

## EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Autora:

**ADRIANA DE BUERBA PANDO***Fiscal en excedencia**Socia del Área de Derecho Penal Económico*

PEREZ-LLORCA

adebuerba@perezllorca.com

Tel: (+34) 91 426 02 52

Fax: (+34) 91 436 04 30

[www.perezllorca.com](http://www.perezllorca.com)

"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.

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."

**I. TIPO PENAL**

El delito de corrupción entre particulares ha sido tipificado por vez primera en Derecho penal español mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introduce el artículo 286 bis del Código Penal ("CP") conforme al cual:

La finalidad perseguida con la introducción de este tipo penal, declarada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, es la de transponer la Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOUE L192/54 de 31 de julio de 2003).

Sin embargo, los antecedentes de esta regulación no sólo hay que buscarlos en la citada Decisión Marco sino, también, en otros instrumentos internacionales ratificados por España.

Para mejor conocer la finalidad de esta nueva norma penal e identificar el bien jurídico al que trata de tutelar, es necesario hacer un breve repaso de esos antecedentes.

**II. ANTECEDENTES****A. Consejo de Europa**

En el marco del Consejo de Europa, dos son los Convenios ratificados por España. Por un lado, el Convenio nº 173 penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999<sup>1</sup>, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de enero de 2010 (BOE 28-7-2010) y, por otro, el Convenio nº 174 civil sobre la corrupción hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, ratificado por España mediante Instrumento de 31 de marzo de 2010 (BOE 31-3-2010).

<sup>1</sup> Artículo 7 del CCdE. Corrupción activa en el sector privado: «Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.»

Artículo 8 del CCdE. Corrupción pasiva en el sector privado: «Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.»

<sup>2</sup> Acción común 98/742/JAI, de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado[Diario Oficial L 358 de 31.12.1998].

## B. Unión Europea

En este marco, el primer paso en la lucha contra la corrupción en el sector privado estuvo constituido por la Acción Común 98/742/JAI<sup>2</sup> que abrió un periodo de evaluación conforme a cuyas conclusiones se llevaron a cabo las medidas posteriores.

El Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999 sentó las bases para la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, organizada y grave. Dada la dificultad de concitar la colaboración de los Estados en un ámbito tan vinculado a su identidad y soberanía nacional como es el que afecta al Derecho penal, en ese camino tendente a establecer definiciones, tipos penales y sanciones comunes o equivalentes en todos los Estados miembros, el Consejo Europeo optó por empezar regulando una serie de sectores de especial importancia. Pues bien, entre las infracciones especialmente graves objeto de las primeras normas penales comunes se incluyó expresamente la corrupción.

De acuerdo con estos primeros pronunciamientos, el delito de corrupción, en principio pública, quedó expresamente incluido en la lista de delitos que pueden dar lugar a extradición conforme al Convenio de Extradición entre Estados miembros de la Unión Europea de 26 de mayo de 1997 y, posteriormente, a una orden europea de detención y entrega conforme a la Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden europea de detención, sin necesidad de la verificación de la doble incriminación.

Paralelamente, se adoptan instrumentos para procurar la incriminación homogénea del delito de corrupción entre particulares en todos los países

de la Unión Europea, proceso que culmina con 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 ("DM")<sup>3</sup>, objeto ahora de transposición en nuestro CP.

## C. Naciones Unidas

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 establece la obligación para los Estados firmantes de tipificar penalmente los actos de corrupción de funcionarios públicos que define pero no se refiere a la corrupción privada.

El 31 de octubre de 2003, poco después de la entrada en vigor de dicho Convenio (el 29 de septiembre de 2003), la Asamblea General aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción<sup>4</sup>. Esta Convención, ratificada por España mediante Instrumento de 9 de junio de 2006 (BOE 19-7-2006), define la corrupción en el sector privado e insta a los Estados Parte a *considerar la posibilidad* de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificarla como delito, así como a adoptar medidas encaminadas a su erradicación.

## III. ELEMENTOS DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

### A. Sujetos del delito

#### (i) Personas físicas

Serán sujetos del delito:

- a) Corrupción activa: El que, por sí o por persona interpuesta, prometa ofrezca

<sup>3</sup> Artículo 2.1 de la DM Corrupción activa y pasiva en el sector privado:

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

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.»

Artículo 3 de la DM Incitación y complicidad: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que la complicidad y la incitación a cometer los actos mencionados en el artículo 2 constituyan infracciones penales.»

