

# LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y LA PRESCRIPCIÓN

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA\*

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos. III. Información privilegiada: tipo agravado. IV. Prescripción

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos (STS, 1136/2010, de 21 de diciembre) aborda muy diversos problemas que son de actualidad y, alguno de ellos, de presencia frecuente. La sentencia se centra en dos temas que aparecen claramente relacionados, que son el delito de información privilegiada en el ámbito bursátil y el tema de la prescripción. Este último tema es abordado en relación con la determinación del plazo de prescripción que debe considerarse, así como en cuanto a la concreción del día *a quo* y, por último, en orden a la manera de redactar la sentencia; a todo ello se suma la admisión de un recurso de casación a una persona absuelta por prescripción. También examina la sentencia cuestiones cruciales del delito de información privilegiada relativas a la concreción del tipo penal y aquellas cuestiones que son necesarias para proceder al examen de los problemas prescriptivos antes indicados.

La Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió a C.A.I. y a L.J.P.M. de un delito de uso de información privilegiada, al haber prescrito el tipo básico, y declaró que no se había cometido el tipo agravado (previsto entonces en el art. 286.3 y en la actualidad en el art. 285.2.3ª del Código penal). Frente a esta resolución recurrieron tanto el Ministerio fiscal (que había acusado por el tipo agravado) como los acusados absueltos.

## II. HECHOS

La sentencia del Tribunal Supremo contiene en la fundamentación jurídica una síntesis de los hechos probados. Señala la sentencia que los hechos probados “comienzan por narrar una fuerte expansión de la empresa entonces de titularidad pública, “Tabacalera,

S.A.” (dedicada a la administración y gestión del monopolio de las labores del tabaco), de la que era Presidente el acusado, C.A.I., siendo así que en el año 1997 se planteó como objetivo el liderar el mercado mundial de cigarros puros, *e ideó la forma de aprovechar el conocimiento de determinados datos relativos al mercado bursátil para obtener una ventaja patrimonial considerable.*

Para la referida expansión comercial, se constituyó la sociedad “Tabacalera Cigars Internacional” (TCI) el día 13 de mayo de 1997. Esta sociedad, creada como de cartera, adquirió Tabacalera San Cristóbal de Honduras y Tabacalera San Cristóbal de Nicaragua, entidades que fabricaban cigarros de gran calidad. La mencionada política de expansión se comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como hechos relevantes (tales adquisiciones), los días 14 de mayo y 11 de julio de 1997, siendo así que “la mencionada política de expansión habría de cerrarse con la adquisición de una compañía productora de tabaco” (apartado 3 de los hechos probados). Y se centró el interés en la adquisición de *Havatampa Inc.* (entidad que tenía dos fábricas, una en Tampa –Florida– y otra en Selma –Alabama–). Fruto de tales negociaciones, se firma el día 7 de marzo de 1997, entre C.A.I. y Havatampa, el denominado “*Confidential Agreement*”, con objeto de transferirse información mutua en ámbito “de absoluta discreción”. Las reuniones continúan durante los meses de junio, julio y agosto, alcanzándose definitivamente un acuerdo el día 10 de septiembre, lo que se comunica el día 11 de septiembre de 1997 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante.

De manera simultánea a este proceso, el acusado C.A.I. se pone en contacto con su sobrino L.J.P.M. para este apareciera como único interviniente en una

\* Magistrado del Gabinete Técnico. Tribunal Supremo del Reino de España.

operación de masiva adquisición de acciones de Tabacalera a sabiendas de la repercusión que en el precio de las acciones iba a tener todo el proceso de expansión anteriormente citado, lo que iba a ser, dice el *factum*, “manifiestamente rentable”.

Para ello, C., en unión de su esposa, A.C., solicitan el día 4 de abril de 1997 al Banco Urquijo, la apertura de una línea de crédito por importe de 400 millones de pesetas, con un periodo de duración de un año, para la adquisición de valores del IBEX, con garantía de pignoración de las acciones adquiridas con tal operativa financiera, resultando sucesivamente aprobada por los órganos del banco, hasta que lo ratifica la Comisión Delegada el día 30 de abril de 1997. Seguidamente (7 de mayo de 1997), se constituye “Creaciones Baluarte, S.A”. (entre los esposos citados al 99 por 100, y el 1 por 100 restante, por una sociedad instrumental dominada por ellos), teniendo como objeto social la intervención de operaciones de bolsa (el registro de la sociedad en el Mercantil, tuvo lugar el siguiente día 22-5-1997), y previamente, tal sociedad se configura como acreditada en la póliza anteriormente mencionada (concedida por el Banco Urquijo), y en tal novación, ya se expone literalmente que el destino exclusivo de la financiación lo será “la adquisición en el mercado bursátil de acciones de Tabacalera, S.A”. y en su articulado, que las mismas quedarán como garantía pignoraticia a favor del banco, lo que se formalizará en póliza intervenida por fedatario mercantil. De igual manera se pacta que si los valores no alcanzaren el 110 por 100 respecto del capital concedido, el acreditado ha de complementarlos con otros, o bien, en caso contrario, se autorizaría al Banco a realizar la prenda, “para lo que la parte acreditada le cursa desde ahora y con carácter irrevocable la pertinente orden de venta”.

