

El delito de corrupción en los negocios

SERGIO BERENGUER PASCUAL



Derecho Penal
y Procesal Penal

EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

SERGIO BERENGUER PASCUAL



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2020

Primera edición: junio de 2020

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Sergio Berenguer Pascual
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-20-062-7 (edición en papel)
090-20-063-2 (edición en línea, PDF)
090-20-064-8 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2629-2

Depósito legal: M-11378-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| PRÓLOGO DE VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO | 15 |
| PRÓLOGO DE JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES | 19 |
| NOTA PRELIMINAR..... | 25 |
| INTRODUCCIÓN | 27 |
| ABREVIATURAS | 33 |
| CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS | 35 |
| I. Introducción..... | 35 |
| II. Libertad de empresa y tutela de la competencia..... | 36 |
| 1. Aproximación a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y de la protección de la competencia..... | 36 |
| 1.1 El derecho a la libertad de empresa | 39 |
| 1.2 La competencia como garantía del derecho a la libertad de empresa | 40 |
| 2. La tutela de la competencia..... | 42 |
| 2.1 Tutela administrativa de la competencia..... | 44 |
| 2.2 Tutela mercantil de la competencia | 48 |
| 2.3 Tutela penal de la competencia..... | 52 |

| | Páginas |
|---|---------|
| III. La persecución penal de la corrupción en los negocios en el ordenamiento jurídico español | 56 |
| 1. El fenómeno de la corrupción en los negocios..... | 56 |
| 1.1 Efectos para el sistema económico y el mercado..... | 61 |
| 1.2 Efectos para las empresas | 62 |
| 1.3 Efectos para los consumidores..... | 63 |
| 1.4 Efectos para las instituciones públicas..... | 64 |
| 2. La criminalización de la corrupción en los negocios | 64 |
| 2.1 El delito de corrupción en los negocios en la normativa internacional | 65 |
| 2.1.1. Punto de partida..... | 65 |
| 2.1.2. La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción..... | 68 |
| 2.1.3. El Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales..... | 69 |
| 2.1.4. El Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa | 73 |
| 2.1.5. La Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea | 75 |
| 2.2 El delito de corrupción en los negocios en el Código Penal español | 78 |
| 2.2.1. En la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio..... | 78 |
| 2.2.2. Tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo | 82 |
| 2.2.3. Tras la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero..... | 85 |
| 2.2.4. Cuadros comparativos relativos a la evolución de la redacción del delito de corrupción en los negocios en el Código Penal español..... | 86 |
| IV. El bien jurídico protegido del delito de corrupción en los negocios | 89 |
| 1. Aproximación general | 89 |
| 2. El patrimonio empresarial como bien jurídico protegido..... | 90 |
| 2.1 La tutela del patrimonio de las empresas que incurren en corrupción privada | 90 |
| 2.2 La tutela del patrimonio de las empresas competidoras | 93 |
| 3. El deber de fidelidad como bien jurídico protegido | 94 |
| 4. La competencia como bien jurídico protegido..... | 97 |

| | Páginas |
|---|------------|
| 5. La corrupción en los negocios como un delito pluriofensivo..... | 100 |
| 5.1 La tutela conjunta de la competencia y del deber de fidelidad | 100 |
| 5.2 La tutela conjunta de la competencia y de los intereses patrimoniales del empresario y de los competidores | 102 |
| 6. Propuesta de interpretación: en torno a la competencia como el único bien jurídico protegido..... | 104 |
| CAPÍTULO II. TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS | 121 |
| I. Introducción..... | 121 |
| II. Estructura general del tipo y contenido del injusto penal..... | 122 |
| 1. Determinación de lo injusto en el delito de corrupción en los negocios. Límite con la normativa extrapenal de protección de la competencia | 122 |
| 2. Criterio utilizado para diferenciar las dos modalidades del delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis.1 y 2 CP)..... | 130 |
| III. Requisitos comunes de las modalidades incentivadora y favorecedora.... | 133 |
| 1. Contexto comercial en el que debe producirse la acción | 133 |
| 1.1. Ámbitos incluidos | 133 |
| 1.1.1 En la adquisición o venta de mercancías..... | 133 |
| 1.1.2 En la contratación de servicios | 135 |
| 1.1.3 En las relaciones comerciales | 136 |
| 1.2. Otros supuestos a discutir | 138 |
| 1.2.1 En la contratación laboral..... | 138 |
| 1.2.2 En la contratación con consumidores y usuarios..... | 139 |
| 1.2.3 En las actividades notariales | 140 |
| 2. El incentivo ilícito como contraprestación de un favorecimiento indebido en el mercado..... | 142 |
| 2.1. Lo que se da (o habría que dar): el incentivo ilícito..... | 143 |
| 2.1.1 Naturaleza y clases de incentivos..... | 144 |
| 2.1.2 Carácter injustificado del incentivo | 149 |
| 2.1.2.1 ¿Riesgo típico en supuestos en los que la ley ampare la percepción del beneficio o ventaja?..... | 151 |

| | Páginas |
|---------|---------|
| 2.1.2.2 | 155 |
| 2.1.3 | 166 |
| 2.2 | 168 |
| 2.2.1 | 169 |
| 2.2.1.1 | 174 |
| 2.2.1.2 | 186 |
| 2.2.1.3 | 192 |
| 2.2.1.4 | 195 |
| 2.2.1.5 | 197 |
| 2.2.2. | 199 |
| 2.2.2.1 | 200 |
| 2.2.2.2 | 201 |
| 2.3. | 204 |
| IV. | 205 |
| 1. | 205 |
| 1.1 | 205 |
| 1.1.1 | 206 |
| 1.1.2 | 208 |
| 1.2 | 213 |

| | Páginas |
|--|---------|
| 2. Verbos típicos de la modalidad incentivadora | 215 |
| 2.1 Prometer | 217 |
| 2.2 Ofrecer | 218 |
| 2.3 Conceder | 220 |
| V. Requisitos específicos de la modalidad favorecedora..... | 220 |
| 1. Los sujetos de la modalidad favorecedora..... | 220 |
| 1.1 Sujetos activos..... | 220 |
| 1.1.1 Directivos | 224 |
| 1.1.2 Administradores..... | 227 |
| 1.1.2.1 Administradores de derecho..... | 228 |
| 1.1.2.2 Administradores de hecho..... | 230 |
| 1.1.3 Empleados..... | 235 |
| 1.1.4. Colaboradores | 237 |
| 1.1.5 Otros supuestos particulares | 240 |
| 1.1.5.1 Empresarios..... | 240 |
| 1.1.5.2 Socios | 245 |
| 1.2 Entidades con las que pueden (o deben) estar relacionados los sujetos activos | 248 |
| 1.2.1 Entidades de carácter privado..... | 248 |
| 1.2.1.1 Sociedades y empresas mercantiles..... | 248 |
| 1.2.1.2 Asociaciones y fundaciones | 254 |
| 1.2.1.3 Organizaciones y otras agrupaciones sin personalidad jurídica | 255 |
| 1.2.2 Entidades de carácter público..... | 259 |
| 1.2.2.1 Organismos públicos | 259 |
| 1.2.2.2 Empresas públicas | 259 |
| 1.2.2.3 Empresas privadas cuando presten servi- cios públicos..... | 260 |
| 1.3 Sujeto pasivo | 261 |

| | Páginas |
|--|------------|
| 2. Verbos típicos de la modalidad favorecedora..... | 262 |
| 2.1 Recibir..... | 262 |
| 2.2 Solicitar..... | 263 |
| 2.3 Aceptar..... | 265 |
| CAPÍTULO III. TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS..... | 267 |
| I. Introducción..... | 267 |
| II. Dolo y <i>animus favendi</i> | 268 |
| 1. Planteamiento de la cuestión..... | 268 |
| 2. El conocimiento de la idoneidad lesiva como elemento subjetivo..... | 272 |
| 3. El ánimo de favorecer como elemento subjetivo específico..... | 274 |
| 4. La restricción del tipo subjetivo a través del elemento teleológico.... | 277 |
| III. Error de tipo..... | 280 |
| 1. Aproximación general..... | 280 |
| 2. Error sobre elementos esenciales del tipo de corrupción en los negocios..... | 280 |
| 3. Error sobre elementos accidentales del tipo de corrupción en los negocios..... | 284 |
| 4. Supuestos especiales de error de tipo: el error sobre el objeto..... | 285 |
| CAPÍTULO IV. MODALIDADES ATENUADAS Y AGRAVADAS..... | 287 |
| I. Introducción..... | 287 |
| II. Modalidades atenuadas..... | 287 |
| 1. En atención a la cuantía del beneficio o valor de la ventaja..... | 290 |
| 2. En atención a la trascendencia de las funciones del culpable..... | 292 |
| III. Modalidades agravadas..... | 296 |
| 1. Cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado..... | 299 |
| 2. Cuando la acción del autor no sea meramente ocasional..... | 302 |
| 3. Cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal..... | 305 |
| 4. Cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad..... | 310 |

| | Páginas |
|---|---------|
| CAPÍTULO V. PROBLEMAS CONCURSALES | 315 |
| I. Introducción | 315 |
| II. Corrupción en los negocios y cohecho | 316 |
| III. Corrupción en los negocios y administración desleal..... | 321 |
| 1. Relaciones concursales respecto de la modalidad favorecedora | 325 |
| 2. Relaciones concursales respecto de la modalidad incentivadora | 330 |
| IV. Corrupción en los negocios y estafa | 334 |
| V. Corrupción en los negocios y revelación de secretos empresariales | 339 |
| VI. Corrupción en los negocios en ambientes de extorsión | 342 |
| VII. Corrupción en los negocios y criminalidad organizada | 344 |
| VIII. Corrupción en los negocios y blanqueo de capitales | 345 |
| IX. Corrupción en los negocios e infracciones extrapenales de orden concu- rrencial..... | 349 |
| CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS | 353 |
| I. Introducción..... | 353 |
| II. Fundamentos generales de la imputación jurídico-penal de la persona jurídica | 354 |
| 1. Punto de partida..... | 354 |
| 2. El delito de la persona jurídica..... | 359 |
| III. Presupuestos y marco jurídico-penal | 363 |
| 1. Presupuestos del delito corporativo de corrupción en los negocios ... | 363 |
| 2. Marco jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por corrupción en los negocios..... | 370 |
| IV. Las personas jurídicas como sujetos del delito corporativo de corrupción en los negocios..... | 372 |
| V. Injusto típico en el delito corporativo de corrupción en los negocios | 375 |
| 1. Aproximación general | 375 |
| 2. Tipicidad objetiva. Defecto de organización en el delito corporativo de corrupción en los negocios | 376 |
| 2.1 Inexistencia de medidas de control eficaces para impedir o reducir el riesgo de incurrir en corrupción en los negocios | 376 |

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

| | Páginas |
|--|---------|
| 2.2 Corrupción en los negocios en interés de la persona jurídica.. | 387 |
| 2.2.1 Corrupción en los negocios en interés de la empresa favorecedora | 389 |
| 2.2.2 Corrupción en los negocios en interés de la empresa incentivadora..... | 392 |
| 3. Tipicidad subjetiva. Conocimiento organizativo en el delito corporativo de corrupción en los negocios | 393 |
| 3.1 Defecto organizativo de exclusiva comisión dolosa | 393 |
| 3.2 El consentimiento de la organización como forma de manifestación del dolo corporativo | 398 |
| CONCLUSIONES | 403 |
| BIBLIOGRAFÍA | 413 |

PRÓLOGO

El delito de corrupción privada o corrupción en los negocios es un recién llegado al mundo jurídico penal, de la mano de la reforma de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) al tiempo que otras importantísimas incorporaciones que afectaron profunda y concretamente al ámbito del Derecho penal económico, destacando, como es sabido, la incorporación de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.

¿Quién le iba a decir a Sergio Berenguer que estos cambios marcarían, al menos el inicio, de su trayectoria académica y profesional?

Cuando recién obtenida la licenciatura en Derecho, Sergio se traslada a Madrid, la importancia del Derecho penal económico eclosionaba al ritmo del día a día de nuestra vida judicial y ocupaba cada vez más espacio en los medios de comunicación, llegaba al gran público y menoscababa progresivamente su confianza en los poderes públicos y/o económicos y, al tiempo que se alejaba de tópicos y de delincuentes marginales, chocaba con los presupuestos y garantías del Derecho penal clásico cuando trata de abordar nuevas soluciones a viejos (o quizás no tan viejos) problemas.

Los nuevos bienes jurídicos en el Derecho penal económico se pueden calificar de accesorios o periféricos, por lo que, a la par de la expansión intensa en cuanto a la gravedad de las sanciones impuestas a conductas consideradas tradicionalmente delictivas, aparecen nuevas formas de criminalidad que no resultan fáciles de delimitar de conductas lícitas puesto que, en ocasiones, lo que parece que le interesa al legislador sancionar es la inobservancia y vulneración de las normas que regulan la economía: por ejemplo, las normas que reglan el juego económico, el pago de impuestos, la prohibición de las acciones dirigidas a impedir o falsear la competencia, la prohibición de monopolios

y oligopolios, el alza indiscriminada el valor de los bienes, etc. Se va incrementado la complejidad y variedad de los tipos; el peligro de desestabilización y afectación directa al orden económico, monetario y financiero pone en jaque pilares fundamentales para los planes de desarrollo de un Estado de Derecho orientado a la consecución del bien común y la satisfacción de intereses generales.

Este sería el caso del delito de corrupción en los negocios del artículo 286 bis del Código penal, cuya incorporación plantea no sólo interesantísimas cuestiones técnico-dogmáticas como, por ejemplo, la identificación del bien jurídico, sino también la propia justificación de la intervención penal. Un delito que se va abriendo paso en la jurisprudencia internacional y tímidamente se anuncia en la interna. Un tema estupendo para una tesis doctoral. Para la tesis doctoral de Sergio Berenguer Pascual.

Comenzaba el curso 2012-13 (en la forma en que medimos el tiempo los universitarios) y comenzaba también su andadura la primera promoción del Máster de Derecho Penal Económico de la Universidad Rey Juan Carlos, que yo he dirigido hasta el momento de entrega de este prólogo, y de la que formaba parte Sergio Berenguer.

Creo que no me equivoco, ni hago publicidad encubierta, si afirmo que el Máster de Derecho Penal Económico de la Universidad Rey Juan Carlos ha sido un magnífico punto de partida de la trayectoria profesional de Sergio, al igual que la de muchos de sus compañeros, que querían orientarse hacia el ejercicio, o, de la de otros que, ya ejerciendo, comprendieron la necesidad de la especialización. Se trataba de conjugar una sólida formación teórica de la dogmática jurídico penal y procesal y de las garantías que le son propias al Derecho penal económico, con los valiosísimos conocimientos adquiridos en la práctica diaria de los tribunales de la gran mayoría de un profesorado elegido cuidadosamente, ya fueran magistrados, fiscales, abogados, miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, etc. Creo que son dos perspectivas imprescindibles, pero que no siempre confluyen fácilmente.

En estas aulas, Sergio Berenguer conoció a quien sería el director de su Trabajo Fin de Máster, D. José Manuel Maza, por entonces magistrado de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo y posteriormente Fiscal General del Estado, una de las *alma mater* del título, quien le animó a publicar sus primeros trabajos (por supuesto, su TFM sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y a atreverse con la tesis doctoral. José Manuel percibió en Sergio el carácter, la constancia y la rigurosidad necesaria para enfrentar la tarea y compatibilizarla con el ejercicio profesional.

También en el Máster se le asignaron las prácticas externas con su tutor D. Ernesto Díaz-Bastien, con quien inició su andadura en el ejercicio profesional y con quien continúa colaborando. También Ernesto supo percibir su tesón, la capacidad de enfrentarse al problema desde la seguridad del conocimiento teórico y el consiguiente afán de aprendizaje del joven abogado.

Y Sergio Berenguer supo aprovechar la oportunidad. Esta conjunción de factores ha terminado cuajando en la magnífica obra que el lector tiene entre las manos, fruto de la Tesis doctoral que obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude* el 21 de septiembre de 2019 en el Salón de Grados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos y que tuve el gusto de codirigir junto con el Prof. Dr. D. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.

El camino no ha estado exento nunca de debate y confrontación de ideas –precisamente creo que es el principal valor de una tesis doctoral– potenciado por el tema elegido, la escasez de bibliografía que alentaba la posibilidad de explorar nuevos terrenos. Compaginando la elaboración de la tesis con un intenso ejercicio profesional, se ha puesto a prueba su autodisciplina intelectual, y física también, y ha demostrado una tenacidad al alcance de pocos. Estrenándome en mi papel de directora de tesis puede que haya hecho sufrir un poco de más a mi doctorando con la exigencia de sólidos argumentos y la confrontación continua de las diferentes soluciones, pero estoy segura de que ya me habrá perdonado y que también habrá sabido valorar el respeto que siempre he tratado de demostrar ante sus argumentos y conclusiones, las compartiera o no. Porque hasta ahí ha llegado mi trabajo y este libro es el trabajo de Sergio Berenguer, un trabajo del que puede sentirse muy orgulloso. Yo también lo estoy.

PROF. DRA. VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos

PRÓLOGO

I

Un caso. Un muy buen ejemplo. Los coacusados Alonso y Beltrán, quienes a la fecha carecían de antecedentes penales, se pusieron *de común acuerdo* –en expresión muy del gusto jurisprudencial– para obtener un beneficio patrimonial que se extendió durante los años 1999, 2000 y primer cuatrimestre de 2001. Alonso desempeñaba su tarea como auxiliar administrativo en el departamento de frescos, *ergo*: charcutería, de una importante cadena de supermercados, pionera que fue del autoservicio hace ya muchas décadas. Y de autoservicio parece que iba la cosa.

Y así –hechos probados–, en agosto de 1999, Alonso contactó con Beltrán, que era un proveedor de la cadena, hasta ese momento, residual, suministrador de bolsas de envasado al vacío. Alonso presentó y recomendó la empresa de Beltrán a su jefe inmediato, Sr. Lesmes. Era también Alonso quien (pese a no tener atribuida dicha función de manera concreta) se encargaba de realizar las compras de utensilios para la venta de los productos de charcutería, quesos y ahumados, la mayoría de ellas por teléfono; entre esos productos destacaban las citadas bolsas para el envasado al vacío, las cuales comenzaron a comprarse, entonces, de forma exclusiva, a la empresa de Beltrán.

Alonso recibía de Beltrán comisiones que oscilaban entre el 30 y el 40 % del importe de la factura. Lo recibido en esos años sumó un total aproximado de 1.300 millones de pesetas, algo más de 7 millones y medio de euros. En pesetas suena aún más exorbitante.

El porcentaje pactado entre los coacusados se correspondía con el margen de beneficio que Beltrán restaba a su empresa, facturando a los supermercados al precio que lo hacía el anterior proveedor por el mismo producto.

Con tal volumen de comisiones –los millones de pesetas–, tampoco estaba la cosa como para cobrarlas, por así decir, en un sobre, así que Alonso, a los efectos de justificar la percepción de dichas cantidades, y sin dejar de ser empleado del supermercado, se dio de alta como comercial en la empresa de Beltrán, facturando así las comisiones por diferentes conceptos. Tributo las comisiones.

Algo más adelante, cuando Alonso ya tenía previsto dejar su trabajo en la cadena de alimentación, aprovechando los últimos meses en la empresa, realizó todavía más pedidos con el fin de incrementar de ese modo las comisiones que recibía.

Hasta julio de 2000, la validación y control de los pedidos en la central de los supermercados se realizaba a mano, y a partir de ese mes toda la tramitación fue automatizada mediante un programa informático. Alonso era conocedor de dicho sistema. La validación inicial del pedido la realizaba con su propia clave personal («Alonso»). La inicial; luego, el proceso completo desde que se comprobaban las necesidades del departamento correspondiente hasta que se realizaba el pago final se desarrollaba como sigue: se debían controlar las necesidades de abastecimiento de las bolsas de envasado, después se hacía el pedido por parte de Alonso, y luego se cursaba. La mercancía debía recibirse de manera efectiva y controlarse para estampar la firma. Algunos albaranes de recepción los firmaba Alonso y eran introducidos en el sistema informático. Cuando se recibía la factura en el departamento comercial de compras, se registraba por parte de Alonso y, a su vez, se «casaba» con la entrada en almacén de manera automática. El departamento en el que trabajaba Alonso emitía el documento y lo validaba con las firmas de sus superiores, para posteriormente ser elevado al departamento financiero. Dicho departamento lo introducía contablemente, comprobaba, firmaba, daba el visto bueno y lo pasaba a tesorería. El «sistema» extraía la remesa diaria de pagos. Los responsables pasaban con su visto bueno dicho listado de pagos. Los apoderados ordenaban con su firma el abono de todos los importes a una de las seis empresas de *confirming* con las que trabajaba la cadena de supermercados. El proveedor –la empresa de Beltrán– cobraba a través de una empresa de pagos con la que el grupo de alimentación tenía subcontratado tal menester. Y así, una vez que se había abonado el importe a cada uno de los proveedores relacionados en las órdenes emitidas por los supermercados, esta empresa de pagos daba cumplida cuenta de todos y cada uno de los pagos efectuados, de modo que la central de los supermercados siempre estuvo al tanto de todo. La cadena de supermercados, al propósito del pago de

sus impuestos, se daba como gasto dichas operaciones con la empresa de Beltrán.

Durante todos esos años, no fue detectado por parte de los supermercados el ingente número de pedidos de bolsas de envasado, que se incrementó en más de un 400 % en el período de dos años, pese a que dichos datos se reflejaban en las entradas, y en las facturas que fueron todas ellas registradas, validadas, contabilizadas, firmadas y pagadas. Cada departamento anterior o posterior al pago (recepción de mercancía, control de stock, registro albaranes, registro facturas, asientos contables, orden de pagos, recibos), estampaba en el documento un mínimo de dos firmas habilitantes, para dar su visto bueno y remitir la validación al departamento posterior. En el proceso, no quedó acreditado que la empresa de Beltrán emitiese albaranes y facturas falsas, tampoco que se sirviesen menos pedidos de los cursados y pagados.

II

Total, los ya citados 1.300 millones de pesetas. Y con todo, Alonso y Beltrán, acusados del delito de estafa, resultaron absueltos.

Quien quiera saber por qué lo fueron, debe leer las sentencias que enjuiciaron el asunto (la última: STS de 19 de julio de 2003). El apunte fundamental: en la época de los hechos no existía el delito de corrupción de particulares o en los negocios, novedoso ilícito penal que analiza exhaustivamente la presente monografía que tenemos el honor de presentar.

Más interesante aún, porque el pasado es pasado y ya una situación así no volverá a caer en la atipicidad de plano, quien necesite o quiera saber qué tratamiento recibiría el asunto hoy, o mejor, que aspectos relevantes encierran este tipo de supuestos a la luz del artículo 286 bis del Código Penal ya en vigor, tendrá que leer esta fundamental y brillante obra que estamos prologando y que el lector tiene en sus manos. Otras también, sin duda; de forma muy destacada la de Encinar del Pozo e igualmente la de Gili Pascual, pero desde luego ésta, por su rigor e intuición jurídica, por su cuidada casuística y agudeza, y porque además toma cumplida razón de todos estos trabajos anteriores (y de otros no monográficos como los de Bacigalupo, Castro Moreno, Bolea Bardón o Feijoo Sánchez, entre otros).

Estamos ante un profundo y gran trabajo, que despeja muchas dudas y, quizás todavía más importante, abre otros muchos frentes de discusión y re-

flexión. Con rigor, criterio e inteligencia. No es éste sitio ni hay necesidad de insistir en ello: el libro habla por sí solo.

III

Beneficio patrimonial para los acusados de nuestro ejemplo hubo, pero no había delito de corrupción en los negocios entonces, allá por el año 2000. Y hoy día, esto que antiguamente no dejaba de ser sino el pago de una comisión *de toda la vida*, plantea unos problemas de tipicidad enormes. Porque lo que eran dávidas, comisiones, regalos, detalles o invitaciones –el nombre varía según la carga eufemística que se quisiese dar a estas situaciones–, seguro que nunca fueron bien vistos –casi siempre eran bajo mano–, cierto, pero también es verdad que eran asumidos en gran medida como parte de la vida negocial, aunque desde luego en la actualidad han dejado de ser aceptables para nuestro actual sistema económico y para la sociedad en general. Por protección de la competencia –como el autor propone– o por tutela del patrimonio de las empresas (competidoras), o por ambos –pluriofensividad–. Este aspecto, que desde un punto de vista técnico es el tema del bien jurídico, es trabajado exhaustivamente por el autor. Con acierto y, como la completa obra, con novedosas perspectivas. No será este prólogo el que deba tomar partido a propósito de esta u otras tesis del libro, pues ya se basta y se sobra la obra para defenderlas con argumentos y solvencia a carta cabal.

Plagada de buenos ejemplos, unos jurisprudenciales y otros anticipados por el autor –previendo lo que sin duda acabará siendo sometido a los tribunales para enjuiciamiento–, la monografía despliega un enorme elenco de supuestos problemáticos que, como decimos, acabará planteando el día a día empresarial. Una de sus muchas virtudes.

Alonso desempeñaba su tarea como auxiliar administrativo, y Beltrán era un *extraneus* a la empresa. Sergio Berenguer ha tratado con precisión todas estas y otras perspectivas, hasta en la denominación: modalidad incentivadora y modalidad favorecedora, las ha llamado. Que Alonso no fuese directivo aleja los hechos del delito de administración desleal, un aspecto que también ha tratado la obra: los problemas concursales con este delito, con el cohecho, con la estafa y otros; por cierto, este último fue el intento, fallido, de la acusación contra Alonso y Beltrán, a la vista de la todavía inexistente tipicidad del delito de corrupción en los negocios en la primera década del 2000, cuando Alonso y Beltrán *comerciaban*. Al hilo del *extraneus* y de quien no lo es: directivos,

administradores de hecho o de derecho, empleados, colaboradores, socios y empresarios, sociedades o fundaciones, agrupaciones sin personalidad jurídica, son todos aspectos fundamentales que encuentran acogida en el libro que estamos presentando.

El tipo objetivo del delito tiene más aristas de lo que pudiera parecer: adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios, contratación laboral, actividad notarial, la completa cuestión de la adecuación social y, sobre todo, el carácter injustificado del incentivo, en qué habría de consistir el favorecimiento, supuestos de prevalimiento en una relación personal o profesional, entre otros muchos aspectos. O por mejor decir: el Dr. Berenguer ha sabido encontrar muchas aristas, y más arritmias, otro de los grandes logros del libro. Descubrir los problemas es la premisa para adoptar soluciones. Alonso presentó y recomendó la empresa de Beltrán a su jefe inmediato, y comienzan las compras. El precio de las bolsas para el envasado al vacío no se elevó, de modo que las comisiones, de entre el 30 y el 40 % de la factura, *se las quitaba* –por así decir– Beltrán de sus beneficios, los cuales, por tanto, pasó a compartir con Alonso. De nuevo, otra compleja cuestión –ya que no se elevó el precio para que la comisión no aminore el beneficio de quien la paga–, y por supuesto otra cuestión abordada con brillantez en la obra.

Para justificar las cantidades percibidas, Alonso se dio de alta como comercial en la empresa de Beltrán. Una subrepticia actitud que bien puede tener su influencia tanto en la valoración del tipo objetivo, en orden al qué y a su porqué de dicha ocultación –parámetro de *no contar*, evaluado en otros países–, como igualmente puede ayudar en su justa medida a valorar el tipo subjetivo, pues quien así actúa difícilmente podrá pretender encontrarse en un error, en las diversas modalidades del artículo 14.1 del Código Penal (y lo mismo cabe decir del error de prohibición). En el tipo subjetivo, no siempre suficientemente atendido en la teoría y prácticas penales, Sergio Berenguer una vez más arriesga con una novedosa solución. De la mano de un denominado *animus favendi* (aunque en referencia a un elemento teleológico), interpreta la tipicidad subjetiva y el error.

Como vimos, Alonso, a la par que dejaba su trabajo, realizó todavía más pedidos. Quizás recuerde a las modalidades agravadas: una, cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado; la otra, cuando la acción del autor no sea meramente ocasional. Junto a otras agravantes y a las modalidades atenuadas, tampoco olvida este aspecto la monografía con un completo capítulo.

Y tras todo lo anterior, cómo no, el libro llega a la persona jurídica, un ámbito ya imprescindible en la ciencia penal. También Sergio Berenguer lo

aborda, desde el profundo conocimiento que, además, posee por su práctica penal de primer nivel. Y también aquí, en el caso con el que hemos querido ejemplificar, pese a lo temprano de las sentencias, hay amplias referencias a su costa: se habla de la validación de los pedidos en la central de los supermercados, de cómo era el control del abastecimiento de las bolsas de envasado, de quién y cómo se firmaba; en suma, de cómo estaba organizada la facturación, del visto bueno de los superiores, todo ello hasta llegar al pago. Materia de *compliance* penal, en estado puro. Un completo capítulo dedica la monografía a la misma.

IV

Otros muchos aspectos, todos magníficamente expuestos, con claridad y agudeza, son abordados por el libro. En las líneas anteriores hemos destacado únicamente algunos temas, por si pudieran suscitar el interés e incentivar la lectura de la obra, pero estamos seguros que la propia materia y, sobre todo, la forma de abordarla por el autor, bastan por sí solas; el encargo de estas líneas, pues, responde más a una deferencia, que Sergio ha querido tener y que agradecemos enormemente, que a una necesidad.

No es de extrañar que la prestigiosa editorial del BOE haya decidido incluir la obra en su *Colección de Derecho Penal y Procesal Penal*, porque las conclusiones alcanzadas en la misma deberán ser tenidas muy en cuenta por el futuro legislador, que tan dado es a reformas; si las circunstancias aconsejan alguna nueva mejora técnica en el delito de corrupción en los negocios, las bases de esta monografía serán sin duda un muy buen punto de arranque. En igual manera, el libro sin duda será del máximo interés de Magistrados, Fiscales y Abogados. Enhorabuena a su autor.

PROF. DR. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid
Abogado

NOTA PRELIMINAR

El 21 de septiembre de 2019 defendí en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos (Campus de Madrid) la tesis doctoral titulada «El delito de corrupción en los negocios». El Tribunal examinador estuvo presidido por la Dra. Silvina Bacigalupo Saggese e integrado por el Dr. Abraham Castro Moreno, el Dr. Rafael Alcácer Guirao, la Dra. María Martín Lorenzo y el Dr. Miguel Ángel Encinar del Pozo, quienes tras la oportuna deliberación tuvieron a bien conceder, por unanimidad, la calificación de sobresaliente con mención *cum laude*.

El libro que el lector tiene entre manos constituye, en esencia, esta tesis doctoral, aunque puesta al día y enriquecida por las observaciones, críticas y sugerencias realizadas por los citados miembros del Tribunal, a quienes les agradezco enormemente –como ya hice entonces y reitero aquí– todo el tiempo y esfuerzo que, de forma desinteresada, dedicaron para valorar este trabajo de investigación.

Gratitud que hago extensible, de igual manera, a mis queridos directores de tesis, mis maestros, la Dra. Victoria García del Blanco y el Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, por haber aceptado la dirección de la investigación, además de por su permanente disposición, generosidad y lucidez a la hora de aconsejarme.

A lo largo de estos últimos años no ha resultado sencillo compatibilizar la investigación científica con el ejercicio práctico de la abogacía. De ahí mi especial agradecimiento a Ernesto Díaz-Bastien, de quien tengo el privilegio de aprender tanto cada día, y a mis queridos compañeros del despacho, por todas las facilidades y apoyo prestado para obtener el grado de Doctor.

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Si algo ha marcado mi trayectoria profesional hasta el momento ha sido, sin duda, mi paso por el Máster en Derecho Penal Económico de la Universidad Rey Juan Carlos (organizado por la Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG-URJC), al que le dedico estas palabras para reconocer todo el trabajo y dedicación –quizás no del todo reconocido– que hay detrás. Gracias a él pude discutir, con otros tantos compañeros y reputados especialistas, muchas de las cuestiones que con posterioridad he podido tratar en mi tesis.

Y en un plano más personal, por último, pero no menos importante, mi infinita gratitud a mis padres, por enseñarme el valor del trabajo. Y a Ana, simplemente, porque junto a ella la vida brilla con otro color.

Callosa d'en Sarrià, diciembre de 2019

INTRODUCCIÓN

I

A los oídos del Consejo de Administración llega que uno de sus miembros, un consejero delegado, ha estado aceptando dinero de otra compañía, para conseguir una serie de contrataciones. Alarmados ante esta información, se convoca urgentemente el comité de cumplimiento normativo y se adopta la decisión de investigar lo sucedido, descubriéndose como consecuencia de esta medida que, en efecto, dicho consejero delegado había contratado los servicios de la empresa –digamos– sospechosa. Lo que ahora debía hacerse es averiguar si a raíz de este inesperado episodio se había producido un perjuicio patrimonial para las arcas sociales.

Todos respiraron tranquilos, afortunadamente, porque los contratos se habían firmado a precio de mercado; con unas condiciones comerciales muy competitivas; y los servicios se estaban prestando satisfactoriamente, de forma efectiva, sin incidentes. En otras palabras, no había nada de irregular, salvo –claro está– la verdadera causa u origen de la contratación: el supuesto soborno concedido. Pero lejos de poner estos hechos en conocimiento de las autoridades, la empresa decidió lavar los trapos sucios en casa para evitar un eventual daño en su reputación: archivó la investigación interna, y no adoptó ninguna otra medida.

La situación se torció, sin embargo, cuando cierto tiempo después se produce una entrada y registro en la sede social de la empresa: un procedimiento judicial en marcha. El origen de éste: una denuncia, un soplo de un empleado de la compañía que había abonado las –antes aludidas– comisiones económicas. Mientras tanto, dormida en su deber la organización: detenciones, prensa, alarma social, pérdida de confianza en el mercado.

II

Hay ocasiones en las que la realidad puede llegar a superar la ficción (¡qué duda cabe!). Un día u otro, más tarde o más temprano, el supuesto que se acaba de relatar podría ser objeto de enjuiciamiento. Pues, en efecto, tras la reforma de la LO 5/2010 el Código Penal persigue y castiga la «corrupción en los negocios», también conocida como «corrupción entre particulares» o «corrupción privada» (artículo 286 bis). Gran novedad ésta, sin duda, que rompe con el esquema teórico tradicional: ahora la corrupción puede tener lugar no sólo en el ámbito público, sino también en el privado.

¿Pero de qué modo? ¿Qué legitima y justifica, en este delito, la intervención penal? ¿Cuál es el alcance exacto de esta reforma? ¿Qué conductas prohíbe esta nueva tipología delictiva? Pareciera que el fenómeno de la corrupción en los negocios no merece el mismo grado de atención que el de la corrupción pública; que nuestro ordenamiento jurídico puede darle debida respuesta sin necesidad de acudir al Derecho Penal. Sin embargo, no necesariamente debería ser así. A veces parece perderse de vista que los graves y múltiples efectos de la corrupción no se observan a ojo desnudo.

Tal vez ello es debido a que, al menos *prima facie*, éstos no se manifiestan en la superficie de la realidad, como sucedería –por ejemplo– con los daños físicos que se deriven de unas lesiones. La corrupción carcome los cimientos de la sociedad desde dentro, a fuego lento y de forma aparentemente inofensiva, hasta que éstos se desmoronan. De forma que no por no ser visible o palpable significa que ésta sea menos nociva, porque lo que se pone en riesgo es la estabilidad general del sistema económico-social.

Pero una cosa es que pudieran existir razones de política criminal para reprimir la corrupción que se produzca en el mercado, y otra cosa muy distinta es que el Código Penal refleje en su texto y consiga satisfactoriamente este objetivo. Por ejemplo, pareciera que la regulación original del delito (LO 5/2010) presenta ciertas deficiencias. Porque tras escasos cinco años el delito ha sido reformado –según se dice– para introducir algunas mejoras técnicas que permitan garantizar su aplicación a todos los casos en los que, mediante el pago de «sobornos», en beneficio propio o de tercero, se obtengan posiciones de ventaja en las relaciones económicas (LO 1/2015). Y recientemente, otra vez, tras detectar ciertas omisiones (LO 1/2019).

Pese a que ha habido importantes aportaciones por parte de nuestra doctrina científica, nos encontramos ante una materia relativamente inexplorada, necesitada de pronunciamientos judiciales que analicen en profundidad esta tipología delictiva. Esta situación abona el campo para que el consenso a la

hora de interpretar el delito de corrupción en los negocios sea –por llamarlo de alguna manera– escaso, de modo que todavía a día de hoy existen cuestiones de gran importancia sin resolver. Y esto nos lleva al siguiente punto.

La actual ola de lucha contra la corrupción tiene, como compañera de viaje, otra protagonista: la responsabilidad penal de las personas jurídicas (introducida asimismo por la LO 5/2010). De esta forma, la corrupción en los negocios no sólo puede traer consecuencias penales para las personas físicas que incurrir en este tipo penal, sino también para las propias entidades privadas en cuyo provecho se cometa el delito (artículos 31 bis y 288 CP).

El problema, sin embargo, es que –en términos generales– todavía existe mucha discusión en cuanto a cómo debe interpretarse esta nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, con posiciones doctrinales fuertemente encontradas (por ejemplo, con lecturas más laxas o más rígidas del principio de culpabilidad de la empresa). Y esta ausencia de acuerdo en la comunidad científica incrementa exponencialmente la dificultad de adoptar una interpretación del delito de corrupción en los negocios, y de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que sea coherente y cumpla con la finalidad prevista en la norma.

En suma: el vacío de conocimiento en cuanto a esta materia no es absoluto, pero sí suficientemente significativo como para que merezca nuestro interés. Aunque los cambios introducidos por la LO 5/2010 ya no son tan novedosos (y menos tras la promulgación y entrada en vigor de la LO 1/2015 y LO 1/2019), sus problemas persisten. De hecho, hasta –podría decirse– se han intensificado, porque entre la redacción original y actual del delito pueden producirse notables dificultades de interpretación.

III

El trabajo de investigación que aquí se desarrolla pretende dar contestación razonada y detallada a las principales incógnitas que presenta la tipología de la corrupción en los negocios, desde la doble perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas¹. Pero este único objetivo, a su vez, sólo puede conseguirse si nos aproximamos de forma individualizada, y siguiendo un orden lógico, a cada una de las cuestiones teórico-prácticas que surgen en la interpretación del delito.

¹ Pero aclaramos: sin entrar a analizar los problemas que suscita el delito de corrupción en el deporte (artículo 286 bis.4 CP), que por sí solos merecerían una monografía aparte.

Así, el propósito de la investigación es proporcionar –de la forma más fundada y motivada posible– respuestas *de lege lata* y *de lege ferenda*, mediante una aproximación integral a los problemas jurídicos que plantea este delito.

A modo de visión general, la estructura del cuerpo de esta tesis se divide en seis partes: el capítulo primero, de los fundamentos del delito de corrupción en los negocios; el capítulo segundo, del tipo objetivo del delito; el capítulo tercero, del tipo subjetivo; el capítulo cuarto, de las modalidades atenuadas y agravadas; el capítulo quinto, de los problemas concursales que se suscitan; y el capítulo sexto, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por corrupción en los negocios.

El supuesto de hecho relatado al inicio de esta introducción permite poner en contexto, en mayor o menor medida, las dificultades que más adelante nos encontraremos. Sin ir más lejos, la respuesta a cuál es el bien jurídico protegido por el delito, y a si éste se configura como un delito de lesión o de peligro (concreto, abstracto o hipotético), influirá en el modo de resolverlo.

Por ejemplo, si entendemos que la acción debe poner en riesgo la concreta capacidad competitiva de los competidores desplazados por la comisión, entonces el hecho sería atípico. Porque al tener el negocio un precio competitivo (es decir, no superior al de mercado), las relaciones con el resto de competidores no podrían verse alteradas como consecuencia del incentivo. De esta manera, tampoco habría responsabilidad penal para la persona jurídica que concede el trato de favor, porque el hecho de conexión no reuniría las características requeridas por el artículo 286 bis.1 y 2 CP.

Pero si interpretamos, por ejemplo, que este grupo de comportamientos generan en realidad un riesgo para el buen funcionamiento del mercado, la acción sería típicamente peligrosa. Y en tal caso, habría que determinar también si el delito se ha cometido por cuenta y en provecho de las empresas que han intervenido en la corruptela, y si a éstas le es atribuible un defecto de organización del que deban responder penalmente.

Y en otro ejemplo totalmente distinto: ¿qué sucedería en los casos en los que se invite o entreguen obsequios a un directivo de otra compañía, pero sin pedir ningún trato de favor a cambio? Esto es: por el mero hecho de pertenecer a ella, es decir, en consideración a su cargo o puesto en la entidad. ¿Genera esta clase de prácticas el riesgo que el Código Penal pretende prevenir? Se trata de un supuesto de hecho dudoso que, lógicamente, preocupa a las empresas. Sobre todo porque –de un modo u otro– estos actos de incentivación han venido siendo bastante habituales en el mercado: ya sea para ganar la confianza o buena disposición del beneficiario de tales ventajas, o para conseguir determinados contratos o favores, presentes o futuros.

Para ofrecer una solución a estos problemas –y a otros que surgirán– debemos poner de manifiesto, con carácter previo, la relación entre la libertad de empresa, la economía de mercado y la normativa de protección de la competencia. Pues sin ello no sería posible contextualizar la preocupación que nace en torno al fenómeno de la corrupción en los negocios, ni definir el riesgo típicamente relevante que la norma pretende prevenir: tanto desde el plano de lo objetivo, como el de lo subjetivo, del injusto típico de las personas físicas y jurídicas.

IV

El método de investigación empleado en este trabajo es eminentemente de carácter dogmático. Para el estudio de los distintos problemas teórico-prácticos que presenta el delito de corrupción en los negocios, se ha acudido a las técnicas de la denominada investigación jurídica dogmática. Siempre procurando partir de uno o varios supuestos de hecho que sirvan como campo de pruebas para, con posterioridad, hacer frente a las dificultades interpretativas que surjan y así argumentar la mejor solución de entre todas las posibles.

El análisis del Derecho material y de la política criminal se ha efectuado a partir de fuentes documentales de información (a saber: aportaciones científicas en libros, artículos de revistas, colaboraciones en obras colectivas, informes, ponencias y simposios escritos, entre otros), tomando como punto de referencia las normas nacionales e internacionales, y jurisprudencia, aplicables a la materia.

Para la observación de determinadas costumbres o prácticas empresariales admitidas (como lo son las referidas a la entrega de atenciones, invitaciones u obsequios socialmente aceptables) se ha procedido a la recopilación y examen de los códigos de conducta o ética empresarial de las principales compañías cotizadas del país (IBEX 35), en un espacio temporal limitado (los aprobados durante los años 2016-2017). Y ello sin perjuicio de que –por su interés para los fines de esta investigación– se haga referencia, de forma puntual, a códigos de otras empresas.

ABREVIATURAS

| | |
|--------------|---|
| <i>BGH</i> | <i>Bundesgerichtshof</i> |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil |
| CCom | Código de Comercio |
| CDFUE | Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| CE | Constitución española de 1978 |
| CEDH | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| CICC | Convención Interamericana Contra la Corrupción |
| CNC | Comisión Nacional de la Competencia |
| CNMC | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia |
| CNUCC | Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción |
| CP | Código Penal |
| CSE | Carta Social Europea |
| DEJ | Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española |
| DGRN | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| <i>FCPA</i> | <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> |
| FGE | Fiscalía General del Estado |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| <i>GRECO</i> | <i>Group d'Etats Contre le Corruption</i> |
| ICC | Cámara de Comercio Internacional |
| LCD | Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal |
| LCNMC | Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia |

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

| | |
|--------|---|
| LDC | Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia |
| LO | Ley Orgánica |
| LSC | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital |
| OCDE | Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| ONG | Organización no gubernamental |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| PIDESC | Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
| RAE | Real Academia Española |
| RD | Real Decreto |
| RG | <i>Reichsgericht</i> |
| RRM | Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| StGB | <i>Strafgesetzbuch</i> |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TCE | Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas |

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

I. INTRODUCCIÓN

Convincentemente o no, nuestro Derecho Penal interviene –ahora un poco más– en el mercado, con sanciones (verdaderas penas) mucho más gravosas que las previstas en el ámbito mercantil y administrativo, interfiriendo de este modo en el proceso de toma de decisiones de los operadores económicos en el ámbito de su actividad comercial y en el uso de su derecho fundamental a la libertad de empresa.

Nos referimos al delito de corrupción en los negocios, introducido *ex novo* en el artículo 286 bis de nuestro Código Penal a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, con base –según su Preámbulo– en imposiciones internacionales, y con la finalidad de salvaguardar el orden concurrencial. Es decir: lo que se pretendería conseguir es que la competencia pueda desarrollarse de una forma justa y honesta, evitando el soborno en el tráfico comercial como una forma de hacer negocios. Lo que se buscaría es perseguir la corrupción en el sector privado.

Sin embargo, ¿cumple el texto legal estas expectativas? Pese al loable propósito de esta reforma, la recepción de este delito fue ciertamente turbia, tal vez debido a la nula tradición de nuestro país en la persecución penal de la corrupción en el sector comercial. Por tal razón, con relativa prontitud, se han venido a subsanar ciertas deficiencias técnicas de esa redacción inicial mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, y la LO 1/2019, de 20 de febrero.

A pesar de todo, las dificultades interpretativas que origina este delito continúan a día de hoy. Sin ir más lejos: todavía existen dudas que ensombrecen la respuesta a cuál es el verdadero interés jurídico protegido por el delito de corrupción en los negocios.

En este capítulo, titulado «fundamentos del delito de corrupción en los negocios», dedicamos nuestros esfuerzos a resolver esta y otras incógnitas íntimamente relacionadas con la discusión del bien jurídico protegido. Para poder responder con cierta solvencia, no obstante, debemos examinar primero los presupuestos constitucionales y legales sobre los que se asienta la regulación de la competencia. Sin ello, difícilmente podremos analizar en su contexto, después, en qué consiste este fenómeno delictivo y cuál es el bien jurídico necesitado de protección.

Siendo para ello necesario aproximarnos al problema mediante un examen de lo que en todo Estado de Derecho rige la convivencia social: los derechos fundamentales. De ahí que nuestro camino empiece por lo elemental: la libertad de empresa, sin la cual –con corrupción o sin ella– no se entendería el mundo de los negocios.

II. LIBERTAD DE EMPRESA Y TUTELA DE LA COMPETENCIA

1. Aproximación a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y de la protección de la competencia

1. Pese a los beneficios que el libre mercado y la competencia procuran a la sociedad, es frecuente escuchar que los procesos competitivos son una lucha salvaje, una jungla anárquica donde los más fuertes vencen a los débiles, donde no rigen ciertos altos valores como el respeto a los derechos humanos y la solidaridad social, y donde parece prevalecer más el interés privado que el público. Esto es, una competición inclemente donde todo vale para desbancar al adversario. Parafraseando a Plauto, *negotiator negotiatori lupus est*, el empresario es un lobo para el empresario¹.

Sin embargo, la competencia no puede ser tal lucha destructiva o violenta, pues se encuentra sometida a las reglas del Derecho. Las relaciones económicas se regulan fundamentalmente por el Derecho Privado, pero supeditadas

¹ La locución latina *homo homini lupus est* encuentra su origen en la obra de Plauto, concretamente en la comedia *Asinaria*. Con posterioridad, dicha expresión también la empleó Thomas Hobbes, adaptándola en su obra *De Cive*.

a los límites del Derecho Público. Sus más básicas normas de convivencia parten del respeto del orden público y la garantía de los derechos sociales y del bienestar, que es el marco institucional en el que se circunscribe la competencia y la libertad de empresa, como un medio para alcanzar la meta política de que se pueda desarrollar una eficaz y eficiente economía social de mercado.

2. Así, es interés del Estado proteger la propia existencia del libre mercado y de la competencia, esenciales para el correcto funcionamiento económico del país².

Como exponente de este interés público, el artículo 38 CE, que conforma una parte esencial de la denominada «Constitución económica»³, reconoce el derecho de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, garantizando que los ciudadanos puedan ejercer una actividad económica y participar en ella (lo que incluye una cierta autonomía a la empresa para decidir su porvenir)⁴. Con todo, la libertad de empresa es un valor o bien jurídico que protege la iniciativa económica privada, imprescindible para la existencia de una sociedad abierta y de una economía de mercado⁵.

El artículo 38 CE reza así: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». En opinión de Bajo Fernández, este precepto encierra las expresiones claves que sirven para determinar las características fundamentales del sistema económico. Además de que resume la tensión constitucional entre iniciativa privada y pública, libertad de mercado y planificación, regulación espontánea y regulación dirigida al mercado, libertad de competencia y actividad monopolística, defensa de los inte-

² Entre otros, BROSETA PONT, *Derecho mercantil*, 2015, pp. 172-174; GALLEGO SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa y del Mercado*, 2014, pp. 85-86; COSCULLUELA; LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho público económico*, 2008, p. 36.

³ Vid. MAESTRO BUELGA, «Estado de Mercado», 2007, pp. 66-72; MAESTRO BUELGA, «Constitución económica», 2000, pp. 126-132; y, GIMENO FELIÚ, «Sistema económico», 1994, pp. 163-172.

⁴ El artículo 38 CE dispone que: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Y, pese a su importancia, en nuestra Constitución no existe ni una sola mención al término «competencia». Algunas voces afirman que ésta se podría entender implícita en la «economía de mercado». Vid. DE JUAN ASENJO, *La Constitución*, 1984, p. 145.

⁵ Véase, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de derechos fundamentales*, 2003, p. 455; COSCULLUELA MONTANER; LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho público económico*, 2008, pp. 35 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, 2008, p. 99.

reses del empresario y defensas de los intereses de los trabajadores y consumidores y defensa del medio ambiente⁶.

Aunque pudiese resultar chocante dada la importancia de este derecho, la libertad de empresa no fue reconocida ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁷, ni en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸; si bien lo cierto es que tanto en este instrumento internacional como, después, en la Carta Social Europea (CSE)⁹, se admitió el derecho de las personas a ganarse su sustento mediante el trabajo que libremente se elija y a garantizar las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

No fue sino hasta la adopción de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CDFUE)¹⁰ cuando se reconoció la libertad de empresa como un derecho más, de conformidad con el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales¹¹.

3. Pese a la relevancia de este derecho, sin embargo, las garantías de orden constitucional que le son reconocidas son más bien limitadas.

A la libertad de empresa no le alcanza la preferente y sumaria protección constitucional prevista en el art. 53.2 CE, pues únicamente «vincula a todos los poderes públicos» (*ex* artículo 53.1 CE) en el sentido de que es un derecho que sólo puede oponerse frente al legislador¹² (no frente al resto de ciudadanos u operadores económicos), y exclusivamente en cuanto a su núcleo irreductible (es decir, en la parte que no puede verse impedida ni limitada hasta el punto de imposibilitarse su efectivo ejercicio)¹³.

⁶ Así en BAJO FERNÁNDEZ, «La Constitución económica», 1983, pp. 157 y 167. Asimismo, en el ámbito de la doctrina penal, BACIGALUPO ZAPATER; STAMPA BRAUN, «Derecho penal económico», pp. 1128-1129; BACIGALUPO ZAPATER, «La protección penal de la libre competencia», 2009, p. 1324.

⁷ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma, en fecha 4 de noviembre de 1950.

⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea general de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200.^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (artículo 6).

⁹ Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (artículo 1.2).

¹⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 16).

¹¹ *Vid.* MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «Libertad de empresa», 2008, pp. 332-338.

¹² *Vid.* PÉREZ TREMPES, *El recurso de amparo*, 2015, pp. 54 y ss.

¹³ Por un lado, según la teoría absoluta, el núcleo esencial de un derecho es aquel núcleo que debe ser protegido en todo caso. Por otro lado, para la teoría relativa, el contenido esencial estaría conformado por el resultado del derecho una vez limitado de una forma justificada, legítima y proporcionada. Véase, PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial», 1981, p. 186; PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1990, pp. 153 y ss.; AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», 1993, pp. 15 y ss.; MARTÍNEZ-PUJALTE, *Garantía del contenido esencial*, 1997, pp. 21-22.

1.1 EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. No parece haber discusión en cuanto a que la libertad de empresa es el derecho a poder acceder y a permanecer en el mercado, desarrollando actividades empresariales o productivas, siempre que se respeten las condiciones previamente establecidas mediante normas¹⁴. En su vertiente negativa, el empresario también tiene derecho a cesar en su actividad empresarial cuando así lo desee, sin poder impedirse. Y desde otra perspectiva distinta, el artículo 38 CE también reconoce el derecho de organizar dicha actividad conforme a criterios y decisiones empresariales estratégicas, como la adquisición o la fusión de empresas, que debe entenderse libre¹⁵.

Este libre ejercicio de la actividad empresarial deberá practicarse en términos de respeto al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE, que es uno de los pilares angulares de nuestro ordenamiento jurídico. La igualdad en el plano de la iniciativa privada significa que todos los concurrentes, independientemente de que se traten de empresas privadas o de empresas o entidades públicas, actúan en el mercado bajo las mismas condiciones, y tienen que respetar las mismas reglas, y, en particular, las normas de represión de la competencia desleal y de las prácticas que suponen una restricción de la competencia¹⁶.

Este derecho se configura –tal y como puede advertirse– como un derecho de acceso a un ámbito, y no como un derecho a que ese ámbito se regule de un modo determinado¹⁷.

2. Y aquí surge la controvertida cuestión del núcleo irreductible del derecho a la libertad de empresa: ¿cuál es el contenido esencial que en todo caso deben respetar los poderes públicos?

¹⁴ Vid. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, 2006, pp. 175 y ss.; BREY; ENRILE; GLEZ RIVAS; MURILLO; RODRÍGUEZ; ZAMORA; ZAMORA, *Derecho constitucional de España*, 2006, pp. 191-192; TORRES DEL MORAL, «Derechos y principios económico-sociales», 2007, pp. 323-354.

¹⁵ STC n.º 108/2014, de 26 de junio de 2014, FJ 3.º

¹⁶ Igualmente, la STC n.º 225/1993, de 8 de julio de 1993, FJ 3.ºB), proclamó con elocuencia que: «Sin necesidad de entrar en otras precisiones sobre el contenido del art. 38 C. E., de la decisión que se acaba de mencionar se desprende con claridad tanto un límite negativo como otro positivo del derecho de libertad de empresa; constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa, "el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial". De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial "en libertad", ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general.»

¹⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de derechos fundamentales*, 2003, p. 456.

Respondiendo a esta pregunta, el legislador tiene una capacidad casi ilimitada para determinar el marco normativo en el que las empresas podrán iniciar y desarrollar su actividad¹⁸, salvo la prohibición de que la regulación resultante constituya un grave obstáculo o sea desproporcionada respecto de la finalidad de la norma (STC 37/1981, 225/1993, entre otras, según una interpretación teleológica del precepto constitucional).

De ahí que cierto sector doctrinal haya afirmado que el reducto de libertad infranqueable de este derecho es probablemente mínimo o extremadamente reducido: en cuanto al acceso a una actividad empresarial sería la no prohibición absoluta y la no imposición forzosa de una determinada actividad empresarial; en cuanto al abandono de dicha actividad, el reducto sería la no imposición de continuar en el ejercicio de la actividad empresarial realizada; y, finalmente, en cuanto al ejercicio, el empresario debe gozar de un mínimo que le permita disponer de una infranqueable autonomía en la dirección de su empresa¹⁹.

3. Todo esto implica reconocer que el legislador dispone de la potestad y autoridad necesarias para ordenar el mercado y la economía (*ex* artículos 128 a 132 CE), y, por contrapartida, una vez fijado el marco normativo general en el que deben moverse las empresas, la obligación también de garantizar la libertad de empresa, regulando para ello la competencia.

1.2 LA COMPETENCIA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. La competencia libre y leal, en la sociedad, es el eje vertebrador de la economía de mercado. Sin embargo, las empresas no siempre actúan de esa forma, es decir, no siempre incrementan sus beneficios económicos mediante una competencia limpia y natural.

Pensemos, por ejemplo, en el falseamiento de la competencia mediante cárteles que mantienen el precio de sus servicios o productos siempre altos; en

¹⁸ PAZ-ARES; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Libertad de empresa y sus límites», 2002, p. 394. De hecho, cuando el legislador ha intentado restringir o modular el derecho constitucional a la libertad de empresa (por ejemplo, mediante legislación de defensa de la libre competencia, sobre calidad de productos, o sobre horarios comerciales), el Tribunal Constitucional no ha tenido ningún inconveniente en considerar que la normativa resultante era perfectamente compatible con el artículo 38 CE, en virtud del principio de presunción de constitucionalidad de las normas. *Vid.* DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2003, p. 456.

¹⁹ *Cfr.* ARAGÓN REYES, *Libertades económicas*, 1995, p. 33. De interés también, TORRES DEL MORAL, «Derechos y principios económico-sociales», 2007, pp. 336-340.

el espionaje industrial; o en las subvenciones públicas que facilitan algunas ventajas injustas a ciertos competidores. Las empresas que incurren en estas prácticas anticompetitivas lo que hacen es abusar del mercado, esto es, falsear la competencia, para pasar por encima de sus adversarios comerciales.

La construcción de Europa se apoya fundamentalmente en la idea de libertad de empresa y de mercado, de ahí que para la Unión Europea el mantenimiento de una libre competencia haya sido una de sus prioridades durante estos últimos años²⁰. No en vano, la competencia entre empresas permite al consumidor elegir entre diversas opciones y a precios más bajos. La mejor garantía para asegurar que el cliente pueda obtener servicios y productos de calidad a un precio razonable es mediante la concurrencia entre diversas empresas del mismo sector²¹.

En un mundo tan internacionalizado como el nuestro es necesario garantizar la integridad del mercado único europeo, pues ello redundará en beneficio de los ciudadanos.

2. Como queda dicho *ut supra*, la libertad de empresa no es un derecho ilimitado, dado que debe desarrollarse dentro de los límites que el ordenamiento jurídico impone. Es por esto por lo que la actividad empresarial debe desarrollarse con plena sujeción a la normativa de protección de la competencia, como garantía, precisamente, del correcto desarrollo de la economía de mercado²².

Así lo vino a sostener –con otras palabras– el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 88/1986, de 1 de julio, FJ 4.º, que afirmó que:

«El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta art. 38, inciso segundo por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste²³.»

²⁰ Vid. MOLINA DEL POZO, *Derecho Comunitario*, 2004, pp. 391 y ss.

²¹ Tal como se afirma en CALVO CARAVACA; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único*, 2002, p. 264, se debe guardar el clima de rivalidad económica necesaria para que los consumidores lleguen a disponer de una razonable posibilidad de elección entre diversas ofertas.

²² Vid. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, 2006, p. 275; SATRÚSTEGUI, «Derechos de ámbito económico y social», 2016, p. 386; ALONSO SOTO, «Derecho de la competencia», 2006, pp. 273 y ss.

²³ No obstante, ciertos autores afirman que la competencia es un presupuesto inherente y límite intrínseco a la libertad de empresa. Véase, entre otros, GARCÍA VITORIA, *La libertad de empresa*, 2008,

El empresario, por tanto, tiene derecho a la libertad de empresa y, por ende, derecho a competir, pero también, como contrapartida, la obligación de hacerlo correctamente, dentro de los límites del ordenamiento jurídico. Es decir, el empresario debe competir honestamente, sin incurrir en conductas desviadas o contrarias al ordenamiento concurrencial²⁴.

3. Desde un punto de vista estrictamente comercial, a nadie se le escapa que los competidores sobreviven en el mercado «con sudor», intentando ofrecer a un precio adecuado los mejores productos o servicios, y para tal fin deberán analizar toda una serie de factores o elementos que pueden variar (por ejemplo, la demanda de la clientela y la oferta en el mercado, la calidad ofrecida, el precio exigido, o la innovación tecnológica, entre otros).

La frustración o, simplemente, el deseo de obtener un mayor provecho económico puede tentar a las empresas a incurrir en prácticas anticompetitivas. Por ello, para que las empresas concurren en el mercado en igualdad de condiciones y de oportunidades es primordial que la competencia se desarrolle en la economía de forma libre y leal. De ahí la necesidad o justificación de ordenar el mercado.

La libertad de empresa no puede usarse con la finalidad de restringir la libertad de otros agentes, ni de concertarse empresarialmente para eliminar, falsear o alterar la competencia, porque el derecho a perseguir el interés propio no es ilimitado. Lo que se prohíbe es el uso antisocial o abusivo de la libertad de competencia, en la medida en que nadie puede obtener una ventaja de un comportamiento antijurídico o contrario a la finalidad de dicho derecho²⁵.

¿Pero qué herramientas proporciona nuestro ordenamiento jurídico para preservar el orden concurrencial? La respuesta, a continuación.

2. La tutela de la competencia

1. Diversos son los instrumentos que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto con la finalidad de tutelar el bien jurídico de la competencia. En con-

p. 175; y, FONT GALÁN, *Constitución económica*, 1987, p. 117; BAJO FERNÁNDEZ, «La Constitución económica», 1983, p. 179. A nuestro modo de ver, con independencia de que la competencia sea calificada como una «necesaria defensa» o como un «límite intrínseco» de la libertad de empresa, lo cierto es que la competencia tiene un papel destacado en la protección de la economía de mercado. De igual modo podría decirse que el derecho a la libertad de empresa no se concibe sin el concepto de competencia, estando uno indisolublemente unido al otro.

²⁴ Véase, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 2012, p. 371.

²⁵ Sobre el ejercicio antisocial o abusivo de la libertad de empresa, FONT GALÁN, *Constitución económica*, 1987, pp. 212 y ss.

creto, tres son los grandes niveles de protección que el Derecho proporciona, a saber, desde la legislación administrativa, mercantil y penal²⁶.

Antes de profundizar más al respecto, esbochemos sucintamente en qué consiste este triple manto de protección de la competencia.

1.1 Como exponente de la tutela administrativa, destaca la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que tiene por finalidad preservar que la competencia sea libre y efectiva, sin restricciones del mercado. En el sentido de que cada operador debe decidir su comportamiento y tomar sus decisiones de manera independiente, sin ninguna clase de acuerdo, puesto que al sustituir la actuación independiente por la colectiva se está limitando la competencia²⁷.

La defensa de una competencia libre redundaría en beneficio de la sociedad y, en concreto, de los consumidores (en forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, así como el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la ciudadanía). Pero también para los propios operadores económicos, al prever instrumentos que garanticen el buen funcionamiento de los procesos del mercado²⁸.

En materia de Defensa de la Competencia, la Administración dispone de potestad inspectora y sancionadora (*ex* artículos 61 y siguientes LDC)²⁹.

1.2 A la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), por otro lado, se le encomienda la tutela mercantil del interés privado de los empresarios, del interés colectivo de los consumidores y del propio interés del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado³⁰. En definitiva, la regulación de Competencia Desleal persigue aquellos com-

²⁶ En otro sentido distinto, VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 2012, pp. 1289-1291. Este autor diferencia cuatro niveles de protección de la competencia, entendida en sentido amplio como la que está integrada por una multiplicidad de disposiciones, administrativas y jurídico-privadas. En un primer nivel se encuentran las normas de naturaleza jurídico administrativa de las Comunidades Autónomas, sobre defensa del consumidor y del comercio minorista; en un segundo nivel, las disposiciones normativas del Derecho estatal, sobre las que nos detendremos a continuación; en un tercer nivel, el Derecho comunitario europeo, que prevalece sobre el Derecho estatal y autonómico; y un último nivel normativo, el cual estaría por encima de la UE, integrado por las normas sobre la obligación de los Estados firmantes de los aspectos legales que integran la OMC de defender la libre y leal competencia.

²⁷ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 2 de diciembre de 2011.

²⁸ Preámbulo I de la LDC.

²⁹ Sin ánimo de exhaustividad, véase, BROSETA PONT, *Derecho Mercantil*, 2015, pp. 167 y ss.; PALOMAR OLMEDA, «Las conductas contrarias a la defensa», 2015, pp. 82 y ss.; GALLEGOS SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa y del Mercado*, 2014, pp. 85-109; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 2012, pp. 1287 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 2011, pp. 295 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, 2008, pp. 99 y ss.; MASSAGUER, «Defensa de la competencia», 2008, pp. 2-5.

³⁰ Preámbulo II de la LCD.

portamientos desleales o incorrectos que vayan en perjuicio de quienes participen en el mercado³¹.

La tutela en lo que se refiere a Competencia Desleal se insta judicialmente, previa demanda, por quienes han visto perjudicados o amenazados sus intereses económicos, o por quienes actúen en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, incluido el Ministerio Fiscal (artículos 32 y siguientes LCD)³².

1.3 Y en último lugar, la intervención del Derecho Penal en la protección de los procesos competitivos es, cabe decir, ciertamente limitada³³.

Siendo generosos, los delitos que tutelan la competencia en el Código Penal vienen a garantizar –con mayor o menor acierto técnico– aquellas condiciones mínimas o nucleares para que pueda desarrollarse correctamente el mercado, en términos de igualdad y de concurrencia honesta (principio de *ultima ratio*).

2. El que al ordenamiento jurídico le interesa garantizar que el mercado se desarrolle de forma justa, mediante una competencia libre y leal, y en términos de igualdad entre competidores, es algo del todo punto indudable.

Lo que nos falta por determinar es qué herramientas jurídicas tienen a su alcance los poderes públicos y demás particulares para preservar y hacer preservar esta limpia competencia, que es lo que haremos a continuación, tras esta breve pero necesaria explicación introductoria.

2.1 TUTELA ADMINISTRATIVA DE LA COMPETENCIA

1. Más allá del eterno debate sobre si resulta preferible intervenir o liberalizar el mercado –controversia propia del ámbito de la política económica, que no forma parte del objeto de nuestro análisis–, lo cierto es que el ordenamiento jurídico regula el mercado mediante el uso del Derecho Administrati-

³¹ Véase, CAMPUZANO, «La competencia desleal», 2015, p. 363.

³² Igualmente, BROSETA PONT, *Derecho Mercantil*, 2015, pp. 202 y ss.; CAMPUZANO, «La competencia desleal», 2015, pp. 353 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa y del Mercado*, 2014, pp. 85-109; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 2012, pp. 1296 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 2011, pp. 367 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, 2008, pp. 109 y ss.; MASSAGUER, «Defensa de la competencia», 2008, pp. 1-2.

³³ Véase, MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico», 2015, pp. 424 y ss.; PÉREZ FERRER, «Aspectos dogmáticos», 2013, pp. 177 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, pp. 269-304; TIEDEMANN, «Protección penal de la competencia», 2004, pp. 83-91; GUINARTE CABADA, «Consideraciones político-criminales», 1991, pp. 165-179; BAJO FERNÁNDEZ, «La Constitución económica», 1983, pp. 178-179; QUINTERO OLIVARES, «La política penal », 1978-1979, pp. 231-233.

vo, dotando al mismo de un marco legal que los operadores económicos no pueden eludir³⁴. La existencia de una competencia imperfecta legitima al Estado para corregir los defectos del mercado mediante la actividad regulatoria de la economía³⁵.

No es nuestra intención emprender el periplo de analizar y, ni mucho menos, ofrecer un concepto de regulación del mercado, ni de sus manifestaciones, pues entendemos que éste no es el lugar para tal labor.

Sin embargo, sí nos interesa señalar que cuando se habla de regulación del mercado la misma puede entenderse, en un sentido amplio, como el conjunto de normas e intervenciones jurídicas a la que queda sujeta la actividad económica (como ejemplo de sector muy regulado: el energético); o, en un sentido más estricto, como la regulación mediante la que se imponen determinadas normas para tratar y corregir los fallos del mercado (como sucedería con la prohibición del monopolio)³⁶.

¿Y por qué nos remontamos a la noción de regulación del mercado? Porque un modo de garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado y de promover que la competencia sea efectiva es mediante el Derecho de Defensa de la Competencia; porque éste es el que fija el marco normativo del mercado, en el que los competidores pueden concurrir libremente.

2. La legislación protectora de la libre competencia ha supuesto un cambio fundamental en el liberalismo económico³⁷.

La defensa de la competencia, que complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica, es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la

³⁴ En cuanto a esta discusión en el sector de los mercados financieros internacionales, FERNÁNDEZ ROSAS, «Regulación versus desregulación», 2010, pp. 197-216; en el ámbito de los servicios, ARGANDOÑA, «Regulación y desregulación», 1990; GALLEGO SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa y del Mercado*, 2014, p. 86.

³⁵ Para DE SEBASTIÁN CARAZO, «Las asimetrías del mercado», 2009, pp. 145-147, existen tres asimetrías o fallos del mercado, que justificarían que se regule el mismo: la asimetría del conocimiento y de la información que disponen los operadores en el mercado; la asimetría de poder, siendo el monopolio la negación de la competencia perfecta; y la asimetría ética, fruto de la avaricia. *Sensu contrario*, la regulación económica de la competencia solamente se encuentra justificada cuando ésta no se desarrolla de forma fluida y plena. Para ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía», 2007, pp. 28-29, si se consiguiese imponer o restablecer la competencia plenamente operativa, la actividad de regulación dejaría de tener sentido ya que sería entonces de aplicación lo que es propiamente el derecho de la competencia, mediante el que se deberán afrontar y resolver posibles vulneraciones y abusos de las reglas de competencia.

³⁶ Véase, ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía», 2007, pp. 14-16. Igualmente, interesante resulta la diferenciación entre las nociones de *regulación mediante órdenes* (regulación como intervención en los procesos de mercado) y *mediante reglas* (regulación como marco de los procesos de mercado). En cuanto a esta distinción, KIRZNER, *Capitalism Process*, 1985, p. 139; VANBERG, «Mercados y regulación», 2002, p. 82.

³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 2011, p. 297.

economía³⁸. En el campo de lucha por la clientela es necesaria la fijación de unas normas mínimas de concurrencia para que ésta sea libre.

La intervención pública trataría de incidir en las condiciones congénitas, objetivas y estructurales del mercado, mediante el ajuste de los aspectos que lo limitan u obstaculizan, y mediante la fijación de fórmulas de estímulo que activen los mecanismos propios del mercado y la libre competencia³⁹.

Así, el Estado ordena el mercado atendiendo a exigencias de aseguramiento del interés público o del bien común⁴⁰, estableciendo el marco sobre el que se desarrollará la competencia e imponiendo obligaciones y prohibiciones, cuya infracción acarreará una sanción administrativa. De esta manera el legislador, con su injerencia en el mercado, condiciona directa o indirectamente las decisiones mercantiles⁴¹.

3. El Organismo Regulador encargado de velar por la libre competencia, el ojo vigilante, es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que –en cuanto a lo que aquí nos interesa– dispone de potestad administrativa inspectora y sancionadora⁴². Con todo, es la que se encarga de

³⁸ Preámbulo I LDC.

³⁹ Cfr. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía», 2007, p. 16. Asimismo, no puede perderse de vista además que, más allá de garantizar la libre competencia, lo que permite la regulación de la economía también es que los operadores económicos dispongan de seguridad jurídica respecto de las reglas que deben respetarse en el mercado, de modo que se reduzca la incertidumbre y el riesgo en el momento de la toma de decisiones empresariales. En este sentido, DE LA CRUZ FERRER, «Tipos de regulación», p. 3.

⁴⁰ Vid. ESTEVE PARDO, «La recepción», 2010, p. 305.

⁴¹ Tal como se afirma en DE LA CRUZ FERRER, «Tipos de regulación», p. 14: «La regulación económica penetra en el interior de la actividad empresarial y profesional y sustituye las condiciones de funcionamiento de los mercados, estableciendo barreras de entrada y de salida sobre las actividades, número de operadores, e imponiendo las decisiones esenciales de la producción: qué, cómo, cuándo, dónde y a qué precio producir».

⁴² La CNMC fue creada y se rige por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), y por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Con anterioridad existía la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), sucesora del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia. La CNMC es un organismo regulador independiente que se encuentra sometido a un régimen especial dentro de la Administración General del Estado, y al que le están atribuidas íntegramente las funciones de defensa de la libre competencia recogidas en la LDC. Además, este organismo público también ejerce funciones en determinados mercados regulados, como el sector de comunicaciones electrónicas y audiovisual, de la electricidad y de gas natural, en el sector postal, en las tarifas aeroportuarias y también sobre ciertos aspectos del sector ferroviario, todo ello cuando la aplicación de la legislación en materia de libre concurrencia resulte insuficiente para garantizar debidamente una efectiva competencia. Antes de que se aprobase y entrase en vigor la LCNMC, el art. 10.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, disponía que: «Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia».

perseguir las infracciones administrativas leves, graves y muy graves tipificadas en la Ley (artículo 62 LDC).

4. Pues bien, ¿cuáles son las principales transgresiones contra la libre concurrencia que persigue y sanciona la CNMC?

Aunque no es el momento ni el lugar para examinar en qué consisten todas y cada una de las infracciones en materia de Defensa de la Competencia, sí debemos, cuando menos, aludir a las prácticas anticompetitivas que ostentan una mayor gravedad por su impacto restrictivo de la competencia.

Nos referimos a los comportamientos consistentes en el abuso de una posición de dominio; en la conformación de cárteles o acuerdos paralelos o concertados entre empresas competidoras; en la comisión de conductas restrictivas de la competencia, entre otras, las que pretendan eludir el control de concentraciones; así como otras conductas colusorias y de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (artículo 62.3 y 4 LDC)⁴³.

Por ejemplo: en la conducta de fijación de precios, las empresas de un mismo sector pactan incrementar o disminuir los precios, de modo que el producto –fuere cual fuere la marca– siempre tenga el mismo coste. Y por ejemplo también: en las prácticas de reparto de mercado, las empresas se conciertan con el objetivo de copar el mercado sin perjudicarse entre ellas (hay múltiples maneras de hacerlo, una de ellas es fijando zonas geográficas –fronteras comerciales ocultas– en las que cada compañía presta sus servicios o distribuye sus productos).

5. Como la sanción administrativa debe respetar en todo caso el principio de proporcionalidad –piedra angular del Derecho sancionador– mediante la modulación del castigo en función de la gravedad de la infracción que se cometa (artículo 63 LDC), en las infracciones leves la multa puede alcanzar hasta el 1% del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio

⁴³ De conformidad con el marco de la política europea de protección de la competencia (artículos 101 y 102 del actual TFUE) serán incompatibles con el mercado interior y quedan prohibidos, siendo nulos de pleno derecho, todos los acuerdos, asociaciones, y prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados de la Unión Europea, y que tengan por finalidad o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, particularmente los que consistan en: la fijación directa o indirecta de los precios de compra o de venta, u otras condiciones de transacción; la limitación o control de la producción, del mercado o del desarrollo técnico o las inversiones; el reparto de los mercados o las fuentes de abastecimiento; la aplicación de condiciones desiguales a terceros contratantes respecto de prestaciones equivalentes, que ocasione a aquéllos una desventaja competitiva; la subordinación, a la hora de celebrar contratos, a la aceptación por parte de otros contratantes, de otras prestaciones suplementarios que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos, según su naturaleza o los usos mercantiles. Igualmente, serán incompatibles con el mercado interior y quedan prohibidas, en iguales términos, la explotación abusiva por parte de las empresas de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

económico inmediatamente anterior; en las infracciones graves hasta el 5%; y en las infracciones muy graves hasta el 10%.

Estos porcentajes, sin embargo, operan como un límite extrínseco que la sanción administrativa no podrá superar. Dicho de otra forma: estos porcentajes no deben tomarse como un punto de partida o de referencia, sino simplemente como un límite máximo. El motivo: la conducta anticompetitiva puede haber sido desarrollada, en algunos casos, durante años, y en otros, durante tan sólo unos meses, razón por la cual la sanción debe adecuarse a la gravedad concreta de cada caso⁴⁴.

Para ello se tomará en consideración, según los criterios de la LDC: la dimensión y características del mercado que ha resultado afectado; la cuota de mercado de las empresas responsables, el alcance y la duración de la infracción; los efectos sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios, o sobre los otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables (artículo 64.1 LDC).

6. Pese a la ponderación que la CNMC pueda hacer de la sanción, las multas finalmente impuestas a las empresas responsables pueden alcanzar cifras verdaderamente millonarias⁴⁵. De ahí que, desde el punto de vista de la prevención de los ilícitos *antitrust*, la legislación de Defensa de la Competencia ostenta una poderosa capacidad disuasoria frente a las empresas que se planteen infringir dicha normativa con la finalidad de cosechar pingües beneficios. La CNMC dispone de grandes recursos y medios para supervisar de oficio el mercado, y detectar y poner coto rápidamente a las prácticas anticompetitivas, y esto las compañías lo saben.

2.2 TUTELA MERCANTIL DE LA COMPETENCIA

1. Los actos de competencia desleal tradicionalmente –al menos hasta la Segunda Guerra Mundial, con el nacimiento del modelo de Estado Social– se han considerado comportamientos de incorrección profesional, que atenta-

⁴⁴ Vid. LAGUNA DE PAZ, «Fijación de las sanciones», 2015, pp. 89-90.

⁴⁵ A modo de ejemplo, citamos la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de 23 de julio de 2015, recaída en el Expediente S/0482/13: Fabricantes de automóviles, mediante la que la CNMC sancionó a 23 compañías de automóviles imponiéndoles unas multas que en total ascendieron a 170 millones de euros aproximadamente.

ban contra intereses estrictamente comerciales, quedando en un segundo plano los intereses del resto de intervinientes en el mercado⁴⁶.

En la actualidad, además de tutelarse los intereses comerciales de las empresas, la protección que proporciona la legislación sobre Competencia Desleal se extiende también a los intereses colectivos de los consumidores y del propio Estado, interesado en que el mercado se desarrolle correctamente.

La normativa de Competencia Desleal vigente (LCD), pues, deja de concebirse primariamente como un instrumento dirigido a resolver los conflictos surgidos entre los competidores, para convertirse en una herramienta de ordenación y control de las conductas en el mercado. Pretende crear un marco jurídico efectivo capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada competencia, necesaria para el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado⁴⁷.

No obstante, la LCD no sólo protege los intereses de los competidores, también vela por los consumidores y usuarios. En efecto, con ocasión de la transposición de ciertas Directivas⁴⁸, la LCD fue reformada mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Pero esta reforma no ha alterado la esencia de la norma, pues ésta continúa disciplinando directa e indirectamente la actividad concurrencial de los operadores económicos (sin perjuicio de que en los últimos años se haya dado una mayor importancia a la protección de los intereses de los consumidores).

2. Desde un punto de vista subjetivo, la LCD es aplicable a todos los empresarios, profesionales y a cualesquiera personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, no siendo necesario que exista una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal (artículo 3 LCD); lo que demuestra la amplitud protectora con la que ha sido diseñada la norma.

⁴⁶ Véase, CAMPUZANO, «La competencia desleal», 2015, pp. 354-355.

⁴⁷ Preámbulo II y III LCD.

⁴⁸ A saber, por una parte, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»); y, por otra parte, la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE.

Y desde un punto de vista objetivo, la LCD se aplica a todos aquellos actos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales, presumiéndose esta finalidad de competir cuando el acto sea objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Todo esto será igualmente aplicable a todos aquellos actos de competencia desleal que se realicen antes, durante o después de un contrato u operación comercial, con independencia de que éste se llegue a celebrar o no (artículo 2 LCD).

Para apreciar que un comportamiento es desleal es suficiente con que éste sea idóneo para influir en la estructura del mercado y para perjudicar –al menos potencialmente– la posición de algún competidor, obteniéndose por contrapartida un beneficio o ventaja competitiva frente a la competencia⁴⁹.

Sensu contrario, el mensaje que se manda a la sociedad es claro: la competencia debe ser leal en la medida en que debe ser respetuosa con los intereses del resto de partícipes del mercado, prohibiéndose así los comportamientos irregulares o perjudiciales, contrarios a la buena fe en el mercado, y no así las prácticas simplemente incómodas para los competidores⁵⁰.

3. ¿Pero qué actos concretos son calificados como desleales para el mercado? La Ley prevé una cláusula general mediante la que se reputa desleal todo comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (artículo 4 LCD)⁵¹. Esta previsión tan inconcreta, sin embargo, se ve acompañada de un largo y variado listado de actos de competencia desleal, que ofrece una mayor seguridad jurídica a la hora de delimitar qué comportamientos son típicos y cuáles no.

No vamos a detallar en qué consisten todas y cada una de las conductas que la LCD considera desleales pues excedería de nuestras pretensiones. Sin embargo, sí conviene, por lo menos, realizar una enumeración de los actos que se reputan desleales, sin perjuicio de que en capítulos posteriores nos detengamos –más específicamente– sobre la tipicidad de ciertas actuaciones que pudieran hallarse en la frontera entre el injusto penal y el mercantil⁵².

⁴⁹ Véase, CAMPUZANO, «La competencia desleal», 2015, p. 361.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 362-363.

⁵¹ Con anterioridad a que entrase en vigor la actual LCD, la ausencia de normativa en esta materia obligaba a la doctrina a subsumir los actos desleales en el abuso del derecho del art. 7.2 CC. En cuanto a esto último, véase, CAMPUZANO, «La competencia desleal», 2015, p. 355. La mencionada cláusula general, sin embargo, le permite a la LCD acomodarse a la compleja realidad de la sociedad, que en ocasiones evoluciona con una facilidad y celeridad inusitadas, sobre todo en el contexto del mercado. A ojos del legislador mercantil, pues, pudiera resultar insuficiente disponer sólo de un listado taxativo de infracciones mercantiles de competencia desleal.

⁵² Véase, Capítulo V, Apartado IX.

Cojamos aire porque el listado de conductas desleales no es precisamente corto. Los ilícitos mercantiles que se tipifican en el Capítulo II de la LCD (titulado «Actos de competencia desleal») son los «actos de engaño» (artículo 5); «actos de confusión» (artículo 6); «omisiones engañosas» (artículo 7); «prácticas agresivas» (artículo 8); «actos de denigración» (artículo 9); «actos de comparación» (artículo 10); «actos de imitación» (artículo 11); la «explotación de la reputación ajena» (artículo 12); la «violación de secretos» (artículo 13); la «inducción a la infracción contractual» (artículo 14); la «violación de normas» (artículo 15); la «discriminación y dependencia económica» (artículo 16); la «venta a pérdida» (artículo 17); y la «publicidad ilícita» (artículo 18).

Pero no hemos terminado todavía, porque dentro del Capítulo III (sobre «Prácticas comerciales con los consumidores») se prohíben las «prácticas comerciales desleales con los consumidores» (artículo 19); ciertas «prácticas engañosas por confusión para los consumidores» (artículo 20); «prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad» (artículo 21); «prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas» (artículo 22); «prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa» (artículo 23); «prácticas de venta piramidal» (artículo 24); «prácticas engañosas por confusión» (artículo 25); «prácticas comerciales encubiertas» (artículo 26); «otras prácticas engañosas» (artículo 27); «prácticas agresivas por coacción» (artículo 28); «prácticas agresivas por acoso» (artículo 29); «prácticas agresivas en relación con los menores» (artículo 30); «otras prácticas agresivas» (artículo 31).

En definitiva, si hemos llegado hasta aquí sin quedarnos sin respiración, fácilmente podemos colegir que la legislación mercantil en materia de competencia desleal no ha escatimado esfuerzos a la hora de precisar –con vocación de exhaustividad– qué comportamientos resultan perjudiciales para la sociedad.

4. Solamente nos resta mencionar que frente a estas conductas se pueden ejercitar las correspondientes acciones judiciales, entre ellas, podemos enumerar: la acción declarativa de deslealtad; la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados, así como la de enriquecimiento injusto (artículo 32 LCD).

La satisfacción judicial que se obtendría en sentencia, tras la estimación de cualquiera de estas acciones, ostentaría eficacia preventiva en la medida en que permitiría disuadir o desalentar a las empresas a la hora de incurrir en

competencia desleal. Pues si a una compañía detecta que otro competidor está jugando sucio en su contra, lo natural es que ejercite acciones judiciales.

Así, la idoneidad preventiva de esta normativa reside en que son los propios competidores quienes se autotutelan, dando como resultado que éstos procurarán no sobrepasar el límite de lo permitido para evitar verse incurso en un procedimiento judicial (con todo lo que ello conllevaría en términos comerciales, económicos y de reputación en el mercado).

Pero aunque frente a algunos comportamientos pudiera ser suficiente la intervención del Derecho de la Competencia Desleal, hay supuestos en los que el reproche debe ser mayor. De ahí que en nuestro ordenamiento jurídico se tipifiquen otras conductas que atentan contra el mercado que, por su mayor gravedad, merecen la imposición de un castigo penal. Pero no nos adelantemos, porque ese será el punto que trataremos a continuación.

2.3 TUTELA PENAL DE LA COMPETENCIA

1. No se descubre nada al decir que el crecimiento del Derecho Penal nos ha llevado al punto de criminalizar conductas que hace no muchos años no eran siquiera merecedoras de represión jurídico-penal⁵³.

Esto parece consecuencia de la progresiva administrativización del Derecho Penal de la sociedad del riesgo en la que vivimos. Gracias a este ensanchamiento incesante y desmesurado de nuestro Código Penal, el *Ius puniendi* – que debería emplearse restringidamente por el principio de intervención mínima– cada vez se encuentra menos constreñido.

No puede perderse de vista que toda intervención penal requiere la existencia de una necesidad social, legítima, que justifique la imposición de una pena (siempre y cuando, claro está, se respeten los principios de subsidiariedad y fragmentariedad penal)⁵⁴. Sin lo cual difícilmente podríamos hablar de una Ley penal de un Estado social y democrático de Derecho.

Y especialmente en el ámbito del Derecho Penal Económico, donde los intereses protegidos pueden ser más difusos, el legislador debe ser riguroso en el proceso de criminalización de nuevas tipologías delictivas, para evitar la

⁵³ En un sentido crítico, PORTILLA CONTRERAS entiende que «presenciamos un proyecto penal y criminológico de índole pragmática y efectividad preventiva; un modelo que no se ocupa del análisis de los conflictos en su complejidad real, que no pretende la solución real de las causas estructurales que genera la violencia, que no sugiere la transformación del sistema económico que genera la desigualdad, la guerra, el paro, la inmigración, que renuncia al tratamiento preventivo-especial, orientándose exclusivamente al mero control». PORTILLA CONTRERAS, «La metamorfosis del Derecho Penal», 2016, p. 1171.

⁵⁴ Vid. MIR PUIG, *Parte General*, 2011, pp. 117-118.

disminución de la eficacia del sistema punitivo⁵⁵; y –por qué no decirlo– para impedir plagar nuestro Código Penal de delitos de efectos meramente simbólicos⁵⁶.

2. Así las cosas, es obligado indagar si los intereses objeto de eventual protección tienen el rango de valores merecedores de protección jurídico-penal desde una perspectiva constitucional⁵⁷. Y en este sentido parece difícil cuestionar la conveniencia político-criminal –en términos generales– de tutelar penalmente el mercado y las reglas que lo rigen, ya que es de gran importancia social que la competencia empresarial se desarrolle de forma justa, honesta y libre.

Como ha afirmado la doctrina, en el Derecho moderno de la competencia está fuera de toda duda que el establecimiento de prohibiciones referentes a acuerdos que restrinjan o eliminen la competencia, así como de comportamientos abusivos que atenten contra otros sujetos económicos, no contradice la libertad económica que es la base del sistema. Del mismo modo que está también fuera de toda duda que los axiomas de la economía social de mercado son totalmente compatibles con la aplicación del Derecho penal para respaldar las prohibiciones de prácticas restrictivas de la competencia (como sucedería en los Estados Unidos y en algunos países de la actual Unión Europea, que han elaborado sistemas penales o cuasipenales para la protección de la libre competencia)⁵⁸.

El problema más bien radica, sin embargo, en delimitar qué conductas merecen ser reprochadas penalmente y cuáles deben ser tratadas como meras infracciones administrativas o civiles (¿qué actos concretos merecen un castigo penal?). Esto nos lleva al siguiente punto.

3. Por si aún cabía alguna duda al respecto: nuestro Derecho Penal no es protagonista en la tutela de la competencia (afortunadamente aún rige el principio de *ultima ratio* y de subsidiariedad)⁵⁹. Los delitos que protegen directamente la competencia y el libre mercado están concebidos como injustos de mínimos, en la medida en que garantizan la existencia de las condiciones esenciales que permiten que la economía de mercado funcione con normalidad⁶⁰.

⁵⁵ Así, GUINARTE CABADA, «Consideraciones político-criminales», 1990-1991, p. 166.

⁵⁶ Según HASSEMER, el Derecho penal simbólico se trata de un Derecho penal «de engaño», que no tiene como finalidad proteger unos bienes jurídicos concretos. Vid. HASSEMER, «Derecho penal simbólico», 1995, pp. 23-26.

⁵⁷ GUINARTE CABADA, «Consideraciones político-criminales», 1990-1991, p. 153.

⁵⁸ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «La protección penal de la libre competencia», 2009, p. 1324. De interés también, BACIGALUPO ZAPATER; STAMPA BRAUN, «Derecho penal económico», pp. 1128-1129.

⁵⁹ Vid. PÉREZ FERRER, «Aspectos dogmáticos», 2013, p. 184.

⁶⁰ Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 200.

Esto no quiere decir, no obstante, que la ley penal tenga por finalidad controlar el mercado y el libre ejercicio de la libertad de empresa. Semejante pretensión sería, sencillamente, quimérica. Un Derecho Penal de mínimos no puede tener por propósito imponer las reglas que deben regir en el mercado. No obstante, sí parece legítimo acudir al orden penal cuando el ataque tenga la suficiente entidad como para poner en riesgo el bien de interés jurídico-penal. Y en este sentido es socialmente valioso garantizar que en la competencia se respeten unas mínimas condiciones⁶¹.

El Derecho Penal no aspira (o mejor dicho: ¡no debería aspirar!) a regular ni la economía de mercado, ni las relaciones comerciales que en ésta se producen. No es su función, pues lo único que puede hacer es prevenir y castigar aquellos comportamientos –de entre los más graves– los de mayor lesividad (principio de fragmentariedad): por ejemplo, los cometidos mediante engaño, violencia o intimidación.

4. ¿Pero cuáles son estos comportamientos tan sumamente graves que –según el legislador– merecen un reproche penal?

No resulta posible hacer aquí una enumeración exhaustiva de todos ellos. Sin embargo, para conocer cuál es la ubicación sistemática de la corrupción en los negocios (que es, en definitiva, el delito que nos interesa) es necesario saber que en nuestro Código Penal se distinguen cinco Secciones distintas dentro del Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», Capítulo XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores».

A saber: la Sección Primera, de los delitos relativos a la propiedad intelectual; la Sección Segunda, de los delitos relativos a la propiedad industrial; la Sección Tercera, de los delitos relativos al mercado (entre los que se diferencian los delitos contra el libre mercado y los de competencia desleal)⁶² y a los

⁶¹ Véase, QUINTERO OLIVARES; FRANQUET SUGRAÑES, «Estado, mercado y Constitución», 2015, pp. 527-528. Para estos autores, las defraudaciones tributarias o a la seguridad social, o las usurpaciones de modelos industriales de otras empresas, por ejemplo, afectan indirectamente a las condiciones materiales de igualdad en el mercado, y esta clase de comportamientos están penados también por el Código Penal. Para FEIJOO SÁNCHEZ lo decisivo a efectos del castigo, y en definitiva lo que interesa al Derecho Penal, son los efectos nocivos para la competencia estructural del mercado y en qué medida se pueden hacer responsables a los infractores de tal perturbación de la competencia. *Cfr.* FEIJOO SÁNCHEZ, «Los delitos económicos», 2016, p. 964.

⁶² Entre los delitos de competencia desleal tendríamos las conductas de descubrimiento y revelación de secretos de empresa (artículos 278 a 280 CP); y entre los delitos contra el libre mercado, las maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (artículo 284 CP), los abusos de información privilegiada (artículo 285 CP), y la piratería de servicios de radiodifusión o interactivos (artículo 286 CP). Aunque exista discusión en el sentido de que los delitos de competencia desleal, esto es, de descubrimiento y revelación de secretos de empresa, deberían haber sido ubicados en la Sección Segunda, de los delitos relativos a la propiedad industrial, apunta convenientemente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

consumidores (agrupando una amplia gama de conductas)⁶³; la novedosa Sección Cuarta, de los delitos de corrupción entre particulares o en los negocios⁶⁴; y la Sección Quinta, donde se contienen las disposiciones comunes a las secciones anteriormente mencionadas⁶⁵.

En dicho Capítulo se ubica, por tanto, el grueso de delitos que protegen el mercado en su más amplia extensión; y particularmente los que permiten que la competencia empresarial se desarrolle de una forma justa, honesta y libre, y con respeto a los esenciales intereses de los consumidores.

El delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis.1 y 2 CP) se ubica, de este modo, en la Sección Cuarta, titulada primero «De la corrupción entre particulares» (LO 5/2010) y después «Delitos de corrupción en los negocios» (LO 1/2015 y LO 1/2019). Por lo que comparte Sección con la corrupción deportiva (artículo 286 bis.4 CP) y –tras la reforma del 2015– con la corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículo 286 ter CP).

5. Hagamos ahora un breve inciso: pudiera generar confusión el hecho de que la «corrupción en los negocios» se sitúe sistemáticamente en el Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», es decir, en un Capítulo cuyo título no ha sido modificado para incluir la mención a la corrupción en el ámbito de los negocios.

Sin embargo, no cabe otra alternativa que imputar este error en la redacción a una mala técnica legislativa. Porque no alcanza la imaginación a plantear que la tutela penal de los negocios (es decir, de las relaciones comerciales) se enmarque fuera de la protección jurídico-criminal del mercado (esto es, el marco general en el que se desarrollan los negocios).

que no es un desacierto legislativo que estos injustos hayan sido ubicados en la Sección Tercera, toda vez que la ejecución de dichas conductas afecta indirectamente, de forma indefectible, a los genuinos intereses socioeconómicos de los consumidores y al interés estatal en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado. A nuestro juicio, este es el mismo criterio seguido por la propia LCD, que ha visto ampliado el espectro de intereses protegidos tras sus últimas modificaciones, como hemos visto anteriormente (a saber, el interés de los propios competidores, de los consumidores, y del propio Estado). En cuanto a lo anterior, véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 201. En cuanto a quienes critican la opción escogida por el legislador, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, 1995, pp. 153 y ss.

⁶³ Entre los delitos relativos a los consumidores se hallaría la detraacción de materias primas o productos de primera necesidad (artículo 281 CP), la publicidad falsa (artículo 282 CP), las estafas de inversores (artículo 282 bis CP), y la facturación ilícita mediante manipulación o alteración de aparatos automáticos (artículo 283 CP).

⁶⁴ La nueva Sección Cuarta fue inicialmente titulada «De la corrupción entre particulares», la cual fue introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal. Con posterioridad, el nombre de la Sección ha sido modificado mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, quedando finalmente como de los «delitos de corrupción en los negocios».

⁶⁵ Conforme a la nueva redacción introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica el Código Penal. Con anterioridad a dicha reforma esta Sección estaba enumerada como la Cuarta.

Y en cuanto a este punto surge un inevitable interrogante: ¿es posible afirmar que el castigo de la corrupción en los negocios tiene por finalidad realmente salvaguardar la libre y leal competencia en el mercado (como vendría a sugerir su ubicación sistemática)? ¿o son otros los legítimos intereses que deben ser preservados?

Antes de responder a esta cuestión resulta imprescindible, por un lado, examinar en qué consiste este fenómeno criminal y, por otro lado, ver cómo ha sido tipificado el delito en nuestro ordenamiento jurídico (que es a lo que vamos a dedicar el próximo apartado).

III. LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. El fenómeno de la corrupción en los negocios

1. La corrupción es una forma de criminalidad verdaderamente compleja, que no conoce fronteras⁶⁶. En palabras de Berdugo Gómez de la Torre, la corrupción es «poliédrica en sus manifestaciones y plural en sus consecuencias»⁶⁷. Tanto es así que puede afrontarse desde diversos puntos de vista, como el ético, económico, psicológico, histórico-sociológico, criminológico o, sin ir más lejos, el jurídico⁶⁸. Así pues, una definición unívoca de

⁶⁶ Entre los muchos autores que se pronuncian al respecto, NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 55; FOFANI, «Corrupción privada», 2006, pp. 61-62; KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción», 2007, p. 2; HESS, «Corrupción en la cadena de valor», 2009, p. 24; PÉREZ CEPEDA; BENITO SÁNCHEZ, «La política criminal», 2013, p. 21; OLAIZOLA NOGALES, «La respuesta penal», 2014, pp. 1-2; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, p. 233; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 569; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 84-88; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Globalización», 2016, pp. 850-851; MALEM SEÑA, «La corrupción», 2016, p. 25; BACIGALUPO SAGGESE, «Tendencias de política criminal», 2017, p. 58; GÓMEZ RIVERO, «Derecho Penal y corrupción», 2017, pp. 250-251; LÓPEZ ORTEGA, «La macrocriminalidad», 2018, p. 458.

⁶⁷ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, p. 234.

⁶⁸ En cuanto al ético, por ejemplo, NAVARRO CARDOSO, «Corrupción, transparencia y Derecho Penal», 2002, p. 103, planteándose la corrupción como un problema fundamentalmente ético, de falta de valores adquiridos. En cuanto al económico, GHERSI, *Economía de la Corrupción*, 2000, pp. 16-17, en el que la corrupción sería un alto costo de la legalidad, una forma de maximizar el beneficio económico mediante el incumplimiento de las rígidas normas. En cuanto al psicológico, FERNÁNDEZ RIOS, *Psicología de la corrupción*, 1999, pp. 254-261, siendo su objetivo desentrañar los arcanos de la mente humana y ofrecer un modelo explicativo de los comportamientos corruptos. En cuanto al histórico-sociológico, CARUSO FONTÁN, «El concepto de corrupción», 2009, p. 151, mediante cuya aproximación se estudiaría la corrupción desde la percepción histórico-social del fenómeno, pudiendo calificarse la corrupción como estructural, sistémica u simplemente ocasional. En cuanto al criminológico, HUISMAN; VANDE WALLE, «The Criminology of Corruption», 2010, pp. 143-145, mediante el que se aproximaría al fenó-

«corrupción» roza lo imposible. Tal vez, también, por la tremenda imprecisión de este término.

De hecho, ni la propia ONU se ha atrevido a facilitar una definición de «corrupción» más allá del que se formula en el Prefacio de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (CNUCC), en el que se la describe como:

«Una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.»

Pero con independencia del prisma desde el que nos aproximemos a la noción de «corrupción», en lo que sí podríamos estar todos de acuerdo es en que este término ostenta una evidente carga negativa, pues remite a la idea de vileza o repugnancia⁶⁹, o de hecho insalvablemente inmoral⁷⁰. Pero esta perspectiva axiológica no es la que nos interesa para analizar el delito de corrupción en los negocios, por su escasa concreción en términos jurídicos (¿qué sería lo reprochable?).

2. En términos generales, el fenómeno de la corrupción ha sido tradicionalmente identificado con los comportamientos corruptos que tienen lugar en el sector público por parte de autoridades, funcionarios o empleados públicos que actúan en el ejercicio de sus cargos, abusando de su poder para la búsqueda de un beneficio privado, directo o indirecto⁷¹.

No obstante, hace tiempo que se superó esta limitación: ahora la corrupción no se identifica necesariamente con la que se produce en el ámbito público, sino que también el que se realiza en ámbito privado, mediante el denominado «soborno comercial» (*commercial bribery*)⁷². Esto no significa, sin embargo, que poda-

meno mismo de la corrupción, sus causas y manifestaciones, como un modo de delincuencia autónoma, habitualmente vinculada a otro tipo de criminalidad como, por ejemplo, la organizada. Y finalmente, VILLORIA MENDIETA, «Lucha contra la corrupción», 2001, p. 99, encontrándose vinculadas al concepto jurídico de corrupción, de un modo u otro, las nociones de abuso del cargo, incumplimiento de las normas, y beneficio personal.

⁶⁹ Véase, MALEM SEÑA, «La corrupción», 2016, p. 26.

⁷⁰ Cfr. GARZÓN VALDÉS, «Acerca de la calificación moral», 2004, p. 18. No en vano, etimológicamente el término «corrupción» proviene del verbo latino *corrumpo-ere*, siendo una de sus acepciones la de «sobornar a alguien con dinero» o, en un sentido más genérico, «deteriorar física o moralmente». Véase, GAFFIOT, Félix, *Dictionnaire illustré latin français*, Librairie Hachette, Paris, 1934, pp. 434-435: «corrompre qqn à prix d'argent» (Cicerone, *De Officiis*, *Liber Secundum*, [53]) y «2 [fig.] gâter, détériorer [physiquement ou moralement]».

⁷¹ Cfr. VILLORIA MENDIETA, «Principales rasgos», 2017, p. 48.

⁷² Véase, MALEM SEÑA, «El fenómeno de la corrupción», 1997, p. 78; DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 257; NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 55; FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, pp. 67-68;

mos identificar la corrupción con cualquier irregularidad cometida en un contexto público o privado, porque supondría admitir un concepto demasiado amplio que daría cobijo a conductas de naturaleza muy diversa y heterogéneas entre sí.

Porque si diéramos por válida esta noción, bajo el paraguas de la corrupción en los negocios –concretamente– quedarían recogidos, por ejemplo, y además del soborno comercial, el fraude fiscal, el uso y revelación indebida de información privilegiada, o cualesquiera otras formas de desviación de recursos, entre otras, las que se realicen con fines personales, con motivación o sin motivación económica.

Esto es, no podemos admitir este concepto amplio, porque se pondría al mismo nivel la delincuencia en la empresa y la corrupción en los negocios, como si fueran equivalentes (cuando no es así). Por ello debe ser rechazado, puesto que es tan sumamente vago e indeterminado que carece de utilidad en sede jurídico-penal.

3. Por razones de extensión de este trabajo, no resulta posible formular nuestra propia definición de «corrupción». Mucho se ha escrito sobre esta materia y poco podríamos aportar nosotros en tan reducido espacio.

Sin perjuicio de ello, es común ver en la doctrina que «corrupción» se describe como aquella infracción de un deber posicional por parte de un sujeto, con poder de decisión en una organización, de las reglas que rigen en su actividad, al objeto de procurarse, para sí o para un tercero, un beneficio extraposicional de cualquier naturaleza⁷³.

En otras palabras: «corrupción» significa otorgar un beneficio extraposicional (una ganancia externa a su actividad o función, es decir, una fuente adicional de ingresos) a un sujeto decisor de una organización para que viole una obligación (un acto de deslealtad, contrario al sistema normativo)⁷⁴.

HEINE; ROSE, «Private Commercial Bribery», 2003, p. 6; HODGSON; JIANG, «The economics of corruption», 2007, p. 1046; QUERALT JIMÉNEZ, «Reflexiones marginales sobre la corrupción», 2012, p. 19; ROHLFSEN, «Recent Developments», 2012, p. 151; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 3; TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, p. 164; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; CERINA, «Algunos aspectos», 2013, pp. 388-389; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 84-85; GÓMEZ RIVERO, «Derecho Penal y corrupción», 2017, p. 252; SALINAS JIMÉNEZ; SALINAS JIMÉNEZ, «Causas y efectos», 2017, p. 24. Según la definición que proporciona la RAE, el verbo «corromper» significa «sobornar a alguien con dádivas o de otra manera» (tercera acepción); y «en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores» (cuarta acepción).

⁷³ Entre otros, y aunque no de forma completamente coincidente en sus planteamientos, GARZÓN VALDÉS, «Acerca del concepto de corrupción», 1997, pp. 44-47; MALEM SEÑA, «El fenómeno de la corrupción», 1997, p. 80; CARUSO FONTÁN, «El concepto de corrupción», 2009, pp. 151-152. De interés también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Iniciativas internacionales», 2003, p. 8; KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción», 2007, p. 6; ROTSCHE, «Corrupción y compliance», 2018, pp. 228-234.

⁷⁴ Vid. GARZÓN VALDÉS, «Acerca del concepto de corrupción», 1997, pp. 44-46.

En nuestra opinión, este concepto es acertado porque explica adecuadamente la mecánica general del soborno, que en el ámbito de los negocios se concretaría en la locución latina *do ut des*: una contraprestación a cambio de una prestación; es decir, un beneficio extraposicional (el incentivo ilícito) por una infracción de un deber de lealtad (un favorecimiento indebido)⁷⁵.

Y porque el quebrantamiento de un deber posicional en la toma de una decisión nos remite a la idea de que la corrupción debe producirse en el ámbito de una organización (que bien puede ser pública o privada). Y esto –a nuestro parecer– es determinante, ya que los actos de corrupción se deben realizar por quien tiene capacidad para ello dentro de una organización, en el ámbito de las facultades de su cargo o función pública (por ejemplo, en una corporación local) o privada (por ejemplo, en una sociedad mercantil).

De este modo surgiría la útil noción de «corrupción organizacional», que permite aglutinar coherentemente la corrupción pública y privada bajo un mismo techo (a modo de categoría conceptual superior o supraconcepto que toma la organización como punto de referencia de ambas formas de corrupción)⁷⁶.

4. Ahora bien, la idea de «corrupción organizacional» no puede ser admitida sin más, sin antes matizar un aspecto: este supraconcepto no facilita *per se* la distinción entre organizaciones responsables y no responsables penalmente (puesto que metería ambas en el mismo «saco» conceptual).

Desde el momento en el que las personas jurídicas pueden delinquir o ser víctimas desde un punto de vista penal (artículos 31 bis y 288 CP), surge la inevitable necesidad de distinguir entre «organizaciones corruptas» y «organizaciones con sujetos corruptos»⁷⁷. Dicho de otra manera, debemos tener en cuenta

⁷⁵ De un modo más amplio, sin embargo, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO define corrupción (tanto pública como privada) como la utilización de un poder de actuación oficial o conferido al autor por una colectividad, grupo, compañía, sociedad o cualquier entidad, en interés particular para la consecución de una ventaja indebida, patrimonial o de otro tipo, en su favor en el de un tercero. Y tres serían los elementos que concurren en esta definición: 1) la existencia de un poder de actuación oficial (en la corrupción) o de administración, dirección o gestión de negocios (en la corrupción privada); 2) la búsqueda u obtención de una ventaja indebida (material o inmaterial, fuera del uso socialmente admisible); 3) el beneficio propio o ajeno. Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «Halcones y palomas», 2015, p. 513.

⁷⁶ En ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 85 y 86, se sostiene que más que restringir el concepto de «corrupción pública», hay que ampliarlo para hablar de una «corrupción organizacional», puesto que tanto el sector público como el privado están compuestos por organizaciones formales. Para mayor detalle, HODGSON; JIANG, «The economics of corruption», 2007, pp. 1050-1055; ANDVIG, «Remarks», 2002, pp. 3-5.

⁷⁷ En cuanto a la terminología anglosajona «organization of corrupt individuals» y «corrupt organization», PINTO; LEANA; PIL, «Corrupt organizations», 2008, p. 685; Asimismo, pero partiendo desde un concepto amplio de corrupción, ANAND; ASHFORTH; JOSHI, «Corruption in organizations», 2004, pp. 40 y 51, nota al pie n.º 3. Al respecto, como dice HESS, «la persona que recibe el soborno acepta pagos corruptos u otro tipo de favores a cambio de realizar operaciones que no necesariamente favorecen los intereses de la organización que lo emplea». HESS, «Corrupción en la cadena de valor», 2009, p. 22. Con multitud de ejemplos, ARGANDOÑA, «Private-to-Private Corruption», 2003, pp. 4-6.

esta distinción entre personas jurídicas culpables y no culpables cuando nos referimos a «corrupción organizacional», porque ello es lo coherente –a nuestro juicio– con el actual régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Así, nos referimos, por un lado, a una «organización con sujetos corruptos» cuando sean éstos últimos los que cometan la corruptela en contra de los intereses de la organización de la que formen parte (por ejemplo: el soborno a un directivo de una empresa, que es aceptado, para la adjudicación de un contrato de suministro de mercancías por un precio inferior al de mercado).

Y, por otro lado, aludimos a una «organización corrupta» cuando sean sus propios miembros, también corruptos, los que incurran en prácticas de soborno en nombre y beneficio de la compañía a la que se encuentren vinculados⁷⁸, con el beneplácito, aquiescencia o tolerancia de ésta (verbigracia: cuando la comisión para la consecución de una transacción comercial beneficiosa haya sido conocida en la empresa pero no se haya actuado frente a ella, llevando al responsable frente a la justicia).

Con todo, el fenómeno de la corrupción en los negocios abarca los comportamientos de «soborno comercial» cometidos tanto en provecho como en perjuicio de las organizaciones a que pertenezcan los individuos que incurran en esta clase de comportamientos⁷⁹. Sobre los problemas relativos a esta cuestión se abundará más adelante, cuando tratemos la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸⁰.

5. Restaría examinar, por último, cuáles son los perniciosos efectos que este fenómeno delictivo produce –en términos generales– en la sociedad, ya que, si no lo hacemos, difícilmente podremos comprender después cuál es la necesidad social que subyace detrás de la criminalización de la corrupción privada en nuestro ordenamiento jurídico.

⁷⁸ Esta noción de «organizaciones corruptas» encaja con la visión que tiene de la corrupción privada QUERALT JIMÉNEZ. Para dicho autor, partiendo desde un planteamiento de política criminal, la corrupción privada no se trata de la caída individual o puntual, por así decirlo, en la tentación de un operación o negocio fácil, sino en un modo patológico de ejercer las competencias del sujeto, consideración que es aplicable tanto al sector público como al económico-privado. Así, este tipo de corrupción consiste en la desnaturalización de las finalidades institucionales para atender objetivos particulares de los sujetos, de un modo habitual o permanente, y mediante una organización más o menos estable y sólida. *Cfr.* QUERALT JIMÉNEZ, «Reflexiones marginales sobre la corrupción», 2012, p. 22.

⁷⁹ Misma razón por la cual VILLORIA MENDIETA entiende que «la corrupción en el sector privado sería el uso de autoridad, o el abuso del poder que otorga una organización a cualquiera de sus miembros, para beneficio propio, directo o indirecto, individual o corporativo, cuando estas personas interactúan con otras personas de organizaciones públicas o privadas, y sus actos atentan contra la competencia leal y equitativa y, con ello, contra el bienestar de la comunidad». Recogiendo con ello no sólo la responsabilidad individual, sino también la corporativa. Véase, VILLORIA MENDIETA, *Combatir la corrupción*, 2019, pp. 20-21.

⁸⁰ Véase, Capítulo VI, Apartado V.

1.1 EFECTOS PARA EL SISTEMA ECONÓMICO Y EL MERCADO

El principal efecto que tiene la corrupción privada en el sistema económico y el mercado es –como vamos a ver en las siguientes líneas– la pérdida general de confianza en la actividad empresarial privada⁸¹; la reducción de la efectividad y calidad de las políticas económicas y, en general, el debilitamiento del sistema económico⁸². En este sentido el impacto que produce esta clase de corrupción en el orden económico es claramente perverso⁸³, porque mina la confianza en la previsibilidad del comportamiento de los operadores económicos, y perturba y disminuye las perspectivas de negocio⁸⁴.

Desde el momento en el que los pagos solamente pueden ser asumidos por quienes disponen de suficiente capacidad económica, se produciría el desplazamiento de quienes carecen de tales medios. De esta forma, un sistema económico con corrupción penaliza a los participantes que operan con lealtad en el mercado⁸⁵.

Porque, va de suyo, las empresas que no accedan a participar en el juego del soborno –es decir, a pasar por caja– no tendrán verdaderas oportunidades de competir frente a las que sí lo hacen, generándose así un eventual, pero más que significativo, daño social en el sistema⁸⁶; puesto que se instauraría la creencia de que sólo quienes pagan consiguen obtener contratos, desincentivando la inversión y la creación de negocios.

Es de este modo como a largo plazo todos los participantes del mercado se verían afectados, dado que –no podemos perder de vista– el pago de «sobornos» puede desembocar en el aumento de los precios de los productos y servicios: al ser la comisión ilícita un costo añadido del negocio, el precio final de la transacción comercial podrá verse incrementado en la cadena de

⁸¹ Véase, ANDVIG, «Remarks», 2002, p. 6; HESS, «Corrupción en la cadena de valor», 2009, p. 24; BOLES, «The Two Faces of Bribery», 2014, p. 708. En la misma dirección, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, «Halcones y palomas», 2015, p. 513; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 99.

⁸² Véase, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Globalización», 2016, p. 848.

⁸³ Desde el punto de vista del desarrollo económico, mediante una aproximación micro y macroeconómica, resulta interesante la aportación de AIDT, quien distingue entre los autores que insinúan que la corrupción sería un obstáculo para el desarrollo (los denominados *sanders*, según dicho autor), y los que creerían que la corrupción puede fomentar el desarrollo en algunos casos (los *greasers*). De un modo metafórico, pero ciertamente gráfico, los *sanders* vendrían a ser, por un lado, quienes ponen granos de arena en la maquinaria, dificultando su función, y de otro lado, los *greasers* quienes la engrasan para que vaya mejor, sin que chirrié. Véase, AIDT, «Corruption», 2009, pp. 3-6.

⁸⁴ Véase, BOLES, «The Two Faces of Bribery», 2014, p. 696; PÉREZ CEPEDA; BENITO SÁNCHEZ, «La política criminal», 2013, p. 19.

⁸⁵ En el contexto de la corrupción pública, ROSE-ACKERMAN, «Corrupción y competencia», 1996, pp. 43-44. En igual dirección, ICC, *Memorandum to the OECD*, 2006, p. 1.

⁸⁶ Así también, ROSAS OLIVA, «Consideraciones para la tipificación», 2009, pp. 96-97.

valor⁸⁷ (por ejemplo, teniendo las empresas que aumentar sus presupuestos para poder contratar).

La perturbación del delicado equilibrio del mercado, asimismo, estimularía la obtención un rédito económico por motivos distintos a la eficiencia, la innovación y la libre y leal concurrencia (primando el deseo de obtener una dádiva, por encima de la búsqueda de las mejores condiciones comerciales en una determinada transacción). Por ejemplo, de nada serviría invertir en crear nuevos productos, porque únicamente conseguiría hacer negocio quien incurra en corrupción.

De ahí que la corrupción en los negocios afecte a la eficiencia económica y pone en peligro el libre desarrollo del mercado, hasta el punto de que puede reducir la tasa de crecimiento de los países y ahuyentar la inversión (debido a una correlativa reducción de la rentabilidad de los negocios); además de generar una gran cantidad de dinero opaco que incrementa la economía sumergida (lo que reduce los ingresos públicos, dando lugar previsiblemente a una mayor una carga fiscal para los contribuyentes)⁸⁸.

Y si se diera el caso de que decayera la inversión privada, también es previsible que decaiga la recaudación fiscal por parte del Estado (al introducirse menos capitales en el sistema económico, menores son los rendimientos económicos que poder gravar después tributariamente)⁸⁹. En suma: esta es la espiral negativa de la corrupción en el ámbito de los negocios, en la que sólo ganan unos pocos y sale penalizado todo el sistema.

1.2 EFECTOS PARA LAS EMPRESAS

En el plano de las empresas este fenómeno presenta varios efectos, sobre todo relacionados con la reducción de su eficacia y eficiencia a la hora de acometer negocios.

Nos referimos al potencial perjuicio económico manifestado en el aumento de los costes y la correlativa disminución de los beneficios; a la pérdida de oportunidades comerciales debido a la distorsión del mercado⁹⁰ (al que sólo accederán quienes estén dispuestos a incurrir en «soborno»); y a la alteración de las estrategias comerciales al influir en la toma de decisiones, que daría lu-

⁸⁷ Véase, HESS, «Corrupción en la cadena de valor», 2009, p. 24; ARGANDOÑA, «La corrupción y las empresas», 2007, p. 3.

⁸⁸ Cfr. SALINAS JIMÉNEZ; SALINAS JIMÉNEZ, «Causas y efectos», 2017, p. 37.

⁸⁹ Véase, ARGANDOÑA, «La corrupción y las empresas», 2007, p. 3.

⁹⁰ Véase, ONU, *Programa anticorrupción*, 2013, p. 1.

gar a un malgasto de recursos y esfuerzos por parte de la empresa⁹¹; o a una disminución de la rentabilidad de las inversiones económicas⁹².

Y al margen del detrimento económico producido mediante los actos de «soborno comercial», es muy probable que sufra la moral de la organización privada, por la pérdida de la confianza en la empresa, en particular, y en el sistema económico, en general⁹³. Sin perjuicio, además, de que los individuos que conforman la empresa pueden tener la tentación de abandonarla, con la correspondiente pérdida de capital humano para la compañía.

Por no decir que si la empresa se ve salpicada por un caso de corrupción, su reputación podrá deteriorarse seriamente (por ejemplo: quedando manchado su nombre, de forma pública, en los medios de comunicación; o incluyendo a la empresa en alguna lista negra de organizaciones⁹⁴, como la del Banco Mundial⁹⁵), con el consiguiente riesgo de pérdida de confianza de los inversores.

Todo ello sumado al riesgo de que la entidad privada puede sufrir consecuencias de carácter penal (mediante la imposición de un pena, a saber: una multa, inhabilitación, cierre del establecimiento, disolución de la persona jurídica, entre otras), si se dieran las condiciones necesarias para declarar la responsabilidad penal de la organización (artículo 31 bis CP).

1.3 EFECTOS PARA LOS CONSUMIDORES

El fenómeno de la corrupción en los negocios también afecta a los consumidores, en la medida en que el «soborno» se repercute finalmente en el valor de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, viéndose éstos privados de poder acceder a precios más bajos o prestaciones de mejor calidad⁹⁶. Esto se produciría, lógicamente, como consecuencia de la introducción de mayores costos en las transacciones comerciales⁹⁷. Sin embargo, los consumidores serían –desde este punto de vista– víctimas del fenómeno del «soborno comercial» pero de una forma indirecta o transversal, al encontrarse al final del eslabón en el mercado.

⁹¹ Cfr. GREEN, «Official and commercial bribery», 2013, p. 65.

⁹² Véase, SALINAS JIMÉNEZ; SALINAS JIMÉNEZ, «Causas y efectos», 2017, pp. 34-35.

⁹³ Así, ANDVIG, «Remarks», 2002, p. 6.

⁹⁴ Véase, ARGANDOÑA; MOREL BERENDSON, «La lucha contra la corrupción», 2009, p. 13.

⁹⁵ Véase su lista de empresas vetadas (*list of debarred firms*), la cual puede consultarse en la propia página web del Banco Mundial (<http://www.worldbank.org/> visitada por última vez el 14 de julio de 2018 a las 17:45 horas).

⁹⁶ Véase, GREEN, «Official and commercial bribery», 2013, p. 65; MELÉ, «Sobornos y extorsiones», 1993, p. 10; NIETO MARTÍN, «Corrupción en los negocios», 2018, p. 418.

⁹⁷ Véase, HESS, «Corrupción en la cadena de valor», 2009, p. 24.

1.4 EFECTOS PARA LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

La normalización social de la corrupción en los negocios puede favorecer, en mayor o menor medida, la corrupción pública, creando un entorno o sentimiento de permisividad en la ciudadanía que propicie la comisión de esta clase de comportamientos delictivos (tanto en el ámbito público como el privado). Y esto a la larga puede socavar la estabilidad, la legitimidad y valores del sistema democrático, la Justicia⁹⁸ y del Estado de Derecho⁹⁹, tras haber inoculado el germen de la desconfianza en la sociedad.

En otras palabras, la corrupción en los negocios puede afectar colateralmente al recto funcionamiento de la Administración Pública: porque el desapego o desafección en las instituciones puede verse incrementado –como bien apuntan ciertos autores– en la medida en que crezca la percepción social de que la corrupción se ha instalado en todo el sistema¹⁰⁰.

A lo que tampoco ayuda el hecho de que salgan a la palestra pública más y más casos de corrupción, que normalmente se resuelven muchos años después, tras un largo procedimiento que concluye no siempre con una sentencia que satisfice todas las expectativas (justificadas o injustificadas) puestas en el asunto¹⁰¹.

Así, se formaría una especie de «círculo vicioso de desconfianza que se autoalimenta»¹⁰² y que intensificaría el desapego de la ciudadanía frente a las instituciones públicas del Estado; con el consiguiente riesgo de que se perpetúe la percepción de que existe una corrupción sistemática¹⁰³.

2. La criminalización de la corrupción en los negocios

Existen fundadas razones de política criminal para valorar seriamente los perversos efectos que la corrupción en los negocios produce en la sociedad. Viendo lo que hemos visto hasta el momento, no sería sensato subestimarlos (véanse los epígrafes anteriores). Sin embargo, una cosa es que político-criminalmente haya sólidos motivos para criminalizar una conducta, y otra muy

⁹⁸ Véase la preocupación expresada por la ONU en el Prefacio de la CNUCC.

⁹⁹ En sentido similar, ARGANDOÑA, «La corrupción y las empresas», 2007, p. 3.

¹⁰⁰ Así, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 3.

¹⁰¹ Véase, VILLORIA; JIMÉNEZ, «La corrupción en España», 2012, p. 129; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La corrupción ante el Derecho», 2013, p. 2.

¹⁰² Así, VILLORIA; JIMÉNEZ, «La corrupción en España», 2012, p. 129.

¹⁰³ Véase, PÉREZ CEPEDA; BENITO SÁNCHEZ, «La política criminal», 2013, p. 19.

distinta es que la ley vigente satisfaga realmente esta necesidad, poniendo coto a este fenómeno delictivo de forma efectiva.

¿Cómo ha sido tipificada la corrupción privada en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Ha permanecido intacta la redacción del delito desde su inicial tipificación hasta la actualidad? ¿Qué razones se han aducido para incorporar este delito en nuestro Código Penal? Veamos cómo ha sido prevista la corrupción en los negocios en la normativa internacional, como paso previo para analizar después cómo ha sido incorporada esta figura en nuestra legislación penal nacional.

2.1 EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

2.1.1 *Punto de partida*

Buena parte de los objetivos políticos internacionales se fraguan en instrumentos internacionales, pues estos resultan de gran utilidad para declarar una voluntad internacional común de dirigir la política en una determinada dirección. Con todo, sirven para enviar un mensaje a la comunidad, un rumbo a seguir, un propósito, una finalidad.

Y aquí entra en escena el compromiso internacional de hacer frente a la corrupción privada, mediante el que se pone en evidencia el deseo global de alcanzar un leal y apto sistema económico para poder comerciar internacionalmente, libre de las distorsiones que generan los «sobornos» en el ámbito de los negocios¹⁰⁴.

La fenomenología de la corrupción ha sufrido un desarrollo expansivo que tiene su reflejo en los instrumentos normativos internacionales, correspondiéndose su inicio cronológicamente con el final del siglo xx y continuando su desarrollo hasta la actualidad¹⁰⁵. Y esto se nota especialmente en lo que atañe a los «sobornos» que se producen en el sector privado: la corrupción en los negocios representa un perfecto ejemplo de cómo la internacionalización del Derecho Penal trae como consecuencia inexorable la expansión del mismo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ En igual sentido, RAPHAEL, *Bribery*, 2016, p. 214.

¹⁰⁵ Para un mayor análisis, TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, pp. 163-192; PÉREZ CEPEDA; BENITO SÁNCHEZ, «La política criminal», 2013, pp. 21-33; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, pp. 236-248; VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, «La reforma del delito», 2019.

¹⁰⁶ *Cfr.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; CERINA, «Algunos aspectos», 2013, p. 388.

Como hitos históricos relevantes en la lucha global contra la corrupción en el ámbito de los negocios destacan los siguientes convenios internacionales:

a) Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), adoptada en Caracas en fecha 29 de marzo de 1996, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

b) Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París en fecha 17 de diciembre de 1997.

c) Convenio penal sobre la Corrupción (número 173), del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo en fecha 27 de enero de 1999.

d) Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, adoptada en Maputo en fecha 11 de julio de 2003.

e) Convención de las Naciones Unidas (ONU) contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

Es importante señalar que de los anteriores cinco instrumentos internacionales solamente se hace referencia a la corrupción en el sector privado en el Convenio penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003, y en la Convención de la Unión Africana del 2003.

La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 y el Convenio de la OCDE de 1997, en cambio, van dirigidos ambos a prevenir y combatir la corrupción de agentes o funcionarios públicos, particularmente en las transacciones comerciales internacionales.

¿Y en el ámbito de la Unión Europea existe alguna norma al respecto? Más allá del Convenio penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (que es de aplicación sólo en los países que conforman el Consejo de Europa, que no debe confundirse con el Consejo Europeo de la Unión Europea), es de grandísima relevancia la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (sí aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea).

De este modo, en el ámbito territorial europeo habría dos instrumentos normativos: el Convenio penal de 1999 (Consejo de Europa) y la Decisión Marco de 2003 (Unión Europea).

No pasa desapercibido, en este estado de cosas, la gran cantidad instrumentos jurídicos internacionales que hay en materia de lucha contra la corrupción privada. No en vano su incremento en número ha sido calificado de hiper-

tráfico¹⁰⁷. De lo que no cabe duda, cuando menos, es que la comunidad internacional ha hecho un gran esfuerzo para que el mayor número posible de países prohíban a sus empresas recurrir a la práctica del soborno en el ámbito comercial¹⁰⁸.

Sin embargo, debe advertirse algo que, aunque evidente, parece haber sido obviado: cuantos más instrumentos internacionales, mayor dificultad para armonizar la respuesta penal de los Estados. Ese es el problema de que cada instrumento internacional defina a su manera la corrupción en el sector privado, porque a la hora de transponer su normativa lo único que se genera es confusión y desconcierto a la hora de interpretar el delito.

Asimismo, y aunque nos alejemos de lo que se considera estrictamente el estudio del marco normativo internacional en materia de corrupción privada, cabe destacar el importante papel que juegan determinadas organizaciones de la sociedad civil (destacando, a título de ejemplo, Transparencia Internacional)¹⁰⁹ puesto que contribuyen notablemente a la conformación de una opinión pública sensibilizada frente a los graves efectos de la corrupción¹¹⁰; repercutiendo esta labor en las organizaciones públicas internacionales, en la medida en que las pueden empujar a mejorar o adoptar nuevas

¹⁰⁷ Como afirma CERINA, «este proliferar de instrumentos jurídicos debe ciertamente llamar la atención. Más que a una necesidad imperante de combatir el fenómeno «corrupción» –necesidad que bien podría haberse satisfecho con dos o tres instrumentos jurídicos internacionales adoptados a escala regional o bien con un único convenio elaborado en el marco de las Naciones Unidas– y más que la idea de complementar o perfeccionar instrumentos anteriores –planteamiento que podría haberse llevado a cabo al sustituir y no yustaponer (*sic*) nuevas herramientas–, parece haber jugado cierto papel lo ha sido definido como *populismo sancionador*: ansiosos de encontrar el consenso de la opinión pública, tanto las diversas organizaciones internacionales como sus Estados miembros parecen haberse involucrado en una especie de competición para elaborar, promover, ratificar el mayor número de instrumentos jurídicos posibles en el tópico «lucha contra la corrupción». Resultado de la consiguiente hipertrofia legislativa internacional es un panorama normativo innecesariamente complejo, a veces, contradictorio y, por lo general, ineficaz (vista la dificultad a la hora de elaborar instrumentos de seguimiento de la implementación de los instrumentos jurídicos internacionales)». CERINA, «La comunidad internacional», 2011, p. 103. Véase asimismo, PÉREZ FERRER, «Recientes líneas de Política Criminal», 2012, pp. 213-214; CASTAÑO TIerno, «¿Otra política penal es posible?», 2014, pp. 569 y ss.

