

## **El delito de corrupción entre particulares**

**Miguel Ángel Encinar del Pozo**

Magistrado. Coordinador del Gabinete Técnico.

Sala de lo Penal. Tribunal Supremo

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCRIMINACIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA. 1. Necesidad de la incriminación penal. 2. Modelos básicos de incriminación. 2.1. La incriminación basada en la protección del patrimonio de las empresas. 2.2. La incriminación basada en la protección del deber de lealtad en las relaciones laborales. 2.3. La incriminación basada en la protección de la competencia. III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL. 1. Introducción. 2. Modalidades del delito de corrupción privada. 3. Elementos del tipo. 3.1. Bien jurídico. 3.2. Sujeto activo. 3.2.1. Corrupción pasiva. 3.2.2. Corrupción activa. 3.3. Conducta típica. 3.3.1. Corrupción pasiva. 3.3.1.1. Recibir, solicitar y aceptar. 3.3.1.2. Beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados. 3.3.1.2.1. Concepto de «beneficio o ventaja». 3.3.1.2.2. Beneficio o ventaja «de cualquier naturaleza». 3.3.1.2.3. Beneficio o ventaja «no justificados». 3.3.1.3. Como contraprestación para favorecer indebidamente. 3.3.1.3.1. «Como contraprestación» para favorecer. 3.3.1.3.2. Favorecimiento frente a otros. 3.3.1.3.3. Favorecer «indebidamente». 3.3.1.4. En la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. 3.3.2. Corrupción activa. 3.3.3. Causación de un perjuicio. 4. Consumación y formas imperfectas de ejecución. 4.1. Consumación. 4.2. Formas imperfectas de ejecución. 5. Tipo atenuado y tipos agravados. 5.1. Tipo atenuado. 5.2. Tipos agravados. 6. Concursos. 6.1. Cuando el administrador es el sujeto sobornado. 6.2. Cuando el administrador es el sujeto que soborna. 6.2.1. Pagos en perjuicio de la sociedad administrada. 6.2.2. Pagos en beneficio de la sociedad administrada. 6.2.2.1. El riesgo de sanción para la sociedad. 6.2.2.2. Las «cajas negras». IV. ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA. 1. Pagos de dinero. 2. Kickbacks (comisiones). 3. Promociones empresariales. 4. Obsequios, regalos y atenciones de hospitalidad.**

**Resumen:** La corrupción, como fenómeno que presenta múltiples facetas y formas de comisión, ha desbordado los límites de su concepción tradicional (como delito de funcionarios públicos) para abarcar la llamada corrupción privada o «soborno entre particulares». La inclusión de un delito específico en el Código Penal desde la reforma de 2010 precisa un estudio sobre tal figura, que está llamada a interpretar un papel relevante, si se pretende atajar todas las manifestaciones de la corrupción y, así, procurar la confianza y credibilidad en el sistema económico.

## I. INTRODUCCIÓN

El delito de cohecho (soborno) es una de las manifestaciones del fenómeno de la corrupción. En la actualidad, la concepción tal delito se ha modificado, de manera que se ha superado la visión tradicional del mismo como un delito contra la Administración. El acento en su persecución se desplaza desde una concepción basada en la vulneración de deberes por parte de los funcionarios públicos (que es propia de los Códigos Penales del s. XIX) a una dimensión puramente económica: esta conducta merece ser perseguida penalmente porque ataca bienes de naturaleza económica y provoca efectos negativos de tal tipo.

La modificación de la perspectiva se produce a partir de la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, dictada por los EE.UU. en 1977<sup>1</sup>. Esta norma castiga a las empresas que realicen sobornos de funcionarios públicos en el extranjero, pero no pretende castigar a tal funcionario, sino que lo hace por los efectos que esa conducta de corrupción produce en la competencia, en las propias empresas que realizan esos actos y en las empresas competidoras<sup>2</sup>. La *FCPA* orbita alrededor de la persecución del soborno por sus efectos económicos negativos (tan es así, que no castiga al funcionario que se deja sobornar). De tal manera que no obedece a la protección de Administración, sino a evitar comportamientos anticompetitivos<sup>3</sup>.

