los administradores, si llega a aprobarse el artículo 286 seis) del Proyecto de Ley. Este artículo considera punible, en efecto, la omisión del deber de adoptar los modelos de organización y control eficaces regulados en el artículo 31 bis, tanto si la omisión es dolosa, como si es imprudente, siempre que se inicie la comisión de algún delito por parte de los propios administradores, directivos o empleados de los que pueden originar responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Jurisdicción española sobre el delito de corrupción en actividades económicas internacionales cometido fuera de España.

Por lo que respecta a los delitos de corrupción, la reforma modifica de forma no sustancial los delitos actualmente vigentes que se refieren a la corrupción entre particulares como a la que tiene lugar en la actividad económica internacional. Como es sabido, este último delito consiste en corromper o intentar corromper a una autoridad o funcionario, o en atender sus solicitudes para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en las actividades económicas internacionales.

La reforma amplía muy notablemente el ámbito de aplicación de este delito, porque, a diferencia del vigente, no lo limita a la corrupción de funcionarios o autoridades españoles, de la Unión Europea o de países de la Unión Europea, sino que incluye también a los de "cualquier otro país extranjero" y de "organizaciones internacionales públicas".

Además, se incorporan al Código Penal unas innovadoras reglas de atribución de jurisdicción a los tribunales españoles para investigar y enjuiciar estos delitos cuando concurra una sola de las siguientes circunstancias: a) que alguno de los actos por medio de los cuales se haya cometido, o el resultado producido por el delito se haya llevado a cabo o se produzca, al menos parcialmente, en territorio español; b) que el delito se haya cometido por un ciudadano español o que tenga su residencia habitual en España; c) que el delito haya sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización, que tenga su sede o domicilio social en España; y d) que el delito haya sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

Hay que señalar que estas circunstancias por separado permiten un ámbito de jurisdicción muy amplio, ya que, en suma, la jurisdicción de nuestros tribunales no dependerá de que los actos o el resultado que tienen lugar en España hayan sido especialmente relevantes o significativos, ni limitan el ámbito geográfico de comisión del delito cuando los autores son españoles o residentes en España, ni será necesario que los autores o las propias sociedades tengan su sede en España, y el delito puede aplicarse, además, a la corrupción de un funcionario de cualquier país.

Esta propuesta sobre jurisdicción deberá ser conforme con la recientemente aprobada reforma de 14 de marzo de 2014 del artículo 23 LOPJ en materia de justicia universal, que incluye en su número 4 una referencia expresa a los delitos de corrupción en las transacciones internacionales. Esta ley reproduce los requisitos b), c) y d) recién señalados, y no exige, tampoco, que concurran acumulativamente, pero nada prevé sobre el supuesto en el que parte de los actos o del resultado se han realizado o producido fuera de España. Hay que entender que en estos casos la jurisdicción española se establece a través del artículo 23.1 LOPJ,

es decir, atendiendo al lugar de comisión parcial de los hechos en España, pero precisamente por esta parcialidad es posible que otro país se atribuya también jurisdicción sobre unos hechos realizados, asimismo, parcialmente en su territorio.

Reformas sobre los delitos de insolvencia punible

En cuanto a las insolvencias punibles, las reformas son, asimismo, de gran calado. Es sabido que actualmente el concurso de acreedores punible se produce cuando el deudor agrava o causa la insolvencia y es declarado en concurso. A la hora de diferenciar el concurso punible de acreedores del concurso que es calificado como culpable en el ámbito mercantil (que también exige que el deudor haya causado o agravado la insolvencia) nuestros tribunales han establecido que el delito implica un dolo directo dirigido hacia la insolvencia. Una bancarrota planeada, por tanto, para frustrar los derechos de los acreedores, según la jurisprudencia penal. Pues bien, la reforma obligará a revisar todo esto y hará más difusa la ya actualmente difícil demarcación entre lo punible y lo mercantilmente culpable, porque seis de las nueve conductas delictivas (las de los números 1, 2, 3, 4, 6 y 8, del artículo 259.1) son también supuestos de concurso culpable previstos en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, aunque, curiosamente, en el ámbito penal no tengan que haber causado o agravado la insolvencia, salvo en los delitos agravados, que serán los más frecuentes. Pero, además, porque se incluyen dos cláusulas genéricas de cierre muy preocupantes por la inconcreción de las conductas delictivas, que son las de los números 1 y 9 del artículo 259.1, que consideran delictiva, respectivamente, *cualquier otra actuación que no se ajuste al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que disminuya el valor de los elementos patrimoniales, y cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial*".

Otro motivo de preocupación ante las reformas en ciernes es que muchas conductas del nuevo artículo 259.1 –incluidas las de estas dos cláusulas genéricas– se consideran dolosas, pese a que se definen como infracciones del deber de diligencia, es decir, como imprudencias, y pese a que el delito de insolvencia punible por imprudencia se

regula aparte. Una confusión entre lo imprudente y lo doloso que anticipa problemas interpretativos de difícil solución y que se compadece mal con el

principio de proporcionalidad de las penas, que exige penar más levemente lo imprudente que lo doloso.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com

Barcelona | Bilbao | Madrid | Málaga | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York