¹⁰⁸ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 133.

¹⁰⁹ *Transparencia Internacional* es una organización no gubernamental sin ánimo de lucro que opera en todo el mundo y que está dedicada a combatir la corrupción, congregando a la sociedad civil, sector privado y los gobiernos, en una amplia coalición global. Dicha organización no denuncia casos individuales de corrupción (la cual, entienden, es una tarea fundamental de los periodistas), sino que por el contrario, orienta sus esfuerzos para obtener logros sustentables a largo plazo, primando la prevención y la reforma de los sistemas existentes.

La página web de dicha organización es: <https://www.transparency.org/> (visitado por última vez el 15 de julio de 2018 a las 19:49 horas).

¹¹⁰ Véase, TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, p. 168.

herramientas o instrumentos para prevenir o hacer frente a este fenómeno criminal.

2.1.2 *La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, firmado en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (también CNUCC o Convención de Mérida¹¹¹), nació como un instrumento independiente que complementa el Convenio de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹¹². Fue ratificada por España el 19 de junio de 2006.

Esta norma tiene como finalidad abordar de una forma integral y sistemática todos los aspectos relevantes de la corrupción¹¹³, lo que incluye, entre sus aspectos más relevantes: la prevención y represión de ciertas prácticas corruptas y de transferencia ilícita de fondos; la promoción, facilitación y apoyo de la cooperación internacional y de la asistencia técnica; y la restitución de los fondos ilícitos a los países de origen¹¹⁴.

Así, puede decirse que la Convención se ha construido sobre la base de cinco pilares, todos ellos juntos diseñados para dar eficacia a los objetivos centrales de la misma, que son¹¹⁵: a) medidas de prevención de la corrupción; b) tipificación de conductas y aplicación de la Ley; c) cooperación internacional; d) recuperación de activos; e) asistencia técnica e intercambio de información.

Deteniéndonos en el segundo de estos pilares, la Convención exige a los Estados Parte que introduzcan determinados ilícitos penales que alcanzan a una amplia gama de actos de corrupción (entendida ésta en un sentido extremadamente extenso)¹¹⁶, ello en la medida de que éstos no se encuentren ya

¹¹¹ Así mencionada por autores como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, p. 237.

¹¹² También conocida como la Convención de Palermo, fue ratificada por España en fecha 1 de marzo de 2002. BOE de 29 de septiembre de 2003.

¹¹³ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, p. 170.

¹¹⁴ Así, ARGANDOÑA, «La Convención de Naciones Unidas», 2006, pp. 4-5.

¹¹⁵ En sentido similar, RAPHAEL, *Bribery*, 2016, p. 229.

¹¹⁶ Concretamente el Capítulo III de esta Convención «contra la corrupción» pretende castigar el soborno de funcionarios públicos nacionales (artículo 15), el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (artículo 16), la malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (artículo 17), el tráfico de influencias (artículo 18), el abuso de funciones (artículo 19), el enriquecimiento ilícito (artículo 20), el soborno en el sector privado (artículo 21), la malversación o peculado de bienes en el sector privado (artículo 22), el blanqueo del producto del delito (artículo 23), el encubrimiento (artículo 24), y finalmente, la obstrucción a la justicia (artículo 25).

transpuestos o debidamente regulados en sus respectivas legislaciones nacionales.

En lo relativo a la concreta tipificación de la corrupción en los negocios, es significativo que el artículo 21 otorga la posibilidad a cada Estado Parte – pero no les obliga– a que adopten las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito el soborno producido en el ámbito privado (el Convenio sólo impele a los Estados Parte a que «consideren la posibilidad» de tipificar el delito)¹¹⁷.

Pero al margen de esto, lo verdaderamente interesante para lo que aquí interesa es que el artículo 21 define «el soborno en el sector privado» como la conducta intencionalmente cometida en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales consistente en:

«a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.»

El elemento del tipo sobre el que se cimentaría este injusto –según la redacción propuesta en este Convenio– sería la infracción dolosa, como consecuencia de un incentivo indebido, de un deber inherente a las funciones del cargo de una persona perteneciente a una entidad del sector privado, que opere en actividades económicas, financieras o comerciales.

Más adelante veremos qué impacto ha tenido esta previsión normativa en la tipificación del delito en España.

2.1.3 *El Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*

1. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha dedicado grandes recursos para hacer frente a la corrupción, por

¹¹⁷ En TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, p. 170, se afirma que el artículo 21 del Convenio establece expresamente la necesidad de que se tipifique la corrupción entre particulares. En contra, ARGANDOÑA, «La Convención de Naciones Unidas», 2006, p. 7.

las graves consecuencias que ésta conlleva para el desarrollo de las personas y las economías ¹¹⁸.

El Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptado en París en fecha 17 de diciembre de 1997 (ratificado por España el 3 de enero de 2000), es un instrumento internacional nacido para combatir la corrupción en las transacciones económicas internacionales o transfronterizas, penalizando a quien prometa, conceda u ofrezca gratificaciones o cualesquiera otras ventajas a agentes públicos extranjeros (por sí mismo, o través de terceros) para obtener un beneficio en sus negocios ¹¹⁹.

El Convenio de la OCDE –como hemos mencionado más arriba– no contiene normas sobre la corrupción en los negocios (sí sobre corrupción de agentes comerciales internacionales).

Sin embargo, lo que resulta de interés aquí es que para la OCDE «la corrupción es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales» (Preámbulo); aludiendo en general a los perversos efectos de lo que, podría decirse, es la corrupción en el ámbito de los negocios.

No en vano, tras la ratificación de este Convenio en nuestro Código Penal se tipificó el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (actual artículo 283 ter [LO 1/2015, de 30 de marzo], y anteriores artículos 445 [LO 15/2003, de 25 de noviembre] y 445 bis [LO 3/2000, de 11 de

¹¹⁸ Vid. Folleto informativo para las empresas españolas con actividades en el extranjero en relación con el Convenio de OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, publicado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Madrid, diciembre 2015, p. 9. Este documento puede consultarse on-line a través del siguiente enlace web: <http://www.comercio.mineco.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion/Documents/Folleto%20informativo%20sobre%20el%20Convenio.pdf> (visitado por última vez en fecha 14 de junio de 2019 a las 00:18 horas).

¹¹⁹ Como indica NIETO MARTÍN, las previsiones normativas de este Convenio están inspiradas en la Ley de Prácticas Corruptas del Extranjero de 1977 de Estados Unidos (del anglosajón *Foreign Corrupt Practices Act* o FCPA). En la década de los 70 del siglo pasado la corrupción pasó a formar parte de la discusión pública en los Estados Unidos, como consecuencia de numerosos escándalos que ponían en entredicho la actuación de las multinacionales norteamericanas en muchos países del mundo, donde de manera sistemática realizaban pagos ilícitos con el fin de recibir contratos públicos, cuando no intervenían directamente en la política nacional de otros países, financiando ilegalmente a los candidatos que mejor podían defender sus intereses. La corrupción en las relaciones económicas internacionales también estaba extendida en las compañías europeas, que incluso podían desgravarse fiscalmente las cantidades «invertidas» en sobornos. Años después, tras la caída del muro de Berlín, Estados Unidos eligió la OCDE, la organización que agrupa los países con economías más desarrolladas, para globalizar su regulación. Cfr. NIETO MARTÍN, «Corrupción en los negocios», 2018, pp. 419-420.

enero)]¹²⁰, siendo éste calificado por la doctrina autorizada como un delito de competencia desleal, que protege la competencia leal y honesta¹²¹, pero también la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros y de organizaciones internacionales¹²².

2. ¿Pero por qué lo traemos a colación? Porque el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en la actualidad forma parte de los llamados «delitos de corrupción en los negocios» (LO 1/2015), entre los que también se encuentra el delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis.1 y 2 CP)¹²³.

Esto evidencia la estrecha relación que existe entre estas dos tipologías delictivas: pareciera que la corrupción en las transacciones internacionales y la corrupción privada son ambas distintas formas de corrupción en los negocios. De ahí que el análisis del Convenio de la OCDE pueda aportar cierta luz a nuestra investigación.

Siendo éste el estado de cosas: ¿cómo se tipifica la corrupción de agente públicos extranjeros en este Convenio? Con arreglo al tenor de lo dispuesto en esta norma, se obliga a cada Estado firmante a tomar las medidas para tipificar como delito el hecho de que cualquier persona (artículo 1.1):

«(...) deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales»¹²⁴.

¹²⁰ Véase, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, «La corrupción en las transacciones», 2008, pp. 206-209; TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, p. 173; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, pp. 244-245.

¹²¹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «Corrupción de agentes públicos», 2017.

¹²² ASÍ, NIETO MARTÍN, «Corrupción en los negocios», 2018, p. 425.

¹²³ Véase, GALÁN MUÑOZ, «Globalización», 2016, pp. 630-641.

¹²⁴ Sirva de complemento para la interpretación del propio precepto, que según las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (Apartado VI, «Lucha contra la corrupción»): «Las empresas no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos o ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Tampoco se deberá solicitar a las empresas que ofrezcan, ni esperar que lo hagan, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas. Concretamente, las empresas: 1. no deberán ofrecerse a pagar ni ceder ante las peticiones de pago a funcionarios o a empleados de socios empresariales ninguna fracción de un pago contractual. No deberán utilizar subcontratistas, órdenes de compra ni contratos de consultoría como medio para canalizar pagos a funcionarios, empleados de socios empresariales o a sus familiares o socios comerciales». La OCDE aprobó estas Directrices para empresas multinacionales por vez primera en el año 1976, habiéndose realizado diversas revisiones a lo largo de los años. La última versión revisada, que ha sido consultada, ha sido la del año 2017, que puede visualizarse en el siguiente enlace web: <http://www.oecd.org/investment/mne/16975360.pdf> (último acceso 16 de julio de 2018 a las 23:14 h).

A estos efectos, «agente público extranjero» es «cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública» [letra a) del artículo 1.4].

Como aspecto a destacar, el concepto de agente público o funcionario público extranjero contenido en el anterior precepto es tan extenso que logra desdibujar la frontera entre la corrupción pública y la privada¹²⁵. Tal vez esto se deba –quién sabe– a que en el actual mundo globalizado las funciones públicas y privadas se entremezclan¹²⁶. Sin embargo, el problema de interpretación que esta noción genera es notable.

El Convenio de la OECD adopta una definición autónoma de funcionario público totalmente desvinculada de la regulación del Derecho interno de los Estados Partes¹²⁷: resulta indiferente que el agente público extranjero sea o no funcionario a efectos administrativos (relajando de este modo la exigencia de integración orgánica en la Administración, en pos de un concepto más funcional o material).

3. Así, quedan en la nebulosa los casos en los que el Estado encarga a un agente privado la realización de funciones públicas, o cuando éste constituye o participa en una sociedad privada¹²⁸.

Luego, lo que puede ocurrir ante esta situación de imprecisión es que en determinados supuestos de hecho un sujeto (X) sea considerado un agente público según el Convenio, al mismo tiempo que un agente privado según la legislación interna de un Estado (por ejemplo: como sucedería cuando una sociedad mercantil de capital privado presta un servicio público a través de una concesión administrativa)¹²⁹. Y esta cuestión no es baladí, porque si el interés público se viera afectado, entonces, la tipificación de la conducta podría variar.

¹²⁵ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 135.

¹²⁶ Véase, GREEN, «Official and commercial bribery», 2013, p. 60.

¹²⁷ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, p. 173.

¹²⁸ Cfr. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el comercio internacional», 2003, p. 15. Sobre el concepto de funcionario público en sus vertientes funcional (ejercicio de funciones públicas) y orgánico (relación del sujeto con la Administración) también, NIETO MARTÍN, «La corrupción en las transacciones», 2004, pp. 56-57; NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 64.

¹²⁹ Opina también NIETO MARTÍN que deberán ser considerados funcionarios públicos los miembros de un despacho de arquitectos que supervisan la ejecución de una determinada obra pública o que asesoran a un Ayuntamiento en la fase de concurso público; o a los miembros de una ONG que ejecutan un programa de ayuda al desarrollo con fondos públicos. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el comercio internacional», 2003, p. 15.

Sobre este problema práctico volveremos más adelante, por lo que dejémoslo aparcado por el momento ¹³⁰.

4. Con lo que nos debemos quedar es que la corrupción de agentes públicos extranjeros consiste esencialmente en la infracción de una función oficial, a cambio de una dádiva, con el fin de obtener un beneficio irregular en las transacciones económicas internacionales. La estructura del delito de corrupción de agentes públicos extranjeros (Convenio de la OCDE) sería, por tanto, similar a la del delito de soborno en el sector privado (CNUCC), en la medida en que *mutatis mutandis* ambos injustos se cimentarían sobre la base de una infracción de un deber, a cambio de una comisión ilícita.

2.1.4 *El Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa*

El Convenio penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, dedica una parte de su texto a la corrupción en el sector privado ¹³¹.

Para el Consejo de Europa, la corrupción (pública y privada) constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, y socava los principios de buena administración, de la equidad y de la justicia social, falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad (Preámbulo).

Se pone de manifiesto –aunque sea implícitamente– que en la actualidad existen cada vez menos diferencias entre el sector público y privado, dada la interrelación que ambos sectores tienen juntos en el mercado ¹³². No en vano estamos asistiendo a un proceso de privatización de la lucha contra la corrupción, que se hace todavía más evidente, particularmente, a la vista de la privatización de determinados servicios públicos ¹³³.

La criminalización de la corrupción en el sector privado, por tanto, jugaría un papel fundamental a la hora de hacer respetar la competencia y el correcto desarrollo del mercado.

¹³⁰ Véase, Capítulo II, Apartado V.1.2.2.3.

¹³¹ Este Convenio cuenta además con un Protocolo Adicional, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, mediante el que se trata la corrupción activa y pasiva de árbitros y jurados nacionales y extranjeros, sobre el que no prestaremos atención por alejarse demasiado del objeto de nuestro estudio.

¹³² *Rapport explicatif sur la Convention pénale sur la corruption*, Capítulo II, punto 52.

¹³³ Cfr: NIETO MARTÍN, «La privatización de la lucha», 2011-2012, pp. 59, 70 y 71. En sentido similar, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La corrupción ante el Derecho», 2013, p. 3.

El Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa puede dividirse así –en términos generales– en cinco pilares distintos¹³⁴: a) tipificación de conductas; b) medidas contra el blanqueo del producto de la corrupción; c) disposiciones relativas al sector privado; d) cooperación internacional; e) seguimiento y control de la aplicación del Convenio, cuya labor se le encomienda al Grupo de Estados contra la Corrupción o *Group d'Etats contre la Corruption (GRECO)*¹³⁵.

Entre las obligaciones suscritas por los Estados firmantes se encuentra el compromiso de tipificar el delito de corrupción en el sector privado. Particularmente, la Convención establece que habrá corrupción activa en el sector privado (artículo 7) cuando:

«(...) el acto haya sido cometido intencionalmente, en el marco de una actividad comercial, el hecho de prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida, para sí o para otro, a una persona que dirija o trabaje para una entidad del sector privado, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto que infrinja sus deberes.»

Y habrá corrupción pasiva en el sector privado (artículo 8) cuando:

«(...) el acto haya sido cometido intencionalmente, en el marco de una actividad comercial, la solicitud o recepción por parte de una persona que dirige o trabaja para una entidad del sector privado, directamente o por medio de terceros, de una ventaja indebida o la aceptación de su oferta o promesa, para sí misma o para otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto que infrinja sus deberes.»

Esta descripción típica de la corrupción en el sector privado coincide –como es lógico– con la que se hace también en el Convenio civil sobre la

¹³⁴ Véase, RAPHAEL, *Bribery*, 2016, pp. 224-225.

¹³⁵ El Greco fue establecido mediante la Resolución (98) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 5 de mayo de 1998. Ésta se completa con la Resolución (99) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 1 de mayo de 1999. El Greco evalúa a los Estados que hayan ratificado el Convenio, elaborando informes de evaluación mediante visitas a los países, sometiéndolos a un cuestionario. En el caso de que fuese procedente, tras la evaluación y aprobación de la misma en sesión plenaria, los informes incluirán ciertas recomendaciones que los Estados deben de implementar en un plazo determinado. Con posterioridad a ello, el Greco realizará un procedimiento de control con el fin de comprobar si se ha dado cumplimiento a las recomendaciones y, por último, publicará unos informes de cumplimiento. Al respecto son de especial interés al respecto los Informes adoptados por el Greco en sus Reuniones Plenarias 42.^a, 50.^a, 60.^a, 65.^a y 70.^a, sobre las que nos detendremos más adelante, cuando tratemos las cuestiones pertenecientes al tipo. Los Informes en cuestión pueden ser consultados en la siguiente página web: <http://www.coe.int> (visitado por última vez el 17 de julio de 2018 a las 19:10 horas). Véase, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Iniciativas internacionales», 2003, p. 14; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 143.

Corrupción (número 174 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999¹³⁶.

Como puede observarse, el Convenio penal alude igualmente a la infracción de deberes como elemento nuclear del tipo (dejando al margen, pero sin olvidar, que esta infracción debe producirse como consecuencia de una dádiva); requisito típico éste que –como hemos podido comprobar– es común en la redacción del delito en los convenios internacionales que hemos examinado hasta el momento.

2.1.5 *La Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea*

1. En el año 1998 la Unión Europea empezó a prestar atención al fenómeno de la corrupción en el sector privado, ya como un problema de carácter internacional, con la Acción Común 98/742/JAI de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo¹³⁷. Esta Acción Común fue derogada, sin embargo, tras la aprobación de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, del Consejo de la Unión Europea, que vino a renovar el compromiso comunitario de afrontar esta lacra social.

Lo importante es que tanto en la Acción Común como en la Decisión Marco se destaca que la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido, amenazando el correcto funcionamiento del mercado interior¹³⁸.

De este modo, se parte de la idea de que la corrupción en los negocios ha dejado de ser un problema interno de los Estados, en la medida en que éste ha adquirido importancia transnacional debido a la mundialización y

¹³⁶ El Convenio civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999 (que complementa el Convenio penal número 173) tiene como objeto el que los Estados Parte introduzcan en su Derecho interno procedimientos eficaces en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de poder indemnizar dichos daños y de permitirles defender sus derechos e intereses. El Convenio civil define la corrupción en su artículo 2 como: «(...) el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida».

¹³⁷ Asimismo, TORRES FERNÁNDEZ, «Marco normativo internacional», 2013, p. 184; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, pp. 242-243.

¹³⁸ Considerandos 4.º y 9, de la Acción Común 98/742/JAI y Decisión Marco 2003/568/JAI, respectivamente.

al aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios¹³⁹. De ahí que la Unión Europea haya decidido abordar este fenómeno delictivo mediante una –en principio– más eficaz actuación conjunta por parte de sus Estados miembros¹⁴⁰.

Aunque en el marco de la Unión Europea el Derecho Penal no forma parte de la política comunitaria, lo que posibilita que el legislador de la Unión Europea prevea medidas relacionadas con esta rama del Derecho es la necesidad de hacer respetar la normativa comunitaria (sin perjuicio de la reconocida libertad de los Estados miembros de legislar en tal materia)¹⁴¹.

Dicho esto, debe precisarse que la Decisión Marco 2003/568/JAI carece de efecto directo en nuestra legislación nacional, porque esta clase de normas, es decir, las Decisiones Marco, vinculan a los Estados de la Unión Europea en la medida en que sólo les exige que consigan un resultado determinado, dejando a las autoridades nacionales de cada país la elección de la forma y los medios para transponer esta normativa (artículo 34 TUE)¹⁴². De hecho, ha sido como consecuencia de esta Decisión Marco cuando se ha decidido incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el delito de corrupción entre particulares (mediante la LO 5/2010, de 22 de junio). Pero no nos desviemos del tema, pues sobre esto nos detendremos en el siguiente epígrafe.

2. ¿Qué medidas concretas previó la Unión Europea, en la Decisión Marco 2003/568/JAI, para hacer frente a la corrupción en el sector privado? ¿Cómo se tipifica en esta norma?

Conforme a lo ordenado en dicho texto normativo, los Estados miembros deben tomar todas las medidas necesarias para: a) Tipificar las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado (artículo 2); b) punir la compli-

¹³⁹ Considerando 1.º de la Decisión Marco 2003/568/JAI.

¹⁴⁰ En cuanto a la expansión del Derecho Penal en el marco de la Unión Europea, CORRAL MARAVÉ, «Política criminal de la Unión Europea», 2016, pp. 9 a 11. De forma crítica, PALOMO DEL ARCO, «El delito de corrupción», 2004, p. 15.

¹⁴¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo), p. 3, párr. 7. Esta Comunicación se refiere al contenido, alcance y consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) dictada en fecha 13 de septiembre de 2005, en el asunto C-176/03, que anuló la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (DO L 29, p. 55), y cuyo contenido también afectó a la Decisión Marco 2003/568/JAI.

¹⁴² Destacamos que, para el seguimiento de la Decisión Marco 2003/568/JAI fueron elaborados por parte de la Comisión Europea diversos informes dirigidos al Consejo. Nos referimos a los informes conocidos por las referencias COM(2007) 328 final, de 18 de junio de 2007; COM(2011) 309 final, de 6 de junio de 2011; y COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014. Concretamente, en este último informe se puso de manifiesto la existencia de ciertas deficiencias en la transposición, por parte de algunos Estados miembros, de las disposiciones relativas a la criminalización de la corrupción en el sector privado. Al respecto nos pronunciamos en BERENGUER PASCUAL, «La integración europea», 2018, pp. 50-52.

cidad e incitación a la comisión de estos delitos (artículo 3); c) prever una sanción penal efectiva, proporcionada y disuasoria, con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos uno a tres años, y de prohibición para ejercer temporalmente la actividad profesional vinculada al mismo puesto o similares en el que el sujeto condenado desempeñaba su cargo o funciones empresariales (artículo 4); d) tomar las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas pudieran ser declaradas responsables por los hechos de corrupción privada cometidos en su provecho, castigándolas mediante la imposición de multas de naturaleza penal o administrativa, que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, así como otro tipo de sanciones (artículos 5 y 6); e) prever normas de competencia territorial para poder investigar esta clase de infracciones penales (artículo 7).

En lo que atañe concretamente al tipo de corrupción privada, la Decisión Marco 2003/568/JAI (artículo 2) define las modalidades activa y pasiva de corrupción en el sector privado como aquellos actos intencionados que se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales consistentes en ¹⁴³:

«a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;

b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones».

De entre todas las dificultades interpretativas que presenta este precepto, la que más destaca –en nuestra opinión– es la de a qué se refiere la norma cuando exige, para que el acto sea típico, que el sujeto que incurra en una corruptela debe cometer un incumplimiento de sus obligaciones (¿a qué clase de obligaciones se refiere la norma?). Esta es una de las cuestiones nucleares del delito respecto del que no nos vamos a pronunciar todavía. Baste decir por el momento –al objeto de sólo plantear el problema– que aunque la Decisión Marco pretende dar solución a esta incógnita, genera más confusión al respecto.

¹⁴³ Cuyo tenor literal tiene su origen en la Acción Común 98/742/JAI, en la que se introdujo una definición de corrupción en el sector privado que es –en esencia– idéntica a la que nos encontramos en esta Decisión Marco.

El artículo primero de esta Decisión Marco dispone que «la expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional», aunque esta infracción «deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad en el que opere la persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado».

3. Pero lo que continúa sin quedar del todo claro es: ¿cuál es el concreto interés jurídico-penal que se pretendería tutelar al aludirse a esta clase de obligaciones?

Ninguna luz aporta el texto legal cuando se ofrece la posibilidad a los Estados miembros para que puedan limitar el ámbito de protección del bien jurídico a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales (artículo 2.3); porque ello indicaría que el orden concurrencial no ocupa un lugar central en el delito (o por lo menos, en apariencia, no un lugar exclusivo).

Por eso no es de extrañar que cierto sector doctrinal haya considerado que los Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación de tipificar las conductas consistentes en el ofrecimiento de «sobornos» a directivos o empleados con el fin de que éstos incumplan sus obligaciones, sin que éste tipo de comportamientos delictivos se hiciesen depender de una lesión o peligro para la competencia¹⁴⁴.

2.2 EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

2.2.1 *En la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*

El artículo 286 bis CP, del «delito de corrupción entre particulares» (o «corrupción privada» o «en los negocios») fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se

¹⁴⁴ Para DE LA CUESTA ARZAMENDI, al no hacer depender la imputación típica a la afectación o peligro para la competencia, estaríamos ante una línea amplia ya propugnada por los Convenios de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, extendiendo excesivamente la intervención penal en contrariedad con los principios de necesidad y de *ultima ratio*. Véase, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La corrupción ante el Derecho», 2013, p. 4. Y de forma similar, opina NIETO MARTÍN que este amplio tenor literal impide además reconocer cuál es el bien jurídico tutelado por la corrupción de empleados, de modo que la nueva redacción puede entender protegida también el correcto cumplimiento de la relación laboral, lo que resulta incompatible con el principio de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho Penal. Véase, NIETO MARTÍN, «La privatización de la lucha», 2011-2012, pp. 68-69.

modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁴⁵, como consecuencia del proceso de expansión del Derecho Penal¹⁴⁶.

Con esta reforma se incorporó en el Código Penal la novedosa Sección 4.^a rubricada como «De la corrupción entre particulares», ubicada sistemáticamente dentro del Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», en el Título XIII de los «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», justificándose en los compromisos internacionales suscritos por nuestro país, particularmente en el ámbito de la Unión Europea (Decisión Marco 2003/568/JAI)¹⁴⁷.

Con la excusa de transponer la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, en la LO 5/2010 (Preámbulo XIX) se indica que:

«La garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de (*sic*) buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas¹⁴⁸.»

Sin embargo, cierto sector doctrinal ha criticado que tal compromiso no estaba vigente en realidad: es decir, que no había ninguna necesidad de transponer esta Decisión Marco¹⁴⁹, porque la STJUE dictada en el asunto C-176/03,

¹⁴⁵ El origen de esta reforma penal se encuentra en los Proyectos de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, publicados en el BOCG de 15 de enero de 2007 y de 27 de noviembre de 2009.

¹⁴⁶ En cuanto a la expansión del Derecho Penal en el delito de corrupción en los negocios, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 472-473.

¹⁴⁷ Vid. GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 245-251; SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 13; DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 290.

¹⁴⁸ Tal como consta en el *Diario de Sesiones del Senado*, IX Legislatura, n.º 83, 9 de junio de 2010, p. 4429, el Sr. Caamaño Domínguez, en aquel momento Ministro de Justicia, en la tramitación previa hasta la aprobación de la LO 5/2010, compareció ante el Pleno del Senado y adujo que: «Señorías, la reforma que hoy votan resulta necesaria porque con ella España atiende numerosos compromisos internacionales, más de una decena, cuyo cumplimiento no puede demorarse. En ocasiones, estos compromisos requieren la introducción en nuestro Código penal de nuevos tipos de delitos, como ocurre, por ejemplo, con el de trata de seres humanos, el tráfico de órganos, o la corrupción en el sector privado». En igual sentido la intervención parlamentaria de la Sra. Juanes Barciela, del Grupo Socialista, recogida en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, n.º 522, 21 de abril de 2010, pp. 33 y 34.

¹⁴⁹ Entiende ENCINAR DEL POZO que la situación no deja de ser kafkiana, dado que el Estado español se ha considerado obligado a incorporar al ordenamiento interno el contenido de una norma dictada por un órgano comunitario (el Consejo), pese a que otro órgano comunitario (la Comisión) entendió que dicha norma estaba viciada del mismo defecto que otras anuladas por el Tribunal de Justicia. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 165.

que anuló Decisión Marco 2003/80/JAI, afectó de forma indirecta a la validez de la Decisión Marco 2003/568/JAI, debido a que ambas normas fueron aprobadas por un órgano sin competencia¹⁵⁰.

Ahora bien, sin perjuicio de esta vicisitud, lo cierto es que nuestro legislador habría tenido que cumplir igualmente con su obligación de tipificar el delito de corrupción privada con arreglo a lo dispuesto en el Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, y en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, firmado en Nueva York el 31 de octubre de 2003¹⁵¹. De ahí que la discusión acerca de si era necesario o no tipificar la corrupción en el sector privado en nuestro Código Penal es –en nuestra opinión– superflua. Existía un compromiso internacional, y se ha respetado. Nada más.

Podrá cuestionarse, en cambio, si la criminalización de la corrupción en los negocios se asienta o no sobre una verdadera necesidad social, o si se respeta o infringe el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Pero esa es otra discusión totalmente distinta.

¿Cómo describe la LO 5/2010 la conducta típica de corrupción entre particulares? ¿Sobre qué elementos descansa el tipo penal? El artículo 286 bis CP se configuró inicialmente con la siguiente redacción:

«1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

¹⁵⁰ Véase, VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación», 2009, p. 495. Asimismo, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo), p. 5, párr. 14.

¹⁵¹ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, p. 254.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. (...) ¹⁵².»

Y además de este precepto, el artículo 288 CP prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con este delito de la parte especial (cuestión a la que dedicaremos el último capítulo de este trabajo).

Ciertamente, la tipificación de este nuevo delito no ha ido precedida de una verdadera reflexión interna por parte de la doctrina (ni penalista ni mercantilista) ¹⁵³, más allá de puntuales –aunque brillantes– aportaciones de ciertos autores ¹⁵⁴. No en vano, no resulta exagerado señalar que esta tipología delictiva es totalmente ajena a nuestra tradición jurídico-penal ¹⁵⁵. Pues no había una regulación administrativa previa o de referencia que diera pie a que en nuestro ordenamiento jurídico se criminalizasen estas conductas ¹⁵⁶; sino que su tipificación ha irrumpido de golpe en nuestro Código Penal ¹⁵⁷, con un delito que a los operadores económicos en el mer-

¹⁵² El delito de corrupción en el deporte (artículo 286 bis. 4 CP) –ubicado incomprensiblemente en el mismo precepto que regula la corrupción privada– viene recogido en la ley penal de la siguiente manera: «Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad prede-terminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales». Este tipo penal quedaría fuera de nuestro análisis por cuanto no forma parte de nuestro objeto de investigación. Al respecto ya existen obras de gran interés como, CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción en el deporte», 2010, pp. 17 a 36; CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de corrupción deportiva*, 2012; ANARTE BORRALLO; ROMERO SÁNCHEZ, «El delito de corrupción deportiva», 2012, pp. 47-53; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; CERINA, «Algunos aspectos», 2013, pp. 393-395; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La respuesta penal internacional», 2015, p. 255; SÁNCHEZ BERNAL, *El delito de corrupción deportiva*, 2018; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La corrupción en el deporte», 2018.

¹⁵³ Véase, VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 321. También en, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 306; BAUCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, p. 267.

¹⁵⁴ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 98; NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, pp. 68-69; DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, pp. 287-290; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 245-251; VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación», 2009, pp. 508-512.

¹⁵⁵ Cfr. NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 3, haciendo referencia a su vez a NIETO MARTÍN, quien indica que la voz corrupción privada resulta casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 55.

¹⁵⁶ Véase, FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 82.

¹⁵⁷ Así, PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 9; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 246. En estrecha relación con lo que se acaba de decir, y como bien apuntan otros autores, aunque en España este delito sea considerado como una novedad, una mirada a la historia evidencia que este se trata de un delito con gran tradición en otros ordenamientos jurídicos como los de Gran Bretaña y Alemania. Cfr., DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 258.

cado les podría causar incluso indiferencia por resultarles –hasta en cierto punto– exótico¹⁵⁸.

Siendo probable que esta tibieza haya sido la responsable –al menos, en parte– de que, después de cinco años desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, se haya acometido una importante reforma de este delito.

2.2.2 *Tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*

El delito de corrupción en los negocios ha sufrido cambios significativos tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Desde un punto de vista sistemático, la Sección 4.^a del Capítulo XI, integrado dentro del Título XIII del Libro II, ahora ha pasado a rubricarse como «Delitos de corrupción en los negocios»; cuyo título parece identificar mejor el ámbito de aplicación de los delitos¹⁵⁹. El anterior título (en la LO 5/2010: «De la corrupción entre particulares») era demasiado genérico e inconcreto, porque no sugería adecuadamente el contexto o marco fáctico en el que debía producirse la acción disvaliosa.

Como resultado de esta reforma, ahora se aúna bajo el mismo techo los delitos de «corrupción en los negocios» (artículo 286 bis.1 y 2 CP), de «corrupción en el deporte» (artículo 286 bis. 4 CP) y de «corrupción en las transacciones internacionales» (artículo 286 ter CP), a los que se han añadido además una serie de modalidades agravadas que son comunes a ellos tres (artículo 286 quater CP)¹⁶⁰. De este modo, el legislador de la LO 1/2015

¹⁵⁸ Véase, ROSAS OLIVA, «Consideraciones para la tipificación», 2009, p. 94; ARGANDOÑA; BERENDSON, «Lucha contra la corrupción», 2009, p. 7.

¹⁵⁹ Asimismo, CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 655.

¹⁶⁰ En el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado por el Ministerio de Justicia a fecha 3 de abril de 2013, se proponía la modificación de la Sección 4.^a en el sentido de rubricarla como «De los delitos contra la competencia», donde se incluirían las conductas que alteran y falsean el régimen de libre competencia, tal como apuntaba el apartado XX de su Preámbulo. Esta sugerida Sección 4.^a, bautizada como «De los delitos contra la competencia», estaría compuesta por el «delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia» (art. 286 bis CP); el «delito de corrupción privada» (art. 286 ter CP); el delito «corrupción en las transacciones comerciales internacionales» (art. 286 quáter CP); se regularían ciertas modalidades agravadas comunes a los anteriores injustos (art. 286 quinquies CP); y se regularían las reglas de competencia que determinarían los casos en los que España podría perseguir tales delitos (art. 286 seis CP). Aunque el Consejo de Estado, en su informe de 27 de junio de 2013, no manifestó objeción alguna en cuanto a esta propuesta pre-legislativa de reforma, esta denominación finalmente se modificó en el Anteproyecto de Ley Orgánica que el Consejo de Ministros aprobó en fecha 20 de septiembre de 2013. Así, tanto en el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros, como en el posterior

habría optado por ubicar juntos todos los comportamientos en los que el soborno sea un medio para obtener ciertas ventajas competitivas en el mercado ¹⁶¹.

Pero más allá de este cambio, lo que supuestamente habría propiciado la reforma del 2015 es la necesidad de incorporar determinadas mejoras técnicas en la redacción del injusto (Preámbulo XVIII). Tal vez como consecuencia de la carente aplicación de este delito, durante su tiempo de vigencia, en la práctica judicial.

Fruto de esta aducida necesidad legislativa, en la actualidad el delito de corrupción en los negocios se configura de la siguiente manera en el artículo 286 bis CP:

«1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. (...)

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.»

Entre las modificaciones más llamativas efectuadas por la LO 1/2015 se encuentra –tal y como puede observarse– la supresión del elemento del tipo relativo al incumplimiento de las obligaciones en la compraventa de mercan-

Proyecto de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, se propuso denominar la Sección 4.^a como «De la corrupción en los negocios» –cuya cabecera es, al menos, más parecida a la que finalmente se incorporó al Código Penal, mediante la LO 1/2015.

¹⁶¹ Véase, GIL ANTÓN, «Delitos de corrupción», 2015, p. 76.

cías y en la contratación de servicios profesionales. Y esto no es baladí porque, a diferencia de lo que sucede en la LO 5/2010, en la nueva redacción del tipo penal se daría protagonismo –además de al elemento de la dádiva– al requisito del favorecimiento indebido frente a otros en las relaciones comerciales.

¿Significa esto que se ha modificado (ampliado o reducido) el ámbito de incriminación del precepto? ¿O simplemente que se han corregido ciertas deficiencias técnicas sin que se haya alterado el desvalor de la conducta de corrupción en los negocios? Sobre este problema discutiremos cuando analicemos el tipo objetivo.

Por otro lado, el nuevo artículo 286 quater CP –otra de las grandes novedades de la LO 1/2015– prevé determinadas modalidades agravadas del delito de corrupción privada (que también son comunes y, por tanto, aplicables, al resto de delitos de corrupción en los negocios). La redacción del precepto es la siguiente:

«Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
 - b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
 - c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
 - d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.
- (...).»

Por lo demás, existen otras modificaciones en el artículo 286 bis CP que tampoco pasan desapercibidas, a saber: la indicación de que el beneficio o ventaja no justificados pueden ser «para sí o para un tercero»; la inversión de la ubicación de las modalidades favorecedora e incentivadora (ahora en los apartados primero y segundo, respectivamente); la incorporación de la mención a que la incentivación ilícita también podrá producirse en las relaciones comerciales (y ya no sólo en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios); y la remisión normativa al concepto jurídico-penal de sociedad del artículo 297 CP (simplificando de esta manera la anterior redacción del tipo penal)¹⁶².

¹⁶² Véase, ANARTE BORRALLO, «Los delitos de corrupción en los negocios», 2016, pp. 73-76.

2.2.3 *Tras la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero*

Pese a que la reforma introducida por la LO 1/2015 fue –en general– bien acogida por el *GRECO*, nuestro país no se ha librado por completo de las críticas (Recomendación V del informe de evaluación del *GRECO*, adoptado en la 70.^a Reunión Plenaria, del 30 de noviembre al 4 de diciembre del 2015).

En opinión de la Tercera Ronda de Evaluación (*GRECO*), del artículo 286 bis CP (redacción de la LO 1/2015) no se desprendía con claridad si los actos de aceptar un ofrecimiento o promesa de incentivo ilícito eran constitutivos de corrupción en los negocios. Por ello el *GRECO* entendió que en el artículo 286 bis CP había un vacío normativo o laguna que debía enmendarse¹⁶³.

Como resultado: la LO 1/2019, de 20 de febrero, nace –entre otras reformas necesarias, según el legislador– para subsanar esta supuesta deficiencia técnica (Preámbulo VII). Pero más allá de esta modificación del texto legal, no existen más novedades en el delito de corrupción en los negocios.

El único cambio es que ahora se especifica que se persigue el «ofrecimiento o promesa de [obtener]» un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza. De tal modo, el artículo 286 bis.1 CP queda redactado de la siguiente manera:

«El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.»

Y si algo tuviéramos que destacar de esta reforma es que –desde nuestro punto de vista– reafirma el modo en el que está estructurado el delito, dando continuidad a la redacción del artículo 286 bis.1 y 2 CP (a diferencia de lo que sucedió entre la LO 5/2010 y la LO 1/2015, en las que sí hubo cambios sustanciales de redacción). Y esto es importante porque permite que la interpretación del delito se mantenga con cierta o relativa estabilidad en el tiempo, y porque consolida la pertinencia de las razones que motivaron la reforma del 2015.

¹⁶³ Asimismo, VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, «La reforma del delito», 2019.

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

2.2.4 Cuadros comparativos relativos a la evolución de la redacción del delito de corrupción en los negocios en el Código Penal español

Corrupción en los negocios
Modalidad favorecedora

| Norma | Artículo 286.2 bis CP Redacción de la LO 5/2010 | Artículo 286.1 bis CP Redacción de la LO 1/2015 | Artículo 286.1 bis CP Redacción de la LO 1/2019 | |
|------------------------|---|--|---|---|
| Sujetos activos | <ul style="list-style-type: none"> - Directivo - Administrador - Empleado - Colaborador | <ul style="list-style-type: none"> - De una empresa mercantil - Sociedad - Asociación - Fundación - Organización | <ul style="list-style-type: none"> - Directivo - Administrador - Empleado - Colaborador | <ul style="list-style-type: none"> - De una empresa mercantil - O de una sociedad |
| | <ul style="list-style-type: none"> - Por sí - O por persona interpuesta | | | |
| Conducta típica | <ul style="list-style-type: none"> - Reciba - Solicite - Acepte | <ul style="list-style-type: none"> - Reciba - Solicite - Acepte | <ul style="list-style-type: none"> - Reciba - Solicite - Acepte un ofrecimiento o promesa de obtener | |
| | <ul style="list-style-type: none"> - Un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados | <ul style="list-style-type: none"> - Un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza | <ul style="list-style-type: none"> - Para sí - O para un tercero | |
| | <ul style="list-style-type: none"> - Con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga - O del que espera el beneficio o ventaja | <ul style="list-style-type: none"> - Como contraprestación para favorecer indebidamente a otro - En la adquisición o venta de mercancías - En la contratación de servicios - O en las relaciones comerciales | | |
| | <ul style="list-style-type: none"> - Incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías - Incumpliendo sus obligaciones en la contratación de servicios profesionales | | | |
| Penalidad | <ul style="list-style-type: none"> - Pena privativa de libertad de 6 meses a 4 años - Inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por el tiempo de 1 a 6 años. - Multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja | | | |

Cuadro de elaboración propia.

Corrupción en los negocios
Modalidad incentivadora

| Norma | Artículo 286.1 bis CP Redacción de la LO 5/2010 | Artículo 286.2 bis CP Redacción de la LO 1/2015 | Artículo 286 bis.2 CP Redacción de la LO 1/2019 |
|------------------------|---|---|---|
| Sujetos activos | <ul style="list-style-type: none"> – Quien por sí – O por persona interpuesta | | |
| Conducta típica | <ul style="list-style-type: none"> – Prometa – Ofrezca – Conceda | | |
| | <ul style="list-style-type: none"> – Directivos – De una empresa mercantil – Administradores – Sociedad – Empleados – Asociación – Colaboradores – Fundación – Organización | <ul style="list-style-type: none"> – Directivos – Administradores – Empleados – Colaboradores | <ul style="list-style-type: none"> – De una empresa mercantil – O de una sociedad |
| | <ul style="list-style-type: none"> – Un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados | <ul style="list-style-type: none"> – Un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza | <ul style="list-style-type: none"> – Para ellos – O para terceros |
| | <ul style="list-style-type: none"> – Para que le favorezca a él frente a otros – Para que le favorezca a un tercero frente a otros | <ul style="list-style-type: none"> – Como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él frente a otros – Como contraprestación para que favorezca indebidamente a terceros frente a otros | <ul style="list-style-type: none"> – En la adquisición o venta de mercancías – En la contratación de servicios – O en las relaciones comerciales |
| | <ul style="list-style-type: none"> – Incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías – Incumpliendo sus obligaciones en la contratación de servicios profesionales | | |
| Penalidad | <ul style="list-style-type: none"> – Pena privativa de libertad de 6 meses a 4 años – Inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por el tiempo de 1 a 6 años. – Multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja | | |

Cuadro de elaboración propia.

**Corrupción en los negocios
Modalidades atenuadas**

| Norma | Artículo 286.3 bis CP Redacción de la LO 5/2010 | Artículo 286.3 bis CP Redacción de la LO 1/2015 | Artículo 286.3 bis CP Redacción de la LO 1/2019 |
|-----------------------------|--|---|---|
| Causas de atenuación | En atención a: – La cuantía del beneficio o al valor de la ventaja – La transcendencia de las funciones del culpable | | |
| Penalidad | – Podrá imponerse la pena inferior en grado – Y reducir la multa a su prudente arbitrio | | |

Cuadro de elaboración propia.

**Corrupción en los negocios
Modalidades agravadas**

| Norma | Redacción de la LO 5/2010 | Artículo 286 quater CP Redacción de la LO 1/2015 | Artículo 286 quater CP Redacción de la LO 1/2019 |
|-----------------------------|------------------------------|---|--|
| Causas de agravación | No tipificadas | – Cláusula general: Cuando los hechos resultasen de especial gravedad. | |
| | | – Modalidades específicas: En todo caso se considerarán de especial gravedad cuando: a) El beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado b) La acción del autor no sea meramente ocasional c) Se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, d) El objeto del negocio verse sobre bienes o servicios humanitarios o de cualesquiera otros de primera necesidad | |
| Penalidad | No penalizadas | – Pena en su mitad superior – Pudiéndose llegar hasta la superior en grado | |

Cuadro de elaboración propia.

IV. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

1. Aproximación general

En términos generales puede afirmarse que la ley penal prohíbe realizar ciertas acciones u omisiones que supongan una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, valores esenciales para una convivencia pacífica¹⁶⁴. El Derecho Penal de un Estado social se encuentra legitimado para intervenir sólo en la medida en que protege a la sociedad de ataques contra intereses esenciales, de ahí que el uso de la intervención penal quede sin justificación cuando el recurso a la pena se demuestre inútil o, incluso, excesivo o desproporcionado¹⁶⁵.

En el presente apartado tratamos, al fin, la cuestión del bien jurídico-penalmente protegido en el delito de corrupción en los negocios. La delimitación del objeto de protección es una de las más complejas y controvertidas cuestiones que presenta la labor de interpretación de este delito¹⁶⁶. No en vano este problema ha recibido gran atención por parte de la doctrina.

Y no es de extrañar, porque su importancia, desde un punto de vista teleológico a la hora de descifrar el tipo penal, es –y será– decisiva en el análisis del resto de elementos típicos, y por tanto del ámbito de aplicación del propio delito (por ejemplo, para castigar solamente aquellas conductas que verdaderamente lesionen o pongan en peligro el bien jurídico protegido, excluyendo la tipicidad de los ataques que resulten insignificantes o irrelevantes)¹⁶⁷.

La doctrina ha puesto sobre la mesa distintas propuestas de interpretación, sin que nos quede del todo claro, todavía a día de hoy, cuál de ellas es la jurídicamente preferible o más razonable: la que entiende que el delito de corrupción en los negocios protege el patrimonio de las empresas; la que pone el foco sobre el deber de fidelidad del subordinado hacia el empresario; la que

¹⁶⁴ Véase, QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS; PRATS CANUT, *Parte General*, 1999, pp. 87-88; MIR PUIG, *Parte General*, 2011, pp. 116-119; MIR PUIG, «Bien jurídico», 1989-1990, p. 205; KINDHÄUSER, «Los tipos de delito», 2013, pp. 72-76; ALCÁ CER GUIRAO, «Concepto de delito», 2003, pp. 5-58; GIL GIL; LACRUZ LÓPEZ; MELENDO PARDOS; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Sistema de responsabilidad penal*, 2017, p. 16.

¹⁶⁵ Nuestro Tribunal Constitucional le atribuye al Derecho Penal «la finalidad de dotar la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean Constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho» (STC n.º 105/1988, de 8 de junio de 1988). En este sentido, al igual que ROXIN, creemos que un precepto penal que no protege bienes jurídicos puede llegar a ser inconstitucional en cuanto intervención inadecuada, excesiva y, con ello, desproporcionada en la libertad del ciudadano. Véase, ROXIN, «Bien jurídico como instrumento de crítica legislativa», 2013, p. 24.

¹⁶⁶ Véase, PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, pp. 10-11.

¹⁶⁷ *Vid.* FERRAJOLI, «El principio de lesividad», 2012, p. 111.

toma la competencia como valor a tutelar; o la que concibe este ilícito penal como un delito pluriofensivo.

Antes de tomar una postura al respecto, veamos en qué consiste cada una de estas propuestas.

2. El patrimonio empresarial como bien jurídico protegido

El presente sector doctrinal –que puede calificarse de minoritario– sostiene que el objeto de protección del delito de corrupción en los negocios es el patrimonio de las empresas mercantiles ¹⁶⁸ (excluyendo, por tanto, la tutela de otros intereses distintos, no patrimoniales). De esta manera, el ilícito penal se concebiría como un delito de carácter patrimonial.

La aproximación a este modelo puede realizarse desde dos frentes distintos, cada uno con sus distintas peculiaridades: 1) desde el punto de vista del patrimonio de las empresas que incurren en la práctica de incentivación ilícita; 2) y desde el prisma del patrimonio de las terceras empresas competidoras que puedan verse efectivamente afectadas o perjudicadas como consecuencia de la corruptela.

2.1 LA TUTELA DEL PATRIMONIO DE LAS EMPRESAS QUE INCURREN EN CORRUPCIÓN PRIVADA

1. Conforme a esta corriente interpretativa, el pago de «sobornos» implicaría siempre un desvío de fondos. Por esto, lo que conformaría el tipo penal no sería la entrega misma del beneficio o ventaja no justificados, sino el acto mismo de disposición patrimonial. Y la razón de ello es que los costes de la corruptela acabarían siendo repercutidos negativamente en las arcas patrimoniales de la empresa que incurra en esta clase de prácticas (por ejemplo, incrementando con posterioridad el precio final del contrato) ¹⁶⁹. En otras palabras: el «soborno» sería un coste que ocasionaría o provocaría una perjuicio patrimonial.

Ejemplo: Una empresa proveedora de materiales de construcción (X) le abona una comisión económica a un representante de una empresa constructora (Y) y, como consecuencia de este pago, se le encarga el suministro de ciertos materiales que ésta necesita para la ejecución de una obra, aceptando un 10% de sobrefacturación del precio total del contrato. En este grupo de casos el soborno

¹⁶⁸ Véase, NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, pp. 68-69.

¹⁶⁹ Véase, NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 68.

sería un coste añadido para la empresa que lo abona, y el sobreprecio del contrato un perjuicio patrimonial directo para la compañía que lo asume.

El delito de corrupción en los negocios, de este modo, requeriría como elemento esencial un peligro concreto o lesión patrimonial (en el caso de que se produzca un efectivo aumento del precio final de una relación comercial): bien para la empresa que abona un incentivo ilícito, o bien para la empresa que deba conceder un trato de favor en un determinado negocio.

Así, la figura de la corrupción entre particulares tutelaría el patrimonio de las empresas que incurran en esta clase de prácticas corruptas, como un modo de protegerlas frente a las actuaciones delictivas de sus propios responsables o empleados¹⁷⁰. Como si este delito persiguiera conductas de administración desleal por pago de «sobornos»¹⁷¹.

2. ¿Pero qué argumentos avalarían esta propuesta interpretativa?

2.1 A favor podría decirse que la tipificación de la corrupción en los negocios como un delito patrimonial respetaría el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal. Los comportamientos disvaliosos que atenten contra el patrimonio ostentarían, así, la suficiente gravedad como para merecer un reproche penal (más –por lo menos– que aquellos comportamientos que atenten contra otros intereses más difusos o de difícil concreción).

2.2 Esto, a su vez, sería coherente con la política criminal que ha imperado en nuestro sistema hasta el momento. Pues la competencia como bien jurídico sólo ha sido tomado como valor esencial de referencia para perseguir comportamientos especialmente reprobables para la sociedad, como en los casos de alteración de los precios en el mercado (con noticias o rumores falsos, engaño, violencia o intimidación), o de utilización de información privilegiada¹⁷².

3. Sin embargo, esta visión patrimonialista presenta muchos inconvenientes.

3.1 En primer lugar, desde un punto de vista gramatical, el tipo penal no exige la efectiva causación de un perjuicio patrimonial, ni para la empresa corruptora ni para la corrupta¹⁷³. Es más, el tipo no requiere ni la puesta en

¹⁷⁰ Vid. VEGA GUTIÉRREZ, «El objeto de protección», 2018.

¹⁷¹ Vid. NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, pp. 68-69. En sentido similar se pronuncia también ROSAS OLIVA, en relación con la redacción del delito propuesta en el Anteproyecto de Reforma que originó la LO 5/2010. ROSAS OLIVA, «Consideraciones sobre la tipificación», 2009, p. 119.

¹⁷² Cfr: NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 61.

¹⁷³ Así, BENAVIDES SCHILLER, «Acerca de la corrupción», 2012, pp. 135-136.

peligro concreto o efectivo del patrimonio de la empresa que recibe el soborno¹⁷⁴. En su redacción únicamente se pide que se actúe para favorecer indebidamente a otros en la adquisición de mercancías, la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, y no tiene por qué verse afectado ningún interés patrimonial necesariamente.

La figura de la corrupción entre particulares, tal y como estaba descrita en la LO 5/2010, aludía, eso sí, a un incumplimiento de obligaciones (mención suprimida tras la LO 1/2015), pero no un perjuicio o peligro concreto para el patrimonio¹⁷⁵.

3.2 Sería sistemáticamente incoherente en la medida en que resultaría difícil encajar un supuesto delito de naturaleza patrimonial en el Capítulo «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», en el que se protegerían otros intereses distintos al patrimonio de las entidades privadas¹⁷⁶.

3.3 Otro argumento contrario a esta visión patrimonialista consistiría en que, precisamente, la persecución de este delito no se hace depender de la previa interposición de una denuncia (artículo 287 CP), de modo que se hace más difícil sostener que el titular del bien jurídico es el agraviado económicamente por las conductas de corrupción en los negocios (por configurarse como un delito público, perseguible de oficio)¹⁷⁷.

No obstante, esta última crítica es –a nuestro modo de entender– poco sólida, puesto que el bien jurídico «patrimonio» también informa hermenéuticamente el delito de apropiación indebida y nadie duda de que éste sea un delito público (pues no se encuentra sometido a ninguna condición objetiva de perseguibilidad)¹⁷⁸.

3.4 Cuestión distinta es que no pueda justificarse debidamente –por ser en parte perturbador y en parte redundante– que el delito de corrupción en los negocios tutele también los intereses patrimoniales de las empresas. Porque para ello ya existirían otras figuras delictivas como la apropiación indebida y la administración desleal que contemplarían mejor el mayor desvalor de la conducta¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 311.

¹⁷⁵ Para VEGA GUTIÉRREZ el delito de corrupción privada protege exclusivamente los intereses patrimoniales de la empresa del sujeto sobornado, aún a pesar de la supresión del elemento del tipo del incumplimiento de las obligaciones. VEGA GUTIÉRREZ, «El objeto de protección», 2018.

¹⁷⁶ Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 311.

¹⁷⁷ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 139; MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 430.

¹⁷⁸ Para GILI PASCUAL, la no exigencia de una condición de perseguibilidad simplemente no obstaculiza que la competencia sea el bien jurídico protegido por el delito. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 77-78.

¹⁷⁹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 140.

O lo que es igual: la salvaguarda de los intereses patrimoniales de las empresas ya se encuentran debidamente protegidos mediante otras tipologías delictivas como la administración desleal, por lo que encuentra difícil justificación el que también la corrupción privada proteja el patrimonio. No son necesarios dos delitos para proteger exactamente lo mismo.

3.5 Y a la misma conclusión se llega desde una perspectiva lógica y de coherencia interna del Código Penal. Pues en efecto, de igual modo que en el delito de cohecho no se exige como elemento típico un perjuicio patrimonial para la Administración Pública, tal resultado lesivo tampoco tendría por qué requerirse en este delito.

Este argumento sistemático adquiere especial fuerza por cuanto la corrupción en los negocios toma como punto de referencia la disciplina del cohecho (Preámbulo XIX de la LO 5/2010).

Lo único que parece avalar esta visión patrimonial del delito es que la competencia (como interés colectivo) no reúne las características necesarias para ser considerado un bien jurídico que merezca tutela. Porque en realidad se estaría supeditando la afectación a dicho valor abstracto a la puesta en peligro de intereses individuales de las empresas o del resto de competidores¹⁸⁰.

2.2 LA TUTELA DEL PATRIMONIO DE LAS EMPRESAS COMPETIDORAS

1. El delito de corrupción en los negocios podría caracterizarse como un delito patrimonial en la medida en que con la conducta típica se produciría un peligro concreto o perjuicio económico en las empresas competidoras, que quedarían desplazadas o apartadas de un potencial negocio (esto es, por no participar en la corruptela)¹⁸¹.

De este modo, quedarían fuera del tipo penal aquellas conductas que no pongan en peligro concreto o lesionen de forma efectiva el patrimonio de las empresas competidoras. Por ejemplo: cuando se adjudique un contrato a favor de la empresa que abona un incentivo ilícito, cuando ésta sea la que haya realizado la mejor oferta comercial en el mercado, porque entonces –pese a todo– habría primado la objetividad e imparcialidad en la toma de decisión empresarial¹⁸².

¹⁸⁰ Véase, VEGA GUTIÉRREZ, «El objeto de protección», 2018.

¹⁸¹ Vid. NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011.

¹⁸² A igual conclusión se llegaría partiendo desde el principio de eficiencia en el mercado que se defiende en GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 104-105.

Ejemplo: En un proceso de contratación se solicitan dos ofertas comerciales a competidores del sector, y la que consigue la adjudicación del contrato –porque ha abonado una comisión subrepticia– es la empresa que ha presentado la peor propuesta de negocio. En este supuesto puede entenderse que los intereses patrimoniales del otro competidor se han visto lesionados o puestos en peligro.

Se parte así desde la –no mal encaminada– idea de que la concesión de una ventaja competitiva por parte de una empresa puede conllevar o anudar la producción de un perjuicio económico en el patrimonio de las terceras compañías que queden apartadas por el soborno comercial.

2. La falta de claridad del tipo penal jugaría en favor de esta propuesta doctrinal, pues cuanto más oscuro es el precepto, mayor es la necesidad de adoptar una interpretación que restrinja su ámbito de aplicación ¹⁸³.

No obstante, esta interpretación adolece de un grave inconveniente: no supera el filtro de la literalidad de la redacción del tipo penal. Tras una lectura sosegada del artículo 286 bis CP se llega a la conclusión de que en el delito de corrupción en los negocios no se exige la producción de ningún peligro o lesión contra el patrimonio de las empresas competidoras. De hecho, nada hace pensar lo contrario. No hay ningún requisito del tipo que dote al mismo de un carácter patrimonialista (como sí ocurre, por ejemplo, con la administración desleal).

Esto no quiere decir, no obstante, que la corruptela no pueda poner potencialmente en peligro la capacidad competitiva de las empresas en el mercado: que no es lo mismo que reconocer que se deben afectar los intereses patrimoniales de los competidores para que la conducta sea lesiva o peligrosa. Sobre esto volveremos más adelante, en nuestra toma de postura.

3. Por lo demás, esta lectura del bien jurídico protegido presenta los mismos problemas que los analizados en el epígrafe anterior, por lo que a él nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

3. El deber de fidelidad como bien jurídico protegido

1. Desde una aproximación jurídico-laboral o mercantil, el núcleo del injusto se identificaría en la infracción del deber de fidelidad contractual, que es un presupuesto de la relación de trabajo entre el empleado y el empleador ¹⁸⁴ (deber de servir con lealtad y buena fe a los intereses del principal).

¹⁸³ Véase, NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011.

¹⁸⁴ Vid. ROSAS OLIVA, «Consideraciones para la tipificación», 2009, p. 102, aunque haciendo referencia a la Acción Común 98/742/JAI, predecesora de la Decisión Marco 2003/568/JAI. También, *Informe del Pleno del CGPJ*, 26 de febrero de 2009, p. 117.

Ejemplo: En el marco de una relación de prestación de servicios, un empleado de una empresa recibe un regalo de otra compañía distinta, con infracción del código de conducta que meses antes había leído y aceptado cumplir, el cual le prohibía percibir cualquier clase de obsequio proveniente de otra empresa.

Tras la reforma del Código Penal del año 2010, esta posición doctrinal encontró su principal sostén en la propia literalidad del tipo, en tanto que el artículo 286 bis CP exigía como requisito del tipo un incumplimiento de obligaciones en el marco de una adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, por parte de los administradores, directivos, empleados o colaboradores de una entidad que opere en el sector privado¹⁸⁵.

Este incumplimiento obligacional sería el requisito del tipo que daría pie a interpretar que en el delito de corrupción en los negocios lo que se tutela es el deber de fidelidad o de lealtad del empleado frente al empresario.

Lo que se venía a sostener es que la configuración original del delito de corrupción entre particulares (LO 5/2010) no permitiría mantener que el bien jurídico tutelado por el injusto sea la competencia leal en el mercado (pese y aunque así se afirma en el Preámbulo XIX de la LO 5/2010). Puesto que, en realidad, conforme al tenor del delito, el objeto de protección recaería en los intereses económicos del titular de la empresa y los deberes de fidelidad hacia él por parte de los empleados¹⁸⁶.

O lo que es igual: la voluntad expresada en la ley (Preámbulo XIX de la LO 5/2010) no encontraba debida correspondencia con la literalidad del delito (artículo 286 bis.1 y 2 CP)¹⁸⁷.

2. Sin embargo, la doctrina aquí tampoco es pacífica (y, en ocasiones, ni siquiera clara), razón por la cual algunas voces se han alzado para afirmar que el delito de corrupción en los negocios no protege única y exclusivamente el deber de fidelidad en la relación de empleo¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Véase, RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 937; PUENTE ABA, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 914-916. Así se explica también en ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 268.

¹⁸⁶ Cfr. PUENTE ABA, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 916-917. En igual sentido, MIRÓ LLINARES, «Delitos contra bienes inmateriales», 2015, pp. 652-653.

¹⁸⁷ De forma similar, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288.

¹⁸⁸ Entre otros, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288; VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación», 2009, p. 509; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1110; RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 937; DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 281.

Sobre esto nos extenderemos un poco más abajo, cuando examinemos los modelos mixtos o de pluriofensividad del delito de corrupción en los negocios (porque creemos que, por sistemática interna de este capítulo, ese es el lugar más idóneo para tratar este punto).

Pero baste decir –por el momento– que el deber de fidelidad hacia el empresario difícilmente puede ser tutelado en exclusiva por un Derecho Penal que se diga de intervención mínima, porque lo que se criminalizaría sería un mero incumplimiento contractual. De ahí la necesidad de vincular este bien jurídico con otros intereses esenciales de la empresa: porque sería la forma de dotar al delito de un mínimo contenido antijurídico que permitiese su persecución penal¹⁸⁹.

Porque el Derecho Penal no debería actuar frente a cualquier clase de ilegalidad (y menos frente a los meros incumplimientos contractuales), sino únicamente frente a los comportamientos más graves, los que generen riesgo para la convivencia social. Si el delito de corrupción en los negocios protegiese únicamente el deber de fidelidad hacia la empresa, terminaría convirtiéndose en un ilícito penal sin verdadera lesividad material¹⁹⁰.

Al tomar el deber de fidelidad como único interés jurídico-penal tutelable, entonces, se dificultaría la correcta identificación del ámbito de incriminación del injusto¹⁹¹. Pues en efecto: ¿cómo alcanzaríamos a diferenciar la corrupción privada de la simple infracción de un contrato (laboral o mercantil)? Es decir: ¿dónde pondríamos el nebuloso límite entre el ilícito extrapenal y el ilícito penal? ¿sería contrario al deber de fidelidad hacia el empresario –y por tanto constitutivo de delito– la mera percepción de un soborno, sin necesidad de crear ninguna otra clase de riesgo?

3. Sin embargo, este no es el único problema que implica tomar el deber de fidelidad como único bien jurídico.

Desde un punto de vista gramatical, la redacción del artículo 286 bis CP (LO 1/2015, confirmada esencialmente por la LO 1/2019) ha traído una novedad importante que no puede ser obviada: la supresión del requisito del tipo relativo al incumplimiento de las obligaciones del administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada. Con esta modificación del texto legal se reforzaría –según se afirma– la postura doctrinal que sostiene que la competencia es el interés jurídico-penal que se protege mediante el delito de corrupción en los negocios¹⁹².

¹⁸⁹ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 937.

¹⁹⁰ Véase, DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 281. Asimismo, BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, pp. 264-265.

¹⁹¹ Véase, MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 431.

¹⁹² Cfr. OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 471.

En las siguientes páginas veremos el porqué de esto, aunque la respuesta a esta cuestión la tendremos en nuestra toma de postura, al final de este capítulo. Mientras tanto avancemos en nuestro análisis, examinando la siguiente propuesta interpretativa.

4. La competencia como bien jurídico protegido

1. Para otro sector doctrinal el delito de corrupción en el tráfico económico ocupa un lugar fundamental en la protección de la competencia (junto con otros delitos, por ejemplo, como el de publicidad engañosa y de manipulaciones de subastas públicas)¹⁹³. De ahí que se haya afirmado que el bien jurídico protegido por este tipo de conductas deba ser identificado con la libertad y lealtad de la competencia¹⁹⁴.

Conforme a esta interpretación, por tanto, lo que se pretendería es evitar que se afecte al normal funcionamiento del mercado mediante el uso de incentivos ilícitos, que pudiesen alterar las reglas que regulan la competencia¹⁹⁵. La competencia, así, sería un interés de carácter colectivo que merecería protección penal cuando se cometieran esta clase de corruptelas.

Ejemplo: Cuando una empresa logre la adjudicación de un contrato tras haber abonado una cierta cantidad económica, porque –desde el punto de vista de la competencia– se desplazaría a otros competidores leales que no han utilizado prácticas corruptas.

Lo que estaría en juego, de este modo, es el correcto desarrollo del tráfico comercial, nacional o internacional, concretado en la competencia equitativa y real¹⁹⁶. Ello como un modo de asegurar la igualdad de oportunidades de los competidores, a la hora de ofrecer, adquirir o contratar productos o servicios en el ámbito de las relaciones comerciales¹⁹⁷.

¹⁹³ Así, TIEDEMANN, «Protección penal de la competencia», 2004, p. 83.

¹⁹⁴ Vid. FOFANI, «Corrupción privada», 2006, pp. 385-388.

¹⁹⁵ Véase, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; CERINA, «Algunos aspectos», 2013, pp. 391-393; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 457; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 655; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 574; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1002; MAYO CALDERÓN, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 424; BACIGALUPO SAGGESE, «Tendencias de política criminal», 2017, p. 63; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, pp. 242-245; PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, *Delitos de corrupción*, 2017, pp. 141-142. Y de acuerdo con esta postura, pero de forma crítica en cuanto a la legitimidad de la intervención penal, NÚÑEZ CASTAÑO, «Sobre el bien jurídico», 2018, pp. 321-322.

¹⁹⁶ Véase, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 457.

¹⁹⁷ Véase, GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 574; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, pp. 242-245. En esta dirección: autos del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, de 4 de mayo y 8 de julio de 2016, de las Diligencias Previas n.º 62/2015 (caso Neymar II).

La corrupción en los negocios, así concebida, podría configurarse bien como un delito de peligro abstracto¹⁹⁸, o bien como de peligro hipotético¹⁹⁹ (dependiendo de la interpretación que se adopte); y castigaría supuestos de hecho en los que una empresa actuara para obtener, u obtuviera, un trato de favor en el mercado como consecuencia de una dádiva.

Es necesario recalcar que la competencia libre y leal no es un derecho subjetivo individual de los intervinientes del mercado. La competencia sería, en verdad, un bien jurídico colectivo sin el cual no funcionaría nuestro sistema económico²⁰⁰, porque –como tal– su protección interesaría a toda la sociedad (es decir, no sólo a los competidores que pudiesen resultar concretamente afectados por las prácticas de corrupción en el sector privado)²⁰¹.

2. Al respecto, debemos recalcar que la ética en el ámbito de los negocios ha tenido un importante papel en la criminalización de la corrupción privada. No en vano ciertos autores sostienen que con el reproche penal de estas conductas se refuerza la conciencia de la ciudadanía frente a tal clase de prácticas, en tanto que es ético-socialmente reprochable obtener beneficios en el tráfico mercantil a cambio de dádivas²⁰².

No obstante, en cuanto a esta aproximación ético-social de la corrupción en los negocios debemos realizar una matización. En la persecución penal de la corrupción en el sector privado, ciertamente, ha tenido una gran influencia la estabilización de la ética de los negocios a nivel internacional. Sin embargo, esto sólo puede ser valorado desde el prisma de la justificación de la criminalización de este fenómeno, no desde la fundamentación del contenido material del injusto²⁰³.

La imposición de una pena no puede supeditarse jamás a la infracción de una norma ética. No está de la mano del Derecho Penal castigar comportamientos contrarios a la moral imperante, porque rige el principio de exclusiva

¹⁹⁸ Véase, BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 385.

¹⁹⁹ Así en GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 81-87.

²⁰⁰ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 274.

²⁰¹ Desmarcándose de este criterio, MESTRE DELGADO circunscribe el estudio de las conductas de corrupción privada dentro de los delitos «que pueden alterar el sistema de formación de precios, con afectación a la libertad de decisión de los consumidores»; esto es, junto con los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (artículo 262 CP), los de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (artículo 284 CP); y los de corrupción en los deportes (artículo 286 bis.4 CP), y en las transacciones comerciales internacionales (artículo 286 ter CP). MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico», 2015, pp. 424-435, y concretamente, p. 431.

²⁰² Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 139. En sentido similar, DE URBANO CASTRILLO entiende que se tutela la debida regularidad y ética de la contratación civil y mercantil. DE URBANO CASTRILLO, «Artículo 286 bis», 2016, p. 2085.

²⁰³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 89.

de protección de bienes jurídicos. Por este motivo es importante precisar que, en esta propuesta interpretativa del bien jurídico, el injusto se fundamenta sobre la base de una infracción de un deber que conculcaría las reglas que rigen en el mercado; esto es, de una violación de la normativa que protege la competencia (allende meras valoraciones ético-sociales)²⁰⁴.

3. Y es que, en efecto, según la ley, la garantía de una competencia justa y honesta –se dice en la LO 5/2010 (Preámbulo XI) y LO 1/2015 (Preámbulo XVIII)– pasaría por reprimir la corrupción en el sector privado, castigando los pagos de «sobornos» para obtener ventajas competitivas o posiciones de ventaja en las relaciones económicas. Por tanto, existe un pronunciamiento expreso del legislador en cuanto a la finalidad del delito, que respalda esta interpretación.

Este último argumento sería igualmente coherente con que –desde un punto de vista sistemático– la corrupción privada se ubique dentro del Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores»; justo después de los delitos contra el mercado y los consumidores, dentro de la Sección 4.^a relativa a los delitos de corrupción en los negocios (LO 1/2015 y LO 1/2019)²⁰⁵. Porque este hecho no sería contradictorio con la finalidad del delito, tal y como ha sido expresada en la propia ley.

4. En contra de esta propuesta de interpretación podría decirse que no puede protegerse lo que no existe o lo que probablemente no pueda existir²⁰⁶. Si se parte de la base de que no todos los operadores económicos compiten en igualdad de condiciones en el mercado, ni con los mismos apoyos institucionales, entonces es lógico concluir que no es posible lograr la competencia perfecta. En eso creo que estamos completamente de acuerdo.

Pero el que sea verdaderamente difícil –por no decir utópico– conseguir que la competencia empresarial se desarrolle siempre en igualdad de condiciones para todos los operadores económicos no significa que la competencia, como pilar fundamental de nuestro sistema económico, no sea un valor de esencial importancia que merezca protección (penal, administrativa y mercantil)²⁰⁷.

²⁰⁴ Véase, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 472-473.

²⁰⁵ Vid. CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 655.

²⁰⁶ Cfr: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español*, 2015, p. 663.

²⁰⁷ Como bien indicaron BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, «proteger la competencia es proteger su función económica (calidad y precio) y su función político social (posibilidad de acceso de otros competidores, posibilidad de elección del consumidor)». BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, 2010, p. 428.

Y aunque existan otros argumentos a favor y en contra, quedémonos por el momento sólo con los que se acaban de exponer, suficientes para comprender en qué consiste esta propuesta doctrinal.

5. La corrupción en los negocios como un delito pluriofensivo

Como –a juicio de un determinado sector doctrinal– la intervención penal no puede justificarse, sin más, para la protección exclusiva de la competencia, puesto que podría ser contrario al principio de subsidiariedad y proporcionalidad del Derecho Penal, se propondría limitar la criminalización de la corrupción en los negocios a las conductas en que se produzca un injusto adicional, un ataque a otro valor o bien jurídico que no se pueda combatir mediante el uso exclusivo de disposiciones civiles, administrativas, laborales o fiscales²⁰⁸.

Sin embargo, existe cierta disparidad entre los bienes jurídicos que se sumarían a la pluriofensividad del delito de corrupción en los negocios²⁰⁹. Por un lado, hay quienes sostienen que además de la salvaguarda de la competencia se protege el deber de fidelidad o de lealtad; y, por otra parte, los que afirman que, junto la defensa de la competencia, también se preservan los intereses patrimoniales del empresario y de los competidores.

5.1 LA TUTELA CONJUNTA DE LA COMPETENCIA Y DEL DEBER DE FIDELIDAD

1. Se justifica la necesidad de la intervención penal reservando la corrupción en los negocios a aquellos casos en los que, además de menoscabarse la lealtad competitiva, se cometa una infracción de un deber fidelidad en la actividad del empresario.

De este modo, los perjudicados del delito serían dos: el mercado y los empresarios que hayan sufrido la corruptela. En opinión de este sector doctrinal, el injusto de corrupción entre particulares podría contemplarse asimismo desde dos perspectivas distintas: una interna y otra externa²¹⁰.

²⁰⁸ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 288.

²⁰⁹ Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 288; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 420-424; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 307; PÉREZ FERRER, «Aspectos dogmáticos», 2013, pp. 24-25; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1225; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; BOLEA BARDÓN, «Bien jurídico y *ratio legis*», 2016, p. 110.

²¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 420.

En lo que se refiere a las conductas internamente desleales, se toman en consideración los lazos mayor o menormente intensos de lealtad institucional de los sujetos corruptos respecto de la empresa (quienes actúan en contra de los intereses de ésta). Y en cuanto a las externamente desleales, que vician la competencia entre unas y otras empresas, los intereses que se verían perjudicados son los de los competidores que no ofrecen incentivos injustificados, quienes se ven desplazados por otros competidores que sí incentivan a administradores, directivos, empleados o colaboradores de otra empresa (aun ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio)²¹¹.

Ejemplo: En esta interpretación encaja el supuesto del administrador de una entidad que se decanta, como consecuencia de una comisión, por una oferta comercial no beneficiosa para su principal (aun conociendo que hay otras ofertas comerciales de otras empresas, que publicitan el mismo producto, con una mejor relación calidad-precio). En este caso se afectaría a los competidores eficientes que se han visto desplazados, y a su propio principal, la empresa, que debía esperar que su administrador actuase con arreglo al interés social²¹².

De esta manera, el delito de corrupción en los negocios exigiría una infracción de un deber *ad intra* (infidelidad hacia el empresario) y otro *ad extra* (deslealtad frente al mercado). La vertiente externa la cometería quien ofrece, entrega o promete un incentivo ilícito para obtener una ventaja competitiva en el mercado; y la vertiente interna, quien acepte, reciba o solicite dicha dádiva con el propósito de otorgar un trato de favor a otro, infringiendo su obligación de fidelidad para con su empresario²¹³.

En otras palabras: lo que estaría en juego son, por una parte, los intereses de los terceros competidores en el sentido de no quedar desplazados por peores ofertas comerciales que vayan acompañadas de un incentivo ilícito; y, por otra parte, el interés de la misma empresa en que su responsable o subordinado decida aceptar la mejor oferta comercial del mercado²¹⁴.

Todo esto significa –en definitiva– que el delito sólo entraría en acción cuando se altere el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (tutela de la competencia), mediante un deber negativo de no atentar contra la capacidad competitiva de la empresa a través de un comportamiento desleal (tutela del deber de fidelidad). De ahí que la corrupción privada se afecte de forma mediata a

²¹¹ *Ibidem*, 2011, p. 420.

²¹² *Vid.* GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 96-104.

²¹³ *Ibidem*, 2011, pp. 420 y 421.

²¹⁴ *Cfr.* BOLEA BARDÓN, «Bien jurídico y *ratio legis*», 2016, p. 110.

la competencia, a través de la infracción de las obligaciones que se derivan de las relaciones de confianza en la propia empresa²¹⁵.

2. La configuración original de la corrupción entre particulares bien parece sugerir que este modelo mixto sería el más acertado de los que hemos visto hasta el momento. Pues no olvidemos que en la redacción del delito de la LO 5/2010 se aludía a un trato de favor comercial y a un incumplimiento de las obligaciones en el ámbito de la adquisición o venta de mercancías o de la prestación de servicios, requisitos ambos que, así juntos, parecían indicar que el delito exigía la comisión de una infracción de un deber *ad extra* y *ad intra*, respectivamente.

Sin embargo, esta propuesta de interpretación del delito ha perdido fuerza actualmente con la supresión del requisito del incumplimiento de las obligaciones del administrador, directivo, empleado o colaborador de la empresa (LO 1/2015), que era el que daba pie a interpretar que lo que este delito protegía también era un deber de fidelidad entre el principal y el subordinado.

Así, la reforma introducida por la LO 1/2015 (reafirmada posteriormente, en cuanto a este aspecto, por la LO 1/2019) supone un antes y un después en lo que se refiere a la solución que debería darse al problema de la determinación del bien jurídico protegido por el delito.

Ahora bien, este inconveniente no es el único que presenta este modelo mixto o de pluriofensividad. Pues, en efecto, al introducir en el debate la dimensión de deslealtad interna se dificulta la distinción entre este delito y otros como el de administración desleal o estafa (que también se caracterizan por tener una significativa dimensión interna de deslealtad), de modo que habría que acudir a las reglas de solución de los concursos de normas o de delitos²¹⁶.

5.2 LA TUTELA CONJUNTA DE LA COMPETENCIA Y DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DEL EMPRESARIO Y DE LOS COMPETIDORES

Según esta propuesta interpretativa, el delito sería pluriofensivo porque protegería: por un lado, la competencia, tomando en consideración también los intereses particulares de los competidores en el mercado; y, por otro lado, el bien individual del patrimonio social de la empresa (pudiendo resultar perjudi-

²¹⁵ Véase, BOLEA BARDÓN, «Bien jurídico y *ratio legis*», 2016, p. 110; BOLEA BARDÓN, «Corrupción privada tras la reforma», 2018, pp. 31-34. También, FERNÁNDEZ BAUTISTA, «El delito de corrupción entre particulares», 2017, pp. 216-220; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 68.

²¹⁶ Véase, SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 420-421.

cados, por poner un ejemplo, los socios de la compañía que queden al margen del soborno)²¹⁷.

Así, se tutelaría conjuntamente el bien jurídico colectivo de la competencia y de los intereses patrimoniales de terceros (esto es, del titular de la empresa o de los competidores) que pudieran verse afectados por la actuación del administrador, directivo, empleado o colaborador que resultase incentivado ilícitamente.

Este sería un modo de restringir la interpretación del tipo penal: exigiendo un peligro concreto respecto de los intereses patrimoniales del titular de la empresa o de los intereses de algún competidor del incentivador²¹⁸; más allá del mero peligro hipotético o abstracto para el buen funcionamiento del mercado, que pudiera ocasionarse como consecuencia de la recepción o entrega de un incentivo ilícito.

Ejemplo: Tomemos nuevamente el caso expuesto arriba (epígrafe 2.1), en el que una empresa proveedora de materiales de construcción (X) abona una comisión a una empresa constructora (Y), y consigue que le encargue el suministro de ciertos materiales, con un sobrecoste del 10% del precio total del contrato. A ello añadamos que había otras empresas del mismo sector que (X) que se han quedado sin poder participar en el negocio.

El injusto típico de la corrupción en los negocios se interpretaría, de esta forma, adecuándose mejor a un Derecho Penal de intervención mínima, al limitarse el reproche penal sólo a aquellas conductas en los que se ponga en efectivo peligro los intereses patrimoniales de terceros (lo que iría más allá de un simple incumplimiento de un deber de infidelidad: es decir, al menos sería necesario un peligro para su patrimonio).

Para sustentar esta interpretación se ha afirmado que la voluntad del legislador de proteger sólo la competencia no encuentra adecuado reflejo en la descripción del tipo (chocando así la *voluntas legislatoris* con la *voluntas legis*)²¹⁹.

²¹⁷ Véase, DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 289; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1110; BLANCO CORDERO, «La reforma», 2010; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 307; PÉREZ FERRER, «Aspectos dogmáticos», 2013, p. 183; BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, pp. 266-268; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1225; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 96-104.

²¹⁸ Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288. Asimismo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 307; PÉREZ FERRER, «Aspectos dogmáticos», 2013, pp. 24-25; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 579.

²¹⁹ Cfr. GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288.

Y esto se debe precisamente a que el injusto se construía en torno a una infracción de deberes (a través del requisito del tipo del incumplimiento de sus obligaciones) precisamente para dotar a la conducta de un *plus* de antijuridicidad material (por entender que si únicamente se tutela la competencia el grado de lesividad sería demasiado débil)²²⁰. No en vano, la redacción original del delito de corrupción privada (LO 5/2010) parecía estar más atenta al enriquecimiento de los sujetos del delito, que a la exclusiva y efectiva alteración de la libre y leal competencia por parte de éstos²²¹.

6. Propuesta de interpretación: en torno a la competencia como el único bien jurídico protegido

1. Resulta difícil cuestionar –por lo que veremos a continuación– que la competencia es un bien jurídico valioso, digno de protección. No en vano, sin una libre y leal competencia no sería posible el sostenimiento y desarrollo del sistema económico (tal y como es concebido en nuestra vida y realidad histórico-social actual). Ahora bien, ¿significa esto que el interés jurídico-penalmente tutelado por el delito de corrupción en los negocios es –o debe ser– la competencia? Y en ese caso, ¿es sólo la competencia el bien jurídico protegido? ¿o son otros los valores que habría que tener en cuenta?

De entre todas las propuestas doctrinales que acabamos de examinar, nos decantamos por que la competencia es el único bien jurídico (colectivo o supraindividual) que protege el delito. Varios son los razonamientos que, al respecto, nos han permitido alcanzar esta conclusión.

En nuestra opinión, el fundamento último del delito de corrupción en los negocios reside en la tutela del derecho constitucionalmente reconocido a la libertad de empresa (artículo 38 CE), siendo una de sus manifestaciones la necesaria salvaguarda de una competencia libre y leal²²². Como hemos visto²²³, sin el derecho a la libertad de empresa no sería posible que la economía de mercado se desarrollase correctamente. Es más, sin este derecho no habría ni economía de mercado porque, sencillamente, no sería concebible un merca-

²²⁰ Vid. GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 259, 263, 272 y 288.

²²¹ Cfr. VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación», 2009, pp. 508-509.

²²² Como bien indicó BAJO FERNÁNDEZ, «la libertad de competencia constituye uno de los objetos de protección de nuestra Constitución». BAJO FERNÁNDEZ, «La Constitución económica», 1983, p. 178. De forma crítica, MORALES PRATS, *La Utopía garantista*, 2015, pp. 99-103; ANARTE BORRALLO; ROMERO SÁNCHEZ, «El delito de corrupción deportiva», 2012, pp. 47-53.

²²³ Véase *supra*, Apartado II.

do –que se diga– libre y en el que a las empresas no se les garantice mínimamente que puedan competir con libertad y confianza.

En este contexto, por tanto, la regulación de la competencia se erige como una garantía del ordenamiento, para evitar que se haga un uso antisocial, fraudulento o torcido de la libertad de empresa: porque, por un lado, permite poner coto a ciertas prácticas limitativas o restrictivas del mercado; y, por otro lado, posibilita que las empresas desarrollen su actividad de forma libre y leal, pugnando en igualdad de condiciones con el resto de competidores, dentro del marco normativo que previamente ha sido establecido²²⁴.

De ahí que la competencia, como bien supraindividual, sea valioso para la sociedad, y que sea regulada y tutelada en distintos grados por varias ramas del Derecho (administrativa, mercantil y penal).

2. La interpretación que entiende que la competencia es, en exclusiva, el bien jurídico protegido es respetuosa con un Derecho Penal de intervención mínima, en el que sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de protección penal.

Tomando en consideración que el mercado no funciona de forma anárquica, sino que se encuentra regulado –en mayor o menor medida– y opera bajo ciertos principios que deben ser respetados, el legislador tiene una cuasi ilimitada capacidad para determinar el marco normativo en el que las empresas pueden desarrollar su actividad comercial (siempre y cuando, claro, la regulación resultante no obstaculice gravemente o atente contra el núcleo irreductible de este derecho).

En este orden de cosas la intromisión penal en la competencia no tiene por qué ser desproporcionada o excesiva. Al menos no lo sería –desde nuestro punto de vista– en el caso de la corrupción en los negocios. Que el bien jurídico de la competencia haya sido regulada tradicionalmente por el Derecho Administrativo y Mercantil no significa que el recurso al Derecho Penal no pueda estar justificado frente a algunas clases de comportamientos especialmente disvaliosos para la sociedad (como, por ejemplo, frente al espionaje empresarial, entre otros).

Los compromisos internacionales adoptados por nuestro país son muy claros al respecto. La corrupción en el sector privado es un fenómeno delictivo que debe ser perseguido penalmente, precisamente porque es una lacra que pone en riesgo el buen funcionamiento del mercado a nivel nacional e interna-

²²⁴ Un marco normativo de mínimos, dirigido a garantizar que la competencia se desarrolle de forma libre y leal. Pero en el siguiente sentido: de lo que se trata es de garantizar que las empresas compitan en «igualdad de medios u oportunidades» (según el Código Penal, sin el uso de «sobornos»).

cional²²⁵. Y ello es así, a nuestro modo de ver, porque la confianza en que el mercado se debe desarrollar correctamente constituye un valor jurídico que puede –y debe– ser protegido penalmente²²⁶.

3. Una mayor credibilidad del sistema económico repercute positivamente en la sociedad y, por ende, en la ciudadanía, en forma de mayores inversiones, más seguridad jurídica, mayor competitividad e innovación, y mejores precios para los consumidores, entre otros. Y a la inversa, una menor confianza en el sistema económico influirá negativamente en éste.

El fenómeno de la corrupción en los negocios puede provocar una serie de efectos perniciosos que no pueden ser desdeñados (como hemos visto con anterioridad)²²⁷. De ahí que no pueda admitirse la crítica consistente en que si el delito protegiera únicamente la competencia se convertiría en un ilícito penal formal o simbólico²²⁸.

De igual modo que orientativamente puede medirse –y se mide– la confianza en las instituciones públicas cuando se realizan estudios empíricos que determinan los índices de percepción de la corrupción²²⁹, también puede medirse la percepción de la corrupción en el sector de los negocios²³⁰. Y lo que se

²²⁵ Para el Convenio penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, la corrupción –entre otros– falsea la competencia y obstaculiza el desarrollo económico. Y para la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, del Consejo de la Unión Europea (incluida su precedente, la Acción Común 98/742/JAI de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo), la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido, y, en concreto también, amenaza el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria a la transparencia y a la apertura del comercio internacional.

²²⁶ En cuanto a la confianza como bien jurídico a proteger, HEFENDEHL, «De largo aliento», 2007, pp. 470-475.

²²⁷ Véase *supra*, Apartado III.1.

²²⁸ Para MORILLAS CUEVA «el Derecho Penal del futuro que afronte esta situación debe continuar siendo un derecho basado en el principio de intervención mínima, sin caer en un excesivo simbolismo, pero al mismo tiempo ha de afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, entre los que lógicamente se encuentra el carácter de *ultima ratio*». MORILLAS CUEVA, «Derecho penal del futuro», 2002, p. 22. De forma crítica en cuanto a la corrupción privada, BAUCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, p. 243; ANARTE BORRALLÓ, «Los delitos de corrupción en los negocios», 2016, p. 64.

²²⁹ Así sucede en el Índice de Percepción de la Corrupción que desde el año 2002 publica anualmente Transparencia Internacional (<https://transparencia.org.es/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/> visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 18:12 horas).

²³⁰ De interés resulta la iniciativa conocida como *The Private Corruption Barometer*, que cuenta con el soporte económico del Programa Prevención y Lucha contra el Crimen de la Comisión Europea, de la Dirección General de Migración y Asuntos de Interior (<http://www.project-pcb.eu/> visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 18:12 horas). Este proyecto se encuentra coordinado por el instituto de investigación *eCrime* de la Universidad de Trento (Italia), con la colaboración de la Universidad Rey Juan Carlos (España), del *Center for the Study of Democracy* (Bulgaria) y *Mafia? Nein, Danke!* (Alemania). En lo que atañe a España, véase *The Private Corruption Barometer*, 2018, pp. 81 a 95 (Anexo D).

evidencia de esto es que el fenómeno de la corrupción (pública y privada) es percibido y preocupa por igual en la sociedad (esto es: a los ciudadanos individualmente considerados), porque éste pone en entredicho la vigencia del ordenamiento jurídico y del sistema económico²³¹.

La corrupción se retroalimenta: mientras aumenta la percepción de permisividad de la corrupción, se incentiva o estimula que otros incurran también en esta clase de prácticas corruptas²³². Así se instaura la creencia de que la corrupción forma parte de las reglas del juego (es decir que no hay posibilidad de hacer negocios sin el pago de «sobornos»). Y si ello sucede, no sólo se destruiría la fe ciudadana en el sistema: se distorsionaría la competencia en el mercado hasta volverlo disfuncional²³³.

Porque seamos claros: ¿es que acaso no tiene el Derecho el deber de garantizar la pervivencia del sistema económico? ¿no debe servir el Derecho Penal para asegurar que la convivencia en la sociedad sea libre, pacífica y ordenada?

Si respondemos afirmativamente a estas preguntas también deberíamos admitir que el recurso al Derecho Penal puede estar justificado para preservar las condiciones esenciales para que la competencia pueda desarrollarse correctamente (sin que ello suponga infringir el principio de intervención mínima o *ultima ratio*). Lo que no parece admisible es que la credibilidad del mercado se vea objetivamente perjudicada o perturbada por un sentimiento generalizado de desconfianza.

Esto va más allá de la mera persecución de actuaciones contrarias a la ética empresarial o al buen gobierno corporativo²³⁴; o a la neutralidad de la voluntad

²³¹ Según el Eurobarómetro del 2017, en España un 97% de la población cree que la corrupción está extendida en el país, y un 44% opina que la corrupción es una problema para la empresa a la hora de hacer negocios. Pero es que, según el Eurobarómetro del 2013, para el 42% la corrupción es parte de la cultura empresarial. Este dato, a su vez, va a la par del 45% de los encuestados que opina que el favoritismo y la corrupción dificultan la competencia empresarial.

²³² Véase, SALINAS JIMÉNEZ; SALINAS JIMÉNEZ, «Causas y efectos», 2017, p. 32. Como elocuentemente ha venido a decir VILLORIA MENDIETA al tratar la corrupción pública, «[e]s cierto que en algunos países se pagan muchos sobornos, pero la razón es que las personas se sienten incapaces de luchar contra esta práctica y, dadas las asimetrías de poder y riqueza, su rebelión está condenada al fracaso. Millones de personas pagan sobornos cada día, pero los estudios de campo y las encuestas nos indican que el problema es más de acción colectiva que de asunción cultural. Son las expectativas sobre el comportamiento ajeno y, sobre todo, la conducta de las élites y los funcionarios las que llevan a seguir asumiendo esta práctica de explotación. Es la sensación de miedo y desamparo la que genera esta continua sangría, el miedo a que los familiares enfermos en los hospitales mueran sin cuidado, a que los hijos sean discriminados en los colegios, a que la policía abuse o a que no se obtengan los certificados necesarios para poder acceder a bienes a los que se tiene derecho». VILLORIA MENDIETA, *Combatir la corrupción*, 2019, pp. 70-71.

²³³ Cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, «Halcones y palomas», 2015, pp. 513-514. Véase también, NIETO MARTÍN, «Corrupción en los negocios», 2018, p. 417.

²³⁴ Ni aun en un sentido de ética normativa (no ética personal), como se consigna en BACIGALUPO SAGGESE, «Tendencias de política criminal», 2017, p. 61; BACIGALUPO SAGGESE, «Prevención de la corrupción», 2017, p. 447.

en la contratación²³⁵ (valores por sí mismos insuficientes para intervenir penalmente, al carecer de relevancia constitucional)²³⁶. Lo que está en juego, en definitiva, es la pervivencia del sistema económico, en la medida en que la competencia, su correcto desarrollo, es un elemento estructural del mercado²³⁷.

En el delito de cohecho (mediante el que se protegería el buen funcionamiento de la Administración Pública)²³⁸ se produce un ataque antijurídico de similares características y no se defiende que esta clase de comportamientos no deban ser perseguidos penalmente. ¿O es que las conductas de corrupción no tienen también su impacto en la percepción que tiene la sociedad sobre el modo –recto o torcido– en que se desarrolla la función pública?²³⁹

Mutatis mutandis, lo mismo ocurriría con la corrupción en el ámbito de los negocios. Por ello al ordenamiento jurídico le interesa que el mercado sea percibido como fiable: porque de lo contrario, entre otros efectos negativos, podría provocarse la desincentivación de la inversión nacional y extranjera, y ello tendría un efecto económico directo en la sociedad, por ejemplo, en forma de menor creación de empleo o de inferior recaudación de tributos²⁴⁰. Como sociedad no podemos permitirnos el lujo de que se instaure y perpetúe la creencia de que sólo mediante «sobornos» se puede competir y triunfar en el mercado.

²³⁵ Véase, HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, p. 320.

²³⁶ Lo que se compadece mal, según CORCOY BIDASOLO, con la distinción entre Derecho y Moral. Véase, CORCOY BIDASOLO, «Problemas político-criminales», 2018, pp. 214-215.

²³⁷ Como ha afirmado cierto sector doctrinal, la intervención penal en la era de la globalización se orienta más hacia el futuro que hacia el pasado; más a evitar el delito que todavía no se ha cometido, que a averiguar y a castigar el ya ejecutado. Cfr. LÓPEZ ORTEGA, «La macrocriminalidad», 2018, p. 458.

²³⁸ Véase, GÓMEZ RIVERO, «Derecho Penal y corrupción», 2017, p. 260; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración pública», 2016, p. 949; MIR PUIG, «El delito de cohecho», 2011; DE LA MATA BARRANCO, «El bien jurídico protegido», 2006, pp. 100 y 104; JUANES PECES, «Delitos de funcionarios públicos», 1998; FEJOO SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración pública», 1997; VALEJUE ÁLVAREZ, «Consideraciones sobre el bien jurídico», 1994-1995, pp. 369-368; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, 1979, pp. 147 y 252. En igual dirección, el Tribunal Supremo ha afirmado –en repetidas ocasiones– que «el delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de los funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a estos. Se trata de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal (SSTS 1618/2005 de 22 diciembre, 1076/2006 de 27 octubre, 186/2012 del 14 marzo)».

²³⁹ Sobre el impacto de la corrupción pública en la percepción de ésta en la sociedad, VILLORIA MENDIETA, «Lucha contra la corrupción», 2001, p. 96; VILLORIA MENDIETA, «Principales rasgos», 2017, pp. 55-60; TARÍN, «La medición de la corrupción», 2017, p. 68. Desde un punto de vista iusfilosófico, GARZÓN VALDÉS, «Acerca del concepto de corrupción», 1997, p. 55.

²⁴⁰ En cuanto a los efectos económicos de la corrupción, VILLORIA MENDIETA, *Combatir la corrupción*, 2019, pp. 110-112.

Así las cosas, no podemos convenir con aquellos que rechazan la validez de esta propuesta interpretativa (competencia como único bien jurídico protegido) con motivo de que ésta constituye una opción discutible desde la perspectiva de un Derecho Penal mínimo y subsidiario. La razón de esto es que las conductas de soborno comercial –al menos en el momento social actual– difícilmente podrían obtener una respuesta suficiente por parte del resto de ramas del Derecho²⁴¹.

Amén de que –a nuestro juicio– tampoco parecería coherente que el «soborno» a autoridades y funcionarios públicos esté tipificado como un delito, y el que se produzca en el sector de los negocios como una mera infracción mercantil o administrativa. Desde un punto de vista político-criminal, el mensaje que se trasladaría a la sociedad es que el empleo de dádivas no sería tan grave para según qué casos u ocasiones (lo cual podría ser incluso hasta perturbador, porque restaría relevancia al fenómeno de la corrupción en el ámbito de los negocios, en particular, y al uso del «soborno», en general)²⁴².

4. ¿Y qué se quiere decir realmente con que la competencia es el bien jurídico protegido por el delito de corrupción en los negocios? ¿Significa esto que la corrupción en los negocios se configura como un delito de peligro abstracto?²⁴³ ¿Debe exigirse un peligro concreto, por ser los intereses de los competidores los que, de forma mediata a través de la competencia, están en el punto de mira de la prohibición penal?²⁴⁴ ¿O nos encontramos en realidad ante un delito de aptitud o de peligro hipotético?²⁴⁵

²⁴¹ De opinión contraria, NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 25-28.

²⁴² Pero es que, además, la cuestión no sólo reside en sí –desde el punto de vista de la legitimación– debe acudirse o no a la vía penal para combatir este fenómeno delictivo que pone en riesgo el buen funcionamiento del mercado. En nuestra opinión también es importante que las garantías constitucionales que puedan y deban disfrutar los ciudadanos sean las máximas posibles cuando se enfrenten a una acusación de este calibre en un procedimiento. Y esto sólo es posible con las garantías procesales que se reconocen en el ordenamiento jurídico-penal. Somos conscientes –y aceptamos la crítica– de que la imputación de un delito es, por sí mismo, algo grave, porque puede conllevar la imposición de una pena (con todo lo que ello conlleva). Sin embargo, en el proceso penal existen más garantías y posibilidades de defensa que en el resto de órdenes jurisdiccionales. De ahí que, siendo procesalmente garantistas, sea preferible afrontar una acusación de soborno en un proceso penal que no en otro orden jurisdiccional.

²⁴³ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 72; BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 385; CORCOY BIDASOLO, «Problemas político-criminales», 2018, pp. 219-220.

²⁴⁴ Véase, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 17; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 579; FERNÁNDEZ BAUTISTA, «El delito de corrupción entre particulares», 2017, p. 220.

²⁴⁵ Actualmente, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 82-83. En trabajos anteriores este autor defendió la necesidad de que con la acción se ocasionase un peligro concreto para al menos alguna empresa competidora, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288.

A nuestro modo de entender, la opción que mejor se adecúa al tenor literal y teleológico del injusto es la que entiende que la corrupción en los negocios se configura como un delito de aptitud o de peligro hipotético. De modo que para que la acción sea típica debe ser peligrosa, en el sentido de idónea o potencialmente lesiva para desencadenar el riesgo desaprobado por la norma. No siendo mínimo el grado de peligrosidad necesario (peligro abstracto), pero tampoco muy elevado (peligro concreto)²⁴⁶.

Lo que se pretende con el delito es evitar que eventuales empresas competidoras queden desplazadas en una relación o transacción comercial como consecuencia de un incentivo ilícito. O lo que es igual: la norma penal prohíbe el uso del soborno para obtener ventajas competitivas. Por esto, para que la conducta sea típica deberá constatarse que la actuación incentivadora es idónea *ex ante* para poder preterir un competidor en favor de otro (ello con independencia de que esta preterición se produzca o no de forma efectiva)²⁴⁷.

No podemos aceptar que estamos ante un delito de peligro concreto porque iríamos en contra de la propia literalidad del precepto: el tipo penal no exige de forma expresa que el comportamiento deba poner en efectivo riesgo los particulares intereses de los competidores²⁴⁸. Pero esto tampoco significa que la corrupción en los negocios se configure como un delito de peligro abstracto, porque nos llevaría a diluir extremadamente la lesividad material de la acción, y eso no sería aceptable.

La interpretación más equilibrada –en nuestra opinión– pasaría por exigir que la conducta sea idónea *ex ante* para obtener una posición de ventaja en el mercado, es decir, que sea capaz de desplazar a otros potenciales competidores que pudieran concurrir en el mismo sector del mercado. En otras palabras: lo importante es la aptitud de la acción para alterar las relaciones de competencia, sin necesidad de acreditar un hipotético perjuicio o menoscabo para un concreto competidor. A esto nos referimos cuando decimos que la acción corruptora debe ser potencialmente lesiva para atentar contra el bien jurídico supraindividual, o colectivo de carácter

²⁴⁶ Véase, TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», 1981, p. 843.

²⁴⁷ En igual dirección, BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 146; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 83.

²⁴⁸ En contra, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 84. En la SAP Barcelona n.º 173/2018, de 28 de febrero de 2018, se exigió que el peligro fuera concreto, al entender necesario que el beneficio o ventaja se concediera en el marco de o en consideración a un contrato o a un proceso de contratación que se estuviera llevando a cabo o fuera inminente en la empresa para la que presta servicios quien recibe o solicita. No bastando así –en opinión del tribunal– la concesión de una ventaja o beneficio con la esperanza, inespecífica, de obtener, en un futuro incierto, una ventaja competitiva en la empresa del sobornado.

social general²⁴⁹, de la competencia (también denominado como el buen funcionamiento del mercado).

De este modo, la intervención penal quedaría mejor acotada, y permitiría cumplir igualmente con la finalidad de la norma.

5. Las interpretaciones alternativas a la competencia como único bien jurídico protegido no son del todo convincentes.

5.1 La visión patrimonialista de la corrupción en los negocios difícilmente puede ser aceptada.

Si nos ceñimos al tenor literal del tipo, no se exige para su consumación –en modo alguno– que se produzca una efectiva lesión o puesta en peligro de los intereses patrimoniales de las empresas competidoras, ni de las empresas receptoras de los incentivos ilícitos²⁵⁰. Esto ya sería suficiente *per se* para excluir su validez como propuesta de interpretación²⁵¹.

Además –como ha apuntado certeramente un sector de la doctrina– en el caso de que la actuación corrupta de un sujeto de la empresa causase un perjuicio económico a la misma, su interés patrimonial ya se encontraría suficientemente protegido por otras figuras delictivas que abarcarían adecuadamente el desvalor de la conducta (como, por ejemplo, el de la administración desleal)²⁵², por lo que sería redundante e innecesario que dos tipologías distintas protegiesen el mismo conjunto de intereses económicos.

Debemos rechazar, así, que la razón de ser del delito de corrupción en los negocios sea la protección directa de los intereses patrimoniales de las empresas competidoras y/o de las empresas receptoras del «soborno».

5.2 Tampoco podemos admitir que el interés jurídico-penalmente protegido sea el deber de fidelidad de las relaciones laborales (ni tan siquiera como un modo indirecto de salvaguardar el patrimonio social de tales empresas), porque ni siquiera es un valor que ostenta relevancia constitucional.

Para nosotros resulta clave y clarificadora la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 (confirmada después por la LO 1/2019), que ha superado la intrincada redacción original del tipo (LO 5/2010). Atrás queda la aparente colisión entre la supuesta *voluntas legislatoris* y la *voluntas legis*²⁵³.

²⁴⁹ Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte general*, 2016, pp. 173-183.

²⁵⁰ Igual crítica en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 311.

²⁵¹ En contra, VEGA GUTIÉRREZ, «El objeto de protección», 2018.

²⁵² Vid. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 140. Por su parte, GÓMEZ-JARA DÍEZ es también partidario de ceñir la corrupción privada estrictamente a la competencia desleal, delegando así las infracciones de deberes del delito de administración desleal que pudiera existir de forma subyacente. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Cuestiones fundamentales*, 2014, p. 252.

²⁵³ En términos ya empleados en GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288. De forma similar, BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, pp. 238-239.

Evidenciada sobre todo por la dificultad de conciliar, por un lado, la causa de incriminación aducida en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 (que la represión de la corrupción en el sector privado se asienta en la «garantía de una competencia justa y honesta») y, por otro lado, la tipificación del elemento relativo al «incumplimiento de obligaciones» (que podía llevar a pensar que el tipo penal requería la infracción de un deber de fidelidad contractual)²⁵⁴.

Esta aparente contradicción (entre la voluntad expresada en la ley y el propio tenor literal del tipo penal) llevó a una parte de la doctrina a considerar que la corrupción en los negocios era un delito pluriofensivo²⁵⁵. Empero, al haberse suprimido el elemento del tipo relativo al incumplimiento de las obligaciones, dejando únicamente el del favorecimiento indebido frente a otros, parece haberse corregido dicha imprecisión técnica; armonizando, esta vez sí, la voluntad expresada por el legislador y la prohibición penal fijada por la norma²⁵⁶ (esto es: la persecución de los tratos de favor en transacciones comerciales a cambio de incentivos ilícitos, como prácticas puramente anticompetitivas o restrictivas del mercado).

El «favorecimiento indebido frente a otros» –ahora requisito destacado del tipo penal– nos confirmaría que el orden concurrencial es el que se pone en potencial riesgo con el accionar corruptor: esto es, con la obtención o concesión de un trato de favor (una ventaja anticompetitiva en una relación comercial), frente a otras posibles empresas competidoras (que quedarían en una situación de desventaja en el mercado)²⁵⁷.

²⁵⁴ Ciertamente, es innegable que tanto en el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción («deber inherente a sus funciones», art. 21), como en el Convenio penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa («acto que infrinja sus deberes», arts. 7 y 8), y en la Decisión Marco 2003/568/JAI («acto incumpliendo sus obligaciones», art. 2), se prevé como elemento del injusto el incumplimiento del deber inherente a las funciones u obligaciones del sujeto activo; de modo que no era descabellado sostener que el delito de corrupción privada protegía, al menos en parte, el deber de lealtad o de fidelidad hacia el empresario. Ya TIEDEMANN apuntó que, de este modo, al exigir los Convenios internacionales una infracción de deber, se aproximan al delito de administración desleal. TIEDEMANN, «Protección penal de la competencia», 2004, p. 87. Esta similitud entre delitos generaba –desde nuestro punto de vista– consecuencias indeseables. Por ello consideramos que la eliminación del elemento «incumplimiento de obligaciones» clarifica la interpretación y delimitación del interés protegido por el delito de corrupción privada.

²⁵⁵ Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1110; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 420-421; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 307; PÉREZ FERRER, «Aspectos dogmáticos», 2013, p. 183; BOLEA BARDÓN, «Bien jurídico y *ratio legis*», 2016, p. 110; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1225; GÓMEZ MARTÍN, «La corrupción en el sector médico», 2018, pp. 98-99.

²⁵⁶ Para OTERO GONZÁLEZ «el incumplimiento de las obligaciones se ha suprimido para reforzar el modelo puro de incriminación de la competencia desleal y para subsanar los problemas que generaba a la hora de dar operatividad al tipo y así desvincularlo más claramente del delito de administración desleal». OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 471.

²⁵⁷ En sentido similar, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 82.

5.3 Todo esto nos lleva igualmente a negar la validez de los modelos de pluriofensividad, que tampoco resultan convincentes porque diluirían o desfiguraría el fundamento del injusto, abriendo paso a interpretaciones que pondrían en peligro la aplicación práctica y razonable del delito: en la medida en que los órganos jurisdiccionales podrán ir teniendo en cuenta aleatoriamente los aspectos que le vengan interesando para castigar conductas que les parezcan poco éticas²⁵⁸.

6. Desde un punto de vista sistemático, la nueva rúbrica de la Sección 4.^a, de los «Delitos de corrupción en los negocios», también realza la idea de que el objeto de protección de la corrupción privada es precisamente el tráfico comercial, nacional e internacional, siendo la actividad negocial intrínsecamente necesaria para el buen funcionamiento del mercado²⁵⁹. En este sentido no es baladí que el artículo 286 bis CP se refiera literalmente al comercio de mercancías, a la prestación de servicios, y a las relaciones comerciales, en general, como el contexto fáctico en el que debe cometerse la conducta para que pueda ser considerada típica, porque esto nos indica que el orden concurrencial se encuentra en el foco del injusto²⁶⁰.

Además, la protección del buen funcionamiento del mercado del modo indicado *ut supra* (por encima de otros intereses particulares de las empresas, de naturaleza contractual o patrimonial) sería asimismo respetuoso con que la respuesta penal prevista para este delito sea la misma para sus dos modalidades, la incentivadora y favorecedora.

Pues, en efecto, la responsabilidad penal de los sujetos corruptores y corrompidos es idéntica para ambas vertientes delictivas, lo que demuestra que todos ellos deben respetar el mismo deber especial (es decir: que no existe una asimetría de deberes en la corrupción activa y pasiva). Si uno de los intereses a proteger por la norma fuera el deber de fidelidad (que infringiría exclusivamente el sujeto de la empresa receptora del soborno), entonces, ninguna explicación tendría que deba imponerse la misma pena al sujeto corruptor²⁶¹.

El paralelismo con el delito de cohecho, en este sentido, no pasa desapercibido: los particulares (modalidad activa) sólo responden por la misma pena

²⁵⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 87. A tal crítica se suma en ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 272.

²⁵⁹ En igual dirección, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 258.

²⁶⁰ Con mayor profundidad, Capítulo II, Apartado III.1.1.

²⁶¹ El argumento relativo a la penalidad ha sido empleado correctamente por OTERO GONZÁLEZ, puesto que «si optáramos por un modelo de deslealtad hacia la propia empresa sólo tendría sentido imponer la exigencia del incumplimiento de las obligaciones al corrompido no al corruptor y en consecuencia no sería proporcional la idéntica penalidad». OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 471.

de prisión y multa que la prevista para el delito del funcionario público o autoridad (modalidad pasiva), pero no por la de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Y ello es debido a que éstos no ostentan el mismo deber especial que los funcionarios públicos o autoridades.

Aplicando el mismo razonamiento a la corrupción en los negocios, los sujetos que deban conceder un trato de favor en el mercado (modalidad favorecedora) no infringirían un deber especial distinto del que conculcarían los sujetos que incentivan ilícitamente a otro con este fin anticompetitivo (modalidad incentivadora). De lo contrario, la modalidad favorecedora debería tener –pero no tiene– una penalidad más alta, o diferente, que la incentivadora.

Porque, en otras palabras: si el delito hubiese pretendido proteger los intereses particulares de las empresas, entonces se debería haber previsto una pena más elevada para la modalidad favorecedora, y no –como ha sucedido en realidad– que ambas vertientes comisivas reciban una idéntica penalidad en términos abstractos²⁶².

7. La propuesta interpretativa que aquí defendemos podría ser criticada en la medida en que nos abocaría a adelantar la barrera punitiva del delito a comportamientos en que ni tan siquiera se perturbe de forma grave el orden concurrencial (pues, recordemos, para la consumación del delito bastaría con que la conducta sea idónea *ex ante* para desplazar algún competidor en una relación comercial, sin necesidad de que el trato de favor solicitado u ofrecido se conceda efectivamente).

Sin embargo, no podemos aceptar esta objeción. La protección del interés colectivo de la competencia –a nuestro juicio– tiene su correlativo reflejo, de modo colateral, en la prevención del riesgo de que sean afectados los intereses individuales de posibles terceros competidores (es decir, los que pudieran tener éstos en determinados negocios o transacciones comerciales)²⁶³.

No obstante, lo decisivo para que la conducta sea penalmente relevante es que la acción tenga la suficiente aptitud como para poner en peligro este bien jurídico supraindividual. Sin importar –al menos en esta discusión– si los intereses particulares de terceros competidores han sido o no finalmente afectados como consecuencia del soborno comercial (basta con que la acción sea peligrosa en el sentido de potencialmente lesiva)²⁶⁴.

²⁶² Cfr. OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 471.

²⁶³ Mediante un razonamiento inverso al aquí expresado, FARALDO CABANA afirma que «se tutelan los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores, que constituyen un bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que es lesionado ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual». FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 72.

²⁶⁴ En la misma línea, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 465.

Para ejemplificar este razonamiento pongamos por caso el supuesto de hecho, factible en la tipología del cohecho, de un ofrecimiento de una dádiva a un funcionario público para conseguir la adjudicación a dedo de un contrato administrativo, saliéndole mal el envite al particular porque tal oferta delictiva se ve rechazada y posteriormente denunciada ante las autoridades. ¿Se dudaría acaso de que esta conducta es constitutiva de cohecho activo?

Resulta difícil discutir, eso sí, que el atentado contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública (riesgo desaprobado) no sería tan intenso como si hubiera logrado convencer al funcionario. Pero no por ello el actuar del particular corruptor no es merecedor de un reproche penal. Pues bien, salvando las correspondientes diferencias, en la corrupción en los negocios sucedería exactamente lo mismo.

8. El problema de este adelantamiento de la barrera punitiva del delito, por tanto, sería ese: que podrían castigarse conductas que con un nivel de peligrosidad no muy elevado, es decir, que apenas consigan poner en peligro el orden concurrencial.

Por eso, disconforme con esta interpretación –por llamarlo así– más laxa, Gili Pascual ha propuesto entender que el Derecho español sigue incriminando el pago de un empleado para que favorezca a un competidor, pero siempre que ello tenga lugar con una conducta potencialmente perjudicial, o por lo menos no beneficiosa para el principal (neutra). No contemplando, en otras palabras, conductas únicamente desleales *ad extra* (con otros posibles competidores), por exigir que sean también internamente desleales²⁶⁵.

De este modo, la competencia no se protegería como un valor absoluto: la competencia se entendería respetada cuando prevaleciese el principio de eficiencia del mercado, en la selección de bienes y servicios, como forma de restringir el ámbito de incriminación de este delito de peligro hipotético²⁶⁶.

¿Y cuándo sucedería esto? La respuesta: cuando la oferta comercial beneficiosa (opción eficiente) se vea desplazada, en favor de otra oferta comercial menos beneficiosa (opción ineficiente), como consecuencia de un incentivo ilícito, y no por su propio mérito o estrategia comercial. Esto es lo que se quiere decir con que el criterio de eficiencia que rige en el mercado sólo se vería atacado cuando se ponga en potencial peligro la capacidad competitiva de los competidores eficientes²⁶⁷.

²⁶⁵ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 68.

²⁶⁶ Así se sostiene en GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 68, 79-81. Y también, pero de forma no tan explícita, en BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 18-21; BOLEA BARDÓN, «Corrupción privada tras la reforma», 2018, p. 32.

²⁶⁷ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 104-105.

Así, habría que negar la idoneidad del peligro a las acciones que no resientan el criterio de eficiencia en el mercado, al no poner en hipotético riesgo los intereses de los competidores menos eficientes (esto es, de los que peores ofertas comerciales realicen).

9. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, cuando examinemos la imputación objetiva en la corrupción en los negocios (en lo que atañe a la realización del riesgo típicamente relevante). Sin embargo debemos adelantar que esta limitación del tipo penal (mediante la restricción del ámbito de protección del bien jurídico) no puede ser aceptada.

El ámbito de aplicación del tipo alcanza –a nuestro parecer– a los comportamientos idóneos mediante los que se pretenda o se consiga una posición de ventaja en el mercado como contraprestación de un incentivo ilícito (más allá de si se atenta o no contra el principio de eficiencia o de racionalidad económica, que sería irrelevante penalmente).

La realidad nos demuestra que las empresas, a la hora de relacionarse comercialmente, no siempre toman las decisiones más eficientes ni más beneficiosas desde un punto de vista económico. A veces, incluso, se toman decisiones cortoplacistas arriesgadas y poco favorables para la empresa, con miras a obtener un eventual rédito económico a largo plazo que en ocasiones –pero no siempre– se logra.

No en vano, cuando se toma una decisión de estas características existen muchos factores a tomar en cuenta, no sólo el mayor o menor precio de una hipotética oferta comercial, entre ellos: el singular diseño y/o estética de los productos; el menor plazo de entrega de la mercancía, aunque tenga un mayor precio; o, pudiera ser también, el deseo de afianzar una estratégica unión comercial con otra compañía del sector, aunque el negocio en el que se participe sea menos rentable o incluso, hasta en cierto modo, gravoso, que el que podría alcanzarse con otras compañías.

Si aceptásemos que el principio de eficiencia es el valor contra el que se dirige la acción del autor, entonces se dotaría al delito de un componente de aleatoriedad o discrecionalidad difícilmente aceptable en Derecho Penal, pues lo que para un órgano jurisdiccional sería una buena oferta comercial, para otro no necesariamente tendría por qué serlo.

Pero es que además, desde el prisma de la prevención general, ningún sentido tendría castigar sólo los «sobornos comerciales» cometidos por las empresas previsiblemente menos competitivas, dejando impunes al resto.

¿O es que las empresas más competitivas (las que tienen mayor capacidad para realizar mejores ofertas comerciales) no pueden cometer corrupción privada? ¿Es que las acciones tendentes a lograr o consolidar una posición de

supremacía en el mercado no son peligrosas (aunque provengan de una empresa altamente competitiva, que no atente contra el principio de eficiencia)? ¿Por qué razón, si se diera el caso, habría que dejarlas sin reproche penal?

Porque aunque no lo reconozcan los defensores de esta interpretación, excluir la tipicidad del «soborno comercial» realizado por las empresas que presenten las ofertas comerciales más competitivas (esto es, las más eficientes en términos de racionalidad económica), propiciaría que estas compañías apuntalen su posición de control o dominio en el mercado al conseguir mayor poder económico a base de comisiones.

Lo que defendemos aquí es que para romper o alterar las reglas del buen funcionamiento del mercado no se requiere la potencial preterición del competidor más débil en favor del más fuerte (en un sentido comercial), puesto que ambos sin excepción, llegado el caso, pueden cometer comportamientos anti-competitivos para mejorar o perpetuar su posición en el mercado.

En la corrupción en los negocios, la deslealtad en el mercado –con relevancia penal– no se mide en términos de oportunidad comercial (de mejores o peores ofertas), sino de mejora sustancial de la posición competitiva de una empresa mediante incentivos ilícitos.

10. La crítica que muy agudamente podría hacerse también es que las empresas, en el libre ejercicio de la libertad de empresa y en defensa de sus propios intereses patrimoniales, no están obligadas a dar un trato igualitario al resto de sus competidores²⁶⁸.

No obstante, tal objeción –en nuestra opinión– tiene corto recorrido. La cuestión, en realidad, no radica en si las empresas tienen o no el deber de ser imparciales o de dispensar un trato igualitario a todos sus competidores (que, claramente, ninguna obligación tienen); sino en qué medios pueden emplear éstas, conforme a Derecho, para concurrir libre y lealmente en el mercado²⁶⁹.

Como decíamos con anterioridad, para que haya reproche penal bastará con que la acción de incentivación ilícita –idónea *ex ante*– vaya dirigida hacia la obtención o concesión de una mejora sustancial de la posición de una empresa. Por esto la discusión va más allá de si con la corrupción privada se afecta o no al principio de igualdad entre competidores. Porque para el legislador el incentivo ilícito –como medio comisivo– sería especialmente peligroso en la medida en que permitiría distorsionar la competencia.

²⁶⁸ Como se sostiene en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El nuevo delito de corrupción», 2010, pp. 505-506; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2013, p. 701.

²⁶⁹ Aunque no existe un deber genérico y cualificado de objetividad, el ordenamiento jurídico sí dirige a los competidores determinados mandatos y prohibiciones específicos de actuar respetuosamente para con la competencia. Así, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, pp. 359-360.

Como hemos visto al principio de este capítulo, la libertad de empresa no es un derecho absoluto, pues está sometida a ciertas restricciones. Con todo, la institución de la competencia, como garantía de la libertad de empresa, está restringida normativamente por el Derecho Administrativo, Mercantil y Penal. Y en este orden de cosas, entre sus limitaciones se encontraría la prohibición penal de no incentivar ilícitamente a terceras empresas para conseguir ventajas anticompetitivas en el mercado.

11. En contra de la propuesta interpretativa aquí defendida podría objetarse también –aunque en un sentido más general– que no se haya previsto la posibilidad de que el empresario (individual o colectivo) sea un sujeto activo de la modalidad favorecedora²⁷⁰ (por ejemplo, dejando sin castigo el incentivo ilícito recibido por el dueño de un negocio, en un establecimiento comercial).

No pretendemos extendernos aquí sobre una cuestión que será abordada con mayor detalle en el siguiente capítulo²⁷¹. Baste decir por el momento, eso sí, que los empresarios (individuales o colectivos) por sí mismos no son los titulares del bien jurídico colectivo del correcto funcionamiento de competencia. Es por esto que esta objeción no pondría en entredicho nuestra conclusión, porque los empresarios no pueden disponer de un bien jurídico sobre el que no tienen ascendencia.

12. En oposición también al modelo de la competencia, se ha criticado que en el tipo atenuado previsto en el apartado tercero del artículo 286 bis CP no se hace referencia alguna a la competencia, sino sólo a las funciones del culpable y al valor de la ventaja o del beneficio no justificados; circunstancias ambas que aisladamente consideradas parecen apuntar a la protección de los intereses individuales del patrimonio de las empresas y del deber de fidelidad del empleado hacia el empleador²⁷².

Sin embargo, este problema o inconveniente es –en nuestra opinión– más aparente que real. El motivo de ello es que, en efecto, estas modalidades atenuadas (por el menor beneficio o valor de la ventaja, y la escasa transcendencia de las funciones del culpable) también pueden ser interpretadas en clave de

²⁷⁰ Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 270; NAVARRO FRIAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 12-19; RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 937; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 20; PUENTE ABA, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 918; MIRÓ LLINARES, «Delitos contra bienes inmateriales», 2015, p. 653; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 573-574; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 277; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 67 y 191; VEGA GUTIÉRREZ, «El objeto de protección», 2018.

²⁷¹ Véase, Capítulo II, Apartado V.1.1.5.1.

²⁷² Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 272-273. Asimismo, BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, pp. 255-256.

protección de la competencia, en la medida de que tales acciones disvaliosas tendrán una inferior capacidad para afectar al buen funcionamiento de la competencia, dada su menor peligrosidad²⁷³.

Más adelante nos extenderemos más al respecto, cuando examinemos en qué consisten estas modalidades atenuadas del delito de corrupción en los negocios²⁷⁴.

Para la discusión del bien jurídico protegido, sin embargo, conviene apuntar varias ideas que nos permitan reforzar nuestra postura. En cuanto al primer subtipo atenuado: cuando menos atractiva sea la dádiva, menor será la probabilidad de que el sujeto sucumba ante su tentación y conceda un favorecimiento indebido; y a la inversa, cuanto más elevado o agresivo sea el estímulo ofrecido, mayor será la probabilidad de que la ventaja anticompetitiva se materialice efectivamente.

Y en cuanto al segundo subtipo privilegiado: lo cierto es que si las funciones del sujeto incentivado son menos trascendentes, la ventaja anticompetitiva que en su caso pudiera concederse también tendría, por contrapartida, una menor envergadura o importancia. Pues cuanto más capacidad de decisión tenga el sujeto a incentivar, mayor relevancia podrá tener el hipotético favorecimiento indebido que se haya solicitado u ofrecido.

En suma: no existe ningún obstáculo para analizar estas circunstancias privilegiantes desde el prisma de la tutela de la competencia. De ahí que, además, sea razonable (conforme al principio de proporcionalidad) y útil (en términos preventivo-generales) que se prevean respuestas penales diferenciadas ante actos que de inferior peligrosidad.

13. Y ya para finalizar debemos hacer referencia a un último argumento que avalaría nuestra postura: el hecho de que las personas jurídicas puedan incurrir en corrupción en los negocios es coherente, igualmente, con que el interés jurídico-penal tutelado sea el buen funcionamiento del mercado.

Hasta el momento parece haberse pasado por alto las implicaciones que tiene el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la discusión del bien jurídico protegido en el delito de corrupción en los negocios. Con el Código Penal en mano (artículo 31 bis), podría darse el caso de condenas a empresas cuando éstas resulten beneficiadas de la corruptela («organizaciones corruptas»); y no, en cambio, cuando salgan perjudicadas o sean víctimas de la acción delictiva de las personas físicas («sujetos corruptos dentro de la organización»).

²⁷³ A igual conclusión, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 277.

²⁷⁴ Véase, Capítulo IV, Apartado II.

¿Y a dónde queremos llegar? La idea es que al posibilitarse expresamente que las personas jurídicas puedan ser responsables penalmente de corrupción en los negocios (artículo 288 CP), habría que aceptar igualmente que este delito en concreto puede cometerse en su provecho o beneficio. Y esto es verdaderamente interesante porque, tomando como punto de partida esta idea, se nos permite excluir la validez o vigencia de las propuestas doctrinales que ven en el patrimonio o el deber de fidelidad los intereses individuales que iluminan la exégesis del delito.

Si admitimos, por un lado, que las personas jurídicas pueden llegar a ser culpables de corrupción en los negocios (cuando la acción disvaliosa se perpetre en su provecho o beneficio económico), también debemos aceptar, por otro lado, que en realidad la conducta típica ni atenta ni va dirigida a atentar contra el patrimonio social de las empresas, ni contra su capacidad competitiva. Lo contrario nos abocaría a un sinsentido, una interpretación opuesta al tenor de lo previsto en los artículos 31 bis y 288 CP.

El mismo razonamiento también nos sirve, de igual manera, para rechazar que se protege el deber de fidelidad, en tanto que ningún incumplimiento de un deber interno podría darse por parte de un administrador, directivo, empleado o colaborador que participa de las prácticas corruptas institucionalizadas o amparadas por su propia empresa.

CAPÍTULO II

TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

I. INTRODUCCIÓN

La compleja redacción del delito obliga a un significativo esfuerzo para delimitar el ámbito de permisión y prohibición del tipo. La considerable extensión de este capítulo, por tanto, no es fruto de un capricho. Es producto precisamente de la intensa discusión jurídica que se ha generado en torno al tipo de injusto objetivo.

Hemos dividido el capítulo en cuatro grandes partes. Primero examinamos la estructura general del tipo y el contenido del injusto, momento en el que, además, aprovechamos para deslindar el injusto penal del resto de ilícitos extrapenales que también tutelan la competencia, y para precisar qué criterio hemos decidido utilizar para diferenciar las dos modalidades de la corrupción en los negocios (incentivadora y favorecedora).

Ello es necesario para, con posterioridad, analizar los diversos requisitos que le son comunes a estas dos vertientes delictivas, entrando en el detalle de en qué contexto comercial puede realizarse el ilícito penal, y en qué contextos estaría excluido, así como de qué incentivos y tratos de favor son los específicamente reprobados por el tipo penal, esto es, los que logran poner en riesgo no permitido la competencia.

Una vez abordada esta parte, son objeto de estudio los requisitos específicos de cada una de estas dos modalidades: instante en el que se tratan todas

las cuestiones relativas a los sujetos activos y pasivos, y de los verbos típicos, incluidas las de autoría y participación, y de *iter criminis*, que directamente se deriven de aquéllas.

El objetivo de este capítulo es –en definitiva– definir los contornos del tipo objetivo, acudiendo para ello a múltiples supuestos de hecho, unos teóricos y otros extraídos de la práctica real. Sólo así, creemos, podremos obtener algo de luz en esta tarea, la de interpretar el delito de corrupción en los negocios, paso previo y necesario para poder aplicarlo.

II. ESTRUCTURA GENERAL DEL TIPO Y CONTENIDO DEL INJUSTO PENAL

1. **Determinación de lo injusto en el delito de corrupción en los negocios. Límite con la normativa extrapenal de protección de la competencia**

1. Antes de comenzar el análisis de los elementos objetivos del tipo y en qué casos concretos se realiza o no el riesgo desvalorado por la norma, debemos delimitar el ámbito de protección penal de la competencia y establecer claramente el límite con su protección extrapenal.

Para la imputación objetiva debe interpretarse el tipo de acuerdo con el fundamento que justifica la intervención punitiva. Porque sólo así puede excluirse el castigo de comportamientos sin la suficiente lesividad, o que, incluso, se encuentren respaldados o no sancionados por la normativa extrapenal (ausencia de riesgo). Porque no podemos olvidar que los tipos penales, en ocasiones, engloban conductas que no merecen desaprobación jurídico-penal, al encontrarse socialmente permitidas o toleradas. Y en este punto, pues, la teoría del riesgo permitido adquiere gran importancia, porque proporciona instrumentos útiles para excluir la tipicidad del acto cometido (conducta permitida/conducta no permitida)¹.