<sup>4</sup> Artículo 21 del CNU: Soborno en el sector privado: «Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

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.»

o conceda el beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para conseguir un trato de favor para sí o para un tercero frente a otros.

- b) **Corrupción pasiva:** 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, solicite, reciba o acepte el beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien se lo otorga.

Parece, pues, que puede ser sujeto de corrupción activa cualquier persona, aunque no ocupe cargos o empleos en la empresa beneficiada por el trato de favor frente a terceros. Cabe incluso plantearse si el autor de corrupción activa puede ser un particular, un consumidor que ofrezca una ventaja o beneficio al representante o empleado de la empresa para conseguir un trato de favor frente a otros (por ejemplo, el ofrecimiento de un beneficio al Director de una sucursal bancaria para obtener la concesión de un préstamo hipotecario con menos garantías de solvencia de las generalmente exigibles a otros usuarios o el pago a un empleado de una Sociedad Anónima Deportiva para conseguir un abono al Club Deportivo saltándose la lista de espera). La amplitud con la que está redactado el tipo penal se presta a estas y otras muchas interpretaciones del tipo, desde mi punto de vista inadmisibles. La solución a esta y otras cuestiones se encuentra, como después se abordará, en una correcta delimitación del bien jurídico protegido.

Por el contrario, el delito de corrupción pasiva es claramente especial ya que sólo puede ser cometido por quien sea directivo, administrador, empleado o colaborador de la empresa que concede el trato de favor.

El anteproyecto de reforma se refería sólo a

los directivos y empleados, como consecuencia de la transposición literal de la DM<sup>5</sup>. Sin embargo, tal como sugirió el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su informe al Anteproyecto, era necesario incluir también a los administradores dado que el concepto de directivo, en nuestro sistema jurídico mercantil y laboral, no los comprende necesariamente. No se ha seguido, sin embargo, la recomendación del mismo informe de incluir a los administradores de hecho junto a los de Derecho.

Resulta difícil concretar qué personas se incluirán en el concepto de colaboradores. La DM no los menciona y el CGPJ, en el mismo informe, puso de manifiesto la necesidad de eliminarlos del tipo, precisamente por la indeterminación de que adolece el concepto que, a su juicio, no respeta el estándar de legalidad europeo ni, por ello, tampoco el español.

Ha sido criticado igualmente el hecho de que se otorgue idéntico tratamiento a efectos de pena a la corrupción activa y pasiva. Se argumenta que el corrupto (pasivo) no sólo vulnera las reglas de competencia que deben regir en la contratación de bienes y servicios sino que, además, falta a los deberes de fidelidad con la empresa que le ha contratado de forma que su conducta bien pudiera integrar, además, una apropiación indebida (si el valor de su beneficio se repercute por el proveedor a la empresa) o una administración desleal (administrador que contrae obligaciones a cargo de la empresa causando perjuicio económico a la misma). Por el contrario, el corruptor activo, aparte de daños que pueda causar a la competencia, no parece que perjudique a su propia empresa que, más bien al contrario, probablemente se beneficie con su actuación. Siguiendo esta línea argumental, la conducta del primero debería tener más pena que la del segundo. De nuevo nos encontramos aquí una cuestión cuya solución pasa por una correcta identificación del bien jurídico protegido, como después de analizará.

<sup>5</sup> Que se refiere a quienes desempeñen *funciones directivas o laborales de cualquier tipo*.

<sup>6</sup> Art. 31 bis.1 CP «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, 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.»

**(ii) Persona jurídica**

Será también responsable del delito la persona jurídica, conforme al artículo 288 del CP, cuando deba responder conforme a las reglas generales del artículo 31 bis del CP<sup>6</sup>.

Es decir, la persona jurídica será responsable cuando el delito se haya cometido en su nombre o por su cuenta y en su provecho por alguna de las personas siguientes: (i) por sus administradores o representantes; (ii) por los empleados que estando sometidos a la autoridad de los anteriores hayan podido cometer el delito por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Parece que, en la mayoría de los casos, sólo podrá ser tenida como penalmente responsable, la empresa por cuya cuenta actúe quien ofrece o concede el beneficio o ventaja no justificados para beneficiarse de un trato de favor frente a terceros y que, por ello, se aprovecha de los efectos del delito. El elemento del provecho no concurrirá, en la mayor parte de los casos, en la empresa que emplea a quien se deja corromper para favorecer a un tercero en los negocios ya que casi siempre, será más bien perjudicada por el acto de infidelidad de su administrador o empleado. Sin embargo, no siempre necesariamente será así, pues ambas empresas podrían actuar concertadamente, logrando las dos aprovecharse de la posición de ventaja obtenida frente a posibles competidores terceros y acordada en un marco corrupto.

