



FACULTAD DE DERECHO

EL "CASO PESCANOVA": RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS Y ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL

Especial consideración del delito de estafa de inversores

Autor: David Galán Hernández-Coronado

Tutor: Javier Gómez Lanz

Madrid

Abril 2014

ÍNDICE

Resumen / Abstract	2
Abreviaturas	3
1. DESCRIPCIÓN CRONOLÓGICA Y DOCUMENTADA DE LOS HECHOS	4
1.1. Datos Generales relativos a la sociedad	4
1.2. Variaciones en el accionariado	5
1.3. Ampliación de capital	6
1.4. Discrepancias en la contabilidad y suspensión de la cotización	7
1.5. Concurso de acreedores y presunto uso de información privilegiada	9
1.6. La auditoría forense de KPMG y la dimisión del presidente	12
1.7. Delitos que resultan de aplicación	13
2. FERNÁNDEZ DE SOUSA-FARO Y EL DELITO DE ESTAFA DE INVERSORES	15
2.1. El art. 282 bis CP	15
2.2. El bien jurídico protegido	17
2.3. El objeto material del delito	20
2.4. El sujeto activo	23
2.5. La conducta típica	25
2.6. La antijuridicidad	34
2.7. La culpabilidad	35
2.8. La punibilidad	38
2.9. Cuestiones concursales	39
2.10. La determinación de la pena	40
3. PESCANOVA, S.A. Y EL DELITO DE ESTAFA DE INVERSORES	47
Bibliografía	52
Anexos	54

RESUMEN

El presente estudio tiene como base la reconstrucción de los hechos correspondientes al “Caso Pescanova”, elaborada a partir de las querellas presentadas por los afectados, las resoluciones judiciales, las comunicaciones de la sociedad con la CNMV y los artículos de prensa que han ido publicándose a medida que avanzaba la investigación. Del relato de hechos probados se extraen conductas que resultan indiciariamente constitutivas de delitos económicos. Por motivos de extensión, el análisis se va a centrar en el delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP, que se le imputa tanto al presidente de Pescanova, S.A., Manuel Fernández de Sousa-Faro, como a otros siete consejeros de la entidad y a la propia Pescanova, S.A. Cada uno de los elementos del art. 282 bis CP se contrasta con la conducta puesta por Fernández de Sousa-Faro, con el objeto de determinar en qué medida ésta encajaría con lo descrito en el tipo delictivo. Siguiendo el proceso, se concluirá la pena que correspondería imponer al presidente de Pescanova, S.A. en función de este delito de estafa de inversores. Por último, se abordará la responsabilidad penal que, según el art. 31 bis CP, se trasladaría desde la persona física de Fernández de Sousa-Faro a la persona jurídica de Pescanova, S.A.

Palabras clave: estafa de inversores, falsedad documental, folleto de emisión, cuentas anuales, mercado de valores, administradores societarios, Pescanova, S.A.

ABSTRACT

This research paper is based on the Pecanova Case “facts as found”, which have been reconstructed from the complaints brought by the plaintiffs, the court orders, the communications between the company and the CNMV regulator, and from the large number of newspaper articles that have been published ever since the investigation started. Throughout the “account of facts as found” we have identified several behaviors that could be considered as criminal offences on the grounds of different economic crimes. Due to the limited extension of this paper, the analysis will focus on the crime of “investment embezzling” set out in art. 282 bis CP. It turns out that Pescanova’s president, Manuel Fernández de Sousa-Faro, is not the only one being accused of committing a crime of investment embezzling, but also seven Directors are accused as well as Pescanova, S.A. itself. Every single element identified in art. 282 bis CP will be compared to Fernandez de Sousa-Faro’s proven behavior as a way to determine if it actually fits with the description provided by the Spanish “Código Penal”. Following with the process, we will try to reach the exact sentence that the court must impose to the president of Pescanova, S.A. based on this crime of investment embezzling. Last but not least, we will discuss, based on art. 31 bis CP, the criminal responsibility transferred from Fernández de Sousa-Faro to the legal entity, Pescanova, S.A.

Key words: investment embezzling, forgery, Prospectus, annual accounts, securities market, company directors, Pescanova, S.A.

ABREVIATURAS

ART.: Artículo

CE: Comunidad Europea

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CP: Código Penal

LMV: Ley del Mercado de Valores

LLC: Limited Liability Company

LO: Ley Orgánica

Nº: Número

RD: Real Decreto

RCM: Red Comercial Mayor

S.A.: Sociedad Anónima

S.L.: Sociedad Limitada

TC: Tribunal Constitucional

1. DESCRIPCIÓN CRONOLÓGICA Y DOCUMENTADA DE LOS HECHOS

El presente relato de hechos probados ha sido confeccionado a partir de las distintas querellas, las resoluciones judiciales, las comunicaciones con la CNMV y los artículos de prensa que se han publicado a medida que avanzaba la investigación sobre el “Caso Pescanova” y que se adjuntan al presente trabajo como ANEXO.

1.1. Datos Generales relativos a la sociedad

Pescanova, S.A. es una sociedad mercantil fundada en 1960 en Vigo, Pontevedra, donde mantiene la sede principal. Su expansión a nivel internacional llegaría gracias al desarrollo de una tecnología hasta entonces desconocida dentro del proceso de manufacturación del pescado, los denominados “buques congeladores”. Pescanova, S.A. fue la primera empresa del sector en utilizar estos buques, capaces de procesar y congelar las capturas dentro del propio barco. Innovación que no tardaría en revolucionar el sector y que ha permitido a Pescanova, S.A. colocarse como líder internacional con plantas de producción repartidas por toda la geografía mundial y con caladeros localizados en los mejores emplazamientos, desde Argentina hasta Namibia.

Manuel Fernández de Sousa-Faro, hijo del fundador José Fernández López, toma las riendas de Pescanova, S.A. en 1980 e inicia un proceso de reestructuración interna que da comienzo al periodo de mayor crecimiento de la compañía. En 1985 Pescanova, S.A. pasa a cotizar en la Bolsa de Madrid y en 1998 da el salto al mercado continuo nacional. Desde ese momento, el 24% del capital social va a permanecer, tanto de forma directa como a través de distintas sociedades, en manos de Manuel Fernández de Sousa-Faro. Participación significativa que le permitirá retener durante más de una década el control del Consejo de Administración y nombrar a familiares y amigos para que ocupen posiciones clave en la compañía.

1.2. Variaciones en el accionariado

Entre 1998 y 2010, las dos principales cajas de ahorro gallegas, Caixa Galicia y Caixanova, llegaron a acumular cerca del 30% del capital social de Pescanova, S.A. Los vínculos con las cajas de ahorro se hacen evidentes hasta el punto de que el propio presidente, Manuel Fernández de Sousa-Faro, entre los años 2002 y 2005, pasa a ocupar un puesto en el consejo de administración de Unión Fenosa, S.A. en representación de Caixa Galicia. Es precisamente la estrecha relación que Pescanova, S.A. mantiene con las cajas de ahorro gallegas lo que permite a la compañía desarrollar su plan de negocio con unas generosas condiciones de financiación.

El “Informe Anual de Gobierno Corporativo” de Pescanova, S.A. correspondiente al ejercicio de 2010 muestra cómo las dos cajas gallegas, fusionadas bajo la denominación Novacaixagalicia, S.A., todavía mantienen un 20% sobre el total de los derechos de voto de Pescanova, S.A. Sin embargo, esta situación cambia radicalmente durante los meses de mayo y junio de 2011 cuando, bajo el paraguas de la nacionalizada NCG Banco S.A., las cajas gallegas se ven obligadas a deshacer sus posiciones en el Grupo Pescanova como consecuencia directa de la reforma del sector bancario que se está implementando en España.

La salida de las cajas junto con la ampliación de capital que Pescanova, S.A. lleva a cabo durante el tercer trimestre de 2012 van a posibilitar la entrada en el accionariado de nuevos inversores institucionales que tomarán asiento en el Consejo de Administración. Según figura en el “Informe Anual de Gobierno Corporativo” de Pescanova, S.A. de fecha 31 de diciembre de 2012, la Sociedad Anónima Damm, S.A. pasa a ostentar un 6,183% sobre el total de los derechos de voto mientras que Luxempart, S.A. dispone de un 5,873% y Silicon Metal Holdings LLC de un 5%. Serán precisamente estos nuevos accionistas quienes van a solicitar información detallada sobre las operaciones de la sociedad, quienes no accederán a firmar las cuentas anuales del ejercicio 2012 y quienes manifiestan públicamente sus diferencias con la dirección de la compañía que finalmente terminarán en los juzgados.

1.3 Ampliación de capital

9 y 12 de abril de 2012

El presidente de Pescanova, S.A., Manuel Fernández de Sousa-Faro, y el auditor interno de la compañía, Joaquín Viña Tamargo, mantienen dos reuniones con el representante del grupo inversor Silicon Metals Holdings LLC, quien les habría hecho llegar su interés de acudir a la ampliación de capital de Pescanova, S.A. El grupo inversor alega que durante las reuniones mantenidas con Pescanova, S.A. se le asegura que el auditor externo, BDO Auditores, S.L., dispone del importe detallado y desglose de las partidas que conforman la deuda financiera de la sociedad.

26 de junio y 10 de julio de 2012

Se inscriben en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el “Documento de Registro de Acciones” y la “Nota sobre Acciones” correspondientes al aumento de capital de Pescanova, S.A. La ampliación de capital se lleva a cabo durante los meses de julio y agosto de 2012 mediante la emisión de 9.290.464 nuevas acciones por un importe total de 124.956.740,80€. Tanto el “Documento de Registro de Acciones” como la “Nota sobre acciones” apuntan como información financiera fundamental de la sociedad emisora la contenida en las cuentas anuales consolidadas de los ejercicios de 2009, 2010 y 2011, todas ellas auditadas con opinión favorable y sin salvedad alguna por el auditor externo BDO Auditores, S.L.

En el momento de llevar a cabo la ampliación de capital, julio y agosto de 2012, la deuda financiera reconocida por Pescanova, S.A. y auditada por BDO Auditores, S.L. equivale a un total de 1.522 millones de euros, de los cuales 203 millones de euros corresponden a las obligaciones que la compañía ha de hacer frente en el corto plazo.

julio y agosto de 2012

La mayoría de los analistas financieros especializados en el sector recomiendan la inversión en valores del Grupo Pescanova, motivados por la información positiva reflejada en las cuentas anuales de la compañía así como en el folleto correspondiente a la emisión de nuevas acciones. Información que presuntamente no se ajustaba a la situación económica, financiera y patrimonial de la compañía, proporcionando públicamente una imagen distorsionada de la misma.

16 de noviembre de 2012

El presidente de Pescanova, S.A., Manuel Fernández de Sousa-Faro, lleva a cabo un encuentro con analistas financieros de distintas entidades bancarias con motivo de promover la inversión en valores de Pescanova, S.A. y transmitir el carácter positivo de los resultados obtenidos durante el tercer trimestre de 2012.

1.4. Discrepancias en la contabilidad y suspensión de la cotización

28 de febrero de 2013

El presidente de Pescanova, S.A. comunica a la CNMV mediante hecho relevante la decisión de la entidad de no formular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2012. En el mismo comunicado manifiesta sus dudas sobre la propia continuidad de la sociedad y sugiere al organismo regulador la suspensión cautelar de la cotización de Pescanova, S.A. en el mercado continuo.

1 de marzo de 2013

Pescanova, S.A. se dirige al Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra para informar que la entidad ha iniciado las negociaciones pertinentes para la refinanciación de su deuda bancaria. Comunicación que atiende a lo descrito en el art. 5 bis de la Ley Concursal y que coloca a la compañía en situación de precurso de acreedores.

La CNMV decide suspender la cotización de la acción de Pescanova, S.A.

4 de marzo de 2013

El organismo regulador alza la suspensión de la cotización de Pescanova, S.A. El precio de cierre del día 4 de marzo de 2013 es de 6,96€ por acción. Esto supone una caída en la cotización de la compañía superior al 60% de su valor en un solo día.

11 de marzo de 2013

La CNMV emite una nota de prensa sobre Pescanova, S.A. en respuesta al hecho relevante del 28 de febrero de 2013. En este comunicado la CNMV informa de la apertura de un proceso de investigación para determinar la existencia de “posibles

indicios de abuso de mercado por parte de la compañía, sus administradores o terceras personas”. Se requiere a la entidad para que “proceda a remitir a la mayor brevedad posible, la información correspondiente al segundo semestre de 2012, así como determinada información complementaria sobre su situación patrimonial, niveles de endeudamiento, importe de las deudas vencidas y no pagadas”, para su puesta a disposición del público.