Nada adelantamos al decir que, en lo que atañe a la protección de la competencia, no todo riesgo merece desaprobación penal. Por poner un ejemplo: nadie puede garantizar que una empresa recién constituida logre tener los suficientes clientes como para alcanzar estabilidad o viabilidad económica. De eso trata, precisamente, invertir en la constitución de una empresa y competir (riesgo permitido). Pero lo que esta empresa no puede hacer, por poner otro

¹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, pp. 67 y 70.

ejemplo, es confundir los operadores del mercado imitando la marca de otro competidor, puesto que lo que haría es aprovecharse de la reputación o esfuerzo ajeno para obtener una ventaja competitiva en el mercado (ilícito concurrencial de carácter mercantil, *ex* artículo 6 LCD). Como, asimismo, tampoco podrían dos empresas repartirse geográficamente el mercado, previo acuerdo, para no perjudicarse mutuamente (ilícito concurrencial de carácter administrativo, *ex* artículo 1.c LDC).

Puesto que en la sociedad del riesgo en la que vivimos (y, en concreto, el ámbito de los negocios no es una excepción), no todos los riesgos merecen la misma clase de desaprobación, si es que la llegan a merecer². O, incluso, más allá: no toda causación de un resultado lesivo (incluidos los resultados de peligro), aun con conocimiento probable del mismo, conlleva responsabilidad; no, cuando dicha causación se halle dentro del riesgo permitido³.

Por un lado, porque el autor que adecúa su comportamiento a lo socialmente aceptable, es decir, al orden normativo subyacente o preexistente al Derecho Penal, no merece ninguna clase de reproche. Y por otro lado, porque aún habiendo un comportamiento que exceda de lo socialmente aceptable, no tiene por qué ser necesaria la intervención penal. Ello dependerá de la gravedad del hecho, es decir, del grado de afectación (peligro o lesión) al bien jurídico protegido por el delito, pues el Derecho Penal tiene como objetivo prohibir sólo aquellas conductas peligrosas que sean insoportables para la convivencia social y pacífica, no cualquier clase de conducta peligrosa.

2. Decíamos en el capítulo primero que, en términos generales, el Derecho Penal no es protagonista en la tarea de tutelar la competencia, donde sí ocupan un papel destacado –pero no exclusivo– el Derecho Administrativo (Defensa de la Competencia) y Mercantil (Competencia Desleal). Por esto adquiere tanta importancia –aquí y ahora– la tarea de precisar cuándo se produce la intervención penal, y cuándo el resto de disposiciones sancionatorias no penales.

Pues bien, si en algo se caracteriza el delito de corrupción en los negocios es por la ausencia de una regulación administrativa o mercantil previa, o de referencia, que permitiese fijar la frontera del riesgo permitido o tolerado, o no desaprobado penalmente⁴. Ni la Ley de Defensa de la Competencia ni la Ley

² Véase, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, pp. 13-15; SILVA SÁNCHEZ, «Teoría del delito», 2013, pp. 43-47.

³ Así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales», 2008, p. 10.

⁴ En el sector de los medicamentos la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, el artículo 101. b) considera infracciones graves: «27.^a Ofrecer directa o indirectamente cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios, efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercia-

de Competencia Desleal prevén conductas de soborno. Y esto no es baladí, porque ello obliga a que el desvalor jurídico-penal deba descifrarse sin disponer de valoraciones jurídicas previas (en cuanto a lo que puede –o mejor dicho, debe– ser o no objeto de reproche)⁵.

La regulación de Defensa de la Competencia protege el funcionamiento competitivo del mercado en el sentido de que cada operador debe decidir su comportamiento y tomar sus decisiones de manera independiente, sin ninguna clase de acuerdo, puesto que al sustituir la actuación independiente por la colectiva se está limitando la competencia⁶; y la de Competencia Desleal persigue aquellos comportamientos desleales o incorrectos que vayan en perjuicio de quienes participan en el mercado⁷.

La estructura del tipo penal contrasta con la de las infracciones previstas en estas leyes. Porque, en efecto, a la hora de entender cómo podría configurarse la puesta en riesgo de la competencia, no podemos escapar de la sensación –pero es sólo eso, una sensación– de que las conductas que se castigan penalmente no interesan al ámbito de las Leyes de Defensa de la Competencia y de Competencia Desleal, que sancionan comportamientos que parecieran tener un mayor impacto en el bien jurídico protegido⁸.

El motivo: mientras que en el artículo 286 bis.1 y 2 CP, para consumar el delito, basta una puesta en peligro para la competencia, en la legislación extrapenal se excluye la sanción de aquellos supuestos particulares que por lo general no tengan impacto en ella, es decir, de aquellos que no sean aptos para afectarla de manera significativa (artículo 3 LDC), algo que sucedería –por ejemplo– cuando la empresa que incurra en una práctica colusoria no disponga de la suficiente cuota de mercado⁹. Y, en términos generales, de cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (artículo 4.1 LCD).

lización de medicamentos, a los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de los mismos, o a sus parientes y personas de su convivencia.»; y el «28.^a Aceptar, los profesionales sanitarios, con motivo de la prescripción, dispensación y administración de medicamentos con cargo al Sistema Nacional de Salud, o sus parientes y personas de su convivencia, cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos prohibidos, primas u obsequios efectuados por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos». Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 430.

⁵ Véase, FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 82. Asimismo, BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, p. 249.

⁶ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 2 de diciembre de 2011.

⁷ Véase, CAMPUZANO, «La competencia desleal», 2015, p. 363.

⁸ Cfr. NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 26-28.

⁹ Véase, PALOMAR OLMEDA, «Las conductas contrarias a la defensa», 2015, pp. 104-109.

De ahí que no extrañen los intentos de la doctrina de limitar el ámbito de lo injusto típico, con propuestas que van desde exigir un peligro concreto para los competidores¹⁰; hasta una afectación al principio de eficiencia, que ponga en riesgo hipotético la capacidad competitiva de las empresas que deban ser desplazadas por el «soborno»¹¹ (interpretaciones todas ellas desechadas al momento de defender nuestra particular interpretación, al momento de tratar la cuestión del bien jurídico protegido, que –en nuestra opinión– se identifica en la competencia como bien supraindividual, que en sí mismo se encuentra necesitado de protección).

3. En este estado de cosas, pues: ¿en qué se concreta el desvalor del delito de corrupción en los negocios? ¿y qué lo diferencia de el del resto de infracciones extrapenales que tutelan la competencia?

Si ponemos nuestra mirada en el artículo 286 bis.1 y 2 CP, podemos afirmar que, en términos generales, la conducta prevista en el tipo objetivo requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) La recepción, solicitud o aceptación (en la modalidad favorecedora) y/o la promesa, ofrecimiento o concesión (en la modalidad incentivadora); b) de un incentivo ilícito; c) como contraprestación de un favorecimiento indebido (con anterioridad a la LO 1/2015, este trato de favor estaba vinculado a un incumplimiento de obligaciones); d) en la actividad empresarial de una entidad privada, en concreto, en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios, o en las relaciones comerciales; e) y quienes pueden conceder ese favorecimiento indebido son los administradores, directivos, empleados y colaboradores de una entidad privada (en concreto: de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización [LO 5/2010] o de una empresa mercantil o sociedad [LO 1/2015]).

Con estos mimbres, el injusto típico pareciera residir –y reside, como comprobaremos a continuación– en la competencia ilegítima mediante el uso de «sobornos»: esto es, en conductas anticompetitivas especialmente peligrosas –por el medio o forma en que se produce la agresión al bien jurídico– que son contrarias al deber de lealtad frente al mercado. Deber éste que deben respetar todos los competidores que actúan en él, evitando comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe (bien entendido en el sentido de que toda actuación que no infrinja esta exigencia cae dentro del riesgo permitido)¹².

¹⁰ Vid. BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 17; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 579; FERNÁNDEZ BAUTISTA, «El delito de corrupción entre particulares», 2017, p. 220.

¹¹ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 79-87.

¹² En cuanto a esto último, FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 85.

En palabras de la propia ley: mediante el delito se persiguen conductas de pago de «sobornos» para obtener ventajas competitivas (Preámbulo XVIII de la LO 1/2015), porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas del buen funcionamiento del mercado (Preámbulo XIX de la LO 5/2010).

Por ello, a falta de una normativa extrapenal más concreta (que delimite lo permitido y lo prohibido), el núcleo de lo injusto penal reside en la corrupción: en el ofrecimiento, solicitud o, en definitiva, el acuerdo de conceder un beneficio extrapositional (la contraprestación: el incentivo ilícito) a cambio de una violación de un deber posicional (causante de una prestación: el favorecimiento indebido). De este modo, como acertadamente sostiene Kindhäuser, lo determinante es que el autor ponga en peligro o lesione por la vía de la corrupción el bien jurídico digno de protección¹³.

Desde esta perspectiva, se diluyen las dificultades para distinguir entre el delito de corrupción en los negocios y el resto de ilícitos concurrenciales de carácter extrapenal, en los que –resulta incuestionado– no se emplea la corrupción como forma de agresión del bien jurídico.

4. Que en ciertas infracciones administrativas o mercantiles se exija un resultado de lesión no significa que el resultado de peligro potencial exigido por el delito tenga una inferior lesividad material¹⁴. Nos explicamos.

El orden concurrencial (como bien jurídico) puede verse afectado de diversas formas, y el Derecho prevé distintas respuestas frente a ellas: las infracciones administrativas tienen por objeto restablecer la libre competencia (por ejemplo, sancionando a unos competidores que se han puesto de acuerdo para repartirse el mercado); mientras que las infracciones mercantiles ponen coto a aquellas actuaciones consideradas incorrectas o desleales, cometidas por los competidores para con el resto de operadores del mercado (la imitación de los productos de otra empresa es un ejemplo claro de ello).

Mediante el delito de corrupción en los negocios lo que se pretende es, en cambio, reafirmar o restablecer la confianza en el buen funcionamiento del mercado: es decir, la confianza de la sociedad en que las empresas no mejoran

¹³ Cfr. KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción», 2007, p. 2.

¹⁴ Por ejemplo, según el artículo 15.1 LCD se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de leyes; y con arreglo al artículo 15.2 LCD, también es desleal contratar extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería. Pero –y lo más importante– para sancionar estas infracciones debe generarse un beneficio (en forma de ventaja competitiva) como consecuencia de esta violación de normas, de la que por ello mismo no disfrutarán quienes hubieran optado por cumplir el mandato legal (STS de 16 de febrero de 2011).

su posición competitiva empleando prácticas corruptas (o mejor dicho: prevenir el riesgo típicamente relevante de que se extienda la creencia de que es necesario acudir a estos métodos para competir y triunfar en el mercado).

Lejos de cualquier consideración ética o moral¹⁵, la corrupción en los negocios constituye una barrera en lo que se refiere al desarrollo de la competencia (y, por ende, de la economía de mercado), porque inculca el germen de la desconfianza en la sociedad. Esto explica que el Derecho Penal actúe para prevenir este riesgo¹⁶.

Porque, en efecto, la comisión aislada de una corruptela en una transacción comercial (o con mayor precisión: el riesgo que esta acción genera) no tiene la suficiente capacidad como para desestabilizar seriamente el orden concurrencial. Pero en nuestra sociedad actual, la sola posibilidad de que esta clase de comportamientos se haga habitual o generalice (es decir: que la corrupción se convierta en sistémica), sí merece atención penal, porque –en definitiva– la puesta en peligro del orden concurrencial no deja de ser, precisamente, una forma moderna de puesta en peligro de un interés valioso¹⁷.

Y en un contexto económico y social como el nuestro, de mercado único europeo, de globalización de la economía mundial, y de apertura de los mercados al capital nacional e internacional, la corrupción en los negocios lo que genera es inseguridad, es decir, imprevisibilidad del comportamiento del resto de operadores económicos. Y esto se traduce, entre otros, en términos de desincentivación de la creación de nuevas empresas, de disminución de la producción y la productividad, o de contención del crecimiento de la economía, porque a la hora de tomar decisiones las empresas deben valorar –como una variable o factor más– el incremento de los gastos y pérdidas asociadas a la corrupción¹⁸.

Puesto que toda decisión comercial que se vea o pueda verse influenciada por una dádiva tendrá relevancia penal, porque podrá poner en riesgo el orden

¹⁵ Para FEJOO SÁNCHEZ el delito de corrupción privada tiene en sus genes la estabilización de la ética de los negocios, lo que sirve para explicar el contexto de su criminalización, pero no la fundamentación del injusto. FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2013, p. 89.

¹⁶ En este sentido, al tipificarse este delito no estamos muy lejos del Estado preventivo al que se refería SILVA SÁNCHEZ cuando describió la tendencia hacia la expansión del Derecho Penal, acentuada por el proceso de privatización y liberalización de la economía. Véase, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, pp. 143, 152-153.

¹⁷ La misma idea en, HASSEMER, *¿Por qué castigar?*, 2016, p. 137.

¹⁸ Existen estudios que demuestran la vinculación entre inseguridad que se deriva de la delincuencia, y en concreto de la corrupción, con la disminución de la competitividad empresarial en diversos países. Así, por ejemplo, VILLORIA MENDIETA, *Combatir la corrupción*, 2019, pp. 110-112; FIGUEROA; MONTES DE OCA; RIVERA; ARTAVIA; MARSHALL, «Impacto de la inseguridad», 1997, pp. 68-70.

concurrential. Pero recalcamos: no porque la confianza en el mercado sea un valor *per se* meritorio de protección; sino porque –por contrapartida– la desconfianza tiene o puede tener un precio social elevado, en forma de múltiples efectos perniciosos (observables, tangibles o cuantificables) en el sistema económico, al poderse asociar la existencia de corrupción con un entorno socio-económico inestable.

En este orden de cosas, el desvalor de la acción en este delito no puede deslindarse –no sin dificultades– del desvalor de resultado: lo que debe valorarse es la peligrosidad *ex ante* de la acción, en términos de probable puesta en peligro de la competencia¹⁹.

Esta es, en general, la óptica o dimensión mediante la que –a nuestro juicio– debemos acercarnos la cuestión de la delimitación de lo injusto en esta clase de comportamientos lesivos.

La cosa va, pues, de competidores. O mejor dicho, de empresas que compiten deslealmente empleando la corrupción. Y sólo quienes tengan la capacidad de generar esa desconfianza (dominio del riesgo típico) pueden encontrarse en el centro del delito: el círculo de posibles autores (*intraeius*); explicándose desde esta perspectiva que en este delito se persiga a los administradores, directivos, empleados o colaboradores de entidades privadas, porque éstos son los únicos que, en el sólo caso de ostentar el necesario poder de decisión, pueden influir en una decisión comercial, infringiendo así su deber de lealtad para con el mercado, al momento de recibir o solicitar a cambio un incentivo injustificado.

Por este motivo –a nuestro juicio– el artículo 286 bis.1 y 2 CP es una norma cuyo destinatario son los competidores (las entidades descritas en el delito), sin perjuicio de que el deber extrapenal de competir lealmente

¹⁹ El problema lo identifica perfectamente MENDOZA BUERGO, para quien «puede decirse que la exigencia de una peligrosidad *ex ante* de la concreta conducta como característica de cierto grupo de tipos –de aptitud o idoneidad, de peligro hipotético o de peligrosidad concreta– encuadrables en principio en la categoría de los delitos de peligro abstracto, se ha planteado como elemento que bien puede «agregarse» legislativamente a los delitos de peligro abstracto puro para así enriquecerlos, transformándolos y eliminando en una perspectiva *lege ferenda* el tipo de peligro abstracto puro como técnica de tipificación de conductas penalmente relevantes, o bien, yendo un paso más lejos, como criterio que puede exigirse interpretativamente de todo delito de peligro abstracto para eliminar la punición de supuestos carentes ya de peligrosidad en una consideración *ex ante*. Esta última propuesta supone reinterpretar en clave teleológica estos delitos, buscando una solución coherente y sostenible desde los postulados dogmáticos y de justificación de la intervención penal acordes con el modelo de Derecho penal constitucional avanzado de un Estado de Derecho. Conforme a ella, los delitos de peligro abstracto son delitos de conducta peligrosa *ex ante* en los que la concurrencia de ésta ha de comprobarse en el caso concreto como parte integrante de un efectivo desvalor de peligrosidad que forma parte del desvalor de acción y en los que, por tanto, no se exige ni la producción de un peligro concreto –a constatar *ex post*–, ni siquiera la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la conducta». Así, MENDOZA BUERGO, «La configuración del injusto», 2002, pp. 66-67.

(*sensu contrario*, la prohibición de poner en peligro el orden concurrencial con comportamientos contrarios objetivamente a las exigencias de la buena fe) lo deban acatar necesaria y obligatoriamente, en su nombre y por su cuenta, las personas físicas mencionadas, puesto que son las únicas que se encuentran en una posición especial de dominio respecto del bien jurídico protegido²⁰.

Porque –a nuestro modo de ver– no existe una relación positiva que les obligue al cuidado y fomento de la competencia, sino sólo una relación negativa, es decir, de no dañarla (*neminem laedere*). A lo más, podríamos llegar a admitir que quien sí ostenta el deber de construir un mundo en común, es decir, quien tiene un especial mandato para la protección y fomento de la competencia (deber positivo), es la CNMC, órgano administrativo supervisor de la libre competencia; pero no, los competidores que se organizan libremente en el mercado, asumiendo su responsabilidad en caso de organización defectuosa (deber negativo)²¹.

Lo cual, asimismo, nos lleva a la conclusión de que no nos encontramos ante un delito de infracción de deber: pues del mismo modo que –por ejemplo– los conductores de vehículos a motor no están obligados positivamente y en términos generales a salvaguardar la seguridad vial²², tampoco los competidores lo estarían respecto de la competencia libre y leal²³.

5. Lo siguiente a determinar son las concretas conductas que entrañan los riesgos típicamente relevantes (actuaciones no permitidas). Y por el contrario, las que no suponen ningún peligro (actuaciones permitidas). Pero no lo haremos en este momento, abordaremos los problemas relativos a la realización del riesgo desaprobado cuando analicemos los distintos elementos que componen el tipo objetivo.

²⁰ Según GÓMEZ MARTÍN, el legislador en este delito ha puesto el acento del injusto típico más en la exigencia de que el autor se encuentre en una determinada posición de control o dominio de un determinado haz de competencias (singularmente, las que se refieren a la contratación de servicios y adquisición de bienes para la empresa) que en la infracción de un deber. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, «¿Delitos de posición?», 2016, pp. 112-113; GÓMEZ MARTÍN, «Farmasponsoring y corrupción», 2016, pp. 1015-1016. Para mayor profundidad en cuanto a los delitos especiales de posición, GÓMEZ MARTÍN, «Delitos de posición», 2012, pp. 21-29.

²¹ Empleando la terminología de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción*, 2002, pp. 104-105.

²² Salvo en lo que se refiere al artículo 385.2.º CP, que castiga a quien origine un riesgo grave para la circulación, no restableciendo la seguridad vial cuando haya obligación de hacerlo.

²³ En contra, HERRERO GIMÉNEZ entiende que estamos ante un delito de infracción de deber, aduciendo –en esencia– que los sujetos deben que garantizar la neutralidad de la voluntad en la formación del contrato (en virtud de una responsabilidad institucional), en la medida en que no sólo se exigirá un *neminem laede*, sino la realización de un comportamiento positivo tendente a garantizar la mentada competencia en términos de competitividad. Vid. HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, pp. 212-220.

2. Criterio utilizado para diferenciar las dos modalidades del delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis.1 y 2 CP)

1. Como si fuese una moneda con dos caras, el delito de corrupción en los negocios tiene dos modalidades (artículo 286 bis.1 y 2 CP). Una la cometería el administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada que habría de dispensar un trato de favor en el mercado a cambio de un incentivo ilícito; y la otra quien, a la postre, deba asumir la carga de abonar esa dádiva al objeto de que se conceda una ventaja anticompetitiva. Se ha llamado corrupción privada pasiva a la primera de estas modalidades, y corrupción privada activa a la segunda.

El origen de esta distinción entre modalidades activa y pasiva se encuentra en el delito de cohecho de funcionarios públicos, en el que tradicionalmente se ha denominado «cohecho pasivo» al que comete la autoridad o funcionario público, y «cohecho activo» al del particular²⁴ (al margen de que en las dos tipologías delictivas se contengan comportamientos activos y pasivos para ambas clases de sujetos)²⁵.

A diferencia del clásico tipo penal del cohecho, sin embargo, en la corrupción en los negocios los sujetos de ambas vertientes (activa y pasiva) son particulares, por lo que resulta del todo punto imposible acoger –como es obvio– el criterio que distingue tales modalidades según concurra o no la condición de autoridad o funcionario público en el sujeto²⁶. Con lo que debemos quedarnos es que la corrupción en los negocios responde a la misma estructura que los delitos de cohecho de funcionarios públicos²⁷.

2. Pues bien, tomando como punto de referencia este claro paralelismo entre la corrupción privada y el cohecho: ¿cuál sería el criterio que debería seguirse para diferenciar entre la corrupción privada activa y pasiva? O mejor aún: más allá de la conocida distinción entre corrupción activa y pasiva, ¿es

²⁴ Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, «Consideraciones sobre el bien jurídico», 1994-1995, p. 318.

²⁵ Esto es, el cohecho de funcionario público puede ser cometido a través de conductas activas (de solicitar una dádiva), o pasivas, de dejarse corromper (cuando acepta aquella tras serle ofrecida); y lo mismo sucede con el delito de cohecho cometido por particulares. Por tal razón cierto sector de la doctrina ha apuntado que conviene dejar de lado la distinción entre cohecho activo y pasivo para dejar paso al cohecho de funcionario público y de particulares. FEJOO SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración pública», 1997.

²⁶ Tanto es así que hasta ciertos autores se refieren a la corrupción privada como «cohecho entre particulares». GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 588; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 9; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011. Y reconociendo la existencia de vasos comunicantes entre ambas tipologías delictivas, GÓMEZ RIVERO, «Derecho Penal y corrupción», 2017, p. 253.

²⁷ NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 476.

posible o preferible utilizar otra denominación distinta que nos permita identificar mejor las modalidades de la corrupción privada?

Antes de posicionarnos al respecto veamos qué criterios ha propuesto la doctrina para distinguir las vertientes activa y pasiva.

2.1 La primera solución posible consistiría en diferenciar la modalidad activa de la pasiva en atención al sujeto del que parte la iniciativa del soborno comercial. De este modo, el sujeto de la modalidad activa sería quien solicite, prometa u ofrezca un beneficio o ventaja indebida, quedando ceñida la modalidad pasiva al sujeto que reciba o acepte la dádiva, o el ofrecimiento de ésta.

El gran problema que presenta este criterio, no obstante, es que en ambas modalidades del tipo penal se prevén conductas activas (por ejemplo, las de solicitar u ofrecer) como pasivas (por ejemplo, las de recibir o aceptar)²⁸. Por ello, si queremos evitar incurrir en confusiones terminológicas a la hora de distinguir entre las dos vertientes del delito no podemos tomar en consideración desde quién parte la iniciativa para cometerlo, porque en ambas tal característica es común (es decir, en los apartados 1 y 2 del artículo 286 CP se prevén comportamientos activos y pasivos). Es por este motivo que esta solución nos abocaría a un resultado insatisfactorio.

2.2 Otra posibilidad sería diferenciar la modalidad activa de la pasiva atendiendo a si el sujeto o individuo en cuestión es ajeno o pertenece a un ente empresarial. De esta forma, si la acción la comete una persona ajena o externa a una empresa, nos encontraremos ante la modalidad activa; mientras que, si la acción la comete una persona que forma parte o está integrada en la empresa, estaremos ante la modalidad pasiva²⁹.

La ventaja de esta propuesta interpretativa es que, tomando como punto de referencia este hecho diferenciador (es decir, la circunstancia relativa a la vinculación mercantil o laboral con una entidad privada), se conseguiría superar la nota común que caracteriza la corrupción en los negocios: que los sujetos activos de ambas vertientes del delito son particulares (artículo 286 bis.1 y 2 CP).

Sin embargo, este criterio tampoco resulta convincente, pues el particular que pretenda incentivar ilícitamente a otro, con el fin de obtener una ventaja anticompetitiva, también puede pertenecer a otra empresa. En otras palabras: nada impide que los sujetos del delito (modalidades pasiva y activa, sin distinción) pertenezcan o puedan pertenecer a una entidad privada.

²⁸ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 280. La misma idea también en ARGANDOÑA, «Las empresas ante la corrupción», 1999, p. 4.

²⁹ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 280.

En la modalidad pasiva esto es del todo punto claro, porque los sujetos activos serían administradores, directivos, empleados o colaboradores de una empresa. Pero en la modalidad activa tampoco cabría albergar dudas, porque quien abona un soborno para obtener un trato de favor también puede actuar en representación de otra entidad privada (pensemos, por ejemplo, en los casos en los que el pago de la dádiva lo realice la empresa que vaya a beneficiarse de un posterior favorecimiento).

Luego, difícilmente podemos admitir la validez de esta propuesta de distinción, por cimentarse en realidad sobre una característica que comparten o pueden compartir ambas vertientes del delito.

2.3 Frente a los dos criterios antes apuntados, podríamos explorar la posibilidad distinguir las modalidades activa y pasiva según el rol que jueguen los sujetos típicos en la corruptela (*do ut des*: un incentivo ilícito a cambio de un trato de favor en el mercado). Nuestra propuesta es la siguiente:

La modalidad activa la cometería quien esté en disposición de proporcionar un incentivo ilícito («particular o sujeto incentivador»); y la pasiva, el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o sociedad que haya de conceder un favorecimiento indebido en los negocios («particular o sujeto favorecedor»). De este modo se superaría la a veces confusa distinción entre corrupción activa y pasiva, con una nueva –y más precisa– terminología que reflejaría con mayor fidelidad en qué consisten las dos vertientes del tipo penal.

Con la interpretación que planteamos se respetaría la estructura del delito de corrupción en los negocios, en el que se requiere necesariamente la intervención de dos sujetos (aunque el delito sea de consumación unilateral): uno que se preste a incentivar ilícitamente, y otro que esté en condiciones de conceder un favorecimiento indebido en una transacción o relación comercial.

Encajaría perfectamente con la irrelevancia típica de quién surja la iniciativa para cometer el delito, si del sujeto incentivador o del favorecedor, pues lo relevante para esta distinción no sería esto; sino qué papel vendría a desempeñar cada uno de estos individuos en el juego de la corrupción (es decir, con independencia de quién dé el primer paso para acometer el delito). Pero es que, además, con este criterio tampoco sería necesario entrar a valorar si los individuos en cuestión pertenecen o si tienen alguna vinculación mercantil o laboral con otras empresas (puesto que nada aclararía o aportaría jurídicamente).

3. Por este motivo, a la hora de sistematizar u ordenar el debate aclaramos que nos referimos indistintamente –es decir, como expresiones sinónimas– a la modalidad incentivadora o activa, por un lado, y a la modalidad favo-

recedora o pasiva, por otro lado. Así lo hemos querido porque –en nuestra opinión– las expresiones «modalidad incentivadora» (es decir, corrupción privada activa) y «modalidad favorecedora» (esto es, corrupción privada pasiva) transmiten satisfactoriamente el significado de lo que es objeto de prohibición (artículo 286 bis.1 y 2 CP), según el rol que jueguen los sujetos que participen en la corruptela.

III. REQUISITOS COMUNES DE LAS MODALIDADES INCENTIVADORA Y FAVORECEDORA

1. Contexto comercial en el que debe producirse la acción

La criminalización de la corrupción en los negocios, *ex* artículo 286 bis.1 y 2 CP, se ha circunscrito desde el origen a la que pudiera producirse en el marco fáctico-objetivo de los negocios; esto es, a la corrupción que se perpetre «en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales» (LO 5/2010), o, según la actual redacción, a la que pudiera darse «en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales» (LO 1/2015 y LO 1/2019)³⁰.

A raíz de esto surgen inevitablemente varias interrogantes. Entre ellas: ¿a qué clase de transacciones o relaciones comerciales se refiere el tipo penal? ¿qué actuaciones quedarían abarcadas por el injusto? ¿y qué consecuencias conllevaría el hecho de limitar la corrupción entre particulares a la que se cometa entre competidores, para obtener un trato de favor en una determinada relación comercial?

Este primer paso es necesario para acotar la interpretación que debe hacerse de las conductas típicas, determinando en qué ámbitos la corrupción entre particulares sería objeto de persecución penal, y en cuáles no.

1.1 ÁMBITOS INCLUIDOS

1.1.1 *En la adquisición o venta de mercancías*

El comercio de mercaderías se erige en sólo una parte de todas las clases de negocios que pueden darse en el tráfico mercantil, en forma de relaciones o

³⁰ Fuera de estos casos no podrá haber corrupción privada, o por lo menos no que encaje con la descripción típica del injusto. En sentido similar, VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 329.

transacciones comerciales, que constituye una parte muy importante de la actividad comercial de las empresas de todo mundo, tanto a nivel nacional como transnacional. Y donde hay la posibilidad de hacer negocio, hay quien está dispuesto a jugar sucio para obtener una ventaja.

En lo que atañe a la corrupción en los negocios, resulta difícil cuestionar que con la alusión a la «adquisición o venta de mercancías» (expresión incorporada por la LO 5/2010, y mantenida en la actualidad sin modificar) el tipo se estaría refiriendo gramaticalmente a los contratos mercantiles de compraventa y de permuta³¹.

Nos hallamos, por tanto, frente a un elemento normativo que nos remite a las normas extrapenales en materia de contratos. En la compraventa existen dos partes, una que adquiere y otra que transmite una cosa determinada de lícito comercio a un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (artículo 1445 CC); y en la permuta, que cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra a cambio (artículo 1538 CC).

Las cosas de lícito comercio a que se refiere la legislación civil encuentran, así, directa correspondencia con la noción de «mercancías» (concepto tradicional del Derecho Mercantil), definidas –de la manera más amplia posible– como cualesquiera clases de productos que sean susceptibles de valorarse económicamente y que, como tales, puedan ser objeto de transacciones comerciales³².

No resulta posible establecer *a priori* una lista tasada de supuestos de hecho en los que pudiera cumplirse el requisito del comercio de mercancías, dado que la casuística de este delito es sencillamente inabarcable. Sin embargo, esto no nos impide poner algún ejemplo, como el del caso del administrador que exige el pago de una cantidad dineraria a otra empresa, como condición para suministrarle ciertos productos (por ejemplo, en lo que atañe a la distribución de ciertos medicamentos por parte de una farmacéutica)³³.

Para la tipicidad lo importante es que la acción dirigida a obtener o conceder un trato de favor, a cambio de una dádiva, se produzca en el marco de una adquisición o venta de mercancías, sin ninguna otra exigencia añadida.

³¹ Asimismo, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 357.

³² Definición de mercancías ofrecida por la STJUE, de 10 de diciembre de 1968, Asunto 7/68, en el marco de la interpretación del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

³³ En lo que atañe a este ejemplo, MENDOZA CALDERÓN, «Algunas consideraciones», 2018, pp. 261-267. Y en cuanto al cohecho médico en España, GÓMEZ MARTÍN, «La corrupción en el sector médico», 2018, pp. 83-87.

1.1.2 *En la contratación de servicios*

Aunque no siempre ha sido así, el delito de corrupción en los negocios también se puede cometer en el contexto comercial de una «contratación de servicios». Con anterioridad a la reforma del 2015, la ley penal circunscribía el marco de la conducta típica a la contratación de servicios «profesionales», por lo que podía pensarse que se había querido dejar impune la corrupción privada cometida en el encargo de servicios «no profesionales»³⁴.

Con la LO 1/2015, sin embargo, quedaría superada esta polémica al suprimirse la distinción entre servicios «profesionales» y «no profesionales». Decisión ésta que habría sido acertada porque, por su carácter superfluo, lo único que generaba era confusión: obligaba a diferenciar entre servicios profesionales y no profesionales cuando lo verdaderamente relevante a efectos penales es que éstos fueran prestados en el mercado con fines concurrenciales.

Así las cosas, parece estéril entrar ahora a discutir si por servicios profesionales debía entenderse incluido en el tipo únicamente los que se prestaban por sociedades profesionales o profesionales liberales³⁵; o si el legislador penal quería referirse a toda prestación de servicios que no fuese subsumible en la adquisición o venta de mercancías o fabricación de productos³⁶.

De un modo u otro, el principal problema que debemos abordar es: ¿a qué se refiere el Código Penal al exigir que la acción se produzca en el marco de una «contratación de servicios»? Al menos una cosa es clara: para interpretar la expresión «contratación de servicios» debemos acudir a la normativa extrapenal relativa a los contratos pues, no en vano, se trata de un elemento normativo que nos remite allí de forma expresa.

Existen tantos contratos de servicios como formas o clases de prestaciones o encargos comerciales. Y no digamos ya si tuviéramos que tomar en consideración las particularidades de cada sector del mercado (por poner algún ejemplo, piénsese en los contratos de garantía y seguros, de financiación y gestión financiera, de propiedad intelectual o industrial, o en los arrendamientos mercantiles). Por ello la casuística puede ser inagotable.

³⁴ Véase, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 473.

³⁵ Para QUERALT JIMÉNEZ esos servicios no profesionales se concretaban en los de mensajería, telefonía, externalizaciones de todo tipo, etc., dado que, en su opinión, no son mercancías ni están prestados por profesionales titulados, ni se adquieren sus servicios. QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 813.

³⁶ En este sentido, NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 23, nota 65.

Encajaría a simple vista el conocido contrato de arrendamiento de obras o servicios, en el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio cierto (artículo 1544 CC); y de un modo más preciso, en el ámbito de los negocios, el contrato mercantil de prestación de servicios. Así, por ejemplo, podría encajar en el tipo penal el caso de quien en nombre de una consultoría promete la futura entrega de unas comisiones a cambio de que se les encargue la contratación de sus servicios.

Y aquí volvemos sobre lo que se estaba diciendo *ut supra*. Para dar coherencia y continuidad a la interpretación del delito de corrupción privada (LO 5/2010 y LO 1/2015), lo conveniente sería adoptar una interpretación amplia de «servicios», entendiendo como tales todos aquellos que –con independencia de si lleva o no la etiqueta de «profesionales»– se prestan en el mercado con fines concurrenciales.

Desde el punto de vista de la finalidad de la norma, también parece lógico que el tipo prevea toda clase de servicios que pudieran darse en la realidad comercial. Esto se vería corroborado en la medida en que la reforma del 2015, según su Preámbulo, habría tenido por objeto sólo mejorar técnicamente la redacción del artículo 286 bis CP (no modificar el ámbito de incriminación del delito).

1.1.3 *En las relaciones comerciales*

1. Tras la LO 1/2015 el delito de corrupción en los negocios también puede cometerse «en las relaciones comerciales». Esta es una de las principales y más destacables novedades de esta reforma. El objetivo de esta modificación parece ser el de acabar con las lagunas de punibilidad que parecía presentar la anterior redacción del delito de corrupción en el sector privado³⁷. Eso explicaría por qué se alude de forma genérica a las «relaciones comerciales», con una clara vocación omnicomprendensiva³⁸.

Imaginemos que una compañía entrega una comisión económica al director general de otra compañía al objeto de conseguir un acuerdo de colaboración entre ambas que de otro modo no conseguiría, formando como resultado

³⁷ Véase, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 363. GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 573; MIRÓ LLINARES, «Delitos contra bienes inmateriales», 2015, p. 653; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 356; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 473.

³⁸ Vid. SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1005; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 359.

una unión temporal de empresas con la expectativa futura de desarrollar conjuntamente un negocio. Con anterioridad a esta reforma, este caso era difícil encajar en el tipo penal³⁹, porque los pactos asociativos ni pueden ser considerados «contratación de servicios», ni suponen *per se* ninguna «adquisición o venta de mercancías».

Ahora bien, ¿era realmente necesaria esta rectificación del texto legal? Desde el prisma de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, un sector doctrinal ha alzado en contra afirmando que esta reforma se excede del dictado de la propia Decisión Marco 2003/568/JAI, donde no se alude a que las conductas típicas deban abarcar todas las «relaciones comerciales», sino sólo a la adquisición de bienes o servicios comerciales (artículo 2.3)⁴⁰.

Sin embargo, esta crítica no puede ser aceptada porque tiene origen en una defectuosa traducción (y posterior transposición) de la citada Decisión Marco. En la versión anglosajona del texto (artículo 2.1) se decía que la acción típica debía desarrollarse «*in the course of business activities*», expresión ésta mucho más amplia que la española «en el transcurso de actividades profesionales». Si ésta se hubiese traducido correctamente por «actividades comerciales» o «actividades de negocios», entonces no se habría generado esta discusión, y nadie habría dudado de la necesidad de prever que la corrupción privada debía perseguirse «en las relaciones comerciales».

Como resultado de este error, lo que sugería la redacción de la LO 5/2010 es que la corrupción entre particulares era, más bien, un delito que intervenía en algunas clases de negocios, pero no en todos. De ahí que se haya puesto remedio a este déficit en la redacción de la norma, subsanando el hecho de que algunos actos de comercio resultasen extrañamente atípicos⁴¹; como sucedería, por ejemplo, en la contratación de servicios no profesionales⁴²; en la fusión o adquisición de empresas o áreas de negocio⁴³; en la constitución de una UTE⁴⁴; y en la confección de una carta de intenciones, *leasings* u otras formas de contratación similares en las que concurren competidores⁴⁵.

2. Críticas (acertadas o desacertadas) a parte, ¿qué supuestos de hecho podrían ser objeto de persecución penal *de lege lata* tras esta reforma? Al igual que se ha dicho en los anteriores dos epígrafes, no resulta posible establecer un

³⁹ Véase, GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 573.

⁴⁰ Vid. OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 473.

⁴¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 427.

⁴² Vid. NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 22-23.

⁴³ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 357.

⁴⁴ Véase, GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 573.

⁴⁵ Véase, MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226.

listado cerrado de casos. La riqueza de las situaciones que pueden darse en el mundo de las relaciones comerciales hace que la casuística sea enorme. Sin embargo, sí podemos apuntar algunos ejemplos que iluminen esta cuestión.

Además de la adquisición o venta de bienes y la contratación de servicios, también podrían incluirse «en las relaciones comerciales» los actos de comercio preparatorios, previos a la propia transacción comercial⁴⁶ (por ejemplo, cuando la dádiva tenga únicamente por objeto abrir un canal de diálogo o de negociación entre dos empresas, previo al cierre de un eventual contrato); así como todos aquellos actos de negocio que no puedan ser subsumidos bajo el paraguas de la adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios, como en los contratos asociativos o de colaboración, o incluso en acuerdos empresariales para constituir una sociedad con la que desarrollar un futuro negocio conjunto (como sucedería, por ejemplo, en el caso expuesto *supra*, punto 1).

Asimismo, bajo el amplio paraguas del elemento normativo «en las relaciones comerciales», nada impide que el delito pueda ser de aplicación tanto para la conclusión de un negocio, como para su no conclusión (por ejemplo, sobornando a alguien para que no cierre un acuerdo comercial con una determinada empresa)⁴⁷.

1.2 OTROS SUPUESTOS A DISCUTIR

1.2.1 *En la contratación laboral*

Supongamos que un candidato a un puesto laboral al que ansía acceder, para evitarse el trance de ser rechazado, le entrega una cantidad de dinero al responsable de recursos humanos de la empresa en cuyo seno se estaría realizando el proceso de selección, consiguiendo de esta manera que le contraten, a pesar de no ser el aspirante con el mejor curriculum.

Pudiera pensarse que estamos ante una conducta típica, por cuanto hay un particular que incentiva a otro para obtener un trato de favor por parte de una empresa que solicita unos servicios. Ahora bien, ¿realmente encaja este supuesto de hecho en «la contratación de servicios»? No en vano, quienes vayan a prestar su fuerza de trabajo a una empresa, a la postre, lo que van a proporcionar son sus servicios, en forma de relación laboral.

⁴⁶ De igual opinión, GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 573-574; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 473.

⁴⁷ Así, QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 812; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665.

El problema que presenta este supuesto fáctico es múltiple. Al margen de lo discutible que pudiera resultar incluir gramaticalmente la «contratación laboral» dentro de la «contratación de servicios», lo cierto es que admitir la tipicidad en estos casos se compadecería mal con la finalidad de la norma y la ubicación sistemática del delito.

Porque la corrupción entre particulares para adulterar un proceso selectivo laboral sería una actuación inidónea para atentar contra el mercado, en la medida en que ni tan siquiera se pondría en potencial riesgo la competencia justa y leal. A lo cual debe sumarse que el artículo 286 bis.1 y 2 CP se ubica entre los delitos de corrupción en los negocios, entre los que no se tutelan intereses jurídico-laborales.

No se discute, por tanto, que el «soborno» de un responsable de departamento de una empresa sea un hecho por sí mismo –y como mínimo– antiestético (porque lo es). No obstante, este grupo de casos no encajaría en la estructura típica del delito, el cual está pensado para perseguir la corrupción que sea capaz de afectar a la competencia, al prohibirse el pago de «sobornos» para obtener ventajas competitivas (Preámbulo XVIII de la LO 1/2015).

El favorecimiento en una contratación laboral podrá dar lugar, eso sí, a responsabilidades disciplinarias o de otra índole, pero nunca a responsabilidad penal por el delito de corrupción entre particulares. Al menos no *de lege lata*, tal y como se encuentra configurado el artículo 286 bis.1 y 2 CP⁴⁸.

1.2.2 *En la contratación con consumidores y usuarios*

Imaginemos que un particular acude a una sucursal de un banco y, una vez en ella, el director de la oficina le propone concederle, previo pago de una dádiva, unas condiciones económicas más beneficiosas en un préstamo hipotecario. ¿Sería esta conducta incardinable en el tipo penal?

Los consumidores y usuarios –precisamente por ser quienes son– se caracterizan por adquirir los bienes y servicios que las empresas ofrecen en el mercado. Y en este sentido, en el ejemplo, el trato de favor se enmarcaría en una relación comercial de prestación de servicios. Sin embargo, a pesar de esta apariencia de tipicidad, la solución a este problema debe pasar por declarar la impunidad del hecho.

⁴⁸ A igual conclusión, MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226; QUE- RALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665.

Con arreglo a una interpretación teleológica y sistemática del delito de corrupción en los negocios, resulta altamente cuestionable que esta clase de actos puedan poner en potencial riesgo la competencia. El hecho de que un consumidor o usuario reciba, como consecuencia de una dádiva, una ventaja económica en una relación comercial, en nada podría afectar al resto de competidores del mercado.

Porque los clientes se encuentran en un nivel distinto que las empresas. La regulación de la competencia no va dirigida frente a los consumidores, porque éstos no actúan en el mercado con fines concurrenciales. Los consumidores son, en realidad, los beneficiarios últimos de que la competencia se desarrolle de forma libre y leal, pues a mayor competitividad entre empresas, mejor relación calidad-precio de los productos.

No en vano el ilícito penal se ubica entre los «delitos de corrupción en los negocios», y en este sentido los consumidores habrían quedado excluidos expresamente del ámbito de protección del tipo penal⁴⁹. El hecho de que este fenómeno delictivo pudiera afectar colateralmente a los consumidores no significa que sus intereses sean objeto de tutela por este delito.

Más adelante volveremos sobre esta cuestión, al tratar los sujetos activos de la modalidad incentivadora⁵⁰.

1.2.3 *En las actividades notariales*

La cuestión acerca de si el delito puede cometerse en el ámbito de las actividades públicas notariales ha sido planteada por parte de la doctrina desde el prisma de la modalidad incentivadora. Esto es, por los casos de abono de comisiones por parte de los notarios para captar clientela (puesto que la corrupción pasiva cometida por una autoridad o funcionario público, en realidad, sería constitutiva de cohecho)⁵¹.

El caso real que ha dado lugar a esta discusión es el siguiente. Conforme se declaró probado en la resolución sancionadora de 17 de febrero de 2004 de la DGRN, el protagonista, el notario, incurrió en «pagos que constituyen abono de comisiones para la captación de clientes». En concreto, el notario con-

⁴⁹ En contra, CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 230; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 457-458.

⁵⁰ Véase, Capítulo II, Apartado IV.1.1.

⁵¹ Véase, SILVA SÁNCHEZ, «¿Pueden los notarios pagar comisiones?», 2012; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 451-453; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 216-220.

trató una persona para que trabajara a las órdenes de una entidad bancaria, además de que pagó la mitad de los gastos de una convención para los empleados de ésta, con la que había conseguido la exclusividad a cambio de ciertos descuentos⁵².

Estos hechos fueron sancionados en principio como una infracción grave, por «la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan» (artículo 43. Dos 2. A). g), relativo al régimen disciplinario de los notarios, según la Ley 14/2000, de 29 de diciembre). No obstante, tras ser recurrida esta resolución administrativa, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso interpuesto por el notario sancionado y declaró que los hechos debían quedar impunes, atendiendo al principio de tipicidad y homogeneidad de la infracción disciplinaria⁵³.

La razón: los hechos no encajan en la infracción muy grave de percepción indebida de aranceles, sino más bien en la infracción grave consistente en la comisión de conductas que impiden prestar sus servicios con imparcialidad, dedicación y objetividad, poniendo en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función (quedando sin sanción el comportamiento por tratarse de infracciones heterogéneas)⁵⁴.

A la pregunta de si este supuesto de hecho podría encajar en el delito de corrupción privada, un sector de la doctrina entiende que el notario que incurra en estas prácticas corruptas estaría actuando en el marco de una contratación de servicios profesionales y con el propósito de ser favorecido frente a otros notarios. Así sucedería, por ejemplo, cuando un notario abone una comisión al responsable del departamento de servicios jurídicos de una empresa para lograr que ésta acuda a su notaría, para formalizar escrituras públicas⁵⁵.

Y visto de esta manera, el razonamiento resulta bastante convincente. Sin embargo, parece haberse pasado por alto el punto nuclear de este problema: que los notarios no son competidores, ni actúan como tales en el mercado, a los efectos de la legislación de protección de la competencia. Pues, en efecto, los notarios pueden ser considerados competidores (en su sector de actividad)

⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Pueden los notarios pagar comisiones?», 2012.

⁵³ STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 26 de septiembre de 2008, F. D. 9.º Esta sentencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal Supremo, sin ahondar en los motivos expuestos por el TSJ. Véase, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 14 de octubre de 2011, F. D. 7.º

⁵⁴ Y en este sentido, el Tribunal deja caer que si la DGRN hubiese sancionado al notario por haber actuado perturbando a su imparcialidad, entonces debería haberse mantenido el reproche disciplinario. STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 26 de septiembre de 2008, F. D. 9.º

⁵⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Pueden los notarios pagar comisiones?», 2012.

cuando prestan sus servicios en un sentido descriptivo o vulgar, pero no en un sentido normativo jurídico.

Y el asunto no es baladí, porque los principios que rigen en la actividad notarial no son los de una competencia libre y leal, sino los principios de objetividad e imparcialidad, que son, a la postre, deberes especiales propios de la Administración Pública. Por eso no es de extrañar que los notarios se encuentren sujetos a responsabilidad disciplinaria (el ejemplo más claro de ello, el expuesto *ut supra*).

Este argumento teleológico resulta decisivo. Pues aun aceptando el carácter disvalioso de la acción del notario que incentiva ilícitamente para captar clientela, el riesgo desaprobado generado con este acto no pondría en peligro la competencia (sí atentaría, en cambio, contra el buen funcionamiento de la Administración Pública). Y en este orden de cosas, no parece admisible echar mano del artículo 286 bis CP porque se desnaturalizaría el desvalor del injusto.

Así pues, la solución más razonable pasa por admitir la atipicidad penal de este grupo de supuestos de hecho, y ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pudiera exigirse al notario infractor.

2. El incentivo ilícito como contraprestación de un favorecimiento indebido en el mercado

El delito de corrupción en los negocios presenta la estructura típica de los comportamientos consistentes en «dar para que me des» (*do ut des*): esto es, un incentivo a cambio de una ventaja competitiva en el mercado. En otras palabras: el incentivo ilícito debe ser el elemento revulsivo (o mejor dicho: el elemento *causante*) que explique, en una relación causa-efecto, una eventual y posterior decisión de conceder un trato de favor en una relación comercial.

Esta idea ya quedaba implícitamente reflejada en la regulación de la LO 5/2010, pero con la LO 1/2015 pocas dudas caben al respecto. La redacción original del artículo 286 bis.1 y 2 CP exigía que los sujetos activos realizasen la acción de incentivación típica «para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros»; y en la del 2015 ya se explicita que el incentivo ilícito se recibe, solicita o acepta «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro»⁵⁶.

⁵⁶ Antes de continuar hagamos una aclaración: no puede confundirse esta circunstancia (relativa al modo en que se encuentra estructurado el tipo objetivo) con que se exija que la conducta se realice con el fin de favorecer a alguien frente a otros (discusión, al menos en parte, perteneciente al tipo subjetivo). Ya habrá ocasión, en el próximo capítulo, de examinar la cuestión de si el comportamiento debe estar o no subjetivamente orientado *ex ante* hacía la obtención de un favorecimiento indebido. Pero ahora no es el momento.

A lo que nos estamos refiriendo, en definitiva, es a que debe existir un motor causante entre el precedente incentivo ilícito y el posterior favorecimiento indebido⁵⁷. O lo que es igual: que el beneficio o ventaja debe ir encaminado a la consecución de un favorecimiento indebido. Sólo en ese momento se creará el riesgo típicamente relevante, el que la norma pretende prevenir (lo comprobaremos a lo largo de este epígrafe).

Pero esto no significa, sin embargo, que para entender consumado el delito deba ser necesaria la concesión de un efectivo favorecimiento en una relación comercial. Conforme se deduce del tipo penal, basta incluso un mero ofrecimiento o solicitud (adelantando así la barrera punitiva)⁵⁸. No obstante, repetimos, lo que sí exige el tipo es un nexo entre la (previa) solicitud u ofrecimiento de un incentivo ilícito y la (posterior) eventual concesión de un trato de favor en el mercado; llegando fácilmente a tal conclusión tras una interpretación literal y de conjunto de la norma penal (de las dos modalidades del delito, la favorecedora e incentivadora).

Por ese motivo, el presente epígrafe se divide en dos grandes bloques: el primero, referido a lo que se da (o habría que dar), esto es, el incentivo ilícito; y el segundo, a lo que se recibe (o habría que recibir), el favorecimiento indebido en el mercado. Y ello sin perjuicio de que, tras el análisis de estos elementos objetivos del tipo (o en definitiva, del riesgo jurídico-penalmente desaprobado), se examinarán otros grupos de casos que –a nuestro modo de ver– merecen un tratamiento individual o más particularizado.

2.1 LO QUE SE DA (O HABRÍA QUE DAR): EL INCENTIVO ILÍCITO

A continuación tratamos los problemas que presenta el incentivo ilícito, el «soborno», esto es, el objeto material del delito: el componente con el que se corrompe, lo que engrasa la maquinaria, la contraprestación que singulariza la acción típica de la corrupción en los negocios.

El artículo 286 bis.1 y 2 CP alude, en su tenor literal, a «un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados» (LO 5/2010), aclarándose posteriormente que éste puede ser «para sí o para un tercero» (LO 1/2015). Así

⁵⁷ En cuanto al motor causal, RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 939; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 564-567; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 332; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 465; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 255.

⁵⁸ También, MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226; MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico», 2015, p. 429; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 330; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 465.

visto, tres son los pilares o componentes que conforman este requisito típico: el primero, el «beneficio o ventaja de cualquier naturaleza»; el segundo, «no justificados»; y el tercero, «para sí o para un tercero». De ahí que este epígrafe se divida en tres grandes bloques.

2.1.1 *Naturaleza y clases de incentivos*

1. La acción de corromper o de dejarse corromper se caracteriza precisamente por la utilización, como medio comisivo, de un incentivo (un «beneficio» o «ventaja») para conseguir un fin delictivo: en el caso de la corrupción en los negocios, la obtención o concesión de un trato de favor en el mercado. Este requisito del tipo representa «el precio a pagar» para favorecer a otro en una relación comercial (es decir: la corrupción, vía por la cual se pone en peligro el bien jurídico protegido)⁵⁹.

Al igual que sucede en la disciplina del cohecho (tipología que ha inspirado el artículo 286 bis CP), la dádiva constituye el estímulo o motor cuyo propósito es el de influir en la voluntad del sujeto corrompido para que actúe o deje de actuar en un sentido u otro, infringiendo un deber propio de su cargo u ocupación⁶⁰.

La RAE define «beneficio», en su primera acepción, como el «bien que se hace o se recibe»; en su segunda acepción, como «utilidad», en referencia a un provecho; y, en su séptima acepción, como «ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil». Y el término «ventaja», en su primera acepción, como la «superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa»; y en su tercera acepción, como el «suelo sobreañadido al común que gozan otros».

Sin perjuicio de que el tipo aluda literalmente a los «beneficios» y «ventajas», la contraprestación ilícita a la que se refiere el tipo penal se identifica mejor –a nuestro parecer– con la noción de «incentivo», que comprendería bajo su gran paraguas o categoría gramatical todo aquello «que mueve o exci-

⁵⁹ En igual sentido, KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción», 2007, p. 2.

⁶⁰ Vid. VALEJJE ÁLVAREZ, *El delito de cohecho*, 1996, pp. 128-129; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, pp. 201-202; DE LA MATA BARRANCO, «Corrupción en el sector privado», 2009, p. 179; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración Pública», 2016, pp. 954-957. El hecho de que la reforma del Código Penal del 2010 haya supuesto un punto de inflexión en lo que se refiere a la persecución del fenómeno de la corrupción, no quita que la dispar técnica legislativa empleada genere cierta confusión: en la corrupción del sector privado se ha preferido emplear los términos «beneficio o ventaja de cualquier clase» (artículo 286 bis CP), y en el cohecho las expresiones «dádiva, favor o retribución de cualquier clase», así como también de forma puntual a un «regalo» o «soborno» (artículos 419 a 425 CP). Pero –al margen de esta falta de uniformidad de la ley– esto no tiene mayores repercusiones, porque a efectos hermenéuticos el precepto se refiere a lo mismo: la contraprestación ilícita propia de estas prácticas corruptas.

ta a desear o hacer algo» (también según la RAE). Que es lo mismo –ni más ni menos– que a lo que se refiere el Código Penal, esto es, lo que debe motivar a un sujeto para actuar en un sentido u otro en una relación comercial.

Porque aunque los términos «beneficio» o «ventaja» no tengan exactamente el mismo significado desde un punto de vista gramatical, la vocación omnicompreensiva del tipo apunta hacia una misma realidad⁶¹: toda ventaja supone –en sí misma– un beneficio⁶², utilidad o provecho⁶³, y viceversa. Por ello a lo largo de este trabajo usamos preferentemente el término «incentivo» (en vez de «beneficio» o «ventaja»).

2. Un poco más adelante trataremos la cuestión relativa a si el incentivo ilícito debe ser o no evaluable económicamente (*infra*, punto 5). Pero no nos anticipemos.

Mientras tanto, lo cierto es que la normativa internacional en materia de lucha contra la corrupción privada (germen del artículo 286 bis CP) parece ir en la dirección de querer abarcar el mayor abanico de supuestos de hecho posibles, para prever el mayor número de casos en los que el bien jurídico puede ponerse en riesgo. Y siendo éste el orden de las cosas, lo que estamos es ante la constatación de que existe una verdadera voluntad político-criminal de cerrar la puerta a cualquier laguna de punibilidad. Pues, en efecto, en la Decisión Marco 2003/568/JAI y Acción Común 98/742/JAI se alude –así, en general– a una «ventaja indebida de cualquier naturaleza» (artículo 2.1); y en el Convenio penal sobre la Corrupción número 173 del Consejo de Europa se emplea la expresión «cualquier ventaja indebida» (artículos 7 y 8)⁶⁴.

Con arreglo a esta clara propensión incriminatoria, pues, prácticamente cualquier cosa (material o inmaterial) o mejora (profesional o personal) puede tener cabida en la idea de «incentivo» a los efectos de colmar las exigencias típicas de la corrupción privada. Habrá que ver qué casuística concreta se produce en la práctica a la hora de aplicar este delito, pero por lo pronto cabría pensar en los siguientes ejemplos: entregas de dinero, regalos u otros pagos en especie (verbigracia, la satisfacción de gastos extraordinarios relativos a vacaciones o colegios)⁶⁵; mejora de las condiciones salariales o expectativas labo-

⁶¹ En esta dirección, HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, p. 124.

⁶² Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 145.

⁶³ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 319.

⁶⁴ No obsta a esta conclusión el hecho de que en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, firmado en Nueva York el 31 de octubre de 2003, se use la expresión «beneficio indebido» (artículo 21), que pudiera reputarse más parca en cuanto a su significado.

⁶⁵ SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 22; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 235; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 21; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 238.

rales, o de la posición profesional en la empresa⁶⁶; invitaciones a espectáculos o actos sociales⁶⁷; favores (como los de carácter sexual)⁶⁸; distinciones con honores u otros títulos⁶⁹; así como el ofrecimiento de un puesto de trabajo para un familiar del sobornado⁷⁰.

3. Y al hilo de esto cabe decir que si algo entorpece la interpretación de este requisito del tipo, es la indeseable ambigüedad e indeterminación (todo apunta que buscada) de la expresión «de cualquier naturaleza»⁷¹.

En este contexto de vaguedad normativa, la doctrina ha discutido sobre si el incentivo en el delito de corrupción en los negocios debe tener contenido económico, o si, en cambio, puede tener otra clase de naturaleza, distinta o más amplia que la económica. Dos son, así, los criterios interpretativos enfrentados. Veamos primero en qué consisten, y qué argumentos se aducen a favor y en contra, para después posicionarnos al respecto.

3.1 Según la interpretación más amplia (que es –sin duda– la mayoritaria entre la doctrina), el «beneficio o ventaja» no tiene por qué necesariamente tener un contenido económico, aunque lo frecuente será que sí dispongan de un valor dinerario⁷². Dentro del estricto tenor literal del precepto, entonces,

⁶⁶ FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 76; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 235; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 706; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 223; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 238.

⁶⁷ DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 21; BLANCO CORDERO, «Hospitalidad e invitaciones», 2015, pp. 78-79.

⁶⁸ FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 76; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 706;

⁶⁹ FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 76; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 17; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 706; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1004.

⁷⁰ BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1042.

⁷¹ Véase, CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 6;

⁷² Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 76; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, pp. 234-235; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 325; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 145; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 428; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 310; MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 435; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 19; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, pp. 705-706; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, pp. 17-18; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 13-14; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1004; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 359; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 568; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 322; SANTANA VEGA, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 353; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 241.

cabría incluir cualesquiera clases de incentivos, tengan carácter económico, jurídico o personal, material o inmaterial⁷³; de forma similar a como –de hecho– ya se viene interpretando el concepto de dádiva, en la tipología del cohecho, por parte de nuestros tribunales⁷⁴.

La expresión «de cualquier naturaleza» constataría, en este sentido, la deliberada intención del legislador de no limitar el incentivo a los que tengan un contenido estrictamente económico (incluyendo, por tanto, el resto de supuestos como los favores sexuales o con el otorgamiento de distinciones honoríficas u otros títulos)⁷⁵. Porque lo importante, en definitiva, sería que la dádiva sea idónea para motivar la lesión en el bien jurídico protegido. La lesividad de la conducta no reside por sí misma en la naturaleza o valor de la dádiva, sino en su capacidad para influir en la decisión de favorecer indebidamente a otro en una relación comercial⁷⁶.

3.2 Conforme a la interpretación más restrictiva (esto es, la minoritaria), el beneficio o ventaja debe ser –en cambio– económicamente evaluable. Dicho de otro modo: resulta indiferente que el incentivo ilícito sea de carácter material o inmaterial, pero siempre tiene que tener un valor determinable⁷⁷.

El principal argumento sobre el que se apoya esta interpretación es que el delito prevé como pena la multa «del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja», lo que sería indicativo de que, para que la conducta esa típica, el incentivo siempre debe tener un determinado valor económico (porque sin lo cual no podría calcularse el importe de la multa proporcional, a cuya imposición obliga el Código Penal)⁷⁸.

Además, ello sería coherente con el hecho de que las vertientes delictivas atenuadas (artículo bis.3 CP, desde la LO 5/2010) y agravadas (artículo 286

⁷³ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 145.

⁷⁴ Sólo por poner un ejemplo de esto, en la SAP Málaga (Sección Octava), n.º 1/2012, de 18 de enero de 2012, se afirma que: «La dádiva debe entenderse en un sentido amplio, pues dicho concepto abarca tanto las que sean de naturaleza económica como las que no lo sean, pues el perjuicio y descrédito de la función pública viene determinado por la conducta desviada del funcionario tanto venga ésta determinada por dinero o por un bien de naturaleza distinta de la económica. El perjuicio a la función pública y la mayor reprochabilidad de su conducta, lo determina el tipo de actuación que lleve a cabo el funcionario y no la naturaleza de la dádiva» (resolución citada también en GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 239).

⁷⁵ Asimismo, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 320.

⁷⁶ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 241.

⁷⁷ Vid. RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 939; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 223; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; OTERO GONZÁLEZ, «Dos ejemplos de nueva política criminal», 2011, p. 45; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 13; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 223; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios» 2016, p. 465.

⁷⁸ Véase, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665.

quater CP, tras la LO 1/2015) también toman como punto de referencia la cuantía del beneficio o el valor de la dádiva, para reducir o incrementar la pena a imponer. Pero más allá, incluso, de este argumento sistemático, lo que también se dice es que es difícil imaginar otro tipo de dádiva que no sea económicamente evaluable⁷⁹. De esta manera quedarían fuera del tipo, por ejemplo, aquellos reconocimientos honoríficos o invitaciones a actos sociales sin contenido económico.

4. El inconveniente que tendría esta interpretación restrictiva, sin embargo, es que chocaría frontalmente con la letra y finalidad de la ley. Pues, en efecto, lo que parece translucir de la norma es precisamente lo contrario: la necesidad de no restringir el tipo a los casos en los que el incentivo sea evaluable económicamente, puesto que el beneficio o ventaja en el delito de corrupción en los negocios es el medio para alcanzar el fin previsto en el Código Penal, es decir, el de obtener o conceder un trato de favor en el mercado.

En efecto, poco importaría el valor económico que éste tenga o pudiera tener (si es que lo tiene o puede llegar a tener), porque desde el punto de vista del riesgo para el bien jurídico protegido, lo único necesario es que el incentivo sea idóneo para conseguir su objetivo, a saber: motivar a un sujeto para que tome o deje de tomar una decisión en una relación comercial.

Pero ello no quita que resulte verdaderamente distorsionador prever que el «beneficio o ventaja» lo pueda ser «de cualquier naturaleza», y a su vez realizar continuas referencias en la ley al «valor» o «cuantía» que el incentivo pueda tener, porque ello puede inducir a confusión. Máxime, además, cuando la pena de multa asociada al delito es la de multa proporcional, no la de días-multa.

Pero esto último tampoco supone grandes problemas, porque cuando el incentivo en cuestión no tenga valor económico, o cuando no pueda acreditarse que lo tenga (por ejemplo, en el caso de una invitación a un acto social o de un favor sexual), deberá omitirse aplicar la pena de multa prevista en el delito⁸⁰. O con mayor precisión, podríamos decir: la pena de multa a imponer en estos casos ascendería al importe de cero euros (porque, por poner un ejemplo, el triple del valor «cero» es, obviamente, «cero»).

5. Ahora bien, ello no obsta a que *de lege ferenda* sea conveniente sustituir, en el delito de corrupción en los negocios, la pena de multa proporcional por la de días-multa.

⁷⁹ Así, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 623; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 659.

⁸⁰ En la misma línea, MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011.

Porque desde el punto de vista de la sistemática y lógica interna del Código Penal no parece coherente que, tras la reforma del 2010, en la tipología del cohecho se haya abrazado el sistema de días-multa, y en la de la corrupción privada el de multa proporcional. Y el motivo de esto es porque, con anterioridad a la LO 5/2010, en el cohecho regía el sistema de multa proporcional y se tomaba el valor de la dádiva para calcular la pena que debía imponerse, al igual que sucede ahora en la corrupción privada, sólo que a la inversa (¿?).

Este distinto tratamiento penológico es ciertamente sorprendente, chocante y absurdo, sobre todo teniendo en cuenta que la estructura típica de ambas figuras delictivas es prácticamente idéntica, y que el sentido de dicha reforma era el de avanzar hacia el sistema de días-multa.

2.1.2 *Carácter injustificado del incentivo*

Abordamos ahora una de las cuestiones más controvertidas del delito de corrupción en los negocios: la relativa a qué incentivos deben ser considerados ilícitos a los efectos del tipo de injusto.

Situemos el problema en su contexto. Conforme al estricto tenor de la norma, sólo serán relevantes penalmente los beneficios o ventajas de cualquier naturaleza «no justificados» (artículo 286 bis CP). Con ello, el Código Penal viene a sugerir –bien entendido a la inversa– que pueden existir incentivos cuya percepción o entrega resulte «justificada» o, lo que es igual, amparada o permitida por el ordenamiento jurídico.

Es decir: lo que parece indicar la norma, *sensu contrario*, es que el incentivo no justificado es aquel al que no se tiene derecho. Podrían haberse empleado otros sinónimos como «prohibido», «indebido» o «ilícito», pero resulta indiferente, pues todas estas expresiones representarían una misma idea: la inexistencia de un deber, derecho o facultad que habilite a percibir la comisión de que se trate⁸¹.

⁸¹ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 77; SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 19; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 325; CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 6; SÁNCHEZ BERNAL, «La corrupción en el sector privado», 2010, p. 217; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 145; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 311; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 360; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 659; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 323.

De ahí se colige fácilmente que el carácter injustificado del beneficio o ventaja es un elemento normativo valorativo del tipo⁸², relevante para determinar en qué momento la conducta adquiere el significado de corrupción⁸³. Puesto que, en otras palabras: es una de las circunstancias del tipo que caracteriza el desvalor de la acción típica, que sólo puede ser valorada atendiendo a criterios normativos.

Dicho esto, la pregunta surge de inmediato: ¿existen situaciones en las que se encuentra permitida la incentivación de un administrador, director, empleado o colaborador de una entidad privada? Y en el supuesto de responder afirmativamente, ¿dónde estaría el límite de lo justificado y lo no justificado? O lo que es igual: ¿en qué casos se realizaría el riesgo prohibido por la norma?

Sin que con lo siguiente adelantemos ninguna conclusión, podría decirse que los beneficios o ventajas «no justificados» (esto es, los que generan el riesgo penalmente prohibido) son aquellos que –desde una doble vertiente– se hallan proscritos por la ley o por los usos sociales y comerciales⁸⁴.

Este sería el sentido de lo estipulado en la Convención penal contra la corrupción del Consejo de Europa. Pues en este instrumento internacional se utilizó el adjetivo «indebido» con el fin de excluir del delito aquellas ventajas que se encuentren permitidas por la ley o los estatutos, así como los obsequios de escaso valor o los regalos socialmente aceptados (interpretación auténtica)⁸⁵.

Desde el punto de vista de la imputación objetiva, dos serían, por tanto, las vías para poder delimitar el ámbito de lo permitido (ausencia de riesgo) y de lo no permitido (creación del riesgo desaprobado): la primera, examinando si existe algún precepto o disposición normativa que especifique qué beneficios o ventajas estaría justificado percibir; y la segunda, de forma subsidiaria, acudiendo a los usos sociales y comerciales existentes en el mercado, y al principio de insignificancia, para excluir del tipo objetivo los que no generen ningún riesgo.

⁸² Véase, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 22; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 19; MAGRO SERVET, «Corrupción entre particulares», 2016; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 322; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 252-253.

⁸³ Así, FELJO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 92.

⁸⁴ En sentido similar, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 15.

⁸⁵ *Rapport Explicatif de la Convention pénale sur la corruption*, 1999, párrafo 38.

2.1.2.1 ¿Riesgo típico en supuestos en los que la ley ampare la percepción del beneficio o ventaja?

1. Si tomamos como hipótesis que pueden existir beneficios o ventajas que la ley permite percibir, entonces, deviene imprescindible identificar la norma en que ésta se sustente. Pero ciertamente, y más allá de lo preceptuado en el artículo 286 bis.1 y 2 CP, no existe ninguna norma que determine o especifique expresamente en qué grupos de casos un incentivo es lícito o aceptable en el ámbito de los negocios⁸⁶.

Este vacío normativo constituye un lastre en la misión de interpretar el tipo de injusto, porque nada ayuda a la hora de aclarar el sentido o significado de la expresión «no justificado». Ni un solo criterio hay que nos auxilie a solventar este problema: ni cualitativo (que condicione el deber de rechazar el beneficio o ventaja en atención a alguna cualidad o característica), ni cuantitativo (atendiendo a un determinado valor o cuantía económica para declarar la inadmisibilidad del incentivo)⁸⁷.

La única ley en la que se hace referencia a la prohibición de percibir un beneficio o ventaja «injustificado» es en el mismo Código Penal, en el marco de incriminación del delito de corrupción en los negocios. Sin embargo, esta mera alusión en el artículo 286 bis al carácter «no justificado» del beneficio o ventaja, resulta –como es obvio– por sí sola estéril, inservible, dado que ninguna luz aportaría a la hora de interpretar cuál es el alcance o contenido de este requisito del tipo de injusto.

2. Ante esta situación de orfandad legal, un sector doctrinal ha planteado la posibilidad de entender que el incentivo «no justificado» es aquel que no se encuentra «autorizado» por la entidad privada a la que pertenecen o con la que tienen relación los sujetos favorecedores del delito de corrupción en los negocios⁸⁸.

⁸⁶ En la legislación mercantil podríamos hallar una excepción a esta generalidad. Pero sobre esto nos detendremos un poco más adelante, al final de este epígrafe.

⁸⁷ Pero esto tampoco es de extrañar porque, con todo, el delito de corrupción en los negocios se ha introducido en nuestro Código Penal sin contar con una regulación administrativa previa o de referencia. Véase, FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 82.

⁸⁸ Véase, GLI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 286; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1114; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 706; BENAVIDES SCHILLER, «Acerca de la corrupción», 2012, p. 136; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, pp. 356-357; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 20-21; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 564; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 223; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 364; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 323.

Desde este punto de vista (que, ya adelantamos, no compartimos) lo que se diría es que el hecho es impune por no ser típico, porque el titular del bien jurídico protegido habría autorizado libremente su puesta en peligro o lesión. La razón de esto sería que el ofrecimiento o entrega de una comisión se habría realizado sin ocultamiento o clandestinidad, es decir, contando con el beneplácito o visto bueno de la empresa, por lo que no se infringiría ningún deber de fidelidad (*ad intra*) para con ésta.

Ejemplo: Al administrador y socio único de una sociedad mercantil se le promete el pago de una comisión económica a cambio de la adjudicación de un contrato, a lo que éste accede.

Ejemplo: La empresa (X) necesita una serie de mercancías para poder hacer frente a un pedido. En este contexto, el director del departamento comercial de (X) recibe una tentadora propuesta por parte de otra compañía (Y): si contrata con (Y) el suministro de lo requerido, no solo (X) recibiría un descuento de un 20% del precio total, sino que, además, tendrían la amabilidad de costearle unas vacaciones en un crucero. El director comercial de (X) consulta internamente con su director general, y éste le da el visto bueno, porque –en definitiva, y lo más importante para él– la propuesta iría en provecho de la compañía, que recibiría un descuento del 20% del precio total del contrato.

Pero el problema de esta interpretación es que, para afirmar que en estos casos no se genera o incrementa el riesgo prohibido por la norma, primero tendríamos que admitir que las entidades privadas disponen legítimamente de la facultad de permitir o tolerar que estas prácticas de incentivación se produzcan en su seno. Lo que no es posible porque –como hemos concluido en el capítulo anterior– el delito protege la competencia, no los intereses individuales de las entidades privadas que se enumeran en el artículo 286 bis.1 y 2 CP⁸⁹.

Por esta razón la solución a este problema concreto no puede pasar por admitir la licitud de los incentivos aceptados, recibidos o solicitados con el conocimiento y aquiescencia de la empresa, porque el buen funcionamiento del mercado (bien jurídico colectivo) se encuentra por encima del deber de lealtad *ad intra* al que se encuentran sometidos los administradores, directivos, empleados o colaboradores de las entidades privadas (bien jurídico individual).

De este modo, si existieran ciertas órdenes o directrices internas en una empresa que entran en abierta contradicción con las reglas que rigen la competencia, entonces, debe prevalecer el valor supraindividual (indisponible por

⁸⁹ Véase, Capítulo I, Apartado IV.6.

las entidades del sector privado). Por ello no se puede excluir la tipicidad de tales comportamientos⁹⁰. Más bien al contrario: el consentimiento o beneplácito dado por una organización privada para cometer soborno comercial, en realidad, tendrá efectos en lo que atañe al dolo de la persona jurídica (responsabilidad penal de las personas jurídicas). Pero no adelantemos todavía conclusiones, porque sobre esto nos detendremos más adelante⁹¹.

3. Desechada esta posibilidad interpretativa, aproximémonos al problema desde otro ángulo distinto. Al trasladar el debate al ámbito de los contratos mercantiles, se abre un nuevo y más fructífero abanico de posibilidades: que dentro de las comisiones que no generan ningún riesgo quepa admitir aquellas que encuentren su razón de ser en los contratos mercantiles de comisión, corretaje o agencia⁹².

Ejemplo: La empresa (X), la comitente, encarga a la empresa (Y), la comisionista, la venta de una serie de bienes inmuebles que tiene bajo su propiedad. Según lo pactado por contrato, la empresa comisionista percibirá, como retribución, un 5% del precio total de cada compraventa que consiga cerrar, al actuar (Y) por cuenta de (X).

El motivo sobre el que se apoyaría esta afirmación es muy simple. Toda empresa nace para obtener un lucro económico con la comercialización de sus bienes o servicios, y dentro de cualquier actividad de orden mercantil esta clase de contratos son lícitos y habituales en el tráfico económico. Y en este orden de cosas, pues, las comisiones económicas pactadas en tales negocios jurídicos constituyen el precio de un contrato, es decir, una contraprestación debida, cuya percepción ampara el ordenamiento jurídico (ausencia de riesgo).

Cuestión distinta sería que se utilice un contrato mercantil de estas características para enmascarar u ocultar el pago de una dádiva, en cuyo caso sí se realizaría el riesgo desaprobado por la norma. Y ello es así porque el contrato tendría como único objetivo dar apariencia formal de licitud a la comisión que deba abonarse.

Ejemplo: El siguiente supuesto lo hemos extraído de la SAP Barcelona n.º 639/2012, de 12 de junio de 2012. Durante los años 1999 a 2001 un empleado de la cadena de supermercados *Caprabo*, encargado de efectuar ciertas compras para su principal, recibió un total de 1.300 millones de pesetas en concepto de comisiones, que le abonó uno de los proveedores de *Caprabo*. Los hechos, por tanto, se produjeron en el marco de una relación comercial donde *Caprabo* (la

⁹⁰ De opinión contraria, NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477.

⁹¹ Véase, Capítulo VI, Apartado V.3.2.

⁹² Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 324.

parte compradora) adquiriría ciertos productos, y su proveedor (la parte vendedora) se los servía convenientemente. La mecánica delictiva, según la sentencia, consistió en que: el proveedor infló el importe de sus facturas entre un 30% y un 40%; y posteriormente, una vez atendido el pago de tales facturas por parte de *Caprabo*, el referido proveedor destinó los importes sobrefacturados al pago de comisiones de los que se benefició el empleado infiel. Y para poder justificar la percepción de las cantidades ilícitamente desviadas, el empleado en cuestión se dio de alta como comercial de la empresa que le abonaba las comisiones, al tiempo que nunca dejó de ser empleado de *Caprabo*⁹³.

4. En otro orden de cosas: mención especial merece la específica normativa relativa a la prohibición de la retribución externa de los administradores de sociedades mercantiles (tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo)⁹⁴.

Nos referimos a la regulación que prohíbe «obtener ventajas o retribuciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía» (artículo 229.1.e) LSC), como un modo de asegurar que los administradores desempeñen el cargo con lealtad, buena fe y en el mejor interés de la sociedad (artículo 227.1 LSC), evitando incurrir en situaciones en que pudiera provocarse un conflicto de interés para con la sociedad a la que se le deba fidelidad (artículo 228.e) LSC).

Sin embargo, la relevancia que tiene esta normativa para el delito de corrupción en los negocios es relativa.

En primer lugar, porque la infracción de esta prohibición determina la obligación de los administradores infractores de indemnizar el daño causado al patrimonio social, y a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por ellos (artículo 227.2 LSC); porque esta normativa está diseñada para impedir que los administradores incurran en un conflicto de interés en perjui-

⁹³ Ciertamente, y aunque el proceso finalizó con la absolución de los acusados por el delito de estafa y de falsedad en documento mercantil de los que éstos fueron acusados (por razones que no vienen aquí al caso), la Audiencia Provincial sugirió la posibilidad de que el resultado del proceso habría sido bien distinto si en el procedimiento hubiese sido objeto de acusación el delito de corrupción entre particulares –que no estaba en vigor en el momento en que sucedieron los hechos– y el delito de apropiación indebida.

Supuesto similar se plantearía en el denominado Caso de la publicidad de Bankia («Pieza de corrupción en los negocios»), todavía *subiudice*, en el que Fiscalía sostiene que el entonces Presidente de Caja Madrid-Bankia durante los años 2011 y 2012, cobró una serie de comisiones carentes de justificación a través de una sociedad interpuesta, por la concesión de unas campañas publicitarias, firmándose para ello un contrato de prestación de servicios que las enmascararía. Véase el escrito de acusación del Ministerio Fiscal de marzo de 2019, y el auto de transformación de 21 de febrero de 2019 (Diligencias Previas n.º 2310/2015, seguidas por el Juzgado de Instrucción n.º 31 de Madrid).

⁹⁴ Vid. NAVARRO FRÍAS, «Retribuciones externas», 2017, pp. 264-268.

cio de su principal, es decir, desde el prisma o dimensión de la fidelidad interna (*ad intra*).

Con otras palabras: estas disposiciones mercantiles la ley no están pensadas para proteger a la competencia de una posible deslealtad contra el mercado (*ad extra*), pues su único fin es proteger el interés de la empresa frente a una eventual infidelidad de sus administradores (*ad intra*).

Y en segundo lugar –pero mucho más importante– porque el artículo 229.1.e) LSC tampoco aporta mucha luz a la cuestión que estamos tratando. La simple alusión a que se admiten las «atenciones de mera cortesía» no clarifica *per se* qué son o qué debe incluirse dentro de estas liberalidades permitidas. Por poner un ejemplo: ¿es una atención de mera cortesía la invitación a un viaje, con todos los gastos pagados, para asistir a un congreso profesional? ¿dónde ponemos el límite de lo que la norma considera aceptable y lo que no?

Con esto no queremos decir que el artículo 229.1.e) LSC resulta del todo punto inútil para lo que aquí nos interesa. La principal virtud de esta disposición legal es que nos remite, a efectos hermenéuticos, a la idea de que se permiten los obsequios o gratificaciones socialmente aceptables (es decir, los que en el mercado son admitidos por los usos sociales y mercantiles). Y esto nos lleva al siguiente punto.

2.1.2.2 ¿Riesgo típico en supuestos de adecuación social e insignificancia del beneficio o ventaja?

1. En las páginas que siguen trataremos de forma conjunta dos de los aspectos de mayor interés para la interpretación y aplicación del delito de corrupción en los negocios: la irrelevancia penal de los incentivos que se consideran, por un lado, insignificantes y, por otro, socialmente admisibles.

Antes de empezar con la discusión, planteemos con carácter previo cuatro supuestos de hecho totalmente habituales, o no tan extraños en la práctica, que nos permitan comprender el problema:

Ejemplo: En un desayuno organizado por una empresa se entregan una serie de obsequios a los asistentes (algunos de ellos empleados de otras entidades privadas), consistentes en un bloc de notas y un bolígrafo con su identificativo corporativo. Al finalizar este evento se aprovecha la ocasión para tomar contacto con los asistentes y ofrecerles sus servicios profesionales.

Ejemplo: Un directivo de una sociedad mercantil invita a comer a un directivo de otra compañía en un restaurante, momento en el cual se aprovecha para hablar sobre la posible adjudicación de un contrato y sus condiciones comerciales.

Ejemplo: Al administrador de una compañía le son entregados unos gemelos, de una marca conocida, valorados económicamente en aproximadamente mil euros. Este regalo es entregado, en pleno proceso de contratación, por parte de una empresa competidora que estaba pendiente de saber si se le iban a solicitar o no sus servicios.

Ejemplo: El administrador de una compañía se pone en contacto con uno de los representantes de otra empresa y le ofrece recompensarle con una comisión económica a cambio de la adjudicación de un contrato.

¿En qué grupos de casos el incentivo es irrelevante penalmente por ser insignificante o socialmente aceptable? ¿Cuándo adquiere éste relevancia penal? ¿En qué momento acaba la cortesía aceptable y empieza la corrupción en los negocios?

Visto que el delito no define qué beneficios o ventajas no está justificado percibir, la doctrina se ha mostrado de acuerdo a la hora de señalar la importancia y utilidad del criterio de la adecuación social para excluir la imputación objetiva de aquellos incentivos que no supongan ningún riesgo para el bien jurídico protegido⁹⁵.

Pues, en efecto, como afirma Frisch, para resulta fundamental la idea de que las consecuencias provocadas causalmente deben suponer la realización de un riesgo creado por el autor y que ese riesgo se corresponda con el riesgo desaprobado por el correspondiente tipo penal⁹⁶ (esto es, un riesgo relevante en el sentido del tipo). El criterio de la adecuación social, de tanta utilidad aquí, sería el germen (al menos uno de ellos) de la imputación objetiva⁹⁷.

⁹⁵ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 77; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado», 2008, p. 227; SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, pp. 29-30; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 326; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, pp. 235-236; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 146-147; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 428; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 1042-1043; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 311; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 21; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 18-21; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 13; FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, pp. 82-97; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 706; QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 814; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 15-16; BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, p. 246; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 223; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226; GIL ANTÓN, «Delitos de corrupción», 2015, p. 81; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 325; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 659; SANTANA VEGA, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 353; FERNÁNDEZ BAUTISTA, «El delito de corrupción entre particulares», 2017, p. 221; GÓMEZ RIVERO, «Derecho Penal y corrupción», 2017, p. 257.

⁹⁶ Cfr. FRISCH, *La imputación objetiva*, 2015, pp. 59-60.

⁹⁷ También, según FRISCH, Tras la exigencia de que el comportamiento en cuestión suponga la creación desaprobada de un riesgo (la realización de un curso causal que conduce a la producción de un resultado típico) se esconde de forma evidente la antigua teoría de la adecuación, pues sólo resulta posible

De este modo, lo que habría que examinar –atendiendo a cada caso en concreto– es si con el incentivo que se ofrezca, solicite, prometa o conceda se sobrepasa el riesgo permitido, realizando este riesgo, como consecuencia de ello, el peligro que intenta prevenir la norma.

2. Anticipamos que lo que perseguimos demostrar es que los beneficios o ventajas no justificados (esto es, los que generan el riesgo típico) son aquellos que: por un lado, no guarden relación con la posición que ocupa el sujeto favorecedor en la entidad privada («beneficio extraposicional»), y, por otro lado, que sean idóneos para influir en su voluntad para tomar una decisión contractual en una relación comercial (en atención a criterios cualitativos y/o cuantitativos considerados socialmente admisibles).

Y esto es así porque los beneficios o ventajas que no tengan capacidad objetiva *ex ante* para influir en la voluntad de otro son inidóneos producir el trato de favor comercial prohibido por la norma. Así: se excluiría la tipicidad de las atenciones insignificantes y las de mera cortesía que resulten adecuados a los usos del mercado; en tanto que éstas no sobrepasarían el riesgo de lo admisible, por no tener capacidad objetiva para corromper.

Porque, por contrapartida, no hay ningún inconveniente para entender que las compañías, a través del derecho a la libertad de empresa, ostentan un verdadero derecho a cuidar sus relaciones con el resto de operadores del mercado, pues de eso también trata la legítima competencia (por ejemplo, para conseguir nuevos clientes, o para mantener los que ya tiene). Por este motivo deberemos tener cierta flexibilidad a la hora de situar en algún punto la barrera de lo prohibido, porque no todo acto de incentivación es –ni debe ser– por sí mismo ilícito, principalmente porque la corrupción no puede ser confundida con medidas de carácter promocional (ampliamente aceptadas en la sociedad, por ser en sí mismas inocuas)⁹⁸.

Esta anticipación de nuestra postura se debe a que la mayor parte de la literatura científica ha pasado de puntillas sobre el problema de lo «injustificado» del beneficio o ventaja⁹⁹. Por eso consideramos que la mejor forma de

hablar del riesgo de un concreto curso causal cuando se trata de un curso previsible conforme a la experiencia. Pero para fundamentar la imputación no es suficiente todo curso causal previsible; antes bien, la acción debe poder ser vista en virtud de la previsibilidad de ese curso causal conforme a principios jurídicos como la creación desaprobada de un riesgo. Y que sea este riesgo (cuya realización pretende evitar la prohibición de tal comportamiento) el que se haya realizado (esto es, que obedezca a ese curso causal) es también lo que otorga relevancia al curso causal. *Cfr.* FRISCH, *La imputación objetiva*, 2015, pp. 51 y 53.

⁹⁸ En cuanto a la corrupción pública, MALEM SEÑA, «El fenómeno de la corrupción», 1997, p. 74.

⁹⁹ Salvo excepciones como, FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, pp. 92-97; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 322-330; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 249-255; GÓMEZ RIVERO, «Derecho Penal y corrupción», 2017, pp. 292-300; NAVARRO FRÍAS, «Retribuciones externas», 2017, pp. 259-264.

abordar el problema que tenemos entre manos es pasar directamente a desarrollar la solución que entendemos más adecuada.

3. Pues bien, el artículo 286 bis.1 y 2 CP no parece dejar espacio alguno para el riesgo permitido. Porque, en efecto: con arreglo a una interpretación gramatical del precepto, cualquier regalo u obsequio, incluyendo cualquier invitación a un acto cultural o espectáculo deportivo, por insignificantes que fueran (verbigracia, el ofrecimiento de un café en una reunión), sería objeto de sanción penal.

Esto es: si tuviéramos que interpretar de un modo estrictamente literal el concepto de «beneficio o ventaja no justificados», llegaríamos a castigar supuestos que no suponen ninguna clase de riesgo para la competencia. Por ello, lo justificado o injustificado del incentivo –en nuestra opinión– debe descifrarse a la luz del bien jurídico protegido, y en esta labor el criterio de la adecuación social y del principio de insignificancia resultan útiles para excluir del tipo aquellos ataques que no generen riesgo (es decir, los que no sean idóneos *ex ante* para poner en riesgo la competencia).

Y para ello cabría distinguir dos escenarios posibles: en el primero, la supuesta dádiva vendría dada en un ámbito estrictamente social, en atención a una relación de carácter familiar o amistad; y en el segundo, la incentivación se produciría en el ámbito concurrencial o comercial, en consideración a un cargo mercantil o puesto laboral en una entidad privada. Sólo los que tengan lugar en este segundo escenario son los que pueden llegar a interesar al delito.

3.1. Porque, empezando por el final: todo beneficio o ventaja que se conceda o perciba en el más estricto ámbito social, familiar o de amistad, no son objetivamente idóneos para motivar a un sujeto de una entidad privada para tomar una decisión comercial en un sentido u otro. Pensemos en el caso, por ejemplo, de dos trabajadores de distintas empresas (relacionadas comercialmente), que se encuentran vinculados por una relación familiar, que aprovechan las navidades para regalarse diversos obsequios.

Pues bien, lo que venimos a decir es que: mientras que tales obsequios se enmarquen en el contexto de dicha relación, no habrá riesgo para el buen funcionamiento del mercado, por ser éstos incapaces objetivamente *ex ante* para motivar la voluntad del otro a la hora de conceder o no un trato de favor (y ello aunque la entrega mutua de regalos la realicen dos empleados de diversas compañías entre las que existe una relación comercial)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Muestra de ello es que el tipo penal exige que la conducta se desarrolle en el marco de la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales, dejando fuera el resto de relaciones sociales y personales de carácter privado.

Y es que, en efecto, ¿por qué razón debería impedirse la entrega de un regalo entre amigos o familiares (entendiendo aquel como algo «no justificado»)? ¿estaría justificada la intervención penal por el mero hecho de que éstos ocupen ciertos cargos mercantiles o puestos laborales en entidades privadas? Si respondiéramos afirmativamente a esta pregunta la intromisión del Derecho Penal llegaría a una cota insoportable para un Estado de Derecho, en la medida en que se estarían criminalizando –sin más– meras relaciones sociales, en sí inofensivas.

No existen razones de peso para que entender que en este caso el Derecho Penal deba inmiscuirse en el ámbito personal de los ciudadanos. Ninguna necesidad hay de ello por cuanto este delito no pretende criminalizar ciertos usos familiares o de amistad, sino ciertas prácticas empresariales ahora consideradas delictivas, que menoscaban o debilitan la credibilidad de la institución de la competencia y que, en definitiva, ponen en riesgo su correcto funcionamiento.

Así expuesto, pues, parece lógico afirmar que estaremos ante comportamientos jurídico-penalmente irrelevantes, aun cuando pudiera existir una relación comercial entre los sujetos, cuando los beneficios o ventajas que se den en el ámbito familiar y de amistad, como por ejemplo: regalos de cumpleaños; obsequios en festividades, como las navideñas; entregas de dinero en bodas u otro tipo de festejos; pago de viajes o vacaciones; e invitaciones a comidas, espectáculos u otros eventos sociales.

Pero si el incentivo se produce no en atención a una relación personal de amistad o familiar, sino por la relación mercantil o laboral que vincula el sujeto en una entidad privada, entonces la situación cambia, y mucho. Lo cual nos lleva al siguiente punto.

3.2. Para comprender mejor a qué nos referimos tomemos el concepto de «incentivo no justificado» entendido como un «beneficio extraposicional»: es decir, como ganancias externas a la actividad misma, que no encuentran correlación con el cumplimiento de un deber posicional (esto es: los que supongan una fuente adicional de ingresos o beneficios para quien participa en la corruptela)¹⁰¹.

Los beneficios extraposicionales, entonces, serían aquellos que no dimanen del legítimo ejercicio de un cargo, pero que se perciben precisamente en consideración a dicho cargo¹⁰². De este modo, las ventajas indebidas son

¹⁰¹ Véase, GARZÓN VALDÉS, «Acerca del concepto de corrupción», 1997, pp. 45-48.

¹⁰² Véase, NAVARRO FRÍAS, «Retribuciones externas», 2017, p. 259. Asimismo, VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 325; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 19.

las que quedarían justificadas por una concreta causa u objeto negocial¹⁰³; que mejorarían la posición del interviniente en el hecho (o la de un tercero, como por ejemplo, la de un familiar) en comparación con la situación anterior a la comisión del ilícito¹⁰⁴. No en vano, desde un punto de vista criminológico, la corrupción es un negocio subrepticio¹⁰⁵. Por eso se tiende a ocultar estas ventajas a los ojos de los demás, o por lo menos, a concederse en un marco de discreción, precisamente para evitar la revelación de su existencia¹⁰⁶.

Pues bien, sobre la base de este concepto, los beneficios o ventajas que suponen un riesgo para la competencia pueden identificarse con los «extrapositionales». Esto es, con los que: 1) no provienen legítimamente del ejercicio de un cargo mercantil o puesto laboral en una entidad privada, pero se confieren en atención a tal cargo o puesto; 2) tengan capacidad para mejorar personal o económicamente la posición del destinatario del incentivo, y que por tal motivo sean idóneos *ex ante* para poder inducir al sujeto decisor a tomar una decisión comercial en un sentido u otro.

Porque si faltara el primer requisito, el beneficio sería «posicional», y por tanto, lícito, en el sentido de debido o justificado por el ejercicio de un cargo mercantil o puesto laboral (ausencia de riesgo para la competencia).

Ejemplo: El director comercial de una empresa percibe una cantidad económica, en concepto de comisión (pero con mayor precisión: de retribución salarial variable), por cada paquete de mercancías que consiga vender. La comisión en cuestión se sufragaría con cargo al precio que satisfagan las empresas con las que tal director consiga cerrar los negocios, y lo abonaría su empleadora. Así, tal comisión no tendría la condición de «extrapositional» porque tendría su razón de ser en un acuerdo económico pactado entre el directivo y su principal, y con base en una relación laboral legítima.

Y porque si faltase el segundo, nos encontraríamos ante supuestos en los que no sería objetivamente previsible *ex ante* –desde el punto de vista del empresario medio ideal– que pudiera modificarse la voluntad del sujeto decisor,

¹⁰³ Véase, HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, p. 112.

¹⁰⁴ *Rapport Explicatif de la Convention pénale sur la corruption*, 1999, párrafo 37.

¹⁰⁵ Cfr. KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción», 2007, p. 11.

¹⁰⁶ Vid. MALEM SEÑA, «La corrupción», 2016, p. 27. En la misma dirección, conforme al criterio *GIFT* de la OCDE, una liberalidad puede ser indebida o no según si quien la recibe está dispuesto o no a comunicar la recepción de la gratificación y la identidad de quien la entrega, de manera transparente, a la organización, sus clientes, sus colegas profesionales, a los medios de comunicación, o al público en general. Véase, OCDE, *Tool: Gift and gratuities checklist*, 2009 (accesible on-line en: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/gifts-gratuities-checklist.pdf> visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 18:25 horas).

por lo que la acción no sería idónea para conseguir el favorecimiento comercial cuya concesión pretende evitar el delito (faltaría la creación del riesgo típico).

Ejemplo: Así podría suceder en el caso de los obsequios promocionales de empresa (bolígrafos, libretas, lápices de memoria), los regalos empresariales de navidad (cestas, lotería, flores...), o incluso las invitaciones a comidas de trabajo o empresa, y a ciertos espectáculos deportivos o actos sociales (conferencias, presentaciones de libros), entre otros ¹⁰⁷.

Es necesario por ello que, en todo caso, la contraprestación ilícita tenga la suficiente relevancia como para poder influir en la conducta del sujeto corrupto ¹⁰⁸. O lo que es igual, que el incentivo (con independencia de la concreta forma que adopte: material o inmaterial, económica o no económica) disponga de la necesaria virtualidad o transcendencia para poder inducir a otros tomar decisiones comerciales relevantes. De esta manera se lograría excluir del tipo aquellos incentivos sin capacidad objetiva para corromper, es decir, inidóneos para poder influir en la voluntad de los sujetos previstos en la modalidad favorecedora ¹⁰⁹.

Aquí aludimos a los beneficios o ventajas insignificantes (por ejemplo, los que tengan un valor económico aproximado de 10 euros) ¹¹⁰, que no suponen por sí mismos ningún riesgo para el buen funcionamiento del mercado (principios de fragmentariedad y de intervención mínima).

Ejemplo: En el caso del desayuno organizado por una empresa (X), en el que se entregan a los asistentes (algunos de ellos empleados de otras entidades privadas) una serie de obsequios promocionales (un bloc de notas y un bolígrafo con su identificativo corporativo), supongamos que con posterioridad a este acto algunas de estas entidades deciden contratar los servicios (X). Aunque la entrega de tales obsequios pudiera subsumirse en el artículo 286 bis CP (interpretación

¹⁰⁷ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 77; SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, pp. 29-30; CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 6; GIMBERNAT ORDEIG, «El endiabrado», 2010; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 326; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 146; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 18; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 36; CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2016, p. 659; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 327-328; SANTANA VEGA, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 353.

¹⁰⁸ Así, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 76; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 326.

¹⁰⁹ Véase, NIETO MARTÍN, «La corrupción en las transacciones», 2004, pp. 80-81; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 326; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1038.

¹¹⁰ En relación con la tipología del cohecho, BLANCO CORDERO, «Regalos y corrupción», 2015.

estrictamente literal), el riesgo generado es tan genérico o abstracto (inidóneo) que no cabe entenderlo como desaprobado (aún a pesar de que se haya producido una posterior contratación).

Así como a los que obedecieran a una actividad promocional legítima de la empresa, tendente a dar a conocer sus productos o servicios, verbigracia, en el marco de una campaña publicitaria. Siempre y cuando, claro, la promoción sea proporcional y razonable, es decir, inidónea para motivar al destinatario de la misma en un determinado sentido.

Ejemplo: Una empresa de refrescos ha sacado un nuevo producto: una bebida de un sabor hasta entonces inexistente en el mercado. Y para promocionarla, lo que ésta hace es enviar pequeñas remesas de estos refrigerios a distintas compañías de distribución de consumibles (a la atención de sus directores comerciales), al objeto de que la conozcan y, en su caso, decidan si les interesa o no su compraventa.

Ejemplo: En cambio, lo que no encajaría dentro de esta noción de actividad promocional legítima es que esta misma compañía de refrescos les prometa el pago de una comisión, bajo la condición de que se realicen una serie de pedidos mínimos al año.

No existe, sin embargo, una regla de oro para saber cuándo el beneficio o ventaja pudiera poner en peligro el orden concurrencial. Por esta razón, el análisis del riesgo debe realizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

Ejemplo: Por poner otro supuesto, no es lo mismo invitar al director general de una empresa al concierto de año nuevo en Viena, que a un monólogo y unas copas un día cualquiera de la semana, al terminar la jornada laboral.

4. La admisibilidad o inadmisibilidad de la cortesía social dependerá, en buena parte, de las prácticas empresariales comúnmente aceptadas en el mercado (es decir, de las que, conforme a un juicio de previsibilidad objetiva, tomando al empresario medio ideal, sea o no presumible la producción del riesgo típico)¹¹¹.

Y en este sentido, la aceptabilidad social de ciertos usos comerciales relativos a la percepción de beneficios o ventajas no puede ser calibrada con la

¹¹¹ En opinión de CASTRO MORENO, podría seguirse el criterio del hombre medio, atendiendo a la condición empresarial en la que se encuentren los sujetos implicados en las conductas de soborno comercial, para saber si la concreta ventaja o beneficio pueden influir en la voluntad de tales personas. CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 659. Y para FELJOO SÁNCHEZ resulta interesante la idea del principio de reciprocidad que se da en el ámbito concurrencial, empleándolo para identificar qué prácticas de mercado que han sido aceptadas por los sujetos que en él intervienen (como si fuese una clase de *lex artis* profesional). FELJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 94.

misma vara de medir que la utilizada en los delitos de corrupción pública. Porque lo que es socialmente aceptable en el mundo de los negocios no necesariamente tiene por qué serlo en el ámbito de la función pública (o lo que es igual: la intromisión penal en la corrupción privada no tiene que ser obligatoriamente igual de intensa que en el cohecho).

Ejemplo: Mientras que el regalo de una corbata, o la invitación a un espectáculo, podría generar riesgo si quien lo acepta es una autoridad o funcionario público, en el ámbito de los negocios no necesariamente tiene por qué suceder.

Por este motivo nos sumamos al sector doctrinal que entiende que la interpretación del delito de corrupción en los negocios puede o debe ser mucho más restrictiva que la de los delitos contra la Administración Pública¹¹². Razón por la que, abundando en esta idea, resulta de utilidad observar qué prácticas empresariales están socialmente aceptadas en el mercado.

No podemos perder de vista que los usos de comercio pueden variar notablemente de una sociedad o región a otra. Es un hecho incontestable. Pero es que, además, éstos también pueden variar con el transcurso del tiempo, y dependiendo de cada sector del mercado. Pues los usos comerciales nacen y evolucionan con la propia práctica y ejercicio por parte de la sociedad, siendo especialmente vivos y cambiantes en el mundo empresarial, por su constante dinamismo.

Por este motivo, los códigos éticos y los programas de cumplimiento normativo resultan de gran utilidad para medir o evaluar qué prácticas está admitiendo el mercado¹¹³. Porque una aproximación a estos instrumentos normativos de autorregulación nos puede mostrar cuál es la actual tendencia del mercado en materia de prevención y lucha contra la corrupción, permitiéndonos una mejor comprensión de la frontera entre lo permitido y lo no permitido.

Pero cuidado, una puntualización: no proponemos que el delito se deba excluir por una decisión privada (esto es, según lo que las empresas califiquen como ilícito en sus propios códigos de conducta). Nada más lejos de la realidad, porque como ha dicho Queralt Jiménez, «si el parámetro del mercado fuera la codicia, el tipo delictivo perdería todo su sentido»¹¹⁴. Lo que decimos

¹¹² Cfr: CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 659. La misma idea en CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 6; y, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2012, p. 15; GÓMEZ RIVERO, «Derecho Penal y corrupción», 2017, pp. 287-288; CORCOY BIDA-SOLO, «Problemas político-criminales», 2018, p. 223.

¹¹³ De igual modo en NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477; FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 94; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 329.

¹¹⁴ Así en, QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, pp. 813-814. Sin embargo, dicho autor se muestra contrario a seguir esta senda para intentar ofrecer una solución al problema de lo «justificado» o «injustificado» del incentivo, negando el valor de la prácticas de mercado como elemento de medición de la ilicitud del incentivo.

es que los códigos normativos internos adoptados por las empresas sirven de termómetro –para el observador medio imparcial– para evaluar lo que admite o no el mercado (a modo orientativo, es decir, como meros indicios de permisión, valiosos en ámbitos de ausencia o escasa regulación)¹¹⁵. Pero la licitud o ilicitud de la dádiva continuaría viniendo dada por criterios estrictamente normativos.

Ejemplo: Si el código de conducta de la entidad (X) no prohíbe la entrega o percepción de comisiones, no por ello llegaríamos a la conclusión de que en el seno de (X) el delito se encuentra despenalizado (digamos, por una decisión privada).

Ejemplo: Pero si el código de conducta de (Y) permite regalos de hasta 200 euros, cuando uno de sus empleados reciba un obsequio valorado en 500 euros, la acreditación de su carácter no justificado (y por tanto, de la creación del riesgo jurídico-penalmente desaprobado) resultará mucho más sencilla.

Ejemplo: Del mismo modo que si la empresa (Z) no dispone de un código de conducta, y su administrador recibe unos gemelos valorados en 900 euros, resulta de utilidad observar los códigos de conducta de otras entidades para poder darnos cuenta de que esta clase de gratificaciones exceden de lo socialmente admisible: por no encajar dentro de la noción de actividades promocionales que las empresas legítimamente pueden realizar sin incurrir en riesgos penales.

5. Desde este punto de vista (pero sólo desde éste), hemos optado por analizar los códigos de conducta de las principales empresas cotizadas que operan en nuestro país, las del IBEX 35 (años 2016-2017). Y al respecto: somos conscientes de que estas grandes empresas no representan la realidad de la totalidad de entidades que participan en el mercado, pero sus códigos sí nos pueden aportar una valiosa luz a la hora de orientarnos en el camino de identificar qué regalos u obsequios rebasan o se mantienen dentro de lo admisible (como meros indicios de permisividad). Pues bien:

5.1 Ante la actual preocupación por el fenómeno de la corrupción, la mayoría de empresas cotizadas (IBEX 35) de nuestro país se muestran ahora más reacias a entrar en el juego de entregar cualesquiera clases de incentivos. Así lo indica el hecho de que algunas de ellas hayan establecido políticas de rechazo absoluto de regalos u obsequios en sus códigos de conducta¹¹⁶.

¹¹⁵ Véase, FEIJOO SÁNCHEZ, «Límites del tipo objetivo», 2018, pp. 165-166.

¹¹⁶ Véanse los códigos de conducta de *Endesa, Telefónica, Abertis, Acciona, Sabadell, Bankia, Cellnex Telecom, Ferrovial, Gamesa, Grifols, Red Eléctrica, Repsol, Bayer, Amadeus It Group, Arcelormittal, Ferrovial, Iberia e Ikea*.

5.2 De una forma más realista, sin embargo, otras entidades privadas sí aceptan que en ciertas ocasiones pueda ser inofensiva la percepción de determinadas atenciones u obsequios, siempre y cuando éstas no superen un determinado valor económico (siguiendo un criterio de orden cuantitativo). Así, se admitirían en un primer grupo de casos: invitaciones, atenciones ocasionales, obsequios de cortesía, de valor simbólico, que sean proporcionales y razonables, y que no puedan alterar el desarrollo de las relaciones comerciales¹¹⁷. En un segundo grupo: obsequios de valor insignificante (se llega a especificar que el límite estaría en los 10 euros del valor de mercado)¹¹⁸. Y en un tercer y último grupo: ventajas cuando su valor sea inferior a 100 o 150 euros por cliente o proveedor¹¹⁹. Aunque en alguna otra ocasión también se ha considerado aceptable que el valor del beneficio oscile entre los 100 y 250 euros¹²⁰.

5.3 Pero esto no es todo, porque especialmente significativo resulta el caso de algunas de estas compañías que prohíben expresamente cualquier clase de pago de dinero en metálico o en especie¹²¹; o cualquier regalo que vaya dirigido a beneficiar a los particulares de la empresa, y no a la empresa misma (atendiendo así a diversos criterios de carácter cualitativo)¹²².

6. Pese a que no es factible establecer taxativamente un valor o cuantía determinada a partir de la cual un incentivo pasará a ser injustificado¹²³, sí es posible obtener alguna conclusión a la vista de todo lo que acabamos de ver. Y es que: atendiendo a los criterios de adecuación social e insignificancia, encontramos cierto espacio para la ausencia de riesgo en los casos de actividades promocionales realizadas por las empresas (esto es, admitidas por la libertad de empresa y la competición legítima).

Hemos visto algunos ejemplos más arriba (punto 3.2), destacando el hecho de que estas actividades promocionales no se encuentran prohibidas en los códigos de conducta que hemos examinado (punto 5).

Pero, insistimos, deben valorarse las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho para poder determinar si nos encontramos verdaderamente

¹¹⁷ Ese sería el caso de los códigos éticos de *Iberdrola*, *Acerinox*, *ACS*, *Enagás*, *Gas natural*, *Inditex*, *Mapfre*, *Banco Santander*, *AENA*, *Indra*, *Técnicas Reunidas*, *Saeta Yield* y de *Caixabank*.

¹¹⁸ Así sucedería en el código de conducta adoptado por *Farmaindustria* (el cual también se examina en FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, pp. 94-95).

¹¹⁹ En tal sentido los códigos de conducta del *BBVA*, *Bankinter*, *FCC* y *Meliá Hotels*.

¹²⁰ Ese sería el supuesto particular del código ético de *Mediaset*.

¹²¹ Como sucede en los códigos de conducta de *Gas Natural e Inditex*.

¹²² Véase el código de conducta de *DIA*.

¹²³ *Vid.* CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 623; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 659; FERNÁNDEZ BAUTISTA, «El delito de corrupción entre particulares», 2017, p. 222.

ante una actividad promocional legítima de una empresa (adecuación social o insignificancia), o si, en cambio, son beneficios o ventajas no justificados (beneficios extrapositionales). Sólo éstos últimos generarían el riesgo jurídico-penalmente desaprobado, por su capacidad objetiva para corromper.

La indeterminación del artículo 286 bis CP tiene este problema: allá dónde la ley no se pronuncia (fijando criterios cualitativos o cuantitativos), se deja la puerta abierta a la interpretación. Lo que, a su vez, tiene una virtud: la de permitir a los tribunales valorar las circunstancias concretas de cada caso, sin verse maniatados por ciertos criterios que por su rigidez, en ocasiones, podrían dar lugar a soluciones ciertamente insatisfactorias (a título meramente ejemplificativo: ¿habría sido más adecuado situar el límite de lo admisible en los 400 euros u otro importe?).

Para excluir la tipicidad lo importante –a fin de cuentas– es que el beneficio o ventaja resulte proporcional, razonable e inidóneo para influir en el desarrollo de las relaciones comerciales. Porque si no admitiéramos este espacio de permisión se podrían llegar a castigar supuestos que ni siquiera ponen en riesgo la competencia¹²⁴ (principios de fragmentariedad y de intervención mínima)¹²⁵.

2.1.3 *Beneficiarios del incentivo*

1. El Código Penal, al emplear la expresión «para sí o para un tercero», ha pretendido cubrir el más amplio abanico de supuestos de hecho, intentando así evitar cualquier clase de laguna de punibilidad: previendo que el incentivo ilícito pueda beneficiar al sujeto decisor de la modalidad favorecedora (esto es, al propio administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada, percibiéndolo él, por sí mismo, a través de un intermediario; o incluso mediante «empresas buzón» de titularidad del sobornado, normalmente radicadas en jurisdicciones opacas¹²⁶) o a cualquier otra persona a indicación suya, que pueden ser terceros ajenos a la perpetración del hecho delictivo (por ejemplo, una pareja sentimental, familiar, amigo, compañero o colega profesional).

No parece haber ninguna otra explicación a esta disposición normativa. Porque al igual que en el ánimo de lucro, el aprovechamiento o satisfacción derivado del beneficio o ventaja puede ser para un tercero que no interviene en

¹²⁴ Por ello no parece lógico fijar el baremo de lo que son prácticas empresariales aceptables tomando como referente inapelable la política de rechazo absoluto a los beneficios o ventajas que algunas empresas enarbolan en sus códigos de conducta (que si llevásemos hasta el último extremo nos llevaría a castigar, por ejemplo, el ofrecimiento de un simple bolígrafo durante una reunión profesional).

¹²⁵ En relación con la tipología del cohecho, BLANCO CORDERO, «Regalos y corrupción», 2015.

¹²⁶ Véase, ABANTO VÁSQUEZ, «Delitos contra el mercado», 2010, pp. 169 y ss.

absoluto en el acto ilícito (por ejemplo, piénsese en el administrador que acepta un lujoso bolso para su esposa, quien es ajena al origen real del regalo), dejando la puerta abierta –ahora de una forma expresa– a la participación a título lucrativo (artículo 122 CP)¹²⁷.

Esta novedad ha sido introducida por la LO 1/2015, pues en la redacción original del delito de corrupción en los negocios ningún alusión se hacía a la expresión «para sí o para un tercero».

2. ¿Significa esto, entonces, que la LO 1/2015 ha ampliado el ámbito de incriminación del tipo? Según la respuesta que se dé a esta pregunta, las consecuencias jurídicas serán distintas desde el punto de vista del principio de irretroactividad de las leyes penales que perjudican al reo.

Cabrían, al respecto, dos posibilidades interpretativas: la primera, que entendamos que se ha producido –en efecto– una ampliación del tipo penal y, por tanto, que la acción cometida con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del 2015 no es típica cuando el beneficio o ventaja vaya dirigida a beneficiar a un tercero; o la segunda, que entendamos, por el contrario, que la redacción original del tipo era ambigua y que, por consiguiente, también admitía que el receptor del incentivo fuera un tercero distinto al sujeto decisor de una entidad privada.

Si nos atenemos al estricto tenor literal del artículo 286 bis CP (LO 5/2010), el tipo parecía exigir que el incentivo ilícito tenga que ser personal, es decir, para provecho del propio administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad del sector privado (excluyendo la posibilidad, entonces, de que éste pudiera ser ir destinado a beneficiar a un tercero distinto).

¹²⁷ En la STS n.º 467/2018, de 15 de octubre de 2018, se recuerdan las notas características de esta participación a título lucrativo recogida en el art. 122 que prevé la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación civil (STS 532/2000 de 30.3; 1394/2009, 57/2009). El tercero partícipe a título lucrativo se define por las siguientes notas: 1.º) Que exista una persona, física o jurídica, puesto que se trata de la exigencia de una responsabilidad civil y ésta es susceptible de hacerse contra los entes sociales con personalidad reconocida por el derecho, que hubiere participado de los efectos de ese delito, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica. 2.º) El adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del «crimen receptionis» en concepto de autor, cómplice o encubridor. La condena como responsable penal origina la aplicación del art. 116 CP y no del art. 122 CP. 3.º) Por tanto no se trata de una responsabilidad ex delicto sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita (art. 1305 C. Civil). En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual no cabe su enriquecimiento con causa ilícita (STS 324/2009, de 27-3). 4.º) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material –o cómplice– del delito, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento /enriquecimiento lucrativo que haya tenido (STS n.º 665/2018, de 18 de diciembre de 2018).

Sin embargo, la vaguedad del precepto permitiría interpretar precisamente lo contrario, esto es, que el incentivo sí puede ir a beneficiar a un tercero. Con todo, en la redacción original se exigía que el beneficio o ventaja injustificado se debía ofrecer, prometer o conceder al sujeto decisor de una entidad privada, pero no que éstos debieran de ser necesariamente quienes sacaran provecho de aquéllos¹²⁸.

Además, desde un punto de vista teleológico, el bien jurídico puede verse igualmente afectado con la conducta desplegada por el agente, con independencia de quien perciba o saque provecho del beneficio o ventaja injustificado (si el sujeto decisor o un tercero distinto). Porque, en efecto, para el Código Penal lo importante sería que se atente contra la competencia, no si el sujeto activo de la modalidad favorecedora con ello obtiene o no un beneficio directo. Lo que es coherente también con el hecho de que en la reforma del 2015 el tratamiento penológico sea idéntico para ambos supuestos: cuando el incentivo sea para sí o para un tercero¹²⁹.

Y a ello debe añadirse que en la Decisión Marco 2003/568/JAI ya se previó que la ventaja indebida pudiera ser «para sí mismo o para un tercero». Esto explicaría que, ante la deficiente transposición efectuada por la LO 5/2010, se hubiese decidido mejorar técnicamente la regulación del delito con la LO 1/2015 (Preámbulo XVIII), superando de este modo la ambigüedad del enunciado legal original.

3. Por todo ello parece lógico concluir que la reforma del 2015 (que introduce la expresión «para sí o para un tercero») no ha ampliado el marco de incriminación, porque dentro de la literalidad del artículo 286 bis CP (redacción de la LO 5/2010) cabe cierto espacio para esta interpretación: si en el 2010 se hubiera especificado que el incentivo debía ser «para sí», entonces, claro está, la resolución del problema habría tenido que ser justo la contraria (esto es, habríamos tenido que concluir que la reforma del 2015 ha ampliado el tipo penal). Pese ese no es el caso, como hemos razonado.

2.2 LO QUE SE RECIBE (O HABRÍA QUE RECIBIR): EL FAVORECIMIENTO INDEBIDO FRENTE A TERCEROS

El motor del incentivo ilícito sólo es o puede ser uno: obtener o conceder a cambio un trato de favor en el ámbito de los negocios. No en vano, con la LO 5/2010 se prohibía que el incentivo ilícito fuese recibido, solicitado o acep-

¹²⁸ Véase, SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 428.

¹²⁹ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 244-245.

tado «con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones» (artículo 286 bis.2 CP); y, con posterioridad, tras la LO 1/2015, se modificó el delito en el sentido de que aquél debe ser recibido, solicitado o aceptado «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro» (artículo 286 bis.1 CP).

Hasta el momento hemos analizado en qué casos los beneficios o ventajas pueden llegar a ser considerados injustificados. Pero la tarea que tenemos entre manos ahora es determinar cuál debe ser su sentido, es decir, hacia qué objetivo o dirección deben éstos ir dirigidos. Porque si el Código Penal exige que la dádiva sea la contraprestación de un hipotético trato de favor, debe admitirse igualmente que puede haber casos, por ejemplo, en los que aquella se entregue sin pedir nada a cambio (esto es, lo que podría denominarse: en consideración al cargo).

Y en ese supuesto, además, sería igualmente necesario determinar qué debe entenderse por favorecimiento en una relación comercial, porque sólo así podrán excluirse del tipo penal aquellos supuestos de hecho en los que no se ponga o pueda poner en peligro la competencia, por ejemplo, por buscar la dádiva un trato de favor que en realidad no es tal (es decir, en los casos en los que el riesgo desplegado no es el que la norma pretende prevenir).

2.2.1 *Carácter desleal del favorecimiento*

1. La expresión favorecimiento «indebido» no tiene su precedente ni en el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europea, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999; ni en el Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción, firmado en Nueva York el 31 de octubre de 2003; ni en la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (ni tampoco en su predecesora, la Acción Común de 22 de diciembre de 1998).

Su antecedente más cercano se halla –hasta donde alcanzamos a ver– en el §299 del Código Penal alemán (*StGB*), en cuyo precepto se tipifica la corrupción en el tráfico comercial como un delito contra la competencia (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*), desde que se introdujera en su legislación mediante la Ley de 13 de agosto de 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption Vom 13. August 1997*):

«(1) El que como dependiente o encargado de una empresa comercial en el tráfico comercial exija a otro, le haga prometer o acepte de él una ventaja, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer a otro de forma desleal

en una situación de competencia, referida a la adquisición de productos o servicios comerciales dentro del tráfico comercial, será castigado con pena de privación de libertad de hasta 3 años o con pena de multa.

(2) También será penado el que en el tráfico comercial con finalidad competitiva, ofrezca, prometa o proporcione a un dependiente o encargado de una empresa comercial una ventaja, para éste o para un tercero, como contraprestación por otorgarle preferencia a él u a otro en la adquisición de productos o servicios empresariales de forma desleal.

(3) Los apartados 1 y 2 se aplicarán también en las acciones en la competencia en el extranjero¹³⁰.»

El *StGB*, de este modo, exigía que el incentivo ilícito se concediera como una «contraprestación para favorecer a otro de forma desleal en una situación de competencia»¹³¹, de una forma extremadamente similar a como se indica en el delito español¹³². De ahí que podamos afirmar que la reforma de nuestro Código Penal introducida por la LO 1/2015 ha bebido de la influencia de la regulación penal alemana de 1997.

2. Con estos mimbres: el «favorecimiento indebido» al que se refiere el artículo 286 bis.1 y 2 CP debería ser entendido en clave de «deslealtad concurrencial»; es decir, como la realización de determinados comportamientos considerados desleales en el contexto general de las actividades empresariales, porque –desde el prisma del bien jurídico protegido– son los únicos que pueden poner en riesgo la competencia¹³³. Y de este modo, mediante el delito de corrupción en los negocios, se lograría castigar conductas de pago de «sobor-

¹³⁰ Del texto original del §299 StGB: (1) *Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge. (3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb* (según la traducción ofrecida en ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 175-176).

¹³¹ También se ha traducido «como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal», en ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 350.

¹³² Cabe precisar que en la actualidad el delito del *StGB* ha sufrido modificaciones a partir de marzo de 2015, pero que no afectan a lo que aquí decimos. Véase, BÜLTE, «Corrupción en el sector privado», 2018, pp. 40-52.

¹³³ En contra, TIEDEMANN planteó la necesidad de configurar el delito de soborno comercial a través del favorecimiento frente a otros sin necesidad de que éste fuese «indebido», con motivo de que, en su opinión, la expresión «deslealtad» era demasiado abierta. Véase, TIEDEMANN, «Protección penal de la competencia», 2004, p. 87. Según TIEDEMANN, con la fórmula de la deslealtad de la competencia se produce una vinculación al correspondiente *ethos* económico, esto es, a la moral económica, que –en su opinión– no contradice ni el Derecho constitucional ni los principios modernos de la legislación de Derecho penal económico. Así en TIEDEMANN, «Derecho penal económico», 2006, p. 181.

nos» para obtener ventajas competitivas (como así tiene declarado el Preámbulo XVIII de la LO 1/2015).

Lo «indebido», de esta manera, sería un sinónimo de «anticompetitivo»; es decir, de contrariedad a la normativa que protege la competencia (o de deslealtad frente al mercado). Pues lo que interesa a efectos penales no es lo que las empresas padezcan en sus adentros (es decir, si sufren o no un perjuicio como consecuencia de la corruptela, o una actuación contraria a sus intereses), sino lo que éstas exteriorizan en el mercado (esto es: su comportamiento, en calidad de competidoras, en contra del libre y leal mercado)¹³⁴.

Y en tal sentido: tanto vale –con la LO 5/2010– que en el tipo penal se exigiera un favorecimiento con un «incumplimiento de las obligaciones» *ad extra*, frente a la competencia (no *ad intra*, frente a la empresa); como que –con la LO 1/2015– el favorecimiento deba ser «indebido», dado que en ambos casos el resultado interpretativo vendría a ser exactamente el mismo: el desvalor sería fruto de la infracción de las normas de la competencia, cuando ésta derive o deba derivar de un beneficio o ventaja no justificados¹³⁵.

3. ¿Y en qué consistiría esa infracción del orden concurrencial? ¿Qué actuaciones quedarían dentro del ámbito del riesgo permitido? Como hemos dicho al principio de este capítulo, no existe una regulación administrativa o

¹³⁴ Esto es: ninguna relevancia penal tiene en este planteamiento dogmático la constatación, en determinados hechos, de una eventual infracción de un «deber interno de lealtad», dado que este tipo de infracciones en sí mismo consideradas no suponen ningún riesgo para el bien jurídico colectivo «competencia».

¹³⁵ En cuanto a la infracción de normas sobre competencia, TIEDEMANN, «Protección penal de la competencia», 2004, p. 83; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 323; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 141; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 31; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 19-20; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 356; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 13; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción entre particulares», 2012-2013, p. 179; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 40; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 561; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 574-575; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 349-350; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 464, 470-471; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 657. Los textos normativos internacionales relativos a la lucha contra corrupción privada nacieron, tal y como en ellas se hace constar, para combatir ciertos comportamientos que falsean la competencia y distorsionan los mercados (véase, el Prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el Preámbulo del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, y el Considerando 9.º de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo (que reitera la preocupación ya expresada en la Acción Común 98/742/JAI del Consejo). En cuanto a lo que aquí atañe, la Decisión Marco 2003/568/JAI indicó que el concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional «deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate»; pudiéndose interpretar que la Decisión Marco se está refiriendo a todas aquellas obligaciones de origen legal o reglamentario que tengan por objeto la protección del buen funcionamiento del mercado. Esta remisión normativa también, así entendida, nos conduce indefectiblemente a la regulación sobre Derecho de la Competencia.

mercantil previa o de referencia en materia de corrupción en los negocios, por lo que la alusión de la ley penal a la protección de la competencia justa y honesta (LO 5/2010), en el sentido de que se prohíben los pagos de «sobornos» para obtener ventajas competitivas (LO 1/2015), nos remite necesariamente a la idea de que se castigan comportamientos que resulten objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe¹³⁶.

Y desde este prisma, la interpretación de lo «indebido» resulta más limpia y coherente con arreglo a la finalidad de la norma, pues para el análisis del injusto penal se tomaría como base el quebrantamiento de la cláusula general de lealtad (criterio de la buena fe objetiva), que en sede extrapenal daría lugar a la comisión de un injusto competencial (el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, configurándose este precepto como una norma jurídica en un sentido técnico, y no como un principio abstracto que requiere de un posterior desarrollo normativo)¹³⁷.

Por eso, para determinar el ámbito de permisión o prohibición penal resulta de utilidad la idea de que la lealtad debe preceder la actuación de todos los competidores que se encuentren en el uso de su reconocida libertad en el mercado¹³⁸.

Y a la pregunta de cuándo se infringiría esta cláusula general de lealtad, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo afirma que:

«El precepto se infringe cuando se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado, pues la buena fe, legalmente contemplada, no es sino la confianza o justa expectativa que, en relación con la conducta ajena, tiene quien concurre en el mismo, determinada por lo que es usual en el tráfico jurídico» (SSTS de 16 de junio de 2009, de 1 de junio de 2010 y de 12 de septiembre de 2011)

«En cualquier caso, como pone de relieve la doctrina, esta cláusula general de represión de la competencia desleal ha de ser objeto de una interpretación y aplicación funcional. Esto es, después de identificar la conducta objeto de enjuiciamiento, debemos valorar su compatibilidad con el modelo de competencia económica tutelado por la Ley, que es un modelo de competencia basado en el «mérito» o «bondad» (precio, calidad, servicio al cliente...) de las propias prestaciones, entendiéndose por tales no sólo los productos o servicios ofertados, sino también la publicidad y el marketing empleados para convencer a los clientes de

¹³⁶ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, pp. 82-85.

¹³⁷ Véase, CAMPUZANO, «La competencia desleal», 2015, pp. 363-372.

¹³⁸ Asimismo, en cuanto al papel de la buena fe en la interpretación y limitación de los derechos fundamentales, MORENO GARCÍA, «Buena fe y derechos fundamentales», 1993, pp. 267-276.

la bondad de la oferta» (STS n.º 395/2013)¹³⁹. «La cláusula general del art. 5 tiene la función de poder sancionar aquellos comportamientos que el legislador no pudo prever en su momento como desleales (...); «La jurisprudencia configura la modalidad el ilícito en el sentido de que el precepto se refiere a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad -dolo o culpa- del sujeto, que se recoge con carácter general en el art. 7.1 del Código Civil como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos, conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consecuente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (SS., entre otras, 16 de junio de 2.000; 15 de octubre de 2.001 y 19 de abril de 2.002), y modulada por el principio de competencia económica y protección del derecho a la libertad de empresa (SS. 23 de marzo y 8 de octubre de 2.007)» (STS n.º 628/2008, de 3 de julio de 2008).

Sobre esta base, el acto de competencia ilegítima del artículo 286 bis.1 y 2 CP se concretaría en la infracción de un deber extrapenal: el que se deriva de la cláusula general de lealtad en el mercado, en la vertiente de no conceder tratos de favor, a unos competidores frente a otros, como consecuencia del pago de «sobornos», por ser una actuación que atenta contra el principio de buena fe objetiva (el injusto penal)¹⁴⁰.

Porque sólo la infracción de esta cláusula (el injusto competencial) –entendida como el quebranto de la justa expectativa en que la conducta ajena no contravendrá los usos y costumbres entendidos como correctos– puede dar lugar a un riesgo para la confianza en el buen funcionamiento del mercado¹⁴¹.

Por esta vía llegamos, pues, a la misma conclusión que Encinar del Pozo, quien acertadamente ya ha dicho que «[f]avorecer indebidamente debe entenderse como otorgar a un competidor una prestación o contratación, que no habría recibi-

¹³⁹ En este punto GILI PASCUAL alude al criterio de eficiencia para limitar los ataques que pueden poner en peligro el bien jurídico de la competencia (criterio éste que ya hemos rechazado en nuestra toma de postura del Capítulo I). Véase, no obstante, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 79-81, 104-112.

¹⁴⁰ Asimismo, MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 441.

¹⁴¹ En lo que atañe al contenido de lo injusto, y por tanto, para la determinación del riesgo, ninguna relevancia tiene que las empresas, a la hora de competir, no estén sometidas a un deber de imparcialidad (como sí lo están los funcionarios y autoridades públicas cuando ejercen su puesto o cargo). Pues, en efecto, las empresas no están obligadas a decantarse por una u otra opción comercial, según ésta presente unas mejores o peores condiciones atendiendo a una serie de criterios (precio, calidad, tiempo de la prestación, entre otros). El deber de lealtad en el mercado (con arreglo al principio de buena fe objetiva) lo que garantiza –y esto es lo que parece pasarse por alto– es que todas las empresas concurren en las mismas condiciones de mercado (de derechos y obligaciones). O lo que viene a ser igual: los competidores tienen el derecho –pero también la obligación– de competir en igualdad de condiciones dentro de un marco normativo que es común para todos ellos. Con ello nos referimos a que los competidores pueden desplegar su actividad empresarial dentro de las reglas del juego aplicables a todos ellos (lo que no debe ser confundido con que entre ellos exista un supuesto derecho a ser tratados de forma igualitaria por el resto de operadores del mercado).

do si el proceso de decisión no hubiera estado viciado o influido por el soborno. En este sentido, el término «indebidamente» refuerza el vínculo causal entre la ventaja o beneficio no justificado y favorecimiento, ya que uno condiciona el otro. Es decir, la recepción o solicitud del soborno conlleva una actuación del sujeto sobornado para preferir de manera desleal a un competidor frente a otro»¹⁴².