Los estrictos criterios de la *FCPA* y la interpretación de los mismos supuso que las empresas norteamericanas fueran las primeras interesadas en que se desarrollara un marco uniforme de lucha contra la corrupción a nivel mundial; ya que al estar compelidas a no usar el soborno en el extranjero se encontraban en «desigualdad de condiciones» en relación con empresas de otros países<sup>4</sup>. Por ello, desde la década de 1990 del siglo pasado se firma una serie de convenios y tratados internacionales<sup>5</sup>. Mediante los mismos la

---

<sup>1</sup> La *FCPA* fue aprobada por el Congreso Federal de los Estados Unidos en 1977, después de que las investigaciones que siguieron al caso *Watergate* pusieran al descubierto que el soborno de funcionarios extranjeros era una práctica extendida entre las compañías estadounidenses que operaban fuera del país. Tras su aprobación, EE. UU. se convirtió en el primer país en prohibir este tipo de prácticas.

<sup>2</sup> Una completa exposición del contenido de la *FCPA* y de su aplicación en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede consultar en VILLEGAS GARCÍA, M. A., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 461 a 500. Véase también DETZNER, J. A., «Compañías y personas no estadounidenses y la FCPA: la ley contra prácticas corruptas en el extranjero», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 796, 15 de abril de 2010, pp. 1 a 12 (traducción del original «Non-U.S. Companies and Persons and the FCPA: The Foreign Corrupt Practices Act», *Foreign Corrupt Practices Act Reporter*, Publisher's Editorial Staff, 2010).

<sup>3</sup> NIETO MARTÍN, A., «¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?», en DELMAS-MARTY, M., PIETH, M. y SIEBER, U. (Directores), *Los caminos de la armonización penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 419 a 455, esp. pág. 435.

<sup>4</sup> BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, nº 174, septiembre-diciembre, 2007, págs. 215 a 276, esp. págs. 7 a 9.

<sup>5</sup> Con más detalle, véase MANACORDA, S., «Towards an Anti-Bribery Compliance Model: Methods and Strategies for a "Hybrid Normativity"», en MANACORDA, S., CENTONZE, F. y FORTI, G. (Editores),

comunidad internacional pretende armonizar sus legislaciones, con el fin de obtener un marco común de desarrollo de la actividad económica, en el que el soborno, como medio de obtener indebidamente una ventaja competitiva, no puede tener cabida; de modo que pretenden prevenir, perseguir y castigar la corrupción (ya sea pública o privada) en todas sus manifestaciones<sup>6</sup>.

En consecuencia, se produjo la celebración de diversos convenios o tratados, entre los que cabe destacar, en orden cronológico, los siguientes: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996; el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997; el Convenio penal sobre la Corrupción (número 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999; la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC o UNCAC), hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. A estos textos debe añadirse, en el marco de la Unión Europea, 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.

Las líneas relevantes que se derivan de estos textos internacionales son las siguientes:

1) Se persigue el soborno a nivel internacional porque es una forma de actuar que afecta negativamente a la competencia.

El soborno como forma de corrupción es una práctica anticompetitiva, ya que impide que la competencia en los mercados se desarrolle de manera leal: las empresas que sobornan tienen ventaja sobre las empresas respetuosas con la legalidad, de tal manera que estas se ven excluidas de operaciones concretas o se ven abocadas a retirarse de un mercado porque no pueden o no quieren concurrir en tales condiciones.

2) Se pretende perseguir cualquier clase de soborno.

La persecución y castigo de cualquier clase de soborno supone que se ha de prohibir cuando afecta a un funcionario público (ya sea del propio país o

---

*Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, 2014, págs. 3 a 30, esp. págs. 5 a 7.

<sup>6</sup> Que estos textos internacionales pretenden la persecución del soborno, entendido como pago indebido, en el marco de las transacciones económicas, se deduce de la forma en que describen los actos que se consideran como actos de corrupción y que deben ser perseguidos por los Estados firmantes. Especialmente interesante resulta la definición de corrupción que se recoge en el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1999, cuyo artículo 2 señala: «A los efectos del presente Convenio se entenderá por «corrupción» 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».

extranjero), pero también cuando el soborno media en relaciones mercantiles o comerciales entre personas o entidades privadas, sin relación alguna con la «causa pública»; pues ni interviene un funcionario público ni hay presencia de un caudal público. Esta conducta se denomina «soborno entre particulares», «corrupción privada» o «corrupción en el sector privado»<sup>7</sup> (*commercial bribery*<sup>8</sup>, en términos de la legislación y doctrina de EE. UU.).

3) Se pretende perseguir el soborno en cualquier lugar.

Ello se consigue mediante la celebración de tratados que armonicen todas las legislaciones penales con un mismo nivel de exigencia; pero también mediante la inclusión en tales tratados de la posibilidad de que las distintas legislaciones estatales puedan ser aplicadas en el extranjero. La posible aplicación extraterritorial de la ley penal es una constante en los tratados citados<sup>9</sup> y en las legislaciones internas sobre el particular.