**B. Ámbito de aplicación**

El delito tiene que cometerse en el marco de la contratación de una sociedad, fundación, asociación u organización.

Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, *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.*

Ahora bien, lo cierto es que el artículo 286 bis del CP no contiene ninguna exclusión expresa de forma que, pese a lo indicado en la Exposición de Motivos, las sociedades mercantiles privadas que presten servicios públicos bien podrían quedar sometidas a la disciplina de este precepto y no a la del cohecho, como destacaba el CGPJ en su informe a la reforma.

Los tres primeros conceptos – sociedades, asociaciones y fundaciones – no ofrecen dificultad alguna de interpretación. No así el de organización, en el que podrían quedar incluidas otro tipo de personas jurídicas siempre que tuvieran aptitud para contratar bienes o servicios.

**C. Pena aplicable**

La pena aplicable al delito de corrupción privada, ya sea activa o pasiva, resulta, desde cualquier punto de vista, absolutamente desmedida.

Serán castigados los autores de este delito con penas de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

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

Resulta pues que este delito se castiga más duramente que el de administración desleal, en el que la pena de prisión de seis meses a cuatro años es sólo alternativa respecto de la de multa. O lo que

<sup>7</sup> Artículo 436 del CP: «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.»

<sup>8</sup> Artículo 50.4 del CP: «La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.»

<sup>9</sup> Dichas penas son la disolución, la suspensión de actividades, clausura temporal de sus locales o establecimientos, prohibición temporal o definitiva de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, inhabilitaciones o intervención judicial.

es más llamativo, se castiga más duramente que el delito de fraude en la contratación pública del artículo 436 del CP<sup>7</sup> que castiga con penas de prisión de uno a tres años a la autoridad o funcionario público que interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de las modalidades de los actos de contratación pública se concertara con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.

Las personas jurídicas halladas responsables de estos hechos, por su parte, serán castigadas, conforme al artículo 288 del CP, con pena de multa de uno a tres años. Conforme a la cuantía de las cuotas de multa previstas para las personas jurídicas en el artículo 50.4 del CP<sup>8</sup>, la cuantía de la multa oscilará por ello entre 10.800 y 5.400.000 euros.

Además de la pena de multa, que constituirá la regla general, podrán imponerse a las personas jurídicas alguna o algunas de las penas previstas en las letras b) a g) del artículo 33.7 del CP<sup>9</sup>, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis del mismo<sup>10</sup>.

#### D. Perseguibilidad

El delito está sistemáticamente ubicado en el Código Penal, en la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II. Separado, por tanto de la Sección 3ª del mismo capítulo en la que se ubican los delitos contra el mercado y, por lo tanto, los demás atentados penales contra la competencia. Es verdad que no es una separación muy grande pero sí es relevante en la medida en que, conforme al artículo 287 del CP determina un tratamiento diferente en cuanto a la perseguibilidad. Así, mientras los restantes atentados penales contra la competencia únicamente son perseguibles previa denuncia de la persona agraviada – excepción hecha de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas y del uso de información privilegiada de los artículos 284 y 285 del CP – en cambio, el delito de corrupción entre particulares es perseguible de oficio.

Algunos delitos con potenciales agraviados tan colectivos y difusos como los consumidores o los inversores exigen la previa denuncia de la persona agraviada para ser perseguidos<sup>11</sup>. Así, a diferencia

de la corrupción entre particulares, conductas como detraer del mercado productos de primera necesidad con intención de desabastecer un sector del mismo o falsear la información económico-financiera contenida en folletos de emisión de instrumentos financieros cotizables serán perseguibles únicamente a instancia del agraviado.

#### E. Finalidad del tipo penal y bien jurídico protegido

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, el bien jurídico protegido es la competencia leal en la adquisición de bienes y servicios: "*La idea fuerza en este ámbito es 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 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 personas.*"

Por lo tanto, se declara como bien jurídico protegido la competencia justa y honesta.

Siendo la competencia justa y honesta el bien jurídico protegido, llama la atención el hecho de que sólo pueda aplicarse el subtipo privilegiado del artículo 286 bis.3 del CP *en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable*, pero no, en cambio, en atención a la menor distorsión de la competencia.