El día 2 de junio de 1997, L.J.P.M. adquiere la totalidad de las acciones de “Creaciones Baluarte, S.A”, mediante operación intervenida por corredor de comercio. No obstante, la gestión de la cartera, se asigna a otra sociedad (“Beta Capital SV, S.A”), vinculada a C.A.I., para la gestión de las inversiones y administración de valores.

Una vez L.J.P.M. ya propietario de Creaciones Baluarte, se acredita la realidad de dos operaciones de compra de acciones de Tabacalera. La primera, entre los días 10 y 12 de junio de 1997, 13.410 acciones, que se vendieron los días 8 y 10 de julio de 1997, y que reportaron unas ganancias de “*poco menos de 14 millones de pesetas*” (así se expone en el “*factum*”),

y que se desvincula por el Tribunal sentenciador de cualquier grado de influencia o de información privilegiada, y otra –la segunda operativa de adquisición de acciones– que la Audiencia ya adjetiva con previsión del impacto que habría de suponer en el mercado bursátil el anuncio de la compra de Havatampa, que se refleja en el apartado 7 de los hechos probados, y en donde se especifica que tal adquisición se produce entre el día 14 de agosto y el 5 de septiembre de 1997, periodo en el que se compraron 48.948 acciones de Tabacalera por un precio de 388.109.640 pesetas, que se vendieron entre los días 21 de enero y 27 de febrero de 1998, por valor de 609.041.230 pesetas, “*generándose una ganancia de 309.931.590 pesetas*”. Así se expresan textualmente los hechos probados de la sentencia recurrida, pero claramente esto es un error de cálculo, pues como es de ver con una simple resta, el valor de la ganancia fue exactamente de 220.931.590 pesetas, y por lo tanto, la combatida, arroja una diferencia de 89.000.000 pesetas de error.

También se narra en la resultancia fáctica, como elemento del impacto alcista, la subida de las labores de tabaco rubio nacional de mayor consumo (Fortuna), en un porcentaje cercano al 10 por 100 (concretamente el 9,43 %), que se acordó el día 11 de septiembre de 1997, por la Delegación del Gobierno para el monopolio de tabacos, se publicó en el BOE al día siguiente, y que fue comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como hecho relevante el lunes siguiente, día 15. Todo ello determinó un impacto alcista de las acciones de Tabacalera, que persistió “a lo largo del tiempo”.

### III. INFORMACIÓN PRIVILEGIADA: TIPO AGRAVADO

El Ministerio Fiscal considera que ha de aplicarse el subtipo agravado del antiguo art. 286.3 (actualmente el 285.2.3<sup>a</sup>) del Código penal. En otras palabras, el Ministerio Fiscal estima que concurre el tipo agravado que se presenta cuando “se cause grave daño a los intereses generales”. Dos son las cuestiones que, conforme a la sentencia, han de ser examinadas: cuándo hay grave daño y qué se debe entender por intereses generales. Para ello, la sentencia previamente acude a determinar el bien jurídico protegido por el tipo penal.

#### 1. Bien jurídico protegido

Considera la sentencia, así como la doctrina dominante, que el bien jurídico protegido es “el buen funcionamiento del mercado en condiciones de

transparencia y con garantía de igualdad de oportunidades para todos los inversores”. Así pues, se mantiene un punto de vista colectivista en el que lo que se protege es, en definitiva, el mercado de valores. En efecto, para garantizar un buen funcionamiento del mercado de valores es preciso que los inversores acudan a él con confianza y para obtener esta se hace necesario que los inversores sepan que dicho mercado funciona con transparencia y con base en el principio de igualdad de oportunidades; todo esto se obtiene cuando el inversor sabe que en el mercado de valores está prohibido (incluso penalmente) actuar con información privilegiada. Esto significa que los intereses del particular, es decir, su patrimonio no es el objeto de protección en este tipo penal. Esta conceptualización no se resiente por el hecho de que el art. 285.1 del Código penal se refiera a la obtención de un determinado beneficio económico o se cause un perjuicio. Entre otras razones, porque la obtención de un beneficio económico en nada se refiere a la afectación de intereses particulares; y, porque cuando el Código habla del perjuicio no concreta a quién ha de causársele ese perjuicio, esto es, puede ser a un inversor o al sistema del mercado de valores (cuestión distinta es cómo se puede evaluar ese perjuicio; eso lo veremos más adelante). Por ello, cualquier cuestión referida al perjuicio de un particular o a la existencia de engaño conducirá necesariamente a un problema concursal.

## 2. Cause grave daño

Como el tipo penal exige que se cause grave daño, la sentencia del Tribunal Supremo considera que “ese “causar” impide que nos encontremos ante un tipo de mero peligro, sino que se requiere naturalmente un resultado.