12 de marzo de 2013

El presidente de Pescanova, S.A. emite un comunicado a la CNMV informando que “se han detectado discrepancias entre nuestra contabilidad y las cifras de deuda bancaria, discrepancias que pudieran ser significativas”. La compañía transmite al organismo regulador su intención de iniciar un proceso de revisión y conciliación de sus estados financieros.

Ese mismo día la CNMV decide suspender de nuevo la cotización de la acción de Pescanova, S.A., cerrando la jornada con un precio por acción de 5,91€.

14 de marzo de 2013

El presidente de Pescanova, S.A. informa mediante hecho relevante a la CNMV sobre la votación y ratificación unánime por parte del Consejo de Administración de la “línea de reestructuración de la política financiera” de la compañía. Al mismo tiempo, el presidente aprovecha para defender la “normalidad de la actividad del grupo” y la continuidad con el negocio habitual de la sociedad.

15 de marzo de 2013

Dos de los consejeros de Pescanova, S.A., los representantes de la Sociedad Anónima Damm, S.A. y Luxempart, S.A., desmienten en un comunicado a la CNMV haber votado o ratificado la línea de reestructuración de la compañía.

Los 45 bancos acreedores de la compañía mantienen una reunión cuyo objetivo principal consiste en diseñar un mapa común que permita alcanzar acuerdos sobre la refinanciación de la deuda. El resultado de la reunión es la creación de un comité organizador, *steering committee*, que servirá de plataforma de diálogo entre los bancos y Pescanova, S.A.

1.5. Concurso de acreedores y presunto uso de información privilegiada

5 de abril de 2013

El Consejo de Administración de Pescanova, S.A. acuerda la solicitud de concurso voluntario de acreedores, la revocación de BDO Auditores, S.L. como auditor externo de sus cuentas y la contratación de un servicio de auditoría forense que investigue las cuentas consolidadas correspondientes al ejercicio de 2012. La compañía manifiesta su “firme voluntad de presentar una propuesta de convenio a sus acreedores que garantice la salvaguarda de los derechos e intereses de sus trabajadores, acreedores y accionistas”. Se trata de un manifiesto en favor de la continuidad del negocio como solución al conflicto y en contra de la liquidación definitiva de la compañía.

8 de abril de 2013

Pescanova, S.A. emite una nota de prensa en la que informa sobre la decisión tomada por el Consejo de Administración de no agotar el plazo de tres meses correspondiente a la fase de precurso de acreedores. La compañía sostiene que “cuanto más se demore la solicitud de concurso, mayor será el deterioro de su situación financiera y mayor el riesgo de que el concurso concluya con la indeseada liquidación de la sociedad”. Del mismo modo, Pescanova, S.A. reconoce que las posibilidades de llegar a un acuerdo de refinanciación dentro del plazo de tres meses eran muy escasas, principalmente debido al gran número de entidades acreedoras del grupo y la diversidad de sus circunstancias. Finalmente, Pescanova, S.A. reconoce en la nota de prensa que la situación preconcursal “estaba provocando un serio deterioro patrimonial y financiero para el Grupo”.

15 de abril de 2013

Pescanova, S.A. presenta la solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Pontevedra.

KPMG, S.A. resulta seleccionada para llevar a cabo el informe de auditoría forense a cargo de Pescanova, S.A.

16 de abril de 2013

El presidente de Pescanova, S.A., Manuel Fernández de Sousa-Faro, reconoce en un comunicado al organismo regulador haber reducido su exposición al capital social de Pescanova, S.A. hasta alcanzar un 7,45% de participación en el accionariado. Estrategia de desinversión que habría llevado a cabo entre los meses de diciembre de 2012 y febrero de 2013 mediante la venta de distintos paquetes de acciones tanto de forma directa como a través de sus sociedades de inversión.

18 y 19 de abril de 2013

La CNMV remite a la Fiscalía dos informes con las conclusiones iniciales sobre la investigación que ha llevado a cabo a través de su “Unidad de Vigilancia de los Mercados”. En ellos se denuncia que varios de los consejeros de Pescanova, S.A., a fin de evitar pérdidas millonarias en sus patrimonios personales, vendieron paquetes de acciones de la compañía siendo plenamente conocedores de la situación económica de la entidad y actuando antes de que esta información se diese a conocer públicamente.

Según se desprende de la información ofrecida por la CNMV, al menos cuatro de los principales accionistas de Pescanova, S.A., a través de las sociedades que controlaban, procedieron a la venta de sus acciones hasta el mismo día o pocos días antes de la comunicación a la CNMV que tuvo lugar el 28 de febrero de 2013 y que trajo consigo el desplome del precio de la acción en el mercado continuo.

25 de abril de 2013

Pescanova, S.A. es declarada en concurso de acreedores mediante Auto de 25 de abril de 2013 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Pontevedra en el procedimiento nº98/2013-IF. Por decisión del Juzgado, quedan suspendidas las facultades de administración y disposición del Consejo de Administración sobre el patrimonio de la sociedad, siendo el deudor sustituido por la administración concursal que se designará al efecto. La administración concursal, según lo dispuesto en el Auto, “estará integrada por un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta”.

1 de mayo de 2013

Pescanova, S.A. recurre la decisión del Juzgado de suspender las facultades del Consejo de Administración y advierte en su recurso de las “gravísimas consecuencias” que esta decisión pudiera acarrear para el conjunto de la compañía.

3 de mayo de 2013

Deloitte acepta el encargo de la CNMV y es nombrado administrador concursal de Pescanova, S.A.

23 de mayo de 2013

El Juzgado Central de Instrucción nº5 de Madrid acepta la competencia y, mediante Auto, admite parcialmente las querellas presentadas hasta la fecha por accionistas minoritarios del Grupo Pescanova, reunidos bajo la “Plataforma de Afectados de Pescanova” representada por el despacho Yvancos & Abogados. El titular del Juzgado, en atención a lo descrito en las querellas presentadas y a la documentación aportada, sostiene que,

los administradores de Pescanova aprobaron unas cuentas anuales que no se ajustaban a la realidad y que utilizaron para dar una imagen irreal de su situación económica y patrimonial que llevó a los inversores a adquirir los paquetes de acciones de la entidad. Ni las cuentas anuales, ni los folletos informativos ni los informes financieros reflejaban la imagen fiel de Pescanova.

Deloitte sustituye a Manuel Fernández de Sousa-Faro como representante en aquellas filiales en las que Pescanova, S.A. ostenta el cargo de administrador único y revoca así el poder general otorgado a éste en 1993.

28 de junio de 2013

Los administradores concursales firman la suscripción de una línea de crédito sindicada por un importe total de 56 millones de euros de la que participan un total de siete entidades bancarias. El objetivo prioritario es conseguir que la sociedad pueda hacer frente a las necesidades más urgentes de circulante.

4 de julio de 2013

El Juzgado Central de Instrucción nº5 de Madrid, mediante Auto, admite a trámite la querrela presentada por Luxempart, S.A. contra nueve directivos y consejeros de Pescanova, S.A. y contra otras cinco sociedades.

1.6. La auditoría forense de KPMG y la dimisión del presidente

10 de julio de 2013

Deloitte hace públicas las primeras conclusiones del informe de auditoría forense elaborado por KPMG. El Grupo Pescanova contaba con una red de 26 sociedades instrumentales constituidas, financiadas y mantenidas desde la matriz Pescanova, S.A. Entre los años 2007 y 2013, el Grupo Pescanova vendía o compraba mercancía a 14 de estas sociedades sin que realmente existiese tal movimiento. De este modo se generaba una facturación falsa cuyo objetivo era presentar una deuda financiera inferior a la real y llegar así a una cifra de resultados superior a la realmente obtenida por el Grupo. Según las estimaciones realizadas por KPMG en su informe, el impacto en la cuenta de resultados derivado de este tipo de prácticas se multiplica por dos entre los años 2009 y 2012, pasando de 170 a 349 millones de euros.

Una vez emitidas las facturas carentes de realidad mercantil, localizadas bajo el código RCM (Red 060 Comercial Mayor), se presentaban ante distintas entidades bancarias donde eran descontadas o “factorizadas”, lo que permitía a Pescanova, S.A. obtener la consiguiente financiación anticipada con cargo a líneas de crédito para abonar a proveedores. Además de no existir compra-venta real de mercancía, los precios que se cobraban a estas sociedades instrumentales eran inflados por Pescanova, S.A. hasta un 1.264% sobre el precio al cliente. Pescanova, S.A. utilizaba estas facturas falsas como vehículo de autofinanciación.

Simultáneamente, las otras 12 sociedades instrumentales generaban financiación adicional bien porque su deuda no era consolidada y, por tanto, no entraba a formar parte de los estados financieros del Grupo, o bien porque directamente no se declaraba la deuda de estas sociedades. KPMG estima que la incorporación de estas sociedades al

perímetro consolidado incrementa la deuda financiera del Grupo Pescanova en 66 millones de euros.

Los resultados del informe de auditoría forense concluyen que la deuda financiera total de Pescanova, S.A. alcanza los 3.281 millones de euros a fecha 31 de diciembre de 2012, lo que supone para la entidad un patrimonio neto negativo de 927 millones de euros.

17 de julio de 2013

EL Consejo de Administración acepta por unanimidad la dimisión presentada por Manuel Fernández de Sousa-Faro como presidente de Pescanova, S.A.

1.7. Delitos que resultan de aplicación

A tenor del relato fáctico anteriormente expuesto, nos encontramos ante conductas que, con independencia de su precisa calificación jurídico-penal, resultan a priori indiciariamente constitutivas de delitos económicos en las siguientes modalidades:

- A Manuel Fernández de Sousa-Faro, presidente de Pescanova, S.A., se le imputa haber cometido presuntamente delitos de estafa de inversores (art. 282 bis CP), falseamiento de cuentas anuales (art. 290 CP), uso de información relevante (art. 285 CP), estafa (art. 248 y 250 CP), delito continuado de falsedad en documento mercantil (art. 392 CP y art 74 CP) y un delito societario (art. 294 CP).
- A Alfonso Paz-Andrade Rodríguez, consejero de Pescanova, S.A., se le imputan los mismos delitos que a Manuel Fernández de Sousa-Faro, salvo el delito societario del art. 294 CP.
- A la persona jurídica Pescanova, S.A. (A36603687), se le imputa un delito de estafa de inversores (arts. 282 bis y 288 CP).
- A José Antonio Pérez-Nievas Heredero, consejero de Pescanova, S.A. a través de la sociedad Golden Limit, S.L., se le imputa un presunto delito de uso de

información relevante y un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

- Otros siete consejeros de Pescanova, S.A. presentan indicios de participación en conductas penalmente relevantes por delitos de falseamiento de información económico-financiera, falseamiento de cuentas anuales, estafa y delito continuado de falsedad en documento mercantil.
- A las sociedades Inverpesca, S.A., Sociedad Gallega de Importación de Carbones, S.A., Sociedad Anónima de Desarrollo y Control, ICS Holding Limited e Inverlema, S.L. se les imputan presuntos delitos de falseamiento de información económico-financiera, falseamiento de cuentas anuales y estafa.
- A la firma BDO Auditores, S.L. se le atribuye un presunto delito de falseamiento de información económico-financiera. A su socio auditor Santiago Sañé Figueras se le imputan delitos de falseamiento de información económico-financiera y participación en un delito de falseamiento de cuentas anuales.

Debido a la extensión limitada del presente trabajo de investigación, el análisis se centrará en el tipo delictivo del art. 282 bis CP sobre estafa de inversores. Se trata de un delito que se le imputa tanto al presidente de Pescanova, S.A. como a otros siete consejeros y a la propia Pescanova, S.A. El objeto de estudio será, por tanto, determinar si la conducta puesta por Manuel Fernández de Sousa-Faro, atendiendo al contenido del tipo delictivo del art. 282 bis CP, podría ser calificada como típica, antijurídica, culpable y punible. Siguiendo este razonamiento, y una vez considerado el grado de participación, el grado de ejecución y las posibles circunstancias modificativas, se tratará de determinar la pena que le correspondería al presidente de Pescanova, S.A. en función de este delito. Una vez concluido el análisis sobre la conducta de Fernández de Sousa-Faro, se abordará la responsabilidad penal de Pescanova, S.A. como persona jurídica a la que también se le imputa el delito de estafa de inversores.