En relación a este punto, el artículo 2.3 de la DM, que el artículo 286 bis del CP declaradamente viene a transponer, dispone: "*Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 [que define la corrupción privada] a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales.*"

El Estado español no parece haber hecho uso de

<sup>10</sup> Las circunstancias a tener en cuenta conforme al artículo 66bis para la imposición de penas diferentes de la de multa, son: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

<sup>11</sup> Salvo que afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

esta expresa habilitación de la UE ya que no específica en el tipo, al menos expresamente, que la conducta deba distorsionar la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales. Tampoco, como se ha visto, incluye expresamente entre las circunstancias que permiten moderar la pena, la de que la conducta típica suponga una distorsión mínima de la competencia.

Pero lo más sorprendente es la ausencia absoluta de cualquier mención a la competencia en la propia formulación del tipo. Se trata de un delito de mera actividad que se consume por el simple ofrecimiento o concesión, solicitud o recepción del beneficio o ventaja injustificados, con el fin de obtener o conceder un trato de favor indebido. En ningún momento el tipo alude expresamente a la necesidad de que se produzca la lesión o puesta en peligro siquiera del bien jurídicamente protegido que, no se puede olvidar, es la *competencia justa y honesta* ni requiere que los actos de corrupción tengan como finalidad o sean idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Estas circunstancias han llevado a algunos autores<sup>12</sup> a considerar que se trata de un delito pluriofensivo en el que, además de protegerse la competencia justa y a los competidores del corruptor activo, se protege a la empresa en la que desempeña sus servicios profesionales el sujeto que se deja corromper. Veamos si, efectivamente, esto es así.

El tipo penal, como se ha visto, no exige un resultado concreto. Ahora bien, sí se exige que se produzca un *incumplimiento de las obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*. Cabe preguntarse entonces en qué se concretará ese incumplimiento.

La primera pregunta es ¿quién tiene que incumplir? ¿Es el corruptor activo que concede u ofrece el beneficio o ventaja o el corrupto pasivo que los solicita o recibe? El tipo, a este respecto, tampoco resulta claro en su redacción.

La respuesta a esa pregunta dependerá de la que se dé a esta otra: ¿Cuáles son esas obligaciones que el sujeto tiene que incumplir? ¿Son las obliga-

ciones de lealtad y rectitud específicas de su puesto de trabajo o cargo en la empresa o, de forma más amplia, son las obligaciones legales aplicables al desempeño de su actividad profesional?

En el primer caso, es decir, si son las obligaciones de rectitud y probidad con su empresa (las que son inherentes a su puesto de trabajo o cargo en ella) sólo las estará incumpliendo, obviamente, el que solicita o acepta el beneficio. Así, se ha argumentado, con razón, por algún autor<sup>13</sup> que no es lógico pretender que el que lo concede esté incumpliendo sus obligaciones para con su empresa puesto que lo que busca es la concesión de un contrato a favor de ésta y actúa en definitiva en provecho de la misma.

Sin embargo, no parece ser eso lo que dice el artículo 286 bis del CP cuando exige que el incumplimiento lo sea de las obligaciones en la adquisición o venta de mercancías, contemplando así el incumplimiento tanto del que vende como del que compra. Por ello, la interpretación del incumplimiento como vinculado a las obligaciones *ad intra* del representante o trabajador no parece ser la más acorde a la literalidad del precepto penal. Tampoco tiene sentido desde el punto de vista de su bien jurídico protegido, ya que la protección de la competencia leal no puede depender de las obligaciones impuestas internamente por cada empresa a sus representantes y trabajadores. Puede perfectamente darse el caso de una sociedad en la que se tolere o incluso se fomente la percepción de beneficios injustificados por parte de sus empleados, a modo de "primas pagadas por terceros". Piénsese, por ejemplo, en una distribuidora cuyos empleados perciben incentivos económicos para vender más cantidad de los productos de una determinada marca y no otra. El empresario puede beneficiarse de esta acción *motivadora* de un tercero, ya que obtiene el margen comercial por la venta de esos productos, que imaginemos es superior al de otros, y los empleados redondean así su salario de forma que todos contentos. ¿Todos? Bueno todos, salvo claro está, las empresas competidoras de aquella que paga las primas y, en último término, los consumidores.