Esta extensión extraterritorial supone que la forma de abordar la prevención y persecución de los actos de soborno no debe limitarse a respetar la legislación interna. La perspectiva debe ser más amplia en el sentido siguiente: en un mercado global las empresas que pretendan desarrollar su actividad económica de una forma respetuosa con la legalidad y comprometidas, por tanto, con una cultura de cumplimiento normativo, se ven abocadas, cada vez más, a afrontar la prevención de las conductas de corrupción de cualquier naturaleza (pública o privada) que infrinjan dicha legalidad desde una perspectiva transnacional<sup>10</sup>. De tal manera que el panorama actual al que se enfrentan las empresas en la lucha contra la corrupción no se entendería sin la referencia a dos textos normativos, con una clara vocación de aplicación extraterritorial a nivel mundial: se trata de la *FCPA*<sup>11</sup>, ya citada, y la *Bribery Act 2010*<sup>12</sup>.

4) No es factible una lucha eficaz contra la corrupción sin la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas.

---

<sup>7</sup> Sobre este delito, véase ENCINAR DEL POZO, M. A., *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Aranzadi, 2016.

<sup>8</sup> El *commercial bribery* ya fue considerado por SUTHERLAND como una de las categorías de «delito de cuello blanco», junto con otros delitos, como el fraude fiscal, la falsedad contable, la manipulación del mercado de valores o el soborno de funcionarios públicos; SUTHERLAND, E. H., «White-Collar Criminality», *5 American Sociological Review*, 1 (1940), pág. 2.

<sup>9</sup> Ejemplos de ello son el art. 4 del Convenio de la OCDE, el art. 17 del Convenio penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa o el art. 7 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo.

<sup>10</sup> Con más detalle sobre este particular, VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Compliance programs y DPA: una nueva etapa en el camino hacia un «Derecho anticorrupción» sin fronteras», *Working Paper IE*, Law School, AJ8-233, 30-07-2016.

<sup>11</sup> La *FCPA* es una norma que nace precisamente para ser aplicada fuera del EE. UU. No es de aplicación interna en EE. UU., sino que su objeto y finalidad es perseguir el soborno de funcionarios públicos en el extranjero. Para la persecución del soborno a funcionarios públicos y del soborno comercial en EE. UU. rigen otras normas distintas. Es decir, se puede afirmar que es consustancial a la *FCPA* su carácter extraterritorial.

<sup>12</sup> La *Bribery Act 2010* recoge una regulación general sobre los delitos de soborno, tanto en el ámbito público como en el privado y ya se cometan en el Reino Unido o en el extranjero.

Ningún modelo de lucha contra la corrupción que pretenda ser eficaz se entendería sin la posibilidad de castigar a las propias entidades, además de a la persona física que cometió el concreto hecho ilícito<sup>13</sup>. Aquí es donde alcanzan especial relevancia los denominados programas de *compliance* o programas de cumplimiento normativo, dado que los mismos deberán contener las reglas que permitan prevenir, detectar y perseguir dentro de la empresa la realización de conductas de corrupción. Según cuál sea el modelo de imputación de responsabilidad penal por el que se opte<sup>14</sup> y dependiendo del ordenamiento concreto en el que se regulen, tales programas pueden tener eficacia dispar: desde ser un elemento a tener en cuenta al momento de individualizar la sanción a imponer a la persona jurídica, hasta ser considerados un elemento de exclusión de su responsabilidad penal.

La previsión de que pueda existir un programa interno de autorregulación en materia de prevención, detección y persecución de delitos que puede suponer hasta la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pone de manifiesto que ha surgido una colaboración e interacción entre los Estados y las empresas en la lucha contra la corrupción. Como indica ALLDRIDGE<sup>15</sup>, el cambio que sustenta la introducción de una responsabilidad penal de la persona jurídica, de la que puede verse exonerada mediante la acreditación de que cuenta con procedimientos de autorregulación adecuados para la prevención del delito, responde a una transferencia de responsabilidades. Se produce un desplazamiento de las cargas que son propias del poder público a los entes empresariales, en la medida en que éstos están en contacto permanente con aquellas personas (sus empleados y directivos) cuyos actos pueden generar la responsabilidad penal del ente. Ello producirá el efecto positivo siguiente: las empresas introducirán programas de cumplimiento y de gobierno corporativo para controlarlas, y ello tendrá un impacto significativo sobre la tasa de infracciones cometidas.