2. FERNÁNDEZ DE SOUSA-FARO Y EL DELITO DE ESTAFA DE INVERSORES

2.1. El art. 282 bis CP

La LO 5/2010 de 22 de junio introduce en la Sección tercera del Código Penal el art. 282 bis, en el que se tipifica un nuevo comportamiento delictivo de fraude a los inversores en el mercado de valores.¹ Los escándalos societarios y financieros que han tenido lugar en los últimos años tanto a nivel nacional (Banesto, Afinsa y Fórum Filatélico, Gescartera, Nueva Rumasa, Bankia) como internacional, han hecho surgir la necesidad de crear nuevos tipos delictivos específicos para este tipo de fraudes. La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se refiere a la figura delictiva como una “estafa de inversores”, señalando a los administradores de las “sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores” que falseen las informaciones sobre sus estados financieros y planes de negocios futuros, con la intención de captar inversores u obtener créditos o préstamos. El tipo ha sido diseñado por el legislador como un delito de falsedad, aunque, como defiende MARTÍNEZ-BUJÁN, “su construcción más afortunada hubiera sido la de un delito de publicidad falsa en el ámbito de los títulos valores para captar capital”.²

En cualquier caso, el art. 282 bis CP de estafa a inversores aparece como una figura híbrida, a medio camino entre las defraudaciones y las falsedades documentales, con la que se trata de dar respuesta al “déficit punitivo” existente en aquellos casos en los que mediante la falsificación de información relevante se consigue captar la atención del inversor dentro del mercado de valores.³ Autores como MUÑOZ CONDE señalan que este tipo de fraudes “son perfectamente reconducibles al delito de estafa (248.1) y a las diversas cualificaciones del mismo (art. 250), sobre todo cuando se ha producido ya el perjuicio”. Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN apunta que “su introducción en el Código

¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 476.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 157.

³ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores (art. 282 bis)*, en Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 2010*, 1ª ed., Aranzadi, Madrid, 2010, p. 231.

penal es innecesaria, pues no viene a cubrir laguna de punibilidad alguna, ya que entre los delitos societarios existe un precepto, el art. 290 CP, dedicado a la falsedad de documentos sociales, que abarca todas las conductas que se quieren castigar con esta nueva figura delictiva”.⁴ Pese a que resulta cuanto menos discutible si existe o no un problema de hiperespecificación del tipo delictivo, lo que pretende el legislador con esta nueva tipicidad del art. 282 bis CP es proteger los intereses de los inversores incluso antes de que éstos puedan resultar efectivamente perjudicados.

Es por esta razón que el primer párrafo del art. 282 bis CP, correspondiente al tipo básico, introduce un delito de peligro abstracto: “Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código”. Así, no resulta necesario exigir una puesta en peligro concreta y menos aún esperar a que se produzca el resultado del delito.⁵

Por su parte, el segundo párrafo del precepto contempla el resultado como una agravante de la responsabilidad penal: “En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses”. El tipo agravado se encuentra a su vez dividido en dos fases de gravedad, mitad superior para aquellos casos en los que se produzca el perjuicio efectivo, y un nuevo y más agravado marco penal para cuando el perjuicio causado fuese de notoria gravedad.⁶ De esta

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 157.

⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial...*, op. cit., p. 476.

⁶ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, op. cit., p. 232.

forma, el art. 282 bis CP agrava la pena si efectivamente se lleva a cabo la inversión en perjuicio de un tercero pero, según lo descrito en el primer párrafo del tipo, la punición se mantiene también en aquellos casos en los que el tercero no resulte perjudicado sino beneficiado con la inversión.

En relación a este tipo de actividades delictivas puesta en práctica desde sociedades cotizadas, cabe mencionar que existe ya legislación administrativa de control capaz de sancionar infracciones de contenido similar al previsto en el art. 282 bis CP., por ejemplo, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.⁷ La Comisión Nacional del Mercado de Valores, en aplicación de la legislación vigente, debería ser capaz de prevenir que esta serie de prácticas llegasen a producir un perjuicio colectivo. La realidad es que las labores de inspección y control coordinadas desde la CNMV no han sido capaces de evitar este tipo de fraude a los inversores en el contexto del mercado de valores.

2.2. El bien jurídico protegido

Para determinar el bien jurídico protegido por este precepto del art. 282 bis CP debemos primero diferenciar entre el tipo básico, recogido en el primer párrafo, y el tipo agravado del párrafo segundo. Esto se debe a que, como ya se ha dejado ver anteriormente, el tipo básico se construye como un delito de consumación anticipada de resultado cortado, mientras que el tipo agravado se configura como un delito de resultado lesivo que requiere dos resultados materiales, el de efectiva obtención de la inversión y el de perjuicio para el inversor.⁸

En lo referente al tipo básico del delito del párrafo primero, únicamente cabe hablar de un peligro abstracto en sentido meramente formal, pero no de un peligro real.⁹ Se trata

⁷ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E., *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (16). Delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en Boix Reig, J., *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II, Delito contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2012, pp. 494-495.

⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 79.

⁹ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, *op. cit.*, p. 233.

de una situación en la que estadísticamente se demuestra que se producen lesiones de bienes jurídicos, sin necesidad de probar que la conducta ha supuesto un peligro concreto para el bien.¹⁰ En este sentido, se aprecia cómo se mantiene tácita la punición para los casos de obtención de la inversión sin perjuicio del inversor o incluso con beneficio para él.¹¹ Cabe así afirmar que solo existe un bien jurídico protegido dentro del tipo básico del art. 282 bis CP, la propia función de los folletos de emisión así como de los restantes documentos exigidos por la legislación del mercado de valores. Por lo tanto, lo que verdaderamente se tutela en el tipo básico no es el interés patrimonial de una colectividad difusa de inversores, sino el correcto funcionamiento de los mercados de capitales, el cumplimiento de las reglas del juego dentro mercados regulados y la propia integridad de los mercados financieros como bien jurídico supraindividual. El fin último es garantizar que el inversor pueda tomar decisiones económicas libres de engaño y en condiciones de igualdad.¹²

Según se extrae del relato de hechos probados, Pescanova, S.A., entre los días 26 de junio y 10 de julio de 2012, inscribe en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el “Documento de Registro de Acciones” y la “Nota sobre Acciones” junto con el “Folleto de emisión de nuevas acciones” correspondiente a la ampliación de capital que Pescanova, S.A. lleva a cabo durante los meses de julio y agosto de 2012. Lo que se estaría protegiendo con el tipo básico del art. 282 bis CP es precisamente la función que esta documentación, publicada al mercado a través del organismo regulador, cumple dentro del propio tráfico jurídico. La funcionalidad del documento no es sino un bien jurídico intermedio o representante de un bien jurídico final, el correcto funcionamiento del mercado de valores.¹³

En lo que respecta al tipo cualificado del párrafo segundo del art. 282 bis CP, el verdadero bien jurídico protegido pasa a ser el patrimonio de los inversores, depositantes, adquirentes o acreedores como bien jurídico de naturaleza individual.¹⁴ El

¹⁰ LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 251-257.

¹¹ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, *op. cit.*, p. 233.

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores...*, *op. cit.*, p. 82.

¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores...*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴ FARALDO CABANA, P., *Artículo 282 bis*, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1090.

tipo agravado del delito añade un elemento al tipo de lo injusto que consiste en un resultado material lesivo y que supone la efectiva destrucción del bien jurídico. En atención al bien jurídico protegido, podríamos entender que se trata de un delito pluriofensivo en la medida en que en él se tutelan dos bienes jurídicos diferenciados, la funcionalidad de la documentación publicada al mercado por las sociedades emisoras de valores y el patrimonio de los inversores. Este tipo cualificado del párrafo segundo nos conduce también a un doble sujeto pasivo del delito, por un lado el colectivo de participantes en el mercado de valores, como sucede en el tipo básico, y por otro los inversores, adquirentes y acreedores que resulten perjudicados. En ambos casos se tutela también la comunidad en su conjunto como partícipes del tráfico jurídico e interesados en la efectiva funcionalidad de la documentación publicada al mercado.¹⁵

En el relato de hechos probados se describe cronológicamente cómo los distintos querellantes en el caso de Pescanova, S.A., tanto los grandes inversores como los accionistas minoritarios, todos ellos alegan haber sufrido un perjuicio patrimonial pocos meses después de acudir a la ampliación de capital motivados por la información positiva de la compañía reflejada, entre otros documentos, en el folleto informativo correspondiente a la emisión de nuevas acciones. La inversión en valores negociables de Pescanova, S.A. efectivamente se materializa, de forma que los querellantes adquieren paquetes de acciones de la compañía y pasan así a participar del capital social de la misma. Apenas seis meses después de la emisión de valores, salen a la luz las primeras comunicaciones e informes que ponen en duda la viabilidad económico financiera de la compañía y la veracidad de sus cuentas anuales y demás documentación presentados por ésta, lo que provoca un desplome de más del 60% en el precio de las acciones. Situándonos en el tipo agravado del art. 282 bis CP, pues los hechos apuntan en esa dirección, cabe afirmar que los bienes jurídicos que el legislador trata de proteger serían por un lado la funcionalidad del folleto informativo sobre la emisión de nuevas acciones publicado por la compañía y, por otro lado, el interés patrimonial de los distintos inversores que acudieron a la ampliación de capital.

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, pp. 157-158.

2.3. El objeto material del delito

El objeto material del delito es la realidad concreta, persona o cosa, sobre la que recae la acción típica. Aunque existe una clara diferenciación entre el bien jurídico protegido en cada caso y el objeto material del delito, ambos conceptos se encuentran estrechamente relacionados. El bien jurídico no es sino la suma del objeto material más el valor que se le ha incorporado.¹⁶ El art. 282 bis CP determina que el objeto material está integrado por “la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros”. El precepto se refiere, por tanto, a la información económico-financiera, tanto a los folletos de emisión de instrumentos financieros como a cualquier otro tipo de documento que la “sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores” debe publicar con arreglo a la legislación vigente del mercado de valores.¹⁷

Los aspectos que deben ser analizados en relación al objeto material del delito del art. 282 bis CP y al caso de Pescanova, S.A., son fundamentalmente dos: cuál es la “la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros”, y cuáles son las restantes “informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presente y futuros”. Se trata de dos elementos normativos o “valorativos” del tipo objetivo que necesitan una valoración por parte del juez o intérprete para conocer su significado jurídico exacto y para cuya valoración el juez va a recurrir habitualmente al contenido de una norma jurídica.¹⁸

En primer lugar, la información penalmente típica del delito es la que se incluye en los “folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros” así como en las restantes “informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores”. En cualquier caso, la conducta debe recaer sobre documentos que

¹⁶ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 251-257.

¹⁷ PUENTE ABA, L.M., *El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época nº 7, enero de 2012, pp. 51-58.

¹⁸ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 258-287.

van dirigidos al público en general, quedando excluidas las falsedades contenidas en documentación que no va a ser accesible. En lo referente a los “folletos de emisión”, cabe decir que se trata de un concepto básico del Derecho de organización bursátil al que se someten las bolsas en su condición de institución.¹⁹ El folleto se halla regulado por la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que fue traspuesta al Derecho español por el Decreto-Ley 5/2005 modificando la Ley de Mercado de Valores (LMV) y completando su adaptación con el Real Decreto 1310/2005 del mercado de valores. En la LMV, el “folleto” se menciona en los artículos 25 y siguientes del Título III. En concreto, el art. 26 LMV enuncia, tal y como ya se dijo anteriormente, que la “admisión a negociación de valores en un mercado secundario oficial no requerirá autorización administrativa previa”, pero sí estará sujeta a una serie de requisitos entre los que se encuentran “la aportación, aprobación y registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de un folleto informativo, así como su publicación”.

El contenido del folleto de emisión figura en el art. 27 LMV donde se expone en su primer apartado que, “el folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores”. A la vista del contenido de este artículo cabe concluir que el propósito del folleto no es otro que el de ofrecer la información necesaria sobre la situación financiera de la entidad, así como sobre las características de los valores ofrecidos, de manera que los inversores potenciales puedan tener una visión clara y comprensible sobre la posición de la entidad y sobre las ventajas y riesgos de una posible adquisición de valores.²⁰

¹⁹ FLECKNER, A., y HOPT, K., *Evolución del Derecho bursátil*, en Hopt, K., *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de valores*, (coord. de la ed. Española S. Hierro Anibarro), 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 327.