Pero aunque compartimos –en términos generales– esta afirmación de Encinar del Pozo, debemos ir un paso más allá: no podemos aceptar que todo favorecimiento afecta a la competencia (es decir, con independencia de su trascendencia o peligrosidad: esto es, «todo» trato de favor). Por el contrario, según nuestro modo de entender: por la vía de la imputación objetiva debe excluirse, además, la represión de aquellos favorecimientos que sean escasamente lesivos, o que no tengan capacidad objetiva para poner en riesgo el bien jurídico colectivo identificado en la competencia (ausencia de riesgo).

¿Y cómo podría conseguirse esto? Tal y como desarrollamos a continuación, pero aquí sucintamente anticipamos: se trata de la exigencia de que el favorecimiento que se ofrezca o solicite a cambio de una dádiva sea objetivamente idóneo para mejorar o afianzar la posición competitiva de una entidad privada en el mercado. Veamos por qué.

2.2.1.1 Propuesta de interpretación: ausencia de riesgo cuando el trato de favor que se solicite u ofrezca no sea objetivamente idóneo para mejorar o afianzar la posición competitiva de una entidad privada en el mercado

1. Como indica expresamente la LO 1/2015 (Preámbulo XVIII), el artículo 286 bis.1 y 2 CP prohíbe los pagos de «sobornos» para obtener «ventajas competitivas». En esta expresión radica –en nuestra opinión– la clave para desentrañar en qué consiste el riesgo que pretende prevenir la norma, de acuerdo con su auténtica finalidad.

En efecto: esta alusión a las «ventajas competitivas» nos sugiere a voces la necesidad de que el trato de favor que debiera concederse (recordemos: como contraprestación de un incentivo ilícito) pueda mejorar, o cuando menos afianzar, la posición competitiva de una entidad privada en el mercado. Al tipo penal, de este modo, no le interesaría cualquier clase de favorecimiento, sino sólo los que pudieran suponer una efectiva ventaja, una mejora de la capacidad o situación competitiva de una entidad en alguna relación comercial. Por ejemplo: la que genere una expectativa razonable de ahorro o provecho económico,

¹⁴² ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 356.

bien directamente, mediante una contratación, o bien indirectamente, a través de la obtención de una información comercial que permita a un competidor sobreponerse al resto (véanse los casos que se examinan más abajo).

Además, de esto podemos extraer otra consecuencia: pues de esta expresión («ventaja competitiva») también se deduce fácilmente que, para poder ser considerada tal (esto es, una ventaja), es necesario que ésta sea «significativa»¹⁴³, en el sentido de «relevante en el ámbito económico»¹⁴⁴; es decir, lo opuesto a insignificante, porque de no ser así no podría hablarse, en puridad, de una verdadera «ventaja». Tal requisito se encuentra implícito, y por tal razón carecería de capacidad para poner en riesgo las relaciones de competencia y, por tanto, no podría afectar el bien jurídico protegido.

Porque si de lo que se trata es de reafirmar o restablecer la confianza en el buen funcionamiento del mercado, esto es, la confianza de la sociedad en que las empresas no acuden ni tienen que acudir a la corrupción para competir, entonces solamente se crearía el riesgo penalmente desaprobado cuando el trato de favor sea idóneo *ex ante* para producir una mejoría de la capacidad o situación competitiva de otra entidad¹⁴⁵.

De lo contrario, ¿en qué consistiría la competencia ilegítima prohibida por el artículo 286 bis.1 y 2 CP? Sin la solicitud, ofrecimiento o concesión de una ventaja competitiva (repetimos: objetivamente idónea para mejorar o afianzar la posición de una entidad privada en el mercado), el acto de incentivación no tendría el significado de corrupción en los negocios. Tendría otro significado, ciertamente, pero el riesgo que generaría no sería el que el tipo penal pretende evitar; pues sin tal mejoría no se podría desplazar ilegítimamente a otros competidores (por ello –decíamos– sólo las actuaciones con aptitud para alterar las relaciones de competencia pueden generar un potencial peligro para el bien jurídico).

Así: ningún sentido tendría la desaprobación de un riesgo que ya se prevé o advierte *ex ante* incapaz de generar una ventaja comercial.

Antes de continuar, una precisión: no se trata –en nuestra opinión– de tener que comprobar, caso por caso, si realmente existe una relación real de competencia entre las entidades privadas que incurran en la corruptela y el resto de com-

¹⁴³ Expresión empleada también en SANTANA VEGA, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 354.

¹⁴⁴ STS (Sala de lo Civil) n.º 311/2007, de 23 de marzo de 2007.

¹⁴⁵ En dirección similar (pero desde el punto de vista del incentivo), la SAP Barcelona n.º 173/2018, de 28 de febrero de 2018: «Que la entrega o recepción del beneficio o ventaja pongan en grave peligro la competencia justa y honrada en la contratación de bienes y servicios entre quien los entrega y quien los recibe. Es decir, que sean potencialmente aptos para colocar al primero, de forma injusta, en una posición de ventaja frente a sus competidores en la contratación con la empresa del segundo».

petidores ¹⁴⁶. Porque ni del tenor literal del delito, ni de su finalidad, se desprende tal necesidad. Lo que decimos es que a los efectos del riesgo desaprobado bastaría comprobar que la acción es idónea *ex ante* para atentar contra el orden concurrencial, con una actuación potencialmente lesiva o peligrosa para los intereses de otros eventuales competidores (de ahí la expresión literal del tipo «frente a otros»). Y ello con independencia de que la ventaja competitiva se materialice o no efectivamente, tras la eventual concesión del favorecimiento en cuestión.

Porque aunque el acto de favorecer (idóneo *ex ante*) se corporeice en una efectiva ventaja competitiva, y aunque se produzca como consecuencia de ello (*ex post*) un peligro concreto o lesión para los intereses comerciales de otros competidores, tal resultado excedería del requerido por la norma, bien entendido en el sentido de que para el delito no es necesario que la mejora posicional se materialice: basta con que la acción, el riesgo que ésta genere, se valore potencialmente peligrosa para el orden concurrencial (es decir: sin necesidad de constatar la producción *ex post* de un concreto peligro o lesión). Pues para poder afectar a la confianza en el buen funcionamiento del mercado no es necesario más; pero tampoco menos, como podría ser un simple peligro abstracto ¹⁴⁷.

2. Los siguientes grupos de casos (unos de carácter teórico, otros extraídos de la práctica real) sirven de campo de pruebas para corroborar la validez y utilidad de esta propuesta interpretativa ¹⁴⁸.

2.1 La mejoría o afianzamiento de la posición competitiva puede consistir en la fijación de determinados precios de venta de productos o servicios a terceros que pueda resultar beneficioso para la empresa favorecida, la limitación de la producción o de las ventas a sus competidores, o el reparto de mercados o clientes, incluida la discriminación contractual de ciertas empresas en el ámbito de los negocios, particularmente en las importaciones o las exportaciones de mercancías, y en la prestación de servicios comerciales.

Ejemplo: El administrador (X) de la empresa (A) (titular de una conocida marca de bebidas) abona una comisión al administrador (Y) de la empresa (B) (propietaria de una cadena de supermercados) para que deje de poner a la venta en sus establecimientos los productos de la empresa (Z) (titular de otra marca competidora).

¹⁴⁶ Asimismo, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 337.

¹⁴⁷ De opinión contraria, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 385, quien llega a esta conclusión precisamente por lo que criticamos aquí, por la lectura excesivamente gramatical del tipo penal.

¹⁴⁸ Precisamos que no resulta posible enumerar de forma taxativa todos los supuestos de hecho en los que podría darse o no el riesgo típicamente desaprobado, debido a la riqueza inabarcable de la casuística. Teniendo presente esta ineludible limitación, y hasta donde alcanzamos a ver, los grupos de casos que identificamos son los que se exponen a continuación.

No obstante, lo más habitual será que tales tratos de favor radiquen en la adjudicación de un contrato, bien sea para la adquisición o venta de ciertas mercancías, o bien para el encargo de un servicio o negocio a una determinada empresa, prefiriéndola a ésta frente al resto competidores. En estos supuestos la mejora competitiva tendría un contenido eminentemente económico, por los beneficios directos que, conforme a una expectativa razonable, cabría cosechar como consecuencia de la propia contratación.

Caso *Desigual*: Durante los años 2010 y 2011, el director (X) del departamento de calidad de la marca «Desigual» le exigió a (Y), uno de sus proveedores de textil, el pago de una serie de comisiones económicas, que fueron efectivamente abonadas (ascendieron a un total de 70.000 euros). Como consecuencia de ello, en el año 2011 la empresa de (Y) incrementó su facturación en 225.020 euros¹⁴⁹.

Otro ejemplo: El administrador (X) de la empresa (A) (dedicada a la construcción) entrega 500.000 euros al administrador (Y) de la empresa (B) (dedicada a la promoción inmobiliaria) para que, como contraprestación de esta cantidad de dinero, le encargue a la empresa (A) la edificación de un complejo inmobiliario. Con anterioridad a la entrega del mencionado incentivo, la empresa (B) barajó adjudicar dicha obra a otras empresas distintas, que finalmente fueron preteridas en favor de la empresa (A)¹⁵⁰.

Supuestos de hecho similares podemos encontrar en la jurisprudencia anglosajona, en los que la entrega de «sobornos» entre particulares se realiza a cambio de cerrar determinados acuerdos comerciales: es decir, en los que –siguiendo nuestra terminología– la expectativa razonable de una mejora competitiva surge gracias a la adjudicación de una serie de contratos, desplazando al resto de potenciales competidores que no participan en la corruptela. Así sucedió en el caso *Ikea (2007)*¹⁵¹, *Regina v. Anderson (2002)*¹⁵² y *Regina v. Welcher (2007)*¹⁵³.

Caso *Ikea (2007)*: Entre los años 1998 y 2000, *Hauxwell-Smith* (proveedor de diversos suministros) le pagó a John Brown y a Paul Hault (entonces empleados de *Ikea*) más de un millón de libras esterlinas. La ventaja competitiva que se le concedió consistió en lo siguiente. En el momento de los hechos, *Ikea* no aceptaba que más del 40% de la facturación proviniera de un solo proveedor, para no

¹⁴⁹ SAP Barcelona n.º 173/2018, de 28 de febrero de 2018.

¹⁵⁰ En la STS n.º 485/2016, de 7 de junio de 2016 (caso del hotel del Palau), se plantea como hipótesis no probada (F. D. 14.º) que una empresa hotelera hubiera pagado una serie de dádivas para adquirir unos terrenos, en detrimento de otros competidores. Aunque tampoco podría haberse aplicado el artículo 286 bis.1 y 2 CP, puesto que los hechos enjuiciados se cometieron con anterioridad a la LO 5/2010.

¹⁵¹ R. v. Adam David Hauxwell-Smith (Case No. T 20057504) y R. v. John Brown (Case No. T 20057505).

¹⁵² R. v. Malcolm John Anderson [2002] EWCA Crim 2914; [2003] 2 Cr. App. R.(S.) 28.

¹⁵³ R. v. Welcher & Ors [2007] EWCA Crim 480; [2007] 2 Cr. App. R.(S.) 519.

depender excesivamente de él. Pues bien, los pagos se hicieron para eludir estar regla. Gracias a esto las compañías de *Hauxwell-Smith* recibieron ingresos por más de 26 millones de libras, por los negocios que éste realizó con *Ikea*. En este caso, los tres acusados admitieron su culpabilidad por la comisión de diversos delitos de corrupción.

Caso *Regina v. Anderson* (2002): En 1999 dos empleados de una empresa ferroviaria llamada *Railfreight* aceptaron recibir un incentivo de 25.000 libras esterlinas (de los que se abonaron efectivamente 23.650 libras) por parte de otra empresa proveedora, de nombre *Brown Vehicle Rentals Ltd*, a fin de que, como contraprestación de aquel, se le adjudicasen una serie de contratos por un valor de negocio de 1 millón de libras esterlinas. La sentencia de instancia condenó a los tres sujetos que intervinieron en los hechos por un delito de corrupción: los dos empleados desleales de *Railfreight*, que habían cometido la conducta favorecedora, y el responsable de la empresa *Brown Vehicle Rentals*, que abonó las comisiones ilícitas¹⁵⁴.

Caso *Regina v. Welcher* (2007): En este supuesto, enjuiciado también en el Reino Unido, dos de los acusados fueron condenados, por una parte, por un delito de conspiración para cometer una conducta de corrupción y, por otra parte, por un delito de conspiración para cometer una defraudación. Todas las condenas fueron confirmadas en apelación. En dicha sentencia se declaró probado que desde 1991 hasta el 2001 los dos administradores de la empresa *Excel Engineering* acordaron entregar a dos empleados de la empresa *Mars* una serie de regalos y atenciones, en forma de dinero en efectivo, y en otra clase de prestaciones, a cambio de que otorgar comercialmente un trato de favor a *Excel Engineering*. Aunque de la sentencia no se desprende con claridad qué conductas concretas serían constitutivas de corrupción y qué otras lo serían de defraudación, lo cierto es que la entrega de los incentivos ilícitos se realizó a cambio de que los empleados de *Mars*: 1) formalizasen ciertos pedidos a *Excel*; 2) autorizasen pagos sobrefacturados a *Excel* por trabajos efectivamente realizados; 3) aprobasen pagos a *Excel* por trabajos no realizados¹⁵⁵.

De la jurisprudencia alemana diversos casos resultan también de interés para lo que venimos a sostener. En concreto, nos referimos al caso *Siemens-*

¹⁵⁴ Por si resulta de interés para la mejor comprensión de la mecánica delictiva que se ejecutó en este caso, el abono del incentivo al que nos acabamos de referir se realizó en pequeñas sumas, de forma fraccionada, a favor de otra empresa que los dos empleados desleales habían constituido *ex profeso*. Desde esta última empresa se giraron una serie de facturas falsas que fueron abonadas por el proveedor incentivador, haciéndose constar como concepto unos servicios de consultoría que no se habían prestado en realidad.

¹⁵⁵ Los incentivos ilícitos en este caso consistieron en la entrega de alrededor de medio millón de libras esterlinas, y en diversos regalos, como componentes y diversas herramientas eléctricas, un invernadero de jardín y un kart para niños. Para poder percibir tales comisiones irregulares se empleó también una empresa de consultoría, llamada *GW Designs*, que era gestionada por uno de los empleados desleales, desde su casa, con la ayuda de su propia esposa. Así, *GW Designs* fue utilizada para girar facturas falsas a *Mars*, que las abonó pertinentemente. Al final del todo, la operativa delictiva enjuiciada generó una ganancia de 3 millones de libras esterlinas para los sujetos incentivadores.

*KWU*¹⁵⁶ y al caso *Korkengeld-Fall* (conocido también como el caso del corcho)¹⁵⁷, y *Media-Markt*¹⁵⁸, siendo estos dos últimos especialmente interesantes por cuanto la ventaja competitiva consistió en la recomendación de los productos y servicios de un competidor por encima de los de otros, obteniendo como resultado una mejora posicional.

Caso *Siemens-KWU*: En este caso, aunque también se discutió sobre la existencia de «sobornos» en el ámbito de los negocios, se aplicó la figura de la administración desleal y delito fiscal debido a la fecha de comisión de los hechos¹⁵⁹. En cuanto a lo que aquí interesa, la ventaja competitiva que *Siemens-KWU* obtuvo a través del pago de incentivos a la empresa italiana ENEL consistió en la obtención de dos contratos con un valor de negocio de 132,5 millones de euros y 205,6 millones de euros, respectivamente. La preterición del resto de competidores en este caso resultó, además, en una ganancia de 103,8 millones de euros para *Siemens-KWU*, (cosechada como consecuencia de la adjudicación de estos dos contratos)¹⁶⁰.

Caso *Korkengeld-Fall* (o caso del corcho): Los acusados, representantes de una empresa de champán llamada *Ch*, se propusieron promocionar su marca en una determinada zona de Hamburgo. Para ello los representantes de *Ch* contactaron con los camareros de ciertos negocios de hostelería para que recomendaran a sus clientes el consumo de su bebida. A cambio de ello, por cada corcho de botella que los camareros consiguieran vender a sus clientes recibirían como recompensa 25 centavos (gratificación que después aumentó hasta los 35 centavos por cada corcho). Como consecuencia de este acuerdo, los camareros recomendaron frecuentemente el champán de *Ch* a sus clientes, recibiendo aquéllos la cuantía dineraria pactada por cada corcho, a modo de contraprestación. Así, se condenó a los acusados por la infracción tipificada en el antiguo párrafo 12 de la Ley contra la Competencia Desleal de Alemania, al entender que el comportamiento en el que habían incurrido los camareros era desleal frente a los competidores de la

¹⁵⁶ *BGHSt* 52, 323.

¹⁵⁷ *RGSt* 48, 291.

¹⁵⁸ *BGH* 1 StR 355/13.

¹⁵⁹ Véase, BACIGALUPO ZAPATER, «Delito de administración desleal», 2009; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 147; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 189.

¹⁶⁰ A propósito de este caso, en la doctrina se ha incluido el estudio del mismo dentro de la modalidad delictiva de corrupción privada bautizada con el nombre de «cajas negras» (fuera del control contable de la empresa), debido a que *Siemens-KWU* empleó dinero B, que no constaba en su contabilidad, para abonar los incentivos a la empresa ENEL. No obstante, más que una modalidad típica de corrupción privada, consideramos que el empleo empresarial de «cajas negras» o «cajas B» para el pago de sobornos es sólo un método delictivo ingeniado para dificultar el descubrimiento del delito, que no sirve para calificar jurídicamente esta conducta como una modalidad que merezca un estudio autónomo e independiente del resto de supuestos de hecho. A los efectos del delito de corrupción privada en este relato fáctico, lo importante es la acción consistente en recibir un incentivo ilícito, siendo indiferente que el pago del mismo se haga con dinero declarado o no declarado ante el fisco. En contra de nuestra postura, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 189.

empresa *Ch*; dado que esta práctica, consistente en entregar dinero por cada corcho vendido, había fomentado las ventas de esta compañía ¹⁶¹.

Caso *Media-Markt*: En el denominado escándalo *Media-Markt* las comisiones tuvieron el objetivo de mejorar la posición competitiva de una empresa de ADSL. Para ello, una agencia, que tenía centralizada la venta externa de ciertos contratos de ADSL, le propuso a un directivo (responsable del departamento de ventas y personal de *Media-Markt*) y a un empleado (con responsabilidad en el asesoramiento y gestión de dicha compañía) el siguiente acuerdo, que todos ellos aceptaron y ejecutaron durante los años 2005 a 2010. Por cada adjudicación de un contrato de ADSL y su mantenimiento posterior, que se hiciera en sus establecimientos comerciales, se realizaría la entrega de 5 euros (atendiendo a la unidad industrial de producción conocida como «día-hombre», del alemán «Manntag»). En cumplimiento de lo pactado, y durante los cinco años que duró esta operativa, se entregó en concepto de comisiones un total de aproximadamente cuatro millones de euros ¹⁶². El abono de estas gratificaciones ilícitas permitió a la empresa mejorar su posicionamiento en el mercado, al conseguir incrementar las ventas de contratos de ADSL sirviéndose de la cadena de establecimientos de *Media-Markt*, en detrimento de sus competidores, que no entraron en el sucio juego del soborno comercial ¹⁶³.

Esta propuesta de interpretación también permite resolver adecuadamente los grupos de casos conocidos como «kick-backs» o «retornos».

Para quien no esté familiarizado con esta expresión, Schünemann relata lo que es un «kick-back» con las siguientes palabras: «el representante, a la hora de cerrar un contrato en nombre y representación de su principal, acuerda con la contraparte que ésta le entregue en privado una parte del dinero que tendrá que abonar su principal, normalmente en efectivo o a través de una sociedad fantasma extranjera» ¹⁶⁴.

¹⁶¹ Toda esta operativa –cabe añadir– se llevó a cabo con el conocimiento del empresario del que dependían los camareros empleados. Pero ello no supuso impedimento alguno al Tribunal Supremo del Reich para condenar a los acusados, pues consideró que su conducta era punible por motivo de que el tipo no exige que deba concurrir ninguna desobediencia o infidelidad frente al empresario. Es decir que según dicho Tribunal, el interés de la competencia, en esta clase de supuestos, es superior. Este caso también se trata por diversos autores, DE LA CUESTA ARZAMENDI; BLANCO CORDERO, «Corrupción en el sector privado», 2002, p. 272; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 260-283; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 174.

¹⁶² El Tribunal Supremo Federal de Alemania confirmó la condena de los tres acusados en cuestión: 5 años y 3 meses de prisión para el directivo de *Media-Markt* por 60 conductas de corrupción en el comercio; 4 años y 9 meses de prisión para el empleado de *Media-Markt* por 180 conductas de corrupción; y 4 años y 3 meses de prisión para el responsable de la agencia de marketing. No obstante, cabe precisar que el Tribunal Supremo Federal de Alemania declaró prescritas tres conductas de cada uno de los condenados, pero ello no afectó a la pena total impuesta por el Tribunal de instancia. Asimismo, parece conveniente destacar que el Tribunal Supremo entendió que, en los hechos enjuiciados, existió continuidad delictiva en los comportamientos de corrupción en el mercado.

¹⁶³ De forma similar, NIETO MARTÍN, «Corrupción en los negocios», 2018, p. 438.

¹⁶⁴ Así, SCHÜNEMANN, «El Tribunal Supremo alemán», 2008, p. 136.

En esta constelación de supuestos, por tanto, la entidad favorecedora (la que debiera conceder la ventaja competitiva) sufre un perjuicio patrimonial debido a que ésta termina sufragando –en último término– el coste del soborno, que es incorporado como parte del precio total del acuerdo comercial.

Ejemplo: El administrador (X) de la empresa (A) (parte compradora) pide a la empresa (B) (parte vendedora), como condición para cerrar un contrato de compraventa de mercaderías, que la empresa (B) sobre facture en un 10% el precio final del contrato. Alcanzado finalmente dicho acuerdo, la empresa (A) (parte compradora) abona a la empresa (B) (parte vendedora) un precio que se corresponde con el 110% del valor real del producto. Tras esto, la empresa (B) (parte vendedora) retorna el 10% del precio sobre facturado al representante (X), que obtiene un lucro económico personal a costa del patrimonio de su propia compañía.

El desvalor sería doble, pues habría: una deslealtad interna (hacia la empresa), que residiría precisamente en la obtención de un lucro personal a costa del patrimonio de la entidad a la que se le debe lealtad, por el cargo o puesto que se ocupa en ella; y una deslealtad externa (hacia el mercado), por conculcarse con esta conducta el principio de buena fe objetiva, que a la hora de concurrir comercialmente deben respetar todos los competidores. Pero aclaramos: sólo esta vertiente externa configura el injusto típico en la corrupción en los negocios, al tratarse éste de un delito de competencia desleal (como hemos concluido ya)¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Este doble desvalor da lugar a problemas en sede concursal que serán examinados más adelante, en el capítulo dedicado a ello. Sin embargo, no está demás precisar que la infidelidad *ad intra* aquí proveniría del quebrantamiento de un deber de lealtad hacia la empresa por parte del subordinado, al obtener un soborno a espaldas de ésta y en contra de sus intereses (violando el principio de buena fe y diligencia debida que debe guiar todo tipo de actuación para con el principal). De este modo, infidelidad empresarial se concretaría en el quebrantamiento de una obligación que afecte a los intereses particulares del empresario, quedando en un segundo plano la creación de un riesgo desaprobado para el buen funcionamiento del mercado. Pero, como decíamos, lo relevante a efectos del delito es que la deslealtad concurrencial en los «kick-backs» se asienta en la mejora competitiva de las empresas a las que se va a favorecer (infracción *ad extra* del deber de lealtad, frente al mercado). De ahí que a los efectos de la tipicidad objetiva sea irrelevante –de acuerdo con nuestra interpretación– que hubiera existido o no una infidelidad interna por parte de las personas físicas incentivadas ilícitamente (infracción *ad intra* del deber de lealtad, frente a las propias empresas involucradas en el comportamiento reputado corrupto). De interés, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 80; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 263; SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, pp. 24-25; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1113; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 428; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 24; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1044; RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 940; QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, pp. 811-812; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 356; BENAVIDES SCHILLER, «Acerca de la corrupción», 2012, p. 135; FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 91; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 2015, p. 454.

Nuestra doctrina ha destacado diversos casos de «kick-backs» ampliamente conocidos en Alemania ¹⁶⁶, como el caso *System-Schreiber* (por la venta de unos tanques al Reino de Arabia Saudí) ¹⁶⁷, el caso *Kölner Müllskandal* (sobre el escándalo de los residuos de la ciudad de Colonia) ¹⁶⁸ y el caso *Allianz-Arena* (por la construcción de dicho estadio de fútbol en Múnich) ¹⁶⁹.

Caso *System-Schreiber*: En 1991, antes de la comúnmente conocida Guerra del Golfo, se concluyó un contrato internacional de compraventa de tanques modelo *Fuchs* entre la firma *Thyssen-Henschel* (parte vendedora) y el Ministerio de Defensa y Aviación del Gobierno de Arabia Saudí (parte compradora), con la autorización del Ministerio de Defensa de Alemania (que permitió la exportación de dichos tanques). El contrato ascendió a un valor total de 446 millones de marcos alemanes, de los cuales aproximadamente un total de 200 millones se correspondían con comisiones que fueron destinadas a distintas personas que intervinieron o intermediaron en la adjudicación del contrato. Estos incentivos se ocultaron bajo una partida contractual denominada «paquete logístico», y posteriormente, una vez realizados los pagos, se desvió este dinero a través de sociedades pantalla en el extranjero. Finalmente, una parte del dinero desviado en concepto de comisiones retornó para beneficiar a los administradores de la firma alemana. El Tribunal Supremo Federal de Alemania confirmó la condena impuesta a los dos administradores de *Thyssen-Henschel*, por sendos delitos de administración desleal y de fraude fiscal. No hubo discusión en torno a si existió o no un delito de corrupción ¹⁷⁰.

Caso *Kölner Müllskandal* (escándalo de los residuos de Colonia): A diferencia del anterior caso, aquí la conducta típica consistió en abonar incentivos ilícitos como contraprestación para obtener información sobre las ofertas comerciales realizadas por el resto de competidores, a fin de poder mejorar sus condiciones y conseguir así la adjudicación del contrato ¹⁷¹. Los hechos se desarrollaron en el marco de un concurso público que se licitó para la planificación y construcción de una planta para reciclar residuos en Colonia. Los protagonistas del amaño del concurso fueron la empresa AGV (de naturaleza pública, pero con una participación privada del 25,1%) y la empresa LCS (adjudicataria final del concurso). La empresa LCS percibió un total de 792 millones de marcos alemanes como precio para la ejecución de la obra, cantidad que fue incrementada pertinentemente para que, de esa suma global, 24 millones de marcos se destinaran, como sucedió, al pago de comisiones. En esta ocasión sí hubo condena por el delito de corrupción en las transacciones comerciales (*StGB*).

¹⁶⁶ Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado», 2008, pp. 236-241; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 147-149; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 186-189.

¹⁶⁷ *BGHSt* 49, 317.

¹⁶⁸ *BGHSt* 50, 299.

¹⁶⁹ *BGH I StR* 05/06.

¹⁷⁰ *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 148.

¹⁷¹ *Cfr.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado», 2008, p. 241.

Caso *Allianz-Arena*: La mecánica delictiva del «retorno» aquí también estuvo precedida de una comisión que tuvo como finalidad la facilitación de cierta información confidencial, que permitió mejorar las ofertas del resto de competidores que habían presentado sus respectivos proyectos para la edificación del estadio *Allianz Arena*, sito en Múnich. La decisión final sobre a qué consorcio empresarial debía adjudicarse el contrato recaía en los dos clubes de fútbol *FC Bayern München* y *TSV 1860 München*, razón por la cual algunos de sus responsables también fueron condenados por un delito de corrupción en las transacciones comerciales (*StGB*).

Sin embargo, no es necesario irnos muy lejos, dado que estas prácticas también se producen en España. Porque aunque es cierto que en nuestro país el delito de corrupción en los negocios todavía tiene –siendo eufemísticos– muy poco recorrido, podemos destacar ciertos casos en los que se pueden advertir prácticas de «retorno» como, por ejemplo, en el conocido caso *Defex* (por el suministro de material policial a la República de Angola), el cual todavía se encuentra *subjudice*¹⁷².

Caso *Defex*: Concretamente, en el caso *Defex*, los hechos que se investigan son similares a los que acabamos de ver en el caso *System-Schreiber*. La práctica de «retorno» se enmarcó fácticamente en el contexto de un contrato internacional de suministro de equipamiento y material policial suscrito en el año 2008 entre la Unión Temporal de Empresas españolas *Defex-Cueto* (parte vendedora) y la Comandancia General de Policía Nacional de Angola (parte compradora), que alcanzaba un valor total aproximado de 153 millones de euros. De esa suma dineraria se sospecha que, de unos 100 millones de euros, una parte se destinó al pago de comisiones a diversas autoridades para la adjudicación del contrato, y otra parte al enriquecimiento ilícito de ciertos responsables de *Defex-Cueto*. Es decir, que el precio del suministro de material se sobrefacturó por el triple de su verdadero valor. En cuanto a la mecánica descrita en el auto de incoación del procedimiento, la totalidad del precio del contrato fue transferida, desde Angola, a las cuentas bancarias de la *Defex-Cueto*, en España. Con posterioridad, una vez estuvo el dinero plenamente a disposición de *Defex-Cueto*, tales cantidades fueron desviadas aparentemente a diversas cuentas bancarias opacas de distintas sociedades instrumentales en el extranjero que, según dicha resolución judicial, estarían bajo el control directo y/o mediato de las personas investigadas, también responsables de *Defex-Cueto*. Aunque en este procedimiento concreto no se estaría investigando un delito de corrupción entre particulares, sino de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (además de otros, como de organización criminal, cohecho, blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública), se describe con precisión la mecánica comisiva de los «kick-backs».

¹⁷² Auto de incoación de 25 de junio de 2014 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 (DP 65/2014).

2.2. Ahora bien, entonces, ¿cuándo el trato de favor que se solicite u ofrezca a cambio de un incentivo ilícito sería irrelevante a efectos penales? Es decir, ¿en qué supuestos no habría riesgo típico de distorsión de la competencia?

En coherencia con la interpretación que proponemos, ello podría suceder cuando la mejora posicional de la empresa sea insignificante o inhábil para dispensar una ventaja comercial frente a otros competidores. Traducido esto en términos de imputación objetiva: cuando la afectación al buen funcionamiento del mercado, como consecuencia del riesgo que se despliegue, sea inexistente, desdeñable o insuficiente, conforme a un juicio *ex ante* de la peligrosidad de la conducta.

Esta causa de exclusión de la tipicidad objetiva (por ausencia de riesgo) podría darse en dos supuestos teóricos: 1) cuando la ventaja competitiva en cuestión vaya destinada a mejorar la posición de todas las empresas en el mercado, sin preferencias ni discriminaciones; 2) y cuando la ventaja competitiva sea tan nimia o intrascendente que no permita –o no sea previsible que permita– a una empresa sobreponerse a otra en una determinada relación de competencia.

A) En cuanto al primer supuesto de ausencia de riesgo, nos encontraremos ante un hecho atípico cuando el trato de favor en cuestión esté destinado a beneficiar a todos los competidores (y, por ende, a todo el mercado, sin discriminaciones o preferencias de ninguna clase).

Ejemplo: El administrador (X) de la empresa (A) (dedicada a la hostelería) le ofrece costearle las vacaciones de verano al director comercial (Y) de la empresa (B) (dedicada a los servicios de entretenimiento) al objeto de que rebaje temporalmente el 10% del precio de sus servicios (en general o sin distinciones: es decir, tanto para él como para el resto de empresas competidoras).

Pues aunque se produzca un favorecimiento como consecuencia de un incentivo extraposicional (a través de, por ejemplo, una comisión económica), este trato de favor beneficiaría a todo el mercado, y por tanto mejoraría la posición de todas las empresas por igual. Esto es, sin tener la capacidad de desplazar potencialmente a ningún competidor: de este modo, no podría decirse que el incentivo ilícito fue entregado para producir una situación de preeminencia o de superioridad entre empresas. Resultando extremadamente dudoso que pudiera permitirse la represión de esta clase de comportamientos, que no generan un riesgo de suficiente entidad como para poder alterar las relaciones de competencia.

Porque con arreglo a la interpretación propuesta, el riesgo típico se desplegaría cuando una entidad actúe para sobreponerse o desplazar a otros com-

petidores mediante «sobornos», ya que, de lo contrario, nunca podría hablarse de mejora posicional ni, por tanto, de competencia ilegítima (que es en lo que radica el injusto típico)¹⁷³.

B) Por lo que respecta al segundo supuesto de ausencia de riesgo, el hecho será atípico también cuando exista la razonable expectativa de que el trato de favor solicitado, ofrecido o concedido no suponga una mejora de envergadura, respecto de un competidor frente a otro en el mercado (insignificancia de la ventaja comercial). Así, quedarían excluidos del tipo aquellos favorecimientos –por así llamarlos– de bagatela.

Ejemplo: El directivo (X) de la empresa (A) (que agrupa una cadena de supermercados) recibe una comisión por parte del directivo (Y) de la empresa (B) (dedicada a la industria de la alimentación) para que, como contraprestación, ordene ubicar los productos de la empresa (B) en la localización más visible en sus supermercados, para asegurarse la posición más propicia para incrementar sus ventas, pero sin impedir ni dificultar las ventas del resto de productos de las competidoras¹⁷⁴.

O lo que es igual: para que la ventaja competitiva tenga relevancia penal debe tener cierta trascendencia, es decir, debe permitir a la empresa sobreponerse frente a otra en una determinada relación comercial o de negocio, o en una situación de competencia, ya que, de lo contrario, el favorecimiento interesado será irrelevante desde un punto de vista de riesgo para el bien jurídico protegido. No en vano el Derecho Penal debe renunciar al castigo de todas aquellas conductas que no sean lo suficientemente graves o insoportables socialmente, pues para ello ya existe la normativa extrapenal que tutela la competencia.

Porque, volvemos a lo mismo, el fundamento del injusto típico radica –a nuestro modo de entender– en la competición ilegítima mediante «sobornos» (sólo en ese momento la acción adquirirá el significado de corrupción en los negocios); y en coherencia con ello, el riesgo jurídico-penalmente relevante sólo se puede realizar cuando el favorecimiento que se interese sea idóneo *ex ante* para desplazar a otros eventuales competidores (lo que no sucedería en este grupo de casos).

Pero atención, siguiendo con este ejemplo: si lo que se hubiera pretendido es el desplazamiento de los productos de otros competidores a lugares que

¹⁷³ O desde otro punto de vista: la comisión no sería el componente corruptor *causante* de una ventaja competitiva (porque tal ventaja –en realidad– no sería tal).

¹⁷⁴ Supuesto de hecho semejante a uno de los que se plantean en GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 260.

sí impidieran o dificultaran su acceso o visibilidad por parte de sus potenciales consumidores, entonces sí podría entenderse que el riesgo es típicamente relevante, dado que sería idóneo *ex ante* para mejorar la posición competitiva de la compañía que abona el incentivo.

3. Lo hasta aquí analizado permite llegar, cuando menos, a una conclusión: aun compartiendo en sus bases la visión de Encinar del Pozo¹⁷⁵, el criterio interpretativo aquí propuesto permite excluir la represión de aquellos actos que, pese a encajar en el estricta literalidad de la norma, no disponen de la suficiente capacidad para preterir a otros potenciales competidores y que, por tanto, no generan el riesgo típicamente relevante que la norma pretende neutralizar (punto 2.2). Sólo por este motivo –creemos– ya merece la pena, pues resulta de utilidad para reencauzar el rigor de las soluciones a las que una interpretación excesivamente gramatical nos podría llevar. Y ello sin perder en efectividad, porque permitiría ofrecer una solución igualmente satisfactoria, y coherente con la finalidad de la norma, frente al resto de casos que hemos examinado *supra* (punto 2.1).

2.2.1.2 Refutación de las propuestas interpretativas de otros autores

Otros autores como Bolea Bardón¹⁷⁶ y Gili Pascual¹⁷⁷, por un lado, y Herrero Giménez¹⁷⁸, por otro, han dedicado también sus esfuerzos a desentrañar en qué casos –a su parecer– debe excluirse la imputación objetiva por ausencia del riesgo que daría lugar al resultado (peligro o lesión) típicamente relevante. Tal y como comprobaremos a continuación, las soluciones que estos autores proponen no resultan satisfactorias.

A) La solución propuesta por Bolea Bardón (racionalidad económica) y Gili Pascual (principio de eficiencia).

1. Antes de explicar por qué las soluciones de estos autores no nos convencen, veamos de su propio puño y letra cuál es la interpretación que sugieren.

¹⁷⁵ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 355-356.

¹⁷⁶ Véase, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 18-19; BOLEA BARDÓN, «Prácticas de kick-back», 2015, p. 9; BOLEA BARDÓN, «Corrupción privada tras la reforma», 2018, p. 31-34.

¹⁷⁷ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 104-112, GILI PASCUAL «Bases para la delimitación», 2007, pp. 266-268, autor que a su vez (re)toma o se inspira en la interpretación de KOEPEL de la doctrina alemana (KOEPEL, A. K., *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* (§299StGB). *Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm*. V&R Unipress. Osnabrück, 2006).

¹⁷⁸ Véase, HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, pp. 294-300.

En boca de Bolea Bardón, «[e]l injusto propio del delito de corrupción privada surge de la toma de decisión no razonable a favor de una determinada opción (peor oferta seguida de una comisión). Por tanto, hay delito cuando no se puede explicar en términos de racionalidad económica la decisión en favor del producto que representa una peor opción en el mercado, sin desvinculación de la ventaja obtenida. En cambio, la decisión en favor de un precio estándar (oferta igual) no puede llegar a ser típica en el sentido del art. 286 bis, aunque el sujeto hubiera podido conseguir un descuento para su empresa que de hecho ha ido directamente a su bolsillo, dejando así de beneficiar a la empresa»¹⁷⁹.

Y para Gili Pascual: «[p]arece evidente que las transacciones beneficiosas (entendiendo por tales las que consisten en la elección de la mejor oferta en términos de mercado) han de quedar fuera del ámbito típico, como resulta en principio fácilmente argumentable. En ellas la competencia justa en el mercado objetivamente no se resiente puesto que se respeta el principio de eficiencia y prevalece la mejor opción en términos de calidad/precio, de modo que las demás eventualmente preteridas no habrán tenido en realidad posibilidades efectivas en términos competitivos ni habrán sido objetivamente puestas en peligro»¹⁸⁰.

Lo que le lleva al mismo tiempo a sostener que las transacciones denominadas neutras (esto es, aquellas operaciones no perjudiciales, indiferentes para los intereses de la entidad que debiera prestar el trato de favor) no son inocuas en el sentido del tipo, puesto que las «ofertas iguales se han preterido no por sus deméritos intrínsecos, sino porque otra oferta igual contaba con apadrinamientos espurios, reduciendo (aniquilando más bien) todas sus posibilidades de prosperar en términos competitivos en aquella concreta operación (cosa que no ocurre si son preteridas por una oferta más beneficiosa, como se ha visto)»¹⁸¹.

De este modo, según lo defendido por tales autores, solamente aquellas operaciones perjudiciales y neutras (las que ostentan un cierto grado de infidelidad *ad intra*) pueden poner en peligro los intereses del resto de potenciales competidores, al ver desplazadas sus legítimas expectativas por ofertas comerciales peores o iguales en términos de racionalidad económica o de eficiencia del mercado (atendiendo no a la valía intrínseca de la oferta, por su calidad-precio, sino porque esta valía se vería sustituida por la corrupción).

¹⁷⁹ Así en, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 13.

¹⁸⁰ GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 104.

¹⁸¹ GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 108.

2. Pues bien, aunque en el capítulo primero ya hemos concluido que, a la hora de salvaguardar el bien jurídico de la competencia, el delito carece –al contrario de lo que sostienen Bolea Bardón y Gili Pascual– de una vertiente interna de deslealtad (frente al principal), sino que sólo detenta una externa (frente al mercado), merece detenerse aquí en cuanto al análisis del por qué –desde el punto de vista del riesgo– el criterio interpretativo aquí propuesto (el de la ventaja comercial entendida como mejora o afianzamiento de la posición competitiva de una entidad en el mercado) es también preferible al que tales autores proponen. Empecemos con un supuesto.

Ejemplo: La empresa (A) pide presupuesto a dos proveedores de mercancías para el suministro de cierto material. La empresa proveedora (X) realiza la mejor oferta comercial en relación calidad y precio, prometiéndole además al administrador de la empresa (A) la entrega de una cierta cantidad de dinero si accede a contratar con ella. La empresa proveedora (Z) –que no promete ni entrega ningún incentivo– por exactamente el mismo producto pide un precio superior al propuesto por su competidora, la empresa (X). Con posterioridad, el administrador de (A) acepta el ofrecimiento de (X) y contrata con ella.

Según lo defendido por Bolea Bardón y Gili Pascual, este supuesto sería atípico, puesto que la empresa (Z) en ningún momento habría tenido ninguna oportunidad de competir frente a (X), ya que en términos de calidad-precio su oferta era peor. O visto de otra manera: aunque (X) no hubiera prometido la entrega de una comisión, habría sido finalmente adjudicataria del contrato, por haber realizado la mejor oferta comercial, por lo que no habría habido afectación a la justa competencia (en términos de racionalidad económica o de eficiencia del mercado).

Esta seductora solución, sin embargo, bien mirada, se vuelve completamente insatisfactoria, porque si aceptamos la falta de imputación objetiva en este grupo de casos (por falta de riesgo), deberíamos reconocer igualmente que *de facto* el injusto típico únicamente podría ser cometido por las empresas con menor capacidad competitiva en el mercado (en términos de capacidad para ofrecer las mejores condiciones comerciales, en comparación con la del resto de competidores). Es decir: como las empresas más competitivas tenderían a realizar buenas ofertas comerciales (porque para eso estarían bien posicionadas en el mercado), sus actos de incentivación jamás encajarían en el tipo penal. Para excluir el tipo bastaría con que la oferta incentivada se hiciese a precio de mercado.

Pues, en efecto, la interpretación de Bolea Bardón y Gili Pascual nos llevaría a tener que admitir que las empresas más competitivas, esto es, las

que previsiblemente harán mejores ofertas, se encuentran libres de incentivar a quienes quisieran (todos los administradores, directivos, empleados o colaboradores de las empresas que desearan), pues nunca tales conductas podría ser consideradas peligrosas, ni para la racionalidad económica, ni para la eficiencia del mercado. Esto es: nos llevaría a una despenalización implícita del soborno en el ámbito de los negocios, pues no parece descabellado pensar que las compañías con mayor capacidad para competir, a la postre, las de mayor facturación, son, a su vez, las empresas que mayor riesgo pueden asumir a la hora de realizar una mejor o más ajustada propuesta comercial (lo cual ya les sitúa en una posición ventajosa en términos de competitividad).

Por ello es preferible, en cambio, nuestra solución. Porque si dejamos fuera del tipo las conductas de soborno comercial realizadas por las empresas más competitivas, lo que el Código Penal propiciaría es que estas empresas consoliden o afiancen su supremacía en el mercado al conseguir mayor poder económico a base de «sobornos», quedando definitivamente aniquilada la confianza en el mercado y en su correcto desarrollo. Por ello, dejar impune esta clase de comportamientos –que claramente generan el riesgo típicamente desaprobado– no parece lógico a la luz de la finalidad de la norma.

A nuestro modo de entender: para romper o alterar las reglas del buen funcionamiento del mercado no se requiere una preterición del competidor más fuerte (más eficiente) en favor del más débil (menos eficiente), puesto que ambos sin excepción, llegado el caso, pueden cometer comportamientos anti-competitivos precisamente para mejorar o perpetuar su posición en el mercado. Lo que el Código Penal pretende, pues, es que todos los competidores pugnen comercialmente entre sí con las mismas armas, que son las que la ley y los usos les permitan, sin hacer uso de incentivos ilícitos. Por ello, resulta completamente intrascendente –desde el punto de vista del peligro para la competencia– si la oferta comercial propuesta o aceptada es la más o menos ventajosa (o si se atenta o no contra el criterio de racionalidad económica o de eficiencia del mercado)¹⁸².

Lo relevante penalmente –creemos– es que la ventaja competitiva sea idónea para mejorar o afianzar la posición de una empresa (frente al resto de competidores), algo que podrá suceder, en unos casos cuando la propuesta comercial ofertada sea la mejor, en otros casos cuando sea la peor, y en otros

¹⁸² Como hemos citado anteriormente, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 18-21; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 104-105; BOLEA BARDÓN, «Corrupción privada tras la reforma», 2018, p. 32.

incluso cuando sea exactamente igual o neutra en sus condiciones. Como decimos, resulta indiferente. Lo que refuerza la idea de que la deslealtad en el mercado no se mide en términos de oportunidad comercial, sino de mejora sustancial de la posición de una empresa mediante incentivos ilícitos.

B) La solución de Herrero Giménez (neutralidad del proceso de decisión).

1. Defiende en solitario Herrero Giménez que «el delito de corrupción entre particulares no es un delito de peligro, sino de lesión. El bien jurídico en este delito es la neutralidad en el proceso de la voluntad de la contratación», razón por la cual –precisa dicho autor– «la existencia del soborno ataca sin lugar a dudas a la competencia. La corrupción, como comportamiento tendente a aceptar u otorgar un beneficio o ventaja sin motivo o causa (esto es, injustificados) puede ser considerada no un riesgo, sino una lesión a la competencia leal. La neutralidad de la voluntad de las partes en la contratación queda viciada-infectada mediante el soborno. De esta manera se lesiona la ortodoxa configuración del negocio jurídico»¹⁸³.

Esta forma de concebir el delito –que tampoco compartimos, como veremos más abajo– tiene importantes consecuencias en lo que atañe a la imputación objetiva, ya que requeriría que la acción cree el riesgo no permitido (*ex ante*), y que tal riesgo se realice en el resultado prohibido penalmente (*ex post*); no siendo suficiente con apreciar la peligrosidad *ex ante* de la acción, como ocurre en los delitos de peligro.

Tomemos prestado un ejemplo de Herrero Giménez, que para él sería de disminución del riesgo (criterio que le conduciría a excluir la imputación objetiva). El caso sería el de un representante de ventas que accede a ser invitado por un proveedor a comer en un restaurante, pero finalmente paga de su bolsillo cien euros de los tres cientos que cuesta la comida, porque pese a haber actuado causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, evitaría a la vez la producción de un resultado más perjudicial¹⁸⁴. Y aunque Herrero Giménez no lo diga expresamente, la razón de ello sería que dicho representante habría disminuido el riesgo de lesión de su neutral voluntad, al haber reulado en último momento, abonando una parte del precio de la comida (en concreto: una tercera parte de lo que en principio iba a ser la invitación).

2. Pues bien, en nuestra opinión: la solución propuesta por Herrero Giménez no permite resolver satisfactoriamente supuestos como el que relata, ni tampoco otros.

¹⁸³ HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, pp. 201-202.

¹⁸⁴ Cfr. HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, pp. 294-295.

Decimos esto porque –según su propia interpretación– sólo podría consumarse el delito cuando hubiera una efectiva lesión de la neutralidad del proceso de voluntad, es decir, cuando tal neutralidad haya sido fracturada o derruida (perspectiva *ex post*), como consecuencia de un beneficio o ventaja injustificado (perspectiva *ex ante*). Trasladando esto al supuesto fáctico planteado: como el representante de ventas habría rechazado la invitación que le hizo su proveedor, al adelantarse y pagar una parte de la comida, el propio representante habría evitado el resultado de lesión, dejando indemne su neutralidad, de forma que la acción peligrosa desplegada por aquél no habría conseguido finalmente doblegar su voluntad (tentativa del corruptor).

Pero esto no es lo más importante de todo. Lo principal que debe objetarse es que si llevásemos la concepción de Herrero Giménez hasta las últimas consecuencias, tendríamos que admitir que el delito de corrupción en los negocios es un delito de consumación bilateral, que sólo llegaría a producirse cuando el proceso de formación de la voluntad en un negocio se vea lesionado efectivamente por la aceptación o concesión de un incentivo injustificado, es decir, con la existencia de un pacto entre el corruptor y corrupto¹⁸⁵. De modo que todo intento de corromper que no fructifique en un acuerdo entre el sujeto incentivador y favorecedor quedaría en el ámbito de la tentativa (lo que iría en contra del tenor del artículo 286 bis.1 y 2 CP).

Nuestra interpretación es más coherente desde el punto de vista de la creación del riesgo típico, pues en este grupo de casos, en los que se intenta pero no se consigue corromper a un responsable de una empresa, es difícil cuestionar que se produce el peligro desaprobado por el tipo penal. En nuestra opinión, es preferible entender que a los efectos de la creación del riesgo típicamente relevante (el que debe generar el peligro prohibido por la norma) lo que hay que comprobar es: en primer lugar, si el incentivo es idóneo *ex ante* para motivar la voluntad del sujeto decisor; y en segundo lugar, si la ventaja comercial que se solicita u ofrece a cambio tiene la capacidad objetiva para mejorar o afianzar la posición competitiva de una entidad comercial frente a otros competidores.

Y ya descendiendo a cómo resolveríamos este supuesto particular: aun admitiendo –que lo dudamos– que una simple invitación en un restaurante sea *per se* un incentivo capaz de doblegar la voluntad de una persona (criterio de la adecuación social), de los hechos no se desprende que el proveedor en cuestión haya solicitado por ello a cambio un trato de favor comercial (es decir, una

¹⁸⁵ Y ello pese a que tal autor diga lo contrario: es decir, que nos encontramos ante un delito de consumación unilateral. Véase, HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, pp. 96 y 102, nota al pie n.º 292.

ventaja competitiva), ni expresa ni tácitamente. Sólo por ello, la conducta quedaría al margen del tipo penal, al no haberse realizado el riesgo de peligro que la norma quiere neutralizar.

En el siguiente epígrafe examinamos con más detalle el porqué de ello, al tratar los casos de incentivación en consideración al cargo (también denominado, de facilitación).

2.2.1.3 ¿Riesgo típico en supuestos de incentivación en consideración al cargo?

1. ¿Sanciona nuestro Código Penal la incentivación de facilitación? ¿Es típico el beneficio o ventaja que fuera ofrecido en consideración al cargo mercantil o puesto laboral de un sujeto en una entidad privada (esto es, sin pedirse nada a cambio, por el solo hecho de su pertenencia o vinculación con ésta)?

Ejemplo: Supongamos que el director general de una compañía eléctrica recibe una comisión económica por parte de otra empresa del mismo sector comercial, pero ni al momento de aceptar dicha cuantía ni con posterioridad se le solicita trato de favor de ninguna clase. Simplemente se entrega esta gratificación sin pretender o solicitar nada a cambio ¹⁸⁶.

Esta es una de las cuestiones que más preocupación genera en el ámbito de los negocios. Por ello, no hay ninguna de las grandes empresas cotizadas de este país que de un modo u otro no haya previsto en sus códigos éticos o de conducta una política de rechazo a la percepción de regalos u obsequios (bien con un carácter absoluto ¹⁸⁷, o bien de forma parcial, aceptando su admisibilidad bajo ciertas condiciones tasadas ¹⁸⁸).

¹⁸⁶ Este supuesto de hecho se encuentra inspirado en el caso *Regina v. Wilcox (1995)*, del Reino Unido (R. v. Robert Albert Wilcox [1995] 16 Cr. App. R.(S.) 197). Lo que allí sucedió, en realidad, es que la entrega del incentivo ilícito se realizó en relación con la renovación de un contrato de provisión de suministros, aunque no quedó acreditado que el director general hubiese realizado ningún tipo de influencia para asegurar la renovación del controvertido contrato, ni, en definitiva, que hubiese otorgado una ventaja comercial a la empresa que abonó la comisión. El juzgado de instancia condenó al referido director general por un delito de conspiración para cometer un acto de corrupción, a una pena de 12 meses de privación de libertad (que en apelación fue reducida a la mitad).

¹⁸⁷ Véanse los códigos de conducta de *Endesa, Telefónica, Abertis, Acciona, Sabadell, Bankia, Cellnex Telecom, Ferrovial, Gamesa, Grifols, Red Eléctrica, Repsol, Bayer, Amadeus It Group, Arcelormittal, Ferrovial, Iberia e Ikea*.

¹⁸⁸ Tal sería el caso de los códigos éticos de *Iberdrola, Acerinox, BBVA, Bankinter, FCC, Meliá Hotels, ACS, Enagás, Farmaindustria, Gas natural, Mediaset, Inditex, DIA, Mapfre, Banco Santander, AENA, Indra, Técnicas Reunidas, Saeta Yield y Caixabank*.

Sin embargo, cuando se habla de esta prohibición en la empresa muchas veces se confunden aspectos de naturaleza ético-social con los de carácter jurídico. La ley penal es la que es, y por eso, al margen de cualquier clase de consideraciones ajenas al Derecho, lo que debemos examinar es si estos grupos de comportamientos son típicos o no lo son (o lo que es igual: si estas acciones generan o no el riesgo típico que la norma penal pretende evitar).

Pues bien, empezando por el final: estos actos de facilitación en el ámbito de los negocios son atípicos¹⁸⁹. En efecto, quedan fuera del ámbito de incriminación los beneficios o ventajas mediante los que se solicite u ofrezca a cambio ningún trato de favor; es decir, por ejemplo, las invitaciones que simplemente tengan como objetivo ganar la simpatía, la confianza o la buena voluntad de otras empresas, aunque se dirijan a crear un ambiente interpersonal favorable que pudieran tener ciertos efectos positivos en la toma de decisiones de la empresa¹⁹⁰.

Porque para que la acción genere el riesgo jurídico-penalmente relevante se exige que entre el «incentivo ilícito» y el «favorecimiento indebido» (es decir, entre el beneficio extraposicional y la decisión comercial indebida que suponga una ventaja competitiva, llegue o no a adoptarse efectivamente) exista una conexión causa-efecto, una vinculación *causante* que los correlacione, de modo que uno sea la contraprestación del otro. Por esto con arreglo a la redacción del artículo 286 bis.1 y 2 CP estas conductas de facilitación no encajan en la estructura del delito.

2. No basta con que el incentivo ilícito se facilite con la esperanza incierta o inespecífica de obtener en el futuro ciertas ventajas competitivas. En este grupo de casos el motivo de incentivar a otro es –única y exclusivamente– el «cargo o función» que desempeña el sujeto receptor en una entidad privada, sin pedir nada a cambio; lo que choca con el requisito de que el beneficio o ventaja sea la «contraprestación» del trato de favor (estructura *do ut des*): la mejora o afianzamiento de la posición competitiva de una entidad privada en el mercado.

¹⁸⁹ Véase, BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1114; CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 20; CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 621; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 22; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 2015, p. 454; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 565; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 333; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 657; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 466; GILÍ PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 259; NAVARRO FRÍAS, «Retribuciones externas», 2017, pp. 263-264; CORCOY BIDA-SOLO, «Problemas político-criminales», 2018, p. 222. Y también, desde la perspectiva comparada del ordenamiento jurídico noruego, OTERO GONZÁLEZ, «La respuesta», 2017, p. 244.

¹⁹⁰ En cuanto a la aceptación de invitaciones o regalos por parte de empleados públicos, BLANCO CORDERO, «Regalos y corrupción», 2015.

Pues, en efecto: el delito de corrupción en los negocios nació para combatir los pagos para obtener ventajas competitivas en el mercado, no para perseguir la mera entrega de regalos u otros obsequios. Si se hubiera pretendido criminalizar una suerte de «corrupción privada de facilitación», entonces, se habría previsto una figura delictiva similar a la del cohecho (artículo 422 CP, tras la LO 5/2010). Pero esto no es lo que ha sucedido.

Como resultado: aunque el beneficio o ventaja sobrepase el límite de lo permitido (por ejemplo, porque por razón del elevado montante económico éstos sean inaceptables), si no se solicita u ofrece a cambio ningún favorecimiento indebido, entonces, la acción no terminaría de desplegar del todo el riesgo típicamente relevante.

Ejemplo: Siguiendo con el caso del director general (X) que recibe una comisión económica sin solicitársele nada a cambio. Si transcurridos desde entonces dos años, (X) decide voluntariamente contratar con la empresa que le abonó la comisión (pero por razones distintas al incentivo), el hecho continuaría siendo atípico: porque aun existiendo una relación de causalidad, el incentivo no sería el *causante* del favorecimiento (no sería lo que habría motivado al sujeto a actuar), por lo que el riesgo realizado no sería el que se pretendía prevenir.

Por eso este grupo de comportamientos son irrelevantes a efectos penales. Nada importa el hecho de que ésta sea o no antiestética o socialmente inapropiada. Es más, no negamos –tan siquiera– que ésta pueda dar lugar a consecuencias jurídicas en el seno de la entidad privada (por ejemplo, a una sanción disciplinaria o, incluso, al despido u otras clases de reclamaciones de naturaleza civil). Lo único que decimos es que estos casos no encajan en el delito y, como tal, deben quedar impunes penalmente.

3. Y por último: esta atipicidad penal también alcanzaría –de igual modo– a las denominadas prácticas de «alimentación», que consisten en la realización de sucesivas entregas de pequeñas cantidades de dinero o de obsequios de reducido valor económico (como invitaciones a espectáculos musicales o deportivos), para, al final, generar cierta dependencia o subordinación en la persona que los recibe¹⁹¹. No en vano la «alimentación» es –en puridad– una forma comisiva de corrupción privada en atención al cargo o función en la empresa, puesto que con la corruptela no se pretende lograr un trato o decisión comercial favorable,

¹⁹¹ Cfr. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 185. En cuanto a esto ENCINAR DEL POZO pone de ejemplo el «caso de las entradas de la Copa Mundial» (también conocido como caso *WM-Ticket-Affäre* o *EnBW* [acrónimo de la compañía eléctrica *Energie Baden-Württemberg AG*], que recayó en la sentencia alemana *BGH 1 StR 260/08*). Sin embargo lo que en este caso se discutió fue la aplicación del delito de cohecho, en la medida en que quienes recibieron los regalos fueron distintas autoridades y funcionarios públicos de la República Federal de Alemania (en concreto, entradas para los palcos de un partido de la Copa Mundial en Stuttgart y Berlín).

sino solo captar la confianza del receptor del incentivo, u obtener cierto dominio o capacidad de influencia sobre su persona¹⁹². Sin embargo, conviene aclarar: nada obsta a que se entienda realizado el riesgo típico desde el momento en que se produzca una solicitud o petición, expresa o tácita, de trato de favor (por ejemplo: tras varios meses de «cebar» con regalos a un directivo).

2.2.1.4 ¿Riesgo típico en supuestos de incentivación de recompensa?

Surgen también considerables dudas a la hora de admitir que el Código Penal castiga la incentivación de recompensa, es decir, de aquellos actos de incentivación que se efectúen para gratificar decisiones comerciales adoptadas con anterioridad.

Ejemplo: Durante el proceso de búsqueda de contratistas, la empresa (X), dedicada al negocio de venta de ropa, solicita un pliego de condiciones a las tres principales empresas transportistas del país, las compañías (A), (B) y (C), con el objeto de evaluar qué oferta comercial es la más beneficiosa de las tres que fueran a presentarse. Sin embargo, antes de finalizar el proceso interno de contratación, uno de los consejeros delegados de la empresa (X), que conocía desde hacía tiempo al director general de la empresa (C), le facilita a éste el pliego de condiciones de contratación remitidas por las empresas (A) y (B), posibilitando en consecuencia que (C) finamente mejorase las ofertas de sus otros competidores. Pasado un tiempo de lo sucedido, el consejero delegado de la empresa (X) coincide en un evento con su amigo, el director general de la empresa (C), y le pide el pago de una cantidad de dinero a modo de agradecimiento por la ayuda prestada.

Como podemos comprobar en este ejemplo, el incentivo ilícito no es el motor causal (el componente *causante*) que estimula la concesión de una ventaja competitiva en el mercado. La acción de solicitud, ofrecimiento, concesión, promesa o aceptación de un beneficio o ventaja injustificados es posterior al trato de favor, no lo motiva. De ahí que los casos de incentivación de recompensa sean atípicos porque no generan el riesgo típico que el legislador pretendía prevenir¹⁹³.

¹⁹² En contra, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 185-186.

¹⁹³ De forma unánime, CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1114; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 20; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 22; MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 436; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 621; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 703; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 26; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 2015, p. 454; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 564-565; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 333; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 258.

Pues, en efecto: la ley penal, al describir la proposición típica del delito, exige que la acción vaya encaminada hacia la consecución de un acuerdo previo de voluntades entre las dos partes del pacto delictivo: por un lado, por quien asume la obligación de incentivar a alguien, y, por otro, por quien se compromete a conceder un trato de favor en una transacción comercial.

Es decir que el delito requiere para su comisión un nexo causa-efecto entre la actividad de incentivación ilícita y la del favorecimiento indebido¹⁹⁴. De este modo, si no hay una conducta antecedente de incentivación ilícita no puede producirse ningún tipo de interferencia en el desarrollo ordinario de la actividad empresarial en el mercado. La propia literalidad del precepto así lo viene a exigir.

El silencio del Código Penal en lo que toca a una supuesta «corrupción privada de recompensa» resulta verdaderamente esclarecedor, máxime cuando en la regulación del cohecho esta clase de comportamientos sí son típicos¹⁹⁵. Lo que nos lleva a pensar que existe una verdadera decisión legislativa de dejar impunes estos actos en el ámbito de los negocios, por no suponer ninguna suerte de riesgo para la competencia.

No en vano, el incentivo no tiene por objeto interferir en el proceso de deliberación o de formación de la voluntad de las empresas en su actividad comercial, pues lo que mueve la acción del agente es sólo recompensar un trato de favor dispensado con anterioridad. Porque sólo puede ser autor de corrupción en los negocios quien «compite ilegítimamente» en el sentido del tipo, no adquiriendo toda conducta de incentivación ese significado¹⁹⁶.

Así, en nuestra opinión: no todas las actuaciones en el mercado pueden –ni deben– recibir un reproche penal, pues para ello ya existen otros remedios jurídicos menos lesivos. Si un administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada recibe un beneficio o ventaja no justificados como agradecimiento por una previa decisión en una transacción o relación comercial, entonces, la respuesta puede –y debe– buscarse en el resto de ramas del Derecho (por ejemplo, mediante la imposición de una sanción disciplinaria con arreglo al código de conducta interno de la organización).

¹⁹⁴ Véase, Capítulo II, Apartado III.2.

¹⁹⁵ Ello parece debido a que con el cohecho por recompensa el legislador penal ha pretendido evitar la impunidad de aquellos casos en los que se ponga en riesgo la función pública pero en los que no se haya podido probar que hubo una negociación o pacto previo entre el funcionario público o autoridad y el particular (pero sí pudo acreditarse la existencia de una dádiva). Véase, BLANCO CORDERO, «La reforma», 2010; MIR PUIG, «El delito de cohecho», 2011; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 2015, p. 876; NAVARRO CARDOSO, «Cohecho pasivo subsiguiente», 2016, pp. 18-20.

¹⁹⁶ Véase, MIR PUIG, «Significado», 2003, pp. 17-18.

Pero es que además, y como quiera que en los compromisos internacionales adquiridos por España en materia de corrupción en los negocios no se prevé la obligación de dar una respuesta a esta clase de comportamientos, tampoco se vislumbra la necesidad de intervenir penalmente¹⁹⁷. Para comprobar esto basta con acudir a la Acción Común 98/742/JAI y la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea (artículo 2), en el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 1999 (artículos 7 y 8), y en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003 (artículo 21). Así las cosas, no es de extrañar que al momento de transponer la Decisión Marco 2003/568/JAI no hubo debate en torno a si era conveniente tipificar esta figura en nuestra legislación interna.

2.2.1.5 ¿Riesgo típico en supuestos de prevalimiento de una relación personal o profesional?

1. Cualquiera que haya tenido un mínimo contacto con la empresa privada conoce que la racionalidad económica no es lo que siempre se impone en la compleja tarea de tomar decisiones empresariales, sino que –en ocasiones– pesa más la influencia personal o profesional de terceras personas (internas o externas a la propia organización de la corporación). Y si alguna intromisión de estas se produjera, seguramente lo que se busque no será optimizar el beneficio económico de la entidad privada, sino lucrar directa o indirectamente a terceros ajenos.

Con ello nos referimos a los casos en los que lo que impulsa la actuación indebida (esto es, la concesión de una ventaja competitiva) no es una dádiva, sino el prevalimiento de una situación de superioridad, producto del abuso de una relación personal (de carácter sentimental, familiar o de amistad) o profesional (de carácter jerárquico, o por el cargo u ocupación desempeñada)¹⁹⁸. No pocos ejemplos nos vienen a la mente, pero conformémonos con uno sólo.

¹⁹⁷ El hecho de que entre los delitos contra la Administración Pública se haya previsto una figura delictiva similar, no legitimaría *per se* esta forma de intervención penal en el ámbito de los negocios.

¹⁹⁸ En cuanto al delito de tráfico de influencias cometido en el ámbito público (artículo 428 CP), el Tribunal Supremo tiene dicho que «no basta la mera sugerencia sino que la conducta delictiva ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo debe tener entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye»; y que el prevalimiento podrá dimanar «bien por el ejercicio abusivo de las facultades del cargo; bien por una situación derivada de una relación personal (de amistad, de parentesco etc.); bien por una situación derivada de relación jerárquica, que se utilizan de modo desviado, ejerciendo una presión moral sobre el funcionario influido» (STS n.º 373/2017, de 24 de mayo de 2017, entre otras). Véase también, ORTS BERENGUER, «Administración pública», 2016, pp. 665-667.

Ejemplo: Supongamos que (X), consejero delegado de una empresa (dedicada al sector de las telecomunicaciones), es presionado por (Y), que, además de ser su suegro, es administrador de otra compañía (que opera en el mismo sector), para que en el uso de sus poderes y facultades le encargue el aprovisionamiento de unos componentes tecnológicos que aquélla necesita. Basta decir que (X), superado por los influjos de (Y), cede ante él y termina adjudicándole el ambicionado contrato de suministro.

La cuestión a resolver es: ¿puede subsumirse esta conducta en el delito de corrupción en los negocios? ¿o se trata de un comportamiento que queda al margen del tipo penal? Pues bien, en nuestra opinión: el artículo 286 bis.1 y 2 CP no abarca una posible conducta –como la relatada– de prevalimiento para obtener una mejora posicional en el sector privado¹⁹⁹.

Para que pudiésemos encontrarnos ante una actuación típica, en el articulado del Código Penal debería castigarse al administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada que influyere en otro, prevaliéndose de su función o jerarquía, o de cualquier otra situación derivada de su relación personal, para favorecer indebidamente a otro en los negocios. Sin embargo, ni existe éste ni otro precepto que se le parezca.

Pues en lo que podría denominarse «tráfico de influencias en el sector privado» la causa del trato de favor, es decir, lo que debiera provocarlo, es la influencia ejercida por otra persona, que se prevalece de su condición personal o profesional. Mientras que en el artículo 286 bis.1 y 2 CP el motor causante de la conducta, es decir, lo que permite doblegar o hacer flaquear la voluntad del sujeto decisor, es el beneficio o ventaja injustificados.

Y en el caso expuesto *ut supra* (Y) no emplea la incentivación para motivar a (X), sino que se prevalece de su relación para influir en la empresa en la que su yerno ostenta capacidad de decisión, y obtener un beneficio económico como consecuencia de la adjudicación del contrato. Porque aunque exista un mejora posicional de una entidad privada, ésta no ha sido causada por un beneficio extraposicional. De ahí que este grupo de conductas no generan el riesgo desaprobado que la norma pretende prevenir.

2. Mención aparte merecen los casos –considerados típicos por un sector de la doctrina– en los que una persona (X) entrega un incentivo a (Y) para que influya en (Z), que es el administrador, directivo, empleado o colaborador de la entidad privada²⁰⁰.

¹⁹⁹ Así también en, CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 26; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 334; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 242-243.

²⁰⁰ Véase, NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 479; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 334.

En este supuesto de hecho la dádiva no va dirigida a obtener una decisión sobre un concreto acto de contratación por parte del sujeto que la recibe (porque carece de tal capacidad). Lo que se espera del receptor del incentivo –continuando con este ejemplo– es que influya sobre otra persona (que sí tiene poder de decisión), para que tome una determinación en un sentido u en otro²⁰¹.

En nuestra opinión: una inducción podría plantearse si (Y) convence a (Z) para que cometa el delito del autor; esto es, si la realización del riesgo jurídicamente desaprobado es directa y objetivamente imputable al inductor.

Ejemplo: Imaginemos que (Y) conoce desde hace un tiempo a (Z), actualmente responsable de ventas de una empresa, y quien le debe un favor; y que (X) es el titular de otra compañía (además de amigo de (Y) y con quien tiene mucha confianza). En este estado de cosas: un día (Y) le comenta a (Z) que anda muy necesitado de dinero y que (X) le ha prometido una jugosa recompensa si consigue la adjudicación de un contrato, pidiéndole a renglón seguido que le haga el favor de sacarle del apuro. Tras esto, (Z) accede a contratar con la empresa de (X).

Lo que no sería posible, por falta de imputación objetiva, si (Z) decidiera conceder un trato de favor a otra entidad por motivos o causas distintas a tal influencia psíquica de (Y).

2.2.2 *Beneficiarios del favorecimiento*

Pueden diferenciarse –a nuestro parecer– dos clases de favorecimiento, en atención a quién debiera beneficiarse de la ventaja competitiva: el «propio» (en el que el trato de favor hubiera de beneficiar a la misma empresa desde la que parte, por iniciativa propia o por una solicitud, el incentivo ilícito) y «de un tercero» (en el que la ventaja comercial le resulta provechosa a otra compañía distinta, que no participa en la corruptela).

La casuística que abarcaría el delito mediante estas dos formas comisivas es extremadamente amplia, lo que parece obedecer a la voluntad de impedir la existencia de hipotéticas lagunas de impunidad. A lo largo de las siguientes páginas examinamos qué casos podrían darse.

²⁰¹ Cfr. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 334.

2.2.2.1 Favorecimiento propio frente a otros

Estaremos, por un lado, ante un supuesto de «favorecimiento propio» cuando la condición de sujeto incentivador y de entidad favorecida recaiga en el mismo competidor por cuya cuenta se actúe para obtener una ventaja anti-competitiva²⁰². Así podría definirse esta forma comisiva. En esta modalidad el particular incentivador (persona física) tiene que actuar en nombre o representación de la empresa favorecida (persona jurídica), por lo que habrá de estar vinculada a ella mediante una relación de carácter mercantil, laboral o contractual.

El «favorecimiento propio» puede ilustrarse a través del siguiente diagrama, el cual permite una mejor comprensión de la mecánica delictiva:

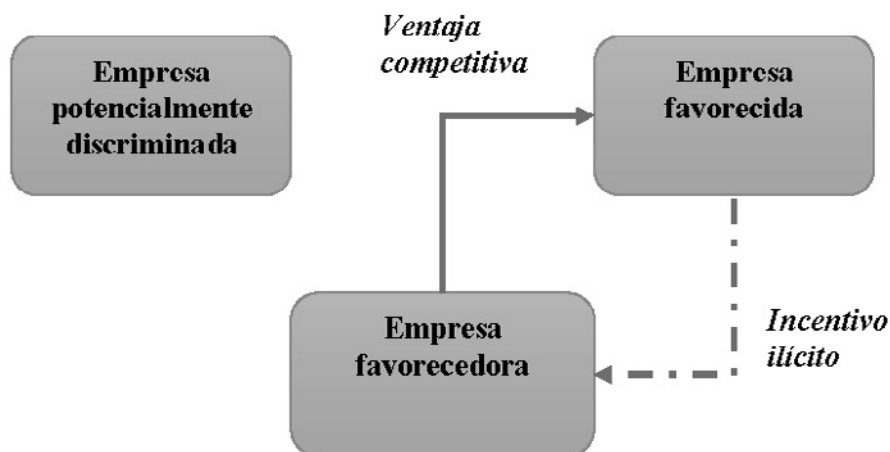


Diagrama de elaboración propia.

Cuando en este cuadro nos referimos a la «empresa favorecedora» no podemos olvidar que quien ha de recibir, solicitar o aceptar un «incentivo ilícito», por sí mismo o a través de una persona interpuesta, es el administrador, directivo, empleado o colaborador de tal empresa o sociedad mercantil, que es la que a la postre habrá de otorgar la anhelada «ventaja competitiva» en favor de otra empresa y frente a terceros competidores. Así se desprende del propio tipo penal.

²⁰² En sentido similar, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 222-223.

Ejemplo: El administrador de la empresa 'A' (dedicada al sector publicitario) se pone en contacto con el administrador de la empresa 'B' (que también opera en el mismo sector) con el fin de que, a cambio de una jugosa cantidad de dinero, contrate con la empresa 'A' una determinada campaña de publicidad, prefiriéndola a ésta en vez de a la empresa 'C' (que había presentado por su cuenta otra oferta comercial a la empresa 'B' para cubrir la misma campaña publicitaria).

Cuestión que no tendría nada que ver –y que, por tanto, aquí no es objeto de examen– sería el posible conflicto de intereses que pudiera surgir entre la persona física sobornada y la persona jurídica que concede el favorecimiento indebido (dependiendo de si el comportamiento del particular se realiza a escondidas y en perjuicio de su principal, como sucede en los casos de «kick-backs»²⁰³). Lo único que importa en este punto es qué sociedad o empresa mercantil resulta beneficiaria del trato de favor (no el hipotético perjuicio o provecho que pudiera producirse como consecuencia de éste)²⁰⁴.

2.2.2.2 Favorecimiento de un tercero frente a otros

Nos encontraremos, por otro lado, ante un supuesto de «favorecimiento ajeno» cuando la condición de sujeto incentivador y de entidad favorecida no recaiga en el mismo competidor. En este grupo de casos, por tanto, el pacto delictivo se caracteriza por tener como propósito beneficiar comercialmente a una tercera entidad²⁰⁵.

De este modo, el favorecimiento iría dirigido a beneficiar a un tercero ajeno al hecho delictivo, es decir, a una entidad que no participa en la corruptela (de hecho, incluso, hasta podría desconocer su existencia, pese a salir potencial o efectivamente beneficiada de ella)²⁰⁶. El favorecimiento ajeno, de este modo, puede ser representado a través del siguiente diagrama, que permite un mejor entendimiento de esta forma comisiva de corrupción en los negocios.

²⁰³ Supuestos tratados en nuestra doctrina en GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado», 2008, pp. 236-237; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 147-149; GILI PASCUAL, «Pago de comisiones», 2013, pp. 46 y concordantes; BOLEA BARDÓN, «Prácticas de kick-back», 2015, p. 2; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 186-189.

²⁰⁴ En lo que atañe a los «kick-backs», véase Capítulo II, Apartado III.2.2.1.2 (tipicidad objetiva), y Capítulo V, Apartado III (problemas concursales con la administración desleal).

²⁰⁵ En igual dirección, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 223-224.

²⁰⁶ Es por esto por lo que, en opinión de GILI PASCUAL, estas empresas podrán responder como partícipes a título lucrativo. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 223.

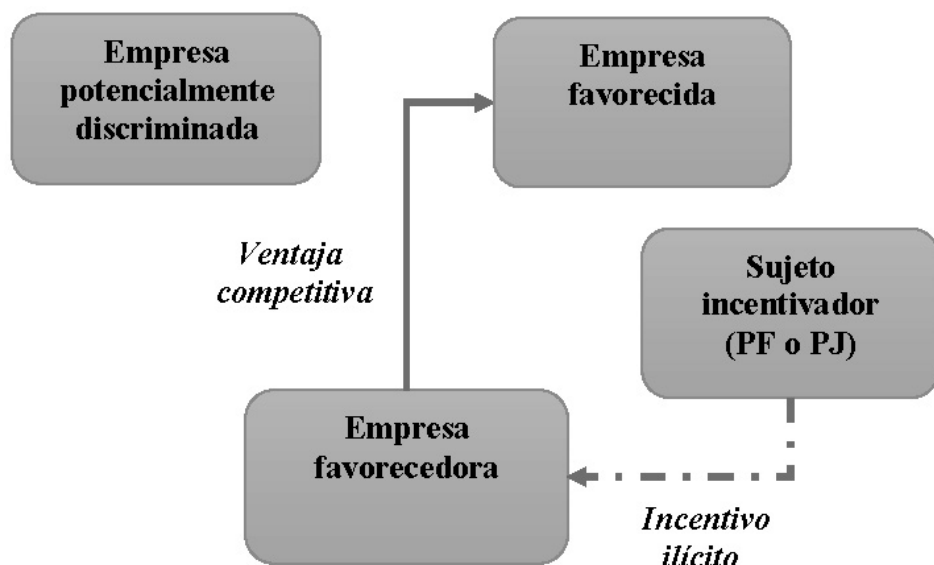


Diagrama de elaboración propia.

Esta mecánica comisiva tiene como fin evitar, o por lo menos de dificultar, el descubrimiento y posterior prueba del delito de soborno comercial (al desvincular el origen de la corruptela y el beneficiario final del trato de favor).

Ejemplo: El apoderado general de la entidad 'C' (que es una sociedad instrumental residente en un paraíso fiscal) le transfiere una cantidad de dinero al administrador de la empresa 'B', radicada en territorio nacional (que se dedica al sector publicitario), con la pretensión de que ésta adjudique a la empresa 'A' un contrato relativo a una campaña de publicidad.

Pues, en efecto, no podemos olvidar que la corrupción, por definición propia, tiende a ser ocultada o camuflada²⁰⁷. Por ese motivo lo que se persigue a través del «favorecimiento ajeno» es no dejar rastro de la vinculación causal existente entre el incentivo ilícito ofrecido, prometido o entregado por el sujeto incentivador y la empresa que en último término se pretenda favorecer como contraprestación de aquél.

Antes de dar por terminado este epígrafe conviene traer a colación otra cuestión, cabría preguntarse si realmente era objeto de persecución penal el

²⁰⁷ Véase, MALEM SEÑA, «La corrupción», 2016, p. 27.

«favorecimiento ajeno» en la redacción original del tipo (LO 5/2010), o si antes de la reforma del 2015 era una conducta no criminalizada.

Las dudas surgen a raíz de la deficiente redacción del artículo 286 bis.1 y 2 CP, en la versión de la LO 5/2010, mediante la que se tipificó las modalidades activa y pasiva de forma asimétrica (creando –en apariencia– un incomprensible vacío en el mandato de prohibición penal)²⁰⁸.

Cuando decimos que las modalidades incentivadora y favorecedora eran asimétricas nos referimos a que: 1) en el artículo 286 bis.2 CP solamente se preveía el favorecimiento propio («con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja»); 2) y en el artículo 286 bis.1 CP se castigaba tanto el favorecimiento propio como el ajeno («para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros»).

Esto –afortunadamente– ha cambiado tras la LO 1/2015, con cuya reforma se ha puesto fin a dicha incoherencia legislativa, al tipificarse de forma homogénea este requisito en ambas vertientes delictivas: a) en el artículo 286 bis.1 CP ahora se prevé que la conducta deberá realizarse «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro»; b) y en el artículo 286 bis.2 CP «como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros».

¿Significa esto, entonces, que el favorecimiento ajeno no estaba criminalizado en la LO 5/2010? La respuesta –en nuestra opinión– debe ser negativa.

La solución apuntada por cierto sector doctrinal iría en la dirección de entender que estamos ante un solo hecho de corrupción y que ambas modalidades (favorecedora e incentivadora) son correlativas entre sí, porque ambas en realidad hacen referencia al mismo injusto típico, por lo que esta incoherencia legislativa, producto de la excesivamente estricta literalidad del precepto, no sería –como tal– infranqueable desde el prisma del principio de legalidad²⁰⁹.

El modo de superarla, por tanto, sería mediante una interpretación de conjunto, que otorgase al delito un sentido completo (es decir, como un todo). Con todo, las modalidades favorecedora e incentivadora constituyen las dos caras de la misma moneda. Mediante este criterio –a nuestro juicio– acertado, se evitarían cualesquiera clases de problemas derivados de la aplicación retroactiva de la norma penal, al negar la posibilidad de que existan (difícilmente explicables) vacíos de punibilidad.

²⁰⁸ Problema advertido en SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 425-426; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 335.

²⁰⁹ Vid. BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 23.

2.3 ¿EXCLUSIÓN DE LA PENA POR DENUNCIA DEL HECHO?

Al contrario de lo que sucede en el cohecho (artículo 426 CP tras la LO 5/2010)²¹⁰, en la tipología de la corrupción en los negocios no se prevé ninguna excusa absolutoria para quien, aun habiendo accedido ocasionalmente a una dádiva, denuncie la corruptela ante las autoridades competentes.

Resulta chocante esta omisión en el Código Penal, sobre todo si tenemos en cuenta que la función pública recibe una protección penal más intensa o severa que la competencia. Conforme a una política criminal –que se diga– racional, si el cohecho cuenta con esta causa de exclusión de la punibilidad, entonces, no se entiende que la respuesta penal frente a la corrupción en los negocios sea –o deba ser– más inflexible.

No estaría de más que nuestro ordenamiento jurídico estimulase o fomentase la denuncia de las prácticas corruptas que se realicen en el ámbito de los negocios. Porque, a lo sumo, quien haga acopio de valor y se anime a denunciar, lo único que podrá obtener es una atenuante de confesión o arrepentimiento espontáneo, pero no se le exonerará de responsabilidad penal. No cabiendo tampoco desistimiento voluntario en tal caso, porque quien denuncia el hecho ya habría realizado el riesgo jurídico-penalmente desaprobado (al haber accedido a participar en la corruptela).

Caso *Desigual*: Pese a lo que afirmado, resulta chocante ver cómo en este caso ni tan siquiera se planteó la responsabilidad penal de quién abonó una serie de comisiones económicas (que actúa como denunciante)²¹¹.

De lege ferenda lo razonable sería que se incorpore en la Sección 4.^a «Delitos de corrupción en los negocios» una excusa absolutoria similar a la prevista en el cohecho activo, de forma que quede exento de pena quien acceda ocasionalmente a una solicitud de dádiva de un administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada (para la concesión de un trato de favor), pero que con posterioridad denuncie el hecho ante las autoridades (dentro de un plazo máximo determinado)²¹².

²¹⁰ Véase, ORTS BERENGUER, «Administración pública», 2016, p. 664-665; MIR PUIG, «El delito de cohecho», 2011; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 2015, p. 881; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración pública», 2016, p. 962.

²¹¹ SAP Barcelona n.º 173/2018, de 28 de febrero de 2018.

²¹² Esto sería igualmente coherente, en líneas generales, con el interés de la Unión Europea de reforzar la protección de los denunciantes de los casos de corrupción en el sector público y privado. Véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, hecha en Bruselas el 23 de abril de 2018. Y ello aunque su texto no parece dirigido a proteger al informante que haya participado en la infracción que se vaya a denunciar interna o externamente (artículos 3, 13, 14 y 15).

A pesar de las voces críticas que se alzan en contra de la pertinencia y utilidad práctica de esta clase de excusas absolutorias, no vemos motivos para no premiar penológicamente a quien confiesa la infracción ante la autoridad competente. La prevención y persecución penal de la corrupción privada podría verse favorecida de esta manera; o, cuando menos, no obstruida o entorpecida, que es lo verdaderamente relevante²¹³.

IV. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA MODALIDAD INCENTIVADORA

1. Los sujetos de la modalidad incentivadora

1.1 SUJETOS ACTIVOS

Una mayoría de la doctrina entiende –con mayores o menores matices– que la modalidad incentivadora del delito de corrupción en los negocios, referida a la figura del «particular o sujeto incentivador», lo puede cometer cualquier persona. De ahí que se sostenga que nos encontramos ante un delito común²¹⁴.

La expresión «quien, por sí o por persona interpuesta» (prevista primero en el artículo 286 bis.1 CP [LO 5/2010] y después en el artículo 286 bis.2 CP [LO 1/2015 y LO 1/2019]) no parece imponer ninguna limitación al tipo

²¹³ En opinión de BLANCO CORDERO, no se han acreditado los efectos positivos de esta clase de excusas absolutorias. La escasa aplicación práctica y los riesgos que genera parecen apuntar a la necesidad de reconsiderar su pertinencia. Para dicho autor, quizás es más adecuado suprimir esta excusa absolutoria y dejar libre juego a las atenuantes genéricas, especialmente a la de confesión y a la de reparación del daño o disminución de sus efectos. BLANCO CORDERO, «La reforma», 2010.

²¹⁴ Véase, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, pp. 17 y 21; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1111; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 476; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 230; BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 423; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 312; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1040; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 358; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 9; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, pp. 21-22; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 21; ENCINAR DEL POZO, «La introducción de nuevos tipos penales», 2014, p. 9; BAUCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, p. 237; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226; GIL ANTÓN, «Delitos de corrupción», 2015, p. 80; MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico» 2015, p. 429; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 581; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1005; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 556; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 357; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 285; DE URBANO CASTRILLO, «Artículo 286 bis», 2016, p. 2085; MAYO CALDERÓN, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 42; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 214.

penal, en la medida en que no se exigiría que en los sujetos activos del delito concurren ciertas condiciones subjetivas específicas. Sin embargo, no todos los autores secundan esta opinión²¹⁵. De hecho, algunas veces se han alzado para señalar que *de facto* nos hallamos frente a un delito de carácter especial²¹⁶.

La adopción de una u otra interpretación tiene impacto a la hora de determinar quiénes pueden cometer la modalidad incentivadora: si cualquiera (lo que incluiría, por ejemplo, empresarios, titulares de la empresa, consumidores, o incluso funcionarios públicos); o si sólo personas que actúen por cuenta o interés de otros competidores (sobre todo administradores, directivos, empleados o colaboradores de otras entidades privadas).

1.1.1 *La modalidad incentivadora como delito común*

Tal y como se acaba de decir, la doctrina mayoritaria se decanta por afirmar que la modalidad incentivadora se configura como un delito común, es decir, que esta vertiente delictiva la puede cometer cualquier persona, sin necesidad de acreditar que concurre en ella ninguna cualidad subjetiva especial. La parquedad argumentativa por parte de la doctrina tal vez sea debida a la aparente sencillez del problema a resolver²¹⁷.

El principal punto fuerte de esta interpretación es que se ve refrendada desde un punto de vista gramatical. En la modalidad incentivadora no se especifica ni enumera mediante un *numerus clausus* quiénes pueden ser los sujetos activos de la acción típica, a diferencia de lo que sucede en la modalidad favorecedora (limitada exclusivamente a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o sociedad).

²¹⁵ Véase, RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 938; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 9-10; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 16; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, p. 504; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 459; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 656.

²¹⁶ Así en, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; OTERO GONZÁLEZ, «Dos ejemplos», 2011, p. 38.

²¹⁷ Salvo excepciones como, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 21; BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011 p. 423; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 21; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1226; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 581; MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico» 2015, p. 429; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 286.

En el tipo penal únicamente se emplea la expresión genérica «quien, por sí o por persona interpuesta», por lo que la opción del legislador en este caso habría sido no limitar expresamente el círculo de sujetos activos.

Y mal desencaminada no estaría la idea, porque aun siendo cierto que, en general, quien cometa este delito será un administrador, directivo o empleado de una entidad mercantil, en verdad no existe ningún obstáculo gramatical para entender que el tipo penal también puede ser realizado por otros sujetos distintos (como, por ejemplo, el consumidor, o el titular de una empresa que pretenda beneficiarse de la contratación ilícita, o incluso un tercero que quiera favorecer a otra empresa)²¹⁸.

Conforme a esta interpretación, el sujeto que incentiva ilícitamente no necesariamente tendría por qué desarrollar una actividad comercial de compra, venta o de prestación de servicios. Es más, el particular que soborna podría ser un extraño respecto a una determinada relación comercial o proceso competitivo, esto es, podría ser cualquier persona²¹⁹.

En este sentido –según podría sostenerse– no sería necesario que la dádiva vaya dirigida a conseguir un «favorecimiento indebido propio» (en favor de la entidad privada frente a la que rinde cuentas el sujeto incentivador), pues también se podría buscar un «favorecimiento indebido ajeno» (en favor de una tercera empresa, es decir, ajena a la corruptela); siguiendo la terminología empleada *ad infra* para distinguir las dos formas comisivas²²⁰.

De este modo, la modalidad incentivadora se configuraría como un delito común porque no se exigiría siquiera que el sujeto corruptor sea el beneficiario de la decisión viciada²²¹.

La supresión del elemento del tipo relativo al incumplimiento de las obligaciones (LO 1/2015) habría venido a reforzar esta postura doctrinal, en la medida en que se echaría abajo el principal sostén de la interpretación proclive a restringir el ámbito de los sujetos activos de este delito²²². Porque si admitiéramos que tras la reforma del 2015 los autores de la modalidad incentivadora no tienen que quebrantar un deber especial, esto es, un deber que únicamente les concierne a ellos (por ejemplo, por razón de un cargo mercantil o puesto laboral), entonces se confirmaría que cualquiera puede incurrir en el delito.

²¹⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011 p. 423.

²¹⁹ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 286.

²²⁰ En cuanto a la distinción entre favorecimiento propio y ajeno, véase Capítulo II, Apartado III.2.2.2.

²²¹ Cfr. MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico» 2015, p. 429

²²² Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 285.

Pues, en efecto, el requisito típico del incumplimiento de las obligaciones (previsto en las vertientes incentivadora y favorecedora de la LO 5/2010) podía sugerir –al menos hipotéticamente– que el delito podrían cometerlo sólo aquellos sujetos que se encontrasen obligados o vinculados mediante un deber especial. Pero, fuere como fuere, entre las normas que rigen la compraventa o contratación de servicios no existe ninguna obligación especial de no sobornar, o por lo menos no existe ninguna prohibición independiente de la que se impone en el propio artículo 286 bis CP²²³. Por lo que puede entenderse que la supresión de este requisito del tipo no afecta al ámbito de delimitación del sujeto activo.

Ni tampoco la referencia en el tipo penal a las «relaciones comerciales» (entre ellas, a la «adquisición o venta de mercancías» y la «contratación de servicios») serviría para delimitar el círculo de sujetos que pueden cometer el delito, porque esa circunstancia no caracterizaría al autor a través de un especial elemento de la autoría: sólo determina el contexto o marco fáctico en el que debe realizarse la acción disvaliosa²²⁴.

En definitiva, si se acepta que la modalidad incentivadora se configura como un delito común, entonces cualquiera puede incentivar de forma injustificada a un particular con el fin de que la empresa de este último favorezca indebidamente a otro en una determinada transacción o relación comercial. Tal y como podría suceder también, por ejemplo, en el caso de la acción cometida por parte de un funcionario público o autoridad en el seno de la actividad notarial (posibilidad admitida por parte de un sector de la doctrina, pero que nosotros hemos rechazado *supra*)²²⁵.

1.1.2 *La modalidad incentivadora como delito especial*

1. Otro sector doctrinal –más bien minoritario– ha propuesto también de forma solvente que los únicos que pueden cometer el delito son aquellos sujetos que de una forma directa o indirecta se encuentren vinculados con una entidad del sector privado en la que se ofertan mercancías o se prestan servicios (es decir, por ejemplo, los responsables o subordinados de otra empresa).

²²³ Cfr. BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142.

²²⁴ Véase, BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 286.

²²⁵ Véase, Capítulo II, Apartado III.1.2.3. A favor de esta posibilidad, SILVA SÁNCHEZ, «¿Pueden los notarios pagar comisiones?», 2012; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 453; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, 216-220.

De este modo la modalidad incentivadora se convertiría en un delito especial, al limitarse el círculo de sujetos que pueden ser autores de la acción típica²²⁶.

Varias son las razones que dan soporte a esta interpretación restrictiva. Más allá de que gramaticalmente el tipo penal sólo menciona el pronombre «quién» (lo que induciría a pensar que estamos ante un delito común), lo cierto es que los únicos que tendrían capacidad para poner en riesgo el bien jurídico protegido serían otros administradores, directivos, empleados o colaboradores de la entidad beneficiaria de la adjudicación contractual²²⁷.

Es por esto por lo que –se dice– la modalidad incentivadora sería *de facto* un delito especial, al tener que cometerse la acción típica en un contexto de competencia entre empresas²²⁸. Es decir, sólo podrán ser autores aquellos competidores o personas que actúen en interés de un competidor (sin poder extender el tipo penal a cualquier persona que no actúe con un fin concurrencial)²²⁹. De esta manera, se justificaría la restricción del tipo penal solamente a aquellos sujetos que participasen o interviniesen en un proceso competitivo.

Este argumento teleológico, no obstante, era todavía más potente antes de la reforma introducida por la LO 1/2015. En la redacción original de la modalidad incentivadora, en efecto, se hacía referencia al requisito típico del incumplimiento de obligaciones (suprimido tras la mencionada reforma), pudiendo entenderse que en esta vertiente delictiva también debía infringirse un deber especial perteneciente al sujeto incentivador²³⁰. Pues el particular incentivador debía de tener algún tipo de relación, directa o indirecta, con la empresa que resultase beneficiaria del trato de favor en cuestión (¿por qué sino en el tipo penal se habría mencionado que debía producirse la infracción de un deber en el ámbito de los negocios?)²³¹.

Habría que añadir un argumento penológico importante: la restricción del ámbito de sujetos típicos sería igualmente coherente con que las modalidades incentivadora y favorecedora se castiguen con la misma pena de prisión y mul-

²²⁶ Vid. RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 938; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 9-10; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 16; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Penal Comentado*, 2015, p. 504; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 459; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 656.

²²⁷ Cfr. CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 656.

²²⁸ Así, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; OTERO GONZÁLEZ, «Dos ejemplos», 2011, p. 38; OTERO GONZÁLEZ, «corrupción en los negocios», 2016, p. 459.

²²⁹ Así, NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 9-10.

²³⁰ Véase, CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, pp. 4-5.

²³¹ Véase, MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011.

ta, porque eso significaría que el sujeto que incurra en la modalidad incentivadora no quebrantaría ningún deber distinto del que se infringiría en la modalidad favorecedora. Si no fuera así no se entendería que la pena prevista en el artículo 286 bis CP sea la misma para ambas vertientes delictivas²³².

La principal consecuencia de esta interpretación restrictiva es que se excluiría del círculo de sujetos al consumidor o usuario, dado que su eventual ofrecimiento o entrega de un beneficio o ventaja a cambio de un trato de favor no supondría un acto de competencia desleal respecto de ningún competidor en el mercado²³³. En este sentido, el tenor literal del precepto exigiría que la conducta se realice «frente a otros», en alusión a otros competidores²³⁴.

2. Esta es la interpretación que entendemos preferible. Pese a la indeterminación del Código Penal, la modalidad incentivadora se configura –a nuestro modo de ver– como un delito especial.

El pronombre «quien» (utilizado por el legislador) no indica la necesidad de que concurra ninguna cualidad específica en el autor. Y la expresión «por sí» sólo expresa que el tipo penal puede ser cometido de propia mano por el autor; y «por persona interpuesta» que puede hacerse mediatamente, a través de otra persona (física o jurídica)²³⁵. Pero, insistimos, del tenor literal del precepto no se desprende por sí sólo que se limite el círculo de sujetos que pueden ser autores de la modalidad incentivadora.

Ahora bien, esta redacción abierta contrasta poderosamente con la específica finalidad de la norma de tutelar penalmente la competencia, previniendo y castigando aquellos comportamientos aptos para obtener ventajas anticompetitivas a cambio de incentivos ilícitos. Pues siendo la competencia el interés jurídico-penalmente tutelado, únicamente los competidores por sí mismos, o a través de otras personas que actúen por su cuenta, podrían ser los únicos que pudieran crear un potencial riesgo antijurídico²³⁶.

²³² Cfr. CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5.

²³³ Asimismo, DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 20; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 214.

²³⁴ Cfr. OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 459-460.

²³⁵ Con esta expresión el Código Penal se estaría remitiendo a las normas generales de la autoría y participación, sin que clarificase o añadiese nada nuevo. Al tratarse éste de un delito que puede ser cometido por cualquiera, no plantea especiales problemas la participación en el mismo. Vid. CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 230.

²³⁶ A propósito de ello, OTERO GONZÁLEZ sostiene que, atendiendo a este bien jurídico, la modalidad activa debe ser considerado un delito especial, porque tanto el particular favorecedor como el incentivador deben ser competidores, excluyéndose así al consumidor. Para dicha autora, el soborno debe constituir un acto de competencia desleal, lo que afectaría exclusivamente a los que concurren en el mercado. Véase, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 459-460.

La referencia típica a las relaciones comerciales, de adquisición, venta y contratación de servicios, además de definir el entorno en el que debe desarrollarse la acción disvaliosa, permitiría restringir el círculo de posibles sujetos activos de la modalidad incentivadora²³⁷.

Y solamente aquellos que actúen en el mercado con un fin concurrencial podrán ser los que, a la postre, estarán en disposición de poder cometer el delito. De ahí que no le falte razón a quienes sostienen que la modalidad incentivadora la cometerán por lo general administradores, directivos, empleados o colaboradores de una entidad del sector privado, habitualmente vinculados a la que resultará beneficiada por la acción del sujeto favorecedor²³⁸.

Podría objetarse que se recortaría injustificadamente el ámbito de incriminación de la modalidad incentivadora, contradiciendo incluso el tenor literal del precepto. Y cierta razón no les faltaría, porque lo que «puede ser habitual» (en términos de probabilidad) no equivale siempre a lo que «puede ser» (a la hora de abarcar toda la realidad de esta fenomenología delictiva). Es decir que porque la modalidad incentivadora la cometan por lo general —o con mayor habitualidad— administradores, directivos, empleados o colaboradores de una entidad privada, no excluye *per se* que pueda haber supuestos en los que la acción típica pueda ser cometida por una persona distinta. Y entonces, devendría injustificado limitar esta modalidad sólo a aquellos sujetos dedicados a una actividad mercantil que participen o intervengan en un proceso competitivo.

Sin embargo, parece pasarse por alto lo más importante de todo: que la modalidad incentivadora del delito de corrupción en los negocios se castiga exactamente «con las mismas penas» que la modalidad favorecedora. La expresión «las mismas penas» obliga a castigar la modalidad incentivadora con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años (además de, por supuesto, las penas de prisión y multa previstas en el artículo 286 bis.1 y 2 CP).

¿Y por qué es tan relevante esta equiparación penológica? A donde queramos llegar es a que si la modalidad incentivadora no se configurase como un delito especial, entonces, ninguna explicación tendría el que los autores que incurran en esta vertiente delictiva les deba ser impuesta esta pena de inhabilitación especial; señal ésta de que, en efecto, estos sujetos deben ejercer alguna profesión o actividad mercantil en el mercado; o, cuando menos, actuar por cuenta o interés de otra empresa o competidor.

²³⁷ Vid. BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 286.

²³⁸ Como hemos visto *ut supra*, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 459; y CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 656.

Esta interpretación se vería corroborada desde un punto de vista sistemático, o de coherencia interna y lógica del Código Penal, pues al contrario de lo que sucede en el cohecho de particulares (artículo 424 CP), que se castiga «en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida» (pero no con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público), en el delito de corrupción en los negocios no se ha previsto tal distinción penológica.

Y como debemos distinguir donde la ley distingue, es congruente defender que el cohecho de particulares (esto es, cohecho activo) se configure como un delito común, y la modalidad incentivadora (esto es, corrupción privada activa) como un delito especial. Porque si la modalidad incentivadora no se sancionase con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio, entonces nuestra conclusión sobre esta cuestión habría sido la opuesta (es decir, que nos encontraríamos ante un delito común). Pero ese no es el caso.

Al respecto, ni tan siquiera la supresión del elemento relativo al incumplimiento de las obligaciones (LO 1/2015) habría tenido impacto en la penalidad del delito. Porque si con la reforma del 2015 se hubiera diferenciado la penalidad de la modalidad favorecedora de la incentivadora (castigando ésta última únicamente con prisión y multa), entonces sí tendríamos que admitir que la incentivadora se configura como un delito común. Pero este –como decimos– no es el escenario en el que nos encontramos.

Es por esto por lo que –en definitiva– sólo los competidores, o las personas que actúen por cuenta o interés de otros competidores, podrán ser autores de la modalidad incentivadora. Ante la falta de claridad del precepto, la estricta literalidad del delito de corrupción en los negocios no puede sobreponerse por sí sola a las razones de orden teleológico, sistemático y penológico expuestas *ut supra*. Una lectura de conjunto del tipo penal aconseja adoptar esta interpretación restrictiva.

3. Esta interpretación tiene consecuencias evidentes en lo que se refiere a la autoría y participación.

Pues, en efecto, el «intermediario» al que se refiere la modalidad incentivadora (es decir: la «persona interpuesta») únicamente podrá responder como coautor si en él también concurre la cualidad personal de competidor, quien dispone del control sobre el riesgo típico en este delito²³⁹. Si tal cualidad no

²³⁹ Desde la concepción del dominio del hecho, tal y como la defiende ALCÁCER GUIRAO, «sólo constituyen supuestos de coautoría las contribuciones que, además de poseer el llamado dominio negativo del hecho –el cual, caracterizado por la aportación de un elemento esencial a la realización e, inversamente, por la capacidad de desbaratar dicha realización prevista con la omisión de dicha aportación, puede ostentarse ya en fase preparatoria (cooperador necesario)–, poseen también la capacidad de decisión últi-

concurriera, sólo podrá responder como partícipe, concretamente como cooperador necesario o cómplice (*extraneus*), pudiendo atenuar la pena conforme a lo previsto en el artículo 65.3 CP.

Y ello sin perjuicio de que puedan darse casos de autoría mediata, por servirse el autor de un instrumento no doloso, del que se aprovecha. Por ejemplo: cuando el intermediario obre por engaño o desconocimiento (verbigracia, en el supuesto de que éste actúe como simple cadena de transmisión, desconociendo el contenido de un sobre en el que hay una determinada cantidad de dinero).

1.2 SUJETO PASIVO

De la determinación del titular del bien jurídico-penalmente tutelado depende, por una parte, la exclusión de la tipicidad de la conducta y, por ende, la impunidad del hecho; así como, por otra parte, la posibilidad de modular la pena que haya que imponerse, en función de la gravedad o intensidad del ataque frente al interés tutelado²⁴⁰.

¿Quién o quiénes serían, por tanto, los sujetos pasivos de la modalidad incentivadora? ¿La entidad del sector privado desde cuyo patrimonio social se sufrague el incentivo ilícito? ¿Los competidores que se vean afectados por la corruptela? ¿El conjunto de la sociedad? ¿O los consumidores que ven defraudadas sus expectativas en el mercado?

No es descabellado pensar que son los competidores quienes pueden verse afectados directamente por la conducta de incentivación ilícita (causándoles un perjuicio patrimonial²⁴¹ o poniendo en peligro sus intereses²⁴²), en la medida en que la acción típica iría dirigida a apartarles de un eventual negocio o transacción comercial. Sin embargo, esta no sería la solución –a nuestro juicio– más razonable.

El sujeto pasivo del delito es la sociedad en general, verdadera titular del bien jurídico colectivo de la competencia, en tanto que a ésta le incumbe pre-

ma sobre el riesgo de lesión del bien jurídico, dominio positivo del hecho que sólo pueden poseer quienes actúen en fase ejecutiva, por cuanto es sólo en esa fase cuando puede ejercerse esa capacidad de decisión última; de otra forma: por cuanto sólo quienes realizan una aportación esencial en fase ejecutiva tienen en sus manos el control sobre el riesgo de lesión del bien jurídico». Así, ALCÁZER GUIRAO, «Coautoría, dominio del hecho y tentativa», 2002, p. 150.

²⁴⁰ Véase, MIR PUIG, *Parte General*, 2011, p. 230. En particular, sobre el delito de corrupción en los negocios, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1038.

²⁴¹ Vid. NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011.

²⁴² Cfr: SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1003.

servar este interés supraindividual, una institución básica del sistema económico (en coherencia con la interpretación adoptada en el capítulo primero, al momento de identificar el bien jurídico protegido)²⁴³.

Que el mercado se desenvuelva correctamente no sólo interesa a los concretos competidores que concurren libre y lealmente en él. La sociedad en su conjunto, y la ciudadanía más concretamente, debe poder confiar en que puede acceder (primero) y permanecer (después) en el mercado, si se decide hacer uso del derecho a la libertad de empresa, sin que sea necesario incurrir en prácticas corruptas para poder competir, al ejercer una actividad empresarial.

Esto es, la sociedad en general debe poder confiar en que la competencia se desarrolla de forma leal y libre de corruptelas. De ahí que entendamos que el sujeto pasivo se identifique en la comunidad, y no solamente en las entidades del sector privado que puedan verse afectadas por un eventual soborno comercial (que, por supuesto, también podrían ser consideradas perjudicadas por la actuación disvaliosa en cuestión, si es que alguna pudiera llegar a verse afectada)²⁴⁴.

Esta interpretación no se ve obstaculizada por que la corrupción en los negocios se configure como un delito público es decir, perseguible de oficio, porque sería compatible con la idea de que existe un interés general en combatir este fenómeno delictivo. El Código Penal no ha previsto ninguna condición objetiva de perseguibilidad para este delito, por lo que no es necesario que un agraviado (por ejemplo, un competidor desplazado en una transacción comercial) formule una denuncia o querrela para proceder procesalmente contra el sujeto en apariencia responsable.

También es cierto, en otro orden de cosas, que una acción de estas características podría repercutir negativamente en los intereses de los consumidores (por ejemplo, aumentando el precio de determinados bienes o los servicios, o limitando el acceso a éstos). Pero tal afectación, aún en el caso de producirse

²⁴³ Y en sentido similar, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 287; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 457-458.

²⁴⁴ En estrecha relación, algunos autores consideran que los sujetos pasivos de la modalidad incentivadora son los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o sociedad, que deben disponer de capacidad para poder seleccionar o decidir, por encima de terceros competidores, sobre la contratación de una determinada oferta comercial, en consideración al ofrecimiento del sujeto activo. Véase, MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1040; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 22. Sin embargo, más que los sujetos pasivos del delito, lo que parece es que son los sujetos frente a la que se dirige la acción típica de los sujetos de la modalidad incentivadora, pero nada más. Y, en tal sentido, si algún administrador, directivo, empleado o colaborador de una empresa recibe un ofrecimiento de dádiva, por supuesto tales sujetos también podrían denunciar el hecho ante las autoridades, y ejercitar las correspondientes acciones como parte perjudicada en el proceso penal que se incoe.

de forma efectiva, tendría un carácter meramente colateral, esto es, no abarcado por el injusto. Es por esto que, desde este punto de vista, los consumidores habrían quedado excluidos expresamente del ámbito de protección del tipo penal²⁴⁵.

Y al margen de lo anterior, tampoco podríamos aceptar la visión patrimonialista de la corrupción en los negocios que vería en las entidades del sector privado que abonen la dádiva los sujetos pasivos del delito²⁴⁶, porque el interés jurídico-penalmente tutelado no se identifica en el patrimonio social de quienes compiten en el mercado (de hecho, como hemos visto en el capítulo anterior, el tipo penal no requiere ninguna clase de puesta en peligro ni perjuicio patrimonial para las empresas)²⁴⁷.

No obstante, no deja de ser interesante la idea de que todo pago de «sobornos» constituye en realidad un desplazamiento patrimonial injustificado que atentaría contra el interés social de la entidad que incurra en corrupción privada activa²⁴⁸. Pero no nos adelantemos. Cuando sea el momento profundizaremos sobre esta cuestión en sede concursal, que es donde corresponde examinarla²⁴⁹.

2. Verbos típicos de la modalidad incentivadora

Cada verbo del tipo penal describe una situación de hecho distinta, es decir, diferentes modos de cometer el delito. No en vano, y como veremos a continuación, estas acciones van dirigidas hacia la consecución del acuerdo injusto que caracteriza la corrupción en el sector privado²⁵⁰.

Tres son también las clases de actos que se persiguen: nos referimos a la acción de «prometer», «ofrecer» y «conceder» un incentivo ilícito como contraprestación de un favorecimiento indebido en el mercado. Cada uno de estos grupos de casos presenta sus propias particularidades, de ahí que a continuación le vayamos a dedicar un epígrafe a cada uno de ellos.

²⁴⁵ En contra, CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 230; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 457-458.

²⁴⁶ Para QUERALT JIMÉNEZ el sujeto pasivo es la sociedad en el sentido del artículo 297 CP, puesto que quien resultaría perjudicado en primer lugar es la compañía en cuestión y más concretamente los socios que quedan al margen del soborno. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664.

²⁴⁷ En la misma dirección, PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 15.

²⁴⁸ Según NIETO MARTÍN (quien se pronunció mucho antes de tipificarse la corrupción privada activa) «el pago de sobornos implica siempre un delito de apropiación indebida». NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 68.

²⁴⁹ Véase, Capítulo V, Apartado III.1 y 2.

²⁵⁰ Así, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 194.

Ahora bien –sin perjuicio de esto que se acaba de decir– hay algo que es común a estos comportamientos: que todas estas acciones típicas son de peligro de mera actividad, por lo que bastará con realizar cualquiera de ellas para consumir el delito (sin necesidad de que se produzca ningún resultado separable de la acción)²⁵¹. Sólo que con la especialidad de que en la corrupción en los negocios –que se configura como un delito de aptitud– es necesario acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor real de acción) a la que se le debe anudar la posibilidad de un resultado peligroso (desvalor potencial de resultado) de pérdida de confianza en el buen funcionamiento del mercado²⁵². Por lo que para consumir el delito es suficiente con que la acción desplegada genere el riesgo jurídico-penalmente relevante que pretende prevenir la norma.

Y nos encontramos, asimismo, ante un tipo mixto alternativo, de modo que la comisión de cualquiera de estos comportamientos típicos deriva en responsabilidad penal (con idéntico tratamiento penológico)²⁵³. En este sentido, la realización diversas conductas solamente da lugar a una infracción penal, no a varias. Así, por ejemplo, quien primero solicita una dádiva y posteriormente la recibe, sólo comete un único delito; no dos, porque habría una única unidad normativa de acción.

²⁵¹ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 90, nota al pie n.º 44; SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 44; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 323; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 229; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 422; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1040; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 20; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado» 2011; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 359; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 8; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 15; QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 813; GIL ANTÓN, «Delitos de corrupción», 2015, pp. 80 y 93; MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico», 2015, p. 429; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 385; SANTANA VEGA, «Corrupción en los negocios», 2016; p. 356. En la tipología del cohecho sucedería lo mismo, pues como se indica en la STS de 19 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 495), el cohecho es un delito unilateral, de mera actividad que se consume con la mera solicitud, con la mera manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la aceptación de la solicitud en el abono de la dádiva, en la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación. En definitiva no es tampoco preciso para la consumación de esta modalidad típica del cohecho que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento contrario a derecho que de él se pretende o que el mismo se propone realizar con tal de recibir la dádiva. En igual sentido, las SSTS de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1921), de 8 de junio de 2006 (RJ 2006, 3725) y de 7 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9684).

²⁵² Véase, TORIO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético», 1981, p. 846.

²⁵³ Así también, PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 14; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 318; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 194.

2.1 PROMETER

La RAE define el verbo «prometer» como «obligarse a hacer, decir o dar algo». En el concreto caso de la corrupción en los negocios, al tipificarse la «promesa» lo que se estaría incriminando es el compromiso de entregar un futuro incentivo ilícito, sea de la naturaleza que sea²⁵⁴. O lo que es igual: la «promesa» incluiría el anuncio del compromiso de la entrega no inmediata o inminente de un beneficio o ventaja injustificada²⁵⁵. En este sentido, el adelanto de la barrera punitiva es manifiesto: se castiga con igual penalidad la «promesa» que la «concesión» de una dádiva.

Para evitar la punición de comportamientos escasamente lesivos, parecería justificado exigir que la «promesa» de dádiva sea creíble e idónea *ex ante* para conseguir el pretendido fin delictivo.

Ejemplo: Cuando la promesa de entrega de una futura comisión la realice una persona conocida de una empresa (no cualquier desconocido), detallando las condiciones concretas con las que habría acuerdo, verbigracia, con el compromiso de abonar un porcentaje determinado de los beneficios que se obtengan.

De esta forma, habría que admitir la atipicidad de aquellas promesas que sean inverosímiles (tentativa irreal) o completamente indeterminadas (tentativa inidónea no peligrosa), que no logren crear o incrementar el riesgo jurídico desaprobado por la norma; porque no tienen capacidad para motivar al sujeto para que actúe o deje de actuar en un sentido u otro²⁵⁶.

Ejemplo: Cuando se delega en la divina providencia una futura recompensa como consecuencia de la adjudicación del contrato que el sujeto ansía (tentativa irreal); o cuando la promesa consista en el compromiso de que en un futuro se entregará «algo», sin especificar «el qué», ni su eventual «valor o cuantía» (tentativa inidónea no peligrosa).

Y por último, el hecho de que la «promesa» (del particular incentivador) pueda ser o no aceptada (por el particular favorecedor) da lugar a que en este conjunto de casos el delito sea de consumación unilateral. Ahora bien, si esta promesa llega a ser admitida por su interlocutor –por consiguiente– existirá un

²⁵⁴ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 88; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 358; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 360; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 225.

²⁵⁵ Véase, MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011.

²⁵⁶ Ello no obsta a que pudiera existir un delito de estafa en tales supuestos de hecho. Véase, Capítulo V, Apartado IV.

acuerdo de voluntades para la realización de un plan delictivo y, por tanto, ambos sujetos (incentivador y favorecedor) serán responsables penalmente²⁵⁷.

Por lo cual resulta imprescindible distinguir entre promesa aceptada (consumación bilateral) y promesa no aceptada (consumación unilateral), especialmente después de la reforma de la LO 1/2019 (que recoge expresamente, como acción típica, la aceptación de una promesa).

2.2 OFRECER

1. La RAE define el verbo «ofrecer» como «comprometerse a dar, hacer o decir algo», y como «presentar y dar voluntariamente algo». Por esto –según diversos autores– este grupo de conductas abarcaría aquellos supuestos en los que el corruptor manifiesta estar decidido a entregar una ventaja indebida en el caso de que se llegue a un acuerdo²⁵⁸.

Al igual que sucede en la solicitud de un incentivo ilícito, para la consumación de esta modalidad comisiva lo relevante es que el «ofrecimiento» se explicita y llegue a conocimiento de los sujetos activos de la modalidad pasiva. Se requiere, pues, la exteriorización de dicha declaración de voluntad, y su conocimiento por parte de alguno de los sujetos que prevé la modalidad favorecedora²⁵⁹.

Ejemplo: Cuando el sujeto saque un fajo de billetes y le diga a su interlocutor (verbigracia, un directivo de una compañía) que eso y más es lo que podría conseguir si le proporciona cierta información sobre las ofertas comerciales que han presentado sus empresas competidoras para concurrir en un determinado negocio.

2. Esto no obsta a que –aún a pesar de esta consumación anticipada– quepa la posibilidad de apreciar una tentativa cuando el ofrecimiento de dádiva no llegue a conocimiento de su destinatario, el receptor de la propuesta ilícita (artículo 16.1 CP). En este sentido, habría que distinguir entre dos momentos materiales distintos: el primero, el de la emisión de la declaración de voluntad,

²⁵⁷ En cuanto al concreto acto de «aceptar una promesa» de dádiva, véase también el Capítulo II, Apartado V.2.3.

²⁵⁸ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 88; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, pp. 358-359; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 360-389; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 225.

²⁵⁹ Así se estima en BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 145; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 388-389

tendente a la consecución de un pacto corrupto; y el segundo, el de la recepción y conocimiento de esa declaración de voluntad²⁶⁰.

No existe mucho espacio para la tentativa en el delito, es cierto, porque –como hemos visto– para la consumación no es necesario que se logre alcanzar un acuerdo corrupto. Basta la mera solicitud de un incentivo ilícito (consumación anticipada). Pero no existe ningún obstáculo para apreciar una tentativa cuando la acción se interrumpa en esa primera fase del *iter*²⁶¹.

Ejemplo: Un caso de tentativa inacabada podría darse cuando el ofrecimiento de dádiva sea transmitida a través de un intermediario y éste, a su vez, no cumple con lo acordado, bien porque denuncia el hecho ante las autoridades, o bien porque se extravía el mensaje que contiene la declaración de voluntad²⁶²; o cuando el autor del delito sea detenido antes de que el ofrecimiento de dádiva llegue a conocimiento de su destinatario²⁶³.

En estos supuestos de hecho la acción era idónea *ex ante*, pero finalmente no llega a realizarse *ex post* el riesgo típico, por razones ajenas a la voluntad del autor.

3. Podrían plantearse también supuestos de desistimiento voluntario (impune conforme al artículo 16.2 CP) en el delito de corrupción en los negocios. Nada lo impide –a nuestro modo de ver– aunque, en efecto, no será lo habitual en la práctica.

Ejemplo: Un directivo de una compañía redacta un correo electrónico en el que relata una seductora propuesta de negocio, ofreciendo al final del texto una determinada comisión económica. Tras esto, nuestro protagonista introduce los datos del destinatario del correo: el director general de un grupo empresarial, con el que tenía contacto. Por último, el referido directivo le da clic al botón de enviar el correo, pero, invadido repentinamente por un ataque de lucidez, decide y consigue cancelar la acción de envío en el programa informático, sin que el correo electrónico llegue a salir del buzón de salida.

En el caso que acabamos de ver, pese a que nos encontramos ante una acción peligrosa *ex ante*, el resultado típico se logra evitar voluntariamente en último momento, al cancelarse la orden informática que estaba en ejecución y que hubiera permitido que el ofrecimiento de una comisión llegase a conocimiento efectivo de su destinatario.

²⁶⁰ En contra de la posibilidad de castigar ese supuesto, citando el principio de fragmentariedad, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 204-206.

²⁶¹ Sobre la posibilidad, en general, de apreciar una tentativa en supuestos típicos de anticipación, ALCÁCER GUIRAO, «Tentativa, consumación y anticipación», 2013, pp. 563-571. Pero más que un problema de Parte General, como indica este autor, se trata de un problema de Parte General, porque ello depende del tipo penal frente al que nos encontremos.

²⁶² En el cohecho, VALEJUE ÁLVAREZ, *El delito de cohecho*, 1996, p. 240.

²⁶³ Como sucedió en la STS n.º 204/2006, de 20 de febrero de 2006, relativo al delito de cohecho.

2.3 CONCEDER

El verbo «conceder» se define por la RAE como «dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo». Se trataría de un sinónimo de «entregar», que significa «dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo». Por lo que la «concesión» supondría la efectiva «recepción» del incentivo injustificado por parte del particular favorecedor y, por ende, la mejora de su situación personal o patrimonial. Por ello la doctrina especializada ha definido esta conducta como la entrega efectiva de lo previamente ofrecido o prometido²⁶⁴.

Ejemplo: Cuando en una cuenta bancaria se reciba de forma efectiva la transferencia de una determinada cuantía económica, que fue pactada con anterioridad; o cuando en la misma conversación en la que se solicita un trato de favor se entrega un lujoso regalo.

Esta modalidad comisiva puede producirse bien como consecuencia de un inicial «ofrecimiento» (efectuado por el propio sujeto incentivador), o bien por una «solicitud» (realizada por el sujeto favorecedor). En este sentido no importa de quién surja la iniciativa para alcanzar el acuerdo corrupto, pues la amplia definición de este comportamiento permite ambas posibilidades. La expresión «conceder» acogería los supuestos de hecho en los que se entrega lo que se ha solicitado, prometido u ofrecido; esto es, la entrega de la contraprestación ilícita que da forma y caracteriza el acuerdo injusto de la corrupción en los negocios.

V. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA MODALIDAD FAVORECEDORA

1. Los sujetos de la modalidad favorecedora

1.1 SUJETOS ACTIVOS

1. Resulta incontrovertido que los sujetos activos de la modalidad favorecedora del delito de corrupción en los negocios son los «directivos, administradores, empleados o colaboradores» de una entidad del sector privado (de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización [LO 5/2010] o de una empresa mercantil o sociedad [LO 1/2015]), quienes podrán actuar «por sí o por persona interpuesta».

²⁶⁴ Véase, PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 359; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 360; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 226.

Existe un acuerdo generalizado en la doctrina sobre que la modalidad pasiva del delito de corrupción en los negocios se configura como un delito especial, pues solamente podrá ser cometido por aquellas personas en las que concurren las cualidades que exige el tipo²⁶⁵. En lo que ya no existe consenso, sin embargo, es en si estamos ante un delito especial propio²⁶⁶ o ante uno impropio²⁶⁷.

Baste decir que –en nuestra opinión– nos encontramos frente a un delito especial propio porque no existe una vertiente favorecedora que pueda ser cometida por cualquier persona²⁶⁸. Porque para estar ante un delito especial impropio deberían existir dos modalidades favorecedoras: una que pudiera cometer cualquier persona, y otra que sólo la pudieran realizar los mencionados administradores, directivos empleados o colaboradores de una entidad del sector privado. Pero ese no es el caso, como hemos dicho en el párrafo anterior.

Podría suceder, eso sí, que un sujeto participe en el delito de otro, en calidad de *extraneus*, pero aquí ya nos desviaríamos de la cuestión porque entraríamos en el campo de discusión de la autoría y participación.

2. Lo que caracteriza a los sujetos típicos de la modalidad favorecedora es que todos ellos contribuyen con su trabajo o función, en mayor o en menor medida, a los fines de la actividad comercial de la entidad del sector privado

²⁶⁵ Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 270-271; SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 17; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1112; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 230; BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 423-424; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1040; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares» 2011; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 938; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 9; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 16; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 16; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 360; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 9; BOLEA BARDÓN, «Bien jurídico y *ratio legis*», 2013, p. 21; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 557; PUENTE ABA, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 917-918; GIL ANTÓN, «Delitos de corrupción», 2015, p. 80; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1003; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*; 2015, p. 366; MESTRE DELGADO, «Contra el orden socioeconómico», 2015, p. 429; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; JAÉN VALLEJO; PERRINO PÉREZ, *La reforma penal de 2015*, 2015, p. 146; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 287-290; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 459; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 657; MAYO CALDERÓN, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 425; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 129.

²⁶⁶ Así, BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 289.

²⁶⁷ Véase, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 459.

²⁶⁸ En sentido similar se pronuncia ENCINAR DEL POZO, para quien también nos encontramos ante un delito especial propio «al no tener un delito común correlativo que pueda ser cometido por cualquiera». ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 289.

que esté en disposición de conceder un favorecimiento indebido (y esto con independencia de que tales sujetos tengan una relación estable u ocasional con la entidad jurídica, o de que sean considerados personal interno o externo de la misma, y por tanto sin la respectiva dependencia jerárquica²⁶⁹).

Esto es, entre los directivos, administradores, empleados y colaboradores (dependientes) existe un vínculo jurídico-mercantil, civil o laboral para con una empresa mercantil o sociedad (principal). De este modo, quedarían excluidos del tipo penal aquellos particulares, consumidores o usuarios, y empresarios individuales que trabajen por cuenta propia (porque no tendrían ninguna vinculación mercantil o laboral con ninguna entidad privada)²⁷⁰.

La amplitud con la que se han previsto los sujetos activos de la modalidad favorecedora (directivo, administrador, empleado, colaborador) parece querer incluir a cualquier clase de dependiente o representante del empresario colectivo²⁷¹. Esto es fruto de la búsqueda de un concepto omnicompreensivo de posibles autores del delito²⁷².

3. En otro orden de ideas: no parece existir discusión en cuanto a que los sujetos activos deben disponer de capacidad individual o colectiva para tomar decisiones en una entidad del sector privado, en el sentido de poder obligarla en el tráfico mercantil (esto es, en el ámbito de la adquisición o venta de mercancías, en la contratación de servicios, o de cualquier otra relación comercial)²⁷³.

Esta condición de idoneidad objetiva le es exigible a los administradores, directivos, empleados y colaboradores de una entidad privada, quienes deben poseer cierto poder para decidir qué contratos o acuerdos comerciales puede adoptar la empresa. Por eso lo importante no es la labor profesional o concretas funciones que desempeñen éstos en la organización, sino –más bien– su vinculación concreta con la toma de decisión que debería poder dar como resultado un favorecimiento comercial²⁷⁴.

²⁶⁹ Como así se entienden algunos autores, CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 230; RODRÍGUEZ PUERTA; MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 938; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 589.

²⁷⁰ En sentido similar, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 288.

²⁷¹ Cfr. NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 10-11.

²⁷² Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 23.

²⁷³ Véase, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 23; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 1041-1042; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 10; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 16; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 32; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1003; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 289; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 658.

²⁷⁴ En similar dirección apunta QUERALT JIMÉNEZ, aunque dicho autor circunscribe la vinculación de los sujetos de la modalidad pasiva a la toma de decisión que va a perjudicar a la entidad, sin tomar en consideración que dicha decisión podría beneficiar a la empresa. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664.

Pero no sirve cualquier clase de poder decisorio. Quienes solamente ostenten poder de mando, por ejemplo, en el proceso productivo o industrial, no tendrían por sí mismos capacidad para vincular comercialmente a la entidad privada en una determinada contratación mercantil; y, por tanto, cualquier actuación de incentivación en la que aquéllos se vean envueltos sería inofensiva desde el punto de vista penal²⁷⁵.

Sin poder decisorio no puede generarse un peligro *ex ante* necesario para poder entender consumado el delito, dado que sin éste sería imposible poner en riesgo el bien jurídico protegido de la competencia. O lo que es igual, sin este poder decisorio no existe ninguna posibilidad real o potencial de que se favorezca a ningún competidor en el mercado²⁷⁶.

4. Mención aparte merece el hecho de que el Código Penal equipare a efectos punitivos las cuatro categorías de sujetos activos del delito (directivo, administrador, empleado y colaborador), aunque por su cargo o función desempeñen u ostenten responsabilidades y obligaciones, y una distinta capacidad de decisión, en la entidad privada²⁷⁷.

Lo criticable de este punto es que, en lo que atañe a la penalidad de la modalidad favorecedora, se estaría tratando en términos de igualdad a sujetos que están en una verdadera situación de desigualdad (generándose así fricciones con el principio de igualdad y de proporcionalidad de la pena²⁷⁸). Pues, por ejemplo, jamás en una empresa un trabajador (relación laboral) tendrá la misma responsabilidad y capacidad de decisión que un administrador (cargo mercantil), y, sin embargo, la sanción penal que recibirían en caso de cometer el delito podría ser exactamente la misma²⁷⁹.

Desde el prisma de la protección del buen funcionamiento del mercado, sin embargo, es lógico que todos los sujetos tengan prevista la misma pena *in abstracto*: la gravedad de la conducta se mediría en términos de la deslealtad frente a la competencia (tutela de la competencia), y no con base en la intensidad del quebrantamiento del deber de fidelidad de

²⁷⁵ En sentido similar, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 23.

²⁷⁶ Se ha afirmado que cabría apreciar una tentativa inidónea cuando el ofrecimiento, promesa o entrega del beneficio o ventaja se dirigen a persona o personas no incluidas en la cadena o círculo de decisión. SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1005.

²⁷⁷ Cfr: BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 21.