## II. LA INCRIMINACIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA

### 1. Necesidad de la incriminación penal

En el núcleo de la conducta conocida como corrupción privada nos encontramos con los elementos generales siguientes: una persona que desarrolla su labor en el seno de una empresa o entidad (sin que pueda descartarse que se trate del propio titular de la misma) acepta o solicita un

---

<sup>13</sup> La necesidad de que los Estados tomen medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción se recoge, por ejemplo, en el art. 2 de Convenio de la OCDE; en el art. 18 del Convenio penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa; o en el art. 5 de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo. Ahora bien, esta responsabilidad no tiene por qué ser necesariamente de naturaleza penal, dado que los textos citados imponen la exigencia de una responsabilidad de la que se deriven sanciones por los actos de soborno que se cometan en su seno, pero dejan a los Estados determinar cuál sea la misma: si de índole administrativa o penal. En el caso de España, se ha optado por la responsabilidad penal, a partir de la reforma del Código Penal de 2010.

<sup>14</sup> Sobre los modelos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, véase VILLEGAS GARCÍA, M. A., *La responsabilidad criminal...*, ob. cit., *passim*.

<sup>15</sup> ALLDRIDGE, P., «The U.K. Bribery Act: "The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA"», *73 Ohio State Law Journal* 5 1181 (2012), pp. 1209 y 1210.

pago de dinero u otro tipo de favor, a cambio de realizar operaciones, usualmente comerciales o mercantiles, que no necesariamente favorecen los intereses de la citada entidad<sup>16</sup>. Es decir, consiste en el pago, ofrecimiento o solicitud de un beneficio, para inducir al receptor a proporcionar una ventaja comercial desleal a quien realiza el pago u ofrecimiento<sup>17</sup>.

Esta práctica se trasluce en transacciones comerciales en las que una empresa realiza pagos (normalmente en secreto) a un directivo, agente o empleado de otra empresa para beneficio personal del mismo y éste, a su vez, dirige los negocios en favor de la compañía que soborna con exclusión de otras entidades; lo que, generalmente, concluye con la obtención de un contrato comercial por parte de la entidad que soborna al directivo, agente o empleado<sup>18</sup>. Es, por tanto, un «soborno entre particulares» con la finalidad de conseguir contratos o negocios de carácter puramente privado: la persona que solicita o recibe el pago indebido adopta una decisión mercantil para favorecer a la persona o entidad que lo realiza, con exclusión de otros competidores.

La posibilidad de que los actos de soborno entre particulares pudieran ser considerados como «actos de corrupción» que deben ser objeto de sanción penal ha sido sumamente debatida, ya que tanto las legislaciones como las ciencias sociales han centrado, tradicionalmente, su atención sobre la corrupción como fenómeno ligado al ámbito de lo público. Con lo cual, debía entenderse como tal el «mal uso de un cargo público para obtener un beneficio privado»<sup>19</sup>. Si el foco se sitúa sobre el mal uso o uso indebido de un rol público, la corrupción privada es, a lo sumo, una «forma de hacer negocios» con escasa ética, pero que es tolerable porque permite conseguir oportunidades de negocio entre personas privadas.

Pero, en la sociedad actual, no es posible negar la relevancia penal de estos hechos, ya que producen graves daños en las empresas que los cometen, en las empresas competidoras, en la propia competencia como mecanismo de eficiencia y en los consumidores, por lo que acaba minando la credibilidad y estabilidad del sistema económico. Además, los ámbitos público y privado se han difuminado en la actualidad y ya no puede afirmarse con rotundidad que

---

<sup>16</sup> HESS, D., «Corruption in the value chain: private-to-private and private-to-public corruption», en *Global Corruption Report 2009. Corruption and the private sector*, Transparency International y Cambridge University Press, 2009, págs. 19 a 23, esp. pág. 20; ARGANDOÑA A., «Private-to-Private Corruption», *IESE Business School Working Paper*, nº 531, pág. 4.

<sup>17</sup> SULLIVAN, Jr., W. M., ANDRESON, G. D., NOLAN, R. J., SPARACINO, R. R. y SPOWHN, W. M., «Commercial bribery: what GCs should know about the Achilles heel of anti-bribery law», *Client Alert Pillsbury*, 9 de marzo de 2012, pág. 2.

<sup>18</sup> BOLES, J., «Examining the Lax Treatment of Commercial Bribery in the United States: A Prescription for Reform», *51 Am. Bus. L. J.*, 119 (2014), pág. 120.