²⁰ PUENTE ABA, *El art 282 bis del Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 51-58.

En cuanto a la falsedad penalmente típica, ésta debe recaer sobre algún apartado relevante del folleto, o del “suplemento del folleto” (publicado en los supuestos recogidos en el art. 22 RD 1310/2005 para aquellos casos en los que sea necesario actualizar o corregir información recogida en el folleto), de manera que sea capaz de motivar al eventual inversor para que materialice dicha inversión.²¹ En el caso de Pescanova, S.A., según se extrae del relato de hechos probados, la falsedad tiene lugar en las cuentas anuales de la sociedad, es decir, en los estados financieros de balance, cuenta de pérdidas y ganancias y estado de flujos de caja que Pescanova, S.A. incluye en el folleto de emisión de nuevas acciones. Dentro del folleto, se trata de una información necesaria y de probada importancia para el potencial inversor, quien confía en que los estados financieros reflejen una imagen fiel de los activos y pasivos de la sociedad, de su situación financiera y de sus ingresos y pérdidas. Dicho esto, no cabe duda de que la información presuntamente falseada en el caso de Pescanova, S.A. se corresponde con lo descrito en el tipo delictivo, pese a que el legislador mercantil, en la redacción de la Ley de Mercado de Valores, falla en aclarar taxativamente cuál es la información que debe figurar en el folleto.

Llegados a este punto, cabe hacer alusión al segundo elemento normativo del objeto material del delito, las restantes “informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros,” dentro de las cuales se incluyen diversas clases de documentos que, según la ley, deben publicarse por aquellas sociedades que buscan financiarse en los mercados de valores. Como criterio para delimitar el número de documentos, el precepto penal utiliza como base el contenido sobre el que deben versar “sus recursos, actividades y negocios presente y futuros”, acotación que ha sido discutida por autores como NIETO, quien defiende que bastaría con que se exigiese una falsedad sobre “cualquier información relevante”.²²

En todo caso, la intención del legislador con este segundo elemento es hacer alusión a toda la información que periódicamente las sociedades emisoras de valores deben poner a disposición de la CNMV, las denominadas *continuing obligations*, que se encuentran

²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores...*, *op. cit.*, pp. 97-102.

²² NIETO MARTÍN, A., *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 492.

en el art. 35 LMV y entre las que figuran: un informe financiero anual (que incluirá las cuentas anuales y el informe de gestión), un informe de auditoría de cuentas, los informes financieros semestrales y declaraciones trimestrales en aquellos casos en los que proceda su publicación, así como otros informes sobre modificaciones en los valores o en los derechos inherentes a los mismos.²³ Por otra parte, también deben incluirse en este precepto las informaciones en relación a las operaciones de autocartera del emisor (art. 53 bis LMV), el informe anual de gobierno corporativo, el informe de remuneraciones de consejeros (art. 61 bis y 61 ter LMV) y las comunicaciones de hechos relevantes (art. 82 LMV). Quedan excluidas del tipo del art. 282 bis CP las informaciones que deban ser difundidas en los procedimientos de ofertas públicas de adquisición, OPA, puesto que con ellas no se busca “captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio” y, por tanto, no encajan en el tipo delictivo.²⁴

En definitiva, cabe afirmar que el objeto material del delito sobre el cual recae la acción típica del art. 282 bis CP se compone tanto del folleto de emisión de instrumentos financieros, como de las restantes informaciones que la sociedad debe publicar conforme a la Ley del Mercado de Valores sobre “sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros”. Tal y como se deduce del relato de hechos probados, la presunta falsedad en el caso de Pescanova, S.A. se lleva a cabo sobre las cuentas anuales de la compañía, un hecho delictivo que no solo afecta al folleto de emisión de nuevas acciones publicado en julio de 2012, sino que también recae directamente sobre el informe financiero anual, los informes semestrales, las declaraciones trimestrales de resultados y el informe de auditoría de cuentas.

2.4. El sujeto activo

El conjunto de sujetos activos se limita a los “administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores”, de manera

²³ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, op. cit., p. 238.

²⁴ PUENTE ABA, *El art 282 bis del Código Penal...*, op. cit., pp. 58-61.

que el delito del art. 282 bis CP debe ser calificado como un delito especial propio.²⁵ Esta calificación responde al hecho de que la cualidad personal de administrador de una sociedad emisora de valores negociados afecta a la esencia del tipo y fundamenta la responsabilidad del autor, de modo que no existe correlación con ninguna figura delictiva común paralela, ejecutable por cualquier persona. La doctrina dominante ha criticado el hecho de que se restrinja el ámbito de posibles autores a los administradores, pues en estas sociedades también operan los intermediarios, como las denominadas “empresas de servicios de inversión” (sociedades de valores, agencias de valores, gestoras de carteras), que se dedican a captar a los inversores sin muchas veces advertirles de los riesgos que entrañan sus operaciones y que, por lo tanto, podrían también ser partícipes de la falsedad delictiva.²⁶

La limitación del sujeto activo a los administradores de una “sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores”, responde al hecho de que este tipo de sociedades emisoras poseen un estatuto jurídico que les atribuye mayores obligaciones de información, puesto que para ellas rige el principio de libertad de emisión de valores sin necesidad de autorización administrativa previa, lo que ha resultado ser un mecanismo especialmente útil para captar financiación. El concepto “emisora de valores” es más amplio que el de “sociedad cotizada”, de manera que Pescanova, S.A., como sociedad cuyas acciones cotizan en la Bolsa de Valores, quedaría incluida en este elemento normativo del tipo. También hay que tener en cuenta que debe producirse una “emisión”, lo cual excluye a todas aquellas sociedades que no han realizado emisión alguna de valores, y que dicha emisión debe ser de “valores negociados”, aunque la expresión correcta habría sido la de “valores negociables” puesto que es la que emplea la Ley de Mercado de Valores. Quedan de este modo excluidos los conocidos como “derivados”, instrumentos financieros que la LMV califica de manera distinta a los propios “valores negociables”.²⁷ Aplicado al caso de Pescanova, S.A., se trata de una emisión de acciones nuevas de la propia compañía que, por lo tanto, encaja en el concepto de valores negociables que son creados y transmitidos al mercado primario

²⁵ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, op. cit., p. 233.

²⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial...*, op. cit., p. 478.

²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores...*, op. cit., pp. 87-97.

directamente por su emisor mediante oferta pública de suscripción y que posteriormente serán negociados en el mercado secundario.

Manuel Fernández de Sousa-Faro, en calidad de presidente y consejero de Pescanova, S.A., califica como sujeto activo de la conducta típica del delito del art. 282 bis CP puesto que el Consejo de Administración tiene delegada la administración de derecho y la gestión del patrimonio de esta sociedad emisora de valores negociados en el mercado de valores. El grado de participación en el delito tanto del presidente Fernández de Sousa-Faro como del resto de consejeros y demás entidades partícipes de la ampliación de capital se discutirá más adelante en el apartado sobre autoría y participación.

2.5. La conducta típica

2.5.1. La acción

La conducta descrita en el tipo del art. 282 bis CP consiste, en palabras de MUÑOZ CONDE, en

falsear la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir de acuerdo con la legislación del mercado de valores, lo que puede llevarse a cabo tanto ofreciendo datos falsos, como ocultando u omitiendo informaciones relevantes.²⁸

Por “falsear” debe entenderse cualquiera de las falsedades descritas en el art. 390.1 CP. Dentro de éstas, la modalidad falsaria que mejor se adapta al contenido del tipo del 282 bis CP sería la denominada “falsedad ideológica”, que consiste en faltar a la verdad en la narración de los hechos. Adicionalmente, debe tratarse de una falsedad objetiva, es decir, que suponga un discordancia medible entre aquello que se manifiesta en el documento y lo que existe en la realidad. Quedan al margen del tipo aquellos documentos que, siendo veraces en su contenido, pudiesen inducir a error a los inversores por su forma de presentación o de expresión.²⁹

²⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial...*, op. cit., p. 478.

²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores...*, op. cit., p. 112.

En el caso que nos ocupa sobre Pescanova, S.A., los hechos probados señalan la existencia de una falsedad ideológica y objetiva que se produce al ofrecer datos falsos sobre la deuda financiera de la compañía, creando así una discordancia de aproximadamente 1.700 millones de euros entre lo manifestado en el folleto de emisión y demás información publicada durante la ampliación de capital frente a la realidad existente en la compañía. Se trata de una falsedad que consiste en una conducta comisiva, pues con ella se manifiesta expresamente información falsa acerca de los estados financieros de la entidad.

En lo que respecta a la acción del tipo, cabe añadir que, autores como MORALES GARCÍA y PUENTE ABA, defienden que la falsedad también puede llevarse a cabo mediante una conducta de omisión, es decir, silenciando determinados datos que, junto con la expresión de otras manifestaciones, equivalga a ofrecer una imagen distorsionada de la sociedad.³⁰ Desde nuestro punto de vista, el hecho de silenciar determinados datos sobre la sociedad no debe considerarse como un supuesto de comisión por omisión sino de comisión por acción. Para tratarse de una auténtica comisión por omisión el riesgo de producción del resultado debería existir antes de que se silencien determinados datos y, sin embargo, el hecho de silenciar determinados datos de la compañía es precisamente lo que pone en marcha el riesgo de que se produzca el resultado.

En cuanto al tipo básico del delito situado en el párrafo primero, conviene recordar que introduce un delito de peligro abstracto de consumación anticipada, de manera que la conducta típica se agota en el falseamiento de la información, sin que se exija elemento objetivo adicional alguno, ni la idoneidad de la falsedad para causar perjuicio patrimonial a los sujetos pasivos, ni tan siquiera la mera idoneidad de la falsedad para captar inversores. Más allá de castigar la simple falsedad de los documentos, la doctrina mayoritaria estima que habría sido deseable que el tipo exigiese la publicación efectiva de la información falseada puesto que la mera falsedad sin posterior difusión no solo resulta alejada en el *iter criminis* de los intereses de los inversores, sino que induce a un solapamiento entre la conducta típica del presente art. 282 bis CP frente a la descrita por el art. 290 CP sobre falsedad en las cuentas anuales.³¹ MORALES GARCÍA critica que

³⁰ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, op. cit., p. 238; PUENTE ABA, *El art 282 bis del Código Penal...*, op. cit., p. 65.

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estafa de inversores...*, op. cit., p. 112.

se haya prescindido en el tipo de un elemento de peligro hipotético, esto es, de un elemento de idoneidad lesiva que podría poner en peligro concreto el bien jurídico en cuestión,³² lo que aportaría una mayor legitimidad a la intervención penal en esta conducta. En cuanto a las falsedades burdas o evidentes, PUENTE ABA defiende que, al no poder resultar creíbles ni peligrosas para los intereses de los inversores, quedarían excluidas del tipo delictivo.³³ Lo cierto es que esta afirmación resulta cuanto menos discutible, pues el art. 282 bis CP no permite extraer conclusiones sobre cómo se han de tratar este tipo de falsedades.

El análisis de la conducta puesta por Manuel Fernández de Sousa-Faro, más allá de lo descrito en el tipo básico como delito de peligro abstracto, debe centrarse en el tipo cualificado que aparece en el párrafo segundo. Cabe primero puntualizar que el art. 282 bis CP describe un “tipo compuesto” del delito integrado por varias “acciones”, de modo que existe un primer tipo con una pena correspondiente, al que se añade un segundo tipo cualificado que presupone el primero y que agrava la pena para el caso en que se dé la segunda acción.³⁴ En concreto, el tipo agravado del art. 282 bis CP prevé una agravación para “el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor” y una súper-agravación para aquellos casos en los que “el perjuicio causado fuera de notoria gravedad”. En base a los hechos probados, y como ya ha quedado mencionado anteriormente, Pescanova, S.A. obtiene y se beneficia de la inversión que realizan los inversores, quienes sufrirán un perjuicio económico de dimensiones considerables. Estos hechos prueban la existencia de un resultado material y redirigen el estudio de “la acción” puesta por Manuel Fernández de Sousa-Faro hacia la conducta descrita en el tipo cualificado del párrafo segundo.

En el tipo cualificado del art. 282 bis CP, a diferencia de lo explicado para el tipo básico, nos encontramos ante un delito de lesión que exige la causación de un resultado material lesivo para el patrimonio de los sujetos pasivos. Como ya se ha dicho, el resultado material es doble, la suma de la obtención de la inversión y el perjuicio para

³² MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, op. cit., pp. 231-234.