²⁷⁸ Cfr: QUERALT JIMÉNEZ, «Notas sobre la corrupción privada», 2010, p. 18; sumándose a lo ya expuesto por dicho autor, NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 11, nota al pie de página n.º 29; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 16.

²⁷⁹ Existe, eso sí, una modalidad atenuada que toma en consideración la menor trascendencia de las funciones del culpable (artículo 286 bis.3 CP), sin distinguirse tampoco entre qué clases o categorías de sujetos típicos pudiera ser ésta aplicable. Véase, Capítulo IV, Apartado II. 2.

cada una de estas categorías de sujetos frente a su empresa (tutela del deber de fidelidad).

Desde este punto de vista, pues, la actuación de un empleado podría llegar a ser incluso mucho más grave que la de un administrador. Imaginemos el caso de un trabajador que recibe una comisión para adjudicar un contrato valorado en un millón de euros, y el de un administrador que recibe igual dádiva para adjudicar un contrato de cien mil euros. Por este motivo, lo que sería verdaderamente contrario al principio de igualdad y de proporcionalidad de la pena es que un trabajador, por el mero hecho de serlo, reciba un castigo menor sin tenerse en cuenta la concreta lesividad de su comportamiento.

5. Dentro de este –a nuestro juicio justificado– tratamiento penológico igualitario lo que no se explica, no obstante, es la enumeración ilógica que se hace de los sujetos activos de la modalidad favorecedora: situando la figura del directivo antes que la del administrador.

Porque en los organigramas empresariales rige el principio jerárquico, en virtud del cual se distribuyen los deberes y obligaciones en la estructura empresarial conforme a un criterio de mayor a menor responsabilidad o vinculación institucional. Por este motivo lo lógico hubiera sido situar el «administrador» antes que el «directivo» en el artículo 286 bis.1 y 2 CP²⁸⁰.

Hecha esta observación, debemos advertir al lector: con el fin de ser fieles a la sistemática del tipo, respetaremos el (des)orden marcado por el Código Penal cuando, justo a continuación, tratemos los problemas que presentan cada uno de los sujetos activos de la modalidad favorecedora.

1.1.1 *Directivos*

1. En el mundo de la empresa los directivos han sido tradicionalmente identificados con los directores generales, ungidos de la máxima autoridad en la dirección y gestión de una entidad privada (aunque sometidos a las directri-

²⁸⁰ Esta crítica se mantiene en relación con las dos redacciones del tipo introducidas en el Código Penal, de conformidad con la LO 5/2010 y la LO 1/2015. De forma constante en, CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5; CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 622; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 658. El origen de esta defectuosa técnica legislativa parece encontrarse en los Proyectos de Ley previos a la criminalización de la corrupción privada en nuestro ordenamiento jurídico, en cuyos textos se preveía sólo el castigo de los directivos, empleados y colaboradores, y no el de los administradores. La posterior rectificación de esta omisión, sin embargo, se hizo –no se sabe por qué– de forma desordenada. Véanse los Proyectos de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, publicados en el BOCG de 15 de enero de 2007 y de 27 de noviembre de 2009.

ces que imponga el órgano de administración). A sus órdenes el director general puede contar con distintos directores, para cada uno de los departamentos que disponga la compañía en cuestión; como por ejemplo el director financiero, el director comercial o el director de tecnología (quienes pueden contar, a su vez, con otros empleados a su mando).

Ahora bien, ¿a quién se refiere realmente el Código Penal cuando menciona que el directivo podrá incurrir en esta modalidad delictiva? ¿se refiere sólo al director general de la compañía o también a estos directores de departamentos? Esta es la pregunta que nos obliga hacer el principio de taxatividad de la ley penal.

Pues bien, existen dos nociones de «directivo»: una jurídico-laboral y otra jurídico-penal²⁸¹.

1.1 Conforme al concepto jurídico-laboral, nos encontraremos ante este puesto directivo si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección²⁸², que define el personal de alta dirección como «aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

Se excluye del ámbito del citado Real Decreto 1382/1985 la actividad delimitada en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere a la «que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisitan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

De este modo los directivos no ocupan el cargo de administrador, pero tampoco están vinculados a la empresa mediante una condición laboral ordinaria de las previstas en el Estatuto de los Trabajadores²⁸³. De ahí que,

²⁸¹ Según NAVARRO FRÍAS Y MELERO BOSCH, cuando se discute sobre el término «directivo» hay que determinar si éste se refiere a cualquier empleado que disponga de poder de dirección o de gestión empresarial, o si se refiere a los sujetos vinculados a la empresa mediante una relación laboral especial de las previstas en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 10.

²⁸² En concordancia con el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, que establece que se considerarán relaciones laborales de carácter especial las del personal de alta dirección no incluido en su artículo 1.3.c).

²⁸³ Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El contrato de trabajo», 1986; GONZÁLEZ DE LENA, «Las relaciones especiales de trabajo», 1986; MARTÍNEZ MORENO, «El trabajo de alta dirección», 1995, pp. 45-53; ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 2009, pp. 119-121; LÓPEZ ÁLVAREZ, «Relaciones laborales especiales», 2015, p. 773; MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 2015, p. 150.

en definitiva, sea «directivo» quien disponga de una relación laboral de carácter especial de personal de alta dirección de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Esto convertiría al directivo en un trabajador más de la empresa, pero con ciertas características especiales²⁸⁴.

1.2 En lo que atañe al concepto jurídico-penal de «directivo» lo verdaderamente relevante sería, en cambio, que el sujeto ostente el necesario poder y capacidad de decisión en la entidad privada, sin importar el *nomen iuris* de la relación jurídica que le vincule con ésta.

Esta noción antiformalista parece encontrar su origen en el artículo 5.1 de la Decisión Marco 2003/568/JAI (que se corresponde con el artículo 5 de la Acción Común 98/742/JAI). En este texto legal se describe el «cargo directivo» en una empresa como aquel individuo que actuando a título individual o como parte de un órgano de una persona jurídica, ostente poder de representación en dicha entidad; autoridad para tomar decisiones en nombre de ella; o autoridad para ejercer el control en su seno.

Lo que definiría al directivo, por tanto, es su función directiva dentro de la empresa, siempre que no invada las competencias del administrador, puesto que de lo contrario podríamos encontrarnos ante un administrador (de hecho o de derecho) y no ante un directivo²⁸⁵. Conforme a este concepto más amplio cabría incluir, por ejemplo, al empresario²⁸⁶.

2. La aparente bondad de esta segunda interpretación, sin embargo, en realidad, no es tal. La noción penal de «directivo» –a nuestro parecer– resulta inservible debido a su imprecisión, ya que únicamente se remite a la función directiva del individuo en una entidad, pero sin especificar qué concretas cualidades o funciones debería ostentar o ejercer.

Esta vaguedad conceptual propicia la confusión entre las figuras del administrador de hecho y del directivo, difuminando la línea fronteriza que separa ambas (un administrador de hecho también podría ser considerado directivo, en tanto que dirige –en el más amplio sentido– la empresa que administra)²⁸⁷. Lo cual nos llevaría obligatoriamente a la cuestión de dónde poner el límite entre la noción de administrador de hecho y de directivo.

²⁸⁴ A favor de esta interpretación, GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 585; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 291.

²⁸⁵ Esto sería igualmente coherente con la definición de «directivo» que ofrece el DEJ, referida a aquella «persona física que forma parte del conjunto de personas que dirigen la sociedad».

²⁸⁶ Véase, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 149.

²⁸⁷ Tanto es así que, para algunos autores, el directivo es un administrador de hecho. Véase, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 461-462.

Es por esto que resulta preferible el concepto jurídico-laboral de directivo, porque es claro y ofrece una suficiente seguridad jurídica. Así, si la relación laboral que une a la persona con la empresa se corresponde con la que se prevé en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, entonces nos encontraremos ante un «directivo» (véase *supra*, punto 1.1). De lo contrario, el sujeto en cuestión podrá ser considerado un «empleado» (si le une a la empresa una relación laboral ordinaria) o, en su caso, un «administrador» de hecho o de derecho (si ostenta formalmente tal cargo o ejerce en realidad funciones de administración).

Esta solución, además de ser la más respetuosa con el mandato de certeza de la ley penal, tampoco produciría ninguna indeseable laguna de punibilidad, porque los casos dudosos siempre tendrán cabida en las otras categorías de los sujetos activos (como la de los empleados). De este modo se resolverían correctamente los supuestos de hecho en los que un director general, a la postre, un directivo, represente y tome decisiones en nombre de una empresa, con la supervisión del administrador de derecho. Porque así no sería necesario echar mano de la figura del administrador de hecho.

3. ¿Y qué ocurriría, entonces, con los directores de departamento de una entidad del sector privada (piénsese, por ejemplo, en el caso del director de un departamento comercial, esto es, el responsable de diseñar el plan de ventas de la entidad)? ¿Deberán ser considerados directivos a efectos penales?

En coherencia con la postura que hemos adoptado, todo dependerá de si la relación laboral que vincula a estos directores es o no especial, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto 1382/1985, relativo al personal de alta dirección (véase *supra*, punto 1.1). En el caso de que la relación laboral sea ordinaria –algo que será común que suceda– entonces nos encontraremos ante simples empleados (también sujetos típicos de la modalidad favorecedora).

1.1.2 *Administradores*

A continuación prestamos atención a la figura del administrador de derecho y de hecho en el delito de corrupción en los negocios (modalidad favorecedora), así como a las cuestiones que de ahí deriven.

Pero antes de entrar al fondo del asunto conviene mencionar que, aunque pudiera sorprender, la actuación de los «administradores» como sujetos típicos no estaba prevista en la propuesta de delito de corrupción entre particulares del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008.

Esta –inicial– ausencia de los administradores parece consecuencia de una incorrecta comprensión del texto de la Decisión 2003/568/JAI, en el que se preveía que este delito lo podían cometer las personas que desempeñasen «funciones directivas o laborales». De ahí que en el citado Anteproyecto solamente se previese como sujetos de la modalidad favorecedora a los directivos y a los empleados (además de los colaboradores), pero no a los administradores²⁸⁸.

Esta injustificable exclusión fue criticada por el CGPJ debido a que en nuestro sistema jurídico mercantil y laboral el concepto de directivo no abarca a los administradores²⁸⁹. Por su parte, el Consejo de Estado y el Consejo General de la Abogacía se sumaron a dicha crítica, aduciendo que era problemático que se obviase la figura del administrador de hecho y de derecho en este delito²⁹⁰.

Afortunadamente en la LO 5/2010 se subsanó este defecto, tipificándose la conducta de corrupción privada pasiva realizada también por el «administrador»²⁹¹; situación ésta que no ha variado tras la reforma operada por la LO 1/2015.

1.1.2.1 Administradores de derecho

1. La doctrina no muestra fisuras al considerar que el «administrador de derecho» de una entidad del sector privado es uno de los sujetos activos de la modalidad favorecedora²⁹². Cuando el Código Penal emplea el término nor-

²⁸⁸ Tal vez ello sea consecuencia, a su vez, de un problema de traducción de la Decisión Marco 2003/568/JAI, en cuyo texto legal en inglés se empleó la expresión «*to a person who in any capacity directs or works for a private-sector entity*» que es mucho más amplia que la utilizada en la versión española (puesto que ésta sí incluiría a los «directors»), categoría que abarca a los administradores).

²⁸⁹ Véase, *Informe del Pleno del CGPJ*, 26 de febrero de 2009, pp. 116-117.

²⁹⁰ Véase, *Dictamen del Consejo de Estado*, 29 de octubre de 2009, apartado vigésimo primero, de las consideraciones del Consejo de Estado. En dicho Informe también se reproduce el parecer expresado por el Consejo General de la Abogacía Española en el apartado tercero relativo a la «Audiencia al Consejo General de la Abogacía».

²⁹¹ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 310; OTERO GONZÁLEZ, «Dos ejemplos», 2011, pp. 39-40; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 16; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 16; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 221; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 658; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 291; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 461-462.

²⁹² En ese sentido, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 23; CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5; QUERALT JIMÉNEZ, «Notas sobre la corrupción privada», 2010, p. 18; DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 16; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 592; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1003; BAÑERES SANTOS; ADÁN NIETO, «Corrupción entre privados», 2015, p. 221; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 294; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 461-462; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 133.

mativo «administrador» se está remitiendo expresamente a la legislación mercantil que resulte aplicable (la cual deberá interpretarse a la luz o tomando en consideración las especialidades propias de la entidad o sociedad mercantil frente a la que nos encontremos en cada caso en concreto)²⁹³.

Cuando en el ámbito de los negocios se habla del administrador de una entidad privada, en esencia, nos estamos refiriendo a la figura del administrador social o mercantil. El órgano de administración gestiona y representa la sociedad en los términos establecidos por la Ley (artículo 209 LSC), correspondiéndole realizar todas aquellas actividades necesarias o convenientes con la promoción del objeto y fin social de la empresa, tanto desde un punto de vista interno (gestión), como desde un punto de vista externo (representación)²⁹⁴. Siendo precisamente en esta capacidad de gestionar y representar a la empresa donde existe el riesgo de que el órgano de administración pueda incurrir en conductas de soborno comercial.

La estructura del órgano de administración se determinará según lo que se estipule en los estatutos de la sociedad (artículo 124 RRM), pudiéndose confiar la administración social a un administrador único, quien por sí solo ejerce la gestión y representación de la mercantil; a diversos administradores, que pueden actuar bien de forma indistinta o solidaria, o de forma conjunta o mancomunada; o a un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros. El Consejo de Administración puede actuar colegiadamente, o mediante la atribución a alguno o algunos de sus miembros para poder actuar individual o colectivamente, siendo éstos Consejeros Delegados.

El órgano de administración, en alguna de las formas que se acaban de indicar, podrá estar formado por personas físicas o jurídicas (artículo 212.1 LSC). La única limitación que existe al respecto es que éstas no podrán incurrir en alguna de las prohibiciones previstas legalmente (artículo 213 LSC)²⁹⁵.

²⁹³ Véase el Código Civil, de 24 de julio de 1889, el Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885, y el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y, según los casos concretos, entre otra normativa, la Ley 44/2015, de 13 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, el Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas, la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico; o la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas.

²⁹⁴ Véase, BROSETA PONT, *Derecho Mercantil*, 2015, pp. 492 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa*, 2014, pp. 211 y ss.; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 2012, pp. 740 y ss.

²⁹⁵ Por ejemplo, pero de forma especialmente destacable, quienes hayan sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

En este sentido, los socios podrán ser también nombrados administradores de la sociedad (artículo 212.2 LSC). La encargada del nombramiento de los administradores es la Junta General que, mediante el correspondiente acuerdo que deberá respetar lo dispuesto en los estatutos sociales (artículo 214 LSC), decide quién forma parte del órgano de administración; pudiendo igualmente nombrar suplentes para el hipotético caso de que los administradores cesen en su cargo (artículo 216 LSC)²⁹⁶.

El nombramiento del cargo de administrador tendrá eficacia desde la aceptación del cargo, y podrá ser revocado en cualquier momento por la Junta General (artículo 223 LSC); por lo que el momento de la aceptación y del cese –bien por renuncia, bien por revocación– será determinante para establecer si, a efectos penales, la conducta se cometió durante el tiempo de vigencia del cargo del «administrador de derecho». Cuando exista alguna irregularidad en el nombramiento del cargo, o cuando el sujeto actúe como apoderado general, habrá que valorar si el sujeto actúa en calidad de «administrador de hecho». Pero sobre esto nos detendremos en el siguiente epígrafe.

2. Mención especial merece el caso de los administradores judiciales y administradores concursales (que también son «administradores de derecho»), frente a los que, por mandato expreso del Código Penal, les es aplicable la tipología del cohecho (artículo 423 CP)²⁹⁷.

1.1.2.2 Administradores de hecho

1. Como consecuencia de la falta de distinción entre administrador de hecho y de derecho en el artículo 286 bis CP, cierto sector doctrinal ha apuntado a la posibilidad de que el administrador de hecho no se encuentre previsto como sujeto activo en la modalidad favorecedora²⁹⁸. ¿Pero ha sido realmente excluido el administrador de hecho del ámbito de incriminación de la modalidad favorecedora? ¿O existen razones para sostener que también es sujeto típico?

En la actualidad, la única definición normativa de «administrador de hecho» que existe en nuestro Derecho positivo se halla en el artículo 236.3 LSC, que establece que: «(...) tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un tí-

²⁹⁶ Lo cual resulta de relevancia porque el suplente, una vez cesado el anterior cargo, pasará a ser administrador de derecho a todos los efectos (también desde el prisma del Derecho Penal).

²⁹⁷ Así también, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 134.

²⁹⁸ Véase, MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 439; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664.

tulo nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad»²⁹⁹.

Este concepto va en consonancia con el ofrecido por la doctrina mercantilista, que tradicionalmente ha considerado que el administrador de hecho es aquel que ejerce el cargo cuando su nombramiento presenta alguna irregularidad formal, o cuando el mandato que se le encomendó se encontraba caducado, sea por la razón que sea³⁰⁰.

Sin embargo, en sede penal no puede asumirse, sin más, esta noción mercantil de administrador de hecho, pues resulta insuficiente³⁰¹; debido a que parece estar centrada exclusivamente en la esfera interna entre el administrador y la sociedad (existiendo entre ellos una relación que no es perfecta desde un punto de vista formal)³⁰², pero no en el control material de la sociedad.

Por ello, en el ámbito penal se ha acogido un concepto amplio de «administrador de hecho» centrado en el ejercicio efectivo del poder dentro de la sociedad. Así, se definiría al administrador de hecho como aquel que desde la sombra gestiona y administra verdaderamente la persona jurídica³⁰³; difirien-

²⁹⁹ La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su STS n.º 421/2015, de 22 de julio (la cual cita también la STS n.º 721/2012, de 4 de diciembre) resume la jurisprudencia relativa al concepto mercantil de administrador de hecho, y afirma que: «esta Sala ha declarado que lo son [administradores de hecho] «quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición» (sentencias 261/2007, de 14 de marzo; 55/2008, de 8 de febrero; 79/2009, de 4 de febrero; 240/2009, de 14 de abril; y 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general».

³⁰⁰ Cfr: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 349.

³⁰¹ En referencia a los delitos societarios, DEL ROSAL BLASCO, «Los nuevos delitos societarios», 1998, p. 91.

³⁰² Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 295.

³⁰³ En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, que, como acertadamente afirmó en la STS n.º 59/2007, de 26 de enero de 2007, será considerado administrador de hecho: «(...) quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo en los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figure como su administrador. (...) Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía ni al entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección»

do el ejercicio material de la administración de la sociedad, en realidad, de quien ostenta formalmente el cargo³⁰⁴.

Así, no importa que el sujeto se mantenga oculto o se presente, frente a terceros, como administrador o bajo otra apariencia, pues lo relevante es que pueda demostrarse que éste ha sido el artífice de las decisiones relativas a la gestión social³⁰⁵ (lo que sucede, por ejemplo, cuando uno de los socios controla la sociedad mediante un apoderamiento general, o cuando la sociedad no inscribe registralmente el nombramiento del nuevo administrador, quedando oculta dicha persona a ojos de terceros en el Registro Mercantil).

2. A la pregunta de si el administrador de hecho puede cometer la modalidad favorecedora, el punto es el siguiente. Como acertadamente ha apuntado la doctrina³⁰⁶, en el artículo 286 bis CP el legislador no ha distinguido entre los administradores de hecho y de derecho, yendo así en contra de la técnica legislativa empleada en otros tipos penales (verbigracia, en la estafa de inversores del artículo 282 bis CP, o en la falsedad en cuentas anuales y otros documentos sociales del artículo 290 CP). Por lo que no podría extenderse el ámbito de incriminación del delito para castigar también su actuación³⁰⁷.

Para suplir esta omisión se ha propuesto que la figura del «administrador de hecho» quede subsumida en la categoría de los «directivos», pues –al igual que los administradores de hecho– pueden ejercer el control de la empresa, ya sea porque dispongan de poder de representación dentro la misma, o porque ostenten la autoridad suficiente como para adoptar decisiones que influyan en aquélla³⁰⁸. Y si esta propuesta de interpretación –por así llamarla, conciliadora– no convenciera del todo, también se ha planteado subsumir al administra-

³⁰⁴ Entre otros autores, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Algunas consideraciones político-criminales», 1984, pp. 688 y ss.; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1988, p. 213; FARRALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996, p. 147; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, 1996, p. 271; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, pp. 348-353; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La responsabilidad penal de los administradores», 2013, pp. 375-376; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 581-583; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2016, p. 176.

³⁰⁵ Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La responsabilidad penal de los administradores», 2013, p. 383.

³⁰⁶ Entre otros, VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 324; CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 310; GIL NOBAJAS, «corrupción en los negocios», 2015, p. 592; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227; GIL ANTÓN, «Delitos de corrupción», 2015, p. 80.

³⁰⁷ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 811.

³⁰⁸ Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 658; la misma postura se sostuvo en CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 5. Por su cuenta, OTERO GONZÁLEZ considera que el directivo es uno de los supuestos de administrador de hecho. OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 462.

dor de hecho dentro de la genérica mención a los «colaboradores», que por su extraordinaria amplitud podría quedar abarcado, al menos hipotéticamente, en el tipo penal³⁰⁹.

Sin embargo, ninguna de estas dos propuestas de interpretación resultan aceptables. En coherencia con lo que hemos sostenido en páginas anteriores³¹⁰, el «directivo» es aquel sujeto que se encuentra vinculado con la empresa mediante un contrato laboral especial de alta dirección, por lo que difícilmente puede admitirse extender su aplicación a los supuestos del administrador de hecho.

Y algo similar sucede con la tremendamente imprecisa figura del «colaborador», pues –sin perjuicio de que más adelante veremos cómo debe interpretarse dicho término³¹¹– no puede llegarse al punto de expandir su significado y sostener que éste puede llegar a controlar *de facto* la empresa, ejerciendo actos de administración. Porque, si tal fuera el caso, éste no colaboraría con la sociedad mercantil, la gobernaría.

Cuestión distinta es que el colaborador, para cometer el tipo penal, deba disponer de cierto poder de decisión dentro de la empresa. Pero esa necesaria capacidad decisoria en materia de contratación o de relaciones comerciales no puede asimilarse a la realización material de funciones de administración social.

En realidad, el administrador de hecho no ha sido excluido –en nuestra opinión– del círculo de sujetos activos de la modalidad favorecedora³¹². Desde un punto de vista gramatical, la categoría de los «administradores» comprende tanto a los que son «de derecho», como los que lo son «de hecho», sin distinción de ninguna clase³¹³. Y al respecto *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. O en otras palabras, la genérica alusión a los «administradores» no puede ser entendida torcidamente, excluyendo del tipo sólo al administrador de hecho como uno de los posibles sujetos activos de la modalidad favorecedora. No es necesario forzar el tenor literal del precepto para llegar a esta conclusión.

³⁰⁹ Tal como se sostiene en CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 231.

³¹⁰ Véase, Capítulo II, Apartado V.1.1.1.

³¹¹ Véase, Capítulo II Apartado V.1.1.4.

³¹² Así lo entiende también la mayoría de autores, NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 476; OTERO GONZÁLEZ, «Dos ejemplos», 2011, pp. 39-40; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 9-10; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 16; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 361; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 221; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227; GIL ANTÓN, «Delitos de corrupción», 2015, p. 80; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 592 y ss.; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1003; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 359; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 461-462; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 133-139.

³¹³ Véase, CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 230; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2013, p. 361; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 135.

Distinto sería si en el precepto únicamente se hubiera hecho mención al «administrador de derecho», pues, entonces sí, no nos hubiera quedado más remedio que aceptar que el legislador habría excluido expresamente del tipo penal al «administrador de hecho»³¹⁴. Pero esto –como se ha dicho– no es lo que ha sucedido.

Desde el prisma de la protección de la competencia como bien jurídico, asimismo, no se entendería la exclusión del administrador de hecho, puesto que también pueden perpetrar comportamientos constitutivos de soborno comercial en nombre de la empresa³¹⁵. En este sentido, si admitimos que el administrador de derecho es el único que puede cometer el delito, entonces, se produciría una laguna de punibilidad difícilmente justificable³¹⁶.

Pero es que además –y por si lo anterior no fuese suficiente– sistemáticamente también se ve corroborada esta interpretación, al ponerse en relación el delito de corrupción en los negocios (artículos 286 bis y 288 CP) con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31 bis CP).

En lo que se refiere al delito de las personas jurídicas, el hecho de conexión puede ser cometido por los administradores de hecho y de derecho (artículo 31 bis CP). De ahí que sea incongruente permitir, por un lado, que las personas jurídicas respondan penalmente en este delito (artículo 288 CP) al tiempo que se excluye, por otro lado, la posibilidad de que el administrador de hecho sea sujeto típico de la modalidad favorecedora³¹⁷.

Este argumento mantiene su validez y vigencia –incluso– tras la reforma operada por la LO 1/2015 (pese a que en el artículo 31 bis CP se haya suprimido la expresa mención a los administradores de hecho y de derecho)³¹⁸; porque aunque se modifica la terminología empleada en el precepto, no se altera el

³¹⁴ En sentido similar también, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 135.

³¹⁵ Cfr. GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 592-594; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, p. 249.

³¹⁶ Como ya afirmó RODRÍGUEZ MOURULLO en el marco de discusión de los delitos societarios: «Evidentes razones de política criminal aconsejan no dejar al margen de los delitos societarios a los administradores de hecho. En caso contrario, se favorecería absurdamente con la impunidad frente a los delitos societarios a quienes por desidia no se hubiesen preocupado por regularizar la sociedad o la designación de administradores y –lo que es peor todavía– a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios». RODRÍGUEZ MOURULLO, «Algunas consideraciones político-criminales», 1984, p. 688.

³¹⁷ Vid. VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 324; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 310; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 17; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 293-294.

³¹⁸ Asimismo, GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 593; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 293-294; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 137-138; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, pp. 249-250.

ámbito de incriminación del delito de las personas jurídicas en lo que atañe al hecho de referencia del administrador de hecho³¹⁹.

1.1.3 Empleados

1. Como dispone el Estatuto de los Trabajadores en su artículo primero, los empleados o trabajadores son aquellos que voluntariamente prestan sus servicios por cuenta ajena, y de forma remunerada, dentro del ámbito de organización y dirección de su empleador o empresario, pudiendo ser este último una persona física o una jurídica³²⁰.

No obstante, este concepto laboral en ocasiones puede resultar insuficiente, dado que puede haber ocasiones en las que una persona desempeñe una relación laboral pero no es reconocida como tal por la empresa. Por eso en el ámbito penal (concretamente en lo que atañe a los delitos contra los trabajadores) se ha adoptado una noción más amplia de trabajador, en la que resulta irrelevante que la persona en cuestión se encuentre en una situación contractual regular o irregular (entre otras, STS n.º 438/2004, de 29 de marzo de 2004).

Pero, ¿son éstos los mismos empleados a los que se refiere la modalidad favorecedora? Basta una simple lectura del artículo 286 bis CP para comprobar que la modalidad favorecedora viene restringida exclusivamente a los actos de favorecimiento indebido que pudieran realizar los empleados de una entidad del sector privado (de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización [LO 5/2010] o de una empresa mercantil o sociedad [LO 1/2015]).

³¹⁹ Dejando de lado las –dicho sea de paso, merecidas– críticas que se han vertido contra esta modificación (véase, Circular FGE 1/2016), lo cierto es que en la nueva redacción del artículo 31 bis CP se contemplan expresamente ambas clases de administradores. La diferencia entre el artículo 31 bis CP de la LO 5/2010 y el que finalmente se mantiene tras la LO 1/2015 radicaría en el enfoque que se da a la cuestión, pero el resultado siempre sería el mismo: la actuación del administrador de hecho se encuentra abarcada por el precepto. Pues, en efecto, lo que ha cambiado es sólo el enfoque del problema. En la redacción original del artículo 31 bis CP se ponía el foco de atención en el estatus o denominación formal de la persona física que, con su actuación, pudiera derivarse responsabilidad penal para las personas jurídicas (criterio formal); mientras que en la actual redacción se ha optado por describir las funciones que ejercitan tales personas físicas (criterio material). Así, GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 593. En cuanto a esto mismo BOLDOVA PASAMAR, a la hora de comentar el Anteproyecto de reforma del 2013, adujo que en dicha propuesta legislativa se eliminaba la mención a los «administradores de hecho o de derecho» y se sustituía por una más descriptiva que cerraría el paso a lagunas o dudas hermenéuticas. BOLDOVA PASAMAR, «La introducción de la responsabilidad penal», 2013, pp. 241-242.

³²⁰ Esta norma, más que caracterizar al trabajador, describe objetivamente la relación laboral. Véase, MERCADER MUGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 2015, pp. 131-132; MOLERO MANGLANO, «Sujetos del contrato de trabajo», 2015, p. 153; ALONSO OLEA; CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 2009, p. 111.

2. Y aquí ya chocamos con el primer problema: si el tipo penal abarca al trabajador cuyo principal es un autónomo o empresario individual.

A todas luces, la respuesta debe ser negativa³²¹. El tenor literal del artículo 286 bis CP es claro al respecto: únicamente los empleados de una entidad del sector privado pueden cometer la vertiente favorecedora, en tanto que el tipo penal sólo alude a los empleados de empresas mercantiles, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones (LO 5/2010) o de empresas mercantiles o sociedades (LO 1/2015).

Como consecuencia de esto, son atípicos los grupos de casos en los que el sujeto que solicite o le sea ofrecido un incentivo ilícito sea un asalariado que haya sido contratado por un autónomo (es decir, un empresario individual); porque el tipo penal no hace mención a que los empleados lo puedan ser «de cualquier empresario [individual o colectivo] o entidad que opere en el sector privado» (prohibición de analogía *in malam partem*).

Esta decisión legislativa probablemente es debida a la necesidad de acotar el tipo penal, de forma exclusiva, a aquellos supuestos de hecho que, por su mayor idoneidad lesiva, pudieran poner potencialmente en riesgo la competencia, con arreglo al principio de intervención mínima y de fragmentariedad penal³²².

3. ¿Pero pueden todos los empleados de una entidad privada cometer la modalidad favorecedora? ¿O existen excepciones dentro de esta categoría de sujetos típicos?

Para poder cometer conductas de favorecimiento indebido, el empleado debe disponer de cierta capacidad de decisión en lo que se refiere a la adquisición o venta de mercancías, la contratación de servicios, o en las relaciones comerciales³²³. De este modo, la modalidad favorecedora podría quedar limitada a los trabajadores de nivel alto o medio de una entidad privada, excluyendo del tipo a los de bajo rango jerárquico (por ejemplo, los operarios)³²⁴. Pues sólo aquéllos podrían disponer del poder de decisión necesario para conceder un trato de favor en el mercado, y poner en potencial riesgo el bien jurídico de la competencia.

Sin embargo, si el trabajador dispone o no de capacidad de decisión en la empresa es un aspecto que caracteriza la idoneidad lesiva de su conducta, pero no permite describir al sujeto activo como una cualidad subjetiva. El empleado de una entidad privada (como sujeto típico) lo es con independencia de su ma-

³²¹ A igual conclusión, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 287.

³²² Para mayor detalle (empresario individual o colectivo), véase *infra* Apartado IV.1.5.1.

³²³ Véase, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664.

³²⁴ *Cfr.* BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 224.

yor o menor poder de decisión en ésta. Y en este sentido el tipo penal no admite limitaciones o matizaciones.

Cosa distinta es que de la falta de capacidad de decisión del sujeto favorecedor se derive la atipicidad de su actuación. Pero tal discusión encuentra mejor encaje en lo que atañe al ámbito de la peligrosidad *ex ante* de la acción que se repute o considere típica. Es por esto que –a nuestro modo de ver– para saber si un individuo es empleado de una empresa mercantil o de una sociedad, bastará con constatar que entre la persona física y la jurídica existe una relación laboral por cuenta ajena, de carácter regular o irregular (lo que incluye, por ejemplo, a los falsos autónomos o los no dados de alta en la Seguridad Social).

1.1.4 Colaboradores

1. Los «colaboradores» de entidades del sector privado son sujetos activos de la modalidad favorecedora desde la redacción original del artículo 286 bis CP (LO 5/2010).

Sin embargo, la inclusión de esta categoría de sujetos en el tipo penal resultó polémica por varios motivos. En primer lugar, porque la figura de los colaboradores no se mencionaba en la Decisión Marco 2003/568/JAI³²⁵. Y en segundo lugar, por su tremenda imprecisión, hasta el punto de que –como afirmó el CGPJ– «semejante indeterminación no respeta el estándar de legalidad europeo, ni, por tanto, tampoco el español»³²⁶.

Esto último provoca la necesidad de delimitar claramente sus contornos, poniendo cierto coto a las impresiones de la que adolece el tipo penal. Porque sin ello difícilmente podría contestarse a la pregunta de quiénes son los colaboradores a los que se refiere el delito.

La noción de «colaborador» parece aludir a cualquier persona que contribuya al fin u objeto social de la entidad privada, prestando sus servicios en favor de ésta³²⁷ de forma independiente³²⁸, de un modo remunerado o gratuito³²⁹, o de forma puntual³³⁰ o continuada para una empresa mercantil o socie-

³²⁵ DE BUERBA PANDO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 16; OTERO GONZÁLEZ, «Dos ejemplos», 2011, p. 40.

³²⁶ Informe del Pleno del CGPJ, de 26 de febrero de 2009, p. 117. En igual sentido el Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de octubre de 2009.

³²⁷ Véase, PUENTE ABA, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 918.

³²⁸ Véase, NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 11.

³²⁹ Así, MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227;

³³⁰ Así también, PUENTE ABA, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 918; y OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 462.

dad³³¹. No parece existir ninguna limitación en cuanto a la clase de función o cometido que puede desempeñar un colaborador para una entidad, de modo que su aportación al fin social de la empresa podrá consistir: en una mera realización de labores por encargo de aquella³³²; en una simple prestación de servicios³³³; o en actuar en nombre de la empresa en determinadas operaciones mercantiles³³⁴.

Ahora bien, lo que no parece posible es que el colaborador pueda poseer una relación laboral que le vincule jurídicamente con la entidad privada en cuestión, porque entonces dejaría de ser un colaborador y pasaría a ser un empleado más de aquella³³⁵. Por este motivo hay autores que han afirmado que el colaborador debe formar parte del personal externo de la compañía³³⁶. Ni tampoco puede el colaborador ejercer una representación permanente de la entidad privada, porque entonces podrían existir problemas de delimitación con la figura del administrador de hecho. Por esto, un colaborador dejará de serlo (y pasará a ser un administrador de hecho) cuando se compruebe que éste ejerce verdaderas funciones de gestión y administración de la empresa.

Por lo que parece, la categoría de los «colaboradores» opera como un cajón de sastre (o como un «cajón desastre», mejor dicho). A la vista está por la amplitud con la que se ha previsto la redacción del tipo penal, pues los colaboradores no se definen por lo que son, sino –más bien– por lo que no son.

Debido a esta indeseable indeterminación (que tampoco ha subsanado la LO 1/2015)³³⁷, puede ser aconsejable interpretar restrictivamente el término «colaborador», abarcando sólo aquel que tenga un mínimo de capacidad de influir en la decisión de favorecer indebidamente a otro en materia de negocios³³⁸

³³¹ En opinión de BACIGALUPO ZAPATER los colaboradores no disponen de una relación estable con la empresa, lo que los diferenciaría del administrador, directivo o empleado, que sí se encuentran vinculados a ella mediante una relación estable. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 143. En similar sentido se pronuncia ANTÓN BLANCO, para quien el colaborador es una figura que requiere cierta continuidad o habitualidad, porque, si no fuese así, difícilmente podría distinguirse respecto del intermediario. ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 10.

³³² Véase, MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 439; asimismo en, MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227.

³³³ Véase, SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 423-424; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 658; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2013, p. 361.

³³⁴ Véase, BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 142.

³³⁵ Véase, CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 6; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 424.

³³⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 423; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664.

³³⁷ Cfr. OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 462.

³³⁸ Véase, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 149; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 22; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 572-573; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 462.

(y ello sin perjuicio de que pueda aplicarse la modalidad atenuada prevista en el artículo 286 bis.3 CP, relativa a aquellos supuestos de menor trascendencia de las funciones del culpable, esto es, en los que el poder de decisión del sujeto sea limitado)³³⁹.

En un intento de clarificar la cuestión, la doctrina ha puesto diversos ejemplos de posibles «colaboradores» que desarrollen su actividad para una empresa o sociedad mercantil, identificando en esencia a: abogados³⁴⁰, asesores³⁴¹, auditores³⁴², agentes o representantes comerciales³⁴³, comisionistas³⁴⁴, consultores o técnicos contratados externamente para el asesoramiento de la empresa en la compra de productos³⁴⁵, y trabajadores por cuenta propia o autónomos³⁴⁶.

2. Si lo que queremos es poner coto a la imprecisión del tipo penal, entonces no nos queda otra opción que restringir —en la medida de lo posible— la interpretación de la categoría de los «colaboradores».

Hasta ahora los colaboradores se definen por lo que no son: no pueden estar laboralmente vinculados con la entidad privada, porque entonces pasarían a ser sus empleados (relación laboral ordinaria) o directivos (relación laboral especial); ni tampoco pueden ejercer funciones de gestión y administración en la empresa, porque si no serían administradores (de hecho o de derecho).

Por exclusión, la única posibilidad razonable que nos quedaría consistiría en entender que los colaboradores se encuentran vinculados con una entidad privada a través de una relación contractual de naturaleza civil o mercantil (por ejemplo, mediante un contrato de asesoramiento, de intermediación, o de cualquier otro encargo profesional que pueda tener impacto en los intereses de los competidores). Tal sería el caso del tercero que intercede a favor de una empresa para conseguir un contrato.

³³⁹ Así, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 22.

³⁴⁰ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664.

³⁴¹ BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados» 2015, p. 221; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 462.

³⁴² QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 664.

³⁴³ Véase, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 462; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 146. Sin hacer mención a los colaboradores, otro sector doctrinal considera que el delito de corrupción privada pasiva también debe englobar a los agentes comerciales. VILLAMERIEL PRESENCIO, «Derecho Penal: algunas reformas necesarias», 2005.

³⁴⁴ GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 146.

³⁴⁵ NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 476.

³⁴⁶ Véase, ORBEGOZO, «El nuevo delito», 2011; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1003; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados» 2015, p. 221; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 147.

Así, por un lado, se conseguiría una suficiente seguridad jurídica y, por otro lado, quedarían incluidos en el tipo penal los profesionales o técnicos a que nos hemos referido en el punto anterior.

3. Mención aparte merece, eso sí, la posibilidad de que determinadas personas colaboren con una empresa de sus familiares o amigos sin que con su aportación de trabajo medie una relación laboral o remuneración de ninguna clase (lo que según el artículo 1.3. d) y e) del Estatuto de los Trabajadores se denominan trabajos familiares y realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad).

Pero aunque en un principio no parecieran existir problemas para aceptar que estas personas sean consideradas «colaboradores» a los efectos del delito, desde el punto de vista de la tipicidad penal la admisión de esta posibilidad sería ciertamente discutible. Más que nada porque se hace difícil imaginar un supuesto de hecho en el que un familiar o amigo (sin ninguna vinculación jurídico-laboral, mercantil o civil con la entidad privada) pueda disponer del necesario poder de decisión para conceder un trato de favor en una relación comercial.

Cosa distinta es que el familiar o amigo colabore en el delito de otro administrador, directivo, empleado o colaborador de una compañía, en cuyo caso habría que acudir a las reglas de la participación del ilícito penal al actuar en calidad de *extraneus*, por no concurrir en el agente las condiciones subjetivas requeridas por el tipo.

1.1.5 Otros supuestos particulares

1.1.5.1 Empresarios

1. Resulta incuestionado que en la redacción del tipo no se hace mención al término «empresario», lo que nos llevaría a la inicial conclusión de que éste no forma parte de los sujetos activos del delito de corrupción en los negocios (modalidad favorecedora).

Para la mayoría de la doctrina esta omisión legislativa justifica que la categoría del empresario ha quedado excluida expresamente del círculo de sujetos activos del tipo penal³⁴⁷. Sólo una minoría, preocupada ante lo que podría

³⁴⁷ Así, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 270 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado», 2008, p. 242; VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación», 2009, p. 508; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 476; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 231; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 143; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 11; RODRÍGUEZ PUERTA;

calificarse apriorísticamente como un defecto o falta de claridad en la redacción de la norma, lo encajaría dentro de la figura del administrador de hecho o del directivo³⁴⁸.

Lo que trataremos de probar a continuación es que el «empresario» puede ser responsable penalmente por corrupción en los negocios, pero no en los términos que ha planteado la doctrina hasta el momento.

2. La cuestión se ha tratado con cierta confusión: se ha identificado al «empresario» únicamente con el empresario individual o persona física (conocido comúnmente como el autónomo), cuando lo cierto es que también éste puede adoptar la forma de empresario colectivo o persona jurídica (es decir, de sociedades mercantiles, entre otros)³⁴⁹.

Pues, en efecto, el empresario es quien ejerce una actividad empresarial en nombre propio. Y dentro de esta categoría conceptual estaremos ante un empresario individual cuando sea una persona natural quien ejerce en nombre propio, por sí o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa; y ante un empresario colectivo cuando, con igual fin, éste adquiera forma de persona jurídica³⁵⁰.

De este modo, dos serían los grandes grupos de casos que habría que diferenciar: el primero, por ejemplo, cuando la comisión sea ofrecida o entregada al titular o dueño de un negocio, como así sucedería con el autónomo que regenta un establecimiento comercial (empresario individual); y el segundo, por ejemplo, cuando quien deba recibir la dádiva sea la propia compañía constituida en forma de persona jurídica (empresario colectivo). La distinción entre un supuesto y otro es aquí especialmente relevante, porque el Código Penal no ha tratado por igual la corrupción en los negocios cometida por estas dos clases de empresarios.

MORÓN LERMA, «Artículo 286 bis», 2011, p. 937; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 9; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 355; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 20; BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, p. 243; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 557; PUENTE ABA, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 917-918; MIRÓ LLINARES, «Delitos contra bienes inmateriales», 2015, p. 653; BERNAL DEL CASTILLO, «Los delitos de soborno», 2015, p. 113; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 303; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 174-193; HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, pp. 245-247.

³⁴⁸ Véase, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1041; OTERO GONZÁLEZ, «Dos ejemplos», 2011, p. 41; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 595; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 462-464.

³⁴⁹ A salvo de algunas excepciones como SÁNCHEZ MELGAR, quien cuando habla de empresario distingue entre la persona física (empresario individual) y la persona jurídica (sociedad con actividad mercantil). SÁNCHEZ MELGAR, «Corrupción en el sector privado», 2009, pp. 23-24. Asimismo en GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 153. Y en lo que se refiere a la corrupción privada en el sector farmacéutico o médico, GÓMEZ MARTÍN, «Farmsponsoring y corrupción», 2016, pp. 1017-1018.

³⁵⁰ Así, GALLEGO SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa*, 2010, pp. 33-40.

3. Dejemos esto aparcado por el momento y pasemos a examinar las múltiples y variadas causas que ha aducido la doctrina para sostener que el «empresario» (en términos generales, es decir, tanto el individual como el colectivo) no es sujeto del delito. Para dotar de cierto orden su exposición, se identifican y enumeran los siguientes grupos de argumentos, que explican o justifican esta omisión legislativa como un inexcusable olvido del legislador³⁵¹ u error legislativo³⁵² que habría que corregir entendiendo que la figura del empresario puede ser subsumida dentro de las categorías del directivo y del administrador de hecho³⁵³ (pues al igual que éstos también ostentaría el necesario poder decisorio en la entidad privada)³⁵⁴.

También podría ser una decisión legislativa que habría tomado en consideración el principio de fragmentariedad: así, la acción no se sancionaría en el caso de empresarios individuales puesto que sólo se habría querido castigar las corruptelas que se cometan en cualquier tipo de organización o persona jurídica que participe en el mercado adquiriendo bienes o servicios³⁵⁵. En sentido similar: una decisión de política criminal que encuentra su explicación en el principio de intervención mínima y de proporcionalidad, ya que en el origen de la criminalización de este fenómeno pudo latir la idea de dejar fuera del tipo a las empresas familiares y pequeños negocios³⁵⁶.

De este modo, podría entenderse como una exclusión justificada en la medida en que el tipo penal buscaría proteger al empresario de las deslealtades internas cometidas en su seno, razón por la cual no tendría sentido incluirlo como sujeto típico³⁵⁷ (esta postura se asienta sobre una visión pluriofensiva del delito, donde los intereses de la empresa también resultarían protegidos)³⁵⁸. O también como un supuesto buscado de atipicidad, al enten-

³⁵¹ Véase, NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 19.

³⁵² Véase, CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 231.

³⁵³ Así, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 462-463.

³⁵⁴ Véase, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 149; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 595.

³⁵⁵ Véase, NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 476. En dirección similar, CORTÉS BECHIARELLI aduce que la ausencia del empresario puede encontrar su explicación en que el redactor de la norma haya querido proyectar el tipo sobre organizaciones empresariales de calado que demanden la presencia de administradores o directivos. CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 231.

³⁵⁶ Vid. GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 271. Para este autor, el titular de las empresas pequeñas y familiares es claramente identificable; lo que no sucedería tan fácilmente en las grandes compañías, donde no sería fácil imaginar que todos los socios (titulares de la sociedad) sean perceptores del beneficio.

³⁵⁷ Vid. ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 31; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 557-558.

³⁵⁸ El elemento del tipo «incumplimiento de las obligaciones» podía hacer pensar que para la comisión del injusto se requería la infracción de un deber de fidelidad *ad intra* (es decir, contra el empresario o

der que la actuación del empresario de entregar o recibir «sobornos» se encuentra legitimada con arreglo al superior derecho a la libertad de empresa (que incluye la libre organización y gestión del empresario)³⁵⁹, pues en el ámbito de los negocios no existe el deber de ser objetivo o imparcial (como sí ocurre en el sector público)³⁶⁰.

4. ¿Pero es esto así? ¿Ha sido realmente excluido el empresario del tipo penal?

Empecemos por el final. El artículo 286 bis CP menciona expresamente al empresario colectivo, al referirse a la entidad privada a la que necesariamente debe encontrarse vinculado el administrador, directivo, empleado o colaborador (quienes deben serlo de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización [LO 5/2010] o de una empresa mercantil o sociedad [LO 1/2015]).

La respuesta a cómo el empresario colectivo podría ser autor se halla en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues la entidad privada puede ser autora con arreglo a lo dispuesto en los artículos 31 bis y 288 CP³⁶¹ (es decir, cuando el hecho de referencia se cometa por las personas físicas descritas en el tipo, en beneficio directo o indirecto de la empresa, y cuando en ésta exista un defecto organizativo imputable a la persona jurídica)³⁶².

Lo que podría objetarse es que el empresario colectivo no es quien acepta la dádiva (porque quien lo haría, en realidad, sería la persona física que actúe en representación de éste). Pero lo que es indiscutible –en nuestra opinión– es que: la modalidad favorecedora gira en torno a la figura del empresario colectivo (porque el trato de favor comercial exigido por el tipo debe proceder de una entidad privada); y que este empresario puede responder penalmente como persona jurídica (porque la corrupción en los negocios puede cometerse en su nombre y beneficio)³⁶³.

principal), por lo que podía justificarse la exclusión de los empresarios como autores del delito por ser el empresario el sujeto contra el que se dirigiría la acción típica (al tratarse de la potencial víctima del ilícito). Tras la supresión de este requisito del tipo penal por la LO 1/2015, sin embargo, se habría allanado el camino para entender lo opuesto: esto es, que el empresario sí puede cometer corrupción privada pasiva. *Vid.* OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 462-463; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 301.

³⁵⁹ NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 12-13.

³⁶⁰ GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 175-176.

³⁶¹ Tal como apuntó OTERO GONZÁLEZ, la LO 5/2010 ya previó que la persona jurídica pudiera ser responsable de este delito. OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011. A favor también, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 303.

³⁶² Véase, Capítulo VI, Apartado III.1.

³⁶³ En contra, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 104, 105 y 193.

Pero ello no obsta a que el empresario colectivo pueda ser autor con arreglo al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nos detendremos sobre esto más adelante, pero un ejemplo de ello podría darse cuando, habiendo de por medio una dádiva, dos empresas acuerden repartirse geográficamente el mercado, obteniendo recíprocamente una mejora sustancial de su posición competitiva³⁶⁴.

5. La actuación del empresario individual es atípica porque así se ha previsto expresamente en el Código Penal: en el artículo 286 bis ninguna mención se le hace como sujeto del delito de corrupción en los negocios (argumento gramatical). En esto tiene razón la doctrina. Así, quedarían fuera del tipo, por ejemplo, los casos en los que un autónomo solicita el pago de una comisión como condición necesaria para contratar con él.

Pero puede decirse más. El Código Penal no criminaliza el soborno comercial en los casos en los que se pretenda obtener un favorecimiento indebido de un empresario individual porque de la lectura del artículo 286 bis.1 y 2 CP se desprende que las personas físicas enumeradas en el tipo penal (el administrador, directivo, empleado y colaborador) siempre pertenecen o prestan su fuerza de trabajo en favor de una persona jurídica (la entidad privada)³⁶⁵; nunca en favor de otra persona física (por ejemplo, para un autónomo), porque por definición propia no existen administradores o directivos de un empresario individual³⁶⁶.

Por este motivo el razonamiento empleado para validar que el empresario colectivo puede ser autor del delito no nos sirve para el caso del empresario individual; por lo pronto, porque el artículo 288 CP no es aplicable a las personas físicas; pero también porque, *sensu contrario*, el delito de corrupción en los negocios no está pensando en los tratos de favor que se pudieran obtener de autónomos (irrelevantes penalmente).

El tiempo dirá si ha sido acertada la decisión del legislador de tipificar únicamente la actuación del empresario colectivo. Pero, por el momento, no podemos perder de vista que la actividad empresarial desarrollada por empresarios individuales es cualitativamente inferior en comparación con la efectuada por las sociedades mercantiles³⁶⁷.

³⁶⁴ Véase, Capítulo VI, Apartado V.2.2.1.

³⁶⁵ En sentido similar, GILI PASCUAL señala que sólo la corrupción privada pasiva cometida por los dependientes encajaría en la descripción del tipo penal. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 182.

³⁶⁶ En contra, *Rapport Explicatif de la Convention pénale sur la corruption*, 1999, párrafo 54: en cuyo texto se afirma que el término «entidad» incluiría también a las «personas físicas». Sin embargo, con nuestro Código Penal en mano, nos parece extremadamente discutible realizar esta misma lectura, por el riesgo de incurrir en una analogía *in malam partem*. (al asimilar una «persona física» a una «entidad», es decir, a una «persona jurídica»).

³⁶⁷ Como indica BAÑERES SANTOS, las empresas que no giran en el mercado a través de formas societarias son absolutamente residuales. Véase, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1041.

Pero no nos engañemos. Cuando se piensa en corrupción en los negocios lo primero que nos viene a la mente son grandes transacciones comerciales realizadas por alguna de las principales compañías del mercado. Sin embargo, también las pequeñas sociedades mercantiles pueden incurrir en esta clase de corruptelas. Por eso, desde un punto de vista de política criminal, pudiera parecer incoherente o contradictorio que se castigue la corrupción de pequeñas sociedades mercantiles, y se deje al margen del tipo penal al empresario individual (que, en ocasiones, también puede llegar a tener un volumen de negocio similar al de éstas, en términos económico-financieros).

La explicación a esta diferencia de trato, no obstante, la podemos encontrar razonablemente en el principio de subsidiariedad penal. Partiendo de la base de que la competencia es un valor de relevancia constitucional porque garantiza –entre otros– el correcto ejercicio del derecho a la libertad de empresa, lo cierto es que no existe ninguna obligación de tipificar como delito la actuación de todos los operadores económicos que pudieran intervenir en el mercado. En atención a este principio limitador del *ius puniendi* puede haberse valorado que la actuación de los empresarios individuales encuentra ya debida respuesta por parte del Derecho de la Competencia, de modo que sólo resultaría justificada la intervención penal en los casos de corruptelas cometidas en el seno de personas jurídicas.

Los textos internacionales en materia de corrupción en los negocios respaldan esta interpretación: únicamente se criminaliza la actuación de personas físicas que desempeñan funciones directivas o laborales en o para una entidad mercantil (es decir, en el marco de una persona jurídica), sin hacer ninguna referencia al soborno comercial que pudiera cometerse en la actividad mercantil de los profesionales autónomos³⁶⁸. Es por esto que no hay ninguna necesidad (ni *de lege lata*, ni *de lege ferenda*) de que el legislador penal vaya más allá de las obligaciones internacionales adquiridas.

1.1.5.2 Socios

También merece atención la cuestión de si los «socios» (o también denominados «partícipes sociales», «accionistas», o «titulares de la empresa») se encuentran incluidos en el círculo de posibles sujetos activos de la modalidad

³⁶⁸ Véase a tal efecto, los artículos 1 y 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI; los artículos 7 y 8 del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa; y el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

favorecedora de corrupción privada. En cuanto a esto una cosa es clara, y es que en el tipo penal no se le menciona expresamente como ya hemos visto. En la lista tasada de posibles autores únicamente se han previsto los directivos, administradores, empleados y colaboradores de entidades privadas. Por lo que surge la pregunta de si los socios han sido o no excluidos del tipo penal.

Y lo cierto es que una amplia mayoría de la doctrina ha entendido que los socios no pueden ser equiparados *per se* al resto de sujetos activos que se enumeran en el tipo penal, so riesgo de incurrir en una interpretación analógica contra reo que debe ser rechazada³⁶⁹. Pues, en efecto, quien ostenta una determinada participación social en una entidad privada no necesariamente tiene por qué ejercer u ostentar otro cargo o función en ella.

Sin ir más lejos, paradigmático es el ejemplo de los socios capitalistas, que no gestionan ni representan a las empresas en las que invierten, adquiriendo un determinado número o porcentaje de acciones o participaciones sociales. Cuando un socio capitalista entra en un negocio lo que hace es aportar capital, no trabajo, con vistas de obtener un futuro rédito económico (por ejemplo, mediante la venta de las acciones tras su revalorización, o mediante el reparto de dividendos).

En este orden de cosas, por tanto, la mención a los «socios» en el delito de corrupción en los negocios sería –simple y llanamente– superflua, en tanto que nada podría aportar a la persecución de este fenómeno delictivo.

Ahora bien, con esto no queremos decir que un socio no puede responder penalmente en caso de incurrir en un soborno comercial. La punición del socio como autor sólo es posible cuando confluya en el agente una doble condición: de socio y de directivo, administrador, empleado o colaborador de una entidad del sector privado; pero no por su mera condición de partícipe en el capital social de la persona jurídica, sino por concurrir en él alguna de las otras cualidades subjetivas previstas en el tipo penal³⁷⁰.

Con todo, en el tráfico comercial un «socio» puede presentarse y actuar frente a terceros en una doble condición (además de socio, por ejemplo, como

³⁶⁹ Entre quienes excluyen al socio como sujeto típico, SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 426; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 11; BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1041; QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 810; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 9; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 585-586; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 360; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 221; BERNAL DEL CASTILLO, «Los delitos de soborno», 2015, p. 113; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 299.

³⁷⁰ Cfr. NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 11. En igual sentido, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 299.

administrador o empleado). No existe en la ley ningún inconveniente u obstáculo que impida aceptar esta interpretación³⁷¹. Pero una cosa es esto, y otra muy distinta forzar la interpretación del precepto para subsumir al «participe social» dentro de alguna de las categorías de sujetos activos que se enumeran en el tipo penal. La diferencia es sutil pero importante.

Por esta razón debe negarse que el titular de la empresa sea *per se* una tipología concreta de administración fáctica: si el socio desempeña de forma efectiva y real labores de administración en una empresa, entonces será administrador de hecho; pero no por su condición formal de socio, sino por las funciones que materialmente desempeña en ésta³⁷².

En nuestra opinión, la exclusión de los socios como sujetos activos del delito no resulta injustificada o carente de explicación. Desde el prisma del bien jurídico protegido, no puede perderse de vista que las normas de protección de la competencia se dirigen frente a las entidades que operan en el sector privado, no frente a sus socios. Quienes compiten en el mercado son las entidades, no sus titulares o propietarios. Por este motivo en nada afectaría esta exclusión al hecho de que el delito pretenda tutelar la competencia³⁷³.

Pero es que, además, la hipotética inclusión del socio en el tipo penal tampoco aportaría mayores instrumentos para luchar contra el fenómeno de la corrupción privada. Desde un punto de vista pragmático, cuesta a la imaginación plantear un supuesto fáctico en el que un socio (que no sea administrador de hecho o de derecho, directivo, empleado o colaborador) tenga el suficiente poder decisorio para contratar en nombre de la sociedad mercantil. Para ilustrar este razonamiento, en este sentido, resulta suficientemente elocuente el ejemplo del socio capitalista que no dispone de capacidad de decisión (como el del socio titular de una única participación accionarial en una compañía cotizada, sin ninguna clase de representación o autoridad en ella).

Y al respecto no parece existir ningún vacío de punibilidad: cuando el titular de participaciones sociales disponga de verdadera capacidad de decisión en la entidad, su actuación siempre podrá encuadrarse en la del resto de categorías de sujetos activos de corrupción privada pasiva (en atención a las circunstancias que se dieran en cada caso concreto). Por esto decimos que *de lege ferenda* tampoco sería necesaria la inclusión del socio como sujeto típico.

³⁷¹ Véase, GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, pp. 585-586; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, p. 250.

³⁷² Así se indica en GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 585.

³⁷³ De opinión contraria, VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 324.

1.2 ENTIDADES CON LAS QUE PUEDEN (O DEBEN) ESTAR RELACIONADOS LOS SUJETOS ACTIVOS

La persecución de la corrupción en los negocios se ha circunscrito a la que pudiera realizarse, por parte de los sujetos activos de la modalidad favorecedora, cuando estén relacionados con una entidad del sector privado. O para ser más precisos: a la corrupción que se cometa en el seno de «una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización» (LO 5/2010); o «de una empresa o sociedad» (LO 1/2015).

Sólo las prácticas corruptas cometidas, por tales sujetos activos, en el marco de las entidades previstas en el artículo 286 bis.1 y 2 CP, serán relevantes a los efectos del delito, porque el favorecimiento indebido en una determinada relación comercial habrá de ser concedido sí o sí –en último término– por un ente del sector privado (por supuesto, actuando por su cuenta, o en su nombre o representación, sus administradores, directivos, empleados o colaboradores). Así nos lo impone el tenor literal del delito, tras una interpretación de conjunto del enunciado legal de las modalidades favorecedora e incentivadora³⁷⁴.

Este es el marco general de la discusión en el que nos movemos. Y al respecto, las preguntas surgen de inmediato. ¿Cuáles son las entidades a las que se refiere el tipo penal? ¿Qué entidades quedarían excluidas? ¿Cómo se solucionan los casos particulares en los que la corrupción privada se realiza en el seno de organizaciones y agrupaciones sin personalidad jurídica? Aunque pudiera pensarse que no presentan ninguna dificultad, no resulta tan sencilla su concreción.

1.2.1 Entidades de carácter privado

1.2.1.1 Sociedades y empresas mercantiles

1. La corrupción en los negocios puede cometerse en empresas mercantiles y sociedades. De hecho, según el artículo 286 bis.1 y 2 CP, las empresas

³⁷⁴ Para delimitar correctamente los contornos de la conducta típica, debemos analizar el injusto típico con cierta perspectiva, como un todo. No en vano la vertiente favorecedora no se entiende sin la incentivadora, y viceversa: quien incentiva quiere obtener un trato de favor; y quien concede un favorecimiento quiere, a su vez, una comisión. Por eso decíamos en el anterior capítulo que ambas modalidades delictivas constituyen las dos caras de una misma moneda (véase, Capítulo I Apartado II). Sin embargo, debemos subrayar que en este punto de la discusión lo único que nos importa es el contexto en el que se ejecuta la acción disvaliosa (que no debe confundirse con las cualidades personales de los posibles autores del delito, que ya han sido examinadas en el anterior capítulo). Es decir, lo que aquí nos interesa es el *en* o *dónde*, no el *por* o *quién*.

mercantiles y sociedades son las entidades privadas protagonistas en el delito (tanto en la LO 5/2010, como después en la LO 1/2015 y LO 1/2019).

Lo que caracteriza este grupo de casos es que el hecho de la corrupción se articula a través de una compañía. El ejemplo que mejor ilustra esta idea sería el de una determinada empresa mercantil (verbigracia, una sociedad limitada) en la que su representante solicita comisiones, de forma sistemática, como requisito necesario para poder contratar con ésta.

Sin embargo, el caballo de batalla reside en determinar qué debe entenderse por «sociedad» y «empresa mercantil» a los efectos del delito de corrupción de corrupción en los negocios.

2. A la pregunta de a qué se refiere el Código Penal con el término «sociedad», el delito se remite normativamente, de forma expresa, al concepto penal de los delitos societarios, porque el vigente artículo 286 bis.5 CP (LO 1/2015) dispone que «[a] los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297». Es decir que cuando el artículo 286 bis CP emplea el término «sociedad», debemos entenderlo como «toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

La introducción de este nuevo apartado quinto en el artículo 286 bis CP parece una de las mejoras técnicas a las que se refería la LO 1/2015 en su Preámbulo XVIII. Por ello no se observan grandes obstáculos para utilizar la noción de «sociedad» del artículo 297 CP en supuestos de hecho anteriores a la entrada en vigor de la reforma del 2015 (a efectos hermenéuticos, para clarificar el significado del delito en su redacción del 2010), porque esta reforma no habría modificado (ampliado o reducido) el ámbito de incriminación del tipo.

Afirma la doctrina que el término «sociedad» comprende tanto a las sociedades mercantiles como a las civiles (debido a que en el enunciado legal no se hacen diferenciaciones al respecto³⁷⁵), entendiendo como tales las que se hallen en disposición de adquirir o prestar bienes y servicios y, por tanto, de intervenir de una forma relevante y apreciable en el mercado³⁷⁶. Sin embargo, las sociedades civiles con objeto mercantil son, más bien, una *rara avis* en el mercado; porque las sociedades que pretendan desarrollar una actividad comercial son mercantiles, cualquiera que sea la forma societaria que adopten (artículo 116 CCom).

Por ello lo habitual es que las empresas con objeto mercantil adopten forma mercantil. Así lo demuestra la gran variedad de sociedades mercantiles que coe-

³⁷⁵ Véase, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 24.

³⁷⁶ Véase, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1041.

xisten en nuestro ordenamiento jurídico y económico; destacando, entre las existentes, las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, y sus distintas modalidades, como las unipersonales y profesionales³⁷⁷; las sociedades anónimas deportivas³⁷⁸; las sociedades colectivas³⁷⁹; las sociedades comanditarias simples o por acciones³⁸⁰; las cooperativas³⁸¹; las sociedades laborales³⁸²; las sociedades de garantía recíproca³⁸³; y las agrupaciones de interés económico³⁸⁴.

3. Pareciera que la alusión a la «empresa mercantil» en el artículo 286 bis CP resulta superflua, en la medida en que ésta ya quedaría abarcada por la más amplia noción de «sociedad» del artículo 297 CP³⁸⁵.

No obstante, la expresión «empresa mercantil» parece comprender, además, otros supuestos de hecho distintos, en los que la «sociedad» no cumple ciertos requisitos formales, o no se encuentra todavía registrada. Nos referimos, en concreto, al caso de las sociedades irregulares y en formación³⁸⁶. Con todo, la referencia normativa relativa, por un lado, a las empresas mercantiles, y por otro, a las sociedades, se ha hecho con la deliberada finalidad de evitar hipotéticas lagunas de punibilidad en el delito (con independencia del mayor o menor acierto en la técnica legislativa utilizada).

Con esta vocación omnicompreensiva, entonces, la «empresa mercantil» sería una asociación de personas que intervienen en la vida comercial, mediante el intercambio de prestaciones y contraprestaciones de carácter económico³⁸⁷; pero en todo caso con forma de persona jurídica (es decir, de empresario colectivo).

Porque cuando en el tipo se emplea la noción de «empresa mercantil» se nos remite conceptualmente a la estructura –mayor o menormente compleja o

³⁷⁷ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, junto con otros textos normativos como, por ejemplo, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

³⁷⁸ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas.

³⁷⁹ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

³⁸⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

³⁸¹ Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y Ley 3/2011, de 4 de marzo, se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España.

³⁸² Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

³⁸³ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, y Real Decreto 2345/1996, de 8 de noviembre, relativo a las normas de autorización administrativa y requisitos de solvencia de las sociedades de garantía recíproca.

³⁸⁴ Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

³⁸⁵ Véase, BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 143.

³⁸⁶ Para otros autores, éstas serían entidades de análoga naturaleza a las sociedades colectivas mercantiles. Véase, CASTRO MORENO, «El concepto penal de sociedad», 1988, pp. 56-57.

³⁸⁷ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 143.

desarrollada— de una persona jurídica, compuesta de una jerarquía organizativa y funcional, en la que cada uno de los sujetos (administradores, directivos, empleados o colaboradores) desempeña un cargo u ocupación; estructura organizativa que no cabe siquiera plantearse en el caso de un autónomo (es decir, de un empresario individual).

Dicho de otra manera: tratándose la «empresa mercantil» de un ente en cuyo nombre o representación deben actuar los administradores, directivos, empleados o colaboradores (artículo 286 bis.1 y 2 CP), difícilmente puede sostenerse que este concepto abarca también a los llamados empresarios individuales o trabajadores autónomos³⁸⁸ (quienes, por ejemplo, no pueden tener administradores).

Es por esto por lo que la expresión «empresa mercantil» es asimilable penalmente a la de «empresario colectivo» o «sociedad mercantil» (pero no al de «empresario individual»). Y por la misma razón resultaría extremadamente dudoso admitir que los particulares puedan conceder —por sí mismos— el favorecimiento al que se refiere el delito (a saber: no en nombre o por cuenta de una sociedad en el marco de una relación comercial).

Ejemplo: Pese a ello, esta no parece ser la posición de la Fiscalía y de la Audiencia Nacional en el caso *Neymar II* (todavía *subiudice*). En éste, la Fiscalía sostiene —entre otras acusaciones que no vienen al caso— que el FCB abonó una comisión a Neymar, que percibió a través de una sociedad familiar de su titularidad, una mera pantalla, para asegurarse su fichaje³⁸⁹.

4. Mención aparte merece el hecho de que la corrupción en los negocios pueda cometerse en el seno de otras «entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado» (*ex* artículos 286 bis.5 y 297 CP, tras la reforma de la LO 1/2015).

La expresión «entidad de análoga naturaleza», por su propia literalidad, contraviene de forma abierta el principio de legalidad penal, debido a su inaceptable indeterminación. En vez de delimitar taxativamente qué entidades caben dentro de la noción de «sociedad», el legislador ha preferido dejar la puerta abierta a una proscrita analogía *in malam partem*. Un cajón de sastre en el que quepan toda clase de organizaciones que operen en el mercado.

³⁸⁸ En contra, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, pp. 23-24.

³⁸⁹ En el marco de las Diligencias Previa n.º 62/2015 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5. Véase, escrito de acusación de Fiscalía de 23 de noviembre de 2016, y autos de 23 de septiembre de 2016, y 2 de febrero de 2019 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Esta indeseable técnica legislativa debe llevarnos, por necesidad, a interpretar de un modo restrictivo el delito, al objeto de reducir lo máximo posible la inseguridad jurídica generada.

Para la interpretación del concepto de «entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado», cierto sector doctrinal ha entendido que la analogía debe ser predicable, por un lado, en lo que atañe a las «entidades» enumeradas en el artículo 297 CP, y, por otro lado, en lo relativo al elemento de la «participación de modo permanente en el mercado»³⁹⁰.

4.1 En cuanto a las formas específicas que puede adoptar una entidad, cabrían dos interpretaciones: la primera, más extensiva, donde la circunstancia análoga consistiría en que todas las entidades descritas son agrupaciones de personas que buscan un fin común, sin necesidad de que dispongan de personalidad jurídica propia (como por ejemplo sucede con los grupos empresariales); y la segunda, más restrictiva, consistente en que todas las entidades enumeradas disponen de personalidad jurídica autónoma (siendo su ejemplo paradigmático la sociedad)³⁹¹.

4.2 Y en cuanto al hecho de que estas entidades deban participar de un modo permanente en el mercado, cabrían también otras dos interpretaciones: la primera, más extensiva, que requiere que la entidad participe en el mercado prestando o adquiriendo bienes y servicios, sin importar que la entidad disponga o no de fines lucrativos; y la segunda, más restrictiva, consistente en que sólo deba incluirse dentro del tipo de injusto a cualesquiera entidades cuyo fin sea lucrativo, al ser éste el motivo de que intervengan permanentemente en el mercado³⁹² (por ejemplo, las comunidades de propietarios estarían incluidas en el tipo con arreglo a la primera interpretación, pero no conforme a la segunda).

De entre las dos opciones posibles en ambos casos (puntos 4.1 y 4.2), la interpretación que debe triunfar –en nuestra opinión– es la más restrictiva, porque de lo contrario se podría incurrir en una proscrita analogía en perjuicio del reo. No cabe otra solución (no una mejor, por lo menos) si lo que se pretende es reducir la inseguridad jurídica que se deriva de la reproducible indefinición del artículo 297 CP.

³⁹⁰ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 306-307.

³⁹¹ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 306-307.

³⁹² Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 306-307.

De este modo, el delito se limitaría al que se cometa en entidades con personalidad jurídica que operen en el mercado con un fin lucrativo. Así, quedarían excluidas de este concepto de entidades de análoga naturaleza, por ejemplo, además de las comunidades de usuarios o de propietarios³⁹³, las federaciones deportivas³⁹⁴, dado que no intervienen de forma permanente en el tráfico económico con ánimo de lucro.

5. Antes de finalizar con este epígrafe, una última puntualización o aclaración: el hecho de que la corrupción en los negocios deba cometerse en el seno de una entidad privada ninguna relación tiene con la hipotética responsabilidad penal que pudiera o no derivarse para las empresas mercantiles o sociedades que incurran en esta clase de prácticas corruptas.

Nos explicamos: en coherencia con lo defendido al principio de este capítulo³⁹⁵, debemos diferenciar conceptualmente entre «empresas favorecedoras» y «empresas incentivadoras» (según la modalidad), con arreglo al rol que éstas desarrollen en el pacto corrupto, en equivalente correspondencia con la terminología empleada para las personas físicas.

Es decir que la «empresa favorecedora» (persona jurídica) es la que tiene que estar en disposición de conceder un trato de favor a otro competidor, como consecuencia de la actuación corrupta del «particular favorecedor» (persona física). Y por contrapartida, la «empresa incentivadora» (persona jurídica) es la entidad utilizada, por parte del «particular incentivador» (persona física), para satisfacer comisiones indebidas, con el fin de obtener, frente a otros, una ventaja competitiva en el mercado. Un ejemplo tal vez consiga ofrecer algo de luz a lo que queremos decir. Si una compañía consigue de otra la adjudicación de un contrato como consecuencia de haber abonado una comisión, la primera es la «empresa incentivadora» y la segunda la «empresa favorecedora».

Aclaremos esto porque una cosa es que los sujetos activos del delito deban estar vinculados a una sociedad o empresa mercantil (lo que se discute en este apartado), y otra cosa es si las referidas empresas «favorecedora» y/o «incentivadora» son o no responsables penalmente en un determinado hecho, con arreglo a la normativa en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Anticipamos que no tienen por qué serlo necesariamente, pero ello será objeto de análisis cuando se traten los problemas que presenta el injusto típico de las personas jurídicas³⁹⁶.

³⁹³ STS n.º 655/2014, de 15 de octubre de 2014.

³⁹⁴ AAP Vitoria-Gasteiz (Sección 2.ª) n.º 88/2008, de 13 de marzo de 2008.

³⁹⁵ Véase, Capítulo II, Apartado II.2.

³⁹⁶ Véase, Capítulo VI, Apartados III.1 y V.2.2.

1.2.1.2 Asociaciones y fundaciones

La LO 5/2010 previó expresamente la posibilidad de que pudiera cometerse la modalidad favorecedora en el seno de las asociaciones y fundaciones. No obstante, al haberse suprimido tras la reforma de la LO 1/2015 la mención a las asociaciones y fundaciones en el artículo 286 bis.1 y 2 CP, podría discutirse si se ha descriminalizado el soborno comercial cometido en el ámbito de estas entidades, creando a tal efecto una laguna de punibilidad.

El artículo 2.2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI ordenaba la incriminación de la corrupción privada en el seno de entidades «con fines lucrativos y no lucrativos», lo que contrasta con los artículos 7 y 8 del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 1999 que sólo exigían la criminalización del delito cuando se cometa «en el curso de una actividad mercantil», o lo que es igual, con fines lucrativos³⁹⁷.

En lo que atañe a las fundaciones, la cuestión no parece muy problemática. La LO 1/2015 no habría alterado el marco incriminatorio del delito en lo que se refiere a este grupo de entidades (artículo 286 bis.5 CP), porque el concepto jurídico-penal de «sociedad» del artículo 297 CP ya prevé de forma expresa las «fundaciones». Es decir, en definitiva, que pese a esta reforma las «fundaciones» continúan incluidas en el tipo; antes en el artículo 286 bis.1 y 2 CP (LO 5/2010), y después en el artículo 286 bis.5 CP (LO 1/2015).

La incriminación de la corrupción privada de las fundaciones parece obedecer a que hay ocasiones en las que estas entidades actúan en el tráfico mercantil como si fueran empresas, ejerciendo las actividades mercantiles e industriales necesarias para el mejor cumplimiento de su fin institucional³⁹⁸.

Más dudoso es, en cambio, el caso de las asociaciones. Y esto es debido a que las «asociaciones» no figuran entre el listado de entidades enumeradas en el artículo 297 CP³⁹⁹. Esta ausencia –inesperada– en el tipo penal ha provocado que algún autor defienda la atipicidad del hecho cuando la conducta se cometa en el seno de éstas⁴⁰⁰, porque no pueden ser consideradas entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participan de modo permanente en el mercado (*ex* artículo 297 CP)⁴⁰¹.

³⁹⁷ Así, BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 221.

³⁹⁸ En lo que atañe a los delitos societarios, *cf.*: CASTRO MORENO, «El concepto penal de sociedad», 1988, p. 51.

³⁹⁹ *Vid.* ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 309.

⁴⁰⁰ Véase, GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 570.

⁴⁰¹ En contra, CASTRO MORENO, «El concepto penal de sociedad», 1988, p. 53 (también de interés: nota al pie n.º 56).

Se desconoce si la supresión de la mención a las «asociaciones» obedece realmente a una mejora técnica de la redacción del delito (Preámbulo XVIII de la LO 1/2015). Sin embargo, no parece serlo. Salvo que así se le pretenda llamar, de un modo eufemístico, a una amputación de una parte del ámbito de incriminación del delito.

Pero fuere como fuere, lo cierto es que las asociaciones no actúan con fines de lucro, compitiendo en el mercado, porque así lo prevé la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, que «limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones» (Exposición de Motivos II).

Por este motivo, parece acertada la decisión de la LO 1/2015 de excluir la corrupción que se cometa en este grupo de entidades, porque un hipotético «soborno» en una asociación no ostentaría –en nuestra opinión– la necesaria aptitud para poder poner en riesgo la competencia.

1.2.1.3 Organizaciones y otras agrupaciones sin personalidad jurídica

Surgen dudas en cuanto a si la modalidad favorecedora puede cometerse en organizaciones y otras agrupaciones sin personalidad jurídica. Como veremos en las páginas que siguen, la respuesta a esta pregunta variará según ante qué clase de organizaciones o agrupaciones nos encontremos. Por lo pronto, una cosa es indiscutible: la LO 5/2010 previó expresamente la posibilidad de que la modalidad favorecedora se realizase en una «organización» (artículo 286 bis.1 y 2 CP). Sin embargo, esto ha variado con la LO 1/2015, mediante la cual se ha optado por suprimir la mención a esa expresión.

Para saber si el delito ha sido realmente despenalizado cuando éste se perpetre en el marco de una organización, resulta conveniente utilizar varios ejemplos de agrupaciones organizativas, que nos sirvan como banco de pruebas. En concreto, se prestará atención a los casos en los que este ilícito penal se realice en grupos empresariales, en uniones de empresas y en comunidades de propietarios (porque son los únicos supuestos que no encajarían la noción de sociedad, empresa mercantil, asociación o de fundación).

Empecemos por los casos en los que el delito se comete, por los sujetos activos anteriormente analizados, en el marco de un grupo empresarial. Imaginemos que el director general de un grupo de sociedades dedicado a la cons-

trucción recibe una comisión económica en un paraíso fiscal, con la condición de que a cambio de ésta se le adjudique a una determinada compañía un contrato de suministro de materias primas. ¿Comprende el tipo penal esta clase de supuestos de hechos, a pesar de la supresión del término «organización»?

La respuesta a esta pregunta debe ser –en nuestra opinión– afirmativa, pero con un matiz importante. Los grupos empresariales son organizaciones sin personalidad jurídica propia que se caracterizan por estar conformadas por varias sociedades independientes jurídicamente, pero sometidas a una dirección económica unitaria por parte de una de ellas, denominada sociedad dominante o matriz, respecto de la que el resto de sociedades del grupo, llamadas dependientes o filiales, se encuentran en situación económica de subordinación jerárquica⁴⁰².

En este orden de cosas, pues, el director general no actuaría sólo como representante de una «organización», sino, y lo más importante de todo, como responsable de la concreta «sociedad» que ha de conceder el codiciado favorecimiento indebido. De ahí que resulta difícil cuestionar que el delito de corrupción privada no pueda perseguirse cuando la conducta se perpetre en el marco de un grupo de empresas (tanto en la LO 5/2010 como en la LO 1/2015), porque, con todo, siempre nos encontraremos ante una actuación cometida en el seno de sociedades mercantiles (bien ante una matriz o una filial).

¿Y qué ocurriría en el caso de que la corrupción se cometa en el seno de una unión de empresas? Al igual que en el supuesto anterior, esta clase de agrupaciones empresariales no disponen de personalidad jurídica propia e independiente más allá de la que dispongan las sociedades mercantiles que conformen la organización. Y esto es así porque las uniones de empresas son un grupo heterogéneo que tienen en común poco más que el hecho de estar formados por una pluralidad de empresarios que, pese a mantener su independencia jurídica, pactan ámbitos de actuación concertados con un objetivo y un propósito económico determinado⁴⁰³.

La solución para este grupo de supuestos de hecho *mutatis mutandi* sería la misma que la que se ha apuntado para el supuesto anterior. Porque con independencia de que pueda entenderse que estamos ante una «organización» en la que no hay una dirección empresarial única, ni personalidad jurídica de la agrupación, en todo caso el trato de favor en el mercado tendría que conceder-

⁴⁰² Véase, GALLEGO SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa*, 2010, p. 287. A mayor abundamiento, SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, 2008, pp. 401-402; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 2012, pp. 1229-1230.

⁴⁰³ Así, GALLEGO SÁNCHEZ, *Derecho de la Empresa*, 2010, p. 285.

lo una «empresa mercantil» (al menos alguna de las que conformen la unión empresarial)⁴⁰⁴.

El caso de las comunidades de propietarios es distinto. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un administrador de fincas que le solicita a otro el abono de una comisión económica para, como contraprestación de ésta, lograr que la junta de propietarios encargue a una empresa la ejecución de unas obras en un edificio. Tras la tipificación del delito en el año 2010 se ha discutido sobre si las comunidades de propietarios se encontraban incluidas dentro del concepto de «organización». Y, en efecto, cierto sector doctrinal entendía que esto era posible⁴⁰⁵, porque cabía entender que el administrador de fincas era un «colaborador» de la comunidad de propietarios, entendida ésta como una «organización»⁴⁰⁶.

Tras la reforma del 2015, sin embargo, no parece posible continuar la discusión en los mismos términos. Por un lado, se ha suprimido la mención a la «organización»; y por otro lado, el delito nos remite al concepto jurídico penal de «sociedad» comprendido en su artículo 297 CP. De ahí que en la actualidad únicamente quepa plantearse la posibilidad de que las comunidades de propietarios se encuentren incluidas dentro de la expresión «cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

No obstante, aunque las comunidades de propietarios disponen de capacidad de gestión y de contratación⁴⁰⁷, ni disponen de personalidad jurídica ni participan de forma permanente en el mercado⁴⁰⁸. Por esto –a nuestro modo de ver– esta constelación de casos es atípica⁴⁰⁹. Esta falta de personalidad jurídica impide considerar a las comunidades de propietarios «entidades de análoga naturaleza», al no ser equiparables en su forma jurídica a la del resto de entidades enumeradas en el artículo 297 CP⁴¹⁰. Pero lo que, además, reforzaría esta conclusión es que, desde el prisma de la finalidad de la norma, las comunidades de propietarios tampoco compiten en el mercado con fines concurrenciales.

⁴⁰⁴ En contra, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 163.

⁴⁰⁵ Véase, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 29.

⁴⁰⁶ Véase, GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 571.

⁴⁰⁷ Así, NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011.

⁴⁰⁸ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 307.

⁴⁰⁹ En igual sentido, GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 571; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 451; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 162.

⁴¹⁰ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 449 a 451. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo, entre otras, en su STS n.º 655/2014, de 15 de octubre de 2014.

Pues, en efecto, el derecho de libertad de empresa –fundamento constitucional último del delito– no informa la Ley de Propiedad Horizontal, de modo que las comunidades de propietarios ni tan siquiera, hipotéticamente, disponen de capacidad para poder poner en riesgo el bien jurídico protegido (principio penal de intervención mínima).

Y a la pregunta formulada al principio de este epígrafe, relativa a si la LO 1/2015 ha despenalizado la modalidad favorecedora cuando se perpetre en el marco de una «organización», todo dependerá de la noción que se acoja. Si entendemos que las «organizaciones» únicamente pueden ser aquellas entidades que tengan personalidad jurídica, entonces, habría devenido innecesaria su mención en el tipo penal, debido a la vocación omnicomprensiva del artículo 297 CP (aplicable al delito por mor del artículo 286 bis.5 CP). Y si interpretamos que la noción de «organizaciones» también incluye a otras agrupaciones sin personalidad jurídica (como se hace en el artículo 129 CP), entonces, habría que concluir que la reforma del 2015 ha despenalizado aquellos supuestos que no encajen en las «sociedades» y «empresas mercantiles»⁴¹¹.

Pero la aproximación a este problema puede realizarse desde otro punto de vista distinto (a nuestro parecer, preferible), a saber: el de la supuesta necesidad de aludir a las «organizaciones» en el tipo penal. En coherencia con nuestra interpretación del bien jurídico tutelado, va de suyo que las únicas organizaciones que pueden ser relevantes a los efectos del delito de corrupción en los negocios son aquellas que operen en el mercado con fines concurrenciales (como los grupos y uniones empresariales). O lo que es igual: ningún interés tiene para el delito las organizaciones que no compitan en el mercado (como es el caso de las comunidades de propietarios)⁴¹².

En este orden de cosas, pues, la mención a las «organizaciones» en el artículo 286 bis.1 y 2 CP (LO 5/2010) era redundante, superflua. La supresión de esta expresión (LO 1/2015) quedaría, por tanto, justificada en la medida en que la noción de «sociedad» y «empresa mercantil» ya permitiría abarcar los únicos supuestos de hecho de «organización» que son relevantes para el delito (a saber, los casos en los que la conducta se cometa en el seno de un grupo o unión empresarial)⁴¹³. Por lo que no parece que estemos ante una genuina des-

⁴¹¹ Vid. SÁNCHEZ, MELGAR, «Corrupción en el sector privado», 2009, p. 16; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 30; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 304.

⁴¹² Quedarían igualmente fuera del tipo penal otros casos menos controvertidos, como el de las comunidades de bienes. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 160.

⁴¹³ Para ver por qué, y qué solución habría que dar a estos casos, véanse los anteriores puntos 1 y 2.

penalización (como podría haberse pensado *prima facie*), sino ante una de las mejoras técnicas a las que se refería la LO 1/2015 en su Preámbulo XVIII.

1.2.2 Entidades de carácter público

1.2.2.1 Organismos públicos

Nada se descubre al decir que los organismos públicos no entran en la noción de sociedad, empresa mercantil, asociación, fundación u organización que prestan servicios comerciales. Principalmente porque los entes públicos no concurren en el mercado, sino que cumplen una función pública o de interés general, sometidos a los principios de objetividad e imparcialidad de la Administración Pública⁴¹⁴.

Por eso las conductas de incentivación ilícita que se produzcan en el contexto de una entidad pública deben quedar incluidas en la tipología del cohecho, reservada por antonomasia al marco de actuación de las autoridades y funcionarios públicos (artículos 419 a 427 bis CP)⁴¹⁵.

1.2.2.2 Empresas públicas

No es difícil imaginar esta clase de prácticas corruptas en el seno de empresas públicas, pues éstas no dejan de ser, por definición propia, «sociedades» o «empresas mercantiles» que intervienen en el mercado (tal y como exige el artículo 286 bis.1 y 2 CP). Por ejemplo: cuando se pretenda obtener un trato de favor de una entidad del sector público empresarial de defensa.

Ahora bien, la doctrina no ha sido unánime a la hora de responder a si el delito de corrupción en los negocios es aplicable a estos supuestos, precisamente porque cabrían lecturas diversas de la ley penal. Por un lado, hay quienes se decantan por aplicar el delito de cohecho a este grupo de casos,

⁴¹⁴ Como tiene dicho el Tribunal Supremo, la participación en el ejercicio de funciones públicas puede presentarse tanto en las entidades «del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como [en] las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública» (STS n.º 68/2003, de 27 de enero de 2003). Con todo, el concepto penal de funcionario público no requiere las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente «la participación en la función pública» (STS n.º 166/2014, de 28 de febrero de 2014).

⁴¹⁵ Así también, BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 222.

debido a la condición de funcionarios públicos del personal de estas empresas⁴¹⁶. Y por otro lado, quienes opinan que el aplicable es el delito de corrupción en los negocios, porque –se dice– los integrantes de estas empresas no son en puridad funcionarios públicos, ni ejercen funciones públicas, sino mercantiles⁴¹⁷.

Sin embargo, este problema de interpretación –en nuestra opinión– ya ha sido definitivamente resuelto tras la reforma de la LO 1/2015. En efecto, el renovado artículo 427 CP excluye expresamente que el delito aplicable sea el de corrupción entre particulares. Con anterioridad a la reforma del 2015, es verdad, podían caber dudas. Pero también en el Preámbulo XIX de la LO 5/2010 se indicaba que las corruptelas cometidas en empresas públicas serían sometidas a la disciplina penal del cohecho.

Además, esta solución también parece la más razonable atendiendo al hecho de que las «empresas públicas» están controladas por los poderes públicos (a través de lo que se ha venido a denominar una influencia dominante directa o indirecta⁴¹⁸). Por lo que quienes tomen decisiones en el seno de éstas estarían sometidos a los principios de objetividad e imparcialidad que rigen en la función pública.

Volveremos otra vez sobre esta cuestión cuando tratemos los problemas concursales que se producen entre la corrupción en los negocios y el cohecho⁴¹⁹.

1.2.2.3 Empresas privadas cuando presten servicios públicos

¿Puede la modalidad favorecedora perpetrarse en el seno de empresas privadas que presten servicios públicos? La pregunta surge a la luz de que esta clase de entidades privadas encajan bien en la noción de «sociedades» o «empresas mercantiles» (artículo 286 bis.1 y 2 CP).

⁴¹⁶ Véase, BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 222; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1225; y, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 309.

⁴¹⁷ Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 619; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 655-656; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 460.

⁴¹⁸ Se presume esta influencia dominante cuando los poderes públicos posean la mayoría del capital suscrito de la empresa, cuando dispongan de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o cuando puedan designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa. Véase, artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas.

⁴¹⁹ Véase, Capítulo V, Apartado II.

No obstante, lo que en realidad dificulta la resolución de esta cuestión es la naturaleza pública de los servicios que estas empresas ofrecen o proporcionan en el mercado (pues, más que en corrupción privada, cabría pensar en la figura del cohecho, en atención al concepto jurídico-penal de funcionario público del artículo 24.2 CP). Por ejemplo: cuando una sociedad mercantil de capital privado disfruta de una concesión administrativa para la explotación de una actividad de interés general. De ahí la pregunta de si este grupo de casos encaja en el artículo 286 bis CP.

La discusión dista de ser pacífica. Unos autores se postulan a favor de aplicar el tipo penal de corrupción en los negocios⁴²⁰, y otros a favor del de cohecho⁴²¹, enmarcando el problema dentro del ámbito del concurso de normas. Y hay, incluso, quién se posiciona a favor de entender que la conducta dará lugar a un concurso ideal de delitos entre ambos tipos penales⁴²². Todo dependerá del bien jurídico protegido contra el que se dirija la acción.

En nuestra opinión, no todo acto de incentivación ilícita en empresas privadas que presten servicios públicos dará lugar siempre a un delito de cohecho. La solución dependerá de ciertos factores o circunstancias que examinaremos más adelante, cuando analicemos los problemas concursales del delito. Baste –por el momento– quedarnos con esto, pues no queremos adelantar aquí nuestras conclusiones⁴²³.

1.3 SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito es el conjunto de la sociedad, verdadera titular del interés colectivo del buen funcionamiento del mercado, en tanto que ésta debe poder confiar en que la competencia se desarrolla de forma leal y libre de corruptelas (las razones que nos llevan a esta conclusión en la modalidad incentivadora deben hacerse extensivas también para la modalidad favorecedora, por lo que a ellas nos remitimos para evitar incurrir en reiteraciones innecesarias)⁴²⁴.

⁴²⁰ Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 619; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 31.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 362; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 655-656; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 460.

⁴²¹ Vid. BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 222; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1225; y, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 312.

⁴²² Así, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 306.

⁴²³ Nos remitimos al Capítulo V, Apartado II.

⁴²⁴ Véase *supra*, Apartado III.2.

Baste decir que la libertad de empresa no sólo garantiza que los propios competidores puedan concurrir en el mercado. También alcanza a la generalidad de ciudadanos que en un momento determinado pretendan acceder a él y desarrollar una actividad empresarial. De ahí la suma importancia de que la competencia sea percibida como fiable o justa, tanto por las entidades que operen en el sector privado, como por la ciudadanía en general.

2. Verbos típicos de la modalidad favorecedora

Al describirse la modalidad favorecedora en el artículo 286 bis CP se han previsto tres expresiones distintas, las cuales dan lugar a tres grupos de comportamientos diferentes: los de «recibir», «solicitar» o «aceptar» un incentivo ilícito a cambio de una ventaja anticompetitiva en el mercado.

Al igual que la modalidad incentivadora, esta vertiente delictiva también se configura como un delito de peligro de mera actividad, y como un tipo mixto alternativo, de forma que es suficiente con que se efectúe cualquiera de los tres anteriores comportamientos para consumir el delito⁴²⁵.

2.1 RECIBIR

Conforme a una interpretación gramatical, el verbo «recibir» se define por la RAE como «tomar lo que le dan o le envían» o «hacerse cargo de lo que le dan o le envían». Por eso la doctrina ha afirmado que esta conducta supone la admisión efectiva del incentivo injustificado, por parte de alguno de los sujetos activos del delito (que podrá cometerse –recordemos– por sí mismo o a través de una persona interpuesta)⁴²⁶.

La conducta de «recibir» consistiría, así, en la incorporación del incentivo al patrimonio del receptor (si es un bien material) o a su acervo personal (si es un bien inmaterial)⁴²⁷.

Ejemplo: Un consejero delegado de una empresa del sector de las telecomunicaciones recibe una transferencia en una cuenta bancaria, a nombre de una sociedad pantalla bajo su control, como consecuencia de la orden dada por otra compañía, tras solicitarle y haber acordado con ella la adjudicación de un contrato.

⁴²⁵ Véase, Capítulo II Apartado II. 3.1.

⁴²⁶ Cfr. PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 363.

⁴²⁷ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 202-203.

Y en este sentido, la efectiva entrega y recepción de la dádiva supondría la constatación de la aceptación de la propuesta ilícita⁴²⁸ (consumación), puesto que si hay quien recibe una comisión es porque, necesariamente, hay alguien que la concede. Por ello: la acción de «recibir» un incentivo (de la vertiente favorecedora) encuentra correlativa correspondencia con la acción consistente en «conceder» (de la vertiente incentivadora).

Aunque un ciertos autores han dicho que el verbo «recibir» sería un sinónimo de «aceptar» y «admitir»⁴²⁹, la realidad no es exactamente esa. La mera «aceptación» de un incentivo no implica *per se* su efectiva recepción. O, al menos, no siempre.

El verbo «aceptar» también se define por la RAE como «aprobar, dar por bueno, acceder a algo» (significado más amplio que el de «recibir»). No en vano, en esta acepción cabría admitir la tipicidad de la «aceptación de un ofrecimiento o promesa» de incentivo ilícito, en cuyo caso no habría entrega efectiva de ninguna dádiva (LO 1/2019)⁴³⁰. Y, al respecto, lo mismo sucedería con el verbo «admitir».

Además, la mera recepción de un ofrecimiento o promesa sin que previamente haya habido solicitud por parte del sujeto favorecedor, y sin que posteriormente haya habido aceptación de la misma, no implica acto típico alguno por parte de éste (y ello sin perjuicio de la tipicidad de la acción del sujeto incentivador)⁴³¹. Por ejemplo: imaginemos que quien recibe una propuesta o promesa de comisión responde que necesita unos días para pensar si acepta o no.

2.2 SOLICITAR

El verbo «solicitar» es definido por la RAE como «pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado». En este grupo de casos la acción de «solicitar» consistiría en la emisión de una declaración de voluntad, dirigida a un tercero, mediante la cual se manifiesta la disposición del solicitante a recibir u obtener un incentivo injustificado⁴³².

⁴²⁸ Así, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 87; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 389.

⁴²⁹ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 318.

⁴³⁰ Véase al respecto, Capítulo II, Apartado IV. 2.1.

⁴³¹ Véase, VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, «La reforma del delito», 2019.

⁴³² Cfr. FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 87. A dicha autora le han seguido, PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 14; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 363; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 318.

Para que se pueda entender que el autor ha creado el riesgo que la norma pretende prevenir es necesario, cuando menos, que la solicitud de dádiva llegue a conocimiento de su destinatario, el particular incentivador. Por eso se dice que no basta la mera declaración de voluntad del sujeto activo del delito⁴³³.

El delito se entiende consumado aunque la «solicitud» ilícita no fuese correspondida con una dádiva. La morfología del delito, inspirada en la disciplina del cohecho, así lo permite, pues se trata de un delito de consumación unilateral⁴³⁴. Esto, al mismo tiempo, nos lleva a la conclusión de que el legislador penal ha decidido prever un delito de consumación anticipada. Así sería en la medida en que se pueden castigar solicitudes que no vayan acompañadas de la entrega de ningún regalo⁴³⁵.

Ejemplo: Cuando en una reunión un director general de una compañía le solicita una comisión económica a un directivo de otra empresa, y éste se niega ante tal petición.

En otras palabras: para la consumación del delito no es necesario que las dos partes logren un acuerdo corrupto, el riesgo desaprobado se realiza con la mera solicitud de un administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada.

Ahora bien, esto no significa que debemos admitir la tipicidad de las meras insinuaciones o iniciativas no explícitas o inequívocas, que –en nuestra opinión– deben quedar excluidas del tipo penal⁴³⁶. Puesto que debemos evitar castigar comportamientos irrelevantes o de dudoso encaje en el tipo objetivo, que no logren poner en riesgo el interés tutelado por la norma (tentativa inidónea no peligrosa).

Ejemplo: Cuando esta misma reunión lo que sucede es que el director general bromea con su interlocutor contándole que en el pasado se ha vendido al que mejor le ha pagado, pero que ahora ya no lo hace, que está reinsertado en la sociedad, y que sólo una millonada podría hacerle volver al mal camino.

El resto de consideraciones que hemos hecho con anterioridad sobre la tentativa y el desistimiento voluntario, en relación con la acción «ofrecer», son aquí igualmente extensibles *mutatis mutandis*, por lo que nos remitimos a dicho epígrafe para evitar incurrir en reiteraciones innecesarias⁴³⁷.

⁴³³ Cfr. PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 14.

⁴³⁴ A favor de entender que es necesaria la aceptación de la solicitud de incentivo, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 17-18; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 201-202.

⁴³⁵ En sentido similar, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 87.

⁴³⁶ Asimismo, ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 11; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227.

⁴³⁷ Véase, Capítulo II, Apartado IV. 2.2.

2.3 ACEPTAR

La RAE define el verbo «aceptar», por un lado, como «recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga», y por otro lado, como «aprobar, dar por bueno, acceder a algo». De entre estas dos posibilidades, en la corrupción en los negocios conviene —a nuestro juicio— adoptar esta última acepción, para diferenciar mejor las conductas de «aceptación» de las de «recepción» de un incentivo ilícito.

Pues, en efecto, no podemos admitir que «aceptar» y «recibir» sean sinónimos exactos, porque existe una clara voluntad del legislador de distinguir entre estos dos grupos de acciones. Y por ello *ubi lex distinguit, nos distinguere debemus*.

En todo caso, para que la acción sea idónea se requiere que la aceptación (expresa o tácita) se efectúe mediante actos concluyentes⁴³⁸; pero no es precisa la efectiva recepción del beneficio o ventaja para entender consumado el delito⁴³⁹. En otras palabras: la aceptación de una comisión no necesariamente tiene por qué venir acompañada de su entrega, en ese mismo momento. De ahí que el significado de este vocablo sea más amplio que el de «recibir».

Porque el autor puede aceptar un «ofrecimiento» o una «promesa» de dádiva (por sí mismo o a través de una persona interpuesta); y en ambos casos, la aceptación supondría la perfección del acuerdo injusto, en esta modalidad comisiva⁴⁴⁰. Sin ir más lejos, la LO 1/2019 ha venido a clarificar este aspecto (en nuestra opinión, ya suficientemente claro antes de esta reforma, al especificarse que es típica la aceptación de un «ofrecimiento o promesa de [obtener]» un beneficio o ventaja injustificados.

Ejemplo: Al administrador de una compañía se le pide la adjudicación de un contrato a cambio abonarle, como recompensa, una comisión económica correspondiente al 10% del valor del contrato en cuestión, ofrecimiento que éste acepta en ese mismo momento. Pero antes de abonarse la comisión, ambos intervinientes son descubiertos y detenidos.

⁴³⁸ Véase, PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 14; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 318.

⁴³⁹ Vid. PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 14; FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, p. 88; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 363.

⁴⁴⁰ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 203.

Esta reforma tiene origen en las críticas del *GRECO*, para el que el artículo 286 bis.1 y 2 CP no preveía la acción de aceptar una promesa, reprochando que esta conducta sí se encuentra tipificada en el cohecho⁴⁴¹. No obstante, y aún pese a que en el tipo no se hubiera previsto la exacta o literal expresión de «aceptar una promesa», creemos que no existían problemas para considerar típica esa conducta. Y esto sería así porque –sin necesidad de forzar el tenor gramatical– el verbo «aceptar» (de la modalidad favorecedora) encontraba ya correlativa correspondencia con el acto de «prometer» (de la modalidad incentivadora)⁴⁴².

⁴⁴¹ Recomendación V, párrafo 21 del Informe de evaluación adoptado por el *GRECO* en su 70.^a Reunión Plenaria.

⁴⁴² El hecho de que la técnica legislativa resultante sea dispar (en la tipología de la corrupción privada y del cohecho), no es motivo suficiente para concluir que la admisión de una promesa ha quedado fuera del artículo 286 bis.1 y 2 CP. La redacción del enunciado legal, en este sentido, es mejorable (como indica el *GRECO*). Pero esta diferencia en la redacción del delito no nos puede llevar a admitir la atipicidad de este grupo de comportamientos.

CAPÍTULO III

TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho Penal actual el sistema de imputación subjetiva juega un papel fundamental. La relevancia penal de un hecho no sólo se determina por la realización de una conducta objetivamente atribuible que ponga en peligro o lesione bienes jurídicos valiosos para el Derecho, sino también que éste sea imputable subjetivamente a quien interviene en el hecho objetivamente típico.

No hay delito sin dolo ni culpa. Por ello cobra especial relevancia la siguiente pregunta: ¿en qué casos la corrupción en los negocios es o no imputable subjetivamente al sujeto actuante? ¿basta la creación consciente de un riesgo típicamente relevante? ¿o se exige algo más, esto es, un propósito delictivo que haga merecer a la acción un mayor desvalor jurídico? Para abordar esta cuestión dividimos este capítulo en dos partes.

En el primer apartado se examina la cuestión relativa a si el tipo admite su comisión mediante dolo eventual o si, en cambio, únicamente cabe dolo directo de primer grado. La solución a este problema gira principalmente en torno a si se acepta o no que el delito exige un ánimo específico de favorecer a otro en el mercado, como requisito adicional al dolo genérico; o a si se debe realizar una restricción teleológica del delito.

Y para finalizar, en el segundo apartado relativo al error de tipo, utilizando como campo de pruebas diferentes supuestos prácticos, analizamos las

cuestiones que plantea el error sobre los elementos esenciales y accidentales del tipo de corrupción en los negocios, así como otros supuestos especiales de error de tipo.

II. DOLO Y ANIMUS FAVENDI

1. Planteamiento de la cuestión

1. Como no se ha previsto expresamente la modalidad imprudente (*ex* artículo 12 CP), la doctrina unánime y contundentemente afirma que sólo cabe la comisión dolosa del delito de corrupción privada. Parece una conclusión lógica y fácil de compartir¹.

Ahora bien, ¿acepta la corrupción en los negocios todas las formas de dolo?

Para que haya dolo típico el autor debe abarcar todas las circunstancias que configuran el tipo, esto es, la acción y sus modalidades, el resultado lesivo, la condición del autor, y los presupuestos relevantes para su imputación². Sin embargo, la cuestión se complica desde el momento en el que se discute si se debe exigir o no –además del dolo genérico– un ánimo específico de favorecer a otro en el mercado (*animus favendi*)³.

¹ Véase, SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 31; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, pp. 326-327; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1112; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 236; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 149; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 312; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2011, p. 707; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 429; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 19; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, pp. 354-360; QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 814; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 362; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, pp. 1227-1228; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1005; BENÍTEZ ORTÚZAR, «Orden socioeconómico», 2016, p. 723; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 660; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 369; ANARTE BORRALLO, «Los delitos de corrupción en los negocios», 2016, p. 64; MAGRO SERVET, «Corrupción entre particulares», 2016; MAYO CALDERÓN, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 425; GILI PASQUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 228-232.

² Cfr: ROXIN, *Fundamentos*, 2008, p. 477.

³ La expresión que aquí hemos acuñado como *animus favendi* en el delito de corrupción en los negocios se traduce como ánimo de favorecer. Debemos precisar que esta expresión latina se emplea también en el Derecho Penal italiano en lo que se refiere al delito de bancarrota preferencial (*bancarotta preferenziale*), en cuanto al favorecimiento fraudulento de ciertos acreedores, pero ninguna relación tiene éste con el objeto de nuestro estudio. Dicho delito italiano viene previsto en el artículo 216 de la Ley de Quiebras de dicho país (*Legge Fallimentare. Regio Decreto 16 marzo 1942, n.º 267*, con sus respectivas modificaciones).

Dependiendo de la opción interpretativa que entendamos más razonable, el tipo subjetivo se interpretará de un modo más amplio (admitiendo la comisión del delito mediante dolo eventual)⁴ o más restrictivo (circunscribiendo el delito exclusivamente al dolo directo de primer grado)⁵.

2. El estado de la cuestión es el siguiente. La discusión nace cuando –según la redacción del delito– la conducta debía estar guiada «con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja» (LO 5/2010). Al emplearse la expresión «con el fin de favorecer», el tipo penal estaría requiriendo un propósito o finalidad específica de la acción. Tras la reforma del 2015, no obstante, se habría despojado al tipo penal de esta referencia a la finalidad, requiriendo únicamente que la acción de incentivación se produzca «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro».

Por este motivo, quienes admiten la posibilidad de cometer el delito con dolo eventual entienden que este elemento del tipo expresa un requerimiento de aptitud o idoneidad general de la conducta⁶; en contra de quienes veían en él la necesidad de acreditar un ánimo subjetivo específico consistente en la intención de favorecer indebidamente a otro competidor⁷.

Sin embargo, cabría una tercera posibilidad interpretativa alejada de esta exigencia de un (aparente) elemento subjetivo: que deba interpretarse restrictivamente el tipo penal, al exigir una relación teleológica del incentivo ilícito «para» obtener o conceder a cambio un favorecimiento en el mercado. De este modo podría mantenerse que sólo cabe dolo directo de primer grado.

⁴ Véase, BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 149; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 312; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2011, p. 707; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 371; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 232.

⁵ Vid. SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 31; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, pp. 326-327; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1112; MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 436; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 19;

⁶ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 370-371; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 228-232.

⁷ Vid. SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 29; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 236; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 149; MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 444; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 429; ANTÓN BLANCO, «Corrupción En El Sector Privado», 2012, pp. 14-15; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción Entre Privados», 2012, pp. 354 y 360; QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 814; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 362; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, pp. 1227-1228; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 2015, p. 455; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1005; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 660; BENÍTEZ ORTÚZAR, «Orden socioeconómico», 2016, p. 723; MAGRO SERVET, «Corrupción entre particulares», 2016; MAYO CALDERÓN, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 425.

A lo largo de los siguientes epígrafes desarrollamos con mayor detalle cada una de estas interpretaciones.

3. Posicionarse a favor o en contra de una opción u otra, respectivamente, podría afectar a la solución jurídica que pudiera darse a los siguientes grupos de casos, sobre los que ha girado la discusión doctrinal:

A) Cuando exista un clima de corrupción generalizada, de modo que los participantes del mercado pidan comisiones de forma sistemática, regular o indiscriminada a todo aquel que quiera contratar con su empresa (excluyendo *de facto* a los competidores que deciden no entrar en el juego de la corrupción)⁸.

Ejemplo: Como sucedería en mercados con altos índices de corrupción, en los que quien no abona una comisión puede verse en el riesgo de que su oferta comercial sea rechazada de plano, sin tan siquiera ser examinada, valorada o analizada.

B) Cuando la dádiva constituya un suplemento o extra en favor de una oferta comercial. Por ejemplo, cuando el particular cuente con la alta probabilidad de que su oferta comercial es la mejor o la única pero, aun así, decide ofrecer una comisión⁹.

Ejemplo: Durante una conversación, el administrador de la empresa (X) le comenta al administrador de la empresa (Y) que únicamente tiene un presupuesto entre manos: el suyo, el que le había facilitado hace un par de semanas, y que durante este tiempo no había recibido ninguna oferta más, adelantándole asimismo que, en su opinión, su presupuesto estaba muy bien. Al día siguiente el administrador de (Y) le envía un regalo.

C) Cuando la incentivación vaya orientada a neutralizar dádivas de otros competidores, bien entendido en el sentido de que el autor no actúa con la finalidad de favorecer indebidamente a otro, sino única y exclusivamente – según se dice– para restaurar el orden concurrencial¹⁰.

Ejemplo: Llega a oídos del administrador (X), de una fuente de información muy fiable, que la voluntad del director general de la empresa (Y) ha sido comprada por la empresa (Z), que por cada contratación abona una comisión económica del 5%. A raíz de ello, (X) le ofrece a (Y) una comisión del 8%.

⁸ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 230-231.

⁹ Vid. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 231.

¹⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 429.

D) En la incentivación en consideración al cargo, que con posterioridad resulta en un favorecimiento indebido. Esto es, cuando el beneficio extraposicional se haya percibido exclusivamente en atención al cargo mercantil o puesto laboral del sujeto decisor (es decir, sin solicitarse nada a cambio), y, con posterioridad, de forma espontánea, se conceda un trato de favor en una relación comercial.

Ejemplo: El director general de un importante grupo empresarial (X) recibe un lujoso regalo por parte de otra compañía (Y), sin que por ésta se solicitara nada a cambio. Pasados unos meses, (X) decide contratar con (Y).

4. Fuera de este ámbito de discusión deben quedar los supuestos en los que la dádiva va destinada a «tapar bocas», es decir, en los que un sujeto (sin poder de decisión en una determinada entidad) es incentivado para que mire hacia otro lado o se mantenga en silencio mientras contempla o se percata del pacto corrupto que protagonizan otros ¹¹.

Ejemplo: Tal podría ser el caso de un responsable de cumplimiento normativo al que, al momento de descubrir la corruptela de un consejero delegado de su empresa, le es ofrecido un porcentaje de la comisión a cambio de que guarde silencio, haciendo la vista gorda sobre lo que está sucediendo en ese momento.

Pues, en efecto, no se trata de un problema del tipo subjetivo, sino –en su caso– de autoría y participación: a lo sumo pudiera hablarse de cooperación necesaria o de complicidad (según si quien actúa realiza una aportación esencial o no esencial a la comisión del hecho), pero nunca de realización íntegra del tipo por parte de quién recibe la dádiva para mantener el silencio. Con todo, el único cometido de dicho sujeto es no dar la voz de alarma en la entidad, ayudando a que no se descubra el ilícito.

5. Pero como se iba diciendo, ¿cuál de estas propuestas interpretativas –a nuestro juicio– debería prosperar? ¿la que ve en este elemento del tipo un requisito general de la aptitud lesiva de la acción (todas las formas de dolo)? ¿la que lo interpreta como un elemento subjetivo específico de lo injusto (elemento añadido al dolo genérico)? ¿o la que ve en el tipo penal la exigencia de una relación teleológica entre la comisión y el trato de favor comercial (únicamente dolo directo de primer grado)?

Antes de tomar una postura al respecto, veamos con un poco más de detalle en qué consiste cada una de estas propuestas.

¹¹ En contra, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 230.

2. El conocimiento de la idoneidad lesiva como elemento subjetivo

1. Al normativizarse la lectura del elemento «para favorecer indebidamente a otro» la voluntad específica del autor pasa a ser completamente irrelevante a los efectos del tipo penal. De esta forma para realizar el delito bastaría con acreditar que el sujeto tiene conocimiento de la aptitud lesiva de su conducta¹²; esto es, que está actuando en el ámbito concurrencial y que la dádiva se ofrece, solicita o entrega conociendo que puede producirse una actuación posterior de favorecimiento, como contraprestación¹³.

Así, al no exigirse una orientación finalística añadida para cometer el tipo penal, la corrupción en los negocios admitiría todas las formas de dolo.

La literalidad de la norma se ajustaría correctamente a esta interpretación en la medida en que el tipo tras la LO 1/2015 exige que el incentivo ilícito se produzca «como contraprestación» para favorecer o ser favorecido indebidamente. Con esta redacción –y a diferencia de lo que sucedía en la LO 5/2010 con la expresión «con el fin de favorecer»– se estaría despojando del texto toda intencionalidad específica¹⁴.

O lo que es igual: la expresión «como contraprestación para favorecer» (LO 1/2015) arrebataría –según los defensores de esta interpretación– la tendencia subjetiva que se observaba en el requisito «con el fin de favorecer» (LO 5/2010). De ahí que esta reforma suponga un antes y un después en lo que se refiere a esta cuestión.

Pero además de este argumento gramatical, se aduce en defensa de esta tesis un argumento de carácter teleológico.

Lo que se dice, en esencia, es que esta lectura del delito resulta más acorde con el interés jurídico-penal que es objeto de protección (identificado en la tutela directa de los competidores), porque de este modo se propiciaría una selección de conductas típicas más coherente, y menos caprichosa, respecto de la finalidad del delito¹⁵; consiguiendo restringir así el margen de discrecionalidad de los jueces (evitando que decidan aplicar o no el delito según entiendan acreditada la concurrencia de tal ánimo subjetivo específico), de modo que éstos tengan que valorar sólo si se conocía que el comportamiento era idóneo para realizar el riesgo desaprobado por la norma.

¹² Vid. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 229.

¹³ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 370; HERRERO GIMÉNEZ, *El tipo de injusto*, 2017, p. 315.

¹⁴ Vid. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 229.

¹⁵ Pese a lo afirmado, no se explicita por qué se alcanza tal conclusión. Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 229.

2. Los grupos de casos que –en opinión de este sector doctrinal– encajarían más fácilmente en el tipo penal son los siguientes ¹⁶:

A) Cuando la dádiva se conceda en un supuesto de clima de corrupción generalizada.

Las empresas que, inmersas en este clima, accedan a dicha pretensión, lo harían estrictamente –pudiera decirse– para mantener sus expectativas de acceso al mercado (pues si éstas no pasan por el aro, ya lo harán otras empresas más dispuestas o deseosas de entrar en el negocio), y no con la finalidad de favorecer o de ser favorecido ¹⁷. Porque aun cuando no existiera un ánimo específico de favorecer a otro u de obtener un favorecimiento, en estos casos el autor es consciente de que su actuación es apta para alterar las reglas que rigen la competencia, por lo que sería razonable su punición ¹⁸.

B) Cuando el incentivo ilícito no se entregue para inclinar la balanza a favor de una determinada oferta comercial (sino únicamente como un suplemento o extra).

En estos supuestos, la entrega de la dádiva no obedecería a un propósito o ánimo de desplazar a otros competidores, sino al de, simplemente, beneficiar a quien deba tomar la decisión empresarial de adjudicar un contrato: porque quien concede la comisión en estos casos ya conoce que su oferta comercial es la única o la mejor y que, por esa razón, tiene altísimas probabilidades de obtener el contrato. Sin embargo, visto desde una perspectiva *ex ante*, esta constelación de comportamientos reviste la aptitud general lesiva que requiere el tipo penal ¹⁹.

C) Cuando la acción tenga por finalidad neutralizar la dádiva de otro competidor.

En esta casuística quien incentiva a otro no lo hace para obtener un rédito competitivo en una determinada transacción o relación comercial. Lo que movería al autor es el fin de restaurar el orden concurrencial (previamente alterado por otro competidor corrupto). Según la tesis de la idoneidad lesiva, por tanto, podría sostenerse la tipicidad de este grupo de actuaciones, porque el incentivo ilícito, aunque se entregue para neutralizar otra dádiva, continuaría siendo la contraprestación de un favorecimiento indebido con capacidad para alterar las reglas que rigen la competencia justa y leal.

D) Cuando la mera incentivación en consideración al cargo da lugar, espontáneamente, a un posterior trato de favor.

¹⁶ Véase el punto 3 del epígrafe anterior.

¹⁷ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 230-231.

¹⁸ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 230-231.

¹⁹ *Vid.* GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 231.

Conforme esta interpretación, este supuesto de hecho también sería típico. Con todo, se realizaría el riesgo desaprobado por la norma: se constata la existencia de una dádiva idónea *ex ante* para obtener un trato de favor que finalmente es concedido (aunque esa no hubiera sido la intención del particular incentivador al momento de actuar).

3. El ánimo de favorecer como elemento subjetivo específico

1. Los defensores de esta interpretación entienden que la expresión «para favorecer indebidamente a otro» (LO 1/2015), o «con el fin de favorecer frente a terceros» (LO 5/2010), es un requisito del injusto que exige un concreto propósito o finalidad de favorecer a otro competidor en el ámbito de los negocios (*animus favendi*), añadido al dolo genérico del delito²⁰.

Así, el delito de corrupción en los negocios no sería la mera incentivación ilícita con aptitud para obtener, a modo de contraprestación, un favorecimiento indebido en un determinado contexto comercial. Es decir que la entrega, concesión, solicitud, ofrecimiento, promesa o aceptación de un beneficio o ventaja injustificados, por sí mismos, sin ningún otro propósito, serían comportamientos impunes.

Por ello el *animus favendi* imprimiría un significado en el tipo, porque el Código Penal no castigaría toda conducta de incentivación ilícita. La acción sólo sería constitutiva de delito cuando el trato de favor pretenda conseguirse, con una intencionalidad específica, mediante una dádiva; lo que llevaría a excluir, al menos, el dolo eventual.

El ánimo de favorecer se caracterizaría, así, por representar una tendencia interna intensificada, en la medida en que el sujeto otorga a la acción típica un determinado sentido subjetivo: que el incentivo ilícito vaya orientado con un fin concurrencial, es decir, con el propósito de lograr una ventaja anticompeti-

²⁰ Vid. SÁNCHEZ MELGAR, «La corrupción en el sector privado», 2009, p. 29; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 236; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 149; MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 444; NAVARRO MASSIP, «Corrupción entre particulares», 2011; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 429; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, pp. 14-15; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, pp. 354 y 360; QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada», 2012, p. 814; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 362; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, pp. 1227-1228; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 2015, p. 455; SANTANA VEGA, «De la corrupción entre particulares», 2015, p. 1005; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 660; BENÍTEZ ORTÚZAR, «Orden socioeconómico», 2016, p. 723; MAGRO SERVET, «Corrupción entre particulares», 2016; MAYO CALDERÓN, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 425.

tiva en el mercado²¹. No sería un delito de tendencia interna trascendente porque no se exige que el autor persiga un resultado material concreto de perjudicar otros competidores.

Cierto es que esta forma de concebir el elemento subjetivo restringiría el ámbito –ya de por sí amplio– del tipo (lo cual ha sido criticado por los defensores de la tesis de la idoneidad lesiva)²². Sin embargo, esto no debería ser *per se* criticable, porque abocaría a una interpretación más respetuosa con el principio de fragmentariedad penal.

Recordemos que para cometer el delito no es necesario que el favorecimiento indebido se haga efectivo²³. El Código Penal ha adelantado la barrera punitiva del delito, anticipando la consumación del delito hasta el punto de que pueden resultar punibles conductas que, a la postre, no alteren efectivamente el buen funcionamiento del mercado (pero sí lo pongan en riesgo).

Este podría ser el caso, por ejemplo, del incentivo ilícito que se ofrece pero no se acepta, en el que la voluntad del sujeto va dirigida a obtener –aunque con un resultado infructuoso– una ventaja competitiva. La estructura valorativa sería similar a la de una tentativa acabada, aunque el hecho se castiga como un delito consumado de corrupción en los negocios (modalidad incentivadora). Como todos los delitos de peligro.

Tal vez esta sea la interpretación que mejor se adapta a la literalidad del artículo 286 bis CP. En la redacción de la LO 5/2010 se emplea la expresión «con el fin de favorecer». Y en la de la LO 1/2015, la preposición «para», unida al verbo «favorecer», describiría –según esta propuesta interpretativa– una meta o finalidad a perseguir por el autor.

También una interpretación teleológica podría dar cobijo a la tesis del elemento subjetivo del injusto. Pues al exigirse *animus favendi* el delito se adecuaría correctamente a su cometido, a saber: proteger la competencia justa y leal de aquellos ataques consistentes en el pago de «sobornos» para obtener ventajas competitivas (Preámbulo XVIII de la LO 1/2015).

Así, de paso, se podría diferenciar también, de una forma más nítida, el injusto típico de los supuestos de facilitación, de cortesía empresarial, y de gratificación u obsequio a familiares o amigos (en los que no habría *animus favendi*).

²¹ En igual dirección, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, 2015, p. 665.

²² Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 229-230.

²³ Lo que se reconoce, también, por los partidarios de la interpretación contraria aquí expuesta. Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 387; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 228.

2. Conforme a esta lectura del tipo penal, ¿cómo habría que resolver los grupos de casos que hemos tomado como campo de pruebas?

A) En cuanto a los pagos de «sobornos» en un «clima de corrupción generalizada».

Al contrario de lo que piensan los detractores de esta interpretación²⁴, la del *animus favendi* sí permite el castigo de este supuesto de hecho. Por un lado, porque quien indiscriminadamente solicita una dádiva lo hace precisamente con fines anticompetitivos (en concreto, para adjudicar un contrato sólo a quien se doblega ante una petición de un beneficio o ventaja injustificado).

Y, por otro lado, porque quien en estas condiciones accede a una solicitud de dádiva, lo que estaría haciendo realmente es conformar el acuerdo delictivo (*do ut des*) previsto en el tipo objetivo, sabiendo que con su actuación va a obtener un trato de favor del que, de otra manera, no iba a disfrutar jamás.

La entidad que ante esta situación se ve abocada a incurrir en corrupción para operar en el mercado podría ser menos culpable, y, por tanto, merecedora de una menor pena, pero su comportamiento continúa siendo típico y antijurídico.

B) En cuanto a los supuestos en los que la dádiva sea un «suplemento o extra».

Si lo que mueve la acción es únicamente la finalidad de beneficiar al sujeto decisor, por el mero hecho de su cargo mercantil o puesto laboral en una entidad privada, entonces la conducta es atípica. Pero no por falta de *animus favendi* (que también), sino simplemente porque la incentivación en consideración al cargo no encaja en el tipo objetivo (por no generar el riesgo jurídico-penalmente desaprobado que pretende prevenir la norma)²⁵.

Ahora bien, una matización: si quien recibe una dádiva está pendiente de decidir con qué empresa contratar, ese «suplemento o extra» es, propiamente dicho, un incentivo ilícito, y se concede con el fin de ser favorecido (esto es, para asegurarse un negocio). Lo que debe acreditarse, por tanto, es que la dádiva tiene como propósito interferir en el proceso de formación de la voluntad del sujeto que debe tomar una decisión en una relación comercial.

C) Cuando el soborno tenga como fin «neutralizar otras dádivas».

Un sector doctrinal sostiene la atipicidad de estos casos por ausencia de intención pues, en efecto, lo que estimularía al autor a actuar no es obtener un favorecimiento indebido, sino restaurar el orden concurrencial²⁶. Sin embargo, una cosa es el concreto móvil o motivo que impulsa al autor (considerados

²⁴ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 230-231.

²⁵ Véase, Capítulo II, Apartado III.2.2.1.3.

²⁶ Véase, SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 429.

irrelevantes a efectos penales)²⁷, y otra cosa que éste actúe –en verdad– con un fin concurrencial, realizando todos los elementos del tipo. En efecto: aunque el móvil del autor sea contrarrestar o anular la dádiva de otro competidor, continuaría existiendo la intencionalidad específica prevista en el tipo penal, la de obtener un trato de favor en una relación comercial.

Y en este sentido, el ordenamiento jurídico no debe amparar el desplazamiento intencional de un competidor corrupto empleando, en su contra, prácticas de corrupción, pues ello sería contrario a la propia finalidad del delito de erradicar esta clase de prácticas. Sería un contrasentido aceptar la atipicidad de estas conductas, porque implicaría admitir la impunidad del corruptor que, a la hora de desplazar a otro competidor corrupto, está dispuesto a «pagar» más por un negocio.

D) Y por último, en los casos de incentivos en consideración al cargo mercantil o puesto laboral que, sin haberse solicitado nada a cambio, dan como fruto un favorecimiento en una determinada relación comercial.

Según la interpretación del elemento subjetivo específico del injusto estas conductas serían impunes porque, aunque exista dolo de conceder un beneficio o ventaja injustificados, no habría *animus favendi*. De este modo, aunque la acción encajara aparentemente en el tipo objetivo, ésta no sería imputable subjetivamente. El trato de favor concedido posteriormente sería un resultado no abarcado por el dolo directo del autor, quien –además– tenía un propósito específico distinto al actuar.

4. La restricción del tipo subjetivo a través del elemento teleológico

1. Una tercera posibilidad interpretativa –que es la que compartimos– se abre ante nosotros: que el *animus favendi* descrito en el epígrafe anterior, es decir, el ánimo de favorecer u obtener un favorecimiento a otro en una relación comercial, no se refiera en realidad a un elemento subjetivo específico de lo injusto (distinto del dolo), sino que indicaría la necesidad de restringir teleológicamente el delito, limitándolo al dolo directo de primer grado.

El motivo: aunque de las expresiones «con el fin de favorecer» (LO 5/2010) o «como contraprestación para favorecer» (LO 1/2015) pudiera deducirse la existencia de un pretendido elemento subjetivo específico (una intencionalidad añadida al dolo genérico), lo que señalarían realmente es la necesidad de inter-

²⁷ Aunque en ocasiones, ello no sería del todo siempre claro en la práctica. Véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Un reto para el dolo», 2016, pp. 362-363.

pretar teleológicamente el tipo objetivo, en el sentido de que el incentivo ilícito estaría valorativamente relacionado, de medio a fin, con el acto de favorecimiento que se pretenda obtener o conceder a cambio.

Así, el *animus favendi* sería una forma más o menos retórica de referirse al dolo directo de primer grado. Desde el momento en que la corrupción en los negocios se configura como un delito que tiende a la bilateralidad, donde una parte (sujeto incentivador) y otra (sujeto favorecedor) debieran concertar la concesión de una contraprestación (incentivo ilícito) a cambio de una prestación (favorecimiento indebido), no parece que queda lugar para el dolo eventual.

Pues, en efecto: la representación segura, o altamente probable, de que con su incentivación ilícita se estaría persiguiendo un favorecimiento indebido (una ventaja competitiva en una determinada relación comercial), no casa bien con el tenor de la norma. El que en esta tipología delictiva el elemento volitivo del dolo juega un papel fundamental parece algo fácil de compartir. ¿O es que acaso puede alcanzarse un acuerdo de corrupción sin la voluntad de fijar –con una mayor o menor exactitud o precisión– cuáles son las condiciones de lo que se pacta?²⁸

Así, sólo puede decirse que obra con dolo directo de primer grado quién entra en el juego corrupto con fines concurrenciales, esto es, en el que la incentivación ilícita es la contraprestación de un favorecimiento indebido. Y esto únicamente podrá hacerlo quién tenga plena consciencia del hecho delictivo en el que se está incurriendo y de la motivación que lo impulsa a cometerlo²⁹.

2. Ciertamente es que –desde un punto de vista pragmático– esta propuesta interpretativa y la del elemento subjetivo específico llevarían a resultados idénticos a la hora de resolver los casos anteriormente expuestos. Por ello, podría decirse que la relevancia práctica de esta discusión es escasa.

Sin embargo, desde un punto de vista dogmático resulta más acertado señalar que el recurso a lo que retóricamente hemos querido denominar *animus favendi* es en realidad una forma de restringir teleológicamente el tipo (que permite identificar la conducta típica en el plano de lo externo u objetivo, no de lo interno o subjetivo). Con la ventaja además de que, en sede probatoria, la solución que se obtendría sería más pulcra: bastaría con demostrar la existencia de dolo directo de primer grado (el propósito de obtener o conceder una

²⁸ Como vendría a indicar DÍAZ PITA, en el proceso de toma de decisión, el conocimiento es sólo el bagaje intelectual, previo y absolutamente necesario, sin que sea posible arrebatar completamente, del concepto de dolo, el elemento volitivo. Véase, DÍAZ PITA, «La presunta inexistencia», 2006, p. 71.

²⁹ Todo ello sería respetuoso con la opinión de SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, quien entiende que, aunque la doctrina mayoritaria se posiciona a favor de la restricción al dolo directo de primer grado, es deseable que ésta se concrete en cada uno de los tipos objeto de análisis, atendiendo no sólo a consideraciones gramaticales y sistemáticas, sino también a argumentos teleológicos y de política criminal (como sucedería en el caso que nos ocupa). Cfr. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia*, 2007, pp. 441, 451-452.

ventaja competitiva), sin necesidad acreditar un ánimo subjetivo específico (añadido o distinto de ese dolo).