Además, resulta más que dudoso que el vínculo de

<sup>12</sup> GILI PASCUAL, Antoni. "[Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada](#)" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, nº 09-12, o CASTRO MORENO, Abraham, Memento Experto Reforma Penal 2010, Capítulo 13, Corrupción entre particulares (Ed. Francis Lefebvre).

<sup>13</sup> CASTRO MORENO, Abraham. "[El nuevo delito de corrupción privada](#)". Publicado en XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado. 17 y 18 de noviembre de 2010.

<sup>14</sup> GILI PASCUAL, Antoni. "[Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada](#)" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, nº 09-12.

fidelidad con el empresario constituya un bien jurídico digno de protección penal<sup>14</sup>.

Por el contrario, si el incumplimiento de las obligaciones que exige el tipo penal es de otra naturaleza, la respuesta puede ser bien diferente y la interpretación del tipo en definitiva puede ser otra, quizás más justa y acorde a las exigencias del principio de intervención mínima.

Al respecto, la DM dispone, en su artículo 1 *Definiciones*: "la expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional. 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 a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado".

Teniendo esto en cuenta, así como la Exposición de Motivos de la reforma, las obligaciones a cuyo incumplimiento se refiere el tipo, bien pueden ser las que establece la Ley 3/1991 de Competencia Desleal ("LCD") y otras disposiciones legales en materia de competencia. La referencia que hace la DM a las normas o reglamentos profesionales no impide llegar a esta conclusión, ya que las normas sobre contratación, precios u honorarios de bienes y servicios de estos códigos deontológicos tienen como finalidad principal, precisamente, evitar conductas de competencia desleal entre los profesionales del sector de que se trate.

De esta manera, para que la oferta o concesión o la solicitud o aceptación del beneficio o ventaja injustificados en la contratación de bienes y servicios pueda considerarse constitutiva de delito de corrupción entre particulares, deberá concretarse – ya sea por parte del que los concede o por parte del que los obtiene – en una conducta de las definidas como competencia desleal en la LCD y sus disposiciones concordantes.

Estas obligaciones afectan por igual al que compra y al que vende, al que ofrece y al que da. Esto explicaría el hecho, injustificable de otra manera, de que se otorgue el mismo tratamiento punitivo a la corrupción privada activa y pasiva.

También permitiría entender algo mejor el porqué de la exagerada contundencia de las penas con que se castigan estas conductas.

Además, esta interpretación daría sentido al hecho de que no se contemple la posibilidad de rebajar la pena en un grado cuando los hechos no distorsionen o pongan en peligro gravemente la competencia. En estos casos, los hechos no serán menos graves, sino que serán simplemente atípicos.

Finalmente, también permite excluir de entre los posibles sujetos de corrupción activa al consumidor o usuario ya que su conducta, cuando ofrezca un beneficio o ventaja a cambio de un trato de favor, no supone un acto de competencia desleal con competidor alguno.

Como conclusiones, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares, pueden extraerse de lo anterior las siguientes:

- a) El único bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares es la competencia justa y honrada como dice la Exposición de Motivos de la reforma.
- b) El delito de corrupción entre particulares no tiene por objeto proteger a la empresa de los actos desleales de sus representantes o empleados. La empresa ya está suficientemente protegida frente a las formas más graves de deslealtad a través de los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Otras faltas disciplinarias o deontológicas no tan graves, simplemente, no merecen la tutela del Derecho penal.

#### **F. Conducta típica: Delito de actividad. El concepto de beneficio o ventaja**

Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al bien jurídico tutelado por el delito, procede examinar y analizar la conducta típica descrita en el mismo.

Se trata de un delito de resultado cortado o de mera actividad que se consumará con la simple promesa, ofrecimiento o concesión – en el caso de la corrupción activa – o la recepción, solicitud o aceptación – en el caso de la pasiva – del beneficio o ventaja, con la finalidad de obtener o procurar un trato de favor, aunque éste no llegue efectivamente a materializarse.

El resultado consistirá en conseguir o proporcionar

un trato de favor frente a otros. Como más arriba se ha analizado, esos otros necesariamente han de ser competidores lo que excluye la posibilidad de que el delito sea cometido por consumidores o usuarios.

El elemento esencial es, por tanto, el beneficio o ventaja para cuya conceptualización el legislador expresamente sólo proporciona dos elementos:

- a) Pueden ser de cualquier naturaleza. Con esto, sin duda, se quiere expresar, que no es necesario que se trate de un beneficio o ventaja de carácter material, como regalos, invitaciones o dinero, sino que también puede consistir en algo más intangible, como favores.
- b) El beneficio o ventaja debe ser injustificado.