Respecto al concepto de daño, este no tiene por qué ser necesariamente de contenido económico, como se comprueba por la inclusión por el legislador del apartado segundo de tal precepto, en donde se exige “que el beneficio obtenido sea de notoria importancia”, conducta esta de claro impacto económico. El daño puede ser, pues, de cualquier naturaleza”.

Sin embargo, a nuestro juicio, el tipo penal conforma un delito de peligro y no de resultado. El tipo penal supone la puesta en peligro del bien jurídico protegido sin que sea precisa la efectiva materialización del peligro en un resultado.

Partiendo de esta concepción, el hecho de que en la “circunstancia” N° 3 del art. 285.2 del Código penal se exija que se “cause grave daño a los intereses

generales”, no altera tal conformación del delito, pues, cabe interpretar que lo que exige el tipo penal es que se cause un peligro grave de daño a los intereses generales.

Entenderlo de otra manera, conduce a que el art. 285.1 sea un tipo de peligro y el art. 285.2 de resultado. Pero, teniendo en cuenta la estructura del tipo (a la que nos referiremos más adelante) parece más acorde con la misma y con el bien jurídico protegido el considerar que el art. 285 (ap. 1 y 2) conforma varios tipos de peligro y no de resultado.

## 3. A los intereses generales

Considera la sentencia que, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por el tipo penal, los intereses generales que han de resultar gravemente dañados “han de ser los que afecten a la colectividad de inversores en tal mercado secundario”, es decir, en el mercado bursátil.

Profundizando en la actividad del *insider trading*, señala la sentencia que si este, es decir, el “autor que actúa en el mercado bursátil con información privilegiada, obtiene con tal posición una ventaja económica para sí y que se ha de compartir inmediatamente por los demás inversores, en tanto que tal información produce en un futuro inmediato un impacto alcista en los mercados de valores, no podrá producirse en modo alguno un grave daño para los intereses generales de la colectividad de inversores, pues no resulta perjuicio directo para nadie en particular. Podría argumentarse que la masiva demanda de un valor que genera un masivo movimiento del dinero que se sitúa en tal cotización, perjudicaría a otros títulos que tal vez resultasen realizados para la adquisición del emergente; pero aun así, tal efecto no es consecuencia de la información privilegiada, sino de las condiciones de solidez de tal posición frente a otras, y respecto de la cual, el autor del delito se ha aprovechado de manera anticipada al contar con un conocimiento privilegiado frente a los demás inversores, pero, hay que convenir que, de todos modos, la subida del valor no es consecuencia de la ilícita actividad de tal “insider trader””.

Este punto de vista, conduce a la sentencia a la conclusión de que “únicamente será posible predicar un daño a la colectividad de inversores –o lo que es lo mismo, a los intereses generales– cuando el resultado del delito no resulte del aprovechamiento directo consecuencia de la subida de la bolsa, sino cuando se produzca lo contrario, esto es, un *perjuicio*

*económico* a terceros inversores. De ahí que los elementos objetivos que pueden incidir en la determinación de tal subtipo agravado lo pueden ser, como dice la Sala sentenciadora de instancia, bien una grave disminución de la cotización, la necesidad de una intervención estatal para salvaguardar el sistema, o en última instancia, un grave colapso financiero. Pero desde luego no, una situación como la que es objeto de enjuiciamiento, ya que se trata del *caso de una acción aislada*”.

Así pues, la noción de intereses generales “ha de venir referida a los que afecten al correcto funcionamiento del mercado de valores, es decir, a la transparencia del mercado, a la correcta formación de los precios y a la igualdad de oportunidades para los inversores”.

De ahí, que la sentencia concluya, centrándose en el caso concreto, que, “aunque no pueda descartarse de modo absoluto, es difícil apreciar un perjuicio de esa naturaleza causado solamente *por una acción aislada* que, como la aquí enjuiciada, solo ha dado lugar a un beneficio individual sin que se haya acreditado perjuicio para terceros.

Como se ha dicho, en el caso, se trata de una actividad aislada, que ha originado un beneficio de una cuantía no especialmente relevante, si se tiene en cuenta el importe global de los valores negociados y las exigencias cuantitativas del tipo básico; y tal conducta se imputa a una persona que ostentaba el cargo de Presidente de una compañía que, aun siendo importante, es una más de las muy numerosas que cotizan en Bolsa; que no ha originado perjuicios acreditados para terceros; y que no se ha probado que causara ninguna alteración grave en el funcionamiento del mercado de valores. No es posible, pues, la aplicación del subtipo agravado”.

No obstante, a nuestro juicio, el análisis del tipo penal permite una concepción algo diferente a la que se recoge en la sentencia. Partimos del mismo bien jurídico protegido y, en consecuencia, como dijimos, lo que se protege no son intereses particulares sino intereses generales, como es el buen funcionamiento del mercado de valores. Por lo tanto, la tipificación penal de las conductas del *insider trading* ya suponen que el legislador ha considerado que tales conductas afectan o ponen en peligro tal bien jurídico protegido. La discusión sobre si las conductas del *insider trading* deben o no ser tipificadas penalmente es previa a la tipificación (sin perjuicio de que se pueda estar en desacuerdo con la creación del tipo penal), de manera que una vez introducido el delito en el Código penal

puede partirse de que tales conductas afectan a los intereses generales. En ello, como dijimos, nada tiene que ver que el Código se refiera a un beneficio económico o a un perjuicio, pues tales límites operan como una condición objetiva de punibilidad.