<sup>19</sup> HUNTINGTON, S. P., *Political order in changing societies*, pág. 59; NYE, J. S., «Corruption and political development: a cost-benefit analysis», *61 American Political Science Review*, 417 (1967), pág. 419; GARDINER, J. A., «Defining corruption», *7 Corruption and reform*, 111 (1993), pág. 112; KAUFMANN, D., «Corruption: the facts», *107 Foreign Policy*, 114 (1997), pág. 114; y ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, 2001 (traducción de Alfonso Colodrón Gómez), pág. 124 y «Corruption and government», *15 International Peacekeeping*, 328 (junio 2008), pág. 330.

haya una corrupción pública (la de funcionarios) y unos comportamientos de similar naturaleza que, por producirse en las relaciones comerciales y mercantiles, deben quedar al margen del Derecho Penal. Máxime si tenemos en cuenta que las grandes corporaciones tienen un alcance e influencia mundial, de modo que las decisiones corruptas de sus directivos o empleados pueden ser más dañosas para la colectividad que las de los funcionarios públicos de un país<sup>20</sup>.

El concepto de corrupción se ha ampliado para incluir toda actuación de una persona, dotada de poderes de decisión, que actúa en el marco de un sistema normativo de referencia, de manera contraria a las normas o reglas que rigen su actividad, con la expectativa de obtener una ganancia ilícita. Ese poder de decisión puede desarrollarse en el ámbito público y también en otros, como por ejemplo, el ámbito privado de las relaciones comerciales y mercantiles. Es decir, se transita de una «corrupción pública» a una «corrupción organizacional»: si tanto el sector público como el privado están compuestos por organizaciones, un acto es corrupto si reúne las características descritas, con independencia de si esa organización es pública o privada.

La consideración de que la corrupción privada merece un reproche penal está extendida en todos los países de nuestro entorno cultural. En el caso de los países de la Unión Europea, la norma básica en la materia es 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. Precisamente, la incorporación de esta Decisión marco a los ordenamientos internos ha dado lugar a diversas reformas de los mismos, con la finalidad de obtener un marco de punición lo más uniforme posible.

La corrupción entre particulares fue durante todo un siglo una particularidad de los «países anglosajones y germánicos»<sup>21</sup>. Una infracción basada en el soborno entre particulares existe en el ordenamiento alemán desde el año 1909, en el francés desde el año 1919 y en el holandés desde 1967; también en el Reino Unido existen normas desde el año 1889. Con posterioridad, los demás ordenamientos de nuestro entorno han introducido, en los últimos años, tipos penales, con la finalidad de reprimir tales

---

<sup>20</sup> Sobre la discusión acerca de la equiparación entre corrupción pública y privada, véase GRIFFITHS, K., «Criminalising Bribery in a Corporate World», *27 Criminal Justice*, 251 (marzo 2016); SHU, X., «Contagion Effect of Unethical Pro-Organizational Behavior among Members within Organization», *Metallurgical and Mining Industry Journal*, nº 5, 235 (2015); GREEN, S. P., «Official and commercial bribery: should they be distinguished?», en HORDER, J. y ALLDRIDGE, P. (Editores), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, 2013; GREEN, S. P. y KUGLER, M. B., «Public perceptions of white collar crime culpability: bribery, perjury, and fraud», *75 Law and Contemporary Problems*, 33 (2012); HESS, D., «Corruption in the value chain: private-to-private and private-to-public corruption», en *Global Corruption Report 2009. Corruption and the private sector*, 2009; HODGSON, G. y JIANG, S., «The economics of corruption and the corruption of economics: an institutionalist perspective», *41 Journal of Economic Issues*, 1043 (2007); y ANDVIG, J. C., «Remarks on Private-to-private corruption», *NUPI*, nº 635, diciembre 2002.

<sup>21</sup> TIEDEMANN, K., «El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Directores), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 31 a 42, esp. pág. 35.

comportamientos<sup>22</sup>. Una disposición específicamente aplicable a los casos de esta forma de corrupción no era conocida históricamente en los sistemas de base romana, por lo que el legislador de la Unión Europea se enfrentó a una considerable resistencia en estos países<sup>23</sup>.

Ahora bien, que el hecho de hablar de corrupción en el sector privado probablemente suponga una extraña sensación a los juristas crecidos en ordenamientos jurídicos como el de Italia<sup>24</sup> o España (que conocen en su sistema penal sólo un esquema tradicional de corrupción, en el cual una de las dos partes tiene que ser un funcionario público)<sup>25</sup>, no significa que la penalización de la corrupción en el sector privado sea un fenómeno excepcional en el ámbito de los ordenamientos europeos<sup>26</sup>. De modo que en el ámbito europeo está actualmente extendida la consideración como delito de estas conductas, aun con regulaciones nacionales heterogéneas, siendo más bien una excepción los países miembros de la Unión Europea que, como España, no habían incluido este delito en sus respectivos ordenamientos nacionales<sup>27</sup>.