No podemos compartir el argumento que afirma que con la interpretación de la idoneidad lesiva, al normativizar la lectura de la expresión «para favorecer» (exigiendo únicamente el elemento cognitivo del dolo), se podrían castigar formas comisivas más coherentes de corrupción en los negocios³⁰: ante todo, porque no debe justificarse la mayor razonabilidad de una interpretación con base en su mayor capacidad para la subsunción de supuestos de hecho, porque este argumento nos podría llevar al campo de la interpretación extensiva o, incluso, de la analogía en perjuicio del reo. Debe justificarse la corrección de una interpretación acudiendo a otros criterios que lo legitimen.

De ahí que la exigencia de un ánimo de favorecer (repetimos: entendido como una restricción teleológica que llevaría a limitar el delito al dolo directo de primer grado) case correctamente con el principio de fragmentariedad del Derecho Penal, pues la ley se limitaría a perseguir y castigar aquellas formas concretas de lesión típicas en las que concurra este requisito; dejando impunes el resto de comportamientos.

3. El grupo de casos «D» (incentivación en consideración al cargo, en el que, pese a no solicitarse nada a cambio, se produce un posterior favorecimiento indebido) es el que pone en evidencia esta necesidad de restringir el tipo subjetivo.

Porque si finalmente se optase por exigir sólo la idoneidad lesiva de la acción (interpretación que sólo requeriría el elemento intelectual del dolo, sin tener en cuenta el volitivo), entonces habría que castigar cualquier comportamiento de percepción o abono de incentivos que –por una razón u otra– deriven o pudieran derivar en una contratación. Nada importaría que el propósito de quien incentiva sea única y exclusivamente invitar o agasajar a un administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada, sin vinculación con ninguna transacción o decisión comercial (conducta ésta que, recordemos, sería objetivamente atípica)³¹.

En efecto, la imputación subjetiva se reduciría a una mera operación mecanicista, vacía de contenido: bastaría con conocer que la comisión es idónea *ex ante* para obtener por contrapartida un acto de favorecimiento, aunque no haya ninguna solicitud u ofrecimiento –ni explícita ni tácita– de ningún trato de favor. Por eso es preferible la solución restrictiva propuesta, porque proporciona una respuesta más razonable y respetuosa para con el fin de protección

³⁰ Así se afirma en GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 229-232.

³¹ Véase, Capítulo II, Apartado III.2.2.1.3.

de la norma, en la medida en que el tipo penal no castiga cualquier clase de incentivación, sino únicamente los que tengan el sentido (intencionalidad) de obtener o conceder a cambio una ventaja competitiva en el mercado.

III. ERROR DE TIPO

1. Aproximación general

El error de tipo excluye el dolo. Ello es debido a que la falsa representación sobre los elementos descriptivos y normativos del tipo, sobre la acción y sus modalidades, las cualidades del autor, o sobre los presupuestos esenciales de la imputación, son causas que determinan la ausencia de conocimiento del hecho³².

No obstante, el tratamiento legal que recibe esta institución jurídica es distinto según la intensidad con que se presente el error de tipo. El artículo 14 CP establece diferencias según el error de tipo sea invencible (inevitable) o vencible (evitable), de modo que «el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal»; y «si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

En la corrupción en los negocios, por tanto, al no haberse previsto una forma comisiva imprudente, cualquier error de tipo (sea vencible o invencible) determinará la ausencia de responsabilidad penal del autor del hecho, por ausencia de dolo. Sin embargo, la solución no siempre consistirá en la impunidad del comportamiento. Ello dependerá de sobre qué circunstancias o requisitos recaiga esta falta o equivocada representación: si sobre un elemento esencial o accidental del tipo penal, o sobre el objeto de la acción.

2. Error sobre elementos esenciales del tipo de corrupción en los negocios

1. Siguiendo los postulados de la teoría cognitiva del dolo, cabría concebir el conocimiento de los elementos del tipo como percepción de los elementos descriptivos y como comprensión de los elementos normativos del tipo³³.

³² Cfr. ROXIN, *Fundamentos*, 2008, pp. 458-459.

³³ Cfr. ROXIN, *Fundamentos*, 2008, p. 471.

Los elementos esenciales del tipo penal son aquellos elementos objetivos (descriptivos y normativos) de los que se vale el Código Penal para describir el tipo básico³⁴. El desconocimiento sobre la concurrencia de alguno de estos elementos excluye el dolo, lo que implica la atipicidad de la conducta por falta de imputación subjetiva.

Trasladando esta cuestión a la corrupción en los negocios, diversos son los casos en los que podría plantearse un error de tipo sobre los elementos esenciales que conforman el delito.

2. A la mente nos viene el error sobre la acción (fácilmente concebible cuando una persona interpuesta es instrumentalizada mediante engaño), y el error sobre los elementos normativos-valorativos del tipo penal (en particular, el que se refiere al «beneficio o ventaja no justificados» y al requisito de «favorecer indebidamente»)³⁵.

Ejemplo: en lo que atañe al error sobre la acción nos viene a la mente el caso de (C), quien, por petición de (A), entrega a (B), un administrador de una sociedad mercantil, una carta con una propuesta de comisión para conseguir a cambio una adjudicación de un contrato, sin conocer (C) el contenido de esta misiva.

Este es un caso paradigmático de instrumento que actúa sin dolo: (A) conocía todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, y, en particular, que con la carta se estaba realizando un ofrecimiento de dádiva; mientras que (C) desconocía

³⁴ Vid. MIR PUIG, *Parte General*, 2011, p. 241. Para quien los elementos descriptivos expresan una realidad naturalística que es aprehensible por los sentidos, y los normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.

³⁵ Como bien apunta ROXIN, en los elementos normativos se puede distinguir entre elementos con valoración jurídica («ajeno», § 242, «funcionario en el ejercicio de su cargo», §§ 331 ss. «documento público», § 348) y elementos con valoración cultural («acciones sexuales de cierta relevancia», § 184 c). También se puede diferenciar según que un concepto le deje al aplicador del Derecho un margen de valoración especialmente amplio y esté «necesitado de complementación valorativa (p.ej. las «buenas costumbres» en el § 226 a, «reprobable» en el § 240 II), o que las valoraciones le vengan preestablecidas totalmente o en gran medida al juez («conceptos valorativamente plenos»), como p. Ej. Ocurre en el concepto de «ajenidad», referido a la regulación civil de la propiedad. Ahora bien, en la definición usual de elementos descriptivos y normativos apenas se presentan circunstancias puramente descriptivas o normativas, pues incluso elementos a primera vista descriptivos, como «sustraer» o «edificio», en los casos dudosos deben interpretarse conforme al fin de protección del correspondiente precepto penal. Asimismo, la mayoría de conceptos normativos tampoco se presentan como puras valoraciones (como p.ej. «ajeno», «contrario a las buenas costumbres»), sino que tienen un substrato descriptivo. Así p.ej., una injuria no es reconocible con la sola reproducción de un juicio de valor social, sino que requiere también la comprobación cognitiva de un proceso acústico o de su fijación en un objeto; o el «documento» (§ 267) no existe sólo por su contenido de sentido jurídico, sino que también tiene siempre una base material perceptible por los sentidos, etc. Por consiguiente, desde este punto de vista no importa tanto la (casi imposible) separación de elementos descriptivos y normativos, cuanto reconocer que la mayoría de los elementos del tipo son una mezcla de elementos normativos y descriptivos, en los que tan pronto predomina un factor como el otro. Cfr. ROXIN, *Fundamentos*, 2008, pp. 306-307.

el contenido de ésta, ignorando que con su comportamiento estaba realizando, como persona interpuesta, una acción típica de corrupción privada.

Esta especie de error se presenta en la autoría mediata, en el que el autor mediato realiza el tipo penal sirviéndose de otro, esto es, del autor inmediato, como una simple herramienta o instrumento. Es el hombre de atrás, poseedor del dominio del hecho, quien conoce las circunstancias de hecho que conforman el tipo y comprende el curso causal de los acontecimientos³⁶. De ahí que (C) actúe sometido a error, sin dolo ni culpa.

3. Especialmente problemático es el supuesto del error que recae sobre alguno de los dos pilares que sustenta el delito: los elementos normativos «beneficio o ventaja no justificados» como contraprestación de un «favorecimiento indebido» en el ámbito de los negocios.

Desde el prisma de la necesaria seguridad jurídica que debe imperar en el Derecho Penal, estos elementos normativos pecan de ser excesivamente imprecisos. Lo justificado/injustificado del incentivo, y lo debido/indebido del favorecimiento, son características difícilmente delimitables y aprehensibles si no se cuenta con una previa y clara referencia normativa, jurídica o social.

El problema es que estos adjetivos (además de describir el hecho de la prohibición) encierran en sí mismos un juicio de valor sobre la juridicidad o antijuridicidad de la conducta, lo que nos puede llevar a pensar que, en caso de no concurrir, en vez de encontrarnos ante un error de tipo, podríamos hallarnos ante un error de prohibición (que excluye o mitiga la culpabilidad, no el dolo).

Es decir que puede producirse un problema de confusión en la delimitación de las circunstancias típicas «injustificado» e «indebido» y del mandato de prohibición de la norma, dificultándose así la concreción del contenido de la conciencia sobre la tipicidad (error de tipo) y la antijuridicidad (error de prohibición).

Por eso, surgen dudas acerca de cuándo nos encontraremos ante un genuino error de tipo (y no ante un error de prohibición). Pero antes de dar una respuesta a este problema, veamos un caso de lo que *prima facie* constituye un error sobre elementos normativos del tipo.

Ejemplo: supongamos que el consejero delegado de una empresa (X) conoce perfectamente que la corrupción en los negocios se encuentra penada en el Código Penal. Sin embargo, un buen día, (X) entrega un regalo a (Y), el administrador de otra empresa, actuando bajo la errónea creencia de que el obsequio que le estaba concediendo en el marco de una determinada contratación comercial era un acto de cortesía amparado por los usos del mercado.

³⁶ Véase, ROXIN, *Especiales formas de aparición del delito*, 2014, pp. 92-98.

El modo de superar el problema jurídico apuntado —entendemos— es limitar el error de prohibición a aquellos casos en los que al sujeto le resulte totalmente ajeno, o cuando menos extraño, el fenómeno delictivo consistente en la entrega de incentivos a cambio de tratos de favor en el mercado.

Habría error de prohibición, entonces, cuando falte la consciencia de la antijuricidad general del hecho, entendido como desconocimiento de la genérica contrariedad del comportamiento con el ordenamiento jurídico. El error de tipo, por el contrario, aparecería cuando el sujeto crea erróneamente que no está realizando la infracción penal en una determinada situación fáctica (lo que no está reñido con que éste pueda conocer, en general, que la corrupción se encuentra perseguida). Esto es, habría error de tipo cuando el desconocimiento del sujeto venga referido a las circunstancias típicas que describen y otorgan lesividad al hecho en concreto³⁷.

Por esta razón, en la corrupción en los negocios la relevancia práctica del error de prohibición será más bien escasa, por no decir inexistente. En nuestra sociedad actual la corrupción pública y privada preocupa, y mucho, lo que puede observarse sin realizar grandes esfuerzos, dado el amplio rechazo social que este fenómeno genera, tanto a nivel nacional como internacional³⁸.

Por ello se presenta como muy improbable la situación en la que un sujeto no conozca la lesividad social del uso de dádivas en el mercado. Tal vez no tenga el conocimiento técnico necesario para saber con exactitud qué norma o rama del Derecho castiga estos comportamientos, pero eso es irrelevante mientras haya consciencia de que es un acto no permitido por el ordenamiento jurídico³⁹.

De ahí que en el caso expuesto *supra* hay un error sobre un elemento normativo-valorativo del tipo. En efecto, el error de tipo recae sobre el requisito de lo «injustificado» del regalo, al valorar (X) equivocadamente que éste era una mera cortesía empresarial, amparada por la libertad de empresa. El error de prohibición queda del todo excluido desde el momento en que (X) es consciente de que la corrupción en el sector privado es ilícita.

³⁷ Vid. MIR PUIG, *Parte General*, 2011, pp. 562-563.

³⁸ Probablemente ello sea debido a que la globalización en los mercados ha diluido las fronteras a la hora de hacer negocios, permitiendo que la ola de repulsa hacia este fenómeno delictivo llegue progresivamente cada vez a más países. Como botón de muestra, para darse cuenta de ello, basta con examinar los textos normativos internacionales. Véase, Capítulo I, apartado III. 2.1.

³⁹ Véase, MIRÓ LLINARES, «Derecho penal económico-empresarial», 2013, p. 284.

3. Error sobre elementos accidentales del tipo de corrupción en los negocios

El error sobre los elementos típicos accidentales se produce sobre aquellos requisitos que disminuyen la pena (cualificantes) elevan la pena (cualificantes) o la disminuyen (privilegiantes)⁴⁰. Llevando esto al campo de discusión del delito de corrupción en los negocios, habrá error sobre los elementos accidentales cuando el agente desconozca que en su comportamiento concurren las circunstancias descritas en las modalidades agravadas y atenuadas tipificadas en el Código Penal.

1. El error sobre los elementos de los subtipos cualificados (artículo 286 quater CP, sólo tras la LO 1/2015) podrá producirse, por tanto, cuando el sujeto desconozca: a) que el incentivo ilícito ostenta un valor especialmente elevado; b) que la acción del autor no es meramente ocasional; c) que la comisión del hecho se ha producido en el seno de una organización o grupo criminal; d) o que el negocio en el que se pretende un trato de favor versa sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

Y como determina el artículo 14.2 CP «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación» (sin distinguir entre error vencible e invencible)⁴¹.

Ejemplo: imaginemos que en un determinado caso se fundamenta la especial gravedad de una conducta sobre la base de la entrega de una dádiva en el marco de una organización criminal. Si el particular que deba conceder el trato de favor desconocía este hecho (es decir, que quien le abonó la comisión pertenecía a una organización criminal), entonces habrá error directo sobre esta circunstancia cualificante, por lo que no podrá ser aplicada en su perjuicio.

Ahora bien, esto no obsta para que se entienda cometido el tipo básico, puesto que el error sólo alcanza a la circunstancia fáctica que agrava la pena, pero no al resto del delito, que se realiza dolosamente⁴².

Y en los casos de error inverso sobre un elemento accidental cualificante (retomando el ejemplo de antes: quien cree erróneamente que está solicitando una comisión a una empresa instrumentalizada por una organización criminal), el sujeto responderá por una tentativa dolosa del tipo agravado de corrupción en los negocios, en concurso ideal con el tipo básico doloso y consumado⁴³.

⁴⁰ Véase, MIR PUIG, *Parte General*, 2011, pp. 281-283; GIL GIL; LACRUZ LÓPEZ; MELENDO PARDOS; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Sistema de responsabilidad penal*, 2017, pp. 181-182.

⁴¹ Véase, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia*, 2007, pp. 155-156.

⁴² Así también, ROXIN, *Fundamentos*, 2008, p. 478.

⁴³ Siguiendo la solución propuesta en CASTRO MORENO, «El error de tipo», 2010, p. 69.

2. Habrá error sobre los elementos de los subtipos privilegiados (artículo 286 bis.3 CP) cuando el sujeto desconozca: a) que el incentivo ilícito es de menor cuantía o valor; b) o que las funciones del culpable son de menor relevancia.

La especialidad reside en que el Código Penal no regula expresamente cómo solucionar esta clase de error: el artículo 14.2 sólo impide la aplicación de los «hechos que cualifiquen la infracción» sobre la que recae el error, no de los que la privilegien⁴⁴.

Ejemplo: quien ofrece mil euros a un administrador de una sociedad mercantil creyendo erróneamente que ésta es una considerable suma de dinero (pese a que no lo es, conforme a criterios objetivos).

¿Debe condenarse por el tipo básico (abarcado por el dolo del autor)? ¿o por el subtipo privilegiado (pese a su desconocimiento o falsa suposición)? En este grupo de supuestos, en los que el sujeto desconoce la concurrencia de un elemento que daría lugar a la existencia objetiva de un tipo atenuado o privilegiado, nada impide la apreciación de la modalidad atenuada dolosa efectivamente realizada (porque si el dolo abarca el riesgo típicamente relevante del delito más grave, también lo hace respecto del menos grave), en concurso ideal con una tentativa inidónea del tipo básico de corrupción en los negocios⁴⁵.

4. Supuestos especiales de error de tipo: el error sobre el objeto

El error *in persona vel in obiecto* es una modalidad particular de error que se produce cuando el autor yerra sobre la identificación de la persona o sobre las características del objeto material⁴⁶.

En particular, no resulta difícil imaginar supuestos de error *in persona* cuando el autor del hecho, para favorecer o ser favorecido indebidamente, dirija la acción típica frente a una persona equivocada. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que la dádiva es percibida por: a) un sujeto incorrecto, pero con poder decisorio en la empresa; b) o un sujeto incorrecto, pero sin capacidad de decisión en la empresa.

1. En el primer grupo de supuestos, al tratarse de un error que recae –en definitiva– sobre una persona protegida de la misma forma por la ley penal, el error *in persona* no da lugar a un cambio en la valoración jurídica, por lo que cabe hablar de un delito consumado de corrupción en los negocios.

⁴⁴ Véase, MIR PUIG, *Parte General*, 2011, pp. 282-283.

⁴⁵ Asimismo, CASTRO MORENO, «El error de tipo», 2010, p. 69.

⁴⁶ Véase, GIL GIL; LACRUZ LÓPEZ; MELENDO PARDOS; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Sistema de responsabilidad penal*, 2017, pp. 182-183; CASTRO MORENO, «El error de tipo», 2010, p. 69.

Ejemplo: quien, al momento de realizar el ofrecimiento previsto en el tipo penal, confunde a un consejero delegado (X) con otro consejero delegado (Y), ambos con autonomía y con la misma capacidad de decisión en la entidad.

El error cometido sería irrelevante porque la acción incentivadora era consciente e intencional, y aunque por equivocación la acción no se haya dirigido frente a (X), resulta igualmente peligrosa *ex ante*, y genera *ex post* un riesgo jurídicamente desaprobado por el delito de corrupción en los negocios (cumpliéndose así todas las exigencias de imputación objetiva y subjetiva).

2. No sucede lo mismo –en cambio– en el segundo conjunto de supuestos, en el que el error *in persona* sí es relevante, porque produce un cambio en la valoración jurídica del hecho.

Ejemplo: un sujeto, al intentar tentar a un directivo de la empresa (X) mediante un correo electrónico en el que se relata la posibilidad de ganarse una jugosa comisión, confunde el nombre de su verdadero destinatario y le remite dicho correo a otra persona, concretamente a (Y), un empleado de la misma empresa, pero que carece de poder de decisión. El hecho realizado con error debe ser analizado desde una doble perspectiva: en lo que atañe al intento de soborno a (X), y el efectivamente realizado a (Y).

En lo que atañe a (X) habría una tentativa inidónea punible de corrupción en los negocios⁴⁷. Para un espectador objetivo situado *ex ante* en el lugar del autor, los actos eran objetivamente idóneos para producir el resultado lesivo exigido en el tipo. Con todo, la falta de éxito motivado por el error del autor no es achacable a su esfera de dominio, sino a su falta de acierto⁴⁸. Además, desde un punto de vista de política criminal, no se entendería dejar impunes esta clase de tentativas: la persecución de la corrupción en los negocios no puede confiarse al azar, pues nunca ésta no puede constituir el pilar que justifique la intervención penal (esto es, reprimiendo sólo a quien acierte en su objetivo).

El ofrecimiento de una dádiva a (Y), en cambio, sería irrelevante penalmente porque jamás podría incrementar el riesgo desaprobado por la norma, al tratarse de un empleado sin capacidad de decisión (por ejemplo, un operario técnico) que no puede conceder –ni tan siquiera hipotéticamente– el trato de favor que exige el tipo penal. De ahí que, aunque la acción era peligrosa *ex ante* (pues se dirige frente a un empleado, que es un sujeto activo del delito), el bien jurídico de la competencia nunca podría llegar a lesionarse *ex post* (debido a la falta de capacidad decisoria de aquel).

⁴⁷ La misma solución en el marco de la corrupción en el deporte, MUÑOZ RUIZ, «Corrupción en el deporte», 2010, p. 48.

⁴⁸ Cfr. MIR PUIG, *Parte General*, 2011, pp. 362-363; MIR PUIG, «Tentativa inidónea», 2001.

CAPÍTULO IV

MODALIDADES ATENUADAS Y AGRAVADAS

I. INTRODUCCIÓN

La pena final a imponer por cometer corrupción en los negocios puede verse modulada (a la baja o al alza) según concurran los requisitos que el Código Penal prevé para ello: el artículo 286 bis.3 (LO 5/2010) recoge las atenuantes específicas del delito, y el artículo 286 quater CP (LO 1/2015) las agravantes específicas. De esta manera, el Código Penal ha previsto un marco punitivo verdaderamente amplio, tanto en lo que se refiere al límite mínimo como al máximo, porque por ejemplo: con arreglo a las primeras, la pena de prisión *in abstracto* podría llegar a ser la de tres meses (pena inferior en grado); y con arreglo a las segundas, la de seis años de prisión (pena superior en grado). A lo largo de este capítulo nos ocupamos de los problemas de interpretación que presentan estos preceptos penales.

II. MODALIDADES ATENUADAS

Las modalidades atenuadas del delito de corrupción en los negocios están previstas en el artículo 286 bis.3 CP. En concreto, la redacción de dicho precepto viene a señalar que: «Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y [a] la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su

prudente arbitrio»¹. De ello parece inferirse que el Código Penal ha tipificado dos modalidades atenuadas bien diferenciadas que, con carácter potestativo o facultativo², podrán ser aplicadas por nuestros órganos judiciales: la primera, en atención a la cuantía del beneficio o valor de la ventaja; y la segunda, en atención a la trascendencia de las funciones del culpable.

Estas modalidades atenuadas serían aplicables a los dos vertientes del delito (incentivadora y favorecedora), sin distinción, dado que el Código Penal no especifica lo contrario³.

La inferior penalidad prevista para estas modalidades atenuadas encuentra su fundamento en el menor peligro de lesión para el bien jurídico protegido, porque el riesgo jurídico-penalmente desaprobado, el que deba realizarse con arreglo al artículo 286 bis. 3 CP, no sería tan intenso como el que pretende prevenir el tipo básico. O lo que es igual: a menor desvalor de acción, menor necesidad de castigo⁴.

Esta conclusión parece venir impuesta por mor del principio de proporcionalidad penal, que determina la necesidad de que la pena a aplicar encuentre correspondencia con la verdadera importancia o gravedad de la conducta. Es por esto por lo que entendemos que la tipificación de estas modalidades atenuadas es necesaria para modular los excesos punitivos que, dependiendo de las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho, pudieran producirse en la práctica judicial⁵.

Ejemplo: Piénsese, de un lado, en el caso paradigmático del director general de un grupo empresarial que recibe una comisión millonaria para contratar

¹ La letra «a» ha sido introducida mediante la LO 1/2015. Salvo esta modificación, la redacción del precepto no ha vuelto a ser reformada, desde su introducción en el año 2010 (por tanto, tampoco por la LO 1/2019).

² Véase, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1228; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 396; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 266.

³ Así también, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 25.

⁴ En igual dirección, MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011. En contra, ORTIZ DE URBINA GIMENO señala –desde otra perspectiva– que dos pueden ser las explicaciones a esta muy amplia posibilidad de modulación de la pena (que nada tiene que ver en dureza con la inicialmente prevista). La primera: la falta de seguridad con la que el legislador se habría acercado a la tipificación de la corrupción entre particulares, y en concreto las dudas que tiene respecto de haber conseguido capturar las conductas relevantes. La segunda: abarcar la mayor parte de conductas posibles y fomentar la colaboración de los investigados con la amenaza de penas privativas de libertad de efectivo cumplimiento, de modo que una vez conseguido el objetivo de colaboración, deja de parecer importante la imposición de una pena severa. *Cfr.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La corrupción en el deporte», 2018, pp. 149-150.

⁵ En contra, OTERO GONZÁLEZ entiende que «esta atenuación de la pena permite limar la disfunción penológica con el delito de administración desleal de sociedades, ya que las penas de prisión y multa son las mismas en ambos delitos, pero siendo cumulativas en la corrupción privada, son alternativas en la administración desleal». OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011. En similar sentido también en OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 474.

con otra compañía; y de otro, el del empleado raso de una empresa, encargado de realizar los pedidos semanales que ésta necesita, que acepta de otro una pequeña cantidad de dinero, a modo de sobresueldo.

Como se iba diciendo, se puede atenuar la pena del delito de corrupción en los negocios en «atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja», y «a la trascendencia de las funciones del culpable». La doctrina ha discutido sobre si es necesario que concurren estos dos factores, de forma cumulativa, o si, por el contrario, bastaría con que concorra, de forma alternativa, sólo uno de ellos, para poder entender aplicable el artículo 286 bis.3 CP.

Pues bien, la redacción literal del precepto es confusa en cuanto a esta cuestión, ya que la conjunción copulativa «y» (que une ambas circunstancias privilegiantes) pareciera indicar que se requiere que concurren de forma cumulativa. No obstante, como correctamente ha apuntado la doctrina, basta con que se aprecie la existencia de sólo uno de estos dos factores, porque entre uno y otro se ha previsto una coma, que los separa de dicha conjunción copulativa (no siendo necesaria, entonces, la previsión gramatical de la disyuntiva «o»)⁶.

La reforma operada tras la LO 1/2015 viene a reforzar esta interpretación, al haber introducido la letra «a» antes de la referencia a «la trascendencia de las funciones del culpable», que dotaría de autonomía o independencia las dos modalidades atenuadas del delito de corrupción en los negocios⁷ (de este modo: no se repetiría la expresión «en atención a» porque resultaría reiterativo y, por ende, superfluo).

El legislador podría haberlas previsto en numerales distintos, pero no lo ha hecho, escogiendo, por el contrario, una redacción que puede llevar a confusión (técnica legislativa defectuosa). Y desde el punto de vista de la finalidad de la norma, tampoco es que logremos alcanzar una conclusión clara.

Ante esta disyuntiva, optamos por facilitar la aplicación práctica de estas modalidades atenuadas, no exigiendo la concurrencia cumulativa de los dos requisitos del artículo 286 bis. 3 CP para poder atenuar la pena. Esta sería una interpretación *pro reo*, que permitiría resolver el problema mediante la solución que, de entre las posibles, resulte más favorable para los justiciables.

⁶ Véase, MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 396-397; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 474.

⁷ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 397, nota al pie n.º 7.

1. En atención a la cuantía del beneficio o valor de la ventaja

1. Como hemos visto, el artículo 286 bis.3 CP prevé dos modalidades atenuadas, de aplicación facultativa para los órganos jurisdiccionales. En este epígrafe nos centraremos en la primera de ellas: la que toma en consideración el valor del incentivo ilícito ofrecido, solicitado, prometido o concedido.

En un primer momento, un destacado sector doctrinal entendió que esta atenuación potestativa únicamente podía ser aplicada a la modalidad incentivadora (no la favorecedor), ya que –desde la perspectiva del sujeto que debía ser incentivado– cuanto mayor fuera el importe del beneficio o ventaja, más difícil resultaría sustraerse a su influencia motivacional, por lo que en ese concreto supuesto se disminuiría la culpabilidad del sujeto favorecedor. De este modo se justificaría la menor necesidad de pena de los sujetos favorecedores que fueran tentados con beneficios o ventajas de gran valor⁸.

Tras la LO 1/2015, sin embargo, esta cuestión ha dejado de tener especial relevancia, porque al tipificarse la modalidad agravada del valor especialmente elevado del incentivo ilícito, ya no es posible afirmar que, ante esta clase de casos, se disminuye la culpabilidad del sujeto que es tentado o cede ante el influjo motivacional de una importante comisión⁹. Por ello la circunstancia privilegiante de la menor entidad del valor o cuantía del beneficio o ventaja es igualmente aplicable a las vertientes incentivadora y favorecedora del delito de corrupción en los negocios (sin excepción).

2. Ahora bien, ¿pero por qué ante un incentivo de menor entidad la conducta merece un inferior reproche penal? ¿en qué se fundamenta esta menor necesidad de pena?

2.1. No han sido pocos los autores que han entendido que esta modalidad atenuada no se inspira en el bien jurídico de la competencia, sino que atiende a otros criterios de carácter patrimonial (más usuales en los delitos patrimoniales y socioeconómicos)¹⁰. De ahí que esta rebaja penológica –ha afirmado un sector de la doctrina– debiera vincularse en todo caso a un beneficio o ventaja de escasa entidad en relación con el perjuicio o posibilidad de

⁸ Cfr: SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 432.

⁹ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 398; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 268.

¹⁰ Vid. GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 272-273; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 312; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 708; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, p. 22; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 26.

perjuicio que para la empresa supone el acto de corrupción¹¹ (como podría suceder, por ejemplo, en los casos de «kick-backs»).

La razón de ello sería que la mayor o menor incidencia que pueda tener la entidad del beneficio o ventaja en el proceso de motivación del sujeto no es un aspecto que afecta al injusto del hecho; de modo que tal circunstancia sólo podría ser tenida en cuenta en sede de la determinación de la pena, pero no a la hora de decidir si se aplica o no el subtipo atenuado¹².

2.2 No obstante, si aceptásemos esta interpretación se estaría reconociendo un elemento patrimonialista del que –en nuestra opinión– carece el delito de corrupción en los negocios.

Esta modalidad atenuada puede ser explicada desde el prisma de la protección del buen funcionamiento del mercado¹³. Si tomamos en consideración que lo que el delito pretende perseguir es la solicitud, ofrecimiento o concesión de ventajas competitivas a cambio de «sobornos», ciertamente podría sostenerse que a menor relevancia del incentivo ilícito, menor probabilidad de sucumbir a la tentación de conceder como contraprestación un favorecimiento indebido, y por tanto menor sería el peligro objetivo creado¹⁴.

No podemos perder de vista que el incentivo ilícito es un instrumento, un medio, para perseguir un objetivo delictivo, que es obtener un ventaja anticompetitiva en el mercado. Desde esta perspectiva, pues, a menor relevancia de la dádiva, menor peligrosidad de la conducta: al ser menor la expectativa de ganancia, menor será el riesgo de que se logre motivar en un sentido u otro al sujeto decisor, lo que puede justificar –dependiendo de las circunstancias concretas del caso– una rebaja de la pena a imponer.

El Código Penal parece darnos la razón en este sentido, sobre todo después de la reforma operada por la LO 1/2015. Y es que, en efecto, este planteamiento ha cobrado fuerza en la medida en que en la ley se ha previsto una modalidad atenuada que atiende a la menor relevancia del incentivo ilícito (artículo 286 bis.3 CP) y una modalidad agravada que atiende a su valor especialmente elevado (artículo 286 quater CP)¹⁵.

¹¹ Así, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 26.

¹² Cfr. BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 26.

¹³ En contra, MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1228. Dicha autora entiende que la atenuación potestativa prevista en el Código Penal no atiende a parámetros que tengan relación con el bien jurídico de la competencia.

¹⁴ Como entendió ENCINAR DEL POZO, «cuanto menor sea la cuantía de la dádiva y menos importante sean las funciones del sujeto, menor será la incidencia del hecho en la distorsión de la competencia». ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 399. En sentido similar, GILI PASCUAL cuanto mayor sea la entidad de la ventaja «mayores serán las posibilidades de generar un riesgo alto para la competencia». GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 270.

¹⁵ Véase, *infra* apartado III.1.

3. A la pregunta de en qué grupos de casos nos encontraremos ante un incentivo ilícito de menor entidad (merecedor de una penalidad inferior), lo cierto es que en estos momentos el Código Penal no ha establecido ningún criterio cualitativo o cuantitativo que nos permita dar una respuesta taxativa a esta cuestión. Y en este sentido, la ausencia de jurisprudencia en cuanto a esta materia tampoco resulta de gran ayuda para llegar a una solución.

Un modo de diferenciar las dádivas de valor inferior de las de valor medio podría ser empleando el criterio de la idoneidad objetiva *ex ante* para influir en la voluntad de las personas que deban encontrarse en disposición de tomar una decisión comercial¹⁶. De este modo, los beneficios y ventajas que sobrepasen el límite de lo admisible, pero que tampoco supongan un gran riesgo para el orden concurrencial, podrían encajar en el subtipo privilegiado.

¿Y dónde se halla el límite entre lo que está permitido y lo que no? La frontera entre un supuesto y otro es muy poco clara¹⁷. No obstante, como sobre esto nos hemos extendido *supra*, preferimos remitirnos a tal apartado para evitar incurrir en reiteraciones innecesarias¹⁸. En todo caso, parece lógico excluir del tipo penal aquellos incentivos ilícitos que sean por sí mismos insignificantes y/o socialmente aceptables en el ámbito de los negocios, por ser inhábiles para poner en peligro el correcto funcionamiento del mercado.

2. En atención a la trascendencia de las funciones del culpable

En el presente epígrafe es objeto de análisis la segunda de las modalidades atenuadas de aplicación facultativa que se han previsto en el artículo 286 bis.3 CP: esto es, la que valora la menor «trascendencia de las funciones del culpable».

1. Aunque pudiera discutirse sobre a qué modalidades puede aplicarse este subtipo privilegiado (si a la incentivadora, a la favorecedora, o a ambas)¹⁹,

¹⁶ Véase, BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 146; y, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 331-332.

¹⁷ Así también, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 1038; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 330.

¹⁸ Véase, Capítulo II, Apartado III.2.1.2.

¹⁹ Por un lado, pudiera pensarse que carece de lógica que las funciones a tener en cuenta en este subtipo privilegiado sean las que desempeñe el sujeto que incentiva ilícitamente, porque dicho sujeto podría ser cualquiera, y, por consiguiente, no necesariamente debería estar integrado en una empresa (de esta forma: el subtipo sólo sería aplicable a la modalidad favorecedora). De igual modo que, por otro lado, pudiera decirse que la aplicación de esta atenuación sería más adecuada para los sujetos incentivadores, quienes no tendrían que ser necesariamente administradores, directivos, empleados o colaboradores de ninguna entidad, y por tanto podrían ejercer funciones de menor relevancia (así: el subtipo sería de aplicación a la modalidad incentivadora). Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011,

lo cierto es que el Código Penal no realiza ninguna distinción al respecto, por lo que todo intento de restringir el ámbito de aplicación de esta atenuación sería injustificado (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Ejemplo: Movido por el afán de conseguir nuevos clientes y de ganarse un lugar en la empresa, un comercial de ventas (X) de una empresa de papelería le promete una comisión económica a otro empleado (Y), que desarrolla las labores administrativas de otra compañía distinta. Concretamente, (X) se compromete a entregarle a (Y) un 10% del precio de cada encargo de material de oficina que haga.

Pues no puede excluirse *a limine* que en la práctica judicial se produzcan casos que encajen de lleno en el tenor literal de este subtipo privilegiado (para ambas vertientes delictivas: incentivadora y favorecedora). Sin ir más lejos, en el ejemplo expuesto los dos sujetos se encontrarían en una situación de hecho equiparable o muy similar (dentro de sus respectivas organizaciones), no pareciendo adecuado que merezcan una respuesta punitiva distinta. El riesgo generado sería de menor intensidad porque las facultades del sujeto favorecedor e incentivador para conceder ventajas competitivas son limitadas; y por otro lado, porque las del sujeto incentivador también lo son.

Lo relevante –en realidad– es determinar a qué se refiere el Código Penal cuando alude a la «trascendencia de las funciones del culpable» (¿qué grupos de casos abarca?).

En un principio, con la LO 5/2010, un destacado sector doctrinal afirmó que el núcleo de este subtipo atenuado parecía estar ligado al elemento típico del incumplimiento de las obligaciones, por lo que el delito, al referirse a la «trascendencia de las funciones», estaría tomando en consideración la diferente intensidad de los deberes institucionales de lealtad (*ad intra*) de los administradores, directivos, empleados y colaboradores²⁰. No obstante, al haberse suprimido ese requisito del tipo tras la LO 1/2015, no parece admisible mantener la vigencia de esta afirmación, al haber salido reforzado el papel de la competencia como bien jurídico protegido²¹.

p. 624; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 25; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 398; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 267.

²⁰ Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 272-273; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 432; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 272-273; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 312; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, pp. 22-23; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 708; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 25.

²¹ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 399. En contra, se critica que en el subtipo atenuado no se hace referencia a la menor entidad de la distorsión o peligro para la competencia como criterio para rebajar la pena. Véase, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 355.

Por ello, conforme a criterios de imputación objetiva, la incentivación ilícita de un sujeto con unas funciones menos trascendentes supone un riesgo de menor intensidad para el buen funcionamiento del mercado; porque, siendo ello así, la magnitud de la transgresión que pudiera provocar ese riesgo también sería de menor gravedad. De ahí que el subtipo atenuado sea de aplicación potestativa para los órganos jurisdiccionales. Porque puede resultar de utilidad para modular la pena a la baja en aquellos supuestos en los que la creación del riesgo típicamente relevante para la competencia sea de menor gravedad.

2. En un intento de concretar qué grupos de casos podrían resolverse mediante este subtipo privilegiado, la doctrina ha señalado diversas posibilidades (desacertadas todas ellas, a nuestro modo de ver): la primera de ellas, que esta atenuación se habría previsto para los empleados y colaboradores externos (no para los administradores y directivos), debido a la inferior intensidad del deber institucional de lealtad atribuibles a cada uno de ellos²²; y la segunda, que esta circunstancia debería aplicarse –en el plano de los sujetos activos del delito– al colaborador de una entidad privada, y –en el plano de la autoría y la participación– a los cómplices del delito, por las funciones menos relevantes que éstos podrían llegar a desempeñar²³.

Y decimos que son desacertadas porque: por un lado, si el legislador hubiera querido lo contrario, es decir, si hubiera querido excluir a quienes ostenten cargos de dirección, lo habría indicado expresamente en el artículo 286 bis.3 CP; y por otro lado, porque tampoco es posible limitar la atenuación a los cómplices, ya que el tipo penal depende de los elementos que conforman el tipo de autoría, y como es sabido: «a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito» (artículo 63 CP).

Es más preciso entender que, aunque el Código Penal no ofrece una respuesta clara, el artículo 286 bis. 3 CP no establece ninguna limitación: de ahí que deba poder aplicarse *prima facie* a todos los sujetos activos (autores) que estén integrados en una estructura empresarial (es decir, a los administradores, directivos, empleados o colaboradores de una entidad privada), sin discriminación de ninguna clase por razón de su cargo mercantil, puesto laboral o relación contractual.

²² Véase, SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 432. Asimismo, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 399.

²³ Véase, BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 25.

En nuestra opinión: la expresión «trascendencia de las funciones del culpable» debería interpretarse atendiendo a razones jurídico-materiales. Es decir que, para conocer si las «funciones del culpable» eran trascendentes o no, debemos examinar el concreto poder de decisión del sujeto en cada uno de los casos frente al que nos hallemos, examinando qué deberes y facultades mercantiles, laborales o contractuales le son atribuibles.

Así, la solución pasaría por el examen específico del rol del sujeto en la entidad privada, determinando *ex ante* la previsibilidad objetiva de la peligrosidad de la acción. Se trata de una cuestión de imputación objetiva: pues a menor poder de decisión del autor en materia de contratación, menor podría ser el riesgo de distorsión de la competencia, llegado el caso de que se conceda una ventaja competitiva en una determinada relación comercial. Cuanto más trascendentes sean las competencias o la posición de control del autor, mayor sería el peligro para el bien jurídico protegido; e, igualmente, cuanto menos trascendentes sean, menor sería esa posibilidad.

Cierto es, no obstante, que los administradores y directivos tengan –por regla general– amplias e importantes funciones en sus respectivas entidades (es decir: una mayor capacidad para tomar decisiones de carácter comercial). Pero no siempre, ni necesariamente, tiene por qué ser así. Ahí radica el núcleo de nuestra discrepancia respecto del criterio sostenido por otros autores²⁴.

Ejemplo: Piénsese en el caso de los administradores que disponen de poderes mancomunados, que limitan la facultad de contratación a partir de ciertos importes dinerarios (verbigracia, con firma mancomunada para contratos por valor superior a 10.000 euros).

La ventaja de nuestra interpretación es que permite modular de forma más apropiada la dureza penológica del delito. De este modo se lograría una respuesta más proporcionada a los casos en los que el poder de decisión de los sujetos (incluidos los administradores y directivos) se encuentre limitado o restringido internamente, en el seno de la entidad privada (menor peligrosidad de la acción)²⁵.

²⁴ Nos referimos a SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 432; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; PÉREZ FERRER, «Corrupción entre particulares», 2012, pp. 22-23; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 25.

²⁵ Porque lo que no sería admisible –en nuestra opinión– es presumir (*contra reo*), sí o sí, que las funciones de un administrador o directivo son siempre trascendentes a los efectos de excluir la aplicación de este subtipo privilegiado.

Así, por ejemplo, si el director comercial de una empresa de bebidas carbonatadas tiene por política incentivar a los camareros de una cadena de restaurantes para que sólo vendan sus productos, la atenuación sólo podría plantearse respecto de éstos últimos, en atención a su menor poder decisorio en la empresa; no, obviamente, respecto del primero, quien ejerce sus funciones sin limitaciones. Y ello solamente en el caso de entender que estos trabajadores ostentan funciones de menor trascendencia: lo que también podría discutirse, a la vista de que son los únicos que, en este supuesto concreto, podrían materializar la ventaja competitiva que se solicita a cambio.

Por ello, pareciera que la aplicación práctica de este subtipo privilegiado será más bien escasa, porque no parece probable que quienes incurran en esta clase de prácticas dispongan de un reducido poder de decisión. Pero habrá que ver cómo se desarrolla la aplicación de este precepto en la práctica.

III. MODALIDADES AGRAVADAS

Las modalidades agravadas del delito de corrupción en los negocios, incorporadas *ex novo* en el Código Penal mediante la LO 1/2015, se encuentran tipificadas en el artículo 286 quater conforme al siguiente enunciado²⁶:

«Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.»

²⁶ Huelga decir que en virtud del principio de legalidad penal estas agravaciones específicas del tipo penal solamente podrán ser aplicadas a los delitos de corrupción en los negocios cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015 (esto es, desde el 1 de julio de 2015). Así lo exige la máxima conocida como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Asimismo, todas estas agravaciones también son aplicables al delito de corrupción deportiva (artículo 286 bis. 4 CP) y de corrupción en las transacciones internacionales (previsto en el artículo 286 ter CP, tras la LO 1/2015). Y en particular, en cuanto al delito de corrupción deportiva, la segunda parte del artículo 286 quater establece que: «(...) los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando: a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional».

A diferencia de lo que sucede con las modalidades atenuadas (que son de aplicación potestativa), las modalidades agravadas son de obligada imposición (así lo ordena el Código Penal: «se impondrá la pena») cuando se aprecie que la conducta de corrupción privada reviste «especial gravedad» conforme a los criterios antes mencionados.

La «especial gravedad» es, por tanto, lo que justifica el incremento de la pena imponible. Ahora bien, pero ¿cómo debe interpretarse el artículo 286 quater CP? ¿a título ejemplificativo o no excluyente, dejando la puerta a abierta a subsumir otras conductas que también se consideren de especial gravedad? ¿o de una forma más restrictiva, limitando la aplicación del artículo 286 quater CP a las cuatro circunstancias agravantes ahí específicamente recogidas (a modo de *numerus clausus*)?

Según el tenor literal del precepto, podría interpretarse la mención a la «especial gravedad» de los hechos como una cláusula general (*numerus apertus*) que permita la agravación de cualquier conducta de corrupción en los negocios que resulte especialmente grave. De este modo se permitiría a los órganos jurisdiccionales calibrar en cada caso concreto si el hecho delictivo resulta o no especialmente grave. Desde este punto de vista, los supuestos concretos de agravación recogidos en el artículo 286 quater CP serían meros ejemplos que «en todo caso» son objeto de un castigo cualificado por parte de nuestros tribunales (sin que ello excluya que existan otros supuestos de hecho de especial gravedad que la ley penal también castigue)²⁷.

Sin embargo, como las normas restrictivas de derechos deben interpretarse de forma restrictiva, cabe otra lectura de la norma penal: que la expresión «especial gravedad» única y exclusivamente admitiría su apreciación en los supuestos específicos de agravación previstos en el artículo 286 quater CP, por haber sido tasados de forma expresa por el legislador (*numerus clausus*)²⁸.

Porque aunque la redacción gramatical del artículo 286 quater CP no impide entender que nos encontramos ante un *numerus apertus*, la adop-

²⁷ Véase, MANZANARES SAMANIEGO, *La reforma del Código Penal*, 2015, p. 259. De forma especialmente crítica (y con razón), ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La corrupción en el deporte», 2018, pp. 150-152, quien señala que las dificultades para explicar este precepto se evaporan al considerar sus virtudes desde el punto de vista de la estrategia de persecución de estas conductas, al posibilitarse las escuchas telefónicas, reservadas a los delitos «graves» que, conforme a los artículos 13 y 33.2.b) CP, incluyen aquellos con pena de prisión superior a los cinco años (como sería el caso de la corrupción en los negocios en un supuesto de agravación: con una pena de prisión de cuatro a seis años).

²⁸ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 401; ANARTE BORRALLO, «Los delitos de corrupción en los negocios», 2016, p. 87; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 272.

ción de esa interpretación pondría en riesgo la necesaria seguridad jurídica en lo que toca al principio de certeza de la ley penal, pilar fundamental del Estado de Derecho en tanto que limita el *Ius puniendi*²⁹. La mención genérica –sin mayores concreciones– a la «especial gravedad» de los hechos, se percibe como una práctica legislativa deficitaria en cuanto al respeto de la garantía de taxatividad, porque no se delimita con claridad cuál es el ámbito de lo prohibido y lo permitido (lo que pudiera suscitar dudas de constitucionalidad)³⁰.

Por ello, a nuestro modo de entender: si a los ojos de los órganos jurisdiccionales (fuera de este *numerus clausus*) el hecho es grave, o especialmente grave, deberá ser un aspecto a valorar en el ámbito de la determinación de la pena, dentro del marco punitivo previsto para el tipo básico de corrupción en los negocios (que ya es suficientemente amplio y severo de por sí), pero no podrá servir para agravar la pena conforme a lo previsto en el artículo 286 quater CP.

El legislador de la LO 1/2015 podría haber tipificado otras modalidades agravadas como, por ejemplo, la que atendiese a la especial gravedad de la distorsión de la competencia, o la que tuviera en consideración el carácter transnacional del delito de cometido. Ésta habría sido una decisión legislativa que, desde un punto de vista normativo y de política criminal, habría tenido cierta justificación. Pero lo que no es aceptable es que el Código Penal se refiera a la «especial gravedad» de los hechos sin especificar, de forma taxativa, sobre qué circunstancia fáctica debe recaer esa especial gravedad.

²⁹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Estado de Derecho*, 2005, p. 105.

³⁰ Como tiene dicho el Tribunal Constitucional, para cumplir con el mandato de taxatividad en la ley penal se debe exigir «una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla con las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales. Y ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho» (STC n.º 105/1988, de 8 de junio). El Tribunal Constitucional ha venido adoptando una posición más bien de deferencia hacia el legislador, partiendo desde una presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley que emanan de las Cortes Generales. Y ello en la medida en que el control constitucional frente al legislador penal se ha caracterizado por ser poco exigente a lo largo de todos estos años, en la medida en que dicho Tribunal ha afirmado que «sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» (STC n.º 24/2004, de 24 de febrero de 2004, STC n.º 111/1993, de 25 de marzo de 1993, STC n.º 119/1992, de 18 de septiembre de 1992, STC n.º 105/1988, de 8 de junio de 1988, STC n.º 115/1987, de 7 de julio de 1987, STC n.º 93/1984, de 16 de octubre, entre otras). Véase, ALCÁCER GUIRAO, «Taxatividad», 2012.

1. Cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado

El primer subtipo agravado (artículo 286 quater CP, tras la LO 1/2015) es el que requiere para su aplicación que el incentivo ilícito tenga un valor especialmente elevado.

Lo que justificaría el incremento de la pena en este grupo de supuestos de hecho es la particular peligrosidad del medio comisivo empleado para perpetrar el delito de corrupción en los negocios (donde residiría la «especial gravedad» a la que alude esta agravación): a mayor capacidad objetiva para motivar a un sujeto para conseguir a una ventaja competitiva, mayor riesgo para el buen funcionamiento del mercado.

El Código Penal no ha establecido una cuantía concreta a partir de la cual empieza a operar esta modalidad agravada. He aquí donde reside el problema a la hora de interpretar el artículo 286 quater CP, pues al no haberse establecido un límite cuantitativo para este subtipo agravado, los órganos jurisdiccionales tendrán la obligación de valorar en qué casos estaremos o no ante beneficios o ventajas de «valor especialmente elevado»³¹. Y ante la ausencia de jurisprudencia sobre esta materia, sólo nos cabe esperar para ver cómo y en qué sentido se van pronunciando nuestros tribunales³².

Pero dejando al margen esta indeseable situación de indeterminación normativa, ¿en qué casos –pudiera decirse– se cumplen los requisitos de esta agravación específica?

Cojamos de ejemplo lo qué sucedió en el caso *Regina v. Hopwood* (1985), enjuiciado en el Reino Unido (aunque éste –como tal– no pueda servir de precedente jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico)³³. En ese asunto la Justicia británica entendió que el pago entre privados de altas sumas de dinero y otras gratificaciones, por un valor total de más de 200.000 libras esterlinas, es un comportamiento de corrupción que a tal escala ocasiona un grave daño al comercio nacional³⁴. A raíz de ello nos surge la pregunta de si aceptar que,

³¹ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 401.

³² La existencia de esta clase de cláusulas –como la de «especial gravedad»– en los delitos patrimoniales y socioeconómicos ha sido criticada por falta de taxatividad. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 196.

³³ R. v. Patrick GERALD HOPWOOD [1985] 7 Cr. App. R.(S.) 402.

³⁴ Los hechos objeto de condena los protagonizó, en concreto, el administrador de una empresa subsidiaria de una empresa pública llamada *Sheffield Twist Drill and Metal Co. Ltd.* (en adelante, *Sheffield*), quien fue condenado a 3 años y 6 meses de prisión por varios delitos de corrupción, cometidos en el marco de una relación comercial establecida entre su principal y otra empresa proveedora de acero, de nombre *West Valley Steels*. En cuanto al fondo del asunto, el administrador incurrió en una serie de conductas de soborno de muy variada morfología, consistentes en: 1) Aceptar un incentivo consistente en que *West Valley Steels* contratase a un electricista para que le hiciera al referido administrador un recableado de su casa, que costó alrede-

para nuestro Código Penal, un incentivo ilícito de 200.000 euros alcanza un «valor especialmente elevado» a los efectos de colmar las exigencias del artículo 286 quater.

A lo largo de todo el Código Penal el requisito del «valor especialmente elevado» se ha empleado única y exclusivamente en este subtipo agravado, para caracterizar lo que –según la norma– sería un comportamiento de incentivación ilícita que «en todo caso» ostenta una «especial gravedad» a los efectos de agravar la pena del delito.

Al contrario de lo que sucede con la expresión «valor especialmente elevado» del artículo 286 quater CP, sin embargo, en nuestra ley penal sí hallamos múltiples referencias a la «especial gravedad» de ciertas conductas. Ese sería el destacable caso de los subtipos agravados de estafa y apropiación indebida (tras la LO 1/2015, también de la administración desleal), en los que las defraudaciones especialmente graves son las que superen el valor de 50.000 euros (artículo 250.1. 5.º CP, tras la LO 5/2010)³⁵; y en el caso de las defrauda-

dor de 700 libras esterlinas, a cambio de que a la empresa incentivadora le fuese adjudicado un contrato de suministro de acero. En el caso enjuiciado la calidad del componente aprovisionado por *West Valley Steels* era inferior a la del resto de competidores, motivo por el cual, según se deja entrever en la sentencia, si no hubiese mediado una comisión ilícita nunca se habría contratado con dicha empresa. 2) Recibir periódicamente regalos de valor, como por ejemplo unas vacaciones en Italia que costaron alrededor de 6.000 libras esterlinas. 3) Percibir un incentivo que ascendió a un total de más de 200.000 libras esterlinas, que le fue abonado de forma fraccionada, como contraprestación por hacer la vista gorda en relación con una serie de acuerdos comerciales existentes entre *West Valley Steels* y *Sheffield* que le supusieron a esta última un perjuicio total de 1,75 millones de libras esterlinas. No obstante, siendo dogmáticamente rigurosos, la única de las tres conductas que pudiera ser hipotéticamente incardinable en el delito de corrupción privada del artículo 286 bis CP es la primera de las que se ha descrito, que se refiere a la adjudicación de un contrato de suministro de acero de baja calidad a cambio de un incentivo ilícito, que depararía, como consecuencia, una mejora sustancial del posicionamiento empresarial de *West Valley Steels*. No sucedería así en la segunda conducta, que consideramos que no sería subsumible en el artículo 286 bis CP, dado que la misma consiste únicamente en la entrega de ciertos sobornos en atención al cargo de administrador de *Sheffield*, sin que se demandase como contraprestación un trato de favor a otra empresa. Y, por lo que se refiere al tercer comportamiento, lo que en verdad parece describirse es un acto de encubrimiento de otro delito, cometido mediante la compra del silencio del propio administrador de *Sheffield*; pero no una genuina conducta de incentivación para obtener un favorecimiento en el ámbito de los negocios.

³⁵ Con anterioridad a la LO 5/2010 esta modalidad agravada estaba regulada en el artículo 250.1. 6.º CP. Hasta ese momento, el Tribunal Supremo había venido interpretando que el límite del valor de la defraudación especialmente grave se encontraba en las defraudaciones que superasen los 36.060 euros. Ese límite cuantitativo fue fijado originariamente mediante el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1991, que tuvo como objeto deliberar sobre las cuantías que permitían apreciar la agravante de especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, prevista para los delitos de estafa y de apropiación indebida del Código Penal de 1973. En dicho Acuerdo del Pleno no jurisdiccional se aceptó: «Considerar la agravante específica a partir de dos millones de pesetas [12.020 euros] y la muy cualificada a partir de seis millones de pesetas [36.060 euros]». El Tribunal Supremo ha respetado este Acuerdo en numerosas de sus sentencias, incluso después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (pudiéndose citar, entre otras, las SSTS n.º 356/2005, de 21 de marzo de 2005, 270/2010, de 26 de marzo de 2010, y 429/2011, de 17 de mayo de 2011); y ello aunque, tal y como afirma MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «los Acuerdos de un Pleno no Jurisdiccional no son, ni pueden ser vinculantes, no existiendo ningún procedimiento pueda hacer real esa sujeción en caso de desobediencia, más allá del convencimiento que cada Juez

ciones superagravadas, las que sobrepasen los 250.000 euros (artículo 250.2 CP, tras la LO 1/2015).

En la insolvencia punible agravada, cuando el perjuicio económico causado a los acreedores sea superior a 600.000 euros (artículo 259 bis CP, tras la LO 1/2015); muy similar a lo que sucede en el delito fiscal agravado, cuando la cuota defraudada exceda de 600.000 euros (artículo 305 bis, tras la LO 7/2012). También en consonancia con el beneficio que exige el delito de abuso de información privilegiada (artículo 285 CP), superior a 600.000 euros (tras la LO 1/2019 esta cuantía ha pasado a ser la de 500.000 euros).

Desde luego, la fijación de un límite cuantitativo ofrecería una mayor seguridad jurídica en la aplicación de esta modalidad agravada. No obstante, ni ello es posible, dado el silencio de la ley; ni ello parece recomendable, debido a la necesidad de valorar las circunstancias concretas de cada caso. Como tampoco resulta posible trasladar, acriticamente, los importes de estos otros delitos agravados al de la corrupción en los negocios. Entre otras cosas, por ejemplo, porque la intensidad de la tutela penal en la estafa y la apropiación indebida/administración desleal (delitos patrimoniales, de resultado) no tiene por qué ser idéntica que en la corrupción en los negocios (delito no patrimonial, de mera actividad).

De hecho, desde el prisma de la política criminal, que está llamada a respetar el principio de proporcionalidad, parece –incluso– hasta desaconsejable. Porque mientras que estos delitos están llamados a tutelar el bien jurídico individual «patrimonio» (justificándose el incremento de la pena por un mayor desvalor de resultado), el delito que nos ocupa salvaguarda el bien jurídico colectivo «competencia» (por una mayor peligrosidad de la acción).

Además de que si ponemos la barrera de los incentivos de valor especialmente elevado, por ejemplo, en 50.000 euros, apenas quedaría espacio para los incentivos de valor reducido y medio, de modo que lo que se conseguiría es dificultar la aplicación del subtipo atenuado y tipo básico de corrupción en los negocios, que pasarían a ser conductas prácticamente residuales, como consecuencia de constreñir –de una forma tan extrema– los márgenes cuantitativos del delito.

Todo dependerá de que se acredite un riesgo especialmente grave de motivación (mayor peligrosidad de la acción): porque a mayor valor del incentivo más probable se advierte la concesión de una ventaja competitiva que distorsione la

o Tribunal, en el ejercicio de la función jurisdiccional, pueda alcanzar sobre la conveniencia de hacer suya la decisión del Acuerdo. Esa decisión y la interpretación en que consiste serán interpretación válida, no por ser la dictada desde un Acuerdo, sino por acogerse a los cánones constitucionales que legitiman la interpretación». MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno?», 2008, p. 25.

competencia (el riesgo típicamente relevante que pretende prevenir la norma)³⁶. Porque como es lógico también: cuanto mayor es el «precio a pagar», más relevante tenderá a ser el beneficio competencial que se solicite u ofrezca a cambio.

El problema, no obstante, continúa siendo el situar en algún punto la frontera del valor del incentivo (del tipo básico y subtipo cualificado), por lo que, a falta de un pronunciamiento expreso en nuestro Código Penal, habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso en particular. Sin perjuicio de lo cual, no escapamos de la sensación de que esta agravación está ideada para prevenir la concesión de comisiones millonarias.

2. Cuando la acción del autor no sea meramente ocasional

El segundo subtipo cualificado del artículo 286 quater (LO 1/2015) es de aplicación cuando «la acción del autor no sea meramente ocasional». Pudiera decirse que la «no mera ocasionalidad» conlleva una mayor gravedad del hecho, bien porque evidencia una mayor culpabilidad del autor (por actuar con conocimiento seguro de la antijuridicidad de su comportamiento); o bien porque genera un mayor peligro para el bien jurídico protegido (por la acumulación o reiteración de acciones peligrosas *ex ante*)³⁷.

Nosotros nos decantamos por esto último, porque entendemos que la confianza en el buen funcionamiento del mercado –ya de por sí frágil– puede verse afectada en un mayor grado de probabilidad en aquellos supuestos en los que se constate que se ha producido una suerte de conducta reiterada.

Acudamos a un símil para explicar la forma en que se produciría la agresión al bien jurídico protegido: si un día una compañía vierte sustancias tóxicas en un río, es decir, si su acción es puntual porque no la vuelve a repetir, la probabilidad de que se diluya la toxicidad del vertido será más elevada que si estos vertidos se realizan frecuentemente en el tiempo, creando en este último caso una mayor posibilidad de peligro o lesión para el medio ambiente³⁸.

³⁶ Cuanto mayor es el valor del incentivo ilícito más alto será el riesgo para la competencia. Véase ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 399; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 270.

³⁷ En cuanto al fundamento de la legitimidad de la reincidencia (que resulta aquí de interés), SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad», 2013, pp. 104-111.

³⁸ En los delitos contra la propiedad intelectual (artículo 270.4 CP, redacción de la LO 1/2015), constituye un tipo privilegiado los supuestos de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, cabiendo dentro de este precepto los supuestos conocidos como «top manta», en referencia a la venta callejera de CD y DVD reproducidos ilegalmente. Así, GÓMEZ MARTÍN, «Delitos contra la propiedad intelectual», 2016, p. 548.

En la corrupción en el ámbito de los negocios sucedería algo similar: la comisión aislada de una corruptela no genera el mismo grado de peligro para la confianza en el mercado que, por ejemplo, si un competidor acude habitualmente a la corrupción como «forma de hacer negocios», porque la repetición de estas conductas lo que propiciaría es la instauración de un clima de corrupción sistémica (en el sentido de que la acumulación de acciones peligrosas aumentaría el riesgo de desconfianza).

El problema, no obstante, continuaría siendo delimitar la frontera entre lo que es y no es «meramente ocasional».

La doctrina ha señalado que el incremento de la pena está previsto para quien ejecute, al menos, más de dos infracciones, reservándose así el tipo básico para los actos puntuales de corrupción en los negocios³⁹. Sin embargo, el precepto guarda silencio al respecto: ni fija el número de infracciones necesarias, ni determina si sobre estas tiene que existir condena. Lo cual nos lleva a que, tal vez, la indefinición utilizada en el precepto es deliberada, para que sean los tribunales quienes valoren individualmente, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, cuándo concurre la nota de «no mera ocasionalidad» (como se observa: la técnica legislativa utilizada es muy discutible desde el punto de vista del respeto a la garantía de taxatividad)⁴⁰.

A nuestro modo de ver, el artículo 286 quater CP nos remite implícitamente a la noción de «habitualidad»⁴¹. Deducimos esto porque al emplear la expresión «no meramente ocasional» se evitaría que se asocie esta agravación con el ilegítimo Derecho Penal de autor, en el que se fundamenta la culpabilidad del sujeto por su peligrosidad o conducción de vida, debido a las connotaciones valorativas, de origen criminológico, del término «hábito» (¿quién comete habitualmente delitos es un delincuente habitual?).

Porque aunque pudiera ser más correcto (¿eufemístico?) decir «delincuente no ocasional» que «delincuente habitual», el fundamento que subyace en el fondo es el mismo: lo importante en esta clase de tipologías no es la tendencia o inclinación criminal del autor, esto es, la constatación de un hábito

³⁹ Cfr. PUENTE ABA, «Tipos agravados», 2015, p. 930; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 401; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 272-273.

⁴⁰ Véase, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La corrupción en el deporte», 2018, p. 151.

⁴¹ Asimismo, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 401. En un sentido distinto, ANARTE BORRALLO entiende que el precepto se refiere a la profesionalidad, aunque no razona por qué. ANARTE BORRALLO, «Los delitos de corrupción en los negocios», 2016, pp. 87-88.

o carácter personal; lo relevante es la repetición objetiva de los hechos que, por su reiteración, adquiere una especial lesividad⁴².

Mediante esta fórmula tan abierta («acción no meramente ocasional»), el precepto aludiría a un delito habitual impropio (una variante del delito habitual): que castiga la comisión de conductas que, aisladamente consideradas, constituyen delito, con la especialidad de que la realización de varias de ellas implica la perpetración de un único delito agravado⁴³.

Ejemplo: El representante de la empresa (X) entrega una comisión económica al administrador de la empresa (A), con el propósito de conseguir la adjudicación de un contrato. Poco tiempo después, movido con el fin de obtener otros contratos, repite su conducta con los administradores de tres compañías más: (B), (C) y (D).

Porque ni se exige que la pluralidad de hechos responda a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión (lo que nos llevaría a las reglas del delito continuado, *ex* artículo 74 CP); ni se exige que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito de corrupción en los negocios (lo que nos arrastraría a la agravante genérica de reincidencia, *ex* artículo 22.8.^a CP).

De este modo, habría que atender al número de corruptelas que resulten acreditadas, así como la proximidad temporal de las mismas⁴⁴, si bien con dos

⁴² Así, ALONSO ÁLAMO, «Delito de conducta reiterada», 2003, pp. 57-67. Como indica, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad delictiva son conceptos distintos que tienen en común el dato de la repetición o reiteración en el delito y también la idea de peligrosidad criminal. Pero, mientras la reincidencia es un concepto jurídico que exige una serie de requisitos establecidos en la ley; la habitualidad y la profesionalidad son, en principio, conceptos criminológicos. La habitualidad implica una tendencia o inclinación a delinquir, adquirida por la reiteración en la comisión de delitos –en esto consiste un hábito: tendencia estable del carácter, adquirida a través de la práctica y el ejercicio que inclina a la realización de un tipo de acciones–; y, la profesionalidad se predica del sujeto que vive en todo o en parte de la comisión de delitos. Dentro de esta familia de conceptos, se encuentra también el delito habitual que no descansa en la idea de peligrosidad, sino en la lesividad que adquieren ciertas conductas, por el hecho de realizarse de forma repetida». SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad», 2013, p. 99.

⁴³ En opinión de GUIASOLA LERMA, para que pueda hablarse de delito habitual es preciso que el hecho típico pueda o deba ser realizado mediante la ejecución de varias conductas idénticas. Tales delitos pueden clasificarse en delitos habituales propios, cuando las conductas aisladamente no constituyen delito, y delitos habituales impropios, cuando cada una de las conductas, aisladamente, constituye delito, sin que la realización de varias de ellas implique más que un solo delito. En los delitos habituales propios la realización del tipo exige una repetición de actos sin que, normalmente, la figura legal precise el número exacto de ellos que hay que realizar para entender cometido el delito. Véase, GUIASOLA LERMA, *Reincidencia y delincuencia habitual*, 2008, p. 108.

⁴⁴ En el delito de maltrato (artículo 173.3 CP) la habitualidad se aprecia atendiendo «al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». Aclaramos que en el delito de abuso de información privilegiada (artículo 285.2.1.º CP), más próximo sistemáticamente a la corrupción en los negocios, también se agrava el que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas. Sin embargo, en el delito de maltrato el legislador penal ha sido mucho más preciso a la hora de definir la habitualidad de la acción, de ahí que traigamos a colación este precepto.

limitaciones: por respeto al principio *non bis in idem* debería impedirse la doble valoración de conductas que hayan sido ya objeto de condena (en cuyo caso la agravación podría articularse a través de la agravante de reincidencia); de igual modo que tampoco sería posible apreciar infracciones que estuvieran prescritas (porque si la responsabilidad criminal se extingue por la prescripción, *ex* artículo 130 CP, nada lo justificaría).

Por último, una reflexión: surgen considerables dudas acerca de si era verdaderamente necesario tipificar esta agravación específica. Si con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015 la comisión de una pluralidad de hechos podía dar lugar a un concurso real de delitos o, en su caso, a un delito continuado, ¿por qué el legislador penal habría decidido introducir ahora, y sin reflexión, este subtipo cualificado? ¿qué necesidad había? No hallamos una respuesta convincente a esta pregunta, pues la sensación que tenemos es que esta reforma obedece a un nuevo impulso punitivista; o peor, a una decisión de política criminal movida más por la alarma social que por la necesidad de prever instrumentos legales útiles para prevenir esta forma de criminalidad.

3. Cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal

1. De conformidad con el tercer subtipo agravado del artículo 286 quater CP (LO 1/2015), la corrupción en los negocios será especialmente grave cuando se cometa «en el seno de una organización o grupo criminal». El origen de esta nueva tipificación cualificada parece hallarse en la consustancial versatilidad del crimen organizado, que ha propiciado que durante los últimos años el Código Penal haya ido incorporando en su texto diversas modalidades agravadas específicas en distintos tipos penales. Buena muestra de ello es lo sucedido en el delito de tráfico de estupefacientes (artículo 177 bis.6 CP, tras la LO 5/2010); en el de trata de seres humanos (artículo 369 bis CP); o en el de blanqueo de capitales (artículo 302.1 CP, tras la LO 5/2010)⁴⁵.

⁴⁵ A tal efecto, resulta de interés la enumeración de subtipos agravados que se realiza en la *Circular n.º 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales*, pp. 30 a 32. Para la Fiscalía General del Estado, la ejecución de un hecho delictivo por una estructura organizada reviste una mayor gravedad porque además de posibilitar la supervivencia del proyecto delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerza la voluntad criminal de sus miembros, asegura la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas y dificulta la respuesta de los órganos estatales de investigación en las funciones de averiguación y descubrimiento de tales hechos.

Así: nos encontramos con que la ley penal ordena actualmente que sea objeto de especial persecución la corrupción en los negocios cometida en el ámbito de la criminalidad organizada, y el mecanismo elegido para ello es una modalidad cualificada que castiga de forma concreta la comisión en su seno de esta clase de comportamientos.

Esta técnica legislativa ha sido criticada por ser problemática e inadecuada, dado que parece olvidar que existen unos preceptos específicos que castigan la dirección o pertenencia a una organización o grupo criminal, generándose así problemas concursales con un conjunto de figuras que contemplan una agravación específica por dicha dirección o pertenencia⁴⁶. Y es que, en efecto, tal y como ha apuntado cierto sector doctrinal, esta modalidad agravada de corrupción privada se solapa con el delito de pertenencia a organización o grupo criminal (artículos 570 bis, ter y quater CP), produciéndose de este modo un concurso de normas⁴⁷.

Esta superposición entre estos tipos penales nos obliga a examinar –en las páginas que siguen– los límites del delito de corrupción en los negocios en el marco del crimen organizado y del de pertenencia a una organización o grupo criminal, para determinar si entre ellos existe o no un solapamiento que dé lugar a un concurso de leyes, y en función de qué criterio se resolvería (artículo 8 CP).

Pero antes de ello veamos qué debe entenderse por criminalidad organizada y en qué consisten sus conductas delictivas.

2. Hasta la LO 5/2010 no existía un concepto normativo de criminalidad organizada, aunque sí un concepto criminológico, que definía la organización y grupo criminal como «la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que, por su propia naturaleza, necesita de un tejido estructural, que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida, entre varias personas» (STS n.º 1504/2003, de 25 de febrero de 2004). Tras la entrada en vigor de dicha reforma, el delito de pertenencia a una organización o grupo criminal (artículos 570 bis, ter y quater CP) fue incorporado en el Código Penal en el Capítulo VI «De las organizaciones y grupos criminales», del Título XXII, sobre los «Delitos contra el orden público».

En la actualidad, la «organización criminal» se define normativamente como la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan di-

⁴⁶ Véase, GARCÍA DEL BLANCO, «Organizaciones y grupos criminales», 2015, pp. 1800-1806; PUENTE ABA, «Tipos agravados», 2015, p. 930.

⁴⁷ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 401-402.

versas tareas o funciones con el fin de cometer delitos (párrafo segundo del artículo 570 bis.1 CP); y el «grupo criminal» como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos (artículo 570 ter.1 CP, *in fine*).

Con base en este concepto de criminalidad organizada, el Código Penal castiga a «quienes promovieren, constituyeren, organizaran, coordinaran o dirigieren una organización criminal», a «quienes participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo» (artículo 570 bis.1 CP); y a «quienes constituyeren, financiaren o integran un grupo criminal» (artículo 570 ter.1 CP)⁴⁸. Esto es –como podemos observar– la pertenencia a una organización o grupo criminal se configura como un delito de estatus, y prevé una conducta típica distinta a la perpetración o participación en un hecho delictivo puntual de los que se puedan cometer en su seno⁴⁹.

La pertenencia al crimen organizado implica convertirse en miembro de una organización o grupo criminal, caracterizándose dicha membresía por la presencia de elementos jerárquicos y de reparto de funciones en la estructura criminal, de estabilidad o vocación de permanencia de la misma, o incluso con carácter meramente transitorio, con el objeto o fin de perpetrar delitos de forma concertada o coordinada. Por ello no debe confundirse la responsabilidad penal del sujeto derivada del hecho de pertenencia a la criminalidad organizada, con su responsabilidad por la comisión de los hechos delictivos que pudieran ejecutarse en su seno (como los que pudieran ser constitutivos de corrupción en los negocios).

Ejemplo: Un grupo mafioso constituye diversas empresas (verbigracia, para canalizar y reinvertir toda una serie de ingresos de origen ilícito, a los que posteriormente se les daría apariencia de legitimidad), y para ello decide radicar su actividad en un polígono industrial discreto, a las afueras de la ciudad, en el que hay una serie de locales comerciales alquilados (ninguno libre). Por lo que, para conseguirlo, este grupo le entrega una comisión al administrador de la compañía propietaria de los locales, para que termine anticipadamente el contrato de arrendamiento de varios de esos locales.

En efecto, pues como señala García del Blanco, «en ningún caso podremos afirmar que haya coincidencia material [total] entre los tipos, puesto que las

⁴⁸ De forma crítica, GONZÁLEZ RUS, «La criminalidad organizada», 2012, pp. 16-17; CANCIO MELLÁ, «Delitos de organización», 2012, *passim*.

⁴⁹ Tanto es así que la organización criminal es punible al margen de la tentativa o la consumación de los delitos constitutivos de sus fines. Véase, GARCÍA DEL BLANCO, «Organizaciones y grupos criminales», 2015, p. 1789.

agravantes específicas se refieren a los hechos ejecutados, y no únicamente a la pertenencia a la organización o al grupo criminal. Es decir, se refieren a un hecho concreto ejecutado en sede de la organización o grupo y no a la fase preparatoria del mismo. E independientemente de que el delito prevea agravante específica de organización o grupo criminal o no. Se trata de hechos distintos puesto que una cosa es el mantenimiento de la existencia de la organización, que podrá consistir en la realización de actividades tendentes a la conservación de la propia estructura de la organización o grupo (por ejemplo, el reclutamiento de nuevos miembros), pero también conductas pertenecientes a la fase preparatoria de delitos, de los concretos delitos ejecutados en su seno»⁵⁰.

3. El problema concursal surgiría a la hora de elegir entre aplicar la agravación específica del artículo 286 quater CP, o aplicar el tipo básico del artículo 286 bis CP en concurso con el tipo de pertenencia a una organización o grupo criminal del artículo 570 bis o ter CP.

Porque aunque la regla general debiera ser acudir a la agravante específica de corrupción en los negocios, que prevalecerá⁵¹, hay situaciones particulares en las que esto plantearía dificultades: pues por ejemplo, si el dirigente de una organización participa en una corruptela, la pena que el correspondería (con arreglo al artículo 286 quater CP, hasta un máximo de seis años de prisión) sería inferior que la que cabría que imponerle por el solo hecho de dirigir tal organización (conforme al artículo 570 bis CP, hasta un máximo de ocho años de prisión).

La superación de este problema podría realizarse a través de un concurso de leyes, a resolver mediante la aplicación del principio de alternatividad de la regla 4.^a del artículo 8 CP («el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»), porque así lo ordenaría el artículo 570 quáter.2 *in fine* CP (que prevé que «[e]n todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 8»)⁵².

Pues como ha afirmado la Fiscalía General del Estado⁵³:

«Si bien, la regla prevista en el art. 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el art. 8 para la resolución de los conflictos de

⁵⁰ GARCÍA DEL BLANCO, «Organizaciones y grupos criminales», 2015, pp. 1801-1802.

⁵¹ Así, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 309.

⁵² Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 402. Esta es la solución que ha venido manteniendo también el Tribunal Supremo cuando ha aplicado la conducta agravada del tráfico de drogas por pertenencia al crimen organizado (artículo 369 bis CP). Así puede verse, entre otras, en las SSTs n.º 334/2012, de 25 de abril de 2012, n.º 732/2012, de 1 de octubre de 2012, n.º 945/2013, de 16 de diciembre de 2013, y n.º 669/2017, de 11 de octubre de 2017.

⁵³ Circular n.º 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, p. 34.

normas, sin embargo, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado artículo 570 quáter 2 in fine, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales. Teniendo en consideración que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización, la solución de optar, en esos casos, por la norma especial, esto es, el tipo agravado, compadece mal con el tenor y finalidad de la reforma por LO 5/2010 que define de forma auténtica y que castiga autónomamente los delitos de organización y de grupo criminal, sancionando con una pena superior los primeros, y cuyo fundamento reside en la necesidad de hacer frente de forma decidida a estas organizaciones y/o grupos cuya intervención facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores. Por tanto, en tales supuestos, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.»

De esta manera: habría un concurso de delitos (real o ideal por identidad parcial de acción)⁵⁴ entre el tipo de pertenencia a una organización o grupo criminal y el tipo básico de corrupción en los negocios; esto es, prescindiendo de la agravación específica de crimen organizado cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado. Porque de lo contrario se generarían problemas de *bis in idem*, al tener que valorar en dos ocasiones la circunstancia de pertenencia a una estructura criminal (motivo por el que no puedan aplicarse simultáneamente los artículos 286 quater y 570 bis o ter CP)⁵⁵.

Así, por ejemplo, el criterio de la alternatividad se aplicaría al caso del dirigente o promotor de una organización criminal que, además, participa en la ejecución de corrupción en los negocios: concurso de delitos entre el tipo del artículo 570 bis CP (prisión de cuatro a ocho años) y el tipo básico del artículo 286 bis CP (prisión de seis meses a cuatro años)⁵⁶. Puesto que esta solución abarcaría todo el desvalor de la conducta desplegada (esto es, la planificación de la actividad criminal en una organización y la ejecución del hecho), dando como resultado un castigo mayor que el cabría esperar del subtipo cua-

⁵⁴ Véase, GARCÍA DEL BLANCO, «Organizaciones y grupos criminales», 2015, p. 1802.

⁵⁵ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 402 (Nota al pie 23).

⁵⁶ El delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis. 1 y 2 CP) es un delito grave (*ex* artículo 33.2 CP) por tener prevista una pena de inhabilitación especial por tiempo superior a cinco años, lo que conlleva elevar la penalidad en el delito de pertenencia a una organización criminal al tener esta la finalidad u objeto la comisión de delitos graves.

lificado del artículo 286 quater CP (que por sí solo podría penarse con hasta seis años de prisión).

Pero no siempre tiene que ser así⁵⁷. La agravación específica del artículo 286 quater CP, la norma especial, podría ser de aplicación a supuestos en los que este tipo cualificado ya contenga todo el desvalor: por ejemplo, cuando el integrante de un grupo criminal cometa una corruptela. Puesto que conforme al tipo agravado específico la pena mínima que cabría imponer es la de dos años, tres meses y un día de prisión (límite mínimo de la mitad superior de la pena del tipo básico); mientras que si aplicásemos un concurso de delitos entre el tipo del artículo 570 ter CP (pena mínima de seis meses de prisión) y el tipo básico del artículo 286 bis CP (pena mínima de seis meses de prisión), podría llegar a imponerse una pena inferior.

De esta manera, el artículo 570 quater.2 *in fine* CP obliga a tener que plantear todas las alternativas o hipótesis posibles para concretar qué precepto o preceptos darían lugar a la pena más elevada (si el artículo 286 quater CP, por un lado; o si los artículos 286 bis y 570 bis o ter CP, por otro lado), lo que deberá hacerse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

4. Cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad

1. El cuarto subtipo cualificado del artículo 286 quater CP (LO 1/2015) prevé que la corrupción en los negocios es especialmente grave cuando «el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad».

El legislador habría entendido así que la corrupción que se produzca en el sector comercial de los bienes y servicios humanitarios y de primera necesidad requiere una respuesta penal con mayor intensidad, en la medida en que los ataques antijurídicos dirigidos frente a esta clase de negocios son más reprobables a los ojos de la sociedad. El mayor desvalor de la conducta vendría dado, de este modo, por un criterio de carácter cualitativo, pues toma en consideración la especial necesidad de protección del mercado, probablemente por la particular situación de riesgo de pobreza, miseria o desamparo de los destinatarios de esta clase de bienes y servicios.

⁵⁷ Entre otros, GONZÁLEZ RUS, «La criminalidad organizada», 2012, p. 36; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Tratamiento de la delincuencia organizada», 2013, p. 87; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, «Los delitos de pertenencia», 2014, p. 550; GARCÍA DEL BLANCO, «Criminalidad organizada», 2014, pp. 226-227; GARCÍA DEL BLANCO, «Organizaciones y grupos criminales», 2015, p. 1806.

Al margen de la novedad que supone la decisión político-criminal de castigar de forma agravada este grupo de comportamientos, no puede decirse que en nuestro Código Penal no existan previsiones legales similares. Sin ir muy lejos, encontramos los artículos 235.1.2.º y 250.1.1.º CP⁵⁸. Pero la realidad es que este subtipo cualificado proviene de la anterior regulación de la corrupción en las transacciones internacionales, en la que existía una disposición normativa con una redacción prácticamente idéntica (antiguo artículo 445.1 párrafo tercero CP)⁵⁹.

2. El problema es determinar qué grupos de casos abarca esta modalidad agravada. Por ejemplo:

¿Encajaría dentro del subtipo cualificado el caso de una empresa farmacéutica que incentiva a un responsable de una ONG para obtener un contrato de suministro de medicamentos, cuyo destino es el de que sean remitidos a un país del tercer mundo necesitado de ayuda humanitaria? ¿Y el de una cadena de supermercados que entrega una comisión económica para asegurarse un contrato con un proveedor de alimentos, quien tiene suscrita una cláusula de exclusividad con otro de sus competidores?

Como puede observarse, esta modalidad agravada presenta una estructura bifronte o dual, por cuanto se distinguen: por un lado, los bienes y servicios «humanitarios» y, por otro, «cualesquiera otros de primera necesidad». Como veremos a continuación, mediante la primera se criminalizaría la corrupción en el sector privado que se realice aprovechando una confrontación armada u otras catástrofes para la humanidad (de un modo más específico); y, a través de la segunda, la que se efectúe a expensas de cualesquiera otras necesidades básicas de la ciudadanía (de una forma más genérica).

Y aunque a efectos penológicos esta distinción no resulte de gran relevancia práctica (porque tanto en un caso como en otro la respuesta penal sería idéntica), al analizar estas expresiones el tratamiento debe ser diferenciado.

2.1. En lo que se refiere a los bienes y servicios de carácter humanitario, la RAE define «humanitario» como aquello que es «benigno, caritativo, benéfico», o «que tiene como finalidad aliviar los efectos que causan la guerra u otras calamidades en las personas que las padecen». Dentro de esta categoría conceptual, por tanto, cabrían sin dificultad los bienes y servicios de índole humanitario que deban ser servidos o prestados en conflictos armados internos o internacionales⁶⁰ (por ejemplo, tras un bombardeo con víctimas civiles), o en

⁵⁸ Vid. ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 402-403.

⁵⁹ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 274.

⁶⁰ Vid. PUENTE ABA, «Tipos agravados», 2015, pp. 930-931.

otras clases de catástrofes naturales y desastres para la humanidad (verbigracia, en una hambruna o en una inundación extrema)⁶¹.

Buscando la respuesta en el Derecho Humanitario, cabría afirmar que la ayuda humanitaria abarca el abastecimiento de la población de «víveres», «productos médicos», «ropa de vestir y de cama», «alojamientos de urgencia», «objetos necesarios para el culto» y «otros suministros que sean esenciales para la supervivencia». Este es el sentido de lo dispuesto en el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (artículo 55), y el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del 8 de junio de 1977 (artículo 69).

Desde este prisma, pocas dudas caben de que el supuesto de la empresa farmacéutica que soborna a una ONG sería subsumible en este subtipo cualificado. No en vano, esta clase de conductas crean un peligro objetivo y *ex ante* de distorsión de la competencia en un sector comercial requerido de especial protección: la corruptela iría dirigida a obtener un trato de favor en una relación comercial que tiene por objeto de negocio la prestación de ayuda humanitaria (concretamente, en forma de contrato de suministro de medicamentos).

2.2. Para determinar lo que son los bienes y servicios de primera necesidad, detengámonos a examinar cuál ha sido la interpretación de nuestro Tribunal Supremo a la hora de aplicar los artículos 235.1.2.º y 250.1.1.º CP.

Esto es lo deseable desde un punto de vista sistemático: no sólo porque sobre este aspecto sí existen precedentes judiciales (aunque respecto de otras tipologías delictivas) que nos puedan servir de orientación, sino porque resulta conveniente a la hora de respetar la coherencia interna del Código Penal. En este sentido, parece obligado adoptar un concepto homogéneo de cosas «de primera necesidad» que reduzca la inseguridad jurídica en la interpretación del delito de corrupción en los negocios.

En esta situación cobran especial fuerza –al hilo de lo que decíamos– las palabras del Tribunal Supremo, para el que «() la categoría «cosas de primera necesidad» se encuentra referida a aquéllas «de las que no se puede prescindir», según el Diccionario de la Real Academia. Esto es a los productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas ()» (entre otras, las SSTS n.º 670/2016, de 21 de junio de 2016, n.º 657/2014, de 29 de septiembre de 2014, n.º 1307/2006, de 22 de diciembre de 2006, n.º 981/2001, de 30 de mayo de 2001).

⁶¹ Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 402.

Dentro de esta noción, en consecuencia, podrían considerarse productos de consumo imprescindibles para las personas, entre otros: los alimentos básicos; los productos de aseo; los medicamentos que sean imprescindibles para la subsistencia humana; la vestimenta, como el calzado y vestido; los vehículos para minusválidos; los productos de aseo personal y de limpieza; el agua; y la energía, como el combustible, la electricidad y el gas⁶².

Y lo que, por contrapartida, no parece tener cabida dentro de la expresión «de primera necesidad» son: los artículos y servicios de lujo; los vehículos particulares para personas sin minusvalías; los medicamentos cuya prescripción que no sea imprescindible para la subsistencia humana; y, en general, todo aquello que no sea indispensable para existencia, mantenimiento y normal desarrollo de las personas⁶³.

Conviene subrayar, sin embargo, una cosa. Y es que esta noción de bienes y servicios de primera necesidad no puede ser empleada en la corrupción en los negocios sin antes realizar una matización. Por ejemplo, en el delito de estafa se ha considerado que son bienes de primera necesidad la obtención de un trabajo o de un permiso de residencia para un extranjero (entre otros, las SSTS n.º 457/2006, de 21 de marzo de 2006, y n.º 531/2006, de 19 de enero de 2007). Obviamente, esto en la corrupción privada sería impensable. En la estafa es razonable que se castigue de forma agravada las defraudaciones que tengan por objeto obtener un lucro económico, aprovechándose de una situación personal de necesidad de estas características. Pero en la corrupción en los negocios, pensada para prohibir los tratos de favor en las relaciones comerciales, estas situaciones no tendrían cabida.

Por eso este subtipo cualificado se limita –en nuestra opinión– a la corrupción que se produzca en sectores comerciales que tengan por objeto de su negocio el comerciar con bienes o prestar servicios de primera necesidad (y ello al margen de que en otros tipos delictivos se utilice un concepto más amplio de «primera necesidad»).

Retomemos el ejemplo de la cadena de supermercados que con la corrupción pretende asegurarse un contrato de suministro de alimentos. Para resolver este supuesto de hecho no resulta posible afirmar que todos los alimentos son de primera necesidad (podría serlo el pan, por ejemplo, pero no el caviar). Para poder aplicar esta agravación específica es necesario que el desvalor del hecho sea mayor; algo que sucederá en unos casos, pero no en otros.

⁶² Véase, BAJO FERNÁNDEZ, «Estafa», 2015, p. 1127.

⁶³ *Ibidem*, p. 1127.

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

El Derecho Penal debe huir de automatismos: debe valorarse el fundamento que subyace en esta agravación, que es nada menos que proteger la competencia en sectores comerciales que son especialmente sensibles para la subsistencia del ser humano, precisamente por los riesgos que esta clase de actos entrañan para la sociedad en general. Si no se constata la creación de un mayor peligro objetivo y *ex ante* para el bien jurídico, entonces debe optarse por aplicar el tipo básico⁶⁴.

⁶⁴ No parece necesaria la creación de un riesgo que genere, como un resultado, una situación de desabastecimiento (que sí se exige en el delito agravado de hurto, *ex* artículo 235.1.2.º CP).

CAPÍTULO V

PROBLEMAS CONCURSALES

I. INTRODUCCIÓN

Algunos de los problemas más importantes del delito de corrupción en los negocios acontecen en sede concursal. Las relaciones concursales pueden provenir de la posibilidad de que un comportamiento sea subsumido alternativamente con arreglo a dos o más normas (concurso de leyes), o de que haya dado lugar a una pluralidad de ilícitos (concurso de infracciones). El tipo penal de corrupción en los negocios presenta dificultades particularmente relevantes en este ámbito, en ocasiones provocadas por posibles defectos de técnica legislativa, y en otras ocasiones por la riqueza de la casuística que pudiera darse en la práctica.

Sirva como botón de muestra los problemas concursales que pueden surgir con la administración desleal, cuando se ocasione con el trato de favor un perjuicio económico para el patrimonio de la empresa, o con el autoblanqueo de capitales, cuando el sujeto que reciba el incentivo ilícito haga uso de él. Luego, existe un caldo de cultivo apropiado para que la corrupción privada entre en concurso con otros ilícitos. En cada apartado de este capítulo se analizarán, de forma particularizada y detallada, las relaciones concursales que pudieran plantearse.

II. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y COHECHO

1. Existe una inmensa similitud entre las tipologías delictivas de la corrupción en los negocios y del cohecho. No en vano, la garantía de una competencia justa y honesta pasa por reprimir los actos de corrupción en entidades del sector privado «de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho» (Preámbulo XIX de la LO 5/2010)¹.

Tanto es así que, y a la vista está, ambos tipos penales presentan prácticamente la misma estructura morfológica, aunque vayan dirigidos a tutelar distintos intereses jurídico-penales: uno, el buen funcionamiento la competencia y de las reglas que lo regulan, y el otro, la probidad de la Administración Pública.

En sede concursal cobran especial interés los casos en los que la acción típica se comete en el seno de una empresa privada que presta servicios públicos (es decir, la empresa de capital privado que, por ejemplo, gestiona una concesión pública). Y ello es debido a la amplitud del concepto jurídico-penal de funcionario público (artículo 24.2 CP), que toma como tal sujetos que participan «en el ejercicio de funciones públicas», aun no ostentando administrativamente la condición de funcionario². Y ello es así porque el Derecho Penal se emplea un concepto funcional de «funcionario público»³.

En ciertas ocasiones resulta problemático determinar de forma exacta cuándo la conducta desplegada por el agente en una empresa de tales características se enmarca estrictamente en el ámbito de lo privado, y cuándo se ha invadido el ámbito de lo público.

Para ilustrar mejor la cuestión imaginemos el caso de un directivo de una sociedad mercantil que tiene encomendada, mediante una concesión administrativa, la gestión económica de un centro público hospitalario. Si durante el ejercicio de su función dicho directivo recibe un incentivo ilícito para adjudicar a cambio un contrato de suministro de medicamentos a una farmacéutica, ¿estará cometiendo el tipo de corrupción en los negocios o el de cohecho? ¿o ambos a la vez?

2. La doctrina mayoritaria se ha limitado a debatir acerca de si resulta aplicable el delito de corrupción en los negocios o el de cohecho, de forma alternativa y excluyente entre sí⁴. Sin embargo, otro sector doctrinal, más bien

¹ En esta línea, NIETO MARTÍN denominó estas conductas como «cohecho activo entre privados». NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 68.

² Véase, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración Pública», 2016, p. 950.

³ Véase, MARTÍN LORENZO, «Concepto penal de funcionario», 2016, pp. 211-218, 223-227.

⁴ Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 619; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 222; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 362; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 655-656; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 460; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 312.

minoritario, se ha decantado por entender que debería apreciarse un concurso ideal entre estos dos ilícitos penales⁵.

De este modo, tres serían las soluciones que se habrían propuesto para resolver este grupo de casos, las cuales consistirían en aplicar el tipo de cohecho; el tipo de corrupción en los negocios; o un concurso ideal de delitos (por la comisión simultánea de ambos tipos penales en una misma unidad de hecho).

2.1. Quienes se posicionan a favor de aplicar la figura del cohecho cuando el hecho se perpetre en el marco de una empresa privada que presta servicios públicos aducen, esencialmente, que el concepto jurídico-penal de funcionario público (artículo 24.2 CP) es muy amplio: tanto que abarcaría a quienes colaboren en la prestación de un servicio público, aunque lo hagan a través de una entidad de capital mayoritariamente privado. Porque lo que importaría no es la adscripción o pertenencia formal del sujeto a un ente público, sino que la acción tenga la capacidad objetiva de afectar la función pública. En ese momento sería de aplicación el cohecho⁶.

La LO 5/2010 se pronuncia expresamente, negando que pudiera haber un concurso, al decir que: «Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes» (Preámbulo XIX).

2.2. Los autores que sostienen, por el contrario, que en las empresas privadas con vocación pública sí puede cometerse el delito de corrupción en los negocios (desplazando así al cohecho) aducen que la voluntad del legislador (Preámbulo XIX de la LO 5/2010) no ha tenido su debido reflejo en el tipo⁷. Por lo que, por mor del principio de tipicidad, esto es, ante el silencio del artículo 286 bis, no podría aplicarse la disciplina del cohecho⁸.

Además de que quien trabaja en esta clase de empresas no ostentaría la condición de funcionario público, ya que no le vincula ni puede infringir ningún deber para con la Administración Pública⁹. Por tal motivo, en ciertas ocasiones la juris-

⁵ Vid. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 165 a 171, y 304-308.

⁶ Así, BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 222; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1225; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 312. Sobre la posibilidad de aplicar el cohecho a las entidades privadas colaboradoras de licencias urbanísticas, MARTÍNEZ ESCAMILLA; MARTÍN LORENZO, «Externalización de funciones públicas», 2010, p. 203.

⁷ En tal sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 362; sumándose también GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 165.

⁸ Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 619; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 655-656; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 460. De igual modo, el Informe del Pleno CGPJ, 2009, p. 113.

⁹ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 362.

prudencia ha negado el delito de malversación de caudales públicos (a favor del delito patrimonial de apropiación indebida) cuando ha examinado supuestos de detracción de dinero de empresas privadas concesionarias de servicios públicos¹⁰.

Así se vendría a afirmar en la STS de 15 de diciembre de 1992¹¹, donde se entendió que:

«En efecto, la relación de confianza de la Administración respecto del funcionario, que en modo alguno es equivalente a la que tiene un particular que presta servicios como subcontratista de una entidad de Derecho Privado, como es una sociedad anónima, aunque ésta sea de propiedad del Estado. Por lo tanto cuando el Estado recurre a formas de gestión organizadas según el Derecho Privado y a través de ésta contrata con particulares la ejecución de actividades necesarias para el cumplimiento de sus funciones propias, no es posible afirmar que estos subcontratistas de la sociedad anónima estén vinculados al Estado por una relación de confianza tan especial, que las diferencien de los ciudadanos comunes.»

2.3. Un tercer sector doctrinal, representado por Gili Pascual, defiende que hay un concurso ideal de delitos entre el tipo de cohecho (artículos 420 y 424 CP) y de corrupción privada (artículo 286 bis.1 y 2 CP).

Porque si quien recibe el incentivo ilícito en la empresa es considerado asimismo un funcionario a efectos penales, el desvalor de resultado que se derivaría del acto cometido no quedaría enteramente abarcado con la afectación del interés público. Así, se produciría otra afectación respecto de la competencia en el mercado, merecedora también de reacción penal según el legislador del 2010, por cuanto, con la ventaja indebida, se desplazaría potencialmente a otro operador de la competencia¹².

En otras palabras, cuando en una empresa privada que presta servicios públicos un sujeto incurre en una corruptela, entonces, se estaría produciendo un atentado simultáneo contra el buen funcionamiento del mercado y la Administración Pública, dando lugar a una pluralidad de infracciones (por la existencia de un desvalor añadido en el hecho).

En este sentido se afirma que *de lege lata* el Código Penal no impide esta posibilidad interpretativa, pues la voluntad del legislador expresada en el citado Preámbulo XIX de la LO 5/2010 no ha tenido debido reflejo en la redacción del tipo penal¹³, al no especificarse expresamente que el delito de corrupción

¹⁰ Cfr. CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 656. En igual sentido, OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 460.

¹¹ También en, CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 656.

¹² Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 306.

¹³ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 165; e *Informe del Pleno del CGPJ*, de 26 de febrero de 2009, pp. 115-116.

en los negocios no es de aplicación a los organismos o empresas de naturaleza pública o privada creados por la administración para la prestación de servicios públicos o con fines de utilidad pública ¹⁴.

3. Pese a la dificultad de enmarcar la acción en un ámbito u en otro, es decir, en el público o el privado, debemos rechazar la solución del concurso ideal de delitos, porque en este grupo de casos no habría un desvalor añadido que dé lugar a una pluralidad de infracciones penales. Como comprobaremos a continuación, la discusión debe centrarse en determinar si en este grupo de casos hay cohecho o corrupción en los negocios.

En cuanto a la afirmación de que existe un desvalor añadido cuando la corruptela se produce en una empresa privada que cumple una función pública, el punto es el siguiente: parece pasarse desapercibido que en cualquier acto de cohecho que consista en la adjudicación «a dedo» de un contrato público también habría un desplazamiento de otros competidores que legítimamente concurren a una licitación pública, y no por ello se dice que concurre asimismo un delito de corrupción en los negocios.

Esto nos lleva a decir que en este grupo de casos no se produce un desvalor añadido porque dentro de la función pública también se tiene el deber, de orden constitucional, de proteger la competencia, por ser ésta presupuesto necesario para poder ejercer plenamente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE). Por tanto, como la Administración Pública también tiene un verdadero interés en que se respeten las reglas que rigen la competencia libre y leal, resulta cuestionable mantener que en el supuesto de marras hay un plus de antijuridicidad que exija aplicar un concurso ideal de delitos.

Y por si esto fuera poco, si se acepta que existe un concurso ideal de delitos la respuesta punitiva sería ciertamente excesiva, por desproporcionada (tal y como reconoce incluso Gili Pascual) ¹⁵. La búsqueda de la mejor interpretación posible debe pasar siempre por el respeto a los principios limitadores del *ius puniendi*, entre los que se encuentra el de proporcionalidad de la pena.

Por todo esto –decíamos– es preferible ceñir el debate a si es aplicable la disciplina del cohecho o de la corrupción en los negocios.

4. Para determinar qué delito resulta aplicable, debemos diferenciar dos situaciones distintas: la primera, que el acto de incentivación ilícita se produzca en empresas públicas; y la segunda, que se cometa en empresas privadas que prestan servicios públicos.

¹⁴ Según la reforma del Código Penal propuesta en BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 219. Sumándose, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 166.

¹⁵ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 306-307.

El primer caso no plantea especiales problemas porque la solución ha sido expresamente prevista en el Código Penal. El artículo 427 (tras la LO 1/2015) aclara las dudas que pudieran existir y ordena aplicar la figura del cohecho cuando la persona que recibe una dádiva ejerce una función pública para una empresa pública¹⁶. La solución del segundo caso, en cambio, no resulta tan sencilla. Y esto es así porque –en nuestra opinión– no todo acto de incentivación ilícita en empresas privadas que presten servicios públicos puede dar lugar siempre a un cohecho.

Al contrario de lo que piensa la gran mayoría de autores¹⁷, la solución de este supuesto limítrofe no puede venir siempre de la mano del cohecho o de la corrupción privada. Atendiendo a una interpretación teleológica, debe examinarse –a nuestro modo de entender– si el negocio sobre el que se interesa un favorecimiento indebido recae o no sobre una relación comercial o contrata que vaya destinada a satisfacer una finalidad pública.

Si el fin del negocio es satisfacer un interés público, entonces habría cohecho; y si no, corrupción en los negocios. Esto es: para determinar si se ha infringido un deber especial inherente al desempeño de una función pública, lo importante será el sustrato material del negocio afectado por el incentivo ilícito; y no si la empresa en cuestión, de entre toda su actividad mercantil, presta algún servicio público (pues ésta puede tener un objeto social muy amplio y variado).

De este modo, en el caso expuesto *ut supra*, relativo a la empresa concesionaria de un hospital público, habría cohecho: porque el trato de favor –valga la redundancia– afectaría al interés público.

Pero supongamos que esta misma mercantil, además de explotar esta concesión administrativa, se dedica también a la promoción inmobiliaria. ¿Cometería cohecho si la comisión se recibiese con el fin de favorecer indebidamente a una constructora para edificar unas viviendas? De acuerdo con esta interpretación, el deber quebrantado no afectaría a la función pública, sino exclusivamente al deber especial de toda empresa de no alterar las reglas que rigen el mercado.

¹⁶ Esto resultaría congruente con la idea de que la disciplina del cohecho sea aplicable a las antiguas empresas públicas y monopolios estatales que han sido privatizados, porque respeta la coherencia sistemática para con el Convenio de la OCDE de 1997 sobre corrupción de agentes extranjeros, que incluye en su ámbito de aplicación los supuestos de empresas privatizadas. Véase, BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 222. De interés también, VALLE MARISCAL DE GANTE, «¿Pueden las empresas públicas?», 2018, pp. 664-669.

¹⁷ Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 619; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 222; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2015, p. 362; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 655-656; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 460; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 312.

El concepto jurídico-penal de funcionario público es demasiado amplio. Por ello resulta imprescindible acoger una interpretación intermedia, o si se prefiere, conciliadora, que morigere el rigor de una eventual aplicación mecanicista del artículo 24.2 CP, pero que respete a su vez la voluntad expresada en la ley de aplicar el cohecho a las empresas privadas que presten servicios públicos (Preámbulo XIX de la LO 5/2010), cuando efectivamente se constate la existencia de un riesgo para la función pública.

III. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL

1. Los problemas concursales entre el delito de corrupción en los negocios y de administración desleal han sido, con toda probabilidad, los que más atención han recibido por parte de la doctrina especializada¹⁸. Incluso antes de tipificarse la corrupción privada en nuestro Código Penal ya se advirtió la estrecha relación entre este delito y el de administración desleal¹⁹. Por ello no es casualidad que algún autor hubiese denominado esta clase de comportamientos «administración desleal mediante pago o recepción de sobornos»²⁰.

A lo largo de los dos epígrafes que componen este apartado examinamos los grupos de casos en los que se produce una relación concursal entre estas tipologías. Pero antes de entrar en ese detalle, unas consideraciones generales para situar el problema.

Tras la LO 5/2010, los contornos que definen los tipos de corrupción en los negocios y de administración desleal se vieron empañados por la introducción técnicamente defectuosa del elemento normativo valorativo «incumplimiento de obligaciones» (artículo 286 bis.1 y 2)²¹; el cual hacía difícil identi-

¹⁸ Así, QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción en los negocios», 2003, pp. 14 y 15; GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 288; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado», 2008, pp. 237-243; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 479; QUERALT JIMÉNEZ, «Notas sobre la corrupción privada», 2010, p. 17; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 150; CASTRO MORENO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 626; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 431; MENDOZA BUERGO, «El nuevo delito de corrupción», 2011, p. 445; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, pp. 16-17; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, pp. 706-707; OTERO GONZÁLEZ, «Corrupción entre particulares», 2012-2013, pp. 177-178; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 17; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 406-414; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 277-297.

¹⁹ Véase, FARALDO CABANA, «Corrupción en el sector privado», 2001-2002, pp. 95-96, en referencia a la Acción Común 98/742/JAI, de 22 de diciembre de 1998.

²⁰ NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 68.

²¹ En sentido similar, BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 139-140; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 278.

ficar qué obligaciones debían ser infringidas, y si éstas coincidían, o no, con los deberes de lealtad propios de la administración desleal²².

De ahí que el elemento típico «favorecimiento indebido» pudiera interpretarse, por un lado, como una infidelidad empresarial (infracción de una obligación *ad intra* o frente a la empresa) o, por otro lado, como una deslealtad concurrencial (infracción de una obligación *ad extra* o frente a la competencia)²³.

Afortunadamente, la LO 1/2015 ha aclarado este aspecto al suprimir la referencia al incumplimiento obligacional, permitiendo identificar con mayor nitidez que el bien jurídico-penalmente tutelado por el delito de corrupción en los negocios es el buen funcionamiento del mercado (bien jurídico colectivo); por contraposición al de otros ilícitos penales como el de la administración desleal, que se identifica en el patrimonio administrado (bien jurídico individual)²⁴.

2. No obstante, la LO 1/2015 no sólo ha traído novedades para el delito de corrupción en los negocios, pues la administración desleal también ha sufrido importantes cambios²⁵.

Y es que, en efecto, entre las novedades se encuentra la derogación del artículo 295 CP (que tipificaba la administración desleal como un «delito societario»)²⁶, y su reubicación, con una renovada redacción, en el artículo 252 CP (ahora sistemáticamente situado entre las «defraudaciones», como un delito de carácter estrictamente patrimonial)²⁷.

Aunque esta reforma penal daría para discutir largo y tendido sobre el alcance y magnitud de los cambios efectuados en la redacción del tipo de administración desleal (por ejemplo, en cuanto a si se ha ampliado o reducido su

²² Asimismo, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011.

²³ Véase, Capítulo II, Apartado III.2.2.1.

²⁴ En cuanto a esto último, PASTOR MUÑOZ; COCA VILA, «Administración desleal», 2016, pp. 442, 450-451.

²⁵ Con mayor detalle en cuanto a la reforma de la figura de la administración desleal y su anterior regulación, BAJO FERNÁNDEZ, «Administración desleal», 2001; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Pasado, presente y futuro», 2015, pp. 492-498; VALLE MARISCAL DE GANTE, «La reforma del Código Penal», 2015, pp. 335-336; PASTOR MUÑOZ; COCA VILA, «Administración desleal», 2016, p. 441-454; CASTELLÓ NICÁS, «Administración desleal», 2017, pp. 13-19.

²⁶ Artículo 295 CP (vigente hasta el 30 de junio de 2015): «Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido».

²⁷ Artículo 252 CP (vigente desde el 1 de julio de 2015): «1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

ámbito típico de incriminación), en sede concursal debemos limitarnos a analizar los puntos de intersección con la corrupción en los negocios.

Pues bien: no todas las conductas típicas de corrupción privada concurren con las de administración desleal. El ámbito de incriminación de la administración desleal es mucho menos amplio que el de corrupción privada debido a que el primero, a diferencia del segundo, es un delito patrimonial (porque exige, para su consumación, la realización de un perjuicio o menoscabo patrimonial).

Con todo, la figura de la corrupción en los negocios es una clara expresión de las actuales tendencias del Derecho Penal en una sociedad del riesgo, más alejada del Derecho Penal de corte liberal al que se acerca, en cambio, la administración desleal.

3. Pero, de un modo más concreto: ¿cuándo cabría plantearse –entonces– un hipotético problema concursal entre los tipos de corrupción en los negocios y de administración desleal?

La relación concursal entre estos tipos delictivos puede ser observada desde una doble perspectiva: desde la de los sujetos activos, y desde la del resultado lesivo que se produzca como consecuencia de la acción típica.

A) Desde el prisma de los sujetos activos: la intersección entre un tipo y otro puede producirse cuando el hecho lo cometa un «administrador de hecho o de derecho» (artículo 295 CP, estando vigente la LO 5/2010), a saber, quien dispone de «facultades para administrar un patrimonio ajeno» (artículo 252 CP, tras LO 1/2015).

La administración desleal y la corrupción en los negocios, así, confluyen en la figura del administrador (de hecho o de derecho), en la medida en que es uno de los sujetos activos que puede incurrir en una conducta de recibir, solicitar o aceptar un incentivo ilícito (modalidad favorecedora), o de conceder, ofrecer o prometer (modalidad incentivadora)²⁸.

En contraste con lo anterior, entiende Gili Pascual que las posibilidades de coincidencia típica entre un delito y otro son más amplias desde la reforma del 2015, dado que «actualmente no resulta necesario que se trate del administrador societario, sea de hecho o de derecho, sino que también otros directivos y empleados pueden tener atribuida la contratación de bienes y servicios, con cierto margen de discrecionalidad, entre sus funciones, teniendo de este modo «facultades para administrar el patrimonio ajeno» en el sentido requerido por el artículo 252 CP»²⁹.

²⁸ En igual dirección, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 406.

²⁹ GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 278-279.

Sin embargo, discrepamos de esta afirmación por cuanto «facultad para administrar» no es equivalente a «capacidad para contratar». Por ejemplo, que un directivo o empleado de una empresa puedan contratar en su nombre y representación no implica necesariamente que éstos administren su patrimonio. De ahí que, al hacer esta lectura del tipo, se estaría ampliando excesivamente el significado de la expresión «facultades para administrar el patrimonio ajeno».

B) En cuanto al resultado lesivo exigido respecto del patrimonio social: aunque el tipo de corrupción en los negocios no exige para su consumación que se produzca un perjuicio económico efectivo en el seno de la entidad privada, nada impide que la corruptela derive colateralmente en un daño económico (artículo 286 bis.1 y 2 CP).

La administración desleal, en cambio, sí requiere para su consumación que como consecuencia de un exceso en el ejercicio de las facultades el administrador se cause «un perjuicio al patrimonio administrado» (artículo 252 CP, tras la LO 1/2015), que además debe ser «económicamente evaluable» (artículo 295 CP, antes de la LO 1/2015)³⁰.

De acuerdo con esto, para que coincidan ambos tipos penales (en grado de consumación) es necesario que se anude la materialización de un perjuicio económico a un trato de favor. Es decir que la concesión de una ventaja anti-competitiva, originada por un incentivo ilícito, provoque la causación de un quebranto patrimonial en una empresa mercantil o sociedad.

En efecto: porque mientras que para consumir la corrupción en los negocios basta la mera recepción, solicitud, aceptación, promesa, ofrecimiento o concesión de incentivos ilícitos (verbos típicos que indican una mera actividad), estas acciones no necesariamente tienen que desembocar, ni pueden ocasionar por sí mismas, un daño económico para el patrimonio administrado³¹. De ahí que no baste la mera causación de un riesgo o peligro de perjuicio patrimonial susceptible de cuantificación (por ejemplo, creando un riesgo de sanción administrativa)³².

Pero si ello sucediera, ningún impedimento habría para apreciar un concurso entre un delito consumado de corrupción en los negocios y una tentativa

³⁰ Para un más profundo análisis del concepto de perjuicio típico y de patrimonio administrado en la administración desleal, PASTOR MUÑOZ, «La construcción del perjuicio», 2016, pp. 13-18; PASTOR MUÑOZ; COCA VILA, «Administración desleal», 2016, p. 442.

³¹ En igual dirección, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 279-281.

³² En desacuerdo, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 412-413. Para BACIGALUPO ZAPATER «Es evidente que el acto ilícito genera el peligro de tener que responder por él no sólo para los sujetos individuales que lo cometen, sino también para la sociedad, y que esta consecuencia ya no depende del sujeto pasivo. Este peligro de responsabilidad, como es obvio, disminuye el valor económico del patrimonio». BACIGALUPO ZAPATER, «Delito de administración desleal», 2009.

de administración desleal; esto es, cuando la acción vaya dirigida a la causación de un perjuicio patrimonial, aunque la producción del resultado no llegue a darse por razones ajenas a la voluntad del autor (piénsese, por ejemplo, en el caso del administrador de una sociedad que le propone a otro realizar una operación de «kick-back» a cambio de una comisión, pero los controles internos de la entidad lo descubren e impiden antes).

Con mayor detalle en los siguientes epígrafes, en los que se analizan las relaciones concursales que pudieran producirse entre la administración desleal y las modalidades favorecedora e incentivadora de la corrupción en los negocios.

1. Relaciones concursales respecto de la modalidad favorecedora

1. A la hora de analizar los problemas concursales que surgen entre el tipo de corrupción en los negocios (modalidad favorecedora) y de administración desleal, deben diferenciarse –a nuestro modo de entender– dos grandes constelaciones de casos.

A) El primer grupo tiene lugar cuando un administrador de una empresa incurra en una práctica de «kick-back»; es decir, cuando la cuantía dineraria o valor del incentivo ilícito se incluya en el precio de la transacción económica, inflándose el costo de ésta a modo de sobrefacturación³³.

³³ Vid. NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 479; SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 430; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, pp. 706-707; PASTOR MUÑOZ; COCA VILA, «Administración desleal», 2016, p. 445. Tanto es así que nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 867/2002, de 29 de julio, indicó que esta clase de supuestos, calificables de «cohecho pero cometido por particulares» podrían ser incardinables en la figura de la administración desleal si se daban sus elementos del tipo: «Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida». Citando esta sentencia también, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 364-365.

Mediante esta práctica quien finalmente termina sufragando la dádiva es la sociedad que concede el trato de favor, de ahí que se produzca un perjuicio económico para el patrimonio administrado. En otras palabras: el sujeto que favorece indebidamente, alterando las reglas del mercado, estaría a su vez defraudando a su propia compañía, al ser ésta la que realmente asume el coste de la comisión indebida.

B) Y el segundo grupo se encuentra representado por los casos en los que, como consecuencia de un incentivo ilícito, un administrador societario decida aceptar una oferta comercial sobrevalorada o fuera de los precios de mercado, anudándose a dicha decisión un perjuicio económico para la empresa a la que se debe fidelidad.

El menoscabo patrimonial cabría deducirse, por consiguiente, de la no elección de la mejor oferta comercial posible³⁴, o de una contratación en términos perjudiciales para la sociedad administrada³⁵.

Pero para poder afirmar la concurrencia del tipo de administración desleal es necesario que la oferta comercial seleccionada prevea un precio que sobresalga de lo admisible. Si el precio aceptado, aunque elevado, entra dentro de lo admisible, entonces no habría ningún hipotético perjuicio para el patrimonio de la empresa (pues la conducta no sobrepasaría el límite del riesgo permitido).

Elegir la peor oferta comercial no puede ser *per se* sinónimo de perjuicio jurídico-penalmente relevante para el patrimonio social administrado (siempre y cuando dicha oferta, aunque sea la menos competitiva en términos económicos, tenga un precio dentro del de mercado). Luego, para que haya concurso el precio de la oferta comercial seleccionada debe estar inflado o sobresalir del precio de mercado.

2. Ningún problema concursal habría en los casos en los que el incentivo ilícito no es ingresado en el patrimonio de la entidad privada a la que pertenece el sujeto favorecedor (sino que se le da un destino distinto, por ejemplo, beneficiándose el autor a título personal), porque tal circunstancia no puede conformar un perjuicio económico para el patrimonio administrado³⁶.

De hecho, lo que habría –en realidad– es un único delito de corrupción en los negocios (no una relación concursal con la administración desleal).

La percepción de una dádiva en estos supuestos de hecho, creemos, nunca puede dar lugar por sí solo a un perjuicio típico de la administración desleal, porque

³⁴ Cfr. BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 150; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 287.

³⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 430. En similares términos, NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 479; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, pp. 706-707.

³⁶ En contra, BACIGALUPO, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 150; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 286, por poder considerar esa ausencia de ingreso como un lucro cesante.

sería tanto como reconocerle a las entidades privadas un genuino derecho de resarcimiento derivado de un negocio ilícito, es decir, de la corruptela (derecho que no se encuentra reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, *ex* artículo 1305 CC).

Porque la empresa no es titular del derecho a percibir o a lucrarse del incentivo ilícito que se conceda, ofrezca o prometa en el marco de una relación comercial, porque nadie puede beneficiarse legítimamente de la perpetración de un hecho delictivo.

Fijados ya los puntos de intersección relevantes a efectos concursales (punto 1. A y B), examinemos las posibles soluciones que caben, a saber:

- Un concurso de normas a resolver mediante el principio de especialidad, bien a favor del tipo de administración desleal, o bien a favor del de corrupción en los negocios;
- O un concurso ideal o medial de delitos entre el tipo de corrupción en los negocios y de administración desleal.

3. Quienes aprecian que nos encontramos ante un concurso de leyes a resolver mediante el principio de especialidad se muestran, en cambio, divididos a la hora de decidir qué tipo penal debe desplazar al otro, si el de administración desleal o el de corrupción en los negocios.

3.1 Por un lado, el sector doctrinal favorable a entender que la administración desleal absorbe el desvalor de la corrupción en los negocios aduce que cuando exista un perjuicio patrimonial efectivo será aplicable el tipo de administración desleal; y cuando no, el de corrupción en los negocios³⁷, en aplicación del principio de especialidad³⁸.

Y esto sería así porque cuando se dispusieran fraudulentamente los bienes de la sociedad, o cuando se contrajeran obligaciones a cargo de ésta causando de forma directa un perjuicio económico en el patrimonio administrado, los sujetos incentivadores serían penados como cooperadores necesarios o inductores de la administración desleal³⁹. Como consecuencia de este razonamiento se llegaría asimismo a la conclusión de que la tipificación de la corrupción entre particulares era innecesaria porque ya existía la administración desleal (que –con anterioridad a la LO 5/2010– abarcaba la totalidad del desvalor de la acción y del resultado respecto del daño al patrimonio social).

3.2. Otro sector, sin embargo, se postula a favor de aplicar el tipo de corrupción en los negocios, desplazando el de administración desleal.

³⁷ Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado», 2008, p. 239.

³⁸ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, «Notas sobre la corrupción privada», 2010, p. 17.

³⁹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, «Notas sobre la corrupción privada», 2010, p. 17.

En apoyo de esta propuesta de solución, se aduce que la aplicación del principio de especialidad a favor de la corrupción en los negocios encuentra su razón de ser en que –según se dice– este delito protege de forma mediata la alteración de la competencia, a través de la infracción de un deber negativo de no perjudicar el patrimonio social⁴⁰. Por este motivo el tipo de corrupción en los negocios comprendería correctamente todo el desvalor de la acción y del resultado. Pues absorbería, así, el desvalor de la conducta de administración desleal que, en comparación, desde un punto de vista penológico, tiene prevista una pena de menor gravedad.

4. Ahora bien, la solución del concurso de normas únicamente puede defenderse si se parte desde la siguiente premisa jurídica: que el interés jurídico penalmente tutelado es mixto, identificado de forma conjunta en la competencia y el patrimonio social.

No obstante, al mantener que el delito tutela exclusivamente el bien jurídico colectivo del buen funcionamiento del mercado, la realización de la acción (más un resultado de perjuicio económico para el patrimonio administrado) daría lugar a dos resultados disvaliosos: uno de peligro respecto de la competencia, y otro de lesión respecto del patrimonio social.

De acuerdo con este razonamiento, se rechazaría el concurso de leyes en tanto en cuanto el desvalor de la acción y del resultado no quedaría del todo abarcado ni por la administración desleal (que no tutela el interés colectivo de la competencia), ni por la corrupción privada (que no protege el patrimonio particular de las empresas)⁴¹. Y aunque pudiera objetarse que el delito de corrupción entre particulares se caracteriza por contener una importante deslealtad interna⁴²; sin embargo, la antijuridicidad material de este delito reside –en

⁴⁰ Para BOLEA BARDÓN «la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato, que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y administrador. Lo que se protege en el delito de corrupción privada no es la competencia en sí misma, ni siquiera entendida como confianza en la existencia de una competencia leal (competencia en igualdad de condiciones). Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado (estableciendo un paralelismo con el cohecho) constituye sin más el interés protegido en este delito. Resulta más acertado entender que la protección penal sólo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador (afectación de la capacidad competitiva de la empresa a través de un acto de deslealtad)». BOLEA BARDÓN, «Prácticas de kick-back», 2015, pp. 7-8.

⁴¹ Esto es lo que, en esencia, entiende también un sector importante de la doctrina. Así, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 409; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 662; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 290.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 431.

esencia— en la deslealtad externa, que se comete en contra del mercado (como se ha concluido con anterioridad)⁴³.

La apreciación de un doble resultado penalmente reprochable resultaría asimismo adecuada en la medida en que el sujeto favorecedor infringiría con su accionar dos deberes especiales de distinta cualidad o naturaleza. En efecto, porque: la concesión de un favorecimiento comercial indebido con un resultado de perjuicio típico daría lugar simultáneamente: a una infracción de un deber de fidelidad hacia la empresa (*ad intra*), por el daño económico ocasionado a su propio principal; y a una infracción de un deber de lealtad hacia la competencia (*ad extra*), debido a que dicha acción afectaría al resto de competidores en un concreto sector del mercado o en una determinada transacción comercial⁴⁴.

Este argumento es —a nuestro juicio— determinante porque, por mucho que quisiéramos forzar el tenor gramatical o finalidad de los delitos en cuestión, ni el tipo de administración desleal ni el de corrupción en los negocios son capaces de abarcar por sí solos todo el desvalor de estos grupos de conductas.

Pero es que, incluso desde el punto de vista de la coherencia interna y sistemática del Código Penal, resulta conveniente rechazar la solución del concurso de normas. En la disciplina del cohecho la relación concursal encuentra su respuesta en el marco del concurso de delitos (no del concurso de leyes), en tanto en cuanto el castigo por el cohecho propio se impone «sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito» (artículo 419 CP). Como sucedería, por ejemplo, cuando un funcionario público prometa emitir una resolución arbitraria si se le abona una comisión (concurso de delitos entre el cohecho y la prevaricación administrativa)⁴⁵.

5. Excluido el concurso de normas, ¿qué clase de concurso de delitos habría que aplicar en los grupos de casos objeto de análisis? La discusión doctrinal ha girado en torno a si se debe aplicar un concurso ideal⁴⁶ o medial de delitos⁴⁷.

⁴³ Véase, Capítulo I, apartado IV.6.

⁴⁴ De forma similar, ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, pp. 16-17.

⁴⁵ Asimismo, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 290.

⁴⁶ Véase, NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 479; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 150; OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, pp. 706-707; ENCINAR DEL POZO, «La introducción de nuevos tipos penales», 2014, pp. 19-20; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 406-414; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 662.

⁴⁷ Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, pp. 289-290; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, pp. 16-17; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 277-297.

Tras la LO 1/2015 el concurso medial ha dejado de asimilarse penológicamente al concurso ideal (apartados 2 y 3 del artículo 77 CP)⁴⁸, de modo que el tratamiento punitivo puede ser distinto en un caso o en otro, dependiendo de la solución por la que nos decantemos al final. Así las cosas, ¿nos encontramos ante una pluralidad de acciones delictivas relacionadas de medio a fin? ¿o ante una unidad de acción que daría lugar a dos infracciones penales?

Empezando por el final: resulta preferible apreciar un concurso ideal de delitos, puesto que es el que mejor se adecúa –en nuestra opinión– a la mecánica comisiva de este supuesto de hecho, en la medida en que es durante la ejecución de la acción típica de corrupción en los negocios cuando produce el perjuicio económico en el patrimonio de una sociedad.

En otras palabras: hay unidad de hecho en tanto en cuanto la acción de corrupción privada no constituye el medio para cometer administración desleal, ni viceversa. El perjuicio económico es solo un resultado lesivo que se deriva del accionar del autor: es en el momento de la concesión del trato de favor comercial cuando se produce un perjuicio económico para el patrimonio administrado.

Pues aun aceptando que quien incurre en estas prácticas corruptas –en términos vulgares– lo hace con el objetivo de conseguir un lucro económico a costa del patrimonio de otra empresa (ya sea en forma de «kick-back» o de sobreprecio artificial), no parece que exista una relación de medio a fin en el sentido de que para la comisión de un ilícito penal se imponga la realización del otro⁴⁹.

2. Relaciones concursales respecto de la modalidad incentivadora

1. Cuando el sujeto que incentiva ilícitamente es, a su vez, administrador de hecho o de derecho de una sociedad, solamente caben dos posibilidades: que el pago de la dádiva se haya efectuado en perjuicio o en beneficio del patrimonio social administrado⁵⁰.

Para analizar esta casuística, pues, tomaremos como ejemplo los casos en los que la sociedad paga comisiones ilícitas haciendo uso de cajas negras; es

⁴⁸ De interés, la *Circular n.º 4/2015, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos* de la Fiscalía General del Estado.

⁴⁹ A juicio de SILVA SÁNCHEZ, además, «la apreciación de un concurso medial (art. 77 CP) basado en la lógica de la aspiración o la acumulación punitiva automática podría incurrir en una vulneración parcial de la prohibición de exceso, que habría que corregir mediante procedimientos supralegales *in bonam partem*». SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 431.

⁵⁰ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 410.

decir, cajas de fondos o dinero en efectivo al margen de la contabilidad o fuera del control de los órganos sociales⁵¹. Por ejemplo:

En el caso alemán *Siemens-KWU* (uso de cajas de dinero B para el abono de «sobornos» en el comercio internacional)⁵²: el director del departamento comercial de Siemens y un asesor suyo incentivaron con varios millones de euros a dos directivos de la empresa italiana ENEL, con el fin de obtener para su principal la adjudicación de sendos contratos de 132,5 y 205,6 millones de euros (con los que Siemens finalmente obtuvo un beneficio económico de 103,8 millones de euros). Las comisiones en cuestión fueron canalizadas a través de unas cuentas bancarias en Liechtenstein, cuyos fondos provenían de la empresa KWU (adquirida anteriormente por Siemens), que no se encontraban incorporados a la contabilidad de Siemens.

La Justicia alemana en este caso consideró que el uso de cajas negras supuso un desplazamiento patrimonial típico del delito de administración desleal (§ 266 I *StGB*), al entender que este modo de operar encaja en la noción de disposición fraudulenta en la medida en que se soslaya el control estatutario del uso del dinero, al mantener éste fuera del conocimiento de los órganos sociales, aun cuando pudiera haber resultado un beneficio económico indirecto para la entidad que empleó tales fondos ocultos. Así, la infracción del deber de cuidado patrimonial residiría, según el *BGH*, en la omisión de introducir en la contabilidad de la empresa las cantidades dinerarias de la caja negra⁵³.

2. Sin embargo, resulta verdaderamente dudoso –en nuestra opinión– que la creación de una «caja B» implique por sí mismo un desplazamiento patrimonial perjudicial para el patrimonio administrado. Habrá supuestos en

⁵¹ Véase, NIETO MARTÍN, «La corrupción en el comercio internacional», 2003, p. 11; BACIGALUPO ZAPATER, «Delito de administración desleal», 2009; BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 150; ANTÓN BLANCO, «Corrupción en el sector privado», 2012, p. 17; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 413-414; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 291-292.

⁵² *BGHSt* 52, 323.

⁵³ Concretamente, BACIGALUPO ZAPATER señala que «El Tribunal Supremo Federal consideró irrelevante a efectos de la administración desleal, que la empresa hubiera obtenido un importante beneficio con los contratos obtenidos mediante soborno, pues el perjuicio patrimonial consistía en la elusión de los controles estatutarios del uso del dinero, mediante las cuentas mantenidas fuera del control de los órganos sociales». BACIGALUPO ZAPATER, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 150. Así, la creación y mantenimiento de cajas negras por parte de los administradores sociales se trata de un acto que –según una parte de la doctrina– podría subsumirse en la administración desleal en la medida en que, por un lado, podría lesionar la capacidad de disposición del titular del patrimonio, y, por otro, porque supondría en sí mismo un exceso de las facultades del administrador, que dispone fraudulentamente de los bienes de la sociedad. *Cfr.* BACIGALUPO ZAPATER, «Delito de administración desleal», 2009; NIETO MARTÍN, «La corrupción en el comercio internacional», 2003, p. 11, nota al pie n.º 38. Y ello, aunque pudiera haber resultado un beneficio económico indirecto para la entidad que empleó tales fondos ocultos. Véase, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 413.

los que sí, y los habrá en los que no: todo dependerá del concepto de «patrimonio» que se defienda.

En efecto, tal y como afirman Pastor Muñoz y Coca Vila: «Son especialmente problemáticos los casos de llevanza de «cajas B». La jurisprudencia alemana ha entendido que, en tales casos, se produce un desplazamiento patrimonial perjudicial, de manera que la misma creación de la caja B es típica. Obviamente, esta solución solamente se puede defender desde un concepto jurídico-económico de patrimonio, que considere que la pérdida de la titularidad sobre una serie de bienes en este caso, el patrimonio desplazado a la caja B constituye *per se* un perjuicio. A esta solución se oponen los partidarios de un concepto económico, porque consideran que no hay perjuicio mientras el administrador utilice los fondos de la caja B en beneficio del titular del patrimonio»⁵⁴.