Por ello, aceptando que el tipo penal básico considera que la conducta descrita en él afecta a los intereses generales, entonces, la agravación (o el tipo agravado) del art. 285.2.3<sup>a</sup> lo que hace es acentuar el carácter de “grave” en el daño que se produce a los intereses generales. Dicho de otra manera, los intereses generales del tipo agravado son los mismos intereses que se protegen en el tipo básico. La única diferencia se encuentra en que tales intereses generales afectados, que en el tipo básico son implícitos, en el tipo agravado se exige que sean graves.

Del hecho de que se trate de “una acción aislada” no puede, a mi juicio, deducirse que no puede mediante ella causarse un grave daño a los intereses generales. La cuestión, desde este punto de vista, no se halla en que sea una o varias acciones aisladas o conjuntas, sino en que los intereses generales, esto es, el buen funcionamiento del mercado de valores haya sido afectado de manera grave. Centrar la cuestión alrededor de “una acción aislada”, supone de hecho cerrar de forma importante el tipo penal reduciendo considerablemente su ámbito de aplicación.

Llegados hasta aquí, quedaría por concretar, entonces, que ha de entenderse por “grave”. De diversas formas puede determinarse el carácter “grave” de la afectación del mercado de valores, que ahora no vamos a enumerar, sino que únicamente indicaremos que el tipo básico determina mediante una condición objetiva de punibilidad a partir de cuándo una afectación de “los intereses generales” debe considerarse delictiva. Pues bien, partiendo de ello, podemos considerar que una afectación “grave” se presenta cuando se ha superado en el doble tal límite. El Código en el delito de tráfico de drogas también utiliza conceptos jurídicos indeterminados como “grave daño a la salud”, “notoria importancia” y “extrema gravedad” (para cuando “excediere notablemente” de la considerada como de notoria importancia) y ha sido la jurisprudencia la que ha concretado tales conceptos.

En la estructura del tipo penal vemos que la condición objetiva de punibilidad la concreta en dos aspectos: la obtención de un beneficio económico (superior, hoy día, a 600.000 euros) o la causación de un perjuicio (de idéntica cantidad). Y, en cuanto a las “circunstancias” agravantes del apartado 2 (prescindiendo de la

1ª que se refiere a la habitualidad), estas suponen una exasperación de estos dos parámetros: la 2ª “que el beneficio obtenido sea de notoria importancia”; y la 3ª, “que se causa grave daño a los intereses generales”. Por consiguiente, estas dos “circunstancias” van referidas a aquellos parámetros y la cuestión se centra en determinar la “notoria importancia” o el “grave daño”.

De manera que, a mi juicio, la afirmación relativa a que de la conducta del *insider trading* “no resulta perjuicio directo para nadie en particular”, no es relevante, pues, el tipo penal como decimos no protege intereses particulares sino intereses generales.

#### IV. PRESCRIPCIÓN

Los siguientes problemas con que se enfrenta la STS son la determinación del delito a tomar en cuenta para el cómputo del plazo de prescripción, el día *a quo*, la posibilidad de recurrir y la forma en que ha de redactarse la sentencia que declara la prescripción. Veámoslos seguidamente.

##### 1. Concreción del delito

El delito básico de información privilegiada tiene un plazo de prescripción de cinco años, y el correspondiente al subtipo agravado, por el que acusó el Fiscal, diez años, por lo que es preciso concretar con relación a qué delito debe realizarse el cómputo de la prescripción.

La cuestión es la siguiente: cuál es el plazo por el que ha de optarse para el cómputo de la prescripción cuando se trata de un delito que contiene, en su descripción normativa, un tipo básico y un tipo agravado, habiéndose formulado acusación por el tipo agravado, y declarando el Tribunal sentenciador que no concurre el mismo, sino que considera aplicable el tipo básico. Es decir, qué plazo de prescripción debe ser observado: el plazo correspondiente al tipo agravado, al ser este el objeto de acusación, o el plazo correspondiente al tipo básico, al ser este el objeto de aplicación.

##### 1.1. La posición de la Jurisprudencia hasta octubre de 2010

Primero expondremos la posición mantenida hasta octubre de 2010 y después, seguidamente, indicaremos el cambio introducido por la Jurisprudencia.

El artículo 131 del Código Penal señala los plazos de prescripción de los delitos. Para ello, distingue según

cuál sea la duración de la pena impuesta y utiliza en varias ocasiones la expresión “*pena máxima*” señalada por la Ley.

En relación con este precepto deben tenerse presente los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 1997 y 16 de diciembre de 2008. este último señala:

“Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997”.