Tampoco puede considerarse una excepción o rareza a nivel mundial<sup>28</sup>, pues se puede afirmar que el soborno para la obtención de beneficios en el tráfico mercantil es una práctica proscrita en cualquier parte del mundo<sup>29</sup>.

## 2. Modelos básicos de incriminación

Siguiendo a HEINE<sup>30</sup>, cabe distinguir tres modelos básicos de tratamiento legislativo del soborno entre particulares: i) el modelo clásico, que condena las

---

<sup>22</sup> BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., «Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Coordinadores), *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, págs. 61 a 93, esp. pág. 82.

<sup>23</sup> TIEDEMANN, K., «Business-related Criminal Law in Europe: A Critical Inventory», *International and Comparative Law Review*, vol. 20, nº 1, primavera 2013 (traducción de Edgardo Rotman), págs. 135 a 162, esp. pág. 157.

<sup>24</sup> Sin perjuicio de esta afirmación, en el caso de Italia se han castigado tradicionalmente algunos actos que guardan relación con la corrupción privada, como es el delito de *comparaggio*.

<sup>25</sup> FOFFANI, L., «La “corrupción privada”. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (Coordinadores), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, págs. 381 a 393, pág. 381.

<sup>26</sup> FOFFANI, L., «La “corrupción privada”. Iniciativas...», ob. cit., pág. 383.

<sup>27</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Director), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 425 a 451, esp. pág. 426.

<sup>28</sup> Una descripción de la regulación de la corrupción privada en más de 45 países del mundo se puede consultar en *CMS Guide to Anti-Bribery and Corruption Laws*, CMS Law.Tax, septiembre de 2014 (disponible en <http://www.cmslegal.com>).

<sup>29</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares (Artículo 286 bis del Código Penal)», en *Compliance y Derecho Penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 153 a 166, esp. pág. 155.

<sup>30</sup> HEINE, G., «Comparative Analysis», en HEINE, G. y ROSE, T. O., *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures. A Project Report*, Edition Iuscrim, págs. 7 a 21, págs. 10 y ss.

prácticas que afectan negativamente a los activos de las empresas, los intereses de los accionistas o los intereses de la propiedad; ii) un segundo modelo, que criminaliza el soborno porque pone en peligro o viola las relaciones de trabajo, en particular, los lazos de deber y lealtad de un empleado hacia su empleador; y iii) un tercer modelo que busca la promoción de la competencia y tiene como objetivo la protección de la competencia libre y justa y las condiciones de funcionamiento del mercado.

En resumen, podemos distinguir tres supuestos:

1) Un modelo de incriminación basado en la protección del patrimonio de las empresas.

2) Un modelo de incriminación basado en la protección del deber de lealtad en las relaciones laborales.

3) Un modelo de incriminación basado en la protección de la competencia.

### **2.1. La incriminación basada en la protección del patrimonio de las empresas**

Este es el enfoque que puede considerarse como clásico. Tiene la intención de proteger los bienes y activos de la empresa, por lo que el acto de corrupción privada se contempla desde la óptica de la administración o gestión fraudulenta de la sociedad. Y ello tanto desde una perspectiva pasiva como activa: pasiva, porque el administrador que recibe el soborno pone sus intereses por delante de los de la sociedad; y activa, porque el administrador que constituye o utiliza fondos para sobornar, lo hace fuera del control empresarial y para fines que son ilícitos y ajenos al objeto social de la empresa<sup>31</sup>.

Es decir, los fondos que salen de una empresa para sobornar a un empleado público o privado suponen un menoscabo patrimonial desde el punto de vista económico; y en la empresa cuyo representante recibe el soborno, al encontrarse en una situación de conflicto de intereses, puede posponer la salvaguarda de los intereses patrimoniales de su sociedad, por lo que, al menos, existe un peligro de administración desleal por parte del administrador sobornado<sup>32</sup>.

Esta es la perspectiva que se seguía en la regulación en Italia, con la redacción inicial del artículo 2635 del Código Civil, que castigaba a los administradores y otros cargos de una sociedad que recibían o solicitaban una dádiva para realizar u omitir un acto contrario a las obligaciones inherentes a

---

<sup>31</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 11.

<sup>32</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *Revista penal*, nº 10, 2002, págs. 55 a 69, esp. pág. 58.

su cargo, causando un perjuicio a la sociedad. Como se observa, el tipo exige que exista un daño a la sociedad<sup>33</sup>.

Los puntos críticos de este modelo son dos:

1) El titular de los bienes y activos de la empresa, es decir, el propio empresario quedaría impune si comete estas conductas.