Veamos pues qué puede entenderse por *beneficio o ventaja no justificado* en el ámbito de las relaciones comerciales entre empresas en condiciones de competencia justa.

Como se verá con más detalle en el siguiente epígrafe, internacionalmente existe la tendencia en organismos e instituciones como la OCDE o las Naciones Unidas a equiparar el concepto y tratamiento de la corrupción pública y la corrupción privada. Sin embargo, a mi modo de ver, semejante equiparación no puede hacerse, de ninguna manera, a día de hoy, en el estado de nuestra normativa al respecto. Los bienes jurídicos protegidos por ambas instituciones son completamente diferentes: el buen funcionamiento de la Administración Pública con sujeción a los principios que deben guiar su actuación<sup>15</sup> en el caso de la corrupción pública y la competencia leal y honesta y la protección del buen funcionamiento del Mercado en condiciones de competencia leal, en el caso de la corrupción privada.

Hasta ahora la situación era la siguiente: Por un lado, en el ámbito de la contratación pública el modelo era, y sigue siendo quizás más todavía con la reforma, el de tolerancia cero a cualquier tipo de dádiva, favor, retribución o regalo dirigido a un funcionario público o autoridad desde una empresa privada. En el ámbito de la Administración Pública, la autoridad o funcionario público no sólo ha de ser

honrado sino que también debe parecerlo. Existe un interés de la Administración Pública en que sus integrantes no degraden la imagen de su funcionamiento frente a los ciudadanos, mediante actitudes que, sin llegar a implicar incumplimiento o vulneración de los deberes de sus cargos sean, sin embargo, reveladoras de falta de integridad, objetividad e independencia. En este ámbito, las empresas no tienen porqué hacer regalos ni invitar a nada a los funcionarios públicos, contraten o no con los órganos en que estén destinados. Sólo de manera muy excepcional se exceptúan los casos de regalos o recompensas socialmente aceptadas, ya sea por la ínfima cuantía del regalo (regalos de valor nominal o ínfimo generalmente identificados con el logo o la marca de quien los hace) o por la oportunidad o adecuación social de la ocasión con que se conceden (reconocimientos a una trayectoria profesional, condecoraciones).

En el ámbito privado, por el contrario, la regla general ha sido siempre, al menos en España, la consideración como socialmente adecuados de los regalos e invitaciones entre empresas privadas. Pues bien, la regla general debe seguir siendo la misma. Los regalos e invitaciones entre empresas privadas se aceptan como algo admisible por la sociedad española y eso es algo no se puede pretender cambiar a través de la legislación penal sino, en caso de que se considerase necesario, a través de otros instrumentos de educación, ética y modernización que quedan fuera del ámbito represivo de aquél. Por lo tanto, los beneficios o ventajas sólo podrán considerarse injustificados, colmando así el requisito típico del artículo 286 bis del CP, cuando supongan un atentado a las reglas de competencia leal, justa y honesta que constituyen su bien jurídico protegido.

En conclusión, para que el ofrecimiento o concesión, la solicitud o aceptación de un beneficio o ventaja puedan ser constitutivas de delito de corrupción entre particulares, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) 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 con-

<sup>15</sup> En España, la Ley 7/2007, de 12 de abril reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público regula el Código de Conducta de los empleados públicos en sus artículos 52 y ss.

tratación con la empresa del segundo.

- b) Que dicho peligro sea concreto. Es necesario que el beneficio o ventaja se concedan en el marco de o en consideración a un contrato o un proceso de contratación que se esté llevando a cabo o sea inminente en la empresa para la que presta servicios quien los recibe o solicita. No basta con 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.

Así se pone de manifiesto por el hecho de que determinadas conductas punibles en el marco de una relación con una Administración Pública, no lo sean en el marco de las relaciones entre empresas privadas. Así, claramente, no tienen encaje en el delito de corrupción entre particulares:

- a) La recepción de un beneficio o ventaja para realizar un acto propio del cargo o empleo de quien la recibe, sin incumplimiento por tanto de sus obligaciones.
- b) La recepción de un beneficio o ventaja como recompensa de un acto ya realizado sin incumplimiento de las obligaciones de quien los recibe.
- c) La recepción de un beneficio o ventaja en consideración, simplemente, al cargo de quien los recibe, sin que se pretenda a cambio obtener trato de favor en un procedimiento concreto de contratación de bienes y servicios.