³³ PUENTE ABA, *El art 282 bis del Código Penal...*, op. cit., pp. 61-67.

³⁴ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 286-287.

los inversores. De este modo, en aquellos casos en los que se obtenga la inversión pero ésta no suponga un perjuicio económico para el inversor, se aplicará el tipo básico del párrafo primero y no el tipo cualificado. Este supuesto no debería en ningún caso interpretarse como una tentativa del tipo cualificado puesto que el grado de tentativa no tiene cabida en el tipo cualificado dado que la consumación anticipada descrita para el tipo básico confirma la intención del legislador de sancionar todas las formas imperfectas de ejecución a través este tipo del párrafo primero. En cualquier caso, habría de interpretarse como un concurso de normas entre el tipo básico y la tentativa del tipo cualificado en el que prevalecería el tipo básico por el principio de especialidad del art. 8.1ª CP.

En definitiva, el tipo cualificado introduce un delito material que requiere la producción de un resultado lesivo separable espacio-temporalmente de la acción. Este tipo de delitos presenta tres elementos característicos: la actividad, el resultado y un nexo entre la acción y el resultado. Llevado al caso de Pescanova, S.A., y dado que se trata de un delito material de actividad con resultado, necesitamos acudir a la “teoría de la imputación objetiva” para verificar que el perjuicio económico-patrimonial sufrido por los inversores querellados resulta imputable a Manuel Fernández de Sousa-Faro en atención a la conducta puesta por éste. En lo que respecta a la causalidad física, la teoría de la imputación objetiva recurre a la fórmula de la equivalencia de condiciones, propia del positivismo naturalístico, para defender la existencia de un nexo causal entre la acción y el resultado. En el caso de Pescanova, S.A., la falsedad en las cuentas anuales, recogidas en el folleto de emisión, es la causa de que los inversores potenciales acudan a la ampliación de capital y, al mismo tiempo, será la propia falsedad la que termine por causar el desplome en la cotización de la compañía y el resultado final de perjuicio económico. Más allá de la simple causalidad física, la teoría de la imputación objetiva nos dice que “para que pueda imputarse el resultado a la conducta es necesario que la conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se haya realizado en el resultado típico”. Esta fórmula de la imputación objetiva se puede desglosar en dos elementos fundamentales: que la conducta cree un riesgo jurídico-penalmente relevante, y que el riesgo se transforme en el resultado concreto que la norma trataba de evitar.³⁵

³⁵ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español...*, op. cit., p. 277.

En lo que respecta al primero de los elementos, el riesgo jurídico-penalmente relevante, conviene recordar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo en el que se tutelados bienes jurídicos diferenciados, la funcionalidad de la documentación publicada al mercado por Pescanova, S.A. con motivo de la ampliación de capital y, por otra parte, el interés económico de los inversores querellados. Sobre la funcionalidad del folleto de emisión de nuevas acciones y demás información publicada, cabe señalar que no es preciso acudir a la teoría de la imputación objetiva puesto que, como se ha mencionado anteriormente, no resulta de aplicación a los delitos de peligro abstracto, en los que basta con demostrar estadísticamente que se producen lesiones de bienes jurídicos. Por el contrario, sí que debe analizarse la conducta de Fernández de Sousa-Faro para verificar si crea o no un riesgo jurídico-penalmente relevante respecto al patrimonio de los inversores querellados. Se considera que el riesgo es jurídico-penalmente relevante si, *ex ante* y a los ojos de un “hombre medio”, se hubiera podido prever la alta probabilidad de darse el resultado. De ser así, podríamos concluir que la conducta cumple con el “juicio de la adecuación” y satisface este primer elemento de la imputación objetiva.

Es un hecho constatado que Manuel Fernández de Sousa-Faro legitima con su firma y en representación de Pescanova, S.A. el contenido del folleto de emisión así como del resto de documentación publicada en relación a la ampliación de capital que Pescanova, S.A. lleva a cabo durante el mes de julio de 2012 mediante la emisión de 9.290.464 nuevas acciones. Queda también probado que el presidente, quien como se ha demostrado estaba al corriente de las prácticas ilegales de financiación que la compañía estaba llevando a cabo a través de distintas sociedades instrumentales, era entonces plenamente consciente de que las cuentas que figuraban en el folleto en ningún caso reflejaban la realidad económico-financiera y patrimonial de la sociedad. Como se describe en el relato de hechos, debido a las reiteradas e ilegales emisiones de facturas falsas para su posterior descuento, los estados financieros de la sociedad que aparecen en la documentación señalada presentan una deuda financiera falsa e inferior a la real de la empresa y unos resultados alterados que se sitúan muy por encima de los verdaderamente obtenidos por la compañía. Dicho esto, se puede afirmar, a los ojos de un “hombre medio” y considerando *ex ante* la magnitud de la falsedad en las cuentas, casi 2.000 millones de euros en deuda financiera ocultada al inversor, que efectivamente se habría podido prever la alta probabilidad de darse el resultado lesivo para el

patrimonio de los inversores. El entramado societario y el volumen de facturación falsa consentido por Fernández de Sousa-Faro habían alcanzado unas dimensiones sin precedentes, lo que hacía aún más evidente el riesgo de que las actividades ilegales de Pescanova, S.A. fuesen descubiertas eventualmente por el regulador, llevando consigo el correspondiente desplome en su cotización que finalmente supondría pérdidas multimillonarias para sus accionistas.

En cuanto al segundo elemento de la teoría de la imputación objetiva, la transformación del riesgo no permitido en el resultado que la norma trataba de evitar, lo que se pretende realizar es un juicio *ex post* en el que se deberá analizar si de la conducta puesta por el sujeto activo, en este caso Manuel Fernández de Sousa-Faro, se deriva el resultado concreto de perjuicio económico-patrimonial del art. 282 bis CP. Este tipo cualificado del artículo, al tratarse de un delito material, requiere de la existencia de un nexo causal entre la conducta y el resultado lesivo. En el caso de Pescanova, S.A., se aprecia claramente como el perjuicio de los distintos querellantes es consecuencia directa del curso causal iniciado por Fernández de Sousa-Faro en calidad de presidente del Consejo de Administración. El riesgo jurídico-penalmente relevante puesto por el presidente al hacer público el folleto informativo con información falseada de la compañía va a permitir a Pescanova, S.A. obtener multitud de nuevos inversores durante el proceso de ampliación de capital, los cuales pocos meses después, van a sufrir en su patrimonio el desplome de la acción de la compañía que se produce como consecuencia del descubrimiento de la trama de financiación ilegal y manipulación de información relevante de la que Fernández de Sousa-Faro es el máximo responsable.

Una vez confirmado que la conducta puesta por el presidente de Pescanova, S.A. satisface los dos elementos característicos de la teoría de la imputación objetiva, el juicio de la adecuación y la transformación del riesgo en el resultado concreto, queda por determinar si el perjuicio causado a los inversores es o no de “notoria gravedad”, para confirmar la posible imputación objetiva del tipo “supercualificado”. El importe a partir del cual debe considerarse de “notoria gravedad” el perjuicio del que versa el art. 282 bis CP requiere de interpretación jurisprudencial y suscita debate doctrinal. MORALES GARCÍA sugiere acudir a la legislación prevista en materia de estafa, en concreto al subtipo agravado del apartado 5º del art. 250.1 CP que se aplica cuando el

valor de defraudación es superior a los 50.000€. ³⁶ Por su parte, autores como SANTANA y GÓMEZ MARTÍN proponen tomar como referencia el importe de 300.000€ del art. 284 CP “por la proximidad de supuestos de hechos” entre ambos tipos. ³⁷ Independientemente del criterio de referencia que se decidiese aplicar, y si atendemos al contenido de las querellas presentadas, el importe del perjuicio causado es ampliamente superior a estas referencias doctrinales, llegando a alcanzar importes de 52.061.445€ en el caso de Luxempart, S.A., 40.182.609€ para el Grupo Damm y 23.310.126€ de perjuicio patrimonial causado a Silicon Metals Holdings, LLC. Dicho esto, queda sobradamente probado que el perjuicio a estos inversores es de notoria gravedad y se confirma la imputación objetiva de Manuel Fernández de Sousa-Faro por un delito del tipo supercualificado del art. 282 bis CP, a la espera de estudiar el dolo en su conducta y el elemento subjetivo del tipo, que pasamos a analizar a continuación.

2.5.2. *El dolo*

El tipo delictivo del art. 282 bis CP introduce un delito de resultado cortado y de comisión exclusivamente dolosa puesto que no se prevé la comisión por imprudencia. Dentro de las distintas clases de dolo debe tratarse bien de dolo directo de primer grado, aquel en el que el resultado es lo que el sujeto activo quiere por sí mismo como fin de su conducta o como medio para realizarla, o bien dolo directo de segundo grado, donde el autor ve el resultado como necesariamente unido al fin o a los medios que utiliza y por eso lo acepta, ya que no quiere renunciar a sus fines. Por su parte, el dolo eventual, aquel en el que el sujeto activo ve el resultado sólo como probable pero lo acepta para el caso de que se produzca, no tiene conceptualmente cabida en el tipo del art. 282 bis CP. Lo que verdaderamente sucede en estos delitos de consumación anticipada o “resultado cortado”, como el que presenta el art. 282 bis CP, es que el elemento subjetivo cumple ya con una función definatoria del tipo de acción, de manera que si dicho elemento subjetivo no se acredita el tipo penal no entra en juego. Existe, por tanto, una vinculación indisoluble entre el elemento subjetivo y la acción ejecutada, en este caso la falsedad, de tal manera que la realización del tipo supone un compromiso directo del

³⁶ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, *op. cit.*, p. 240.

³⁷ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., *Artículo 282 bis*, en Mir, S. y Corcoy, M., *Comentarios al Código Penal. Reforma de la LO 5/2010*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 624.

autor con la vulneración del bien jurídico protegido.³⁸ Un compromiso que, para una parte de la doctrina, no podrá tomar la forma de dolo eventual dado que en éste el autor no ve el resultado como cierto sino tan sólo como probable. Lo cierto es que a algunos autores, como HURTADO ADRIÁN, les resulta difícilmente creíble que, alguien que actúa guiado por el propósito descrito en el tipo subjetivo del delito, no sea consciente de que la acción que desarrolla no sea la adecuada a ese fin.³⁹

En lo que respecta a Manuel Fernández de Sousa-Faro, cabe afirmar que su conducta resulta a todas luces dolosa, pues conoce perfectamente todos los elementos de los que se compone el tipo que realiza y actúa guiado por los distintos propósitos que conforman el tipo subjetivo del delito, que son: captar inversores, colocar un activo financiero y obtener financiación. En aplicación al caso, los inversores captados resultan ser los nuevos accionistas tanto mayoritarios como minoritarios, el activo colocado lo conforman las acciones de nueva emisión, y la financiación obtenida no es otra que la que se deriva de la propia ampliación de capital social utilizada frecuentemente como mecanismo de financiación vía *equity* por las sociedades cotizadas. La finalidad anímica de Fernández de Sousa-Faro consiste en la captación de inversores para la compañía, así lo pone de manifiesto al organizar el 16 de noviembre de 2012 un encuentro con analistas financieros de distintas entidades bancarias con motivo de promover la inversión en valores de Pescanova, S.A. y transmitir el carácter positivo de los resultados obtenidos durante el tercer trimestre de 2012. Cabe recordar que, pese a no ser necesaria la obtención efectiva de la inversión para la consumación del tipo básico de peligro abstracto, ésta si que llega a producirse, cumpliendo con el fin perseguido por Fernández de Sousa-Faro y dejando claro que en su conducta existe dolo directo de un delito estafa de inversores del art. 282 bis CP.

³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 353.

³⁹ HURTADO ADRIÁN, A., *Estafa de inversores y/o de crédito (art. 282 bis)*, en Juanes, A. (Dir.), *Reforma del Código Penal*, 1ª ed., El Derecho, Madrid, 2010, p. 201. En su obra se afirma que el dolo eventual no tiene cabida en el tipo delictivo del art. 282 bis CP. Desde nuestro punto de vista, sí que cabría obrar con el propósito de captar inversores, de colocar un activo financiero o de obtener financiación y, al mismo tiempo, actuar con dolo eventual de falsedad. Este sería el caso de un sujeto que, persiguiendo una de las finalidades descritas en el elemento subjetivo del tipo, decide hacer público el folleto de emisión pese a tener constancia de que algunos de los datos empleados en la elaboración del mismo presentan ciertas dudas sobre su autenticidad. El autor satisface el elemento subjetivo del tipo pero no ve el resultado como cierto sino tan sólo como probable.