2) El consentimiento del empresario para que las cometieran los administradores eliminaría la ilicitud de la conducta de éstos. Incluso cabría la aprobación tácita de los sobornos en los casos en que el titular de la empresa consintiera implícitamente la puesta en peligro o el daño a la propiedad corporativa o tolerase un clima empresarial que fomentara el soborno<sup>34</sup>.

## **2.2. La incriminación basada en la protección del deber de lealtad en las relaciones laborales**

En este caso, se concibe la corrupción privada como una conducta que atenta contra el deber de lealtad en las relaciones laborales, por lo que la cuestión se aborda desde una perspectiva jurídico laboral. Dentro de este ámbito se encuentran diferentes aspectos, como el incumplimiento de un deber de lealtad, la vulneración de la integridad de la relación laboral entre el empleado y el empleador, la violación de la integridad en materia de negocios o de la integridad de las relaciones fiduciarias<sup>35</sup>.

El delito se comete por los empleados que reciben una ventaja o soborno, sin el consentimiento del empleador, para realizar un acto contrario a la función que desempeñan o para abstenerse de realizar un acto que es propio de la misma.

Es la óptica que rige la regulación Holanda y Bélgica. También era el caso de Francia, que históricamente regulaba la cuestión en el *Code du Travail*, con la denominación de «corrupción de empleados»<sup>36</sup>.

Las consecuencias fundamentales de esta regulación son:

1) El sujeto activo del delito de corrupción pasiva sólo puede ser un empleado o subordinado, pero no el empresario. El núcleo del delito es que el empleado incumple los deberes que tiene con relación a aquél.

2) El consentimiento del empresario excluye la conducta delictiva, ya que si el núcleo del delito es que el empleado incumple los deberes que tiene con

---

<sup>33</sup> Sin embargo, el modelo en Italia comparte elementos de los otros dos citados, desde la reforma operada por la *Legge 6 novembre 2012, n. 190*.

<sup>34</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 11.

<sup>35</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., págs. 11 y 12.

<sup>36</sup> Actualmente se regula en el artículo 445-1, párrafo segundo, del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley nº 2005-750, de 4 de julio de 2005, de diversas disposiciones de adaptación al Derecho Comunitario en el ámbito de la justicia. La regulación vigente en Francia se aleja de la consideración que históricamente se ha tenido de estas conductas.

relación al mismo, si existe su anuencia no se incumple deber alguno. Cuando un empleado en el sector privado acepta un soborno con el conocimiento o consentimiento de su superior, ello es legal<sup>37</sup>.

3) Este modelo no explica fundadamente el castigo penal en los supuestos de corrupción activa: la persona que ofrece un soborno al empleado no infringe un deber de lealtad respecto de su empresario, porque no guarda relación alguna con éste<sup>38</sup>. La manera de hallar un fundamento del castigo es entender que el corruptor lleva a cabo una especie de «participación» en el comportamiento del empleado: con su oferta, aporta un aliciente para que éste infrinja sus obligaciones<sup>39</sup>.

### **2.3. La incriminación basada en la protección de la competencia**

Según este sistema, la corrupción privada es relevante porque afecta al suministro de mercancías o la prestación de servicios, que se efectúan en un régimen de competencia<sup>40</sup>. Las conductas de corrupción atentan contra la competencia mercantil, ya que si en las relaciones comerciales median sobornos, entonces el sobornado preferirá al competidor que le ofrece o promete la dádiva respecto a otros competidores, aunque no sea la mejor oferta o el mejor servicio. Es decir, preferirá de manera desleal al corruptor frente a un tercero, a causa de la dádiva recibida o prometida.

Desde esta perspectiva, se considera que las conductas de corrupción alteran la competencia libre y leal ya que se favorece de manera injusta a un competidor (el desleal, el que soborna) respecto a otros (que usan sólo métodos leales); lo que supone que éstos deberán también acudir a tal vía para poder competir en el mercado («efecto contagio»). La consecuencia que conlleva es que las relaciones comerciales no se basan en la calidad y precio de los productos o servicios, sino en el beneficio que el sobornado obtiene con la dádiva. Además, afectan tanto al empresario (al que está subordinado el empleado sobornado), como a los consumidores. Ello porque, a causa del soborno, se aceptan productos o servicios de peor calidad que otros y porque el corruptor se las ingeniará para que el montante de la dádiva sea incluida en el precio del producto (esto es, se paga un «sobrepeso»). De modo que, tanto empresario como consumidores tendrán a su disposición un producto de peor calidad y más caro que otros.