Tampoco será típica, conforme al delito de corrupción entre particulares, la recepción de un beneficio o ventaja, cuando la adjudicación del contrato para el suministro de bienes o la prestación de servicios no se ve influida por ella porque la oferta de quien la realiza es, en definitiva, la más competitiva, ya que en este caso no se produce incumplimiento de las obligaciones del receptor de la ventaja.

#### IV. LA TENDENCIA INTERNACIONAL EN LA PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

##### A. Valor normativo

Las únicas fuentes legales en materia de corrupción entre particulares aplicables en España son, además del propio artículo 286 bis del CP, la DM y los tratados y convenios internacionales al principio citados, que han sido ratificados por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado, incorporándose así a nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución española. Estas últimas disposiciones tiene escasa, si no nula, aplicación directa, en la medida en que regulan obligaciones de resultado, dirigidas a los Estados parte, para que sean éstos los que adecuen su legislación interna a sus disposiciones.

Por lo demás, serán los Jueces y Tribunales españoles los que deberán interpretar el precepto penal, ya que a ellos y sólo a ellos corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado con sometimiento únicamente al imperio de la ley conforme al artículo 117 de la Constitución.

Sin perder de vista lo anterior, conviene hacer referencia a una serie de instrumentos e iniciativas internacionales en materia de corrupción entre particulares. Ahora bien, hay que insistir en que tales instrumentos no constituyen fuente del Derecho español ni obligan, por tanto, a los ciudadanos ni a los poderes públicos en España de forma que son sólo recomendaciones y guías que podrán cumplirse, o no, en todo caso de forma voluntaria. Muchas de estas disposiciones contienen, además, interesantes recomendaciones y guías a las empresas sobre cómo comportarse en relación a la prevención, detección, control y erradicación de la corrupción.

Una segunda precisión se impone en este punto. Esas recomendaciones nacen con la vocación de conseguir que las empresas, como parte "activa" del delito cohecho público, tomen conciencia de la gravedad de las conductas de corrupción y de lo intolerable de las consecuencias que produce y adopten protocolos, medidas y códigos de buena conducta – en definitiva de auto-disciplina – con el fin de prevenir, controlar y en último término erradicar la corrupción pública que sin su ofrecimiento o concesión difícilmente puede producirse. Sólo en último término, se constata también la eficacia que

dichos programas de cumplimiento o auto-disciplina pueden tener también para luchar contra la corrupción privada.

Por ello, dentro de los códigos de conducta que adoptan las empresas que deciden seguir estas recomendaciones, hay que diferenciar las normas de cumplimiento legal (*legal compliance*) de las normas éticas. Las primeras tienen por objeto prevenir, controlar y detectar conductas ilegales en la actividad empresarial que pudieran dar lugar a responsabilidades legales, incluida la responsabilidad penal, de representantes o empleados y, en su caso, de la propia persona jurídica. Las segundas, son normas voluntarias cuyo incumplimiento sólo dará lugar, en su caso, a la imposición de sanciones disciplinarias por parte de la empresa, que las impone, a sus empleados que las incumplan.

## B. Instrumentos destacables

### (i) Informes CCI

Ya en los años 70, tras una primera oleada de escándalos internacionales relacionados con la corrupción pública, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), elaboró su primer informe sobre la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Sin embargo, no fue hasta la década de los 90 cuando, otra serie de escándalos de corrupción pública, hizo que se generalizara la acción contra este fenómeno.

En 1996, la CCI emite un segundo informe sobre esta materia, centrado de nuevo en la necesidad de combatir todas las formas de corrupción pública en las transacciones comerciales. Asimismo, la CCI también destaca la necesidad de enfrentarse a la corrupción privada que también desvirtúa la competencia y no puede seguir siendo ignorada a la luz del incremento de los movimientos de privatización. Para ello, la Comisión anticorrupción de la CCI publica en 1999 "*La lucha contra la corrupción: Manual de prácticas corporativas*" cuya más reciente revisión data de 2005.