Los Acuerdos descritos han sido objeto de interpretación y aplicación por parte de diversas Sentencias de la Sala de lo Penal.

Con carácter general, la jurisprudencia señala que de una interpretación, tanto literal como lógica y finalista, de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal, se deduce que la cuantía de la pena correspondiente al delito que se dice prescrito debe ser la máxima que la Ley señala y nunca la que el Tribunal sentenciador imponga en cada caso concreto, ya que esto último no es cuestión de legalidad, sino simplemente de individualización de la pena (SSTS 422/2009, de 21 de abril; 414/2008, de 7 de julio; 600/2007, 11 de noviembre; 509/2007, de 13 de junio; 700/2006, 27 de junio; 71/2004, de 2 de febrero; y 1173/2000, de 30 de junio, entre otras).

Por ello, partiendo de la pena señalada en abstracto, se dice que esta debe considerarse como pena en toda su extensión y por lo tanto en su concepción de pena máxima que puede ser impuesta, teniendo en cuenta las exasperaciones punitivas que pudieran operar, por la aplicación de algún tipo agravado o por la continuidad delictiva (SSTS 422/2009, de 21 de abril; 414/2008, de 7 de julio; 700/2006, de 27 de junio; 610/2006, 29 de mayo; 1375/2004 de 30 de noviembre; y 222/2002, 15 de junio, entre otras).

Ello porque, razona la jurisprudencia, los denominados tipos agravados por la concurrencia de elementos típicos que se incorporan a un hecho básico, forman una tipicidad distinta con una distinta consecuencia jurídica. Es decir, que si bien debe partirse de la pena abstracta señalada para el tipo de que se trata, no debe olvidarse que junto al tipo básico o genérico, existen otros que la doctrina y sentencias de esta Sala llaman tipos específicos, complementarios o accidentales, y que no por ello dejan de ser delictivos a los efectos de realizar el cómputo prescriptivo, sin

que deban confundirse con la determinación penológica que resulta del juego de las reglas de aplicación de la pena por la naturaleza y número de las circunstancias concurrentes (SSTS 509/2007, de 13 de junio; 414/2008, de 7 de julio; 1104/2002, de 10 de junio; 198/2001, de 7 de febrero; y 289/2000, de 22 de febrero, entre otras).

## 1.2. Posibles soluciones

Una vez planteada la cuestión, veamos seguidamente cuales son las posibles soluciones.

### 1.2.1. Aplicación del plazo de prescripción del delito por el que se acusa (tipo agravado)

La primera solución tiene a su favor el argumento de que el tipo agravado ha sido objeto de acusación y, por lo tanto, ha habido posibilidad de defenderse del mismo. El acusado ha tenido posibilidad de defenderse tanto respecto a la calificación jurídica como de todas sus consecuencias, entre ellas el plazo de prescripción aplicable.

En todo caso, esta solución exige que el tipo agravado haya sido objeto de acusación, con el fin de no vulnerar el principio acusatorio. No cabe apreciar el plazo de prescripción del tipo agravado si este no forma parte de la acusación y, en consecuencia, no forma parte del debate procesal; dado que el condenado se vería “sorprendido” por la aplicación de un plazo de prescripción referido a un tipo agravado por el que no se ha planteado acusación y respecto al que no ha tenido que defenderse. Ello ocurriría cuando no se formula acusación alguna por el tipo agravado, pero sin embargo, ante la alegación de que el tipo básico está prescrito, se le aplica el plazo de prescripción del delito más grave.

### 1.2.2 Aplicación del plazo de prescripción del delito por el que se condena (tipo básico)

En este caso, el criterio es aplicar el plazo que corresponde al delito que es objeto de condena (tipo básico), sea cual sea la calificación contenida en la acusación (tipo agravado). Por ejemplo, si el condenado fue acusado del delito de asesinato y resultó condenado por el delito de homicidio, el plazo de prescripción que debe operar es el referido al delito de homicidio.

Esta solución parece más coherente por las razones siguientes.

En primer lugar, es la que mejor se adecua a la responsabilidad por el hecho cometido. Los hechos realmente cometidos son unos (tipo básico) y, por ello, se

les aplica el plazo de prescripción que la Ley les señala. No se aplica un plazo que corresponde a unos hechos que no han sucedido (tipo agravado) por mucho que hayan sido objeto de acusación. Dicho de otra manera, si la resolución judicial declara que unos hechos no existen (porque ha razonado que el tipo agravado no es aplicable), no es adecuado que se vitalice una consecuencia de esos hechos que no existen (el plazo de prescripción del tipo agravado) para aplicarla a los hechos que sí existen (el tipo básico).

La Ley dice que a los Hechos A les corresponde el Plazo de prescripción A, y a los Hechos B les corresponde el Plazo de prescripción B. No parece lógico, entonces, que la sentencia declare que han sucedido los Hechos A y aplique a los mismos el Plazo de prescripción B.