2.5.3. *El elemento subjetivo*

El elemento subjetivo del tipo delictivo del art. 282 bis CP figura en el párrafo primero en el marco de un tipo básico que, como ha quedado mencionando, introduce un delito de peligro abstracto de “resultado cortado”, puesto que, además de la acción, únicamente requiere la presencia de un elemento subjetivo de lo injusto que represente la o las finalidades perseguidas por el autor del delito al tiempo de ejecutar la conducta. Los resultados materiales perseguidos por el sujeto activo no tienen por qué llegar a producirse para incorporar la conducta al tipo básico del delito y, si llegaran a producirse, como sucede en el caso Manuel Fernández de Sousa-Faro, simplemente nos conducirían al tipo cualificado caracterizado por la producción de dicho resultado material. Esto es así simplemente por una decisión del legislador, quien opta por recurrir al elemento subjetivo en lugar de configurar un elemento objetivo de aptitud o de peligro hipotético como sucede en los artículos 282 y 290. Autores como MARTÍNEZ-BUJÁN defienden que hubiese sido preferible acudir al elemento objetivo de peligro hipotético para poder dotar de un adecuado grado de lesividad a la conducta delictiva.

Las finalidades a las que se hace referencia anteriormente y que integran el elemento subjetivo del tipo aparecen descritas alternativamente y son tres: “captar inversores o depositantes”, “colocar cualquier tipo de activo financiero” u “obtener financiación por cualquier medio”. Es suficiente con que se dé una de ellas en el ánimo del sujeto activo para que se cumpla el injusto de este delito y, si concurren varias de ellas, el delito seguirá siendo el mismo.⁴⁰ De igual forma, la conducta de falseamiento de información económico-financiera que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, pese a encajar dentro de los requisitos normativos del tipo, resultaría atípica si no presenta vinculación alguna con al menos una de las tres finalidades específicas descritas en el tipo.⁴¹ Desde la doctrina mayoritaria se critica que la finalidad de “captar inversores o depositantes” deja fuera del tipo aquellos casos en los que el propósito consiste en retener a los inversores.⁴² Cabe también precisar que la captación de depositantes llevada a cabo por las entidades de crédito, no exige folleto ni

⁴⁰ HURTADO ADRIÁN, *Estafa de inversores y/o de crédito...*, op. cit., p. 201.

⁴¹ DOVAL PAIS. y ANARTE BORRALLO, *Delitos contra el patrimonio...*, op. cit., p. 496

⁴² BONILLA PELLA, *Estafa de inversores*, en A.A.V.V., *Memento Experto Reforma Penal (LO 5/2010)*, 1ª ed., Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 279.

información análoga, sino que esta es meramente voluntaria como parte de la publicidad, por lo que quedaría fuera del tipo del art. 282 bis CP.

Para el caso de Pescanova, S.A., tal y como se deduce del relato de hechos probados, la conducta puesta por su presidente, Manuel Fernández de Sousa-Faro, persigue una finalidad triple en la que concurren las tres variantes descritas en el elemento subjetivo del tipo. Prueba de ello son las distintas reuniones que organiza a modo de *roadshow* con distintos grupos inversores como Silicon Metals Holding LLC, así como el encuentro con analistas financieros de distintas entidades bancarias con motivo de promover la inversión en valores del Grupo Pescanova. Más allá de este tipo de eventos destinados a captar inversores, es preciso destacar que es Fernández de Sousa-Faro quien, en calidad de presidente del Consejo de Administración, aprueba junto con el resto de consejeros la colocación de 9.290.464 nuevas acciones de Pescanova, S.A. como vía para obtener financiación para la compañía. No cabe duda por tanto de que se trata de una conducta típica en la que el autor del delito, Fernández de Sousa-Faro, al tiempo de ejecutar la conducta de falsedad en la documentación, persigue las tres finalidades que se describen en el tipo del art. 282 bis CP.

2.6. La antijuridicidad

La antijuridicidad es un juicio sobre la acción, que tiene un contenido negativo, de manera que si no concurre causa alguna de justificación la conducta puesta por el sujeto activo deberá considerarse automáticamente como antijurídica. *A sensu contrario*, la presencia de una causa de justificación convierte la conducta típica del sujeto en conforme a Derecho, es decir, la justifica a pesar de ser típica. En el ordenamiento jurídico español el contenido fundamental de estas causas de justificación se encuentra recogido en el artículo 20 del Código Penal y son las siguientes: el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento del ofendido. Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones o circunstancias que conducen al legislador a permitir el ataque a bienes jurídicos al considerar que, pese a darse el desvalor penal, no se da el desvalor total de la conducta. Para ello, según se viene exigiendo por la doctrina y por la

jurisprudencia, es necesario que quien actúe con una causa de justificación tenga el ánimo de ejercitarla.⁴³

Una vez analizado el concepto, fundamento, naturaleza jurídica, extensión y requisitos legales de cada una de las causas de justificación recogidas en el art. 20 CP, no cabe sino afirmar que la conducta puesta por Manuel Fernández de Sousa-Faro no se encuentra amparada por causa alguna de justificación. El juicio de lo injusto confirma por tanto que se trata de una conducta contraria a Derecho, típica y antijurídica.

2.7. La culpabilidad

La culpabilidad es un juicio que recae sobre el sujeto activo que realiza la acción típica y antijurídica para determinar si se le puede reprochar a éste lo que ha hecho desde un punto de vista jurídico-penal. Para considerar culpable a un sujeto basta con que éste pudiera abstenerse de poner la conducta típica y antijurídica que de hecho puso. Las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido amplio son fundamentalmente tres: la inimputabilidad, el error de prohibición y las causas de exculpación propiamente dichas.

2.7.1. La imputabilidad

La imputabilidad es la condición de libertad de un sujeto por la cual se puede afirmar que es responsable de sus actos. Desde un punto de vista normativo es imputable el que, a tenor de la legislación vigente, puede ser culpable de la acción típica y antijurídica porque pudo dejar de ponerla y no lo hizo. El sujeto imputable es culpable penalmente mientras que el inimputable no tiene responsabilidad criminal. La imputabilidad del sujeto debe juzgarse para el momento en que éste pone la acción típica y antijurídica, puesto que lo que interesa es saber si actúa o no cubierto por una causa de inimputabilidad. Si el sujeto entró en la situación de inimputabilidad por causas que no le son imputables, habrá que considerar que es inimputable y eximirle de responsabilidad criminal. Por el contrario, si el sujeto, al realizar la acción típica y antijurídica, se encuentra en una situación de inimputabilidad en la que entró

⁴³ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 319-323.

libremente, *actiones liberae in causa*, habrá que decidir si se le considera imputable puesto que entró de manera voluntaria en la situación de inimputabilidad.

El Código Penal recoge las causas de inimputabilidad en el art. 20 CP, que son: las anomalías y alteraciones psíquicas, la intoxicación plena, el síndrome de abstinencia y las alteraciones en la percepción. El análisis de cada una de las causas exige estudiar tanto los elementos biológicos como psicológicos de los que se compone la fórmula legal vigente, cuya aplicación ha de retrotraerse al momento en el que el sujeto comete la infracción penal. Los hechos probados en el caso de Pescanova, S.A. nada dicen acerca de la concurrencia de alguna de estas circunstancias respecto a la persona de su presidente, Manuel Fernández de Sousa-Faro. Cabe, por tanto, concluir que Fernández de Sousa-Faro se encontraba en plenas facultades tanto físicas como psíquicas a la hora de poner la conducta típica y antijurídica que se le imputa.

2.7.2. *La conciencia de antijuridicidad*

Es el conocimiento que debe tener el autor de que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico. Esta conciencia de antijuridicidad constituye el núcleo del reproche que se hace al sujeto activo al considerarlo culpable de su conducta. Por tanto, si falta la conciencia de antijuridicidad de modo totalmente inculpable para el autor, lo que se denomina como “error invencible de prohibición”, no se le podría reprochar al sujeto la acción típica y antijurídica, de manera que quedaría excluida la responsabilidad criminal. Se debe distinguir dentro del “error propio”, que afecta al proceso de formación de la voluntad, entre “error del tipo”, donde el sujeto desconoce alguno o todos los elementos descriptivos y normativos del tipo legal, y “error de prohibición”, en el que el sujeto no sabía o no pudo haber sabido que su conducta estaba prohibida por el ordenamiento. Cosa muy distinta es el “error impropio”, que incide en la ejecución del hecho, y que puede dar lugar a un concurso de delitos si se comete un delito distinto del que se pretendía realizar o tener un efecto irrelevante si no existe error *in delicto*.

En lo que respecta al art. 282 bis CP, debemos recordar que se trata de un delito que, como ya se ha discutido anteriormente, solo admite comisión dolosa y nunca comisión imprudente. Esto implica que, más allá del error invencible de prohibición, bastaría con

probar que existe error sobre el tipo, aunque fuese error vencible, para obtener la absolución. En caso de que el administrador crea erróneamente que no está obligado a facilitar información alguna o que la documentación omitida no resulta relevante para transmitir una información adecuada al potencial inversor, estaríamos ante un error sobre el tipo y no ante un error sobre la prohibición.⁴⁴ Supuesto muy distinto es el que sucede en el caso de Pescanova, S.A., donde ya ha quedado probado que la conducta de Manuel Fernández de Sousa-Faro encaja con la de dolo directo de primer grado. El presidente de Pescanova, S.A. conocía todos los elementos del tipo y, en el momento de llevar a cabo la acción, era plenamente consciente de que su conducta resultaba contraria al ordenamiento jurídico.

2.7.3. La exigibilidad de otra conducta

La exigibilidad o, mejor dicho, la no exigibilidad de otra conducta es un concepto que guarda estrecha relación con el principio de mínima intervención penal. Se trata de ciertos casos concretos en los que el legislador deja abierta la posibilidad de interpretar que una conducta no debe resultar penalmente exigible pese a haber sido declarada típica y antijurídica por una ley penal. Estos supuestos extremos se recogen en el Código Penal mediante un grupo de eximentes conocidas como causas de exculpación en sentido estricto, que son: el estado de necesidad de males iguales o exculpante, el miedo insuperable y el encubrimiento entre ciertos parientes. En todas ellas el sujeto pone libremente una conducta que sabe que es contraria a Derecho, pero el legislador decide no penarla, puesto que considera que se trata de un caso extremo, de una anormalidad en la situación que lleva a una restricción en la libertad del sujeto. Las causas de exculpación no hacen que la conducta pase a ser considerada como jurídica, como sí hacen las causas de justificación, simplemente retiran el reproche de culpabilidad al individuo concreto.

La conducta puesta libremente por Manuel Fernández de Sousa-Faro, que se desprende del relato de hechos probados, no se corresponde con ninguno de los casos extremos que el legislador ha decidido no penar. Se demuestra que no existe anormalidad alguna en la situación que envuelve a la conducta típica (miedo insuperable o estado de

⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico...*, op. cit., p. 371.

necesidad exculpante) que haya podido disminuir la libertad con la que actúa el presidente de Pescanova, S.A. La conducta típica y antijurídica sigue, por tanto, siendo reprochable a Manuel Fernández de Sousa-Faro.

Una vez analizadas las tres causas de exclusión de la culpabilidad, se puede concluir que la conducta típica y antijurídica es atribuible a Manuel Fernández de Sousa-Faro. El presidente de Pescanova, S.A., en el momento de llevar a cabo la falsedad, se encuentra en plenas facultades tanto físicas como psíquicas y es plenamente consciente de que su conducta resulta contraria al ordenamiento jurídico vigente. En cuanto a la situación en la que el sujeto toma la decisión de poner la acción, cabe afirmar que no existe anormalidad alguna que haya podido mermar la libertad con la que éste actúa en todo momento. Fernández de Sousa-Faro podía haberse abstenido de poner la conducta pero no lo hizo. Consecuentemente, el reproche de la culpabilidad contenido en la ley penal recae sobre él, declarándole culpable de un delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP.