### (ii) Programa de acción del Consejo de Europa

El Consejo de Europa en septiembre de 1994 se acuerda por el Comité de Ministros un Grupo Multidisciplinar contra la Corrupción (GMC) cuyos trabajos empezaron en marzo

de 1995 con la redacción de un Programa de Acción contra la Corrupción, finalmente adoptado por el Comité de Ministros en noviembre de 1996. A propuesta del GMC, el Comité de Ministros de Justicia del Consejo de Europa adoptó, en su sesión de 6 de noviembre de 1997, una lista de 20 principios rectores para la lucha contra la corrupción, tanto pública como privada. Mediante Resolución nº 98 de 5 de mayo de 1998, el Consejo de Europa autoriza la creación del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del que España es miembro fundador. La función de GRECO es monitorizar, a través de procesos de mutua evaluación y presión, la observancia de los 20 principios y la ratificación e implementación de los instrumentos internacionales adoptados en ejecución del Programa de Acción contra la corrupción. Los trabajos del GMC llevaron finalmente a la aprobación de los dos Convenios del Consejo de Europa para la lucha contra la corrupción.

### (iii) El Pacto Mundial de las Naciones Unidas

En el marco de las Naciones Unidas, en enero de 1999, el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en la Cumbre Económica Mundial de Davos, presenta una iniciativa dirigida a conseguir que las empresas adopten unos principios básicos de conducta en su manera de relacionarse con su entorno en el marco de la llamada Responsabilidad Social Corporativa. Nace así el [Pacto Mundial de las Naciones Unidas](#), autodefinido como *un marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de los negocios y los mercados*, que parte de la premisa de que *las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de a un mercado global más estable, equitativo e incluyente que fomentan sociedades mas prósperas*.

El Pacto Mundial es una iniciativa voluntaria, en la cuál las empresas, siempre voluntariamente, se comprometen a (i) alinear sus estrategias y operaciones con una serie de principios universalmente aceptados, (ii) publicar las acciones realizadas para implementar dichos principios y (iii) apoyar públicamente al Pacto Mundial y sus principios.

Nueve principios conformaban inicialmente

el Pacto Mundial, relacionados con las áreas de respeto a los derechos humanos, respeto a las normas laborales y protección del medio ambiente. A estos nueve principios iniciales se añadió en el año 2004, no sin cierta polémica, un décimo principio conforme al cual, *las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluida la extorsión y el soborno*.

El 15 de noviembre de 2004, se crea la [Red Española del Pacto Mundial](#) para promover los principios que lo integran. En 2010, esta Red contaba con 236 socios y 1198 firmantes, en su mayor parte empresas, comprometidos voluntariamente a implementar políticas de prevención, control y persecución de la corrupción pública y privada en los negocios, pese a no encontrarse tipificada aún esta última como delito en nuestro país.

#### **(iv) Las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**

Los países de la [OCDE](#), entre ellos España, adoptaron en 1997 un Convenio para la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, transpuesto a nuestro CP en el artículo 445 introducido por vez primera mediante Ley Orgánica 3/2000, posteriormente reformado por Ley Orgánica 15/2003 y ahora de nuevo por la reciente Ley Orgánica 5/2010.

Para involucrar a las empresas en la lucha contra la corrupción, tanto pública como privada, la OCDE aprueba en 2000 las *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales*. Se trata de recomendaciones que los 30 países de la OCDE, entre los que se encuentra España, así como Argentina, Brasil, Chile, Eslovenia, Israel, Estonia, Letonia, Lituania y Rumanía dirigen a las empresas multinacionales con el fin de promover un comportamiento responsable de las mismas, instaurar un clima favorable para la inversión internacional e incrementar las aportaciones positivas de las multinacionales en los campos económico, social y medioambiental. Constata de un preámbulo y diez capítulos, que indican las conductas a seguir por las empresas multinacionales en diversos campos, uno de los cuales se centra en combatir la corrupción. Van acompañadas de comenta-

rios explicativos para cada capítulo que no forman parte del texto de las Directrices sino que se presentan como adendas. Aunque no son obligatorias, las empresas que voluntariamente las adopten deberán aplicarlas en todos los países en los que operen.

La puesta en práctica de las Líneas Directrices se articula a través del Punto Nacional de Contacto (PNC) de cada país, que en España está situado en la [Secretaría General de Comercio Exterior del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio](#).

En el ámbito de la OCDE cabe también destacar la *Recommendation for further combating bribery of foreign public officials* con su última adaptación de 18 de febrero de 2010 que, en su anexo II contiene una Guía de buenas prácticas en materia de controles internos, ética y *compliance* dirigida a empresas privadas.