A nuestro modo de entender: el uso de cajas negras no necesariamente se enmarca en una actuación de desvío de activos en detrimento del patrimonio administrado, pues ésta puede obedecer a otras razones muy distintas que alejaría el hecho del marco incriminatorio de la administración desleal (sirva a modo de ejemplo: la contabilidad paralela efectuada para evadir fiscalmente ciertas ganancias, no declaradas, remansadas en jurisdicciones tributarias opacas). Por este motivo, aunque como consecuencia del uso de cajas negras conste oculta la titularidad de los fondos empleados para abonar «sobornos», objetivamente no habrá perjuicio típico si el administrador no oculta tales fondos a los órganos sociales y los utiliza en provecho del titular del patrimonio⁵⁵.

3. Por eso, más allá del grupo de casos de las cajas negras (en los que sólo en determinadas ocasiones podría haber administración desleal), es preferible plantear el problema concursal desde la siguiente dicotomía: que el abono de la dádiva se realice en perjuicio/beneficio del patrimonio de la entidad.

3.1 Cuando con «la corruptela» se ocasiona un perjuicio económico al patrimonio administrado.

Dentro de esta casuística están los pagos de «sobornos» que tengan por finalidad la concesión de un trato de favor en los que la disminución patrimonial derivada de la entrega de la comisión no revierta en un posterior y superior aprovechamiento económico para el caudal del que provenga el incentivo ilícito.

Ejemplo: Un consejero delegado de (X) le abona una comisión económica al director general de (Y), al objeto de que éste le adjudique un contrato a la so-

⁵⁴ Así en, PASTOR MUÑOZ; COCA VILA, «Administración desleal», 2016, p. 445.

⁵⁵ El hecho de que estos fondos se hayan ocultado a través de cajas negras (*jurídico-formalmente* serían titularidad, por ejemplo, de una sociedad instrumental) no significa necesariamente que éstos no se encuentran *jurídico-materialmente* a disposición de la sociedad. Dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

ciudad mercantil (Z), a la sazón, una sociedad de la que es titular real el mencionado consejero delegado. El incentivo en cuestión, pese a redundar en beneficio de (Z), se abonó con cargo al patrimonio social de (X).

Este supuesto no resulta especialmente problemático en la medida en que el administrador social, con su acto de incentivación ilícita no sólo atenta contra el interés colectivo de la competencia, sino que también defrauda la confianza puesta en él, actuando de forma contraria a los intereses del patrimonio administrado. No en vano el «soborno» se produce a extramuros de los fines sociales de la compañía, dando como resultado una disminución definitiva del patrimonio administrado.

Por esto habría un concurso ideal de delitos, porque un solo hecho (el acto de incentivar) da lugar a dos infracciones (doble desvalor: contra el bien jurídico colectivo de la competencia y contra el bien jurídico individual del patrimonio social).

3.2 Cuando «la corruptela» se realiza en el interés económico del patrimonio administrado.

Si el soborno no se produce a extramuros de la finalidad social de la entidad, sino, todo lo contrario, para preservarlo, entonces la acción (mediante una perspectiva *ex ante*) no daría lugar a una infracción de administración desleal, al no producirse el resultado de lesión patrimonial (*ex post*) exigido por el tipo. Lo que habría, única y exclusivamente, es un delito de corrupción en los negocios, en su modalidad incentivadora.

Ejemplo: Cuando con la dádiva se obtiene a cambio la adjudicación de un contrato con unas buenas condiciones económicas⁵⁶.

En efecto, resulta dudoso admitir la concurrencia de un delito de administración desleal cuando la entrega de una comisión ilícita revierta en un beneficio superior para el patrimonio de la empresa incentivadora (es decir, por ejemplo, cuando el desplazamiento patrimonial ocasionado por la comisión se compense con un posterior incremento patrimonial derivado del contrato adjudicado)⁵⁷.

No se darían las exigencias del tipo objetivo y subjetivo de la administración desleal. Ni habría perjuicio económico efectivo para el patrimonio administrado, dado que el abono del incentivo ilícito revertiría en beneficio de la

⁵⁶ Este supuesto de hecho será previsiblemente el habitual en la práctica pues, según la lógica empresarial, la empresa que incentiva es natural que se pretenda procurar un posterior trato de favor que le resulte ventajoso.

⁵⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 430.

empresa⁵⁸. Parece más adecuado entender, en cambio, que en este grupo de casos el desvalor del hecho se encuentra debidamente abarcado por el tipo de corrupción en los negocios, al ser la figura que se adecúa mejor a la mecánica comisiva. Además, porque si no tendríamos que admitir que toda corrupción en el sector privado daría lugar a dos delitos (concurso ideal de delitos), con el consiguiente riesgo de infringir el principio de proporcionalidad de las penas⁵⁹.

IV. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y ESTAFA

1. La relación entre la corrupción en los negocios y la estafa ha sido, en ocasiones, más estrecha de lo que pudiera llegar a parecer en un principio.

Como ha apuntado la doctrina, el delito de estafa ha sido empleado por la jurisprudencia para castigar pagos de «sobornos» sucedidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, es decir, antes de que se introdujera en nuestro Código Penal el delito de corrupción en los negocios⁶⁰.

Caso *Ehlis*: En la STS n.º 1167/2010, de 9 de diciembre de 2010, se declara que los siguientes hechos son constitutivos de un delito de estafa. El acusado (X), director de aprovisionamiento de una de las empresas integradas en el Grupo *Ehlis*, tenía la función de contactar y seleccionar los proveedores de dicha entidad. Debido al desempeño de esas tareas (X) contactó con (Y), titular de una empresa de artes gráficas a los fines de entablar relación comercial para pasar a ser su proveedora, elaborando folletos, catálogos, muestrarios, embalajes, etc. Siendo de interés de dicha empresa gráfica el poder abastecer a un cliente de la entidad de *Ehlis*, y valiéndose de la confianza generada por su trayectoria laboral en ésta, (X) instó a (Y) a elevar al alza el importe correspondiente al precio del material que fuese sirviendo, en porcentaje que no superaba el 10% y que en cualquier caso no sobrepasó en ningún momento los márgenes de precios del mercado en ese sector comercial. Así lo hizo (Y), generando facturas distorsionadas y entregando la diferencia personalmente a (X), quien a su vez las presentaba a su aprobación en el comité de dirección de *Ehlis*, al que éste pertenecía, haciéndolas pasar por el im-

⁵⁸ Así, CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 657. Con ocasión de la sentencia de 31 de marzo de 2000 dictada por la Audiencia Nacional, en el conocido caso Banesto, dicho autor recuerda que «La Audiencia Nacional señaló que los pagos hechos por los administradores de una empresa con fondos sociales, aun cuando se hagan con fines ajenos al propio tráfico de la empresa administrada, redundan en provecho de ésta, y no pueden dar lugar al delito de apropiación indebida (actual administración desleal del CP art. 252), por tratarse de un delito contra el patrimonio de la sociedad administrada y haber resultado beneficioso para la misma los pagos realizados con los fondos sociales (AN 31-3-00. EDJ 5519)». En contra, NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, p. 68, para quien el pago de un soborno constituye siempre una disposición patrimonial fraudulenta.

⁵⁹ En contra, PASTOR MUÑOZ; COCA VILA, «La llevanza de cajas B», 2018, pp. 393-397.

⁶⁰ Así, BOLEA BARDÓN, «Prácticas de kick-back», 2015, p. 25, nota al pie n.º 88; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 415; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 297.

porte real del valor de los bienes suministrados. Por tales medios (X), desde el año 2000 hasta el mes de febrero de 2006, percibió 153.484,93 euros correspondientes al porcentaje detraído de noventa facturas (por importe conjunto de 1.534.849,43 euros), emitidas por la referida empresa de artes gráficas a *Ehlis* y satisfechas por ésta. Para condenar por estafa en este caso se consideró que hubo engaño: porque si (X) hubiera informado a la sociedad de cuál era el precio real, jamás se habría autorizado abonar un precio superior al verdadero, del mismo modo que tampoco habría consentido que (X) se embolsase unas comisiones que no le correspondían. De ahí la necesidad de generar unas facturas que distorsionasen la realidad, porque sin ellas la sociedad no habría autorizado las compras y desembolsos que finalmente desembocaron en un perjuicio patrimonial.

Sin embargo, tras la LO 5/2010 el punto de intersección entre el tipo de corrupción en los negocios y el de estafa es extremadamente limitado: por un lado, porque el primero ha venido a llenar el espacio que hasta entonces cubría el segundo; y por otro lado, porque la exigencia típica de que mediante engaño bastante se produzca un perjuicio económico, en una entidad, dificulta mucho el que pueda producirse un conflicto concursal entre ambos delitos.

Podría suceder en los supuestos en los que el acuerdo de corrupción en los negocios alcanza la facturación mercantil de unos servicios ficticios o no prestados, o el incremento de su valor de una forma falsa o artificiosa, para beneficiarse personalmente de la diferencia del precio, provocando de este modo un perjuicio patrimonial directo a la empresa (concurso ideal de delitos entre el tipo de estafa y el de corrupción en los negocios: porque la misma acción produciría un resultado de lesión patrimonial y de peligro hipotético para la competencia)⁶¹.

Caso *Caprabo*: Durante los años 1999 a 2001 un empleado de la cadena de supermercados *Caprabo*, encargado de efectuar ciertas compras para su principal, recibió un total de 1.300 millones de pesetas en concepto de comisiones, que le abonó uno de los proveedores de *Caprabo*. Los hechos, por tanto, se produjeron en el marco de una relación comercial donde *Caprabo* (la parte compradora) adquiriría ciertos productos, y su proveedor (la parte vendedora) se los servía convenientemente. La mecánica delictiva, según la sentencia, consistió en que: el proveedor destinó entre un 30% y 40% del importe de las facturas para pagar las comisiones que habían sido prometidas, una vez atendido el pago por parte de *Caprabo*. Para poder justificar la percepción de las cantidades ilícitamente desviadas, el empleado corrupto se dio de alta como comercial de la empresa incentivadora, al mismo tiempo que nunca dejó de ser empleado de *Caprabo*. Aunque el proceso finalizó con la absolución de los acusados por el delito de estafa y de falsedad en documento mercantil de los que éstos fueron acusados (por razones que no vienen aquí al

⁶¹ En igual dirección, BAÑERES SANTOS, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 1045-1046.

caso), la Audiencia Provincial sentenciadora sugirió la posibilidad de que el resultado del proceso habría sido bien distinto si hubiera sido objeto de acusación el delito de corrupción entre particulares –que no estaba en vigor en el momento en que sucedieron los hechos– y el delito de apropiación indebida. En sede casacional el Tribunal Supremo entendió que en este caso no hubo estafa, pero porque no pudo acreditarse el engaño determinante de error, al no constatarse la emisión de facturas o albaranes falsos, ni que se sirviesen menos pedidos de los cursados y pagados. Añadiendo que tampoco quedó probado el perjuicio económico requerido por el delito, porque las condiciones económicas de estos contratos eran las mismas que las de otros suministradores de *Caprabo*⁶².

Habría que comprobar, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si las funciones del sujeto favorecedor encajan en la figura del administrador de hecho o de derecho. Si ese fuera el caso, la estafa no resultaría adecuada para subsumir los hechos, dado que éstos se acomodarían mejor al injusto típico de la administración desleal⁶³. Porque el perjuicio económico para el patrimonio administrado encontraría una mejor explicación, no tanto en el engaño, sino en la infracción de un deber especial de fidelidad *ad intra*.

De este modo, la estafa podría ser de aplicación a los sujetos favorecedores sin facultades de administración (esto es, a los directivos, empleados y colaboradores de entidades privadas) cuando, como consecuencia de un engaño como el descrito, ocasionen un perjuicio al patrimonio social.

2. Habría otros supuestos en los que el problema, más que de carácter concursal, sería de tipicidad objetiva: es decir, lo que debe determinarse es si nos encontramos ante un delito de corrupción en los negocios, o ante uno de estafa.

A) El primer grupo aglutina los supuestos en los que un sujeto se presenta con una apariencia falsa para obtener un incentivo injustificado (para sí o para un tercero), haciendo ver que ostenta una capacidad de decisión empresarial de la que carece en realidad⁶⁴. Es decir, sería un caso de estafa en un negocio delictivo, de *pago-no realización de la prestación ilícita*.

Ejemplo: El sujeto (X), haciéndose pasar por consejero delegado de una importante empresa, entabla una relación de amistad con (Y), administrador de otra compañía. Tras ganarse su confianza, (X) le comenta un día a (Y) que existe

⁶² SAP Barcelona n.º 639/2012, de 12 de junio de 2012 y STS n.º 671/2013, de 19 de julio de 2013.

⁶³ Véase también, BOLEA BARDÓN, «Prácticas de kick-back», 2015, p. 25, nota al pie n.º 89; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 415-419; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 298-299.

⁶⁴ Grupo de casos planteado en SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 429. Así también, MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 419; SANTANA VEGA, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 356; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 303.

la posibilidad de que su compañía contrate con la suya si le entrega una cierta cantidad de dinero. De esta manera, ambos saldrían beneficiados: (X) con la comisión, e (Y) con el contrato cuya adjudicación obtendría. Así fue como (Y) acepta la propuesta y paga a (X) lo que le pide; cortando (X), inmediatamente después de ello, todo contacto con (Y).

En este grupo de casos quien sufre el engaño lo que pretende es obtener una prestación ilícita (el favorecimiento indebido), y para ello lo que debe realizar es un pago (el beneficio o ventaja no justificados).

Así, la doctrina ha negado que haya corrupción en los negocios⁶⁵, porque la apariencia de capacidad para decidir sobre una transacción comercial no es más que el señuelo que cumplimenta el engaño necesario. De modo que al no generarse ningún peligro para el mercado, ni para ningún competidor en general, no sería posible afirmar la concurrencia de este delito⁶⁶.

La doctrina dominante sostiene la existencia de una estafa en este grupo de supuestos (*pago-no realización de la prestación ilícita*). Esencialmente porque –en términos de política criminal– la impunidad no daría lugar a resultados satisfactorios, ya que supondría conceder una especie de «carta blanca penal» al defraudador cuando se topa con un sujeto necesitado o exento de escrúpulos⁶⁷.

A esta solución se opone otro sector doctrinal, que sostiene –desde la óptica de la imputación objetiva– que aunque pudiera pensarse que la impunidad del hecho nos llevaría a un resultado chocante desde un punto de vista político-criminal, el Estado de Derecho no puede amparar a quien opera ilícitamente, al margen de la ley (esto es: porque quien actúa asume el riesgo del carácter perdible de lo entregado, al tratarse de una expectativa no reconocida por el ordenamiento jurídico)⁶⁸.

Nosotros nos inclinamos por esta última interpretación: esto es que de los bienes destinados a cometer un ilícito penal no surge una expectativa jurídico-patrimonial legítima. Porque del mismo modo que resultaría extraño proteger aquel patrimonio destinado a pagar a un sicario o a un funcionario corrupto⁶⁹,

⁶⁵ Véase, SILVA SÁNCHEZ, «Corrupción entre particulares», 2011, p. 429; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 419; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 303.

⁶⁶ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 303.

⁶⁷ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, 2006, pp. 81-87.

⁶⁸ En este sentido, para PASTOR MUÑOZ: «El Estado tiene interés en que no se socaven los mínimos de confianza necesarios para que funcione el mercado, pero, eso sí, el mercado de las transacciones lícitas, que es el que él reconoce. Cuando los sujetos entran en el ámbito de lo ilícito, el Estado abandona la tarea de garantizar esos mínimos de confianza, porque no reconoce, en el contacto patrimonial de que se trate, objeto de protección alguno». PASTOR MUÑOZ, «Estafa y negocio ilícito», 2000, p. 358.

⁶⁹ Véase, PASTOR MUÑOZ, «Estafa y negocio ilícito», 2000, pp. 357.

también resultaría chocante –en nuestra opinión– que el ordenamiento jurídico tutelase los bienes destinados a la perpetración de un ilícito penal, como sucedería con la dádiva en la corrupción en los negocios.

Así, en el ejemplo expuesto pudiera hablarse, a lo sumo, de una tentativa irreal de corrupción en los negocios (impune), porque quien incentiva percibe erróneamente, esto es, se imagina (debido al engaño), la creación del peligro para el bien jurídico protegido. Es decir que su conducta era inidónea objetivamente *ex ante* para poner en riesgo la competencia, porque quien debía conceder el favorecimiento indebido no podía hacerlo en realidad, siendo todo parte de la treta que conforma el engaño.

Sin embargo, como decimos, esta no es una cuestión pacífica. Su resolución (existencia o inexistencia de un delito de estafa) dependerá del concepto de patrimonio que se mantenga⁷⁰.

B) El segundo grupo congrega todos aquellos casos en los que se promete la futura entrega de un incentivo, habiendo previsto con anterioridad incumplir lo acordado, esto es, una vez sea concedido el trato de favor comercial que se solicite como contraprestación de aquél. Este sería un también un caso de estafa en un negocio ilícito, pero de *prestación ilícita-impago*.

Ejemplo: A la hora de negociar una contratación (X) le promete a (Y) que le pagará el 20% del precio total del contrato que le encargue su empresa, a modo de comisión. Pero una vez cerrado el acuerdo y abonado el precio del contrato, (X) incumple su promesa, tal y como tenía planeado desde el principio.

⁷⁰ Como bien indica PASTOR MUÑOZ, «En los negocios con causa ilícita –como son los negocios delictivos (tráfico de influencias) o los negocios no delictivos pero civilmente ilícitos (prostitución)–, el Derecho civil excluye la acción para reclamar lo entregado. La cuestión es si hay estafa cuando el engaño se produce en el marco de uno de estos negocios. Tres son las posturas básicas al respecto: *en primer lugar*, la concepción económica considera que debe apreciarse estafa tanto en el caso en que se entrega dinero a cambio de una prestación ilícita como en el supuesto de realización de la prestación ilícita sin recibir dinero a cambio; *en segundo lugar*, la doctrina mayoritaria entiende que en el primer caso sí hay estafa, porque el engañado entrega «buen dinero», mientras que no la hay en el segundo, por ser la prestación ilícita un elemento que no pertenece al patrimonio según la concepción jurídico-económica; *en tercer y último lugar*, algunos autores sostienen que en todos los casos de negocio ilícito se afecta el patrimonio a fines desaprobados por el ordenamiento jurídico, de modo que su defraudación no debe considerarse estafa. En mi opinión, es esta última solución la correcta, porque hace justicia a la dimensión jurídica del patrimonio. La negación de estafa en estos casos no se basa en motivos éticos, ni en un propósito de «compensar culpas», sino en la consideración de que la introducción de un bien en un negocio ilícito implica sustituir una expectativa normativa por una de carácter cognitivo. El cambio de naturaleza de la pretensión de la víctima se debe a que el Derecho privado le niega toda acción para recuperar lo entregado, y ello constituye un juicio de valoración negativa que vincula al Derecho penal. Ahora bien, solamente existe una valoración negativa del Derecho privado cuando la nulidad civil se basa en consideraciones de carácter material sobre las prestaciones objeto del negocio jurídico y no cuando la nulidad se basa en el incumplimiento de requisitos formales». PASTOR MUÑOZ, *Engaño típico*, 2004, pp. 70-71.

La posibilidad de la estafa surgiría desde el momento en el que se provoca un error en otra persona (faltando a la verdad al asegurar que se abonará una comisión que –en realidad– no se pretende pagar), logrando como consecuencia de ello un beneficio, directo o indirecto, en una relación comercial (en forma de favorecimiento indebido).

Sin embargo, la doctrina unánime niega la estafa porque de la prestación ilícita no nace un crédito exigible. Es decir: porque cuando de la prestación del servicio no emerge una pretensión jurídicamente fundamentada, como es el caso del servicio ilícito, no puede considerarse existente este delito por inexistencia de perjuicio, porque al ser delictiva la actividad realizada, no nace ningún derecho al posterior lucro⁷¹.

Pero ello no obsta a que se entienda cometido un delito de corrupción en los negocios (modalidades incentivadora y favorecedora en grado de consumación), pues la acción de ambos sujetos es peligrosa objetivamente *ex ante* para la competencia, en el sentido de que se ha creado el riesgo típico que la norma pretende prevenir. Porque: por un lado, se constata la promesa de un incentivo ilícito para la concesión de un trato de favor y, por otro lado, su aceptación.

V. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y REVELACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES

1. Supongamos que, con el fin de obtener la adjudicación de un determinado contrato de prestación de servicios, se entrega una comisión económica a cambio de recibir información sobre las ofertas comerciales del resto de sus competidores, para poder mejorarlas y conseguir así su propósito⁷².

Este supuesto de hecho podría ser incardinable simultáneamente, en la actualidad, en el delito de revelación de secretos empresariales y en el delito de corrupción en los negocios, dado que la información comercial de los com-

⁷¹ Así, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa*, 2006, pp. 81-82.

⁷² Véase, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado», 2011; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 420. Nos valdría igualmente, para ejemplificar esta problemática, el relato fáctico de los –ya examinados– casos *Kölner Müllskandal* (sobre el escándalo de los residuos de la ciudad de Colonia, *BGHSt* 50, 299) y *Allianz-Arena* (por la construcción de dicho estadio de fútbol en Múnich, *BGH I StR* 05/06). Recordemos que en el caso *Kölner Müllskandal* el incentivo ilícito se abonó como contraprestación para obtener información sobre las ofertas comerciales realizadas por el resto de competidores, para poder mejorar sus condiciones y conseguir así la adjudicación del contrato. Y en el caso *Allianz-Arena* la comisión tuvo como finalidad la obtención de cierta información confidencial que posibilitó mejorar las ofertas del resto de competidores que habían presentado sus respectivos proyectos para la edificación del estadio sito en Múnich.

petidores se desvela a cambio de un incentivo ilícito, concediéndose de este modo una ventaja competitiva significativa en los negocios⁷³.

La intersección entre los dos tipos penales se produce, en consecuencia, en aquellos casos en los que se conceda un trato de favor consistente en la revelación de una información privilegiada, secreta, que vaya a ser empleada en el mercado con un fin anticompetitivo. Resolver esta relación concursal podría venir de la aplicación de las reglas del concurso de normas o del de delitos. Más concretamente, como veremos a continuación: conforme a las reglas del concurso aparente de leyes, en aplicación del principio de consunción; mediante un concurso medial de delitos; o a través de un concurso real de delitos.

1.1 La solución del concurso de normas a resolver mediante el principio de consunción abogaría por que la revelación de un secreto empresarial, esto es, de las condiciones de las ofertas comerciales de los competidores, es un hecho abarcado por el delito de corrupción en los negocios.

La acción de revelación de información confidencial se produciría para favorecer indebidamente a otro (prestación) a cambio de un incentivo ilícito (contraprestación). Así: el comportamiento de violación de secretos empresariales sería el trato de favor de la corrupción en los negocios, por lo que esta norma comprendería todo el desvalor del hecho.

1.2 La corrupción en los negocios también puede entenderse como el medio necesario para conseguir ilegítimamente el acceso a un secreto empresarial.

Conforme a esta propuesta interpretativa, la consecución de una posición de fuerza en un determinado ámbito comercial vendría dada por la necesaria violación de una información reservada de la empresa. De este modo, la acción

⁷³ Tal y como se indicó en el auto n.º 180/2008, de 13 de marzo de 2008 (recurso n.º 762/2007) de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 2.ª (Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Gómez Martín): En cuanto a los secretos comerciales, suele distinguirse, a su vez, entre las ideas comerciales (programas de marketing que representen una novedad en el mercado, ideas sobre campañas publicitarias, previsión de contratación de personal especializado, etc.) y las compilaciones de datos (relativos a la organización interna de la empresa (administración): datos sobre situación contable y financiera, etc.; a la relación con clientes (distribución): clientes, precios, volumen de producción, márgenes de beneficio, etc.; o a la relación con proveedores (suministro): proveedores, etc.).

La Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, precisa que a los efectos de dicha ley se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y; c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto (artículo 1.1). Y la protección de esta Ley se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquél que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley (artículo 1.2).

de incentivación ilícita sería el medio necesario para conseguir una información comercial reservada que de otro modo no podría obtenerse.

1.3 Y, por último, en lo que se refiere a la solución del concurso real de delitos, puede defenderse que cuando se comete corrupción en los negocios y, a su vez, se violan los secretos de una empresa, estaríamos ante una pluralidad de hechos susceptibles de ser penados de forma autónoma e independiente⁷⁴.

Esta pluralidad de hechos se haría más evidente cuando, tiempo después de haberse acordado los términos del pacto corrupto (*exempli gratia*, una semana más tarde), se proceda a desvelar la información empresarial de conocimiento reservado. El sujeto favorecedor, en este grupo de casos, dirige su actuación dolosa a causar varios resultados típicos materiales, en dos momentos temporales distintos, lo que determinaría la necesidad de que ambas conductas sean castigadas por separado.

2. No podemos perder de vista que el tipo de revelación de secretos empresariales tutela también la competencia leal entre empresas (entendida como capacidad competitiva de la empresa en el mercado)⁷⁵, de una forma pareja o muy similar a como lo hace el tipo de corrupción en los negocios (mediante el que se tutela el buen funcionamiento del mercado).

Sin embargo, mediante la violación de secretos empresariales se protege, más bien, el interés económico que el secreto encierra para la empresa, cuyo descubrimiento puede aumentar la capacidad competitiva de los rivales o disminuir la propia. Y ello es así porque la información reservada o confidencial se configura como un verdadero valor económico. Por ello el sujeto pasivo en este delito es, en todo

⁷⁴ Esta parece la solución que se defiende en ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 420.

⁷⁵ En la STS n.º 285/2008, de 12 de mayo de 2008, se indica que el bien específicamente tutelado en el delito de revelación de secretos empresariales del artículo 279 CP es «la competencia leal entre las empresas». De forma similar a lo que se hace en la STS n.º 679/2018, de 20 de diciembre de 2018, en la que se indica que se consideran «secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva. Así serán notas características: - la confidencialidad (pues se requiere mantener bajo reserva); - la exclusividad (en cuanto propio de una empresa); - el valor económico (ventaja o rentabilidad económica); - licitud (la actividad ha de ser legal para su protección)». Y en el ámbito de la jurisprudencia menor se han producido diversos pronunciamientos a favor de esta línea jurisprudencial, siendo destacables, entre otros, la SAP Sevilla n.º 54/2009, de 4 de febrero de 2009; SAP Zaragoza n.º 124/2009, de 11 de febrero de 2009; SAP Bilbao n.º 821/2011, de 4 de noviembre de 2011; SAP Sevilla n.º 516/2011, de 30 de diciembre de 2011; SAP Ciudad Real n.º 19/2012, de 17 de septiembre de 2012; SAP Valencia n.º 17/2014, de 7 de enero de 2014; SAP Córdoba n.º 532/2014, de 12 de diciembre de 2014; SAP Badajoz n.º 4/2016, de 1 de febrero de 2016; SAP Madrid n.º 57/2016, de 16 de febrero de 2016; SAP Barcelona n.º 262/2016, de 5 de abril de 2016; SAP Madrid n.º 280/2016, de 29 de abril de 2016; SAP Madrid n.º 314/2016, de 27 de junio de 2016; SAP Pontevedra n.º 162/2016, de 22 de julio de 2016; SAP Alicante n.º 265/2017, de 22 de junio de 2017; SAP Barcelona n.º 525/2017, de 14 de julio de 2017; SAP Córdoba n.º 48/2007, de 12 de marzo de 2007. Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Orden socioeconómico», 2016, pp. 466 y 467.

caso, el titular de la empresa cuyo secreto se descubre (bien jurídico individual)⁷⁶, y no sólo la competencia leal (bien jurídico colectivo), indirectamente afectada por este tipo de actuaciones. En esto se diferencia de la corrupción en los negocios.

Luego, el desvalor de la revelación de un secreto empresarial no quedaría comprendido dentro de la conducta de corrupción en los negocios, porque el atentado al interés económico protegido por el deber de reserva quedaría fuera de su ámbito típico de protección. Por esta razón podría apreciarse un concurso real de delitos, o medial si se acreditase que la corrupción en los negocios ha sido el medio necesario para violentar un secreto de empresa.

Como excepción: si la información revelada no tuviera encaje en la noción de «secreto empresarial» (por ejemplo: las propuestas comerciales no sujetas a confidencialidad), sólo podría afirmarse la existencia de un delito de corrupción en los negocios, que abarcaría todo el contenido antijurídico de la conducta. Porque la información empresarial descubierta como consecuencia del incentivo (es decir, el riesgo generado) no afectaría a la capacidad competitiva de la empresa en cuyo seno se produce la revelación, dado que, en puridad, la información desvelada no sería «secreta» en el sentido requerido por la norma penal.

VI. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS EN AMBIENTES DE EXTORSIÓN

1. La doctrina, al tratar la corrupción en los negocios en contextos de intimidación, ha apuntado la existencia de dos grandes grupos de casos: el primero, en el que el sujeto favorecedor exige el incentivo ilícito como una exacción o carga necesaria para poder alcanzar un acuerdo en un negocio, mediante el aprovechamiento de una situación de superioridad derivada de una posición de dominio en el mercado; y el segundo, cuando el pacto corrupto se alcanza mediante la amenaza de un mal personal, o mediante extorsión cuando se produzca un perjuicio económico en el patrimonio propio o en el de un tercero⁷⁷.

El eje común a tales comportamientos radicaría, por tanto, en que el incentivo ilícito no se solicita, se exige. De ahí que surja la pregunta de si es compatible el uso de la violencia y la intimidación con el delito de corrupción en los negocios.

El injusto típico (artículo 286 bis.1 y 2 CP) no hace referencia ni mención a la violencia o intimidación como medios comisivos. Y ello no debe extrañar,

⁷⁶ Véase, MENDOZA BUERGO, «Delitos relativos al mercado», 2015, p. 1197.

⁷⁷ Cfr. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 310-311.

porque la corrupción en las transacciones comerciales se caracteriza por emplear comisiones para tentar o seducir a la contraparte, al objeto de conseguir influir en un proceso empresarial de toma de decisión. Mientras que los delitos que atentan contra la libertad de obrar se caracterizan precisamente por algo distinto, es decir, por someter, torcer o forzar la voluntad de la persona sobre la cual se aplica la violencia o la intimidación, sin dejar espacio al libre albedrío en la toma de decisiones.

Por eso, la estructura típica de la corrupción en los negocios excluye *per se* que pueda cometerse de forma simultánea cualquier otro comportamiento que implique el uso de métodos violentos o intimidatorios (porque la persona que lo sufre es una víctima de la corrupción, es decir, nunca coautor o partícipe de la acción corruptora). Ya que para poder cometer corrupción es necesario, como presupuesto, que las partes del acuerdo delictivo se valgan de cierta libertad en la toma de sus decisiones. Si a los sujetos que participan en la corruptela se les priva de su libertad para decidir, entonces habría que buscar otras figuras delictivas que abarcasen correctamente el desvalor del hecho⁷⁸.

Por ejemplo: la exigencia de una comisión económica, empleando violencia o intimidación, podría llegar a encajar –según las circunstancias de cada caso– en los delitos de amenazas (artículo 169 CP) y coacciones (artículo 172 CP), o de extorsión (artículo 243 CP)⁷⁹. Así sucedería, por ejemplo, cuando la solicitud u ofrecimiento del incentivo vaya acompañada de una amenaza contra la integridad física de la víctima (verbigracia: «Si firmamos este contrato te pagaré como recompensa. Pero si no haces lo que te digo, será peor para ti y para tu familia. Actúa correctamente y todos ganaremos»).

Y si la acción no es objetivamente idónea *ex ante* para afectar o restringir la libertad individual de las personas (en lo que atañe al proceso de toma de decisiones), entonces estaríamos ante un delito de corrupción en los negocios (modalidad favorecedora). Por ejemplo: cuando la solicitud o entrega de un incentivo ilícito se produce a modo de peaje o canon, pero sin emplear métodos coercitivos, es decir, sólo como una exacción o condición necesaria para poder cerrar un negocio con una empresa (verbigracia: «Si no pagas lo que te digo, olvídate del contrato»).

Porque aunque en supuestos como este la petición de un «soborno» pueda inspirar cierto cariz «intimidante» o, incluso, «inquietante», por la virulencia o incomodidad de la situación, ello no significa que la acción se efectúa

⁷⁸ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 310-311.

⁷⁹ Véase, CUERDA ARNAU, «Delitos contra la libertad», 2016, pp. 152-153; CUERDA ARNAU, «Delitos contra el patrimonio», 2016, p. 377.

mediante violencia o intimidación en un sentido jurídico-penal; es decir, con idoneidad objetiva *ex ante* para coartar la libertad de hacer o dejar de hacer algo del sujeto decisor de una determinada relación comercial.

VII. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el subtipo agravado de corrupción en los negocios, por la comisión de la acción típica en el seno de una organización o grupo criminal, choca con el tipo de pertenencia a una organización o grupo criminal, generándose de este modo un problema concursal hasta tal momento inexistente.

El punto de intersección, en efecto, se produce: por un lado, entre el subtipo agravado de corrupción en los negocios, por la comisión del hecho en el ámbito de la criminalidad organizada (artículo 286 quater CP); y, por otro lado, entre el concurso de delitos del tipo básico de corrupción en los negocios (artículo 286 bis.1 y 2 CP) y del tipo de organización o grupo criminal (artículos 570 bis, ter y quater CP).

El concurso de delitos entre el subtipo agravado de corrupción en los negocios y el tipo de criminalidad organizada quedaría descartado por provocarse un problema de *bis in idem*, dado que resulta imposible valorar en dos ocasiones el elemento de la pertenencia a una organización o grupo criminal⁸⁰.

Como hemos concluido con anterioridad (cuando hemos tratado esta modalidad agravada), el artículo 570 quater.2 *in fine* CP obliga a tener que plantear todas las alternativas o hipótesis posibles para concretar qué precepto o preceptos darían lugar a la pena más elevada (si el artículo 286 quater CP, por un lado; o si los artículos 286 bis y 570 bis o ter CP, por otro lado), lo que deberá hacerse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso⁸¹.

De este modo, la elección de una solución u otra dependerá de la opción que abarque debidamente todo el desvalor de la corrupción en los negocios cometida en el ámbito del crimen organizado. Pero por regla general será de aplicación un concurso de normas a favor del tipo agravado específico⁸².

⁸⁰ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 401-402, nota al pie n.º 23; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 308-309.

⁸¹ Para una mayor profundidad en cuanto a los argumentos que fundamentan esta toma de postura, y con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, véase Capítulo IV, Apartado III.3.

⁸² Véase, GARCÍA DEL BLANCO, «Organizaciones y grupos criminales», 2015, p. 1806.

VIII. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y BLANQUEO DE CAPITALES

1. El delito de blanqueo de capitales (artículo 301 CP) admite que el origen ilícito de los activos a reintroducir en el tráfico económico-legal provengan de la corrupción en los negocios, como actividad delictiva antecedente.

Desde un punto de vista dogmático, no existe ningún problema de incompatibilidad entre el tipo de blanqueo y el de corrupción en los negocios. Más bien todo lo contrario, pues ambas figuras delictivas podrán concurrir frecuentemente en la práctica. Sin ir muy lejos, el Código Penal prevé una agravación específica para el delito de blanqueo de capitales cuando los bienes tengan su origen en ciertos delitos contra la Administración pública, como ocurre con la dádiva en el tipo penal de cohecho⁸³. En el ámbito de la corrupción en los negocios, por tanto, parece claro que también el incentivo ilícito puede ser objeto material susceptible de blanqueo de capitales⁸⁴.

En lo que atañe concretamente a los problemas de carácter concursal que se pudieran generar, especialmente relevantes son los supuestos de autoblanqueo, esto es, en los que el autor del delito es el mismo que incurre, por sí mismo o como partícipe, en una conducta de corrupción en los negocios. Baste como ejemplo el caso del sujeto que recibe, en concepto de dádiva, una cantidad de dinero en metálico que integra después, a través de una estructura societaria, en el sistema económico-legal.

Antes de continuar debemos precisar –para centrar el objeto de debate– que a lo largo de este apartado sólo prestaremos atención a los casos en los que la corrupción privada entra en concurso con el autoblanqueo. Esto significa que ninguna mención se hará al supuesto del autor del blanqueo que es un tercer individuo, ajeno al hecho previo, distinto al sujeto que ha cometido o participado en la comisión de corrupción privada, debido a que este acto no tiene relevancia en sede concursal (sólo podría hablarse de la comisión de un único delito de blanqueo de capitales)⁸⁵.

⁸³ Tras la LO 5/2010, el artículo 301.1 *in fine* CP ordena imponer «la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI»; esto es, cuando los bienes de origen delictivo provengan de delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicas, de fraudes o exacciones ilegales, y de negociaciones prohibidas a funcionarios. En cuanto a esto, en opinión de BLANCO CORDERO, «es de lamentar la desafortunada redacción que se ha dado al delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP, que será de aplicación a prácticamente todos los casos de corrupción». BLANCO CORDERO, «Regalos y corrupción», 2015.

⁸⁴ Véase, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, p. 312.

⁸⁵ En cuanto a este particular, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 312-313.

2. Desde el punto de vista concursal, entonces, cabe preguntarnos cómo habría que resolver los supuestos de autoblanqueo del incentivo ilícito recibido.

Desde la reforma del 2010, el Código Penal persigue expresamente el autoblanqueo de capitales (artículo 301.1), castigándose a quien «adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él (...), o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito (...)»⁸⁶.

No es nuestro propósito evaluar si la decisión legislativa de incriminar el autoblanqueo se encuentra o no justificada político-criminalmente, porque tal tarea excede del objeto del presente apartado⁸⁷. Es suficiente con conocer que *de lege lata* el principio de la impunidad del autoencubrimiento se ve expresamente desplazado, aunque de manera excepcional, por la realización de un nuevo delito, como el que se comete cuando se legitiman capitales procedentes de una actividad delictiva, surgiendo así un concurso real de delitos⁸⁸.

Para ello se parte de la idea de que el autoblanqueo no ve absorbido su desvalor por el delito previo, dada la diversidad de intereses jurídico-penales que se encuentran en juego (aunque la cuestión no es en absoluto pacífica, existe cierto consenso en afirmar que el lavado de dinero afecta, además de al orden socioeconómico, al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia)⁸⁹.

Así, el autor o partícipe de un delito de corrupción en los negocios que transmite o convierte un incentivo ilícito, con el fin de colocarlo en el sistema

⁸⁶ Ciertamente es que con anterioridad a la LO 5/2010, el Tribunal Supremo ha venido afirmando la posibilidad de castigar a quien legitime las ganancias que provengan de una actividad delictiva cometida por el propio blanqueador. Así se admitió en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006, en el que se afirmó que «el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente»; dando lugar, a modo meramente ejemplificativo, a las SSTs n.º 884/2012, de 8 de noviembre de 2012, n.º 265/2015, de 29 de abril de 2015, o la n.º 165/2016, de 2 de marzo de 2016. No obstante, en cuanto a la corrupción privada como delito previo del blanqueo de capitales, lo relevante, por tanto, es la entrada en vigor de la LO 5/2010, momento a partir del cual podrá procederse a su punición. Para un mayor análisis en cuanto a la regulación anterior y actual, tras la tipificación expresa del autoblanqueo, FARALDO CABANA, «Autoblanqueo de capitales», 2014, pp. 44 y 69.

⁸⁷ En cuanto a la evolución de la redacción del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español, puesto en relación con la normativa internacional, BLANCO CORDERO, *Blanqueo de Capitales*, 2012, pp. 179-184. De interés también, QUINTERO OLIVARES, «Sobre la ampliación», 2010, pp. 8-12; QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción», 2018, pp. 242-245.

⁸⁸ *Vid.* FARALDO CABANA, «Autoblanqueo de capitales», 2014, pp. 50-51.

⁸⁹ En cuanto a esta cuestión, FARALDO CABANA, «Autoblanqueo de capitales», 2014, pp. 47-49; BLANCO CORDERO, *Blanqueo de Capitales*, 2012, pp. 210-214; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, 2011, p. 483; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Acelerar primero», 2015, p. 2. En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha entendido que: «Por lo demás, tampoco debe obviarse que un sector posiblemente mayoritario de la doctrina mantiene que son dos los bienes jurídicos los que tutela la figura del blanqueo de capitales: la administración de justicia, al facilitar la persecución de los delitos antecedentes cometidos por el acusado que le permitieron obtener una importantísima cantidad de dinero, y el orden socioeconómico, criterio que también se ha acogido por algunas de las resoluciones de esta Sala» (STS n.º 165/2016, de 3 de marzo de 2016).

económico-legal, estaría a su vez incurriendo en un hecho posterior que, por su autonomía y objetividad lesiva, iría más allá de la consumación y agotamiento del delito previo (piénsese, por ejemplo, en el caso de que se adquiera un bien inmueble con el dinero entregado en concepto de comisión).

3. El tratamiento penal del autoblanqueo, sin embargo, varía sustancialmente cuando la acción típica consiste exclusivamente en la mera posesión o utilización de incentivos de origen ilícito (es decir, sin que haya ninguna conducta de adquisición, conversión o transmisión de bienes delictivos), debido a los graves problemas de *bis in idem* que surgen.

Aunque la doctrina en materia de corrupción privada se ha posicionado –en términos generales y sin matices– a favor de la punición del autoblanqueo⁹⁰, lo cierto es que el castigo de los casos de mera posesión o utilización de la dádiva (a través del concurso real de delitos) resultaría, cuando menos, criticable desde la perspectiva de la doble incriminación.

Es preferible, en cambio, entender que nos encontramos ante actos copeados impunes, o ante un autoencubrimiento no punible, ya reprobados por la pena del delito antecedente⁹¹. Pues, con todo, la posesión y utilización del incentivo ilícito son comportamientos que formarían parte de la consumación y agotamiento del delito de corrupción en los negocios, de forma que el desvalor ya quedaría suficientemente abarcado por el injusto.

No habría necesidad de una mayor respuesta penal porque –como bien apuntó el Consejo General del Poder Judicial– «las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición»⁹².

O como ya dijera también el Tribunal Supremo (STS n.º 265/2015, de 29 de abril de 2015):

«Por el contrario el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la

⁹⁰ Vid. GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 313-314.

⁹¹ De interés, BLANCO CORDERO, *Blanqueo de Capitales*, 2012, pp. 541-542; ABEL SOUTO, «Blanqueo de dinero», 2017, pp. 16-18.

⁹² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 18 de febrero de 2009, p. 120.

mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo. La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C. P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido.»

4. Esta es la interpretación que –también en nuestra opinión– resulta más respetuosa con las garantías y principios que rigen el Derecho Penal⁹³. El principio *non bis in idem* puede y debe conjugarse con la finalidad del autoblanqueo de capitales, en tanto en cuanto esta tipología delictiva pretende penar aquellas conductas que vayan encaminadas a introducir bienes de origen delictivo en el sistema económico y legal, por el perjuicio y riesgos que estas actuaciones suponen para el orden socioeconómico y para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Por esta razón, resulta acertado afirmar que cuando el comportamiento del autor o partícipe del delito antecedente consista exclusivamente en la posesión o utilización de bienes provenientes de la corrupción (esto es, sin realizar ningún cambio de titularidad ni transformar su naturaleza), entonces estaríamos ante actos objetivamente inidóneos para ocultar o encubrir su origen⁹⁴.

Castigar al administrador de una empresa que meramente posea y utilice, por ejemplo, un vehículo que ha recibido en concepto de incentivo ilícito, como autor de un delito de corrupción en los negocios y de uno de autoblanqueo de capitales, nos llevaría a un resultado jurídico-penal ciertamente «absurdo»⁹⁵, por desproporcionado, e inaceptable para un Estado de Derecho.

La punición del autoblanqueo del incentivo ilícito debe partir siempre desde el respeto al principio *non bis in idem*. Por ello, para poder encontrarnos ante un concurso real de delitos entre los tipos penales de autoblanqueo y de corrupción en los negocios, la posesión o la utilización del incentivo ilícito debe ir encaminada a encubrir o legitimar su apariencia delictiva.

⁹³ Más allá va GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, quien opina que son insuficientes los esfuerzos de la jurisprudencia para limitar los excesos de la modalidad del autoblanqueo, siendo preferible, en cambio, su desaparición. Así, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Acelerar primero», 2015, pp. 19-20.

⁹⁴ Véase, FARALDO CABANA, «Autoblanqueo de capitales», 2014, p. 62.

⁹⁵ Véase, QUINTERO OLIVARES, «Sobre la ampliación», 2010, p. 20; QUINTERO OLIVARES, «La lucha contra la corrupción», 2018, p. 257.

Si no pudiera acreditarse esto, estaríamos ante actos copenados o impunes: la posesión del incentivo ilícito pertenecería a la fase de consumación, y su utilización a la de agotamiento.

IX. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS E INFRACCIONES EXTRAPENALES DE ORDEN CONCURRENCIAL

1. La relación entre el tipo penal de corrupción en los negocios y las infracciones extrapenales en materia de protección de la competencia es muy estrecha⁹⁶.

Tras la reforma del 2010, la incriminación penal de las conductas consistentes en pagos de «sobornos» para obtener ventajas competitivas (artículo 286 bis CP) ha invadido un campo que, hasta entonces, pertenecía en su totalidad a la normativa administrativa y mercantil: la tutela jurídica de la competencia libre y leal (a través de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

Por poner algún ejemplo. En la SAP Barcelona n.º 443/2005, de 26 de octubre de 2005, se examinó el caso de una empresa denominada *Exponovias, S. L.* que cometió un acto de inducción a la infracción contractual (artículo 14 LCD) al pretender que la empresa china *Wedtex International Corp* rompiera un pacto de exclusiva que tenía suscrito, de forma estable, con otra empresa llamada *Pronovias, S. A.*, al objeto de obtener los diseños de su competidora. Para conseguir su propósito anticompetitivo, *Exponovias, S. L.* entregó una cartera de la marca *Loewe* al representante legal de *Wedtex International Corp*⁹⁷.

De interés resulta también el caso *Tabacalera, S. A.*, examinado por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 16 de febrero de 1999 (Expediente n.º 375/96, Tabacos de Canarias)⁹⁸, en el que,

⁹⁶ Relación que no ha pasado desapercibida por la doctrina. Véase, NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado», 2002, pp. 59-62; VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación», 2009, pp. 503 y 507; CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 238; NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 32-34; FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, p. 85; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, pp. 42-43; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 20-21; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 420-430.

⁹⁷ Vid. NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 8-9; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 424-425.

⁹⁸ Esta resolución fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (SAN de 2 de noviembre de 2001 y, con posterioridad, en casación ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (STS de 13 de diciembre de 2004). No obstante, los aspectos que fueron objeto recurso ante tales instancias judiciales no están relacionadas con los hechos que a nosotros aquí nos interesan.

entre otros, se declaró probado que Tabacalera, S. A., ofreció ciertos regalos o incentivos a los estancieros para que vendieran preferentemente los productos de su marca. Ahora bien, este comportamiento no mereció una sanción administrativa (conforme al anterior artículo 7 LDC⁹⁹, predecesor del actual artículo 3 LDC) porque el Tribunal de Defensa de la Competencia entendió que no se había producido una perturbación suficiente del mercado¹⁰⁰.

2. Una vez introducido la corrupción en los negocios en nuestro Código Penal, el injusto penal absorbe el desvalor mercantil o administrativo. De este modo, se niega la existencia de un problema concursal, porque cuando se cumplan las exigencias típicas de la corrupción en los negocios habrá que aplicar el artículo 286 bis CP¹⁰¹.

El Derecho de Competencia Desleal y de Defensa de la Competencia no entra en conflicto con el Derecho Penal debido a que, conforme a los principios de intervención mínima y de fragmentariedad, el tipo penal solamente puede aplicarse frente a aquellos comportamientos que pongan en riesgo la competencia en el sentido prevenido por la norma¹⁰².

De esta manera, las sanciones no penales previstas en la legislación de Competencia Desleal y de Defensa de la Competencia únicamente podrán imponerse frente a aquellos comportamientos anticompetitivos que no sean subsumibles en el tipo penal (es decir, por ejemplo, cuando se detecte un práctica colusoria, pero no se logre acreditar que una dádiva la hubiera promovido). Así, la legislación extrapenal queda a expensas de lo que se resuelva en la jurisdicción penal.

3. Sin embargo, puede haber supuestos en los que surjan problemas de *bis in idem*: cuando, aun existiendo identidad de sujeto, hecho y fundamento, se imponga un doble reproche afflictivo (por vía penal y extrapenal).

Ejemplo: La CNMC incoa de oficio un expediente sancionador frente a varias empresas por repartirse el mercado (conducta colusoria, *ex* artículo 1 LDC): al haber acordado presentarse a diversas licitaciones públicas de forma

⁹⁹ Nos referimos al artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, predecesora de la actual LDC. Dicho precepto sancionaba el falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los siguientes términos: «1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado; b) Que esa grave distorsión afecte al interés público. 2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurren dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones».

¹⁰⁰ Asimismo en NAVARRO FRÍAS; MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares», 2011, pp. 6-8; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 426 y 428.

¹⁰¹ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, «La llamada corrupción», 2010, p. 238.

¹⁰² Cfr. ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, *El delito de corrupción*, 2013, p. 43;

coordinada, para no perjudicarse mutuamente. Mientras tanto, uno de sus empleados denuncia en fiscalía el pago de ciertas comisiones (pago que hizo posible este reparto del mercado). Como consecuencia de ello, fiscalía formula querrela y se inicia el correspondiente procedimiento penal (delito de corrupción en los negocios, *ex* artículo 286 bis.1 y 2 CP).

Pese a los problemas que ello generaría, un sector de la doctrina defiende que este grupo de casos debería ser resuelto desde la perspectiva de una concurrencia de sanciones (penal y extrapenal). A favor se aduce que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC n.º 2/2003, de 16 de enero de 2003), no toda duplicidad de sanciones conlleva una violación de la prohibición de *bis in idem* susceptible de amparo constitucional. De modo que no habría reiteración punitiva constitucionalmente proscrita, por infracción del principio de proporcionalidad, cuando en la ulterior resolución se ponderen conjuntamente los dos castigos –penales y no penales–, esto es, si se descuentan los efectos negativos de la previa resolución sancionadora¹⁰³.

El caso que se cita es el siguiente (STC n.º 2/2003, de 16 de enero de 2003): un conductor fue sancionado al pago de una multa y la privación del permiso de conducir, en vía administrativa, por conducir superando la tasa permitida de alcohol; y al mismo tiempo, fue condenado por un delito de conducción bajo los efectos del alcohol, también a una multa y a la privación de dicha autorización. El Tribunal Constitucional no concedió el amparo, por vulneración del principio *ne bis in idem*, pese a existir la triple identidad requerida (sujeto, hecho y fundamento), porque la Audiencia Provincial, tras comprobar en apelación el error cometido por la Administración (consistente en proseguir con el expediente sancionador, pese a existir un procedimiento penal), optó por descontar de la pena, en la sentencia, la sanción administrativa previamente impuesta¹⁰⁴.

En desacuerdo con esta interpretación, consideramos rechazable –o, cuando menos, criticable– someter a dos procedimientos sancionadores la misma conducta (triple identidad de sujeto, hecho y fundamento), con independencia de que uno sea de carácter jurisdiccional y el otro no, y de que en un sentido material no se llegue a producir –según este sector– un exceso punitivo proscrito constitucionalmente (debido a la ulterior compensación o descuento, en vía judicial, de la sanción administrativa finalmente impuesta). Por-

¹⁰³ Así, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 429-430.

¹⁰⁴ Conforme a la STC n.º 2/1981, de 30 de enero de 1981: «El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

que el principio *ne bis in idem* no sólo prohíbe la doble sanción (vertiente material), sino también el doble enjuiciamiento (vertiente procesal), en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

En efecto: el principio *ne bis in idem* opera como una garantía para el ciudadano, para evitar los excesos del Estado, pues garantiza la necesaria seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (*ex* artículo 9.3 CE). Por ello, debe evitarse la solución de la duplicidad sancionatoria (penal y extrapenal), porque obligaría a entrar en un juego de puro malabarismo punitivo (¿qué seguridad jurídica tendría el infractor al momento de cometer el hecho?). Si el Estado incumple su deber legal de suspender el procedimiento sancionador por prejudicialidad penal, este incumplimiento no puede repercutir negativamente en la esfera jurídica del sujeto infractor, quien no debe ver alterado el contenido de su derecho fundamental al *ne bis in idem* (STC n.º 177/1999, de 11 de octubre de 1999)¹⁰⁵. Y ello pese a que excepcional o puntualmente el Tribunal Constitucional ha dado por buena esta solución.

Por respeto al principio de prevalencia de la jurisdicción penal, todo procedimiento en que se ejercite una acción civil o administrativa debe quedar en suspenso hasta que recaiga una resolución firme en vía penal, absolutoria o condenatoria (siempre y cuando, claro, el fundamento de las infracciones sea el mismo, según sea el caso)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Como afirmó el Magistrado Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano en el voto particular discrepante suscrito por él en la STC n.º 2/2003, de 16 de enero de 2003: «He de insistir en el criterio mantenido por la STC 177/1999, a cuyo tenor se produce también en este caso una superposición o adición de otra sanción distinta, como son las penas impuestas en la Sentencia condenatoria. Con independencia de que es sumamente cuestionable que la jurisdicción penal tenga facultades para invalidar o dejar ineficaces resoluciones administrativas firmes, incluidos los antecedentes que de las mismas se derivan, lo cierto es que el Sr. Yáñez recibió dos resultados punitivos: la multa administrativa y la privación temporal del carnet de conducir, y la multa penal y la pena de privación de dicha autorización administrativa. No es ocioso señalar que, por otra parte, esta operación de absorción o compensación efectuada por la Sentencia penal firme puede conducir a un resultado de cierta predeterminación de la principal pena configurada como alternativa para el delito de conducción ilegal. En efecto si ésta se conmina con pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa, el órgano judicial puede verse abocado a imponer, sin real margen de apreciación, la sanción pecuniaria para en ella realizar la indicada absorción. 8. He de concluir, por ello, reiterando el criterio expuesto en la STC 177/1999, por entender que, como en el caso allí decidido, se vulneró el principio de *ne bis in idem*, al recaer dos sanciones, la administrativa y la penal, por unos mismos hechos y con el mismo fundamento. El recurso de amparo debió, pues, ser estimado (...)».

¹⁰⁶ Porque, como indica ALCÁCER GUIRAO, aunque el principio de prevalencia de la jurisdicción penal no guarda conexión lógica ni teleológica con el principio *non bis in idem*, lo cierto es que la Administración se encuentra subordinada a los hechos declarados probados en vía penal, de ahí su obligación de paralizar el procedimiento sancionador cuando concurren indicios de delito. Véase, ALCÁCER GUIRAO, «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento», 2013, pp. 49-52.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha supuesto una verdadera revolución en nuestro Código Penal, no dejando indiferente a nadie en la comunidad científica.

En el Derecho Penal de la sociedad del riesgo las personas jurídicas son verdaderas protagonistas. Pocas dudas caben de ello. Las formas sociales dañosas de la criminalidad económica –al menos buena parte de ellas– tienen su origen en empresas (en ocasiones grandes y poderosas), y no pueden afrontarse eficazmente sus peligros penando sólo a una sola persona física (que puede fácilmente ser reemplazada por otra). De ahí la necesidad político-criminal de abrir el Derecho Penal a este nuevo grupo de sujetos activos¹.

En un contexto social en el que la ley debe hacer frente a nuevas formas de delincuencia económica, como la del fenómeno de la corrupción en el sector privado, la responsabilidad penal de las personas jurídicas está destinada a jugar un papel significativo. A lo largo de este capítulo, pues, se tratan las abundantes (y no sencillas) cuestiones que surgen en torno a esta materia.

¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal», 2016, pp. 694-695. Asimismo, FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, pp. 17-32.

¿Por qué hechos responden criminalmente las personas jurídicas? ¿Prevé el Código Penal un régimen de heteroresponsabilidad o de autorresponsabilidad penal empresarial? ¿Cómo se diferencia el injusto de la persona jurídica (defecto de organización) del presupuesto de su responsabilidad penal (hecho de conexión)? ¿Es posible la responsabilidad penal de las personas jurídicas por corrupción en los negocios? ¿Qué organizaciones pueden llegar a ser culpables? ¿Qué medidas de control y vigilancia deben adoptar éstas para no incurrir en responsabilidad penal? ¿En qué supuestos la corrupción privada se cometería en provecho de una empresa?

Estos y otros –aunque principalmente estos– son los puntos que aquí son objeto de discusión.

II. FUNDAMENTOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Punto de partida

1. La teoría del delito se ha construido tradicionalmente tomando como referencia a los seres humanos, al atribuirles solamente a ellos capacidad de acción y de culpabilidad. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico-penal *societas delinquere et puniri potest*. Así lo ha dispuesto la LO 5/2010, de 22 de junio de 2010, al introducir el artículo 31 bis CP. ¿Y qué significa este brocardo? La respuesta: que las personas físicas han perdido la exclusividad, tanto material como procesal, de ser sujetos de imputación jurídico-penal². De este modo, ahora también pueden recibir un reproche penal las personas jurídicas.

Se ha producido, por tanto, un verdadero cambio de paradigma, provocado por razones de política criminal: proporcionar más herramientas a la justicia penal para hacer frente a la delincuencia cometida en estructuras empresariales.

La responsabilidad penal de las empresas continúa siendo, pese a ello, una institución extraña, chocante, de difícil encaje en cualquier ordenamiento jurídico que se diga respetuoso con el principio de culpabilidad, y particular-

² Cfr: FEIJOO SÁNCHEZ, «La persona jurídica», 2012, pp. 49-50; FEIJOO SÁNCHEZ, «La persona jurídica», 2016, p. 55. Así también, GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 599; ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal», 2016, p. 693; BACIGALUPO SAGGESE, «La responsabilidad penal», 2016, pp. 22-25; FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, pp. 18-19; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo*, 2017, pp. 38-43.

mente en uno con una tradición como el nuestro³. La intrincada y defectuosa redacción del artículo 31 bis y concordantes del Código Penal tampoco ayudó a que esta reforma fuese bien acogida. Debido a las muy numerosas y variadas críticas que recibió y a su carente aplicación práctica, ha sido nuevamente objeto de reforma: en menor medida, mediante la LO 3/2011, de 28 de enero de 2011 y LO 7/2012, de 27 de diciembre de 2012; y, en mayor medida, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015⁴.

Partiendo desde la –más que cuestionable– premisa de que las personas jurídicas tengan capacidad de acción y de culpa, y que, por ende, esta reforma se adecúa a criterios estrictamente racionales, y no a una mera imposición o decisión político-criminal ajena a los principios más básicos del garantismo penal (¡nada menos que se sacrificaría el principio de culpabilidad!), a día de hoy, sin embargo, existen todavía muchos interrogantes por resolver.

A título meramente ejemplificativo: ¿cuál es el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas empleado en el Código Penal? ¿un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno (heteroresponsabilidad) o por el hecho propio (autorresponsabilidad)? ¿debe renunciarse a la construcción de una teoría del delito de las personas jurídicas? ¿o deviene esta necesaria para afrontar los retos de la futura dogmática penal en esta materia? ¿en qué se fundamenta el reproche penal del Estado frente a las empresas que, según se dice, delinquen?

Lamentablemente, no podemos responder a tales preguntas con la extensión y profundidad que nos gustaría, a causa de los límites de este trabajo. Pero sí debemos fijar cuál es nuestro posicionamiento al respecto con carácter previo pues, lo requiere la exégesis del injusto corporativo de corrupción en los negocios. Consideramos que esto es necesario para dotar a nuestra exposición de una mayor solidez y claridad argumentativa.

2. Nuestro punto de partida es el siguiente. En nuestra opinión, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha derogado, ni tácita ni expresamente, el principio de culpabilidad. Solamente son y serán delitos las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley, sin excepciones de ninguna clase (artículos 5 y 10 CP); y también, por tanto, para las personas jurídicas⁵. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

³ En cuanto a esto destaca, por su brillante crítica, GRACIA MARTÍN, «Crítica», 2016, p. 5; y GRACIA MARTÍN, «Analogía y naturaleza de la cosa», 2018, pp. 222-239. De interés, asimismo, COBO DEL ROSAL, «Societas delinquere non potest», 2015, pp. 398-400; MOLINA FERNÁNDEZ, «Societas peccare non potest», 2016, pp. 376-388; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «Las normas de las personas jurídicas», 2016, pp. 626-627; HORMAZÁBAL MALARÉE, «Teoría del delito», 2018.

⁴ En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se manifiesta la voluntad de introducir una «mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas».

⁵ Véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Cuestiones abiertas», 2016, p. 642.

La noción de delito de las personas físicas (hecho de referencia o conexión) y de las personas jurídicas (delito corporativo) no se entiende si no es desde el respeto al principio de culpabilidad. Tal exigencia viene impuesta por cualquier Estado que se diga democrático y de Derecho.

No se puede defender la construcción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas que responda a un modelo de responsabilidad objetiva, es decir, que no exija dolo o culpa en el accionar desviado de una entidad⁶. Por ello mismo, surge con más fuerza la siguiente pregunta: ¿cómo puede atribuirse la comisión de un injusto típico y culpable a una persona jurídica? ¿cuál es el hecho propio de la persona jurídica que permite fundamentar la imposición de una sanción penal?

Aquí radica el núcleo de la discusión que interesa al análisis del delito de corrupción privada de las personas jurídicas.

3. En cuanto a esta cuestión, por mucho que le echemos imaginación, lo cierto es que no puede haber jamás un comportamiento propio y autónomo de la persona jurídica, que pueda escindir-se completa y tajantemente del de las personas físicas.

Toda acción u omisión corporativa es fruto, en último término, de un comportamiento de una colectividad de personas físicas, o, a veces incluso, de un sólo individuo, en el caso de las sociedades unipersonales⁷. Es decir que las personas jurídicas no se organizan o desorganizan solas, sino que lo hacen las personas físicas que actúan en su nombre o representación⁸. En otras palabras, las personas jurídicas no actúan de forma independiente a las personas físicas: las organizaciones no pueden impedir por sí mismas lo que sus miembros quieran hacer, de modo que castigarlas supondría hacerlas responder por unos hechos que nunca estarían en disposición de evitar⁹.

Y aunque a las personas jurídicas se les pueda atribuir convencionalmente una virtual capacidad de acción, no deja de ser una ficción jurídica sin una base ontológica real más allá de la de las personas físicas que las componen.

La pretendida autorresponsabilidad de las personas jurídicas no deja de ser, en el fondo, una disfrazada responsabilidad por el hecho ajeno, pues en todo caso el hecho de conexión, esto es, el injusto típico y culpable que se le comunica a la empresa, es cometido por los individuos que integran la persona jurídica;

⁶ Aunque haya quienes abogan, incluso, por negar que la persona jurídica deba considerada culpable para poder responder penalmente, según el art. 31 bis CP. Véase, LUZÓN CÁNOVAS, «Personas jurídicas exentas», 2018, pp. 216-217.

⁷ Vid. COBO DEL ROSAL, «Societas delinquere non potest», 2015, p. 395.

⁸ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, «Falsa alarma», 2014, p. 226.

⁹ Cfr. ROBLES PLANAS, *Dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 211.

ya que, sin este hecho de conexión no puede haber con posterioridad, tampoco, un reproche penal frente a las personas jurídicas (artículo 31 bis CP)¹⁰.

Por eso, en este sentido, decimos que estamos ante un «imaginario» o «fingido» hecho propio de la empresa. La realidad es que el Código Penal prevé una responsabilidad penal de las personas jurídicas por un hecho ajeno (tomando como presupuesto un delito cometido por personas físicas) condicionada a que en la persona jurídica no se hayan previsto ciertas medidas de prevención y detección de delitos (medidas que, a la postre, también deben implementar las personas físicas que la conforman)¹¹.

4. Pongamos un ejemplo para corroborar esto. Imaginemos un caso en el que, tras celebrarse un juicio oral, se comprueba que: 1) una sociedad mercantil tiene implementado un sistema verdaderamente defectuoso de control y prevención de delitos; 2) pero no se logra probar la existencia de ningún hecho delictivo de conexión [por ejemplo: se absuelve a su administrador, frente al que no se ha logrado acreditar la existencia de ningún ofrecimiento, solicitud o entrega de un incentivo ilícito para obtener una ventaja competitiva en una transacción comercial].

¿Acaso sería posible condenar a la persona jurídica (delito corporativo) si no se ha probado la perpetración de un hecho típico, antijurídico y culpable de conexión (delito de referencia)? ¿Sería legítimo condenar a la persona jurídica por disponer de medidas defectuosas de prevención y detección de delitos, aunque la corrupción de las personas físicas no se hubiera llegado a producir?

Con arreglo a la regulación del Código Penal, nuestra respuesta es que no. Pero es que, además, ni aunque ésta cambiara –por una decisión de política criminal– no puede orillarse que en cualquier caso –como tiene dicho la dogmática penal crítica con esta regulación– no existe, en puridad, un hecho propio de la persona jurídica (principio de culpabilidad), más allá de una elaborada ficción jurídica, construida por la suma de los actos (estos sí, propios) de las personas físicas¹².

Porque si se está a las duras, se está a las maduras. Si no se acepta que la culpabilidad de las personas físicas deba transferirse a las personas jurídicas,

¹⁰ No habría, por tanto, una responsabilidad penal en sentido propio, sino una extensión o derivación de la responsabilidad de las personas físicas que obren bajo su amparo. Véase, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «Las normas de las personas jurídicas», 2016, p. 612.

¹¹ Así, lo correcto desde esta perspectiva no sería distinguir entre modelo de heteroresponsabilidad y de autorresponsabilidad; sino entre modelo de heteroresponsabilidad pura y de heteroresponsabilidad condicionada. El Código Penal español seguiría este último modelo (ahora, con más claridad, tras la LO 1/2015).

¹² En contra, ZUGALDÍA ESPINAR, «Conveniencia político-criminal», 1980, pp. 67-88, quien entendió que el Derecho Penal debe orientarse a la solución de problemas prácticos, aunque ello suponga flexibilizar la rigurosidad de la dogmática tradicional, que imposibilita exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. En boca de dicho autor, habría que «acercar el Derecho Penal a la Política Criminal, prescindir de las categorías de un Derecho Penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas soluciones a otros tantos problemas». ZUGALDÍA ESPINAR, «Conveniencia político-criminal», 1980, p. 86.

entonces tampoco debe aceptarse que la ausencia de culpabilidad de las primeras se transmita a las segundas; ni viceversa. Por eso, si se quiere defender un modelo de autorresponsabilidad pura, lo coherente entonces sería que la organización pudiera incurrir en responsabilidad penal sin necesidad de probar ningún hecho delictivo previo o de conexión, que haga las veces de presupuesto del delito de las personas jurídicas¹³.

Se trata de una cuestión de pura lógica que no puede eludirse: para poder estar ante un hecho propio, el delito de las personas jurídicas debe poder apreciarse con independencia de que se haya cometido o no un hecho delictivo por parte de las personas físicas¹⁴. Sin embargo –como se ha dicho– esto no es lo que prevé el artículo 31 bis CP. Por ello, aun admitiéndose, con fundado recelo, que una responsabilidad penal de las personas jurídicas es factible, resultaría difícil adaptar a su favor –*in toto*– las categorías de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la teoría del delito tradicional o antropocéntrica.

5. Con esto no quiere decirse que debemos renunciar a aplicar el Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Queramos o no, la ley nos vincula, y no podemos, simplemente, ignorar esta aún novedosa regulación por el motivo de que sea una institución extraña.

Por esta razón, la cuestión –desde nuestro punto de vista– es hasta qué punto estamos dispuestos, como Estado de Derecho, a abandonar total o parcialmente los postulados de un modelo de Derecho garantista, prescindiendo de la culpabilidad como fundamento y límite de la pena. Si de nosotros dependiera, debemos decir, habría que derogar la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁵. No obstante, como no disponemos de esa potestad, lo único

¹³ Distinto sería el caso, examinado en la STS n.º 742/2018, de 7 de febrero de 2019 (F. J. 2.º), en el que el fallecimiento del autor del hecho delictivo (esto es, la persona física), no excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas: lo necesario es constatar la actuación delictiva de la persona física, lo que no es necesario es su condena.

¹⁴ Para superar este escollo MAZA MARTÍN propone entender que «la persona jurídica no comete la estafa o el delito contra el medio ambiente, sino el delito consistente en la ausencia de «control» exigible, que hace posible la comisión por la persona física, del delito concreto tipificado en la Parte Especial del CP, que pasaría a convertirse en un simple requisito, o presupuesto, más para afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas». MAZA MARTÍN, *Delincuencia electoral*, 2018, p. 213. Sin embargo, esta solución –válida a la par que coherente en su planteamiento– no permite resolver satisfactoriamente el problema apuntado, debido a que el delito corporativo jamás quedaría del todo desvinculado del delito individual (cuya existencia habrá de constatarse, previamente y en todo caso, para poder condenar a la persona jurídica).

¹⁵ Como acertadamente dijo ya ORTIZ DE URBINA GIMENO, «no es claro que la RPPJ suponga una ventaja sobre el régimen administrativo sancionador dirigido a las empresas, menos aún que sea un grado tal de ventaja sobre otras posibilidades de intervención que permita superar la presunción normativa contra la intervención penal que sienta el principio de *ultima ratio*». ORTIZ DE URBINA GIMENO, «*Hispanica societas delinquere potest*», 2013, p. 264. A lo que debemos añadir que la institución jurídica de la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas, por los hechos delictivos cometidos por sus representantes o empleados, ya cumplía con la función de facilitar la reparación del daño ocasionado por aquéllos.

que podemos hacer es interpretar *de lege lata* este nuevo invento de forma que la ley no se vuelva –más– en contra de los justiciables.

Este cometido nos sitúa, por tanto, ante una disyuntiva trágica: auspiciar o no la concepción de una quimérica teoría del delito de las personas jurídicas, sabiendo que, con independencia de la opción que se escoja, la solución elegida será difícilmente compatible con el principio de culpabilidad del pensamiento ilustrado.

Pero esto no quita que la opción favorable a la creación de una teoría del delito de las personas jurídicas, cuando menos, minimiza el riesgo de que la ley penal se interprete de forma arbitraria o incontrolada, al permitir un análisis ordenado y racional de las cuestiones penales que pudieran suscitarse al enjuiciar una conducta de una empresa.

Así visto, si hay que elegir entre la opción «mala» y la «peor», escogemos la que resulte menos perniciosa para los justiciables, esto es, la que aboga por gestar una teoría del delito de las personas jurídicas, aunque se parta desde una premisa ciertamente problemática: que las empresas tienen una genuina capacidad de acción y de culpa. La tercera alternativa, la preferible, consistiría en derogar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas; pero, tal y como se ha apuntado más arriba, esta posibilidad no se encuentra sobre la mesa en la actualidad, ni parece que vaya a estarlo, por lo que debemos rechazarla *a limine*.

2. El delito de la persona jurídica

1. De entre los modelos teóricos propuestos por la doctrina¹⁶, el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial permite afrontar razonablemente los grandes, numerosos y variados problemas que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas (sobre todo en lo que atañe a la capacidad de las empresas de recibir un reproche de culpabilidad)¹⁷. No en

¹⁶ En cuanto a los distintos modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ZUGALDÍA ESPINAR, «Teorías jurídicas», 2017, p. 11.

¹⁷ Tanto es así que hasta a uno de sus más firmes detractores, GRACIA MARTÍN, le merece respeto científico el modelo constructivista de GÓMEZ-JARA DÍEZ, por ser el único autor que defiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas entrando de lleno en el debate suscitado, ofreciendo una argumentación suficiente frente a los argumentos contrarios. Cuestión distinta, claro, es que GRACIA MARTÍN critique el modelo constructivista por fundamentarse en un método sociológico, y no jurídico. Véase, GRACIA MARTÍN, «Críticas», 2016, p. 21, nota al pie n.º 77, en referencia a GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 77, 82 y ss., 109 y ss., 118 y ss., y 128 y ss. Y abundando en su crítica al modelo constructivista, GRACIA MARTÍN, «Analogía y naturaleza de las cosas», 2018, pp. 212-222.

vano el Tribunal Supremo, en su sentencia n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016, sigue de cerca la estela de esta corriente doctrinal¹⁸.

Aunque nos gustaría pronunciarnos con mayor profundidad, este no es el lugar para debatir acerca de las múltiples virtudes y carencias de los postulados del constructivismo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en contraposición con el resto de modelos teóricos propuestos. Ello desbordaría el propósito de nuestro trabajo. A los efectos que aquí interesan, baste señalar cuáles son los fundamentos jurídicos generales sobre los que se construye el injusto y culpabilidad perteneciente a la persona jurídica; reconociéndose desde ya que se trata de una de las materias más candentes del actual Derecho Penal, sobre la que no existe consenso entre la comunidad jurídica¹⁹.

Pero como decimos, es necesario, sin embargo, tomar partido para llevar a buen término el análisis de la concreta ordenación del delito de corrupción privada de las personas jurídicas, razón por la cual dejamos aquí consignado que la principal –aunque no única– fuente de nuestra inspiración reside en el modelo constructivista²⁰ (pese a que jamás puede existir –a nuestro parecer– una verdadera y pura autorresponsabilidad penal empresarial)²¹.

2. De acuerdo, pues, con este marco teórico, conviene destacar que la noción de delito corporativo parte de una premisa fundamental: las organiza-

¹⁸ Esta sentencia, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, fue dictada por el Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y cuenta con un voto particular concurrente suscrito por siete de sus Magistrados, frente a los ocho votos de la opinión mayoritaria. La importancia de esta sentencia radica en que, aún a pesar de pronunciarse en un *obiter dicta* acerca de ciertos problemas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se proclamó la autorresponsabilidad de las empresas, excluyendo que el Código Penal hubiese previsto una responsabilidad vicarial o por el hecho ajeno. En este sentido, la culpabilidad de las personas jurídicas se identificó en la ausencia de una cultura de respeto al Derecho. Este pronunciamiento judicial, además, resulta de interés porque contradice la postura mantenida hasta el momento por la Fiscalía General del Estado en sus Circulares n.º 1/2011 y 1/2016, donde se mostró favorable a interpretar que el artículo 31 bis CP (antes y después de la LO 1/2015) describe un modelo de responsabilidad vicarial. A la sentencia bisiesta le han seguido otras como las SSTS n.º 221/2016, de 16 de marzo de 2016, n.º 516/2016, de 13 de junio de 2016; n.º 583/2017, de 19 de julio de 2017; y n.º 234/2019, de 8 de mayo de 2019. También resulta de interés, aunque con un pronunciamiento más escueto, la STS n.º 514/2015, de 2 de septiembre de 2015.

¹⁹ Como botón de muestra, entre las aportaciones doctrinales más relevantes, se cita, además de los autores ya citados, a NIETO MARTÍN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2008, pp. 145-147; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2010, pp. 288-293; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «The american way», 2014, p. 85; FEJOO SÁNCHEZ, «Fortalezas, debilidades y perspectivas», 2014, pp. 160-176; DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos estructurales», 2016; ZUGALDÍA ESPINAR, «Teorías jurídicas», 2017, pp. 21-33; MAZA MARTÍN, *Delincuencia electoral*, 2018, pp. 226-299.

²⁰ Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, *passim*; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Qué modelo?», 2014, pp. 177-205; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos», 2016, pp. 99-110.

²¹ Aún sin así pretenderlo, FEJOO SÁNCHEZ nos vendría a dar la razón, en la medida en que –en opinión de este autor– el Código Penal ha establecido un modelo intermedio entre la autorresponsabilidad pura y el sistema vicarial, que excluye los dos modelos extremos de responsabilidad por el hecho propio como del hecho ajeno. *Cfr.* FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, p. 88.

ciones empresariales, al alcanzar un cierto nivel de complejidad, muestran caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación, como sucedería con la psique del ser humano en lo que atañe su libre determinación²².

Es por eso que, al disponer la persona jurídica de capacidad para organizar su propia actividad, se dice, sería legítima la intervención del Derecho Penal, pues debe responsabilizarse a las empresas por las consecuencias que se deriven del ejercicio de su libertad y capacidad de autoorganización. Dicho de otro modo, las estructuras empresariales ejercerían de garantes sobre los riesgos que se generen en su propio ámbito organizativo²³.

3. Partiendo desde esta idea, se afirma que es posible la construcción de una teoría del delito de las personas jurídicas.

Según la metodología constructivista, entre la teoría del delito de las personas físicas y de las personas jurídicas pueden establecerse diversos equivalentes funcionales en lo que atañe a las categorías de acción, tipicidad objetiva y subjetiva, y finalmente de culpabilidad. Veamos sucintamente en qué consisten.

3.1 La acción en la teoría del delito se correspondería con la «capacidad de organización» de las personas jurídicas, que sería funcionalmente equivalente a la «capacidad de acción» de las personas físicas. Esta capacidad o aptitud, atribuible teóricamente tanto a las personas físicas como a las jurídicas, constituye el pilar sobre el que se cimienta la responsabilidad penal²⁴.

La capacidad autoorganizativa de la persona jurídica, que permitiría evitar o reducir los riesgos no permitidos, le otorgaría la libertad, y por ende la posibilidad, de poder actuar de otro modo (sin lo cual después no podría justificarse legítimamente la imposición de una pena). Para poder cometer el delito corporativo de corrupción privada debemos partir, por tanto, de que la persona jurídica dispone de capacidad para autoorganizar su actividad comercial.

3.2. En lo que se refiere a la tipicidad objetiva, el concepto equivalente funcionalmente a la «conducta no permitida» de la persona física sería el «defecto de organización» de la persona jurídica. Para poder atribuir objetivamente una conducta a una persona jurídica lo relevante será, entonces, comprobar si ésta ha creado o incrementado un riesgo por encima de lo permitido, dando lugar a un resultado penalmente desaprobado al igual que se hace respecto de la persona física, en la teoría de la imputación objetiva²⁵.

²² De forma crítica, FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, pp. 51-65.

²³ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos», 2016, p. 104.

²⁴ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos», 2016, p. 104.

²⁵ Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos», 2016, pp. 105 y 106.

En esta dirección el Tribunal Supremo, a la hora de examinar si el defecto de organización debe analizarse en el marco de la tipicidad objetiva, ha indicado que el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica «no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma» (STS n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016)²⁶.

Pues bien, en la corrupción privada el defecto organizativo podría existir cuando en la persona jurídica no se hayan implementado medidas que cabalmente pudieran evitar o reducir el riesgo de que se cometa soborno comercial. Sin embargo, este defecto de organización no debe confundirse con el «hecho de conexión», es decir, con el delito antecedente realizado por las personas físicas, que constituye un presupuesto, pero no el fundamento, del delito de las personas jurídicas²⁷.

En boca también del Tribunal Supremo, el ilícito penal cometido por las personas naturales «opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno»; debiéndose evitar, así, «confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica» (STS n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016)²⁸.

3.3 En cuanto a la tipicidad subjetiva, el «conocimiento individual» sería funcionalmente equivalente al «conocimiento organizativo del riesgo». Para fundamentar esta afirmación se dice que de igual modo que desde la perspectiva de las personas físicas no se comprueba el conocimiento real o psicológico que pudiera tener un individuo, sino el que se le imputa jurídicamente a partir de las circunstancias externas de su comportamiento, respecto de las personas jurídicas podría hacerse lo mismo.

Esta interpretación, sostenida desde el constructivismo epistemológico, permitiría fundamentar el hecho propio de la persona jurídica en la noción de dolo o culpa organizativa, sin eludir la exigencia del principio de culpabilidad (artículos 5 y 10 CP). Sin poder entrar aquí en mayores detalles, baste decir que habrá conocimiento organizativo del riesgo cuando la persona jurídica incurra en un defecto de organización cometido de un modo doloso o culposo²⁹; por ejem-

²⁶ Asimismo, en la STS n.º 221/2016, de 16 de marzo de 2016, se afirma que «el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo».

²⁷ Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos», 2016, p. 112.

²⁸ En igual dirección, la STS n.º 121/2017, de 23 de febrero de 2017, viene a apuntar a la misma idea al sostener que: «Además, -como apunta el Ministerio Fiscal- la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los (arts. 31 bis y ter) CP».

²⁹ *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico», 2016, pp. 134-141.

plo, cuando en el seno de una organización empresarial, aun habiéndose conocido por el consejo de administración que un directivo de la empresa ha estado percibiendo incentivos ilícitos que entregaba otro competidor, se omite tomar medidas y establecer protocolos de control o de prevención de delitos que razonablemente pudieran evitar la generación, prolongación o el incremento de un riesgo no permitido que provoque como resultado un desvalor típico.

3.4 Y ya, por último, debemos referirnos a la cuestión de la culpabilidad corporativa, materia de capital importancia y dificultad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Con carácter preliminar conviene señalar que el concepto constructivista de culpabilidad parte de los postulados de la teoría de la culpabilidad de Jakobs de fidelidad al ordenamiento jurídico, que toma en consideración la disposición jurídica interna del sujeto de romper o no someterse al orden normativo vigente. Es decir, la culpabilidad para dicho autor se define como un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico³⁰.

Pues bien, llevada esta noción de culpabilidad a la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su equivalente funcional sería la «ausencia de una cultura empresarial de cumplimiento normativo», que representa la disposición jurídica interna de la corporación de no sujetarse a la legalidad vigente. Con esta interpretación, contraria a cimentar la culpabilidad en un mero defecto organizativo que se confundiría con el injusto, se podría justificar la no imposición de un reproche penal a las personas jurídicas que sean fieles al Derecho; aun habiéndose constatado la comisión un delito de corrupción en los negocios en el seno de la persona jurídica, y en su provecho o beneficio directo o indirecto³¹.

Así se lograría conseguir –según sus partidarios– que el fundamento de la punición del delito de las personas jurídicas sea autónomo e independiente respecto del delito de las personas físicas.

III. PRESUPUESTOS Y MARCO JURÍDICO-PENAL

1. Presupuestos del delito corporativo de corrupción en los negocios

1. Tras optar por tomar como punto de referencia el modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial³², ahora ya podemos entrar a

³⁰ Cfr. JAKOBS, «El principio de culpabilidad», 1992, p. 1083.

³¹ Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad», 2016, pp. 107, 170-186.

³² Por los motivos expuestos en el apartado anterior.

analizar los distintos problemas que presenta la corrupción privada en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas por este delito viene recogida, desde la reforma del 2010, en el artículo 288 CP (delito de la persona jurídica), el cual debe ponerse en concordancia con los artículos 286 bis y quater CP (delito de la persona física). Según el artículo 31 bis CP (LO 5/2010 y LO 1/2015), las personas jurídicas sólo serán responsables penalmente «en los supuestos previstos en este Código»; de ahí que de la redacción del artículo 288 CP se colija sin dificultad que la corrupción en los negocios se encuentra dentro del sistema de *numerus clausus* de delitos que pueden cometer las personas jurídicas.

En otras palabras: la corrupción privada entra dentro del ámbito típico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Ahora bien, ¿significa esto que deben responder siempre las personas jurídicas por todos los delitos que cometan en su seno las personas físicas? ¿o existen situaciones en las que, pese a comprobarse la existencia de un hecho delictivo, la persona jurídica no debe ser merecedora de un reproche penal? Esta cuestión se encuentra, sin duda, en el epicentro de la discusión científica en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ser una de las más problemáticas.

Dejando de lado nuestras discrepancias y reticencias frente al régimen de responsabilidad penal empresarial, nuestra opinión es clara al respecto. Sintetizando lo razonado en el apartado anterior, lo cierto es que si realmente se pretende castigar una persona jurídica por un hecho hipotéticamente propio, entonces debe buscarse el fundamento de la responsabilidad penal corporativa en un defecto de organización, es decir, en la ausencia de medidas de control –en lo que aquí atañe– adecuadas para evitar o prevenir razonablemente la comisión de comportamientos de corrupción privada en el seno corporativo (injusto típico), de modo que se evidencie una voluntad o cultura empresarial de someterse con fidelidad al orden normativo vigente (culpabilidad). De lo contrario se confundiría indeseablemente el fundamento de la punición del delito individual con el del delito corporativo.

De ahí que el delito de corrupción en los negocios debe ser únicamente atribuible a las organizaciones corruptas (personas jurídicas culpables), y no a las organizaciones con sujetos corruptos (personas jurídicas no culpables).

3. Pues, en efecto, siguiendo la distinción conceptual ya apuntada en el capítulo primero, la corrupción en los negocios puede cometerse: 1) bien en el marco de una «organización con sujetos corruptos», esto es, cuando las personas físicas realicen el hecho típico desde dentro pero en contra de los intereses

de su propia organización, no pudiendo ser ésta última penalmente responsable; 2) o bien en una «organización corrupta», cuando el hecho se perpetre en interés directo o indirecto de la empresa, pudiendo ser ésta penalmente responsable si se comprueba después la existencia de un defecto de organización cometido de forma dolosa³³.

Para comprender mejor aún esta distinción, podría decirse que la primera organización es una víctima del hecho ilícito de la corrupción; mientras que la segunda, en cambio, contribuye o forma parte consustancial de ella.

Encontrarnos ante una u otra clase de organización dependerá de si concurren los requisitos necesarios en el Código Penal en lo que se refiere a los requisitos de atribución de hechos delictivos frente a las personas jurídicas. Y aunque volveremos sobre este particular cuando examinemos el injusto del delito corporativo, baste decir por el momento que el uso de esta clasificación bipartita es –a nuestro juicio– necesaria, a la par que útil, porque permite diferenciar con claridad las organizaciones penalmente responsables de las que no lo pueden ser (algo imprescindible si queremos evitar o reducir el riesgo de incurrir en una responsabilidad vicarial u objetiva).

4. Sentado lo anterior, ¿cuáles son los requisitos para atribuir un delito a una persona jurídica? La respuesta nos la ofrece la propia ley penal (con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción)³⁴.

El apartado primero del artículo 31 bis CP determina taxativamente bajo qué condiciones un delito puede imputarse a una organización. Dicho precepto establece lo que doctrinalmente se ha denominado «doble vía de imputación»³⁵ del hecho de conexión. Y en cuanto a esto –creemos– no hace falta recordar que esta atribución de un hecho delictivo a la persona jurídica opera como un mero presupuesto de la responsabilidad penal corporativa, pero nunca como fundamento de esta.

Pues bien, según la dicción del citado precepto del Código Penal, el delito de las personas físicas será presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando la conducta de corrupción en los negocios sea co-

³³ Distinción conceptual aquí empleada inspirándonos en la obra de PINTO; LEANA; PIL, «Corrupt organizations», 2008, p. 685. En igual sentido, pero partiendo desde un concepto amplio de corrupción, ANAND; ASHFORTH; JOSHI, «Corruption in organizations», 2004, pp. 40 y 51, nota al pie n.º 3.

³⁴ Redacción que tampoco dista mucho de la del resto de textos normativos de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas. Un estudio sobre Derecho comparado en DE LA CUESTA ARZAMENDI; PÉREZ MACHÍO, «Marco Europeo», 2013, pp. 141-155.

³⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, «Los requisitos del art. 31 bis 1», 2016, pp. 75-76; y, con términos similares, también en FEIJOO SÁNCHEZ, «Presupuestos», 2012, pp. 91-92.

metida, en nombre o por cuenta de la organización, y en su beneficio directo o indirecto, por alguna de las siguientes dos clases de sujetos³⁶.

4.1 En un primer nivel jerárquico, el hecho de conexión puede ser cometido por los representantes legales o por aquellas personas integradas en un órgano de la persona jurídica, que tengan autorización para tomar decisiones en su nombre, u ostenten facultades de organización y control interno³⁷. En esta categoría cabrían, en esencia, los administradores de hecho y de derecho, así como los mandatarios o apoderados, u otras personas que, por disposición estatutaria o legal, o por designación, tengan capacidad de representación para vincular a la persona jurídica. Es decir, quienes desempeñen su autoridad o poder con cierta autonomía o independencia dentro de la organización.

En el ámbito de la corrupción en los negocios, y especialmente en lo que se refiere a los sujetos activos de la modalidad favorecedora, tienen cabida aquí los administradores y los altos directivos, como es el caso de los directores generales o gerentes que dispongan de poder para representar legalmente a la empresa.

4.2 Y, en un segundo nivel, por quienes estén sometidos a la autoridad de las anteriores personas físicas, con la condición de que hayan podido cometer el hecho ilícito por no haberse ejercido sobre ellos la debida supervisión, control o vigilancia de su actividad³⁸.

³⁶ En referencia al artículo 31 bis CP de la reforma de 2010, BACIGALUPO SAGGESE, «Los criterios de imputación», 2011; DEL ROSAL BLASCO, «La delimitación típica», 2011, pp. 65-94; FEIJOO SÁNCHEZ, «Presupuestos», 2012, pp. 102-107. Y tras la reforma de 2015, FEIJOO SÁNCHEZ, «Los requisitos del art. 31 bis 1», 2016, pp. 84-88; BACIGALUPO SAGGESE, «La responsabilidad penal», 2016, pp. 33-35; ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal», 2016, pp. 699-700.

³⁷ La redacción del apartado primero del artículo 31 bis CP de la LO 5/2010 reza 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». Tras la LO 1/2015, se dice que las personas jurídicas responderán de «los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

³⁸ Según la dicción original de la LO 5/2010, las personas jurídicas serán también penalmente responsables «de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso». Con posterioridad a la reforma de 2015, el artículo 31 bis ha visto modificado su tenor en el sentido de que ahora las personas jurídicas responderán penalmente de «los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

En cuanto a esto, no debemos caer en el error de pensar que el Código Penal se refiere en exclusiva a la figura de los empleados, pues la ley solamente exige que entre el sujeto y las –antes aludidas– personas con autoridad exista una relación de subordinación, dependencia jerárquica o de sometimiento. Es por eso que el hecho de conexión, en este segundo supuesto, lo puedan cometer tanto los que se encuentren vinculados laboralmente a la empresa, como los que no. Lo importante, en definitiva, es que exista una relación de subordinación entre unos y otros, y no que esta dependencia jerárquica provenga de una relación laboral.

En lo que se refiere concretamente a la corrupción privada, y, en particular, a los sujetos activos de la modalidad favorecedora, esta relación de dependencia en la empresa puede tener su origen en una relación contractual de naturaleza laboral (empleados), o civil o mercantil (colaboradores). Pensemos, por ejemplo, en el caso de los trabajadores o mandos intermedios de una compañía; en los directivos que no dispongan de poder, pero sí capacidad para vincular obligatoriamente a la empresa; o, incluso, en los asesores o consultores externos que han sido contratados para una actuación profesional o mercantil muy concreta.

El punto en común a todas estas personas físicas es que se encuentran sometidas a la autoridad o encargo de un mando superior en la estructura de una persona jurídica.

5. Lo que no es posible en ningún caso, sin embargo, es que el hecho de conexión lo cometa una persona jurídica en representación de otra, porque el tenor del artículo 31 bis CP no lo permite. El texto normativo, al fijar cuáles son las dos posibles vías de imputación, está pensando siempre en atribuir un hecho delictivo a una persona jurídica³⁹. Por esta razón, un delito organizativo jamás puede tener como presupuesto una conducta ilícita de otra persona jurídica.

¿Significa esto que estamos ante una laguna de punibilidad en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas?

Aunque pudiera parecer chocante o, hasta en cierto punto, paradójico, en la práctica resulta bastante habitual que una persona jurídica se constituya en administradora de otra. La actividad mercantil de las organizaciones, rica en

³⁹ Tal y como acertadamente afirmó DEL MORAL GARCÍA, «no es posible que la responsabilidad penal de la persona jurídica surja como consecuencia de un delito cometido por otra persona jurídica, si entendemos que según el régimen legal la persona jurídica no comete un delito. El art. 31 bis.1 está pensando siempre en delitos cometidos por empleados o administradores que son personas físicas. La responsabilidad penal de una persona jurídica no surgirá porque otra persona jurídica esté constituida en administrador de aquella. Ahora bien, sí que habrá lugar a esa responsabilidad penal conjunta con la de otras personas jurídicas cuando entre ella y una de las personas físicas autoras pueda establecerse alguno de los vínculos previstos en el art. 31 bis (administrador de hecho o de derecho o empleado)». DEL MORAL GARCÍA, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2015, p. 250.

cuanto a las formas societarias en que puede desarrollarse, admite indudablemente esta posibilidad. Por esto, hay quien podría pensar que esta exclusión normativa del artículo 31 bis CP carece de sentido desde un punto de vista de política criminal; pues, ¿por qué los hechos delictivos realizados por administradores personas físicas sí pueden ser presupuesto de un delito corporativo, y los cometidos por administradores personas jurídicas no?

No obstante, esta diferencia de trato es más aparente que real. Pongamos por caso un ejemplo que nos sirva como banco de pruebas, al objeto de demostrar que estamos en lo cierto.

Ejemplo: Una persona física (A) se constituye en administradora única de la sociedad mercantil (B), y ésta última (B), a su vez, adopta la forma de administradora de la sociedad (C). Hasta aquí, nada destacable. No obstante, llegado un buen día, el sujeto (A), actuando por cuenta de (B), recibe en mano una cantidad nada despreciable de dinero a cambio de que la empresa (C) adjudique un determinado contrato mercantil a otra empresa distinta (D). Es decir que el sujeto (A) comete un delito de corrupción privada pasiva, de los de libro.

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿podrá servir esta conducta ilícita como presupuesto del delito de las empresas (B) y (C)? ¿o solamente podrá ser utilizada como hecho de conexión respecto de una de ellas, con carácter alternativo?

Desde nuestro punto de vista, el hecho de referencia puede ser atribuido a ambas empresas en la medida en que la persona física (A) actúa simultáneamente como administrador de derecho de la sociedad (B), y como administrador de hecho de la empresa (C). Respecto de una, porque figura y actúa formalmente, en su nombre, como administrador; y respecto de la otra, porque ostenta materialmente el control de la sociedad y actúa por su cuenta.

En suma, (A) actúa simultáneamente con una doble condición: como administrador de derecho de (B) y de hecho de (C). De ahí que en ambos casos se cumplen todos los requisitos para imputar un delito corporativo a (B) y (C), lo que demuestra, por ende, que al respecto no existe ninguna laguna de punibilidad.

La amplitud con la que está redactado el artículo 31 bis CP permite defender esta interpretación sin necesidad de forzar su tenor literal⁴⁰. Cuestión distinta, claro está, es el grado de responsabilidad o de corresponsabilidad que pudiera ser achacada a cada una de estas personas jurídicas (discusión que

⁴⁰ Como ya advirtió FEJOO SÁNCHEZ, la puerta de entrada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrá acabar siendo, bien un «pórtico» o «arco del triunfo», o bien el «ojo estrecho de una aguja», dependiendo de la interpretación más restringida o extensiva que se haga del artículo 31 bis CP, particularmente respecto del concepto jurídico-penal de administrador de hecho y de derecho. FEJOO SÁNCHEZ, «Presupuestos», 2012, pp. 92-93.

pertenece al tipo de injusto y a la culpabilidad). Pero en lo que se refiere a la posibilidad de imputar un delito corporativo, pues las dos organizaciones cumplen las condiciones requeridas por el Código Penal.

6. Y, por último, antes de finalizar este epígrafe, hay otro aspecto sobre el que habría que incidir: la circunstancia consistente en que el hecho delictivo de conexión se cometa en provecho de la persona jurídica es un aspecto que –en nuestra opinión– también interesa a la conformación del injusto corporativo.

Esto es, desde una doble perspectiva: el requisito de que la corrupción privada se cometa en provecho de la persona jurídica puede ser contemplado desde la óptica del delito de las personas físicas (hecho delictivo de referencia) y desde el plano del delito de las personas jurídicas (defecto organizativo).

Nos explicamos. De forma común a ambas vías de imputación de un hecho de conexión, el artículo 31 bis CP también exige que el delito de las personas físicas se haya realizado en provecho (LO 5/2010), o en beneficio directo o indirecto (LO 1/2015), de la persona jurídica a la que se pretenda atribuir un delito corporativo. Desde un punto de vista sistemático, la doctrina ha ubicado este requisito entre las condiciones necesarias para imputar un hecho de referencia⁴¹. Lo mismo sucede con la exigencia de que la persona física cometa el delito individual por cuenta o en nombre de la organización en cuestión⁴².

Sin perjuicio de ello, este requisito también juega un papel muy relevante –al menos, a nuestro modo de entender– en la conformación del injusto corporativo.

El defecto de organización no se puede entender sólo como una infracción del deber del debido control sobre la actividad de la empresa. También interesa a la injusto corporativo el hecho de que la organización permita o tolere actuaciones delictivas que le beneficien. Dicho de otro modo, hay defecto organizativo cuando la persona jurídica no use o ponga en marcha todos los mecanismos a su alcance para impedir o reducir el riesgo de que se cometan delitos en su beneficio o provecho.

Pues, en efecto, mediante una lectura *sensu contrario*, el artículo 31 bis CP no obliga a la persona jurídica a reducir o evitar el riesgo de que se cometan delitos en su contra, sino sólo los que se realicen en su beneficio directo o indirecto. Va de suyo que ninguna respuesta penal merece una

⁴¹ Véase, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, «La delimitación típica», 2011, pp. 53 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, «Presupuestos», 2012, pp. 98-101; FEJOO SÁNCHEZ, «Los requisitos del art. 31 bis 1», 2016, pp. 78-84; FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, pp. 109-115; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2016, pp. 173-174; MAZA MARTÍN, *Delincuencia electoral*, 2018, pp. 205-217.

⁴² *Ibidem*.

persona jurídica que ha sido víctima de un delito cometido por un representante o subordinado suyo, aunque ésta se haya autoorganizado de forma defectuosa⁴³.

7. Y a partir de esta doble perspectiva faltaría por abordar la importante cuestión de determinar cuándo la corrupción en los negocios se comete en provecho o en beneficio de la organización. Pero volveremos sobre ella más adelante, cuando examinemos el injusto corporativo, al objeto de evitar incurrir en reiteraciones innecesarias⁴⁴. Baste por el momento dejar apuntada aquí esta interrogante.

2. Marco jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por corrupción en los negocios

¿Qué reproche penal prevé nuestro ordenamiento frente a aquellas personas jurídicas responsables de corrupción en los negocios? ¿Cuáles son las penas que éstas pueden recibir?

La actual redacción del artículo 288 CP (LO 1/2015) ordena que:

«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 al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

2.º 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.»

⁴³ Recordemos a tal efecto la distinción conceptual realizada *ut supra* (punto 3), relativa a las organizaciones corruptas y organizaciones con sujetos corruptos.

⁴⁴ Véase, Capítulo VI, Apartado V.2.2.

Este régimen de responsabilidad contrasta con el previsto en la redacción original del artículo 288 CP (LO 5/2010), en el que se establecía que en el caso de los delitos previstos en el artículo 286 bis CP las penas a imponer consistirían solamente en:

- «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.
- b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.»

Es decir que, de conformidad con lo dispuesto expresamente en el Código Penal, la responsabilidad penal de las organizaciones corruptas variará según estemos ante hechos que se hayan cometido durante la vigencia de la LO 5/2010 (con una penalidad menor) o de la LO 1/2015 (con una penalidad mayor)⁴⁵.

Una lectura comparativa de ambas redacciones demuestra, por tanto, que tras la reforma del 2015 ha habido un más que notable incremento punitivo. El aumento de la penalidad *in abstracto* afecta al importe de las multas en general; no sólo en lo que atañe a los días-multa, sino también por haberse previsto *ex novo*, de forma alternativa, una multa proporcional que toma en consideración el beneficio obtenido por parte de la persona jurídica.

Y en cuanto a esto, como es bien sabido, las leyes penales nunca pueden aplicarse retroactivamente en perjuicio del reo, lo que determina que el régimen penológico previsto en la LO 1/2015 únicamente podrá ser aplicable sobre hechos de corrupción privada cometidos durante su vigencia temporal (principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable). Deberemos tener esto muy en cuenta a la hora de aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de corrupción privada.

Pero, ¿y a qué se debe este significativo aumento de las penas? Ciertamente, esta decisión legislativa no encuentra fácil explicación. No se entiende la razón de por qué el legislador ha decidido incrementar las penas de multa del delito de corrupción privada de las personas jurídicas cuando ni tan siquiera ha habido ocasión de aplicar este ilícito penal en sede judicial y, por tanto, tampoco ha habido tiempo para poder comprobar si las penas previstas disponían o no de la suficiente eficacia disuasoria.

Parece, más bien, una reforma adoptada de cara a la galería, que evidencia la actual –pero no reciente– deriva punitivista del Estado. Como si el Código Penal no dispusiera de los suficientes y necesarios instrumentos

⁴⁵ Y ello sin perjuicio de lo previsto en el régimen general de penas de las personas jurídicas establecido en el artículo 66 bis CP, que también ha sido modificado.

legales para combatir el fenómeno de la corrupción. En vez de una mayor penalidad, lo que hace falta son más y mejores medios, materiales y humanos, para la Administración de Justicia. No hay otra explicación que permita justificar esta inopinada elevación de la penalidad. Y, siendo así, sobran mayores comentarios en cuanto a esta forma irreflexiva y expedita de legislar, criticable por indeseable.

IV. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO SUJETOS DEL DELITO CORPORATIVO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

1. Es indiscutible que el artículo 288 CP regula el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de corrupción en los negocios. Ahora bien, lo que nos podemos plantear y que el precepto no aclararía es si las organizaciones pueden cometer las modalidades incentivadora y favorecedora (sin restricciones de ninguna clase), o solamente una de ellas (y cuál, en su caso).

En efecto, aunque el artículo 288 CP no establece ninguna limitación en cuanto a qué formas típicas son capaces de cometer las personas jurídicas, cierto sector doctrinal ha negado la posibilidad de que las organizaciones puedan incurrir en la modalidad favorecedora⁴⁶, circunscribiendo el delito de las personas jurídicas exclusivamente a las conductas descritas en la modalidad incentivadora (las únicas que podrían servir como hecho de referencia)⁴⁷.

¿Pero qué se basaría esta necesidad de limitar el delito corporativo de corrupción privada exclusivamente a la modalidad incentivadora? La respuesta a esta cuestión depende del posicionamiento que se adopte en torno al bien jurídico protegido por el delito y al modo en que se configura el delito de las personas físicas (que –no olvidemos– no deja de ser el hecho de conexión, presupuesto necesario para que pueda nacer una eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Si se opta por que la modalidad favorecedora única y exclusivamente incrimina los tratos de favor que deriven en una infracción de un deber *ad intra*, esto es, de un quebrantamiento obligacional que tienda a perjudicar los intereses patrimoniales de la empresa en cuyo seno se comete el ilícito penal, enton-

⁴⁶ Vid. VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 326; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, p. 6; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 364; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 221-224, y 323.

⁴⁷ Véase, CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 661. También en CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 8.

ces el hecho de conexión no cumpliría con los requisitos del artículo 31 bis CP (por falta del requisito de que el hecho de conexión se cometa en provecho de la persona jurídica)⁴⁸. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un administrador de una sociedad mercantil que, a cambio de una cuantiosa cantidad de dinero, decide aceptar una oferta comercial sobrevalorada, fuera de los precios de mercado, derivándose de esta decisión un detrimento económico para el patrimonio social que éste gestiona.

Y si se defiende que sólo criminaliza los tratos de favor que resulten en una infracción de un deber *ad extra*, es decir, frente al interés colectivo de la competencia (sin necesidad de que se lesione ningún interés patrimonial), entonces el hecho de conexión –en ciertas situaciones– sí podría cumplir los requisitos del artículo 31 bis CP (porque habría supuestos en los que la acción delictiva sí se comete en provecho de una entidad)⁴⁹. Como ejemplo podría traerse a colación el caso del trato de favor que consista en el reparto del mercado, mediante la fijación de precios, que tenga como fin marginar a ciertos competidores y beneficiar únicamente a las empresas de quienes participan en la corruptela. O la adjudicación de un contrato en términos beneficiosos para éstas.

Si se parte de la premisa de que debe producirse una infidelidad en perjuicio de la empresa, entonces es razonable pensar que el comportamiento de soborno comercial nunca puede cometerse en beneficio directo o indirecto de la organización favorecedora. Porque toda infidelidad *ad intra* tiene su causa en una actuación en perjuicio o en contra de los intereses de la organización.

Similar argumento se ha empleado para descartar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la modalidad favorecedora, al indicarse que el requisito del «favorecimiento» previsto en el tipo penal se encuentra orientado hacia la búsqueda del beneficio de la empresa del corruptor o de una tercera entidad, pero no de la empresa que habría de conceder el trato de favor. Así, esta responsabilidad penal sólo podría nacer en los casos de corrupción privada activa⁵⁰.

Porque, en efecto, si un representante de una sociedad recibe a título personal una comisión indebida para favorecer indebidamente a otro competidor, lo que normalmente hará es repercutir el precio del soborno en el coste global de la transacción económica (incrementando o no reduciendo el precio total de forma artificiosa, como sucede en las prácticas corruptas

⁴⁸ Véase, Capítulo II, Apartado III. 2.2.1.

⁴⁹ Véase, Capítulo II, Apartado III. 2.2.1.

⁵⁰ Así, GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 221-224, y 323.

conocidas como «kick-backs»), por lo que no podría decirse que éste ha actuado en beneficio de la persona jurídica, sino en su perjuicio. De ahí no sea de recibo que la sociedad perjudicada, que a la postre es la principal víctima de la corruptela de su directivo, se vea, además, sometida a responsabilidad penal⁵¹.

Esto es, en suma: la restricción del delito de las personas jurídicas a la modalidad incentivadora atendería a razones estrictamente morfológicas del delito, que no permitiría que la acción ilícita de las personas físicas se cometa en beneficio o provecho de la empresa favorecedora.

2. Sin embargo, ¿son éstos motivos suficientes para restringir a la modalidad incentivadora el delito de las personas jurídicas? Existen poderosísimas razones para sostener que no⁵². La reforma introducida por la LO 1/2015 ha permitido clarificar que el bien jurídico-penalmente protegido es exclusivamente el buen funcionamiento del mercado. Por ello, para cometer corrupción en los negocios no es necesario que se produzca una infracción de un deber de lealtad para con la empresa. Basta con que se atente contra el deber de respetar las reglas que rigen la competencia libre y leal.

Esto no quiere decir que toda acción cometida por las personas físicas deba o pueda ser imputada a las personas jurídicas (como hecho de referencia). Nada más lejos de la realidad. Sería una ingenuidad pensar que todo comportamiento corrupto cometido por un individuo dentro de una empresa se va a realizar en beneficio o en provecho de esta última. Es innegable que las organizaciones en determinados casos también pueden ser víctimas; y cuando lo sean no podrán responder penalmente, por no concurrir los requisitos del artículo 31 bis CP.

Pero esto no obsta a que las personas jurídicas puedan ser responsables penalmente de una conducta de corrupción cuando del pacto delictivo se vaya a beneficiar la empresa incentivadora y la favorecedora. No puede perderse de vista que el uso de incentivos ilícitos también puede tener por finalidad excluir o desplazar a un tercer competidor; y, en este orden de cosas, el delito se cometería, por una parte, en perjuicio de otros competidores, y, por otra parte, buscando el beneficio común de las dos partes del acuerdo corrupto (así sucedería en el caso empleado más arriba como ejemplo, en el punto 2.2).

⁵¹ Vid. CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 8; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 661.

⁵² De igual opinión, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 463-464; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, p. 252-255.

La finalidad de proteger el mercado exige, en este sentido, tutelar los potenciales intereses de los competidores, que son, a la postre, otras empresas que pueden verse desplazadas por el pacto delictivo de corrupción privada. Lo que –volviendo a lo dicho al principio de este apartado– sería coherente con el hecho de que el artículo 288 CP no establezca ninguna limitación en cuanto a qué personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

V. INJUSTO TÍPICO EN EL DELITO CORPORATIVO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

1. Aproximación general

La comunidad científica apenas ha prestado atención al injusto corporativo de corrupción en los negocios. Sobre todo se ha centrado en el estudio general de la, digamos, parte general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin especificar en qué consiste el defecto de organización en el caso concreto de este delito⁵³.

Sin embargo, no pocas son las cuestiones que surgen en torno a la tipicidad objetiva y subjetiva del defecto de organización. En el presente apartado las abordaremos, poniendo el foco especialmente en la casuística concreta que pudiera darse en la práctica.

Siguiendo con la noción constructivista de autoorganización defectuosa⁵⁴, la persona jurídica realiza el tipo de injusto cuando, actuando dentro de su libertad de autoorganización, crea o incrementa un riesgo jurídico-penal no permitido, achacable a un defecto de organización⁵⁵. El comportamiento delictivo de una persona física no constituye el fundamento de la punición de la persona jurídica, sino solamente el presupuesto de su responsabilidad penal⁵⁶.

⁵³ Vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, p. 364; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 459-464, 473-511; CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, pp. 661-662; GILI PASCUAL, *Corrupción en el sector privado*, 2017, pp. 221-224.

⁵⁴ Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico», 2016, pp. 125-141.

⁵⁵ En opinión de MAZA MARTÍN, «el injusto típico de la persona jurídica, por el que ésta responde, es el de la omisión de los mecanismos de control necesarios y razonablemente eficaces para prevenir la comisión, en su seno y por parte de las personas físicas que la integran, de ciertos delitos expresamente señalados para ello en el CP». MAZA MARTÍN, *Delincuencia electoral*, 2018, p. 468.

⁵⁶ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos», 2016, p. 112.

Para atribuir un defecto organizativo a una persona jurídica, entonces, habrá que comprobarse si la organización ha tolerado, permitido o facilitado, de forma consciente, la realización de este ilícito penal al objeto de obtener un provecho o beneficio.

Así, se cumplirán los requisitos del tipo objetivo, por un lado, cuando no se prevean medidas concretas e idóneas que razonablemente permitan impedir, reducir o, en definitiva, prevenir el riesgo de que se cometa corrupción privada en provecho o beneficio de la organización; y del tipo subjetivo, por otro lado, cuando se pueda atribuir a la persona jurídica un conocimiento organizativo de este riesgo no permitido.

No obstante, no puede caerse en el error de pensar que con esto ya está todo dicho. Nada más lejos de la realidad. Nuestro enfoque, más allá de lo teórico, pretende ser práctico. Y en este sentido todavía faltaría lo más importante.

En cuanto a la tipicidad objetiva habría que determinar, por una parte, en qué casos las medidas de control adoptadas serán ineficaces para impedir o reducir el riesgo de incurrir en corrupción privada; y, por otra parte, en qué supuestos la corrupción en los negocios se cometerá en provecho o en beneficio de la persona jurídica. Y en cuanto a la tipicidad subjetiva, habrá que detenerse en el estudio de los supuestos en los que pueda afirmarse que existe un conocimiento organizativo del riesgo no permitido.

2. Tipicidad objetiva. Defecto de organización en el delito corporativo de corrupción en los negocios

2.1 INEXISTENCIA DE MEDIDAS DE CONTROL EFICACES PARA IMPEDIR O REDUCIR EL RIESGO DE INCURRIR EN CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

1. Con independencia del concreto modelo que se defienda desde un punto de vista teórico-dogmático, en la actualidad el acuerdo doctrinal es generalizado a la hora de admitir, al menos, una cosa: si con anterioridad a la comisión del hecho de la persona física existían en la organización medidas de control razonablemente eficaces para prevenir y detectar delitos, entonces, no podrá haber responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁷. Cuestión aparte

⁵⁷ Con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015 esta cuestión, empero, no estaba tan clara, dado que en la redacción del artículo 31 bis introducida por la LO 5/2010 solamente se hacía referencia a «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», como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal corporativa. Esta misma atenuante mantiene su vigencia tras la LO 1/2015, en el artículo 31 quater. d) CP.

es el distinto encaje que los autores le dan a esta circunstancia en la teoría jurídica del delito, aspecto controvertido éste sobre el que no vamos a poder profundizar por razones de extensión⁵⁸.

Para poder imputar objetivamente una conducta a una persona jurídica debe comprobarse –a nuestro juicio– si a ésta le es atribuible la creación o incremento de un riesgo jurídico-penalmente no permitido. Sin esto difícilmente podría hablarse de imputación objetiva de un defecto de organización⁵⁹.

En lo relativo al delito de corrupción en los negocios, la organización debe sobrepasar el límite de lo permitido en la medida en que, constatándose la existencia del riesgo de que se produzcan comportamientos de soborno comercial en el seno de una persona jurídica, no se prevean medidas de vigilancia y control que resulten o sean reputadas eficaces para prevenir este delito (resulta indiferente –por lo menos en cuanto a esta discusión– si el programa de cumplimiento normativo es ineficaz para prevenir otros ilícitos penales que no son objeto de imputación).

El verdadero problema, sin embargo, es determinar cuándo estas medidas son suficientemente eficaces a efectos penales, y cuándo no lo son. Y al respecto, lamentablemente, no existe una regla de oro.

La solución a esta dificultad, sin embargo, podría venir de la mano del artículo 31 bis CP; y, en concreto, de los programas de prevención o de cumplimiento normativo penal, también conocidos como *criminal compliance programs*, que juegan un papel fundamental en este sentido⁶⁰.

⁵⁸ Por poner algún ejemplo, unos la califican como circunstancia eximente que excluye la culpabilidad (GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad», 2016); otros la consideran una causa que determina la falta de tipicidad objetiva (MAZA MARTÍN, *Delincuencia electoral*, 2018); y otros, incluso, la ausencia de tipicidad subjetiva (ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Compliance Programs», 2011); o como una excusa absolutoria que excluye la punibilidad (*Fiscalía General del Estado*, Circular n.º 1/2016). Pero sin duda la opción mayoritaria es la que la califica de eximente. Véase, SILVA SÁNCHEZ, «La eximente», 2016, pp. 680-691; ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal», 2016, p. 709; BACIGALUPO SAGGESE, «La responsabilidad penal», 2016, pp. 39-43; FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, pp. 76-78.

⁵⁹ En sentido similar, FEJOO SÁNCHEZ entiende que «lo relevante a efectos jurídico-penales es que se llegue a una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o se realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de una empresa». FEJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, p. 71. De interés, LASCURAÍN, «Compliance», 2013, pp. 131-133; BACIGALUPO SAGGESE, «Cultura de cumplimiento e integridad», 2016, pp. 5-6. Y de forma crítica con la noción de cultura de cumplimiento, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Observaciones», 2018, pp. 376-381.

⁶⁰ Tal es su importancia que, según la STS n.º 583/2017, de 19 de julio de 2017, cabe atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica porque ésta «(...) carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Ni siquiera se hace necesario evocar lo que sobre este punto y en relación a esta entidad lo que razonó la STS 154/2016. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales

No es momento de criticar la intrincada y oscura redacción del artículo 31 bis (LO 5/2010 y LO 1/2015), aunque ganas para ello no faltan. Baste decir simplemente que tras la reforma del 2015 el Código Penal ha clarificado –con mayor o menor acierto desde un punto de vista de técnica legislativa– qué requisitos deben tener estos modelos de prevención penal para que sean considerados eficaces (algo de extrema relevancia en la práctica si lo que se pretende es excluir, que no atenuar, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la correspondiente absolución del delito corporativo)⁶¹.

Según el artículo 31 bis (LO 1/2015), para que los planes de *compliance* puedan excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas deben: 1) identificar las actividades de la organización en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; 2) establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos; 3) disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; 4) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; 5) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; 6) realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

No basta con que la organización adopte medidas genéricas e inconcretas para prevenir delitos. Mucho menos cabe, entonces, que las medidas cuya implementación se acuerde por parte de la organización no lleguen a ejecutarse nunca.

2. Para que el modelo de prevención penal pueda ser reputado idóneo –a los efectos de descartar un eventual defecto de organización– debe prever medidas de vigilancia y control que tomen en consideración los concretos de-

del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implanta en medidas para prevenir sus propios propósitos y planes» (F. J. 28.^o).

⁶¹ En este sentido, habrá lugar a una atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando la organización adopte, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con sus medios o bajo su cobertura. Esta atenuante, tal y como se encuentra configurada, es una medida reactiva de la persona jurídica, posterior a la comisión del hecho de conexión, que disminuye la culpabilidad de la organización, digamos, por reconducir y corregir su defectuosa organización. Según el Código Penal, en estos casos habrá una menor necesidad de pena (artículo 31 bis. 4.d) CP [LO 5/2010] y artículo 31 quater. d) CP [LO 1/2015]).

litos en los que pudiera haber riesgos. Y estas medidas deben adaptarse a la específica e incluso, en ocasiones, variada y cambiante actividad social de la persona jurídica.

Debe evitarse que el modelo de prevención penal se convierta en un precioso y recién comprado manual que se llene de polvo con el tiempo. El modelo no nace para ser adorado, por imposición de la organización, pero del que se prescindir a la hora de la verdad; porque ello sería tanto como no disponer de ningún programa de prevención de delitos.

Para valorar la eficacia de un modelo de *compliance* penal, eso sí, debe tenerse en cuenta que no existe el riesgo cero de comisión de delitos⁶². Se puede reducir en mayor o en menor medida el riesgo de que se cometan delitos en el seno de una persona jurídica, pero éste no puede ser eliminado completamente. Es decir, no existe la eficacia preventiva absoluta. De ahí que no pueda exigirse a las organizaciones la persecución de una utopía, un objetivo inalcanzable: la supresión total y efectiva de todo riesgo⁶³.

A nadie le es exigible lo que no es posible. De lo contrario, toda comisión de un delito acarrearía la constatación empírica de que existe un defecto de organización en la persona jurídica. Y esto, se mire por donde se mire, sería inaceptable jurídicamente en tanto que nos abocaría a un régimen de responsabilidad penal objetiva: pues la persona jurídica siempre terminaría respondiendo penalmente por el hecho de conexión cometido por la persona física en cuestión.

Lo que debe exigirse a la persona jurídica, en definitiva, es que la implementación del programa de *compliance* deba hacerse atendiendo, por un lado, a sus posibilidades organizativas, y, por otro lado, a los riesgos que pudieran generarse en su particular actividad y que razonablemente puedan prevenirse mediante medidas de vigilancia y control concretas⁶⁴.

Para la absoluciónde una persona jurídica bastará con probar que el individuo, al realizar el hecho de conexión, vulneró todos los controles y obstáculos de supervisión y vigilancia de la corporación. O lo que es igual, que la

⁶² Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico», 2016, p. 132.

⁶³ En opinión de GÓMEZ TOMILLO, lo que no cabe racionalmente es la exigencia de un *compliance* perfecto, sin fisuras, que, con toda probabilidad, sería incompatible con un ejercicio razonablemente eficaz de las tareas empresariales. GÓMEZ TOMILLO, «Programas de cumplimiento», 2016, p. 107.

⁶⁴ Según ha afirmado acertadamente NIETO MARTÍN, «La implantación de un programa de cumplimiento debe hacerse atendiendo a las concretas circunstancias de la empresa. Los riesgos a prevenir no son iguales en una empresa constructora que en un banco o en una empresa tecnológica. Para atender a estas peculiaridades en el diseño de los programas de cumplimiento, se acude al análisis de riesgos. La empresa debe concentrar su prevención en aquellos riesgos que son previsibles». NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales», 2013, p. 195. Asimismo, CORCOY BIDASOLO, «Problemas político-criminales», 2018, pp. 224-225.

empresa vigiló debidamente su actividad, pero, aun así, vio soslayados sus controles (no por falta de diligencia de la persona jurídica).

3. Aplicando esto al injusto corporativo en el caso de la corrupción en los negocios, ¿cómo podría reducirse el riesgo de que se cometa este ilícito penal en el seno de una organización? Este es el problema que aquí nos interesa.

Como decíamos antes, no existe una regla de oro. Cada persona jurídica es distinta en cuanto a su actividad social, dimensión, estructura organizativa, número de empleados, volumen de negocio y objetivos comerciales. Sería una necedad pensar que todas las medidas de vigilancia y control que sirven a una organización también deben servir al resto. Por esto es tan importante que los planes de prevención penal, aun partiendo desde un modelo genérico, tengan en cuenta las particularidades individuales de cada persona jurídica. Por eso no hay un sólo modelo de órgano de cumplimiento normativo, en lo que atañe a cómo éste se articula⁶⁵.

Al respecto resulta de interés el régimen de medidas de prevención previstas en la norma UNE-ISO 37001, que regula el estándar internacional de los sistemas de gestión de «antisoborno»⁶⁶. La norma UNE-ISO 37001, tal y como se indica en su introducción, es un documento que refleja las buenas prácticas internacionales y que puede ser utilizado en todas las jurisdicciones y en empresas grandes, medianas y pequeñas de todos los sectores, incluidos el público y privado. En este sentido, podría decirse, estamos ante una norma de *soft law* que no es por sí misma vinculante en sede penal, pero sí resulta de utilidad a la hora de valorar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas para prevenir, detectar y reaccionar frente a conductas de «sobornos» en el ámbito de los negocios⁶⁷.

⁶⁵ Véase, DE LA MATA BARRANCO, «El órgano de «compliance» penal», 2018, pp. 37-38.

⁶⁶ La certificación Antisoborno UNE-ISO 37001 ha sido promovida por la Organización Internacional de Normalización (ISO, en inglés), que es una organización internacional no gubernamental del que forman parte más de 160 órganos de certificación de diversos Estados de todo el globo. En el caso de España, la AENOR (acrónimo de Asociación Española de Normalización y Certificación) es la encargada codificar las normas UNE (Una Norma Española). Por eso esta certificación de sistemas de gestión de lucha contra el soborno se denomina en nuestro país con la referencia UNE-ISO 37001. De interés también resulta la certificación UNE-ISO 19600 sobre sistemas de gestión de *compliance*. Para más información: <https://www.iso.org> (visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 18:56 horas).

⁶⁷ No se trata, como ha dicho públicamente en una ponencia el Excmo. Sr. D. Alejandro Luzón Cánovas (como Fiscal Jefe de la Fiscalía Anticorrupción), de dejar en manos de este certificado la culpabilidad de la persona jurídica («Luzón critica los certificados de "compliance": la culpa no debe depender de normas privadas», en *Cinco Días*, 16 de noviembre de 2018: (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/11/16/legal/1542354242_939739.html Visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 18:56 horas). De lo que se trata –en realidad– es de conceder a las empresas posibilidades para autoorganizarse debidamente con arreglo a la legalidad, porque de lo contrario lo que se conseguiría es arrebatar a las organizaciones toda posibilidad de defensa, desincentivándolas desde un

No vamos a reproducir a continuación todas y cada de las recomendaciones de la citada norma UNE-ISO. Sin embargo, sí conviene destacar algunos de los aspectos que en términos generales –a nuestro juicio– resultan más interesantes o, por lo menos, de mayor relevancia, a los efectos de poder valorar el grado de eficacia de un modelo de prevención de delitos en materia de corrupción en los negocios⁶⁸.

3.1 Para diseñar un buen sistema de gestión «antisoborno», según esta norma, primero hay que comprender correctamente cómo funciona la organización y cuál es su estructura, en toda su extensión (apartado 4).

Habrá que tomar en consideración no sólo el tamaño de la organización, sistema jerárquico, delegaciones de funciones, o lugares en los que opera la persona jurídica; sino también la naturaleza, escala y complejidad de las actividades y operaciones de la organización; su modelo de negocio; los socios de negocios; y los deberes y obligaciones legales, reglamentarias, contractuales y profesionales que sean aplicables. Una vez hecho esto, habrá que evaluar la intensidad del riesgo de que en la organización se incurra en prácticas corruptas, la cual podrá ser mayor o menor dependiendo de los factores anteriormente mencionados.

Así, por ejemplo, será más fácil controlar una pequeña empresa que tiene su actividad en una sola ciudad, que una organización compleja y descentralizada, con actividad en muchos lugares. De igual manera, una organización que se nutre económicamente a través de operaciones de escaso valor tendrá un menor riesgo que una que habitualmente cierre transacciones contractuales de altísimo importe, dado que en estas últimas es donde es más fácil sucumbir ante una jugosa comisión. Por ello, no existe el mismo riesgo en una empresa, por ejemplo, del sector inmobiliario que opera en todo el territorio nacional, que en otra del ganadero a nivel comarcal.

punto de vista preventivo. Por eso diversos autores consideran que estas certificaciones son útiles para evaluar la eficacia de un programa de cumplimiento normativo. Véase, NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales», 2013, p. 176-177; GÓMEZ TOMILLO, «Programas de cumplimiento», 2016, p. 110; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Tomarse la responsabilidad penal», 2016, pp. 142-144; GONZÁLEZ CUSAC, «El plano político criminal», 2018, p. 100; CASANOVAS, «La norma UNE 19601», 2018, pp. 894-897; MAGRO SERVET, «Viabilidad de la pericial», 2019. Además de, por supuesto, la Circular n.º 1/2016 de la FGE, p. 52.

⁶⁸ Muchos de los aspectos a los que aludiremos también se apuntan en ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, pp. 480-486, aunque en referencia a la *Bribery Act 2010 Guidance* (pp. 22 a 31), del Ministerio de Justicia del Reino Unido. Y por su gran interés y valor destaca también NIETO MARTÍN, «Fundamentos», 2015, pp. 129-134; NIETO MARTÍN, «Código ético», 2015, pp. 135-163; NIETO MARTÍN, «La prevención», 2015, pp. 307-310, y 340-371; VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO, «Compliance programs y DPA», 2016, pp. 26-30; CUATRECASAS MONFORTE, «Corrupción en los negocios», 2019, pp. 383-384.

3.2 Identificados y evaluados los factores de riesgo que pudieran existir, la organización, a través de su órgano de gobierno, deberá aprobar una política «antisoborno», que tendrá que contar con recursos adecuados y apropiados para permitir el funcionamiento eficaz del sistema de prevención de delitos (apartado 5).

El objetivo es que la organización promueva una cultura «antisoborno», comunicando interna y externamente su compromiso de no incurrir en prácticas corruptas. En este sentido, el documento que recoja la política «antisoborno», además de estar accesible para las partes interesadas, deberá explicar las consecuencias de su no acatamiento, que podrá consistir en la adopción de medidas disciplinarias y la denuncia de los hechos ante las autoridades competentes.

3.3 Como requisito indispensable, el sistema de gestión «antisoborno» deberá contar con los suficientes recursos humanos, materiales y financieros (apartado 7).

Esto incluye la contratación de personal –interno o externo– para que asuma la función de cumplimiento normativo en materia de prevención de la corrupción (nos referimos a los archiconocidos responsables de cumplimiento normativo o, según la terminología anglosajona, *compliance officers*⁶⁹); la dotación de medios materiales para que este personal pueda trabajar (espacio de oficina, muebles, papelería, hardware y software en el ordenador, etc.); y la asignación de un presupuesto suficiente (mediante partidas económicas que permitan al sistema de gestión «antisoborno» funcionar con razonable eficacia).

Ninguna eficacia preventiva tiene un programa de prevención de delitos en materia de corrupción en los negocios si al momento de implantarlo en la organización no se prevén todos los medios necesarios para que éste pueda funcionar con normalidad.

3.4 Otro aspecto fundamental es la formación del personal encaminada a la toma de conciencia de la política «antisoborno» y de su relevancia (apartado 7.3).

Atendiendo a las características propias de cada organización, la formación podrá impartirse –con mayores o menores formalidades– mediante métodos presenciales (mesas redondas, talleres, ponencias, etc.) o en línea (módulos o cursos online). Lo importante no es el método de enseñanza escogido, sino el resultado obtenido. En este sentido, cuanto más adaptada esté la formación al rol de cada trabajador personal mayor será la eficacia a la hora de prevenir esta clase de prácticas corruptas. Huelga decir a este respecto que el

⁶⁹ En cuanto a ello, MONTANER FERNÁNDEZ, «Delegación de funciones», 2016, pp. 51-53.

personal que por sus funciones tienen más riesgo de incurrir en estos comportamientos deberían recibir una formación más detallada.