2.8. La punibilidad

La punibilidad es la potestad que el legislador se reserva para castigar una acción típica, antijurídica y culpable. La punibilidad es totalmente necesaria para poder afirmar que existe delito. Las razones por las cuales el legislador puede dejar impune una conducta típica, antijurídica y culpable responden a motivos extrapenales concretos y se denominan “causas de exclusión de la punibilidad”. Estas causas pueden clasificarse en dos grupos diferenciados: las causas personales, en las que se deja impune a un sujeto concreto por razón del cargo que desempeña, y las excusas absolutorias, en las que el legislador decide que es más útil dejar impune la conducta que perseguirla por la vía penal, a pesar de que se reconoce que existe un delito y que hay una persona que podría responder de él. Dentro de las causas personales, cabe distinguir entre: exenciones, cuando el derecho penal retrocede y es sustituido por el de otro Estado (es el caso de Jefes de Estado extranjeros y diplomáticos); inviolabilidades absolutas o relativas, en las que las acciones de determinadas personas quedan impunes por completo (el Rey, el Defensor del pueblo, los parlamentarios); y las inmunidades, que son meros obstáculos procesales a la perseguibilidad de los delitos cometidos por ciertas personas. Por otra

parte, entre las excusas absolutorias que recoge el Código Penal se encuentran las sustracciones entre ciertos parientes, la rebelión y sedición.

Según se desprende del relato de hechos probados, no existe razón alguna por la cual el legislador pueda dejar de castigar la conducta típica, antijurídica y culpable puesta por Manuel Fernández de Sousa-Faro. Queda probado que el presidente de Pescanova, S.A. no desempeña ningún cargo que pudiese dar lugar a una exención, inviolabilidad o inmunidad. Tampoco se trata de un caso de sustracción entre parientes, rebelión, sedición, ni ninguna de las excusas absolutorias que recoge el Código Penal. Por lo tanto, se mantiene firme la punibilidad de la conducta y se abre el proceso de determinación de la pena concreta que le corresponderá al sujeto activo, en este caso, a Manuel Fernández de Sousa-Faro.

2.9. Cuestiones concursales

La falsedad que se discute en el caso de Pescanova, S.A. recae directamente sobre las cuentas anuales de la compañía. Es por ello que se debe hacer especial mención a las relaciones concursales existentes entre el art. 282 bis CP objeto de estudio y el delito societario del art. 290 CP.⁴⁵ Si entendemos, tal y como se viene defendiendo en el presente estudio, que el art. 282 bis CP incorpora un delito de falsedad en documentos de la sociedad, éste debería prevalecer sobre el art. 290 CP según el principio de especialidad del art. 8.1ª CP,⁴⁶ de manera que el art. 290 CP es considerado como un precepto subsidiario del art. 282 bis CP.⁴⁷ Por el contrario, autores como MARTÍNEZ-BUJÁN defiende que “no cabe establecer una relación de especialidad entre ambos preceptos [...] puesto que el art. 290 incluye un elemento (la idoneidad para perjudicar) que no se contiene en el art. 282 bis”.⁴⁸ Según esta teoría, entre el art. 282 bis CP y el

⁴⁵ Art. 290 CP: “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”.

⁴⁶ FARALDO CABANA, *Artículo 282 bis...*, op. cit., p. 1090

⁴⁷ SANTANA y GÓMEZ MARTÍN, *Artículo 282 bis...*, op. cit., p. 625

⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN, *Estafa de inversores...*, op. cit., p. 147

precepto del art. 290 CP existe una relación de alternatividad y no de subsidiariedad, de modo que, en función del art. 8.4ª CP,⁴⁹ el concurso de normas se resolvería aplicando el precepto que castigue el hecho con una pena mayor. La falsedad en las cuentas anuales (expresamente mencionadas en el art. 290 CP como documento que refleja la situación jurídica o económica de la entidad) entra inevitablemente en conflicto de normas con el art. 282 bis CP debido a que las cuentas anuales se incluyen en el folleto que emite la sociedad y pueden ser falseadas con la intención de captar inversores.⁵⁰ Así sucede en el caso Pescanova, S.A. donde, independientemente de que nos basemos en el principio de ley especial o en el de precepto penal más grave del art. 8.4ª CP, resulta de aplicación el art. 282 bis CP.

2.10. La determinación de la pena

El objetivo último del proceso de determinación de la pena es llegar, de manera motivada, a la pena exacta que en este caso corresponde imponer a Manuel Fernández de Sousa-Faro, presidente de Pescanova, S.A., por un delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP.

2.10.1. La pena del tipo

La acción típica, antijurídica, culpable y punible que se le imputa a Manuel Fernández de Sousa-Faro, se corresponde con la del tipo supercualificado del art. 282 bis CP, puesto que no sólo se llega a obtener la inversión a la que se refiere el tipo cualificado, sino que el perjuicio causado es de notoria gravedad como ha quedado anteriormente demostrado.

⁴⁹ Art. 8 CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

⁵⁰ MORALES GARCÍA, *Fraude de inversores...*, op. cit., p. 238.

La pena correspondiente al tipo supercualificado del art. 282 bis CP es de “uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses”. Se trata por tanto de una pena principal compuesta acumulativa, prisión más multa. Es también una pena grave (art. 33.2.a CP) puesto que impone una pena de prisión superior a cinco años.

2.10.2. El grado de ejecución

La consumación del delito del art. 282 bis CP en su tipo básico tiene lugar en el mismo instante en el que se produce la acción de falsear la información, el último estadio del *iter criminis*, siempre y cuando quede acreditado que en el ánimo del sujeto activo se da al menos una de las finalidades que integran el elemento subjetivo del tipo. Por tanto, no es necesario para considerar el delito como consumado el hecho de que efectivamente el autor llegue a obtener la inversión y, en caso de que llegue a producirse, se trataría de un delito consumado del tipo cualificado. En el caso concreto de Manuel Fernández de Sousa-Faro nos encontramos ante un delito consumado del tipo supercualificado en el que no sólo se llega a obtener la inversión sino que el perjuicio para los inversores es de notoria gravedad.

El Código Penal vigente no define la consumación, sino que se limita a decir en su artículo 15 que “son punibles el delito consumado y la tentativa de delito”. En los delitos consumados se impone la misma pena del tipo, tal y como queda recogido en el art. 61 CP “Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”. Nos situamos por tanto en la pena del tipo de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.

2.10.3. El grado de participación

La autoría queda recogida en el Código Penal en su artículo 28 que señala: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. En atención a las distintas modalidades de autoría que presenta este art. 28 CP y, habiendo contrastado éstas con el relato de hechos probados, cabe concluir que Manuel Fernández de Sousa-Faro es autor principal o

directo de un delito del art. 282 bis CP. Esto es así puesto que el presidente de Pescanova, S.A. es quien realiza por sí mismo toda la conducta típica.

La pena atribuible al autor de un delito, según se deduce del anteriormente citado art. 61 CP, se corresponde con la misma pena del tipo, en este caso, una pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Es preciso recordar que el círculo de sujetos activos del art. 282 bis CP, puesto que se trata de un delito especial propio, se restringe a los “administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores”. En este sentido, sería conveniente estudiar la posible coautoría existente entre los distintos administradores de Pescanova, S.A. a los que se les imputa este delito del art. 282 bis CP de estafa de inversores y entre los que figuran Alfonso Paz-Andrade Rodríguez y otros siete miembros del Consejo de Administración de Pescanova, S.A. Todos ellos serían coautores en la medida en que, de mutuo acuerdo colectivo, realizan conjuntamente un hecho que todos tienen como propio, sin que rijan el principio de accesoriedad de la participación. Para confirmar esta posibilidad, se debería realizar, para cada uno de los consejeros, el mismo proceso de análisis llevado a cabo para el caso de Manuel Fernández de Sousa-Faro. Una vez analizada la conducta puesta por cada uno de los posibles coautores, podríamos entrar a discutir sobre las distintas teorías que existen sobre la coautoría, sobre el exceso del coautor y sobre el desistimiento. Una vez más, debido a la extensión del presente trabajo, nos centraremos únicamente en la autoría y posterior determinación de la pena correspondiente a Manuel Fernández de Sousa-Faro.

2.10.4. Las circunstancias modificativas

Las circunstancias modificativas son consideradas elementos accidentales del delito porque de ellas no depende la concurrencia o no del mismo. Su función es la de modular la responsabilidad criminal que cabe exigir por la comisión de un delito concreto, en este caso, de un delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP. Por razón de sus efectos podemos agrupar las circunstancias modificativas comunes en atenuantes (art. 21 CP), agravantes (art. 22 CP) y la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP). En lo que se refiere a las circunstancias modificativas específicas del art. 282 bis CP, nos

situamos ya en el tipo supercualificado del delito (prisión de uno a seis años), de manera que no procede aplicar la agravante de obtención de la inversión (mitad superior de la pena) que sería únicamente de aplicación al tipo básico y que por tanto ya ha sido considerada por el legislador para tipificar la conducta del tipo supercualificado en el que se sitúa la conducta puesta por Fernández de Sousa-Faro.

En atención al relato de hechos probados, y atendiendo a lo descrito en el art. 67 CP,⁵¹ no puede afirmarse que concurra ninguna de las circunstancias modificativas descritas en los artículos 21 a 23 del Código Penal que no hayan sido ya tenidas en cuenta por el legislador al describir o sancionar la infracción del tipo que nos ocupa, o que no sean inherentes al delito del art. 282 bis CP de manera que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse. Por lo tanto, se debe permanecer en la pena que se deriva de aplicar a la pena del tipo el grado de ejecución y el grado de participación, es decir, pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

2.10.5. La pena completa

Es el marco penal de partida necesario para determinar la pena exacta que le correspondería al sujeto activo. En el caso de Manuel Fernández de Sousa-Faro la pena completa por un delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP es la siguiente:

1. Pena de prisión de 1 año a 6 años.
2. Pena de multa de 6 meses a 12 meses.

2.10.6. La pena elegida

Para elegir la pena exacta que le correspondería a Manuel Fernández de Sousa-Faro dentro del marco de partida que ofrece la pena completa, debemos acudir al contenido del artículo 66.1 del Código Penal en el que se enuncia: “En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no

⁵¹ Art. 67 CP: “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”. La regla contenida en el art. 67 CP es una consecuencia del principio *non bis in idem*.

circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas”. Siguiendo el listado de reglas, y dado que estimamos que no concurren circunstancias modificativas de ningún tipo, resulta de aplicación el punto 6º del art. 66.1 CP según el cual: “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”. Del contenido del artículo se deduce que, para concretar la extensión de la pena que le correspondería el presidente de Pescanova, S.A., hemos de considerar dos variables fundamentales: las circunstancias personales de Manuel Fernández de Sousa-Faro y la gravedad del hecho en cuestión.

Manuel Fernández de Sousa-Faro, hijo del fundador de Pescanova, S.A., llega al cargo de presidente de la compañía en 1980, fecha en la que da comienzo su mayor periodo de reestructuración y expansión. Desde su posición privilegiada como administrador y máximo responsable de la compañía es quien mejor visibilidad tiene sobre el conjunto del Grupo y, por tanto, sobre el entramado societario que cuelga de la matriz Pescanova, S.A. El presidente no sólo es plenamente consciente de los mecanismos de financiación ilegal que la compañía lleva a cabo para inflar su cuenta de resultados y maquillar el importe de su deuda financiera, sino que es precisamente la buena relación que éste mantiene con las cajas de ahorro gallegas, entonces accionistas mayoritarios de Pescanova, S.A., lo que precisamente permite que esta mala práctica de emisión de facturas falsas y manipulación de las cuentas anuales se perpetúe a lo largo de los años. Al mismo tiempo, gracias a su participación significativa en el capital social de la compañía (aproximadamente del 24%), Fernández de Sousa-Faro se rodea de familiares y amigos que, tras ser nombrados por éste, pasan a ocupar posiciones clave en la compañía. Bajo estas circunstancias personales de absoluto control del Consejo de Administración por parte del presidente se produce la publicación del folleto de emisión y del resto de documentación requerida para la ampliación de capital que Pescanova, S.A. lleva a cabo en julio de 2012.

Unos meses más tarde, en marzo de 2013, salen a la luz los primeros datos que confirman la falsedad en el contenido esencial de la documentación publicada durante la ampliación. Para entonces, las acciones de nueva emisión ya habían sido colocadas a cientos de inversores, gracias en parte al esfuerzo que desde Pescanova, S.A. se lleva a

cabo para publicitar los buenos resultados y la solvencia financiera de la compañía. Las dudas sobre la viabilidad de la compañía provocan el desplome en la cotización de Pescanova, S.A. que, en tan solo una jornada, pasa de 17 euros por acción a 6 euros por acción. Los inversores que acudieron a la ampliación de capital se apresuran a especificar el perjuicio económico sufrido en cada una de las querellas presentadas así como en los distintos escritos de personación de acusación particular. El importe total suma ya más de 117 millones de euros, una cifra sin precedentes en nuestro país para este tipo de delitos de estafa de inversores.