En segundo lugar, es la solución que parece más coherente con los derechos del acusado a la vista de cómo se ha desarrollado el proceso. Esto es, si el acusado se ha defendido eficazmente contra una acusación formulada por el tipo agravado y ha conseguido una calificación de los hechos más leve (tipo básico), ello debe producir a su favor todos los efectos beneficiosos posibles, incluyendo no solo la imposición de una pena más leve sino también la aplicación del plazo de prescripción más corto.

En tercer lugar, con ello se evitan actuaciones que pueden constituir fraude de ley. En este sentido, si la parte acusadora teme que haya transcurrido el plazo de prescripción del tipo básico, le basta con calificar los hechos como tipo agravado, aunque sea de forma infundada. De este modo se aseguraría la aplicación al tipo básico del plazo de prescripción que corresponde al tipo agravado.

Esta solución se basa en el delito que finalmente resulta aplicado y conforme al mismo se fija el plazo de prescripción. Ello supone que también puede operar a la inversa. Esto es, puede suceder que la Audiencia Provincial condene por el tipo básico, desechando la aplicación del tipo agravado, y aplique el plazo de prescripción del delito objeto de condena. Si en casación se modifica la calificación de los hechos y se entiende aplicable el tipo agravado, entonces el plazo de prescripción a computar será el de dicho tipo agravado, ya que lo relevante es el delito que se declara cometido.

### 1.2.3 Toma de posición

De lo dicho, puede, a nuestro juicio, establecerse las siguientes conclusiones:

- 1) El plazo de prescripción del delito se fijará conforme al tipo penal que es finalmente objeto de condena.
- 2) Cuando se formule acusación por un tipo agravado, pero la condena se imponga apreciando la existencia del tipo básico, se considera más adecuada la solución de aplicar a este el plazo de prescripción del delito objeto de condena, esto es, el plazo de prescripción aplicable al tipo básico. Con el añadido de que deberá apreciarse teniendo en cuenta la pena en abstracto señalada en la Ley para el mismo (no la pena impuesta en concreto).
- 3) Si en casación, a consecuencia de un recurso de la parte acusadora, se modifica la calificación de los hechos y se entiende aplicable el tipo agravado (frente al tipo básico aplicado en la instancia), entonces el plazo de prescripción a computar será el dicho tipo agravado, ya que lo relevante es el delito que finalmente resulte aplicado.
- 4) Evidentemente, este criterio también es aplicable cuando se acusa de un delito y el hecho se considera una falta: deberá tomarse en consideración el plazo de prescripción de la falta y no del delito.

### 1.3. Posición de la Jurisprudencia a partir de octubre de 2010

La Sala segunda del Tribunal Supremo se ha reunido en Sala general, el martes 26 de octubre de 2010, y ha acordado que “para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido este como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta.

En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado”.

Así pues, el plazo que ha de computarse en el caso concreto es el del tipo básico.

## 2. Determinación del día a quo

El siguiente problema que aborda la STS es el de determinar cuál es el día *a quo* a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción.

Señala la STS que “los diversos estadios comisivos que se han barajado por la doctrina científica, han sido varios: el momento de la compra de las acciones, el de la venta de las mismas, aquel en que pueda vincularse que la información privilegiada ha operado en el mercado un impacto alcista por el que se ha obtenido el beneficio típico (revalorización latente), y finalmente la teoría que sitúa su consumación delictiva en el instante mismo que la noticia relevante y reservada llega al mercado, por cesar entonces la afectación al bien jurídico protegido”.

Seguidamente examina la sentencia estas distintas posibilidades:

- a) La primera posición, es decir, “que el delito se comete cuando se compran las acciones, no puede ser aceptada, porque en tal instante nunca se habría producido el beneficio típico indicado”.
- b) La segunda posición, es decir, “la teoría de la venta de las acciones es la más simple, porque basta restar al valor obtenido con la realización, el precio de compra, para determinar tal resultado típico. Esta es la posición de la Audiencia “a quo”, pero ha de convenirse que la comisión delictiva no puede venir referida a tal operación, pues si una vez conculcado el tipo penal, el sujeto activo no vende los valores bursátiles no se habría cometido el delito, o si los vende parcial y sucesivamente sin llegar a la cifra indicada en el Código penal habría neutralizado su acción típica. En otras palabras: salvo los casos previstos para el desistimiento activo y eficaz, el derecho penal no es disponible para el autor de la infracción penal. De otro lado, no es cierto que mientras no se realicen los títulos, la ganancia no se ha producido, porque razonar así es desconocer que el mercado atribuye un precio a los valores en bolsa, que se traducen en cifras de diaria constatación, cuya entidad cuantitativa puede traducirse en operaciones económicas, como la pignoración de títulos a los efectos de la obtención de una línea de crédito, cosa que por cierto se produjo en este caso, como es de ver en la resultancia fáctica de la recurrida. De manera que la venta de las acciones puede ser considerada como

aquella fecha en que se produce el agotamiento del delito, pero no propiamente la de su consumación delictiva”.