3.5 Al objeto de poder cumplir con la anterior recomendación, es necesario que la organización determine de forma clara qué regalos, atenciones, donaciones o beneficios similares pueden ser aceptados y cuáles no (apartado 8.7).

Aquí la organización tendría dos opciones. O bien prohibir completamente la percepción de toda clase de obsequio, o bien permitir la aceptación de regalos y atenciones limitándolos atendiendo a diferentes factores como: i) su valor económico máximo (por ejemplo, un importe máximo de 100 euros); ii) según su frecuencia en el tiempo (por ejemplo, a lo sumo un obsequio al año); iii) por razones de oportunidad (por ejemplo, no durante o inmediatamente después de la negociación de una transacción comercial); iv) atendiendo a la razonabilidad del obsequio (por ejemplo, con arreglo a los usos y costumbres del lugar, sector, o la antigüedad del donante o receptor); v) por identidad o responsabilidad del destinatario del regalo en la organización (por ejemplo, prohibiéndoseles a los administradores la percepción de toda clase de obsequios); vi) según un criterio de reciprocidad (por ejemplo, en el sentido de no poder aceptar un regalo que la propia organización no autorizaría a dar en el caso de estar en la situación contraria); vii) sometiendo la aceptación del obsequio a una aprobación previa por parte de un responsable de la organización (por ejemplo, solicitando el visto bueno al superior jerárquico o responsable de la empresa); viii) supeditando la admisión del regalo al hecho de que se haga pública su percepción, o de forma documentada y transparente (por ejemplo, mediante una comunicación interna).

En todo caso, el mensaje de la organización debe ser claro y contundente: no se deben prometer, aceptar, solicitar, entregar ni ofrecer incentivos ilícitos para conceder un trato de favor en una transacción comercial.

3.6 Todo buen programa de cumplimiento normativo debe prever también la implementación de adecuados controles en materia financiera (apartado 8.3).

Me atrevería a decir que esta clase de controles, con toda probabilidad, son los más importantes a la hora de prevenir prácticas de corrupción en el sector privado, pues son los que, en definitiva, permitirán reducir con mayor eficacia el riesgo de que se autoricen o realicen pagos indebidos a terceros. Por poner algunos ejemplos, dependiendo de la estructura de la organización sería conveniente, entre otros, establecer un sistema de separación de funciones, de modo que un mismo individuo no pueda iniciar y aprobar una orden de pago; requerir una firma mancomunada para la aprobación de determinados pagos de cierta envergadura; restringir el uso de dinero en efectivo y es-

tablecer medidas de control de la caja; revisar periódicamente las operaciones financieras concertadas por la organización; e implementar niveles escalonados apropiados de autoridad para la aprobación de pagos, de modo que las transacciones comerciales más relevantes requieran la aprobación del más alto nivel de la organización.

3.7 Sin perjuicio de lo anterior, la implementación de controles de naturaleza no financiera también puede ayudar a disminuir el riesgo de soborno en la organización (apartados 8.4 y 8.5).

A modo ejemplificativo, la organización podrá controlar los procesos de contratación de personal comprobando si los postulantes a un puesto de trabajo entienden la importancia del cumplimiento normativo; tomando medidas razonables para determinar si el candidato ha participado con anterioridad en prácticas corruptas; o verificando que la razón de ofrecer el empleo no sea para asegurar un trato de favor para la organización. También puede la organización evaluar y revisar las bonificaciones económicas del personal dependiente –en caso de que sea necesario– al objeto de evitar que se tenga la tentación de ofrecer o solicitar un soborno en determinadas transacciones comerciales (por ejemplo: por la presión de la organización para lograr ciertos objetivos de ventas).

En otra esfera de control distinta, resultaría conveniente que la adjudicación de un contrato –siempre que sea posible y razonable– se produzca después de que haya habido un proceso justo, competitivo y transparente de licitación, entre al menos tres competidores. Pero esto dependerá también de la envergadura del contrato para el que se soliciten diversas ofertas comerciales. Entre las cautelas añadidas que puedan adoptarse, está la adopción de medidas que garanticen la confidencialidad de la información sensible facilitada por los competidores, limitándose el acceso únicamente a las personas autorizadas.

Y en paralelo a esto último, es preferible que al menos dos personas evalúen las ofertas antes de su definitiva aprobación; y que otras dos firmen el contrato o los documentos que dan por terminados los trabajos emprendidos o suministros proporcionados. Esto no es baladí pues el sistema de separación de funciones reduce el riesgo de soborno. Por ello también se recomienda que el departamento que, dentro de una organización, solicita una serie de bienes o servicios, sea distinto del departamento que después gestiona el contrato. De esta forma se evalúa mejor la necesidad y legitimidad de la transacción comercial en cuestión. En cualquier caso, si se trata de relaciones comerciales con un alto riesgo de corrupción, puede establecerse también un nivel superior de supervisión, por ejemplo, sometiendo la decisión final al máximo órgano de la

organización, para que apruebe definitivamente la operación. Así podría exigirse, verbigracia, en los supuestos en los que exista algún conflicto de interés (por conexiones familiares, financieras u de otra clase).

En este sentido es recomendable igualmente que la organización sea diligente a la hora de conocer a sus socios de negocios, esto es, a las empresas con las que se va a mantener una relación comercial⁷⁰. A tal objeto se aconseja, entre otros, obtener información relativa a su compromiso y reputación ética, y verificar si la empresa ha sido condenada en algún procedimiento penal. Un dato positivo a tener en cuenta será si la empresa con la que se vaya a entablar o exista un trato comercial también tiene implementadas medidas de prevención o lucha contra el soborno (lo que podrá comprobarse, por ejemplo, pero no siempre, a través de buscadores de internet).

A través de todas estas medidas, cuando menos, se vislumbraría un compromiso claro de la persona jurídica de hacer frente a la lacra de la corrupción en el sector privado.

3.8 El sistema de gestión «antisoborno» también debe fomentar y facilitar que los integrantes de la organización puedan reportar o denunciar anónimamente, cualquier actuación de soborno, o cualquier incumplimiento o debilidad de los controles implementados, por supuesto, sin miedo a represalias (apartados 8.9 y 8.10).

Para la consecución de este fin la organización debe prever un procedimiento documentado de investigación interna, que podrá ser tramitado de manera confidencial o reservada. El esclarecimiento de un supuesto hecho de corrupción corresponderá a los investigadores que la organización designe, pudiendo encargarse tal función al órgano o persona responsable del cumplimiento normativo en la empresa⁷¹.

Sin embargo, lo que —a nuestro parecer— determinará la mayor eficacia del modelo de prevención en cuanto a este aspecto es que los investigadores dispongan de cierta independencia o empoderamiento en la organización a la hora de decidir indagar o archivar la denuncia interna. Esto permitirá a su vez que los investigadores puedan requerir la oportuna cooperación o colaboración del resto de departamentos, órganos o integrantes de la corporación.

⁷⁰ Para SILVA SÁNCHEZ, de hecho, el deber de vigilancia de la persona jurídica incluye un deber de selección correcta, bien entendido en el sentido de que la contratación con terceros sea adecuada *ex ante* para la tarea que se solicita. Véase, SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia», 2013, p. 98.

⁷¹ Como bien indica ENCINAR DEL POZO, aunque esta obligación no está impuesta legalmente a las entidades, fácticamente están compelidas a ella. *Cfr.* ENCINAR DEL POZO, «Delitos de corrupción en los negocios», 2016, p. 7.

3.9 Sin perjuicio de todo lo anterior, lo que dotará de vida al programa de prevención será que los controles sean periódicamente revisados o supervisados, por ejemplo, mediante una auditoría interna o externa independiente, siempre con arreglo a las necesidades y particularidades de cada organización (apartados 9 y 10).

Lo ideal es que quien vaya a hacerse cargo de este cometido cumpla con los requisitos de idoneidad, competencia e independencia en el desempeño de su función. En definitiva, no podemos perder de vista que lo que se pretende es comprobar y hacer un seguimiento, de la forma más objetiva y documentada posible, de la eficacia de las medidas de control y prevención implementadas, para, en su caso, proponer nuevas mejoras o enmendar las ya existentes.

Recordemos que un modelo de cumplimiento normativo no puede quedarse anquilosado, inmóvil ante los cambios en la organización. Por este motivo no debe tenerse miedo a revisar el sistema y a proponer mejoras. Buena parte de la eficacia de un programa de prevención de delitos depende, precisamente, de si éste es o no revisado periódicamente⁷².

A fin y al cabo, el mensaje que lanza el Código Penal es que las personas jurídicas deben asumir, en forma de pena, las consecuencias de su defectuosa actividad. Por esta razón, a una entidad que regularmente fiscaliza sus medidas de control para comprobar su efectividad, con el propósito de –si fuera necesario– mejorarlas, difícilmente podrá atribuírsele objetivamente un defecto de organización.

4. No todo riesgo conlleva responsabilidad penal. Debemos aceptar que vivimos en una sociedad del riesgo y que la delincuencia no puede ser completamente erradicada (tampoco el fenómeno de la corrupción de los negocios). De ahí nuestra conclusión: mientras que la persona jurídica, dentro de su capacidad de autoorganización, se mantenga dentro de los márgenes del riesgo permitido, no podrá haber imputación objetiva de un delito corporativo de corrupción privada.

⁷² En cuanto a esto, además de la citada norma UNE-ISO 37001, también destaca la *Guía práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno y prevención de la corrupción*, auspiciada y publicada en el 2017 por Transparencia Internacional (y cuya autoría corresponde a la Prof. Dra. Silvina Bacigalupo Saggese y a David Martínez García, investigador de Transparencia Internacional España). Tal y como figura en la presentación de esta Guía, su finalidad «ofrecer a las empresas una herramienta que les permita, por un lado, medir y evaluar el nivel y la calidad de su cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción y, por otro, evaluar el contenido y nivel de su reporting (...)». Desde nuestro punto de vista, lo que resulta más interesante de este manual de Transparencia Internacional es que en ella se incluye un extenso formulario de autodiagnóstico (apartado IX), detallado y de carácter muy técnico, que nos parece ciertamente útil para abordar la tarea de valorar el grado de compromiso de la organización en lo que se refiere a la prevención de conductas delictivas, en general, y de corrupción, en particular.

2.2 CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS EN INTERÉS DE LA PERSONA JURÍDICA

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 bis CP, las personas jurídicas únicamente serán penalmente responsables cuando el delito de corrupción en los negocios se cometa en su provecho (LO 5/2010) o en su beneficio directo o indirecto (LO 1/2015). Luego, *a sensu contrario*, las organizaciones no podrán responder penalmente cuando éste se realice en perjuicio o en contra de sus intereses. Tal y como acertadamente ha indicado la doctrina, no es dable que la empresa perjudicada, principal víctima de la práctica corrupta, sea vea además sometida a responsabilidad penal⁷³.

Existe cierto acuerdo doctrinal en aceptar que el provecho o beneficio directo o indirecto para la persona jurídica puede producirse en forma de una ganancia económica, en el ahorro de un coste, en la evitación de un perjuicio o en la obtención de una ventaja, por ejemplo, estratégica o reputacional, frente a otros competidores, que pueda repercutir positivamente en la organización, entre otros⁷⁴.

Conforme a una interpretación teleológica, pues, bastará con que la persona física actúe en provecho de la organización, aunque ésta no sea su principal o única motivación, y aunque finalmente no se logre obtener dicho beneficio directo o indirecto (algo habitual en los delitos cometidos en grado de tentativa de los que también pueden responder las personas jurídicas)⁷⁵. Dicho de otro modo, lo que el Código Penal exige es que la conducta de la persona física sea idónea objetivamente para beneficiar a la organización⁷⁶.

Ahora bien, ¿y por qué analizamos este elemento, el del provecho o beneficio para la organización, dentro del delito de corrupción en los negocios las personas jurídicas? ¿No es éste un requisito general del hecho de conexión cometido por la persona física, presupuesto necesario del delito corporativo? Como hemos dicho más arriba⁷⁷, el requisito de que la corruptela se cometa en

⁷³ Cfr. CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 661. También, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 364.

⁷⁴ Entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2010, p. 290; FEJOO SÁNCHEZ, «Presupuestos», 2012, pp. 100-101; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2016, p. 175; FEJOO SÁNCHEZ, «Requisitos del art. 31 bis 1», 2016, pp. 81-83; BACIGALUPO SAGGESE, «La responsabilidad penal», 2016, p. 35; ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal», 2016, p. 700.

⁷⁵ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2016, p. 175.

⁷⁶ Así lo entiende también la Fiscalía General del Estado, que afirma que la acción de la persona física debe tender efectivamente a la consecución de un provecho, valorándose ésta desde una perspectiva objetiva y razonable, y con independencia de que finalmente la utilidad no llegue a producirse (Circulares n.º 1/2011 y 1/2016).

⁷⁷ Véase, Capítulo VI, Apartado III.1.

provecho de la persona jurídica puede ser contemplado desde una doble perspectiva: desde la óptica del delito de las personas físicas (hecho delictivo de referencia) y desde el plano del delito de las personas jurídicas (defecto organizativo).

Vayamos por partes. En efecto, si el delito de las personas físicas se comete en beneficio de una organización es una circunstancia que interesa al hecho de referencia (indispensable para poder imputar jurídico-penalmente un delito a una persona jurídica). Así se prevé en el artículo 31 bis CP, y así lo entiende la dogmática penal más autorizada⁷⁸.

No venimos a discutir esto, ciertamente, porque no hay nada de incorrecto en ello. Lo que decimos, sin embargo, es que –al menos, a nuestro juicio– incumbe también al injusto corporativo, esto es, al hecho propio de la persona jurídica, el que se incurra en un defecto de organización que posibilite obtener un beneficio o provecho en favor de la entidad. Pensemos, por ejemplo, en los casos en los que a una empresa le resulta más provechoso pasar por caja y pagar una comisión indebida para obtener un contrato, que no hacerlo y quedarse fuera de un potencial negocio.

Y no, no estamos confundiendo el presupuesto (el hecho de referencia de la persona física) con el fundamento de la punición de la persona jurídica (injusto corporativo). Una cosa es que el delito de las personas físicas termine enriqueciendo directa o indirectamente a la persona jurídica (aspecto a valorar dentro del proceso valorativo de imputación del hecho de conexión), y otra cosa muy distinta es que la persona jurídica se autoorganice de tal forma que permita, ampare o facilite, puntual o sistemáticamente, que se cometa corrupción en su seno, porque le sale más rentable, al obtener un rédito económico de esta clase de actividades ilícitas (circunstancia necesaria para evaluar si la persona jurídica se ha organizado de forma defectuosa).

Lo relevante para la conformación del injusto corporativo es esto último (modelo de autorresponsabilidad), pues no podemos responsabilizar penalmente a una organización por el simple hecho de que el delito cometido por la persona física acarree –fortuitamente o no– un beneficio o provecho para aquella (modelo de heterorresponsabilidad). Por tanto, según el planteamiento que aquí defendemos, no puede castigarse penalmente a una persona jurídica si

⁷⁸ Entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2010, pp. 289-290; FEIJOO SÁNCHEZ, «Presupuestos», 2012, pp. 100-101; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos», 2016, pp. 111-113; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2016, pp. 173-175; FEIJOO SÁNCHEZ, «Requisitos del art. 31 bis 1», 2016, pp. 81-84; FEIJOO SÁNCHEZ, *El delito corporativo*, 2016, pp. 109-115; MAZA MARTÍN, *Delincuencia electoral*, 2018, pp. 210-217.

ésta ha implantado medidas de vigilancia y control razonablemente eficaces para impedir o prevenir la comisión de corrupción privada en su provecho o beneficio directo o indirecto (*ex* artículo 31 bis CP).

El debido control de la organización debe ir encaminado, por tanto, a evitar o reducir el riesgo de que se realicen, en su provecho, comportamientos de corrupción en el sector privado⁷⁹. De este modo resultaría más sencillo identificar y punir las genuinas «organizaciones corruptas» (personas jurídicas culpables), evitando caer en la tentación de asimilarlas *contra reo* a las que simplemente son «organizaciones con sujetos corruptos» (personas jurídicas no culpables). Si queremos acercarnos a un modelo de responsabilidad por el hecho propio, esta es la interpretación que –entendemos– es más coherente con la finalidad de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Este es el prisma a través del cual debe hacerse la lectura de lo que se expondrá a continuación.

2.2.1 *Corrupción en los negocios en interés de la empresa favorecedora*

¿En qué supuestos cabe apreciar que la corrupción en los negocios se ha cometido en interés de la empresa favorecedora (esto es, en provecho de la organización a la que se encuentre vinculada el individuo que comete la modalidad favorecedora)?

Existen –a nuestro modo de entender– dos grandes constelaciones de casos en los que podría darse esta posibilidad.

1. En cuanto al primer grupo, puede haber responsabilidad penal de la empresa favorecedora cuando el acto de favorecimiento indebido (propio o ajeno) –previsto en la conducta típica de las personas físicas– sea objetivamente idóneo para reportar un beneficio a la persona jurídica.

Teniendo en cuenta que el «favorecimiento indebido» debe ser interpretado en clave de deslealtad hacia la competencia⁸⁰, puede suceder que los individuos incentivador y favorecedor se pongan de acuerdo –cada uno actuando por cuenta de su respectiva organización– para, previo ofrecimiento o pago de una comisión, conceder un trato de favor que resulte objetivamente provechoso para ambas personas jurídicas (no sólo para la empresa favorecida por la ventaja competitiva).

⁷⁹ En palabras de LASCURAÍN, «se trata de organizarse para que en su actuación no se produzcan daños delictivos en su favor; para que no se cometan delitos». LASCURAÍN, «Compliance», 2013, p. 125.

⁸⁰ Véase, Capítulo II, Apartado III.2.2.1.

Las organizaciones que hagan de la corrupción su forma de hacer negocio (puntual o prolongadamente en el tiempo), por lo general, lo harán evidentemente porque pretenden obtener un lucro. Sobre todo, si el coste de la corrupción puede verse ampliamente compensado por una mayor ganancia o ventaja comercial de la que aprovecharse después. La casuística en este sentido puede ser muy amplia y variada, dada la riqueza de situaciones que pudieran producirse y que no nos resulta posible abarcar aquí por completo. Por ello baste mencionar algún ejemplo al objeto de ilustrar lo que se acaba de decir.

A) En los supuestos de adjudicación de un contrato cuando concurren diversos competidores a una misma propuesta de negocio, podrá haber responsabilidad penal de la empresa favorecedora cuando, de entre todas las ofertas comerciales propuestas, la escogida como consecuencia de un incentivo ilícito no resulte desventajosa. Y esto es así porque si el trato de favor consiste en la adjudicación de un contrato en términos desfavorables para la empresa favorecedora, entonces, el hecho de referencia tendería objetivamente hacia un perjuicio y, por ende, no sería posible atribuir un delito a una persona jurídica (*ex* artículo 31 bis CP).

No obstante, el verdadero escollo reside en aquellos casos limítrofes, los más problemáticos por naturaleza, especialmente cuando no se sepa determinar con rotundidad qué oferta comercial resulta más ventajosa y cuál más desventajosa.

Para resolver esta cuestión, ¿qué criterio debe seguirse? ¿debe atenderse sólo al precio del producto o servicio? ¿o también a la calidad del mismo, u otras circunstancias como, por ejemplo, su diseño o estética? Siguiendo por esta línea, podrían valorarse incluso otros factores de relevancia como si la oferta comercial escogida resulta preferible por el menor tiempo en que será dispensado el servicio o suministro contratado; o por ser, verbigracia, la propuesta más respetuosa con el medio ambiente, debido a su menor impacto ecológico.

En definitiva, lo que quiere decirse es que no resulta tan sencillo determinar si una de estas conductas de corrupción en los negocios es objetivamente idónea para beneficiar a una organización defectuosa. Lamentablemente tendremos que valorar caso por caso para poder saberlo, pero se trata en esencia de un problema de prueba. Pero nada obsta a que el delito de la persona física pueda ser realizado en provecho de la compañía que deba conceder el trato de favor.

B) Más fáciles resultan, en cambio, los supuestos en los que la mejora de la posición de una empresa en el mercado consista, por ejemplo, en el reparto anticompunitivo de un determinado sector comercial, discriminándose al

resto de competidores que no participen en el pacto corrupto (mediante la fijación de precios, pactos de no agresión en determinados territorios o sectores, entre otros). Y esto es así porque las empresas que saldrían beneficiadas de este reparto son *per se* las organizaciones favorecedora y favorecida, que son las que, para sacar tajada, fijan de antemano los términos del acuerdo ilícito.

2. En cuanto al segundo grupo de supuestos de hecho, nada impide que la empresa favorecedora pueda responder penalmente cuando uno de sus administradores, directivos, empleados o colaboradores reciba, solicite o acepte un incentivo ilícito por su cuenta y para beneficiarla (por ejemplo, mediante el ingreso de una suma de dinero en las arcas de dicha entidad).

Téngase en cuenta que el incentivo ilícito puede ser «para sí» o «para un tercero» (artículo 286 bis CP). Y en este caso no habría inconveniente en que ese tercero, al que se refiere el tipo penal, sea la empresa que habría de conceder una ventaja competitiva⁸¹. El caso paradigmático es aquel en el que se entrega una cuantía dineraria en favor de una organización, que se acepta por su cuenta y en su beneficio. No obstante, también caben otros supuestos más rebuscados como aquellos en los que, por ejemplo, se cede el uso de un vehículo para que lo utilice en exclusiva la empresa que debería conceder un favorecimiento indebido.

Sería un error presumir que el incentivo ilícito siempre va a tener por destino beneficiar a una persona física. La realidad no es esa. Tanto es así que en determinados códigos de conducta se prevé la posibilidad de que sea la empresa, precisamente, quien pueda ser la beneficiaria de ciertos regalos (admitiéndolos en supuestos socialmente aceptados)⁸². Por tanto, el riesgo de que esto suceda existe y no puede desdeñarse apriorísticamente.

En este orden de cosas, con el Código Penal en la mano, no se nos ocurre ningún motivo para excluir la responsabilidad penal de las organizaciones defectuosas cuando en su seno se cometa corrupción privada pasiva y la actividad de incentivación ilícita vaya encaminada y sea idónea para beneficiarlas directa o indirectamente. Cuando menos, el tenor de la ley no prohíbe ni impide esta posibilidad⁸³.

⁸¹ En contra de esta posibilidad, pero sin explicar por qué, MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227.

⁸² Véase el código de conducta de *DIA*.

⁸³ De igual modo que nada impide que pueda responder penalmente la persona jurídica que opere como intermediaria o persona interpuesta a la hora de percibir una comisión, cuando el sujeto que actúe por su cuenta sea también su representante o administrador de hecho o de derecho, y de este acto se derive o pueda derivar un beneficio directo o indirecto para aquella. Véase, GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, p. 255. Pero en este caso lo que se discutiría no es la responsabilidad de la empresa favorecedora, sino la de la sociedad interpuesta.

2.2.2 *Corrupción en los negocios en interés de la empresa incentivadora*

1. ¿En qué casos la corrupción en los negocios se puede perpetrar en interés de la empresa incentivadora (es decir, en favor de la organización a la que se encuentre vinculada –si se diera el caso– el individuo que incurra en la modalidad incentivadora)?

Antes de entrar en el fondo de la discusión conviene recordar la diferencia entre «empresa incentivadora» y «empresa favorecida». La persona jurídica incentivadora es la que incurre en corrupción privada activa; y la favorecida la que resultaría beneficiaria de la ventaja anticompetitiva concedida, ofrecida o prometida por la organización a que se refiere la corrupción privada pasiva. Por esto la condición de incentivadora y favorecida puede pero no necesariamente debe coincidir en la misma organización: cuando esta doble condición converja en la misma empresa estaremos ante un supuesto de «favorecimiento indebido propio», y cuando no ante un «favorecimiento indebido ajeno»⁸⁴.

Tomando esto en consideración, cabe la eventualidad de que un individuo no actúe por cuenta de y para beneficiar a una organización, en los términos que exige la ley en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas (imaginemos, por ejemplo, que el pago del incentivo ilícito se realice para favorecer a una tercera empresa en una determinada relación comercial, porque así ha sido solicitado por quien abona la dádiva). Así sucedería en los casos de «favorecimiento indebido ajeno». No obstante, también cabe que un individuo actúe por cuenta y para beneficiar a su propia organización (pudiendo entrar en juego, de ser así, el artículo 31 bis CP). Tal y como ocurre en los supuestos de «favorecimiento indebido propio».

Ante este abanico de posibilidades, la organización incentivadora solamente puede ser responsable penalmente cuando, además, vaya a ser la beneficiaria de la ventaja competitiva. Esto es, cuando concurra en la misma persona jurídica la doble condición de incentivadora-favorecida. Ello no plantea excesivos problemas, pues cierto es que todo desembolso de un incentivo implica una disminución patrimonial y, como tal, un potencial perjuicio para la persona jurídica. Sin embargo, la contraprestación que se obtenga a cambio, es decir, el trato de favor en el mercado, puede compensar perfectamente esta minoración patrimonial (tras el correspondiente análisis del costo-beneficio).

De ahí que afirmemos que en estos supuestos –en los que el beneficio que deba percibir la empresa incentivadora sea previsiblemente mayor que el coste que ésta deba asumir– la acción se comete en interés de la organización. Los

⁸⁴ Véase, Capítulo II, Apartado III.2.2.2.

casos conocidos como «kick-backs» (en los que el valor del incentivo se incorpora, con posterioridad, dentro del precio global de la transacción comercial), presentan una cierta peculiaridad, por cuanto su solución se aborda desde una doble perspectiva: en cuanto a la modalidad pasiva, la empresa favorecedora ve incrementado el importe total del precio del contrato, asumiendo económicamente lo que viene a ser un coste extra que, en realidad, no tendría por qué admitir (organización con sujetos corruptos, o víctima de la corruptela); y, en cuanto a la modalidad activa, la empresa incentivadora-favorecida sale beneficiada de la relación comercial, al ver compensado el desembolso inicial del incentivo con una posterior y superior ganancia económica (organización corrupta, o beneficiaria de la corrupción).

Es por esto que en este grupo de casos la única persona jurídica que podrá resultar penalmente responsable es la incentivadora-favorecida. Lo importante, en definitiva, es que la organización en cuyo interés se cometa la acción sea o vaya a ser la beneficiaria, directa o indirectamente, de un trato de favor en una determinada relación comercial (porque, de lo contrario, no se darían las exigencias del artículo 31 bis CP).

3. Tipicidad subjetiva. Conocimiento organizativo en el delito corporativo de corrupción en los negocios

3.1 DEFECTO ORGANIZATIVO DE EXCLUSIVA COMISIÓN DOLOSA

Hemos dicho al principio de este capítulo, refiriéndonos a los fundamentos de la imputación jurídico-penal de las personas jurídicas, que resulta más que cuestionable admitir que las organizaciones tienen capacidad de acción y de culpa. Sin embargo, guste o no guste, la ley penal vigente prevé que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables. *Mala lex, sed lex*.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la validez del principio de culpabilidad sigue incólume: sin dolo ni culpa no puede haber responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque no podemos perder de vista que el régimen general de los artículos 5 y 10 CP no ha sido derogado⁸⁵. De ahí que –en nuestra opinión– si queremos acercarnos, en la medida de lo posible, a un modelo de responsabilidad por el hecho propio, debemos admitir que las organizaciones puedan tener conocimiento de los riesgos derivados de su actividad social.

⁸⁵ Limitando la responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente al régimen de la culpa (mediante participación omisiva), véase RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Cómo puede delinquir?», 2011; RODRÍGUEZ RAMOS, «Sobre la culpabilidad», 2016; LÓPEZ Y LÓPEZ, «Naturaleza jurídica», 2018, p. 500.

Esta cuestión adquiere aquí extrema relevancia pues el defecto de organización debe poder imputarse subjetivamente. Sin esto la persona jurídica no podrá ser responsable, como autora de un hecho propio, de un delito corporativo de corrupción privada. De ahí que en este epígrafe interese la siguiente pregunta: ¿cuándo puede imputarse subjetivamente un delito de corrupción en los negocios a una organización?

Esta cuestión puede responderse desde dos puntos de vista completamente diferentes. Una cosa es la noción de tipicidad subjetiva en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y otra cosa cómo puede o debe probarse ésta, atendiendo a las circunstancias particulares de cada supuesto de hecho. Ambas vertientes –sustantiva y adjetiva– nos interesan a la hora de interpretar y, llegado el caso, aplicar el delito de corrupción en los negocios de las personas jurídicas.

1. Examinemos primero las cuestiones relativas al concepto y delimitación de la imputación subjetiva.

Tal y como se ha sostenido anteriormente⁸⁶, el conocimiento individual (de las personas físicas) sería funcionalmente equivalente al conocimiento organizativo del riesgo derivada de la actividad social (de las personas jurídicas)⁸⁷. Con esta sugestiva distinción se evitaría confundir la imputación subjetiva de los miembros de la organización y la de tal organización.

No puede negarse, sin embargo, que el conocimiento organizativo de los riesgos penales de una organización enmascara, en definitiva, una forma más depurada de culpa colectiva. Una pura ficción jurídica, ausente de todo sustrato psicológico⁸⁸. Si la organización tiene capacidad de culpa, por llamarlo de alguna manera, la tiene de forma mediata, única y exclusivamente, a través de la consciencia de los individuos que la conforman y actúan por cuenta de ella⁸⁹.

Por ello el conocimiento organizativo no deja de ser, a la postre, el producto de la suma o conjunto de conocimientos individuales, de todos o algunos, de los miembros de la persona jurídica⁹⁰. Es por esto que difícilmente se

⁸⁶ Véase, Capítulo VI, Apartado II. 1 y 2.

⁸⁷ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico», 2016, p. 138.

⁸⁸ Pues, como afirma MOLINA FERNÁNDEZ en referencia a los seres conscientes autorreflexivos, no hay equivalente funcional alguno en la persona jurídica para un fenómeno biológico emergente que es absolutamente singular. MOLINA FERNÁNDEZ, «Societas peccare non potest», 2016, p. 414.

⁸⁹ Por ello no extraña la posición adoptada por ZUGALDÍA ESPINAR, quien opina que el dolo es una categoría dogmática ontológicamente incompatible con las personas jurídicas, motivo por el cual se ve obligado a reconocer que la organización responde dolosa o imprudentemente según el conocimiento (dolo) o desconocimiento evitable (imprudencia) de quien realiza el hecho de conexión. Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «La responsabilidad criminal», 2016, p. 700.

⁹⁰ No en vano GÓMEZ-JARA DÍEZ alude a la teoría del conocimiento colectivo o conocimiento agregado (*collective knowledge* or *aggregate knowledge doctrine*). Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico», 2016, p. 139.

darán los requisitos de la imputación subjetiva cuando las personas físicas que conformen la organización, y que tomen decisiones por su cuenta o en su nombre, ejerzan el debido control sobre la actividad social de ésta. El debido control excluye el dolo y la culpa, tanto para las personas físicas como para las jurídicas⁹¹.

La otra cara de la moneda sería, en cambio, el incumplimiento del debido control: bien como un incumplimiento imprudente, bien como una tolerancia dolosa frente a los riesgos penales que existan o se detecten en la organización⁹². Lo que no sería posible en ningún caso es la imputación penal de un defecto de organización de un modo automático u objetivo, porque eso atentaría contra el principio de culpabilidad.

Porque sin dolo o culpa no puede haber delito (tampoco para las personas jurídicas). Si se quiere entrar en el «juego de las ficciones jurídicas» y se reconoce capacidad de acción a las organizaciones, entonces sería una incongruencia no reconocerles también capacidad de culpa (¿por qué capacidad de acción sí y capacidad de culpa no?).

La pregunta que surge a continuación es obligada: ¿es este delito de exclusiva comisión dolosa? ¿o prevé también el Código Penal que las personas jurídicas puedan incurrir en él de manera imprudente? A nuestro modo de entender, la respuesta no admite matices: el delito de corrupción en los negocios de las personas jurídicas únicamente es punible en su forma dolosa⁹³.

Como correctamente ha venido a decir Sánchez-Vera Gómez-Trelles, «[e]l art. 31 bis, por la sola expresión de «debido control» no puede lograr romper con el completo sistema establecido en el art. 12 del Código penal, según el cual las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley, es decir, la Parte Especial»⁹⁴; y esto es extre-

⁹¹ Para afirmar la existencia de responsabilidad subjetiva en las personas jurídicas, afirma ORTIZ DE URBINA GIMENO, es preciso que podamos reprochar que se hizo mal algo que razonablemente (no a cualquier coste) podría haberse hecho bien. Así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», 2013, p. 483.

⁹² Véase, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Imputación de responsabilidad penal», 2015, p. 350. En concreto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES considera que la ausencia de control por parte de una persona jurídica puede ser tanto dolosa como imprudente. Así en, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Cuestiones abiertas», 2016, p. 642. Y de interés también, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Compliance Programs», 2011, autor que en su día ya afirmó que: «dogmáticamente la existencia de un plan de reducción de riesgos penales diligentemente implementado no debe ser calificada como circunstancia eximente, toda vez que su verdadera incardinación dogmática radica en el tipo subjetivo: una empresa que dispone de tal plan y lo aplica es una empresa que no infringe su deber de cuidado, y por lo tanto no hay ninguna responsabilidad incipiente de la que haya que eximir».

⁹³ Asimismo, CASTRO MORENO, «Corrupción en los negocios», 2016, p. 661; CASTRO MORENO, «Corrupción empresarial», 2015, pp. 616-622; CASTRO MORENO, «El nuevo delito de corrupción privada», 2010, p. 8.

⁹⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Cuestiones abiertas», 2016, p. 642.

madamente relevante ya que «si el delito no tiene prevista su modalidad imprudente, no proceder [sic.] la punibilidad, tampoco para la persona jurídica»⁹⁵.

A diferencia de lo que sucede, *exempli gratia*, con el delito de blanqueo de capitales, en los que cabe tanto su comisión dolosa como la culposa (artículos 301 y 302 CP), en la corrupción en los negocios sólo se ha previsto la modalidad dolosa (artículos 286 bis y 288 CP).

Luego, como la comisión imprudente no ha sido tipificada expresamente en la ley penal, el defecto organizativo sólo puede dar lugar a responsabilidad penal cuando se logre acreditar el dolo de la organización. De ahí que la persona jurídica nunca pueda ser autora de un delito de corrupción en los negocios cuando la falta del debido control sea achacable a un comportamiento negligente o descuidado. En este delito siempre se requiere que la ausencia de control de la persona jurídica encuentre su origen en una autoorganización conscientemente defectuosa.

No en vano, el delito es sólo doloso porque así lo ha previsto expresamente el Código Penal (*ex* artículo 12 CP). Y no podemos ampliar el ámbito de incriminación subjetiva de este delito en perjuicio de las personas jurídicas porque incurriríamos en una analogía en contra del reo (prohibida por el principio de legalidad penal).

2. Pero, ¿cómo podríamos probar –llegado el caso– que la persona jurídica ha incurrido en un defecto de organización que ha sido tolerado, aceptado o fomentado? ¿cuándo la persona jurídica ha de ser reputada consciente del riesgo de que se podía incurrir en corrupción privada? Esta es la segunda de las cuestiones que hemos señalado más arriba.

La casuística en cuanto a la prueba del dolo organizativo puede ser sencillamente inabarcable, máxime cuando nos movemos en el campo de una materia muy poco explorada, como lo es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, esto no nos impide –o, mejor dicho, no nos debe impedir– poner algún ejemplo que aporte cierta luz a esta cuestión.

Para un sector doctrinal habrá conocimiento organizativo del riesgo cuando se logre probar –por ejemplo– que los miembros de un Consejo de Administración sepan que en el seno de una organización puede incurrirse en determinadas actividades delictivas; o cuando una persona jurídica, habiendo recibido un soplo o denuncia interna, decide no investigar o denunciar ante las autoridades para evitar esclarecer una determinada actuación que pudiera ser constitutiva de un delito⁹⁶.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ En igual dirección, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico», 2016, p. 141.

También habrá conocimiento organizativo del riesgo cuando sea la propia organización la que, en cierto modo, permita o posibilite el pago de incentivos ilícitos, sabiendo cuál es su torcido o injustificado destino (por ejemplo, cuando un administrador tolere que un directivo incurra en esta clase de prácticas). Y no digamos ya, sobra decir, cuando la organización haga de la corrupción su forma de hacer negocio, como una práctica común o habitual en el seno de la misma, para obtener pingües beneficios (por ejemplo, cuando el responsable de la empresa solicite, día sí y día también, incentivos para poder contratar con ella, como si se tratase de un peaje necesario para hacer negocios).

Lo relevante para poder imputar subjetivamente un delito es, en definitiva, que la persona jurídica –de un modo expreso o tácito– decida o tome la determinación de no actuar para reducir o suprimir el riesgo de que se cometa, en su beneficio y por su cuenta, corrupción en los negocios.

Pero para ello, por supuesto, es necesario que este riesgo haya sido detectado, o debiera haber sido detectado, y, pese a todo, no se actúe frente a él (por ejemplo: cuando el riesgo sea conocido pero, por indiferencia o tolerancia, no se actúe frente a él)⁹⁷. Sin esto difícilmente podría hablarse de un comportamiento doloso (directo o eventual) de la persona jurídica. Porque si el riesgo no ha sido detectado y contrarrestado por simple dejadez o descuido, al no calcular correctamente los riesgos de la actividad social de la persona jurídica, entonces estaríamos ante una conducta imprudente impune.

El problema, empero, radica en delimitar la frontera entre el dolo y la imprudencia corporativa (tarea que no resulta nada sencilla). Para ello tendremos que examinar las circunstancias concretas de cada supuesto de hecho. Un caso de imprudencia corporativa podría darse –a nuestro entender– cuando una organización, a la hora de implantar un programa de cumplimiento normativo penal, no detecta o termina subestimando o despreciando el riesgo de que se cometa en su provecho corrupción en los negocios. La razón: la persona jurídica debía prever objetivamente la existencia de este peligro, pero no lo hizo por no poner toda la diligencia que debía.

Fuere como fuere, lo que no será posible es que el dolo corporativo se atribuya de forma automática tras constatarse la existencia de un defecto de organización. Tal y como defendemos aquí, debe haber una mínima actividad probatoria tendente a acreditar que la organización bien conocía el riesgo pe-

⁹⁷ Para determinar esto puede resultar de utilidad, por ejemplo, la certificación UNE-ISO 37001, sobre los sistemas de gestión antisoborno. Véase, Capítulo VI, Apartado V.2.1.

nal, o bien promovió o toleró la comisión de esta clase de delitos en su seno. Si la persona jurídica no toma ninguna decisión para reducir o suprimir dicho riesgo, aun conociendo o debiendo conocer de su existencia, entonces sí, estaríamos ante un defecto voluntariamente permitido, del que ésta sería penalmente responsable.

3.2 EL CONSENTIMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DEL DOLO CORPORATIVO

El concreto problema del consentimiento de la organización merece un tratamiento diferenciado en este epígrafe, porque –a nuestro juicio– tiene su relevancia en lo que atañe a la tipicidad subjetiva del delito de corrupción en los negocios de las personas jurídicas. Pongamos la cuestión en contexto mediante el uso de un supuesto práctico que nos sirva como banco de pruebas.

Ejemplo: Uno de los consejeros delegados de la empresa (X) recibe una cuantiosa cantidad de dinero por parte del administrador de la empresa (Y), para la consecución de un contrato de suministro de mercancías en unos términos favorables tanto para las empresas (X) e (Y). Cuando el resto de consejeros delegados llegan a conocer lo sucedido, éstos deciden aceptarlo en pro del interés de su organización, puesto que ésta sale beneficiada de la transacción comercial como consecuencia del pacto corrupto. En este caso la empresa (X) disponía de un programa de cumplimiento normativo que establecía medidas de control y prevención de delitos, cuyos protocolos no fueron aplicados precisamente por este motivo, es decir, por conveniencia de la organización.

¿Cómo habría que resolver este supuesto de hecho? ¿Qué efectos tiene el consentimiento de la empresa?

Antes de responder conviene destacar que la raíz de este problema tiene su origen en la discusión doctrinal relativa a si el consentimiento del empresario o del titular de la empresa excluye o no la tipicidad la conducta de corrupción de las personas físicas. Y en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas esto tiene su interés, porque sin hecho de conexión no puede atribuirse, a modo de presupuesto, un delito corporativo (*ex* artículo 31 bis CP).

Pues bien, en lo que se refiere al debate doctrinal relativo a la acción típica de las personas físicas, ciertos autores han sostenido que el consentimiento del empresario excluye la tipicidad del hecho cometido por el indi-

viduo⁹⁸. La razón de esto sería que la corruptela se habría realizado sin ocultamiento o clandestinidad, es decir, contando con el beneplácito o visto bueno de la empresa, por lo que no se infringiría ningún deber de fidelidad para con ésta.

Esta interpretación –como se ha adelantado con anterioridad– encuentra su anclaje principalmente en el elemento normativo del tipo del incumplimiento de las obligaciones (suprimido mediante la LO 1/2015), que podía hacer pensar que el interés jurídico-penalmente tutelado no era exclusivamente el buen funcionamiento del mercado, sino también otros intereses de carácter particular, como los patrimoniales⁹⁹.

En nuestra opinión, otros autores entienden acertadamente, en cambio, que el consentimiento del empresario es irrelevante para excluir la tipicidad de la conducta de las personas físicas¹⁰⁰. Pues, en efecto, el delito de corrupción en los negocios sólo protege la competencia libre y leal (bien jurídico colectivo), no la fidelidad hacia la empresa ni sus intereses patrimoniales (bienes jurídicos individuales). De ahí que este consentimiento no incida ni en la tipicidad ni en la antijuridicidad del hecho, porque el empresario no está en disposición de poder consentir un ataque a un interés de relevancia jurídico-penal, la competencia, del que no puede disponer por no ser su titular¹⁰¹.

Pero esto tiene un importante reflejo o impacto en lo que atañe al delito de corrupción en los negocios de las personas jurídicas. Al protegerse el buen funcionamiento del mercado, lo que el delito (de las personas físicas y jurídicas) pretende atajar son todas aquellas actuaciones anticompetitivas en las que medie un incentivo ilícito para obtener un trato de favor en el comercio. La libertad de empresa y, por ende, el ordenamiento jurídico, no pueden amparar

⁹⁸ Véase, GILI PASCUAL, «Bases para la delimitación», 2007, p. 286; NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado», 2010, p. 477; BLANCO CORDERO, «Artículo 286 bis», 2010, p. 1114; MUÑOZ CUESTA, «La corrupción entre particulares», 2011; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La corrupción entre particulares», 2012, p. 706; BENAVIDES SCHILLER, «Acerca de la corrupción», 2012, p. 136; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Corrupción entre privados», 2012, pp. 356-357; BOLEA BARDÓN, «El delito de corrupción privada», 2013, pp. 20-21; GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios», 2015, p. 564; BAÑERES SANTOS; NIETO MARTÍN, «Corrupción entre privados», 2015, p. 223; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción privada», 2015, p. 364; COCA VILA, «El consentimiento en el Derecho Penal Económico», 2017, pp. 24-33.

⁹⁹ Véase, Capítulo I, Apartado IV.6 y Capítulo II, Apartado III.2.1.2.1.

¹⁰⁰ Así, VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares», 2010, p. 325; FEJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva», 2012, pp. 91-92; BAUCCELLS LLADÓS; GUARDIOLA LAGO, «Limitaciones», 2014, p. 234; MENDOZA BUERGO, «Corrupción entre particulares», 2015, p. 1227; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada*, 2016, p. 376; GIL NOBAJAS, «Corrupción en los negocios privados», 2017, p. 254. En coherencia con ello, GIL GIL; LACRUZ LÓPEZ; MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Sistema de responsabilidad penal*, 2017, p. 331.

¹⁰¹ Así se ha defendido anteriormente, Capítulo II, Apartado III.2.1.

a las corporaciones (o lo que es igual, a los empresarios colectivos) que en su provecho toleran ataques contra las reglas que rigen el mercado. La protección de la competencia libre y leal, como interés supraindividual, prevalecería por encima de esta clase de conductas disvaliosas.

Partiendo así de la idea de que nadie puede disponer de la competencia, para nosotros el consentimiento dado por una organización –al conocer de un hecho delictivo constitutivo de corrupción en los negocios– constituye una expresión de voluntad que debe ser valorada en el ámbito de la tipicidad subjetiva del injusto corporativo (ausencia dolosa del debido control).

Por eso en el supuesto de hecho expuesto al inicio de este epígrafe podría hablarse de un defecto de organización doloso: el soborno comercial era conocido en el seno de la empresa (X) y, pese a ello, no se adoptó ni ejecutó ninguna medida de reacción frente al delito. Como por ejemplo: rescindir el contrato o finalizar la negociación comercial con la empresa (Y), despedir al consejero delegado sobornado, y denunciar el comportamiento ante las autoridades para esclarecer la naturaleza delictiva de los hechos.

Lo relevante aquí no es que el programa de *compliance* penal haya fallado. La teoría del riesgo permitido admite que una organización no pueda prevenir la comisión de toda clase de actuación delictiva, hasta el punto de pretender reducir ese riesgo a cero. No puede exigirse esto a una persona jurídica, porque tal posibilidad, sencillamente, no se encuentra a su alcance.

Sin embargo, en el caso expuesto lo que hace la empresa (X) es ignorar deliberadamente su propio plan de cumplimiento normativo, convirtiéndolo, simple y llanamente, en papel mojado. Por esto decimos que este es un caso de dolo corporativo, porque al conocer y consentir la corruptela la organización pospuso la aplicación de sus propios controles en pos de un provecho económico. Es por esto que resulte lógico concluir que a la empresa (X) le es imputable subjetivamente un defecto de organización.

Esta solución parece fácil de compartir, sobre todo a la luz de lo que sucedería en el caso completamente opuesto: es decir, en el que la empresa (X) hubiera reaccionado tajantemente frente a la actuación del consejero delegado que recibió el incentivo ilícito para favorecer a otro competidor. ¿Podría en esta variante hablarse de un defecto de organización doloso imputable a la persona jurídica?

Conforme a lo que acabamos de razonar, la respuesta debe ser negativa. Si la persona jurídica (X) al conocer el hecho de apariencia delictiva pone en funcionamiento sus protocolos, difícilmente podrá hablarse de un defecto organizativo doloso. En este sentido, la organización (X) podría haber sido más o menos eficaz, o si se prefiere, diligente, a la hora de prevenir la comisión de

corrupción en su seno. Para lo cual habría que comprobar la idoneidad de las medidas de control y prevención implementadas en la organización (tipo objetivo). Pero lo que no puede admitirse es que la persona jurídica tenía conocimiento del riesgo penal y, aun así, lo aceptó –consentimiento expreso– o toleró –consentimiento tácito– para obtener un beneficio directo o indirecto (tipo subjetivo).

Esta interpretación creemos que es la que mejor respeta el principio de responsabilidad subjetiva (que sigue vigente, sin solución de continuidad, en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *ex* artículos 5 y 10 CP).

Atendiendo a la noción de conocimiento corporativo del riesgo, el consentimiento –expreso o tácito– dado por una organización incide en el dolo que exige el injusto de corrupción en los negocios de las personas jurídicas. La mejor prueba de que el defecto de organización era conocido en la persona jurídica (y, por tanto, imputable subjetivamente), es que dicha deficiencia fue consentida por ésta, porque sin conocimiento no puede haber consentimiento.

Pues como la lógica indica, sólo se puede consentir aquello que se conoce. Lo que no se conoce difícilmente puede ser consentido. Y en coherencia con lo que aquí se defiende, nadie puede consentir un ataque contra las reglas que rigen el buen funcionamiento del mercado (ni las personas físicas ni las jurídicas). Por ello en este grupo de casos es razonable entender que el hecho es imputable subjetivamente a la organización.

CONCLUSIONES

I

El delito de corrupción en los negocios protege exclusivamente el bien jurídico de la competencia, institución necesaria para que el mercado funcione correctamente (bien jurídico colectivo o supraindividual).

Al ordenamiento jurídico le interesa que el mercado sea percibido como fiable: de lo contrario, entre otros efectos negativos, podría provocarse la desincentivación de la inversión nacional y extranjera, y ello tendría un efecto económico directo en la sociedad; por ejemplo, menor creación de empleo o recaudación de tributos. Por ello, la competencia –como bien jurídico colectivo– resulta valioso para la sociedad en general: no sólo para los competidores que pudieran verse eventualmente afectados por una corruptela. Pues estos comportamientos exceden de la esfera de lo privado, rompen las reglas del buen funcionamiento del mercado (Preámbulo XIX de la LO 5/2010).

A nuestro juicio resulta clave y clarificadora la reforma operada por la LO 1/2015 (confirmada después por la LO 1/2019): corrigiendo la intrincada redacción original del artículo 286 bis.1 y 2 CP (LO 5/2010), con la supresión del elemento del tipo relativo al incumplimiento de las obligaciones (que inducía a pensar en un delito pluriofensivo, dado que parecía aludir a la infracción de un deber de fidelidad contractual). Así, el favorecimiento indebido frente a otros –ahora requisito destacado del tipo– ubica el orden concurrencial en el objetivo del potencial riesgo del corruptor: esto es, en la obtención o concesión de un trato de favor (una ventaja competitiva en una relación comercial) frente a otras posibles empresas competidoras (que quedarían en una situación de desventaja en el mercado).

En esencia, podemos decir: el objetivo de la norma es prevenir que se instaure y perpetúe la creencia de que mediante «sobornos» se puede competir y triunfar en el mercado. Pues no cumpliría las expectativas preventivas esperar a que se produjera el resultado lesivo (también difícil de atribuir causalmente a un comportamiento individual concreto). De ahí que el delito de corrupción en los negocios se configure como un delito de aptitud o de peligro hipotético.

El tipo penal persigue aquellos comportamientos idóneos *ex ante* para conseguir una posición de ventaja en el mercado como contraprestación de un incentivo ilícito, es decir, con aptitud para desplazar a otros potenciales competidores que pudieran concurrir en el mismo sector comercial (sin necesidad de que esta preterición se produzca o consiga de forma efectiva). Pues sólo estos actos son, previsiblemente, los que pueden llegar a afectar a la confianza en el buen funcionamiento del mercado.

Así, no estamos ante un delito de peligro concreto: el artículo 286 bis.1 y 2 CP no exige de forma expresa y literal que el comportamiento deba poner en efectivo riesgo los particulares intereses de los competidores. Lo que tampoco significa –al menos, no necesariamente– que la corrupción privada se configura como un delito de peligro abstracto, puesto que nos llevaría a diluir extremadamente la lesividad material de la acción.

Porque –a nuestro modo de ver– no todo acto de incentivación genera por sí mismo el peligro prohibido por la norma, pues no siempre la acción desplegada es apta *ex ante* para desplazar a otras posibles empresas competidoras. Tal exigencia restrictiva se encuentra implícita en el tipo penal, al requerir una solicitud, ofrecimiento o concesión de un trato de favor «frente a otros» en una determinada contratación o relación comercial; pero sin llegar al punto de condicionar el peligro para el orden concurrencial a que esos «otros» se vean concretamente afectados por la corruptela.

Como decimos: basta la posibilidad de que terceros potenciales competidores sean preteridos como consecuencia de una dádiva. Por eso vemos en la corrupción en los negocios un delito de aptitud.

La conveniencia de adoptar una interpretación restrictiva tampoco nos puede llevar a exigir que la acción ponga en riesgo el criterio de racionalidad económica o de eficiencia del mercado (como un modo de proteger la capacidad competitiva de las competidores y, de forma mediata, la competencia). Porque aunque no lo reconozcan los autores que defienden esta interpretación, excluir la tipicidad del «soborno comercial» realizado por las empresas que presenten las ofertas comerciales más competitivas (esto es, las más eficientes

en términos de racionalidad económica), propiciaría que estas compañías apuntalen su posición de control o dominio en el mercado al conseguir mayor poder económico a base de comisiones.

En efecto: si aceptamos que el principio de eficiencia es el valor contra el que se dirige la acción del autor, entonces se dotaría al delito de un componente de aleatoriedad o discrecionalidad difícilmente aceptable en Derecho Penal, pues lo que para un órgano jurisdiccional sería una buena oferta comercial, para otro no necesariamente tendría por qué serlo. Además de que, desde el prisma de la prevención general, ningún sentido tendría castigar sólo los «sobornos comerciales» cometidos por las empresas previsiblemente menos competitivas, dejando impunes al resto.

Lo que defendemos aquí es que para romper o alterar las reglas del buen funcionamiento del mercado no se requiere la potencial preterición del competidor más débil en favor del más fuerte (en un sentido comercial), puesto que ambos sin excepción, llegado el caso, pueden cometer comportamientos anti-competitivos para mejorar o perpetuar su posición en el mercado.

II

En la corrupción en los negocios no existe una normativa extrapenal previa o de referencia que permita o facilite la tarea de fijar el límite de lo que es lícito o ilícito. A falta de una regulación más concreta, el injusto penal reside en la corrupción: es decir, en el ofrecimiento, solicitud o, en definitiva, el acuerdo de conceder un beneficio extraposicional (la contra-prestación: el incentivo ilícito) a cambio de una violación de un deber posicional (causante de la prestación: el favorecimiento indebido).

El orden concurrencial (como bien jurídico) puede verse afectado de diversas formas, y el Derecho prevé distintas respuestas frente a ellas: las infracciones administrativas tienen por objeto restablecer la libre competencia (por ejemplo, sancionando a unos competidores que se han puesto de acuerdo para repartirse el mercado); mientras que las infracciones mercantiles ponen coto a aquellas actuaciones consideradas incorrectas o desleales, cometidas por los competidores para con el resto de operadores del mercado (la imitación de los productos de otra empresa es un ejemplo claro de ello).

Mediante este ilícito penal lo que se pretende es, en cambio, reafirmar o restablecer la confianza en el buen funcionamiento del mercado. Pero recalcamos: no porque la confianza en el mercado sea un valor *per se* meritorio de protección; sino porque –por contrapartida– la desconfianza tiene o puede te-

ner un precio social elevado, en forma de múltiples efectos perniciosos (observables, tangibles o cuantificables) en el sistema económico, al poderse asociar la existencia de corrupción con un entorno socio-económico inestable, imprevisible. Por ello a los ojos del ordenamiento jurídico toda decisión comercial que se vea o pueda verse influenciada por una dádiva tendrá relevancia penal, porque podrá poner en riesgo el orden concurrencial.

El acto de competencia ilegítima del artículo 286 bis.1 y 2 CP se concreta en la infracción de un deber extrapenal: el que se deriva de la cláusula general de lealtad en el mercado, en la vertiente de no conceder tratos de favor, a unos competidores frente a otros, como consecuencia del pago de «sobornos», por ser una actuación que atenta contra el principio de buena fe objetiva (el injusto penal). Tal exigencia se deriva del tenor del tipo penal: según la LO 5/2010, a través del requisito del favorecimiento con un «incumplimiento de las obligaciones» *ad extra*, frente a la competencia (no *ad intra*, frente a la empresa); y con posterioridad, según la LO 1/2015 y LO 1/2019, a través del favorecimiento «indebido».

Pero al tipo penal no le interesa cualquier favorecimiento, sino sólo los que puedan suponer una verdadera ventaja competitiva (riesgo jurídico-penalmente relevante): es decir, una mejora o afianzamiento de la capacidad o situación competitiva de una entidad privada en una relación comercial.

A saber, por ejemplo: los favorecimientos que generen una expectativa razonable de ahorro o provecho económico, bien directamente, mediante una contratación, o bien indirectamente, a través de la obtención de una información comercial que permita a un competidor sobreponerse al resto. Y aunque menos habitual, nada impide que puedan consistir, por ejemplo, en la discriminación de determinadas empresas competidoras, poniendo fin a sus relaciones comerciales.

En coherencia con esta interpretación, habría que negar la existencia de riesgo típico: 1) cuando la ventaja competitiva en cuestión vaya destinada a mejorar la posición de todas las empresas en el mercado, sin preferencias ni discriminaciones; 2) y cuando la ventaja competitiva sea tan nimia o intrascendente *ex ante* que no permita –o que no sea previsible que permita– a una empresa sobreponerse a otra en una determinada relación de competencia. Porque ningún sentido tendría la desaprobación jurídico-penal de un riesgo que ya se revela o advierte *ex ante* incapaz de poner en peligro el bien jurídico.

Resulta completamente intrascendente –desde el punto de vista del riesgo para la competencia– si la oferta comercial incentivada es la menos ventajosa (o si se atenta contra el criterio de racionalidad económica o de eficiencia

del mercado), porque el delito castiga el «pago de sobornos para obtener ventajas competitivas» (Preámbulo XVIII de la LO 1/2015). Y *prima facie* no puede excluirse que tales ventajas puedan ser concedidas, en determinados supuestos, cuando la propuesta comercial ofertada sea la mejor; en otros casos, cuando sea la peor; y en otros, incluso cuando sea exactamente igual o neutra en sus condiciones. Lo único importante a los efectos del riesgo típico es que el trato de favor permita a un competidor sobreponerse o desplazar a otros.

Para la consumación del delito no es necesario lesionar la neutralidad en el proceso de la voluntad de la contratación. Porque llevaría a concebir la corrupción en los negocios como un delito bilateral, de modo que todo intento de corromper (por ejemplo, un ofrecimiento de comisión) que no fructifique en un acuerdo entre el sujeto incentivador y favorecedor, quedaría en el ámbito de la tentativa (lo que iría en contra del tenor del artículo 286 bis.1 y 2 CP).

Cuando se habla de corrupción en los negocios muchas veces se confunden aspectos de naturaleza ético-social con los de carácter jurídico. El delito nació para combatir los pagos para obtener ventajas competitivas en el mercado, no para perseguir la mera entrega de regalos u otros obsequios (así se deduce del Preámbulo XVIII de la LO 1/2015).

Por ello, deben quedar fuera del ámbito de incriminación los beneficios o ventajas mediante los que no se solicite u ofrezca a cambio ningún trato de favor; es decir, por ejemplo, las invitaciones que simplemente tengan como objetivo ganar la simpatía, la confianza o la buena voluntad de otras empresas, aunque se dirijan a crear un ambiente interpersonal favorable que pudieran tener ciertos efectos positivos en la toma de decisiones de la empresa. Pues si se hubiera pretendido criminalizar una suerte de «corrupción privada de facilitación», entonces, se habría previsto una figura delictiva similar a la del cohecho (artículo 422 CP, tras la LO 5/2010).

De igual manera que tampoco habría riesgo típico en los casos de incentivación de recompensa, porque en ellos la dádiva no tiene como objeto interferir en el proceso de deliberación o de formación de la voluntad a la hora de tomar una decisión comercial, sino gratificar una que ya ha sido previamente adoptada. Porque sólo puede ser autor de corrupción en los negocios quien «compite ilegítimamente» en el sentido del tipo, no adquiriendo toda conducta de incentivación ese significado.

Lo que nos lleva igualmente a excluir la existencia de riesgo típico en los supuestos de prevalimiento de una relación personal o profesional. Pues en estos casos el trato de favor deriva de la influencia o presión ejercida por otra persona; mientras que el artículo 286 bis.1 y 2 CP requiere que el motor cau-

sante de la conducta, es decir, lo que permite doblegar o hacer flaquear la voluntad del sujeto decisor, sea el beneficio o ventaja injustificados.

Y al contrario de lo que opina la mayoría de la doctrina, el delito de corrupción en los negocios (en sus dos modalidades: incentivadora y favorecedora) se configura como un delito especial propio.

La cosa va, pues, de competidores. O mejor dicho, de empresas que compiten deslealmente empleando la corrupción. Pues sólo quienes tengan la capacidad de generar desconfianza en el mercado (dominio del riesgo típico) pueden encontrarse en el centro del delito: el círculo de posibles autores (*intra-neus*). Desde esta perspectiva se explica que la modalidad incentivadora se castiga exactamente «con las mismas penas» que la modalidad favorecedora: esto es, con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años (además de, por supuesto, las penas de prisión y multa previstas en el artículo 286 bis.1 y 2 CP).

Porque pese a la formulación abierta de la modalidad incentivadora, sólo los competidores, o las personas que actúen por cuenta o interés de otros competidores, pueden ser sujetos activos del delito; de forma muy similar a lo que sucede en la modalidad favorecedora, la cual únicamente puede ser cometida por administradores, directivos, empleados o colaboradores de entidades privadas que actúen en el mercado con fines concurrenciales (es decir: los únicos que, en el sólo caso de ostentar el necesario poder de decisión, pueden influir en una decisión comercial, infringiendo así su deber de lealtad para con el mercado, al momento de recibir o solicitar a cambio un incentivo injustificado).

III

El *animus favendi*, es decir, el ánimo de favorecer u obtener un favorecimiento en una relación comercial, no se refiere en realidad a un elemento subjetivo específico de lo injusto (distinto del dolo), sino que indica la necesidad de restringir teleológicamente el delito.

Aunque de las expresiones «con el fin de favorecer» (LO 5/2010) o «como contraprestación para favorecer» (LO 1/2015) pudiera deducirse la existencia de un elemento subjetivo específico (una intencionalidad añadida al dolo genérico), lo que señalarían realmente es la necesidad de interpretar teleológicamente el tipo objetivo, en el sentido de que el incentivo ilícito estaría

valorativamente relacionado, de medio a fin, con el acto de favorecimiento que se pretenda obtener o conceder a cambio.

De ahí que deba limitarse el delito al dolo directo de primer grado: es decir, a quien tenga plena consciencia del hecho delictivo en el que se está incurriendo y de la motivación que lo impulsa a cometerlo.

Porque desde el momento en que la corrupción en los negocios se configura como un delito que tiende a la bilateralidad, donde una parte (sujeto incentivador) y otra (sujeto favorecedor) debieran concertar la concesión de una contraprestación (incentivo ilícito) a cambio de una prestación (favorecimiento indebido), no parece que quede lugar para el dolo eventual. ¿O es que acaso puede alcanzarse un acuerdo de corrupción sin la voluntad de fijar —con una mayor o menor exactitud o precisión— cuáles son las condiciones de lo que se pacta?

De este modo, serían atípicos los supuestos de incentivación en consideración al cargo, aunque éstos deriven —por una razón u otra— en una posterior contratación. Porque en tal grupo de casos la acción dolosa no iría dirigida teleológicamente a obtener un favorecimiento, sino sólo a agasajar un administrador, directivo, empleado o colaborador de una entidad privada (es decir: el dolo del autor abarcaría una conducta que es objetivamente atípica).

IV

De entre las circunstancias que privilegian y cualifican el tipo penal, nos queremos centrar en los beneficios o ventajas de menor relevancia (artículo 286 bis.3 CP, desde la LO 5/2010) y los de valor especialmente elevado (artículo 286 quater CP, tras la LO 1/2015).

Pese a que el Código Penal no precisa, de forma taxativa, a partir de qué valor o cuantía concreta se genera el riesgo prohibido por el delito, lo cierto es que, atendiendo a criterios de adecuación social e insignificancia, encontramos cierto espacio para la ausencia de riesgo: en concreto, en los casos de actividades promocionales realizadas por las empresas (esto es, las admitidas por la libertad de empresa y la competencia legítima).

En la modalidad atenuada pueden encajar los incentivos que sobrepasen este límite, el de lo admisible, pero que tampoco supongan un gran riesgo para el orden concurrencial. De esta manera, cabrían los beneficios o ventajas injustificados de menor peligrosidad: pues al ser menor la expectativa de ganancia,

menor será el riesgo de que se logre motivar en un sentido u otro al sujeto decisor, lo que puede justificar –en atención a las circunstancias concretas del caso– una rebaja de la pena a imponer.

Y en el otro extremo, para evaluar si un beneficio extraposicional tiene o no un valor especialmente elevado, debe acreditarse un riesgo especialmente grave de motivación (mayor peligrosidad de la acción): porque a mayor valor del incentivo, más probable se advertirá la concesión de una ventaja competitiva que distorsione la competencia (el riesgo típicamente relevante que pretende prevenir la norma). El problema, no obstante, continúa siendo el situar en algún punto la frontera del valor del incentivo (del tipo básico y subtipo cualificado), por lo que, a falta de un pronunciamiento expreso en nuestro Código Penal, habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso en particular. Sin perjuicio de lo cual, no escapamos de la sensación de que esta agravación está ideada para prevenir la concesión de comisiones millonarias.

V

Entre los problemas concursales advertidos, queremos aquí prestar atención a los que surgen entre la corrupción en los negocios y el cohecho: en concreto, cuando el acto de incentivación se comete en el seno de una empresa privada que presta servicios públicos (por ejemplo, en una sociedad limitada de capital privado que gestiona una concesión pública).

En el ámbito de los negocios no siempre resulta sencillo determinar si la acción típica se enmarca estrictamente en el ámbito de lo privado o si invade también el de lo público. Por eso llegamos a la conclusión de que –al contrario de lo que opina la gran mayoría de autores– la solución de este supuesto limítrofe no puede venir siempre de la mano de un delito u otro. Si el fin del negocio es satisfacer un interés público, entonces habría cohecho; y si no, corrupción en los negocios. Esto es: para determinar si se ha infringido un deber especial inherente al desempeño de una función pública, lo importante es el sustrato material del negocio afectado por el incentivo ilícito; y no si la empresa en cuestión, de entre toda su actividad mercantil, presta algún servicio público (pues ésta puede tener un objeto social muy amplio y variado).

Lo que no parece admisible es apreciar un concurso ideal de delitos, pues en estos casos no existe un desvalor añadido que lo pudiera justificar. La Administración Pública también tiene el deber, de orden constitucional, de proteger la competencia, por ser ésta presupuesto necesario para poder

ejercer plenamente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 CE). De ahí que se aprecie un único delito de cohecho (y no también uno de corrupción en los negocios) cuando se produce una adjudicación «a dedo» de un contrato público, que desplace a otros competidores que concurren legítimamente a la licitación pública. Sumándose a este argumento, además, que el concurso ideal de delitos daría lugar a una respuesta punitiva ciertamente excesiva, por desproporcionada.

VI

La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito corporativo de corrupción en los negocios viene recogida, desde la reforma del 2010, en el artículo 288 CP (delito de la persona jurídica), el cual debe ponerse en concordancia con los artículos 286 bis y quater CP (delito de la persona física).

Por exigencias del principio de culpabilidad, la responsabilidad penal debe ser únicamente atribuible a las organizaciones corruptas (personas jurídicas culpables), y no a las organizaciones con sujetos corruptos (personas jurídicas no culpables).

Porque una cosa es que el delito de las personas físicas termine enriqueciendo directa o indirectamente a la persona jurídica (aspecto a valorar dentro del proceso valorativo de imputación del hecho de conexión), y otra cosa muy distinta es que la persona jurídica se autoorganice de tal forma que permita, ampare o facilite, puntual o sistemáticamente, que se cometa corrupción privada en su seno (circunstancia necesaria para evaluar si la persona jurídica se ha organizado de forma defectuosa).

Lo relevante para la conformación del injusto corporativo es esto último (modelo de autorresponsabilidad), pues no podemos responsabilizar penalmente a una organización por el simple hecho de que el delito cometido por la persona física acarree –fortuitamente o no– un beneficio o provecho para aquella (modelo de heterorresponsabilidad).

Por ello, no basta la mera prueba de un delito de referencia. Es necesario acreditar un defecto de organización que sea imputable desde un punto de vista objetivo y subjetivo.

A nuestro juicio, se cumplirían los requisitos del tipo objetivo, por un lado, cuando no se prevean medidas concretas e idóneas que razonablemente

permitan impedir, reducir o, en definitiva, prevenir el riesgo de que se cometa corrupción privada en provecho o beneficio de la organización; y del tipo subjetivo, por otro lado, cuando se pueda atribuir a la persona jurídica un conocimiento organizativo de este riesgo no permitido. De un modo más concreto:

En el plano de lo objetivo, los programas de prevención o de cumplimiento normativo están destinados a jugar un papel fundamental. Para excluir el defecto de organización las medidas de vigilancia y control deben ser razonablemente eficaces para impedir o prevenir la comisión de corrupción en provecho o beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Pues las organizaciones no tienen obligación de prevenir delitos que se cometan en su perjuicio (interpretación *sensu contrario* del artículo 31 bis CP).

Y para poder imputar subjetivamente un defecto de organización es necesario que la persona jurídica –de un modo expreso o tácito– decida o tome la determinación de no actuar para reducir o suprimir el riesgo de que se cometa corrupción privada en su beneficio y por su cuenta (conocimiento organizativo del riesgo). Así sucedería, por ejemplo, cuando la organización consienta o auspicie en su seno la comisión de este tipo de prácticas.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS Y ARTÍCULOS

- ABANTO VÁSQUEZ, M. A., «Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia», en Serrano-Piedecabras, José Ramón; Demetrio Crespo, E. (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Editorial COLEX, Madrid, 2010, pp. 139-175.
- ABEL SOUTO, M., «Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-31. 2017.
- AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 14, enero-abril 1993, pp. 9-34.
- AIDT, T. S., «Corruption, Institutions and Economic Development», en *Oxford Review of Economic Policy*, 2009, pp. 1-24.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: *iter criminis* y Derecho penal económico», en Silva Sánchez, J. M; Miró Llinares, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 547-580.
- «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el «bis in idem» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional», en *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n.º 61, 2013, pp. 25-52.
- «Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo», en *Diario La Ley*, n.º 7922, 13 de septiembre de 2012.
- «Apuntes sobre el concepto de delito», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista internacional*, n.º 2, Bogotá (Colombia), enero-marzo 2003, pp. 5-58.

- ALCÁCER GUIRAO, R., «Coautoría, dominio del hecho y tentativa. Comentario a la STS de 7 de mayo de 2001 (RJA 2694)», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 67, 2002, pp. 129-153.
- ALONSO ÁLAMO, M., «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en Octavio de Toledo y Ubieto, E.; Gurdiel Sierra, M.; Cortés Bechiarelli, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 55-74.
- ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, 26.ª edición revisada, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009.
- ALONSO SOTO, R., «Capítulo 12. Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho comunitario», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, 2.ª edición, Thomson Civitas, Pamplona, 2006, pp. 273-296.
- ANAND, V.; ASHFORTH, B. E.; JOSHI, M., «Business as usual: the acceptance and perpetuation of corruption in organizations», en *Academy of Management Executive*, Vol 18, N.º 2, 2004, pp. 39-53.
- ANARTE BORRALLO, E., «Los delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal de 2015: bases político-criminales y técnico-jurídicas», en *Jueces para la democracia*, n.º 87, 2016, pp. 58-94.
- ANARTE BORRALLO, E.; ROMERO SÁNCHEZ, C., «El delito de corrupción deportiva. Aspectos metodológicos, dogmáticos y político-criminales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14-20, 2012.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. Á.; Gómez Pavón, P.; Manjón-Cabeza Olmeda, A.; Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 339-366.
- ANDVIG, J. Chr., «Remarks on Private-to-private corruption», en *Norsk Utenrikspolitisk Institutt*, N.º 635, diciembre 2002, pp. 1-11.
- ANTÓN BLANCO, J. L., «El nuevo delito de corrupción en el sector privado», en *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 42, 2012, pp. 1-24.
- ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- ARGANDOÑA, A., «La corrupción y las empresas», en *IESE Business-School-Universidad de Navarra*, Occasional Paper n.º 21, mayo 2007, pp. 1-10.
- «La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales», en *IESE Business-School-Universidad de Navarra*, Documento de Investigación n.º 656, 2006, pp. 1-21.
- «Private-to-Private Corruption», en *IESE Business-School-Universidad de Navarra*, Working Paper n.º 531, diciembre de 2003, pp. 1-18.
- «Las empresas ante la corrupción», *Papeles de Ética, Economía y Dirección*, n.º 4, 1999, pp. 1-11.
- «Regulación y desregulación de los servicios», en *IESE Business-School-Universidad de Navarra*, Documento de Investigación n.º 176, enero 1990, pp. 1-35.

- ARGANDOÑA, A.; MOREL BERENDSON, R., «La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial», en *Cuadernos de la Cátedra «la Caixa» de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, n.º 4, julio de 2009, pp. 5-37.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., «Tendencias de política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos transnacionales», en Castro Moreno, Abraham; Otero González, P. (dirs.); Garrocho Salcedo, A. M., *Corrupción y delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 53-72.
- «Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia», en Villoria Mendieta, M.; Gimeno Feliú, J. M.; Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, pp. 435-450.
- «La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código Penal», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 21-50.
- «Cultura de cumplimiento e integridad: elemento clave de la prevención de riesgos penales», en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n.º 2, Septiembre-Diciembre, 2016, pp. 1-8.
- «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», en *Diario La Ley*, n.º 7541, 2011.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «Corrupción entre particulares (Artículo 286 del Código Penal)», en *Compliance y Derecho Penal, Aranzadi-Thomson Reuters*, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 137-150.
- «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU)», en *Diario La Ley*, n.º 7295, Sección Doctrina, 1 de diciembre de 2009.
- «La protección penal de la libre competencia en España y el proyecto de Código Penal español de 1980», en *Teoría y práctica del Derecho penal*, Tomo II, Editorial Marcial Pons, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 1323-1329.
- *Derecho Penal y Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 1.ª edición, Santiago de Chile, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.; STAMPA BRAUN, J. M., «La reforma del Derecho penal económico español», en *Teoría y práctica del Derecho penal*, Tomo II, Editorial Marcial Pons, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 1111-1182.

- BAJO FERNÁNDEZ, M., «Sección 8. Estafa» (actualizado por Pablo Guérez Tricarico), en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal. 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 1118-1135.
- «Administración desleal y apropiación indebida», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-17, 2001.
- «La Constitución económica española y el Derecho Penal», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal: algunos problemas específicos. Semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp. 154-181.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2.ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción entre particulares», en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 2011, pp. 1035-1046.
- BAÑERES SANTOS, F.; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción entre privados», en *La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de información, Ministerio de Justicia, año LX, suplemento al núm. 2015, pp. 217-224.
- BAUCELLS LLADÓS, J.; GUARDIOLA LAGO, M.ª J., «Limitaciones del Derecho Penal en la protección del mercado y los consumidores: dos ejemplos», en García Arán, M. (dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 211-298.
- BENAVIDES SCHILLER, A., «Acerca de la corrupción pública y privada en España a la luz de los delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Libro II CP español)», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 108, III, Época II, diciembre de 2012, pp. 119-139.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «Capítulo 29. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (XI)», en Morillas Cueva, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2.ª edición, revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 703-737.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil (corregida y puesta al día con la colaboración de Raúl Bercovitz Álvarez)*, 13.ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- *Apuntes de Derecho Mercantil (corregida y puesta al día con la colaboración de Raúl Bercovitz Álvarez)*, 12.ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española», en *Estudios de Deusto*, Vol. 63/1, Enero-Junio 2015, pp. 229-265.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; CERINA, G., «Algunos aspectos del nuevo delito de corrupción en el deporte», en Berdugo Gómez de la Torre, I.; Liberatore Silva Bechara, A. E. (coords.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, Universidad de Salamanca, 2013, pp. 387-411.

- BERENGUER PASCUAL, S., «La integración europea en la lucha contra la corrupción privada. En torno a la cuestión del interés jurídico penalmente protegido», en *Revista de Estudios Europeos*, n.º 71, enero-junio, 2018, pp. 48-58.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., «Los delitos de soborno en el Derecho Penal español y británico», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 116, II, Época II, septiembre 2015, pp. 75-119.
- BLANCO CORDERO, I., «Regalos y corrupción: sobre la punibilidad de las invitaciones a empleados públicos para asistir a espectáculos y otros eventos», en *La Ley Penal*, n.º 113, Sección Estudios, Marzo-Abril 2015.
- «Hospitalidad e invitaciones a empleados públicos y privados. Riesgo penal y cumplimiento normativo empresarial», en Jareño Leal, A.; Doval Pais, A. (dirs), *Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 67-86.
- *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 3.ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- «Artículo 286 bis», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1.ª edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1109 a 1115.
- «La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas», en *Diario La Ley*, n.º 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIII, 2013, pp. 219-263.
- BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», en Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 25-34.
- «El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*», en Castro Moreno, A. (dir.); Otero González, P. (dir.); Graffe González, L. V. (coord.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 1.ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 101-114.
- «Deberes del administrador y prácticas de kick-back», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-17, 2015.
- «El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», en *InDret*, n.º 2, marzo de 2013, pp. 1-29.
- BOLES, J. R., «The Two Faces of Bribery: International Corruption Pathways Meet Conflicting Legislative Regimes», en *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, Michigan, 2014, pp. 673-713.
- BREY, J. L.; ENRILE, J.; GLEZ RIVAS, J. J.; MURILLO, R.; RODRÍGUEZ, J.; ZAMORA, F. J.; ZAMORA, T., *Derecho constitucional de España (Sistema de la Constitución de 1978)*, Editorial Universitas, Madrid, 2006.

- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil* (edición a cargo de Fernando Martínez Sanz), 22.^a edición, Tecnos, Madrid, 2015.
- BÜLTE, J., «Corrupción en el sector privado y el llamado «modelo del dueño del negocio»», en Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 35-52.
- CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2002.
- CAMPUZANO, B., «La competencia desleal», en Campuzano, A. B.; Palomar Olmeda, A.; Calderón, C., *El Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 353-416.
- CANCIO MELIÁ, M., «Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo (consideraciones sobre la reforma del Código Penal español del año 2010)», en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, n.º 40, julio-septiembre 2012, pp. 43-84.
- CARUSO FONTÁN, M.^a V., «El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado», en *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva época, n.º 9, 2009, pp. 145-172.
- CASANOVAS, A., «La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 887-916.
- CASTAÑO TIERNO, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 561-638.
- CASTELLÓ NICÁS, N., «Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19-06, 2017.
- CASTRO MORENO, A., «Capítulo 23. Corrupción en los negocios», en Ayala Gómez, I.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (coords.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 655-670.
- «Corrupción empresarial: relevancia penal de la infracción de los deberes de los administradores de sociedades regulados en nuevo código mercantil», en Morillas Jarillo, M.^a J.; Perales Viscasillas, M. del P.; Porfirio Carpio, L. (dirs), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 614-629.
- «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 619-633.

- CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción privada», en *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010, pp. 1 a 11. Disponible en el siguiente enlace web: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/conferencias-ponencias-xxxii>. Visitado por última vez el 12 de diciembre de 2018 a las 9:14 horas.
- «El nuevo delito de corrupción en el deporte», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, n.º 28, 2010, pp. 17-36.
- «Tema VIII. El error de tipo», en Quintero Olivares, G.; Carbonell Mateu, J. C.; Morales Prats, F.; García Rivas, N.; Álvarez García, F. J. (dirs.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 3.ª edición corregida y adaptada a la LO 5/2010 de 22 de junio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 67-72.
- «El concepto penal de sociedad en los delitos societarios», en *Jueces para la democracia*, n.º 31, 1998, pp. 46-58.
- *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid, 1988.
- CERINA, G., «La comunidad internacional y la lucha contra la corrupción en el sector privado», en *Iustitia*, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia, diciembre 2011, pp. 95-138.
- CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, 1.ª edición, Instituto de Estudios Económicos, Thomson Civitas, Pamplona, 2006.
- COBO DEL ROSAL, M., «Societas delinquere non potest, a pesar de los pesares», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 115, I, Época II, mayo 2015, pp. 389-400.
- COCA VILA, I., «El consentimiento en el Derecho Penal Económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 28, 2017.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Problemas político-criminales de la corrupción en los negocios y compliance», en Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 213-226.
- CORRAL MARAVER, N., «La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea», en *InDret*, n.º 4, 2016, pp. 1-32.
- CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de corrupción deportiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- «La llamada corrupción entre particulares», en Juanes Peces, Á. (dir.); Alba Figueru, M.ª C. (coord.), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, Editorial El Derecho, Madrid, 2010, pp. 225-242.
- COSCULLUELA MONTANER, L.; LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Derecho público económico*, 2.ª edición, Iustel, Madrid, 2008.

- CUERDA ARNAU, M.^a L., «Lección IX. Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones», en Vives Antón, T.; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M.^a L.; Borja Jiménez, E.; González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.^a edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 151-176.
- «Lección XXI. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV): Robo con violencia o intimidación en las personas. Extorsión», en Vives Antón, Tomás; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M.^a L.; Borja Jiménez, E.; González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.^a edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 363-378.
- DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción entre particulares», en *Pérez-Llorca. Doctrina. Contencioso, Público y Regulatorio*, enero-marzo 2011, pp. 14-24.
- DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica de la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002. Disponible en la siguiente dirección web:
<http://www.cerecom.org/publicaciones/LIBRO%20PRINCIPIOS%20REGULACI%C3%93N%20CAP%204.pdf>. Visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 18:58 horas.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La corrupción ante el Derecho y la Justicia», en *Diario La Ley*, n.º 5149, Sección Tribuna, 20 de septiembre de 2013, pp. 1-6.
- «Armonización penal en la Unión Europea», en Da Costa Andrade, M.; Joao Antunes, M.; Aires De Sousa, S. (coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 1 (Direito Penal), Ed. Universidade de Coimbra, Portugal, 2009, pp. 647 a 686.
- «Iniciativas internacionales contra la corrupción», en *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 17, San Sebastián, diciembre 2003, pp. 5-26.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; BLANCO CORDERO, I., «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del derecho penal español?», en Díez Ripollés, J. L. (coord.), *La ciencia del derecho penal español ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 257-290.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; PÉREZ MACHÍO, I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Marco Europeo: las Directrices Comunitarias y su implementación por los Estados», en De la Cuesta Arzamendi, J. L. (dir.); De la Mata Barranco, N. J. (coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 1.^a edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 129-159.

- DE LA MATA BARRANCO, N. J., «El órgano de «compliance» penal: algunas cuestiones», en Matallín Evangelio, Á. (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 29-42.
- «Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos, Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 6, Universidad de Deusto-Bilbao, 2009, pp. 151-182.
- «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. La necesidad de definir el interés merecedor y necesitado de tutela en cada una de las conductas típicas encuadradas en lo que se conoce, demasiado genéricamente, como ámbito de la corrupción», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 17, 2006, pp. 81-152.
- DE SEBASTIÁN CARAZO, L. M.ª «Las asimetrías del mercado, un argumento para su regulación», en *Documentación social*, n.º 153, 2009, pp. 139-150.
- DE URBANO CASTRILLO, E., «Artículo 286 bis», en Sánchez Melgar, J. (coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, 4.ª edición. Editorial SEPÍN, 2016, pp. 2081-2087.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Notas con ocasión de la reforma de 2015», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 0, 2015, pp. 215-254.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», en *Diario La Ley*, n.º 8732, Sección Doctrina, 1 de abril de 2016.
- «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, n.º 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 103, I, Época II, mayo 2011, pp. 41-94.
- «Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995», en Faraldo Cabana, P.; Valeije Álvarez, I. (coords.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, 1998, pp. 79-140.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Globalización, corrupción y delincuencia económica», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 845-869.
- «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del código penal español», en ICADE. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, mayo-agosto 2008, pp. 199-223.
- DÍAZ PITA, M.ª del M., «La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización», en *Revista Penal*, n.º 17, 2006, pp. 59-71.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson Civitas, 1.ª edición, Madrid, 2003.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Sección 1. Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal. 2015, Ediciones Francis Lefebvre*, Madrid, 2015, pp. 344-352.
- «Tema XXXVIII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Quintero Olivares, G.; Carbonell Mateu, J. C.; Morales Prats, F.; García Rivas, N.; Álvarez García, F. J. (dirs.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 3.ª edición corregida y adaptada a la LO 5/2010 de 22 de junio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 287-301.
- ENCINAR DEL POZO, M. Á., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Aranzadi, 1.ª edición, Pamplona, 2016.
- «Delitos de corrupción en los negocios: programas de compliance e investigaciones internas», en *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 32, 2016, pp. 1-25.
- «La introducción de nuevos tipos penales para luchar contra la corrupción en la reforma del Código Penal de 2010», en *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 13, 2014, pp. 1-22.
- ESTEVE PARDO, J., «La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía (Regulierungsrecht. La sistemática de la doctrina alemana y sus sustanciales analogías con la recepción doctrinal en España. Crónica de libros)», en *Revista de Administración Pública*, n.º 183, Madrid, septiembre-diciembre 2010, pp. 295-307.
- «La regulación de la economía desde el Estado garante», en *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Aranzadi, 1.ª edición, 2007, pp. 79-125. También accesible a través de la siguiente dirección web:
http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulación_Esteve.pdf. Visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 18:58 horas.
- ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *El delito de corrupción entre particulares*, edición 1.ª, Editorial Fe d'erratas, Madrid, 2013.
- FARALDO CABANA, P., «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 41-79.
- «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIII, 2001-2002, pp. 60-98.
- *Los delitos societarios, aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Límites del tipo objetivo en los delitos económicos», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 159-175.
- «El delito de corrupción de agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter CP como delito contra la competencia a través de la corrupción», en *Diario La Ley*, n.º 8987, Sección Doctrina, 25 de mayo de 2017.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.ª edición, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- «Capítulo II. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B., Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 55-66.
 - «Capítulo IV. Los requisitos del art. 31 bis 1», en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B., Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 75-88.
 - «Los delitos económicos», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 955-978.
 - «Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles», en Ontiveros Alonso, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 135-205.
 - «Capítulo II. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal», en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B., Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, 1.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 49-64.
 - «Capítulo IV. Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1», en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B., Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, 1.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 91-107.
 - «Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: El alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», en *Perspectiva Penal Actual*, n.º 1, 2012, pp. 63-101.
 - «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-76, tomo 2, 1997.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis CP): Una interpretación restrictiva», en Queralt Jiménez, J.; Santana Vega, D. M.ª (dirs.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 211-238.

- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E. B., «Corrupción en los negocios: El «favorecimiento indebido» como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 117, III, Época II, diciembre 2015, pp. 159-176.
- FERNÁNDEZ RIOS, L., *Psicología de la corrupción y de los corruptos*, Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Psicología, Santiago de Compostela, 1999.
- FERNÁNDEZ ROSAS, J. C., «Regulación versus desregulación internacional de los mercados financieros tras la crisis de 2008», en *Agenda Internacional*, Año XVII, n.º 28, 2010, pp. 197-216.
- FERRAJOLI, L., «El principio de lesividad como garantía penal» (trad. Diana Restrepo Rodríguez), en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 8, n.º 79, Medellín, julio-diciembre de 2012, pp. 100-114.
- FIGUEROA, L. R.; MONTES DE OCA, R.; RIVERA, L.; ARTAVIA, R.; MARSHALL, L., «Impacto de la inseguridad pública sobre el clima de negocios e inversión de centroamérica», en *Publicaciones INCAE*, 1997. También accesible on-line en la siguiente dirección web:
<http://x.incae.edu/ES/clacds/publicaciones/pdf/cen900filcorr.pdf>. Visitado por última vez el 16 de junio de 2019 a las 19:01 horas.
- FOFFANI, L., «La «corrupción privada». Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A. (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 381-392.
- FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- FRISCH, W., *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (traducción de Ivó Coca Vila), Editorial Atelier, Barcelona, 2015.
- GALÁN MUÑOZ, A., «Globalización, corrupción internacional y Derecho Penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 605-661.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho de la Empresa y del Mercado*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- *Derecho de la Empresa y del Mercado*, 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en Quintero Olivares, G. (coord.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 553-576.

- GARCÍA DEL BLANCO, V., «Sección 5. Organizaciones y grupos criminales», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal. 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 1784-1808.
- «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVII, 2014, pp. 193-237.
- GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿Un terrible derecho?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.
- GARZÓN VALDÉS, E., «Acerca de la calificación moral de la corrupción», en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2004, pp. 9-19.
- «Acerca del concepto de corrupción», en Laporta, F. J.; Álvarez, S. (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 39-69.
- GHERSI, E., *Economía de la Corrupción*, Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, Monografía n.º 73, Caracas, 2000.
- GIL ANTÓN, A. M.^a, «Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 6, Época I, enero 2015-junio 2015, pp. 75-96.
- GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Sistema de responsabilidad penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.
- GIL NOBAJAS, M.^a S., «Corrupción en los negocios privados: ¿es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho, altitular de la empresa y a la persona jurídica?», en Queralt Jiménez, J.; Santana Vega, D. M.^a (dirs.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 239-255.
- «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): Análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 567-624.
- GILI PASCUAL, A., *El delito de corrupción en el sector privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 109, I, Época II, mayo 2013, pp. 45-107.
- «Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, n.º 19, 2007, pp. 245-288.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El endiablado cohecho impropio», en *Diario El Mundo*, 5 de julio de 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», en *Revista de Administración Pública*, n.º 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 149-211.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- «Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B., Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 89-119.
- «Capítulo VI. El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B., Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 121-141.
- «Capítulo VII. La culpabilidad de la persona jurídica», en Bajo Fernández, M.; Feijoo Sánchez, B., Gómez-Jara Díez, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.^a edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 143-219.
- «Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 125-145.
- «¿Qué modelo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en Ontiveros Alonso, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 177-205.
- *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Editorial B de F, Madrid, 2014.
- *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Editorial BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2010.
- «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, mayo-agosto 2008, pp. 225-243.
- *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- «La corrupción en el sector médico: texto, contexto y nuevas tipologías delictivas», en Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-104.

- GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Delitos de posición con infracción de deber? Reflexiones sobre el ejemplo de la corrupción médica privada» en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, I, Época II, mayo 2016, pp. 87-114.
- «Farmasponsoring y corrupción», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 997-1018.
- «Capítulo 14. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial», en Ayala Gómez, I.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (coords.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 543-558.
- «Falsa alarma: societas delinquere non potest», en Ontiveros Alonso, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 207-254.
- «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificados. Nuevas bases para una distinción necesaria» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14-01, 2012.
- GÓMEZ RIVERO, C., «Derecho Penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2017, pp. 249-306.
- GÓMEZ TOMILLO, Ma., «Programa de cumplimiento y política criminal», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 103-124.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Halcones y palomas: La persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica», en Demetrio Crespo, E.; González-Cuéllar Serrano, N. (dirs.), *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 509-542.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Matallín Evangelio, Á. (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 91-111.
- GONZÁLEZ DE LENA, F., «Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores», en *Relaciones Laborales*, Editorial La Ley, Sección Doctrina, Tomo 1, 1986.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma», en *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, pp. 15-41.
- GRACIA MARTÍN, L., «Analogía y naturaleza de la cosa: la imposible e inconcebible responsabilidad penal sancionatoria de la persona jurídica», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 209-240.

- GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-5, 2016, pp. 1-95.
- GREEN, S. P., «Official and commercial bribery: should they be distinguished?», en Horder, J.; Alldridge, P. (eds.), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, pp. 39-65.
- GUINARTE CABADA, G., «Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XV, 1990-1991, pp. 125-180.
- GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.^a, «Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 24, 2015, pp. 1-22.
- «La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles», en Rojo Fernández Río, A. J. (dir.); Beltrán Sánchez, E. M. (dir.); Campuzano Laguiello, B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, edición 5.^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 359-413.
- HASSEMER, W., *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado*, n.º 1, 1991, pp. 23-36.
- HEFENDEHL, R., «De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico» (trad. Gonzalo Medina Schulz), en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2007, Madrid, pp. 459-475.
- HEINE, G.; ROSE, THOMAS O., «Private Commercial Bribery. A comparison of National and Supranational Legal Structures», en *Forschung aktuell - research in brief*, n.º 16, Freiburg, 2003, pp. 1-21.
- HERRERO GIMÉNEZ, R., *El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares*, Tesis doctoral inédita dirigida por Íñigo Segrelles de Arenaza, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid, 2017.
- HESS, D., «Corrupción en la cadena de valor: entre particulares, y entre particulares y sector público», en *Informe Global de la Corrupción 2009: Corrupción y Sector Privado*, Transparencia Internacional, 2009, pp. 21-26.
- HODGSON, G. M.; JIANG, S., «The economics of corruption and the corruption of economics: an institutionalist perspective», en *Journal of Economic Issues*, vol. 41, n.º 4, 2007, p. 1046.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Teoría del delito y responsabilidad de las personas jurídicas», en *Diario La Ley*, n.º 9178, Sección Tribuna, 16 de abril de 2018.

- HUISMAN, W.; VANDE WALLE, G., «The Criminology of Corruption», en Graaf, Gjalte de; Maravic, P. Von; Wagenaar, P. (eds.), *The Good Cause: Theoretical Perspectives on Corruption*, Barbara Budrick Publishing, Opladen, 2010, pp. 115-145.
- JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, Á. L., *La reforma penal de 2015*, 1.ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp. 143-146.
- JAKOBS, G., «El principio de culpabilidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLV, Fascículo III, 1992, pp. 1051-1083.
- JUANES PECES, Á., «Delitos de funcionarios públicos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-242, tomo 5, 1998.
- KINDHÄUSER, U., «Los tipos de delito en el Derecho penal económico», en Silva Sánchez, J. M.ª; Miró Llinares, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 67-82.
- «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán» (trad. Percy García Caverro), en *Política criminal*, n.º 3, A1, 2007, pp. 1-18.
- KIRZNER, I. M., *Discovery and the Capitalism Process*, The Chicago University Press, Chicago, 1985.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., «Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. Núm. 2872/2013)», en *La Ley mercantil*, n.º 12, marzo 2015, pp. 84-94.
- LASCURAÍN, J. A., «Compliance, debido control y unos refrescos», en Arroyo Zapatero, L.; Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 111-135.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª J., «Contratos y relaciones laborales especiales», en Molero Manglano, C. (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo*, 14.ª edición (3.ª en Tirant lo Blanch), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 751-800.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, E., «Naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica y carga de la prueba», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 475-503.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La macrocriminalidad: un modelo de política-criminal adaptado al Derecho penal de la globalización», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 457-474.
- LUZÓN CÁNOVAS, A., «Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal», en Fiscalía General del Estado, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Madrid, 2018, pp. 213-240.
- MAESTRO BUELGA, G., «Estado de mercado y Constitución Económica: Algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, Julio-diciembre 2007, pp. 43-73.

- MAESTRO BUELGA, G., «Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n.º 4, n.º 7, 2000, pp. 123-154.
- MAGRO SERVET, V., «Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas», en *Diario La Ley*, N.º 9337, Sección Doctrina, 15 de enero de 2019.
- «Consideraciones prácticas sobre el delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis CP). Supuestos incluidos y excluidos», en *Diario La Ley*, n.º 8706, Sección Tribuna, 19 de febrero de 2016.
- MALEM SEÑA, J. F., «La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 104, Fascículo 2, 2016, pp. 25-41.
- «El fenómeno de la corrupción», en LAPORTA, F. J.; ÁLVAREZ, S. (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 71-90.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10-02, 2008, pp. 1-25.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.
- MARTÍN LORENZO, M.^a, «Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas», en Maqueda Abreu, M.^a L.; Martín Lorenzo, M.^a; Ventura Püschel, A. (coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 209-229.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Artículo 16. Libertad de empresa», en Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 332-338.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5.^a edición (adaptada a la L. O. 1/2015), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Lección XXVI. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IX): delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Alteración de precios en concursos y subastas públicas», en Vives Antón, T.; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M.^a L.; Borja Jiménez, E.; González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.^a edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 455-476.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 457-566.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. Á.; Gómez Pavón, P.; Manjón-Cabeza Olmeda, A.; Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 699-716.
- *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- «El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en Vives Antón, T. S.; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 504-513.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; MARTÍN LORENZO, M.^a, «Responsabilidad penal y externalización de funciones públicas. Con especial consideración de la gestión y control de licencias urbanísticas de actividades», en Galán Galán, Al.; Prieto Romero, C. (coords.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens Editorial, Barcelona, 2010, pp. 125-222.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a I., «Corrupción privada y corrupción en el deporte», en Muñoz Conde, Francisco (dir.); Del Carpio Delgado, J. (coord.); Galán Muñoz, A. (coord.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 351-376.
- MARTÍNEZ MORENO, C., «El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación», en *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 36, 1995, pp. 15-86.
- MASSAGUER, J., «Defensa de la competencia: conductas desleales y falseamiento de la libre competencia», en *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*, Aranzadi, marzo de 2008, pp. 1-5.
- MAYO CALDERÓN, B., «Delitos de corrupción en los negocios», en Romero Casabona, C. M.^a; Sola Reche, E.; Boldova Pasamar, M. Á. (coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Comares, Granada, 2016, pp. 424-431.
- MAZA MARTÍN, J. M., *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, 1.^a edición, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018.
- MELÉ, D., «Sobornos y extorsiones en los negocios», en IESE-Universidad de Navarra, Documento de Investigación n.º 239, enero de 1993, pp. 1-12.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización criminal. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 511-560.

- MENDOZA BUERGO, B., «Sección 16. Delitos relativos al mercado y a los consumidores», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal. 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 1196-1224.
- «Sección 17. Corrupción entre particulares», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal. 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 1225-1228.
- «El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Editorial Civitas, Navarra, 2011, pp. 425-451.
- «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, núm. 9, 2002, pp. 39-82.
- MENDOZA CALDERÓN, S., «Algunas consideraciones sobre la criminalización en España de las formas de corrupción en el sector sanitario y farmacéutico», en Matallín Evangelio, Á. (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 225-270.
- MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de Derecho del Trabajo* (con la colaboración de Ana de la Puebla Pinilla y Francisco Javier Gómez Abelleira), 8.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MESTRE DELGADO, E., «Tema 13. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en Lamarca Pérez, C. (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3.^a edición, Editorial Colex, Madrid, 2015, pp. 315-501.
- MIR PUIG, C., «El delito de cohecho en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, n.º 7603, Sección Doctrina, 4 de abril de 2011.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General* (a cargo del prof. Víctor Gómez Martín), Editorial Reppertor, 9.^a edición, Barcelona, 2011.
- «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 05-05, 2003.
- «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 03-06, 2001.
- «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XIV, 1989-1990, pp. 203-216.
- MIRÓ LLINARES, F., «Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación. Análisis y consideraciones críticas ante la nueva Reforma penal», en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp. 613-658.
- «Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (II) Tipo «subjetivo»», en Silva Sánchez, J. M.^a; Miró Llinares, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 253-286.

- MOLERO MANGLANO, C., «Sujetos del contrato de trabajo», en Molero Manglano, C. (dir.), *Manual de Derecho del Trabajo*, 14.^a edición (3.^a en Tirant lo Blanch), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 153-194.
- MOLINA DEL POZO, C. F., *Derecho Comunitario*, Editorial Cálamo, Barcelona, 2004.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Societas peccare non potest... nec delinquere», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 361-415.
- MONFORTE CUATRECASAS, C., «Contra la propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores y corrupción en los negocios, incluido el deporte (art. 288 CP)», en Saura Alberdi, B.; Velasco Núñez, E. (coords.), *Los delitos que pueden cometer las empresas*, Editorial Jurídica Sepín, Las Rozas (Madrid), 2019, pp. 343-386.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Capítulo 1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sección 4. Delegación de funciones», en Ayala Gómez, I.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (coords.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 44-53.
- MORALES PRATS, F., *La Utopía garantista del Derecho Penal en la nueva «Edad Media»*, Discurso de ingreso en la Reial Acadèmia de Doctors, como académico de Número, en el acto de su recepción el 5 de noviembre de 2015, Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015.
- MORENO GARCÍA, A., «Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, núm. 38, Mayo-Agosto, 1993, pp. 263-295.
- MORILLAS CUEVA, L., «Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 04-06, 2002, pp. 1-23.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial (20.^a edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, F. J., «La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2011.
- MUÑOZ RUIZ, J., «El nuevo delito de corrupción en el deporte», en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, n.º 9, diciembre 2010, pp. 31-54.
- NAVARRO CARDOSO, F., «Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-25, 2016, pp. 1-40.
- «Corrupción, transparencia y Derecho Penal. Especial referencia al Derecho de acceso a la información pública», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 114, III, Época II, diciembre 2014, pp. 101-141.
- NAVARRO FRÍAS, I., «Retribuciones externas y corrupción de los administradores sociales», en Queralt Jiménez, J.; Santana Vega, D. M.^a (dirs.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 257-276.
- NAVARRO FRÍAS, I.; MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», en *InDret*, n.º 4, octubre de 2011, pp. 1-40.

- NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción entre particulares», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2011.
- NIETO MARTÍN, A., «Tema 10. Corrupción en los negocios», en De la Mata Barranco, N. J.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuraín Sánchez, J. A.; Nieto Martín, A., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Editorial Dykinson, 2018, pp. 415-446.
- «Lección III. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo», en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 111-134.
- «Lección IV. Código ético, evaluación de riesgos y formación», en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 135-163.
- «Lección X. La prevención de la corrupción», en Nieto Martín, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 307-371.
- «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en Hurtado Pozo, J. (dir.); Mendoza Llamapconcca, F. (coord.), *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014*, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo Suiza, Lima, 2013, pp. 171-200.
- «La privatización de la lucha contra la corrupción», en *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, n.º 37, 2011-2012, pp. 59-82.
- «Corrupción en el sector privado o corrupción de empleados», en Gómez Rive-ro, M.^a del C. (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (adaptado al EEES)*, 1.^a edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 474-479.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal», en Serrano-Piedecasas Fernández, J. R., Demetrio Crespo, E. (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Editorial Colex, Madrid, 2008, pp. 131-160.
- «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en Nieto Martín, A. (coord.), *Estudios de Derecho Penal*, Ediciones del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Grupo español de la Asociación Internacional de Derecho Penal Grupo español, 2004, pp. 45-151.
- «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», en *Revista penal*, N.º 12, 2003, pp. 3-26.
- «La corrupción en el sector privado (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», en *Revista penal*, n.º 10, 2002, pp. 55-69.
- *El delito de administración fraudulenta*, Editorial Praxis, Barcelona, 1996.

- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Sobre el bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares: legitimidad de la intervención penal», en Matallán Evangelio, Á. (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 289-324.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Editorial Civitas, Madrid, 1979.
- OLAIZOLA NOGALES, I., «La respuesta penal ante la corrupción: una aproximación a las principales carencias», en *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 32, 2014, pp. 1-16.
- ORBEGOZO, X., «El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas», en *El Derecho*, 1 de mayo de 2011.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de “cultura de cumplimiento”», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 369-381.
- «La corrupción en el deporte en el Derecho Penal español: ¿Un legislador torpe, inmoral o estratégico?», en Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 133-153.
- «Capítulo 35. Delitos contra la Administración pública», en Ayala Gómez, I.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (coords.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 949-962.
- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way», en Mir Puig, S.; Corcoy Bidasolo, M.; Gómez Martín, V. (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 33-88.
- «Sanciones penales contra empresas en España (*Hispanica societas delinquere potest*)», en Kuhlen, L.; Pablo Montiel, J.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í., (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263-282.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en Silva Sánchez, J. M.^a; Miró Llinares, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 461-499.
- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («Compliance Programs»)\», en Goñi Sein, J.L. (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, Editorial La Ley, Madrid, marzo 2011, pp. 95-135.

- ORTS BERENGUER, E., «Lección XXXVIII. Delitos contra la administración pública (y II)»: Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública», en Vives Antón, T.; Orts Berenguer, E.; Carbonell Mateu, J. C.; Martínez-Buján Pérez, C.; Cuerda Arnau, M.^a L.; Borja Jiménez, E.; González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.^a edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 657-678.
- OTERO GONZÁLEZ, P., «La respuesta del Derecho Penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir», en Castro Moreno, A.; Otero González, P. (dirs.); Garrocho Salcedo, A. M., *Corrupción y delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 203-251.
- «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la Reforma Penal por LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)», en Villoria Mendieta, M.; Gimeno Feliú, J. M.^a; Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, pp. 451-478.
- «Corrupción entre particulares (Delito de)», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3, septiembre 2012-febrero 2013, pp. 174-183.
- «La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», en *La Ley Penal*, n.º 87, Sección Legislación aplicada a la práctica, Noviembre 2011.
- «Dos ejemplos de la nueva política criminal en materia de corrupción recogidos en la LO 5/2010: los delitos de cohecho pasivo impropio y de corrupción entre particulares», en *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 43, 2011, pp. 1-74.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Las conductas contrarias a la defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia», en Campuzano, B.; Palomar Olmeda, A.; Calderón, C., *El Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 81-178.
- PALOMO DEL ARCO, A., «El delito de corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho Penal de los Estados miembros», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 1, mayo 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1., n.º 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169-190.
- PARÉS LÓPEZ DE LEMOS, A. I., *Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Tesis doctoral inédita dirigida por Margarita Valle Mariscal de Gante, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Madrid, 2017.

- PASTOR MUÑOZ, N., «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. A la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa», en *InDret*, n.º 4, octubre de 2016, pp. 1-25.
- *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- «Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. 5, 2000, pp. 335-360.
- PASTOR MUÑOZ, N.; COCA VILA, I., «La llevanza de cajas B y los pagos de corrupción a la luz del delito de administración desleal del nuevo art. 252 CP», en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 383-402.
- «Capítulo 9. Administración desleal», en Ayala Gómez, I.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (coords.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 441-454.
- PAZ-ARES, J. C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en Molina Navarrete, C.; Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, M.ª N. (coords.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 357-440.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.; BENITO SÁNCHEZ, D., «La política criminal internacional contra la corrupción», en Berdugo Gómez de la Torre, I.; Liberatore Silva Bechara, A. E. (coords.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*, Universidad de Salamanca, 2013, pp. 13-55.
- PÉREZ FERRER, F., «Aspectos dogmáticos y político-criminales de la protección del mercado, la competencia y los consumidores en el Derecho Penal español», en Morillas Cueva, L. (dir.); Suárez López, J. M.ª (coord.), *Derecho y consumo: aspectos penales, civiles y administrativos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 159-186.
- «Consideraciones sobre las recientes líneas de Política Criminal en España», en *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, pp. 196-214.
- «La nueva regulación de la corrupción. El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio», en *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 1, 2012, pp. 1-31.
- PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 2015.
- PINTO, J.; LEANA, C. R.; PIL, F. K., «Corrupt organizations or organizations of corrupt individuals? Two types of organization-level corruption», en *Academy of Management Review*, vol. 33, n.º 3, 2008, pp. 685-709.

- PORTERO HENARES, M., «La «privatización» de las leyes penales en blanco. El caso del delito de corrupción privada del artículo 286 bis) del Código Penal», en *La Ley Penal*, n.º 112, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero-Febrero 2015.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «La metamorfosis del Derecho Penal en las democracias autoritarias: La instauración de una filosofía penal neoconservadora definida por el control de la peligrosidad y la defensa de espacios de no-derecho», en Maqueda Abreu, M.ª L.; Martín Lorenzo, M.ª; Ventura Püschel, A. (coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 1159-1174.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- PUENTE ABA, L. M.ª, «Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», en González Cussac, J. L. (dir.); Gorriz Royo, E. (coord.); Matallín Evangelio, Á. (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 913-920.
- «Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter (art. 286 quater)», en González Cussac, J. L. (dir.); Gorriz Royo, E. (coord.); Matallín Evangelio, Á. (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 929-931.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial. 7.ª edición revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- «La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010», en Álvarez García, Francisco Javier; Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel; Gómez Pavón, P.; Manjón-Cabeza Olmeda, A.; Martínez Guerra, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 803-816.
- «Reflexiones marginales sobre la corrupción», en *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 2, 2012, pp. 18-35.
- «Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n.º 147, marzo 2010, pp. 15-19.
- «La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 2, 2003, pp. 1-34.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.), 2018, pp. 241-263.
- «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12-r2, 2010, pp. 1-20.
- «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. III, 1978-1979, pp. 185-248.

- QUINTERO OLIVARES, G.; FRANQUET SUGRAÑES, M.^a T., «Estado, mercado y Constitución: la dimensión penal», en Quintero Olivares, G. (dir.); Jaria I Manzano, J. (coord.), *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 493-542.
- QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- RAPHAEL, M., *Bribery. Law and Practice*, Oxford University Press, 1.^a edición, Oxford, 2016.
- ROBLES PLANAS, R., *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho Penal económico*, Editorial BdeF, Algete (Madrid), 2014.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «El contrato de trabajo de personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido», en *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, tomo 1, 1986.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 37, n.º 3, 1984, pp. 677-692.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J., *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J.; MORÓN LERMA, E., «Artículo 286 bis.1, 2 y 3», en Quintero Olivares, G. (dir.); Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9.^a edición, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 934-942.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas», en *Diario La Ley*, n.º 8766, 20 de mayo de 2016.
- «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», en *Diario La Ley*, n.º 7561, 3 de febrero de 2011.
- ROHLFSEN, R. J., «Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws», en *University of Chicago Legal Forum*, 2012, pp. 151-193.
- ROSAS OLIVA, J. I., «Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 99, 2009, pp. 93-123.
- ROSE-ACKERMAN, S., «Corrupción y competencia», en *Revista de Ciencia Política*, vol. 18, N.º 1 y 2, 1996, pp. 43-51.
- ROTSCH, T., «Corrupción y compliance», en Gómez Martín, V.; Montiel, J. P.; Satzger, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 227-242.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña [dir.], José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.

- ROXIN, C., «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen» (trad. Manuel Cancio Meliá), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15-01, 2013, pp. 1-27.
- *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Thomson Civitas, Elcano (Navarra), 2008.
- SALINAS JIMÉNEZ, J.; SALINAS JIMÉNEZ, M.^a del M., «Causas y efectos económicos de la corrupción», en Rodríguez García, N.; Rodríguez López, F. (coords.), *Corrupción y desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 23-43.
- SÁNCHEZ BERNAL, J., *El delito de corrupción deportiva tras la reforma del 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal», en *Cuadernos del Tomás*, n.º 2, 2010, pp. 207-225.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, 13.^a edición (4.^a en Aranzadi), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Las normas de las personas jurídicas: ¡Cómo es que responde penalmente quien no puede delinquir!», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 609-627.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en el sector privado», en *Revista Xurística Galega*, n.º 63, 2009, pp. 13-46.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B. J.; Echano Basaldua, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 629-649.
- «Un reto para el dolo: los motivos del autor», en Maqueda Abreu, M.^a L.; Martín Lorenzo, M.^a; Ventura Püschel, A. (coords.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 339-363.
- «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva», en *InDret*, n.º 1/2008.
- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Capítulo 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Ayala Gómez, I.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (coords.), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 165-200.

- SANTANA VEGA, D., «III. Corrupción en los negocios o entre particulares (arts. 286 bis-286 quáter)», en Corcoy Bidasolo, M.; Gómez Martín, V. (dirs.), *Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial (Adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal)*, Tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 351-367.
- «Sección 4.^a De la corrupción entre particulares», en Corcoy Bidasolo, M.; Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1001-1012.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 97-148.
- *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SATRÚSTEGUI, M., «Lección 18. Derechos de ámbito económico y social», en López Guerra, L.; Espín, E.; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P.; Satrústegui, M., en *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Volumen I, 10.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 377-399.
- SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de administración desleal» (trad. Carlos Gómez-Jara Díez), en Gómez-Jara Díez, C. (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Editorial Atelier, Barcelona, 2008, pp. 123-148.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «La exigente de «modelos de prevención de delitos». Fundamentos y bases para una dogmática», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 669-691.
- «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en Kuhlen, L.; Pablo Montiel, J.; Ortiz De Urbina Gimeno, Í., (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 79-105.
- «Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial», en Silva Sánchez, J. M.^a; Miró Llinares, F. (dirs.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 31-66.
- «¿Pueden los notarios pagar comisiones para captar clientes?», en *Revista El Notario del Siglo XXI*, n.º 41, enero-febrero 2012.
- «El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en Silva Sánchez, J. M.^a (dir.); Pastor Muñoz, N. (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 419-438.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a edición, Editorial BdeF, Capital Federal (República Argentina), 2011.
- TARÍN, C., «La medición de la corrupción en España: Los datos objetivos», en Villoria Mendieta, M.; Gimeno Feliú, J. M.^a; Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, pp. 67-82.

- TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Derecho penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- TIEDEMANN, K., «Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución Europea» (trad. Silvina Bacigalupo y Carlos Gómez-Jara Díez), en Bajo Fernández, M. (dir.); Bacigalupo Saggese, S.; Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Constitución europea y Derecho penal económico, Mesas redondas de Derecho y Economía*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 173-188.
- «Protección penal de la competencia» (trad. Adán Nieto Martín), en Tiedemann, K. (dir.); Nieto Martín, A. (coord.), *Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, pp. 83-91.
- TORÍO LÓPEZ, Á., «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fasc/mes 2-3, 1981, pp. 825-848.
- TORRES DEL MORAL, A., «Lección 13. Derechos y principios económico-sociales», en Gimeno Sendra, V.; Torres del Moral, A.; Morenilla Allard, P.; Díaz Martínez, M., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1.^a edición, Editorial COLEX, 2007, pp. 323-354.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.^a E., «Marco normativo internacional contra la corrupción», en Morillas Cueva, L. (dir.); Suárez López, J. M.^a (coord.), *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 163-192.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVIII, 1994-1995, pp. 295-369.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., «¿Pueden las empresas públicas cometer los denominados delitos de corrupción?», en De Riquer I Permanyer, Borja; Pérez Francesch, J. L.; Rubí I Casals, G.; Ferran Toledano González, L.; Luján, O. (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea. Un enfoque interdisciplinar*, Marcial Pons, 2018, pp. 659-671.
- «La reforma del Código Penal de 2015», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva época, vol. 18, n.º 1, 2015, pp. 317-337.
- VANBERG, V. J., «Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional» (trad. Pablo Larrañaga), en *Isonomía*, n.º 17, octubre de 2002, pp. 79-116.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal Comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier Libros Jurídicos, Moià (Barcelona) 2015.
- VEGA GUTIÉRREZ, J. Z., «El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios», en *La Ley Penal*, n.º 131, Sección Estudios, Marzo-Abril 2018.

- VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre particulares (art. 286 bis.1, 2, 3)», en Álvarez García, F. J.; González Cussac, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 319-329.
- «Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», en Álvarez García, F. J.; Manjón-Cabeza Olmeda, A.; Ventura Püschel, A. (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 487-514.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I y II, 23.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo I, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», en *Diario La Ley*, n.º 6314, Sección Doctrina, 8 de septiembre de 2005.
- VILLEGAS GARCÍA, M.ª de los Á.; ENCINAR DEL POZO, M. Á., «La reforma del delito de corrupción privada», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 137, 2019.
- «Compliance programs y DPA: Una nueva etapa en el camino hacia un Derecho Anticorrupción sin fronteras», en *Working Paper IE Law School*, AJ8.233, 30 de julio de 2016.
- VILLORIA MENDIETA, M., *Combatir la corrupción*, 1.ª edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2019.
- «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en Villoria Mendieta, M.; Gimeno Feliú, J. M.ª; Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, pp. 47-66.
- «Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España», en GAPP: *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 21, mayo-agosto 2001, pp. 95-115.
- VILLORIA, M.; JIMÉNEZ, F., «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 138, abril-junio de 2012, pp. 109-134.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (Aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121, I, Época II, mayo 2017, pp. 9-33.
- «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operadas por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», en Bacigalupo Saggese, S.; Feijoo Sánchez, B.; Echano Basaldua, E., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 693-712.
- «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 11, 1980, pp. 67-88.

II. INFORMES

CGPJ

- *Informe del Pleno del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 26 de febrero de 2009.*

CONSEJO DE ESTADO

- *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 29 de octubre de 2009 (n.º ref. 1404/2009).*

GRECO

- *Relativos a España:*

- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO en su 42.ª Reunión Plenaria. Estrasburgo, 11 a 15 de mayo de 2009.*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO en su 50.ª Reunión Plenaria. Estrasburgo, 28 de marzo a 1 de abril de 2011.*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO en su 60.ª Reunión Plenaria. Estrasburgo, 17 a 21 de junio de 2013.*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO en su 65.ª Reunión Plenaria. Estrasburgo, 6 a 10 de octubre de 2014.*
- *Informe de evaluación adoptado por el GRECO en su 70.ª Reunión Plenaria. Estrasburgo, 30 de noviembre a 4 de diciembre de 2015.*

ICC

- *Memorandum to the OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions, 13 de septiembre de 2016.*
(disponible on-line en el siguiente enlace web: <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2006/Memorandum-to-the-OECD-Working-Group-on-Bribery-in-International-Business-Transactions/>
Visitado por última vez el 13 de octubre de 2016)

OCDE

- Working Group on Bribery in International Business Transactions, *Consultation paper. Review of the OECD Instruments on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Ten Years after Adoption*, January 2008. (disponible on-line en el siguiente enlace web: <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/39882963.pdf>
Visitado por última vez el 12 de octubre de 2016)

ONU

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*, Nueva York, 2013. (disponible on-line en el siguiente enlace web: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf
Visitado por última vez el 13 de octubre de 2016)

III. CÓDIGOS DE CONDUCTA EMPRESARIALES

ABERTIS

- *Código ético*, 2016 (accesible on-line en: <https://www.abertis.com/media/uploads/2016/09/20/codi-etic2016.pdf>
Visitado por última vez el 13 de junio de 2019 a las 23:58 horas)

ACCIONA

- *Código de conducta*, 28 de julio de 2016 (accesible on-line en: https://www.acciona.com/media/2056228/cc_2016_es_28-9.pdf
Visitado por última vez el 13 de junio de 2019 a las 23:59 horas)

ACERINOX

- *Código de conducta y buenas prácticas de Acerinox, S. A. y su grupo de empresas*, 25 de octubre de 2016 (accesible on-line en: <https://www.acerinox.com/opencms901/export/sites/acerinox/.content/galerias/galeria-descargas/reglamentos-gob-corporativo/Codigo-de-Conducta-25-de-October-2016.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:00 horas)

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

ACS

- *Código de conducta*, 12 de noviembre de 2015 (accesible on-line en: http://www.grupoacs.com/ficheros_editor/File/04_gobierno_corporativo/Reglamentos%20Gobierno%20Corpor/codigo_de_conducta_2015.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:00 horas)

AENA

- *Código de conducta*, julio de 2015 (accesible on-line en: <http://www.aena.es/csee/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1445440149931&ssbinary=true&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment;%20filename=1.%20Codigo%20de%20conducta..pdf>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:04 horas)

AMADEUS IT GROUP

- *Gobierno Corporativo e integridad*, 2011 (accesible on-line en: http://www.amadeus.com/msite/corporate_responsibility/annual_reports/2011/es/pdf/05-gobierno-corporativo.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:01 horas)

ARCELORMITTAL

- *Código de conducta empresarial*, enero de 2007 (accesible on-line en: http://corporate.arcelormittal.com/~media/Files/A/ArcelorMittal/corporate-responsibility/Code%20of%20Conduct/code%20of%20business%20conduct_SP.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:02 horas)

BANKIA

- *Código ético y de conducta* (accesible on-line en: <https://www.bankia.com/recursos/doc/corporativo/20120924/gobierno-corporativo/codigo-etico-y-de-conducta.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:02 horas)

BANKINTER

- *Código de ética profesional del grupo Bankinter*, marzo 2008 (accesible on-line en: https://docs.bankinter.com/stf/web_corporativa/cumplimiento_normativo/codigos_internos/codigo_etica_profesional_grupo_bankinter_2013.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:03 horas)

BAYER

- *Corporate compliance policy*, versión en español (accesible on-line en: <http://andina.bayer.com/static/documents/corporate-compliance-spanish.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:03 horas)

BBVA

- *Código de Conducta de BBVA* (accesible on-line en: http://bancaresponsable.com/wp-content/uploads/2010/10/vext-bbva-codigo_de_conducta_2015_06_12_15_25h_tcm904-527354.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:03 horas)

CAIXABANK

- *Política de actuación de CaixaBank en materia de anticorrupción* (accesible on-line en: https://www.caixabank.com/deployedfiles/caixabank/Estaticos/PDFs/Info_corporativa/CABK_Politica_CAST.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:04 horas)

CELLNEX TELECOM

- *Código Ético Cellnex Telecom*, 20 de septiembre de 2016 (accesible on-line en: https://www.cellnextelecom.com/content/uploads/2015/12/GR_STRAT_RUL_004_ES_1-C%C3%B3digo-%C3%A9tico-Cellnex-Telecom.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:04 horas)

DIA

- *Código Ético Grupo DIA* (accesible on-line en: <http://www.diacorporate.com/recursos/doc/corporativo/20130103/codigo-etico/codigo-etico-2015.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:04 horas)

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

ENAGÁS

- *Código Ético del Grupo Enagás*, diciembre de 2014 (accesible on-line en: http://www.enagas.es/stfls/ENAGAS/Documentos/C%C3%B3digo%20%C3%89tico%20Grupo%20Enag%C3%A1s_vf.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:05 horas)

ENDESA

- *Código ético. Ética y Cumplimiento* (accesible on-line en: <https://www.endesa.com/content/dam/enel-es/home/inversores/gobiernocorporativo/conductaetica/documentos/Codigo-Etico.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:05 horas)

FARMAINDUSTRIA

- *Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica*, 2016 (accesible on-line en: <http://www.codigofarmaindustria.org/servlet/sarfi/docs/PRODF117805.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:06 horas)

FCC

- *Código Ético del Grupo FCC* (accesible on-line en: <http://www.fcc.es/documents/21301/154414/Codigo+Etico+FCC.pdf>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:38 horas)

FERROVIAL

- *Código de ética empresarial de Ferrovial* (accesible on-line en: <http://www.ferrovial.com/wp-content/uploads/2014/08/Codigo-Etico-Ferrovial.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:07 horas)

GAMESA

- *Código de Conducta de Gamesa Corporación Tecnológica, S. A.*, 5 de abril de 2016 (accesible on-line en: <http://www.gamesacorp.com/recursos/doc/accionistas-inversores/gobierno-corporativo/reglamentos-estatutos/codigo-conducta.pdf>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:40 horas)

GAS NATURAL

- *Política Anticorrupción* (accesible on-line en: <http://www.electricaribe.com/ser-vlet/ficheros/1297151740227/politicaanticorruccion.pdf>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:41 horas)

GRIFOLS

- *Código de conducta*, abril de 2014 (accesible on-line en: http://www.grifols.com/documents/10180/194724/codigo_conducta_2014_esp.pdf/f11dde46-5e80-4d36-9e18-c92cd3fed9f5
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:08 horas)

IBERDROLA

- *Código ético*, 20 de diciembre de 2016 (accesible on-line en: https://www.iberdrola.com/wcorp/gc/prod/es_ES/corporativos/docs/codigo_etico.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:08 horas)

IBERIA

- *Código general de conducta del grupo Iberia* (accesible on-line en: <https://grupo.iberia.es/content/GrupoIberia/RSC/Compromisos%20%C3%A9ticos/IB%20C%C3%B3digo%20General%20de%20Conducta%20Espa%C3%B1ol.pdf>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:44 horas)

IKEA

- *Código de Conducta del Grupo IKEA* (accesible on-line en: http://www.ikea.com/ms/es_ES/about_ikea/pdf/Codigo_Conducta_IKEA.pdf
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:45 horas)

INDITEX

- *Código de Conducta y Prácticas Responsables Grupo Inditex*, julio de 2012 (accesible on-line en: <https://www.inditex.com/documents/10279/88163/Codigo-de-conducta-y-practicas-responsables.pdf/79fc6e30-b94e-435a-957c-4e5b20f7f65d>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:46 horas)

■ EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

INDRA

- *Código ético y de cumplimiento legal*, diciembre de 2015 (accesible on-line en: <http://www.indracompany.com/sites/default/files/d7/Documentos/Sobre-Indra/codigo-etico-y-de-cumplimiento-legal2.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:09 horas)

MAPFRE

- *Código ético y de conducta* (accesible on-line en: http://diarium.usal.es/rse_multinacionales/files/2013/08/C%C3%B3digo-%C3%A9tico-y-de-conducta-de-Mapfre2.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:10 horas)

MEDIASET

- *Código ético*, 21 de diciembre de 2016 (accesible on-line en: http://www.mediaset.es/inversores/es/Codigo-Etico-Mediaset-Espana_MDSFIL20170112_0001.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:10 horas)

MELIÁ HOTELS

- *Código ético* (accesible on-line en: http://www.meliahotelsinternational.com/sites/default/files/mhi_codigo_etico_2012_es_.pdf
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 19:50 horas)

RED ELÉCTRICA

- *Código de conducta: valores y compromisos*, 2013 (accesible on-line en: http://www.ree.es/sites/default/files/03_GOBIERNO_CORPORATIVO/Documentos/C%C3%B3digo%20%C3%A9tico%202013.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:11 horas)

REPSOL

- *Código de Ética y Conducta*, 27 de julio de 2016 (accesible on-line en: https://imagenes.repsol.com/es_es/RepsolCodeOfEthicsAndBusiness_tcm7-741874.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:11 horas)

SABADELL

- *Código de Conducta del Grupo Banco Sabadell* (accesible on-line en: https://www.grupbancsabadell.com/g3repository/PDF/ES_CODIGO_CONDUCTA_CODIGO_GENERAL_DE_CONDUCTA.PDF
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:11 horas)

SAETA YIELD

- *Código general de conducta* (accesible on-line en: <http://www.saetayield.com/wp-content/uploads/2015/12/2-codigo-general-de-conducta.pdf>
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:11 horas)

SANTANDER

- *Código General de Conducta* (accesible on-line en: http://www.santander.com/csgs/Satellite?appID=santander.wc.CFWCSancomQP01&c=DocumentoGS&canal=CSORP&cid=1278677340750&empr=CFWCSancomQP01&leng=es_ES&pagename=CFWCSancomQP01%2FDocumentoGS%2FDocumentoGSPreview
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:12 horas)

TÉCNICAS REUNIDAS

- *Código de conducta* (accesible on-line en: <http://www.tecnicasreunidas.es/recursos/doc/accionistas-e-inversores/gobierno-corporativo/codigo-de-conducta-2017.pdf>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 20:09 horas)

TELEFÓNICA

- *Código ético* (accesible on-line en: http://www.uca.edu.sv/facultad/clases/maestrias/made/m230060/U3.S2.Telefonica_codigo_etico.pdf
Visitado por última vez el 14 de junio de 2019 a las 00:12 horas)

VISCOFAN

- *Código de conducta*, 2012 (accesible on-line en: <http://www.viscofan.com/corporate-responsibility/CodigoConducta/Codigo%20de%20Conducta%20Grupo%20Viscofan.pdf>
Visitado por última vez el 29 de abril de 2017 a las 20:13 horas)

La «corrupción en los negocios», es decir, el pago de sobornos entre empresas para obtener ventajas competitivas, constituye delito en España desde que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reformó el Código Penal. Pese a que desde entonces ha transcurrido prácticamente una década, estamos ante un delito que genera muchas dudas interpretativas. Tantas que su articulado ha sufrido modificaciones –hasta el momento– en dos ocasiones más: mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, respectivamente. La obra pretende dar respuesta, de esta manera, a las múltiples cuestiones que presenta la «corrupción en los negocios»: desde la doble perspectiva de la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas. Su objetivo es promover una interpretación restrictiva del delito, congruente con los motivos políticos-criminales que han dado lugar a su tipificación, y con los principios inspiradores del Derecho Penal. Pero sin perder de vista el horizonte práctico, pues la discusión central gira en torno a la determinación de las concretas conductas que prohíbe esta tipología delictiva y de cómo afectarían las últimas reformas a la interpretación y aplicación del delito.