En atención a lo aquí descrito sobre las circunstancias personales de Fernández de Sousa-Faro, así como a los gravísimos efectos derivados de su conducta para los inversores y para la sociedad en su conjunto, la pena elegida es la siguiente:

1. Pena de prisión de 5 años y 6 meses.
2. Pena de multa de 12 meses.

La pena de multa, en consonancia con la gravedad del perjuicio económico causado y con la situación económica del reo, tendrá una cuota diaria de 400 euros, la cantidad máxima que se le puede imponer a una persona física según figura en el artículo 50.4 del Código Penal.⁵² Entendiendo en base a dicho artículo que los meses son de treinta días, el importe total de la multa impuesta a Fernández de Sousa-Faro será de $400 \times 30 \times 12 = 144.000$ euros.

2.10.7. Las penas accesorias

Las penas accesorias se dividen en dos grupos diferenciados, las que se imponen en razón de la pena y las que se establecen en razón del delito.

⁵² Art. 50.4 CP: “La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta”.

En razón de la pena:

Se le impone a Manuel Fernández de Sousa-Faro una pena accesoria de 5 años y seis meses de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo del art. 56.1.2ª CP. Se le impone también una pena de duración 5 años y 6 meses de inhabilitación especial para ejercer su profesión, oficio, industria o comercio, del art. 56.1.3ª CP, debido a que este derecho tiene una relación directa con el delito cometido tal y como ha quedado probado en el presente estudio.⁵³ Las dos penas accesorias tienen por tanto la misma duración que la pena de prisión pues, según lo dispuesto en el artículo 33.6 del Código Penal, “Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal,” en este caso, la pena de prisión de 5 años y 6 meses.

En razón del delito:

Se le impone a Manuel Fernández de Sousa-Faro una o varias de las prohibiciones accesorias contempladas en el artículo 48 del Código Penal puesto que el delito que éste ha cometido contra el patrimonio y el orden socioeconómico figura en la lista de delitos del art. 57 CP. Al tratarse de un delito grave (art. 33.2.a CP), el tiempo que dure la prohibición o prohibiciones del art. 48 CP no podrán exceder los diez años. Como el condenado, Fernández de Sousa-Faro, lo ha sido a pena de prisión, la o las prohibiciones accesorias en razón del delito tendrán efecto por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta, en este caso, 5 años y 6 meses.⁵⁴ Así, se establece una duración para las prohibiciones del art. 48 CP entre 6

⁵³ Art. 56 CP: “1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1.º Suspensión de empleo o cargo público. 2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código. 2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas”.

⁵⁴ Art. 57.1 CP: “Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos

años y 6 meses de mínimo y 10 años de máximo. Dentro del marco potestativo se escoge la prohibición de “acudir al lugar en que haya cometido el delito” del art. 48.1 CP. Se le prohíbe a Manuel Fernández de Sousa-Faro acudir a la sede central de Pescanova, S.A. en Vigo, así como a las oficinas o plantas de producción de cualquiera de sus filiales, por un periodo de 10 años.

2.10.8. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa

Se le impone a Manuel Fernández de Sousa-Faro una pena de multa dividida en 360 cuotas diarias (12 meses x 30 días), lo cual, en atención al art. 53.1 CP, implicaría una responsabilidad personal subsidiaria, en caso de no satisfacer la multa, equivalente a 180 días de privación de libertad, o bien a 180 días de trabajos en beneficio de la comunidad si así lo acuerda el juez o tribunal. Sin embargo, según el art. 53.3 CP, “esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años”. La pena privativa de libertad elegida para Fernández de Sousa-Faro es de 5 años y 6 meses, de modo que no procede imponerle ninguna responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

3. PESCANOVA, S.A. Y EL DELITO DE ESTAFA DE INVERSORES

Una vez analizada la conducta puesta por Manuel Fernández de Sousa-Faro, es preciso abordar la responsabilidad penal de Pescanova, S.A., como persona jurídica a la que también se le imputa un delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP. La responsabilidad penal de las personas jurídicas llega al ordenamiento jurídico español con la LO 5/2010 de reforma del Código Penal. Esta reforma va a incorporar un nuevo art. 31 bis CP donde se introduce una responsabilidad criminal heterodoxa que se traslada desde la persona física hasta la persona jurídica.

En primer lugar, atendiendo al contenido del art. 31 bis CP, se comprueba que el delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP pertenece a la lista cerrada de delitos para los

grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”.

cuales el legislador ha previsto expresamente la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica. La lista nos remite directamente al contenido del art. 288 CP sobre delitos contra la propiedad intelectual, industrial y el mercado y los consumidores. El art. 288 CP dice lo siguiente: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas: [...] En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis: a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.[...] 2. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Por tanto, a tenor del citado art. 288 CP, queda confirmada la existencia de responsabilidad penal para la persona jurídica por un delito del art. 282 bis CP. Atendiendo ahora al apartado segundo de este art. 288 CP y, puesto que el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad, cabe precisar que el marco potestativo para determinar la pena de multa aplicable a Pescanova, S.A. será el de uno a tres años.

En segundo lugar, el art. 31 bis CP establece que “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”. En este sentido, ha quedado probado en el presente estudio que el delito del art. 282 bis CP se comete en nombre y por cuenta de Pescanova, S.A., en cuyo provecho se persigue y se consigue captar inversores, colocar las acciones de nueva emisión y obtener financiación mediante el proceso de ampliación de capital. La conducta delictiva prevista en el tipo del art. 282 bis CP la llevan a cabo los distintos miembros del Consejo de Administración, quienes actúan como administradores de derecho de Pescanova, S.A. Dicho esto, entendemos que, en el caso de Pescanova, S.A., se cumplen las bases de la imputación de la persona jurídica recogidas en el párrafo primero del citado art. 31 bis CP, según el cual, basta con que la conducta sea típica y antijurídica para hacer responsable del delito a la persona jurídica. Llama la atención cómo la responsabilidad de la persona jurídica queda completamente desvinculada de la culpabilidad puesta por el sujeto físico que realiza el hecho, en este caso concreto, por los administradores de la compañía. Esto supone, según LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, “la vulneración de los principios

de culpabilidad y de responsabilidad personal”,⁵⁵ lo que da lugar a una situación de inseguridad jurídica grave, pues la labor de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica ha quedado en manos de la doctrina y de los Tribunales.

Las circunstancias modificativas o eximentes que se integran dentro de la culpabilidad no afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas pues éstas no gozan de libre albedrío ni de la capacidad de entender el hecho y actuar conforme a ese entendimiento, notas características de la imputabilidad del sujeto. En cuanto al dolo o imprudencia exigidos por el art. 5 CP para que haya pena, la doctrina entiende que donde ha de existir dolo o imprudencia es en la conducta de referencia puesta por la persona física. En el caso de Pescanova, S.A. ha quedado probada la existencia de dolo directo de primer grado por parte de la persona física, Fernández de Sousa-Faro. Para trasladar esta responsabilidad penal a la persona jurídica se han de buscar razones que permitan atribuir el hecho previsto como delito a un déficit de organización o de control por parte de la persona jurídica, pudiendo así emitir un juicio de reproche contra la misma. Basándonos en el relato de hechos probados, llegamos a la conclusión de que en Pescanova, S.A. existía una absoluta falta de control sobre la facturación de la compañía, sobre el volumen total de deuda financiera y, en definitiva, sobre el importe de beneficio neto reportado tanto por la matriz como por cada una de sus filiales. Dicho esto, es preciso señalar que este razonamiento, en el que se está prescindiendo del elemento subjetivo de la culpa a la hora de imponer una sanción a una persona jurídica, resulta muy discutible con la regulación actualmente en vigor. En contra de lo que se deduce del contenido del art. 31 bis CP, el Tribunal Constitucional sostiene en jurisprudencia reiterada que las personas jurídicas sí tienen capacidad de culpabilidad. Para el Tribunal Constitucional la cuestión de fondo reside en determinar en qué consiste esa capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas y en qué se diferencia de la culpabilidad propia de las personas físicas.⁵⁶

En lo que respecta a la concurrencia de circunstancias atenuantes, el legislador penal establece en el art. 31.4 bis CP una lista cerrada de posibles actividades que la persona jurídica habrá de realizar con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus

⁵⁵ LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 261-269.

representantes legales.⁵⁷ En este sentido, no hay constancia de que Pescanova, S.A. haya llevado a cabo ninguna de las cuatro actividades descritas en el tipo, de manera que no procede aplicar atenuante alguna y se aplicará la pena establecida por la ley para el delito cometido (art. 66.1.6ª CP).

Llegados a este punto, nos encontramos en posición de determinar la pena que le correspondería a Pescanova, S.A. por un delito de estafa de inversores del art. 282 bis CP. Las reglas para la determinación de la pena aplicable a la persona jurídica se encuentra en el art. 66 bis CP, también introducido con la LO 5/2010. Como ha quedado mencionado anteriormente, a tenor de lo descrito en el art. 288 CP, la pena de multa que se le habrá de imponer a Pescanova, S.A. se mueve en un marco potestativo de uno a tres años y, de manera adicional, “los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. En lo que respecta a la pena de multa, consideramos que se le debe imponer a Pescanova, S.A. el máximo castigo posible dentro del marco potestativo, es decir, multa de tres años, como respuesta por la gravedad del perjuicio económico causado, cuya cifra total se estima en torno a los 117 millones de euros. La cuota diaria de la multa consideramos que habrá de ser también la máxima permitida por el art. 50.4 CP para las personas jurídicas, 5.000 euros. El importe total de la pena de multa ascenderá, por tanto, al resultado de multiplicar $3 \times 12 \times 30 \times 5.000 = 5.400.000$ euros. En el caso de que Pescanova, S.A. no cumpla con el pago de la multa en el plazo señalado, el Tribunal, según lo dispuesto en el art. 53.5 CP, podrá acordar la intervención de la sociedad hasta que se produzca el pago total del importe.

En lo referente a la selección de alguna de las penas del art. 33.7 CP, se ha de tener presente el contenido del art. 66 bis 1ª CP relativo a: “a) Su necesidad para prevenir la

⁵⁷ Art. 31.4 bis CP: “Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”. En este sentido, y teniendo como prioridad los intereses de los trabajadores y la propia continuidad del negocio pesquero que desarrolla Pescanova, S.A., se le debe imponer a la persona jurídica una pena del art. 33.7.g) CP de “intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores”. La pena tendrá una duración de dos años y su principal propósito no es otro que el de prevenir la continuidad de la actividad delictiva que desde Pescanova, S.A. se viene llevando a cabo de forma recurrente durante los últimos años. Por último, consideramos oportuno imponer a Pescanova, S.A. una pena del art. 33.7.f) CP de “Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social” por un plazo de dos años. Lo que se pretende con esta sanción es trasladar a la persona jurídica el reproche por los delitos cometidos en el seno de la misma, sin lesionar gravemente los intereses de sus trabajadores y acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA PELLA, J., *Estafa de inversores*, en A.A.V.V., *Memento Experto Reforma Penal (LO 5/2010)*, 1ª ed., Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E., *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (16). Delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en Boix Reig, J., *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II, Delito contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2012.
- FARALDO CABANA, P., *Artículo 282 bis*, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- FLECKNER, A. y HOPT, K., *Evolución del Derecho bursátil*, en Hopt, K., *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de valores*, (coord. de la ed. Española S. Hierro Anibarro), 1ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- HURTADO ADRIÁN, A., *Estafa de inversores y/o de crédito (art. 282 bis)*, en Juanes, A. (Dir.), *Reforma del Código Penal*, 1ª ed., El Derecho, Madrid, 2010.
- LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Estafa de inversores y de crédito. El art. 282 bis del Código Penal*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MORALES GARCÍA, O., *Fraude de inversores (art. 282 bis)*, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010*, 1ª ed., Aranzadi, Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

NIETO MARTÍN, A., *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

PUENTE ABA, L.M., *El artículo 282 bis del Código Penal: Las falsedades en la inversión en los mercados de valores*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época nº 7, enero de 2012.

SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., *Artículo 282 bis*, en Mir, S. y Corcoy, M., *Comentarios al Código Penal. Reforma de la LO 5/2010*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.