- c) La tercera posición, esto es, “la teoría de que la consumación se produce en el momento en que la noticia relevante llega al mercado, tiene el inconveniente de que tal instante será el inicio de la revalorización, y claro es que en este delito las acciones han de haberse adquirido con anterioridad para conculcar el bien jurídico protegido, que es el de la igualdad de oportunidades relacionado con el buen funcionamiento del mercado, porque a partir de que la información relevante es pública, no es posible ya su perpetración”.
- d) La cuarta posición, que es la acogida por la STS se centra en “la teoría de la revalorización de las acciones como consecuencia de la influencia que la información privilegiada tuvo en su impacto alcista, es decir, vinculando la noticia relevante a la máxima revalorización, eso sí, dentro de un periodo temporal en donde tal información ha conseguido ese resultado. Quiere con ello decirse que el beneficio obtenido tiene una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo. De manera que ha de tomarse en consideración la influencia que en el mercado opera la información privilegiada, generando un rápido impacto alcista, de forma tal que, no habiendo otros elementos de donde poder deducir que la subida de las acciones tienen otra causa o componente económico relevante –y aquí esto desde luego no consta–, habrá de considerarse como periodo relevante para la consumación delictiva aquel en que la acción se encuentre en su máxima revalorización. Dicho con otras palabras: una vez que la noticia relevante es pública, y por su impacto en el mercado, el valor experimenta una rápida ascensión (de la que se aprovecha el autor del delito), en las denominadas curvas bursátiles diarias, habrá que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito. Y todo ello con una inmediata vocación de rapidez de la respuesta del mercado, propia de este tipo de comportamientos que los agentes económicos impulsan, a resultas de una información que hoy día se produce a tiempo real”.

De manera que la sentencia se inclina por la teoría de la revalorización de las acciones, considerando el máximo valor al alza de estas en un periodo corto de tiempo, una vez hecha pública la información privilegiada que estaba secreta. Es decir, considera que el delito queda consumado cuando, habiendo realizado transacciones bursátiles manejando información privilegiada, una vez pública la indicada información, ha transcurrido un periodo de tiempo adecuado a las características del mercado para que este absorba la información que se ha hecho pública. Una vez determinado ese periodo de tiempo, habrá de examinarse cuál ha sido la máxima cotización que han alcanzado las acciones de que se trate. La fecha en que, dentro de ese periodo, se haya alcanzado la máxima cotización será la fecha de consumación del delito y, a partir de la misma, se computarán los plazos de prescripción.

Para ello, la sentencia ha de considerar que las ganancias se concretan en los precios de los valores en la bolsa, con independencia de que la persona haya o no vendido las acciones en dicho momento.

El problema, desde este punto de vista, es determinar cuál es el periodo de tiempo que se ha de considerar desde que la información se ha hecho pública. Hemos puntualizado que deberá ser aquel que resulte necesario, teniendo en cuenta las características del mercado, para que el mercado absorba la información revelada. En otras palabras, el mercado tiene fluctuaciones y habrá de considerarse el mercado concreto y averiguar en cuánto tiempo una información de las características concretas de que se trate afecta a las cotizaciones.

A nuestro juicio, la conducta típica se centra en el *uso* o el *suministro* de alguna información relevante, por lo que el tipo se realizará en el momento en que se hace *uso* o se *suministra* la información. Cuestión distinta es la de determinar el momento de la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad. Este punto de vista, conduce a afirmar que desde el momento de la compra de valores usando información privilegiada, el delito ha sido consumado. La cuestión tiene que ver con que a nuestro juicio el tipo penal es de peligro y no de resultado.

Otra cuestión es que los tipos agravados del art. 285.2.2ª y art. 285.2.3ª sean distintos: uno se refiere al beneficio obtenido y el otro al grave daño. Por ello, el día *a quo* en cuanto a la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad, es distinto o, al menos puede serlo; pero esa distinción no afecta a la realización del delito que se produce con el *uso* o el

*suministro* de la información privilegiada.

Evidentemente, no podemos entrar ahora en la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. No obstante, diremos que no pertenecen al injusto, que el error sobre las indicadas condiciones es irrelevante y que tales condiciones no han de ser abarcadas por la culpabilidad (sin perjuicio de que sí pertenezcan al tipo desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito). De ahí puede concluirse que el plazo de prescripción ha de computarse desde que se ha realizado el tipo penal y no desde que haya concurrido la condición objetiva de punibilidad.

A otra solución se llegaría si partimos de que la referencia al beneficio o al daño no es una condición objetiva de la punibilidad sino el resultado típico. Sin embargo, no podemos compartir esta conformación típica.

### 3. Posibilidad de recurrir

La pregunta sería: ¿puede recurrir un acusado que ha sido absuelto, cuando la razón de la absolución es que el delito acusado está prescrito?

En términos generales las personas acusadas pero que finalmente resultan absueltas no pueden recurrir por ausencia de gravamen. Ahora bien, cuando la razón de la absolución no estriba ni en la no producción del hecho ni en la no participación en el mismo, la sentencia absolutoria puede crear un gravamen en la persona absuelta. Eso ocurre, entre otros supuestos, cuando la absolución está basada en la prescripción. El acusado absuelto puede pretender una absolución fundada en que su conducta no es delictiva.

La jurisprudencia del Tribunal (la STS, 938/1998, de 8 de julio y la STS, 1497/2001, de 18 de junio) han aceptado que es posible tal recurso pues se ha de reconocer y tutelar el interés del acusado en el recurso. La STS, 1136/2010, de 21 de diciembre, que estamos comentando, mantiene esta doctrina.

### 4. ¿Cuál ha de ser el contenido de una sentencia que declara prescrito el delito imputado al acusado?

¿Debe la sentencia como primer pronunciamiento declarar la prescripción y no entrar en la existencia del delito? O, por el contrario, primeramente debe determinarse el delito para posteriormente examinar la cuestión de la prescripción.

Evidentemente, la prescripción requiere la determinación de una serie de extremos antes de que pueda

ser declarada. Es preciso concretar el delito, pues los plazos prescriptivos varían; es necesario, examinar a partir de cuándo debe computarse y desde cuándo el procedimiento se ha dirigido contra la persona acusada; así como también debe ser analizado, en su caso, si se ha interrumpido o no la prescripción. Una vez conocidos estos extremos podrá declararse la prescripción.

Ahora bien, también ha de tenerse en consideración que cuando ha concurrido la prescripción, el Estado carece de *ius puniendi* pues este se ha extinguido. Por consiguiente, una determinación exacta en relación con una persona concreta puede ser una declaración incorrecta e inadecuada, dado que efectivamente no existe *ius puniendi* en relación con el hecho de que se trate o en relación con la persona de que se trate (piénsese que el procedimiento puede haberse dirigido contra una persona que no tiene nada que ver con el hecho y, después, una vez transcurrido los plazos prescriptivos, se dirige el procedimiento contra otra persona).

Señala, al respecto, la STS que comentamos que “era necesaria la celebración del juicio oral, y determinar los elementos típicos que fueran precisos, para resolver, después, la aplicación, o no, de la invocada prescripción del delito. De manera que al proceder así la Sala sentenciadora de instancia, no podemos declarar que se haya infringido tal principio constitucional, ni mucho menos que se haya provocado el vicio procesal denominado incongruencia *extrapetita*”.

Más detenidamente esta sentencia considera que existen varias posibilidades sobre la forma de redacción de los hechos probados en una sentencia que aprecia la prescripción.

Estas posibilidades pueden ser:

“1. Identificar en la resultancia fáctica, *el iter procesal* de la interrupción de la prescripción, haciéndose constar exclusivamente el contenido indiciario de los hechos imputados en la denuncia o querrela, sin ningún tipo de declaración de probados de tales hechos.

2. Relatar los elementos del tipo objetivo del delito, sin entrar a consignar ni declarar probados los correspondientes al tipo subjetivo del mismo. A partir de ahí, se estudia la prescripción, una vez estos quedan calificados jurídicamente.

3. Hacer constar como probados aquellos elementos fácticos que sean imprescindibles –objetivos o

subjetivos— para la calificación jurídica y operar a continuación sobre los plazos de prescripción.

4. O bien realizar un relato general y completo de los hechos que han quedado probados, en todos sus componentes normativos y descriptivos, con objeto de que en el caso de que prosperase el recurso de casación (o de apelación), el Tribunal “ad quem” pueda pronunciarse sobre la eventual condena de los acusados, si revoca el pronunciamiento absolutorio por prescripción”.

Considera la sentencia que, aunque la cuestión no es pacífica, sin embargo, “ha de convenirse que pueden utilizarse varios de esos sistemas en función de la necesidad de clarificación del delito cometido, con objeto de proceder a determinar su plazo prescriptivo y, a continuación, la concreción de los días inicial y final de tal cómputo, pronunciándose después sobre si el delito se encuentra o no prescrito.

De tales posibilidades, hemos de inclinarnos por la tercera, en función de que —en la mayoría de las

ocasiones— no podemos contentarnos exclusivamente con valorar los elementos típicos objetivos —elementos descriptivos y normativos—, sino averiguar el ánimo del autor, extremo este necesario para dicha calificación jurídica, sobre todo en aquellas infracciones penales especialmente cualificadas por su concurrencia. Por poner solamente un ejemplo, para determinar si un atentado contra la vida o la integridad personal del sujeto pasivo constituye un delito de homicidio intentado o de simples lesiones, con plazos prescriptivos diversos, ha de indagarse sobre la intención del autor, que será analizada a partir de la valoración del material probatorio que se haya desplegado en el plenario. Aquí ocurre lo propio: información reservada con carácter de privilegiada y aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero (en el caso), son requisitos típicos de necesaria concurrencia para la calificación delictiva. La Audiencia así lo ha declarado pero desde la perspectiva únicamente de la mera calificación jurídica, y no desde la panorámica de la condena delictiva”.