Esta concepción es la que adoptan las normas europeas supranacionales, sin perjuicio de que dejen espacio abierto para elementos de los otros dos

---

<sup>37</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 12.

<sup>38</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho Penal español?», en DIEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (editores), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 257 a 290, esp. pág. 278.

<sup>39</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y BLANCO CORDERO, I., «La criminalización...», ob. cit., pág. 279.

<sup>40</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 57.

modelos<sup>41</sup>. Ésta es la óptica desde la que tradicionalmente se aborda la cuestión en Alemania<sup>42</sup>.

Ahora bien, no está exenta de críticas en cuanto a su sustrato elemental: la existencia de competencia leal. Así, se señala que su punto de partida es una concepción un tanto idílica de la competencia mercantil, una competencia «perfecta» o «pura», basada exclusivamente en la ley de la oferta y la demanda y en la ausencia de influencias en los precios; sin embargo, en la sociedad moderna existen posiciones empresariales desde las que se puede influir en los precios, mediante prácticas de monopolio u oligopolio<sup>43</sup>. El objeto de protección penal se convierte así más en una aspiración que en una realidad, dado que no todos los sujetos concurren en el mercado en condiciones de igualdad ni todos tienen los mismos apoyos institucionales, a consecuencia de la interferencia de las subvenciones<sup>44</sup>. Por otra parte, requiere que exista, en general, competencia entre los ofertantes, por lo que quedaría sin fundamento la imposición de una pena en el caso del otorgamiento de ventajas en un sector económico planificado o casi monopolístico<sup>45</sup>.

### III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

#### 1. Introducción

En nuestro caso, la incorporación de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003 dio lugar a la introducción del delito de «corrupción entre particulares» en el art. 286 bis CP, mediante la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. La misma modificó, entre otros extremos, la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal. Tal Sección pasó a denominarse «De la corrupción entre particulares» y quedó encuadrada en el Capítulo que llevaba por título «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores». La Sección 4ª constaba de un solo artículo, el artículo 286 bis.

El delito de corrupción privada fue reformado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de

---

<sup>41</sup> HEINE, G., «Comparative...», ob. cit., pág. 13.

<sup>42</sup> Sin perjuicio de ello, en el año 2015 se produjo una reforma del *StGB* para introducir una modalidad de corrupción privada basada exclusivamente en el incumplimiento de deberes, sin relación con la protección de la competencia (véase la *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* de 20 de noviembre de 2015).

<sup>43</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «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. (Director) y ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 487 a 514, pág. 499.

<sup>44</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Notas sobre la corrupción privada en el proyecto de código penal», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 147, marzo 2010, págs. 15 a 19, esp. pág. 17.

<sup>45</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán» (traducción de García Caverro, P.), *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3, 2007, págs. 1 a 18 (disponible en <http://www.politicacriminal.cl>), esp. pág. 13.

noviembre, del Código Penal. De tal modo que se modifica la rúbrica de la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse «Delitos de corrupción en los negocios» y que comprende los artículos 286 bis a 286 quáter. La estructura del capítulo es la siguiente:

1) El art. 286 bis CP recoge los tipos básicos y atenuado del delito de corrupción privada (y de corrupción en el deporte). Este artículo señala:

«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. 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 predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

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

2) A continuación, la reforma introduce un nuevo artículo 286 ter CP, referido al soborno de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

3) Otra novedad de la reforma es la incorporación del art. 286 quáter CP, que recoge los tipos agravados de los delitos anteriores.

## **2. Modalidades del delito de corrupción privada**

Tradicionalmente, en relación con el delito de cohecho de funcionarios públicos es habitual distinguir entre la conducta de quien pretende corromper al funcionario o atiende sus solicitudes y la conducta del funcionario que acepta o solicita el soborno; de tal manera que se distinguen dos modalidades: cohecho activo y cohecho pasivo, respectivamente. Es una clasificación atendiendo al sujeto que realiza la acción: si es el particular quien intenta corromper (o acepta las solicitudes del funcionario) estamos ante el cohecho activo; por el contrario, si es el funcionario el que acepta (o exige) el soborno nos encontramos ante el cohecho pasivo. Pero, en realidad, en ambos casos se prevén tanto conductas activas, de corromper, como pasivas, de dejarse corromper: si el funcionario acepta el soborno, se deja corromper (pasiva), pero si lo solicita, él es el sujeto corruptor (activa); igualmente, si el particular ofrece el soborno, es el sujeto corruptor (activa), pero si acepta la solicitud del funcionario, entonces se deja corromper (pasiva). Pese a ello, existe un cierto consenso en denominar cohecho activo a aquel cuyo sujeto activo es un particular (realice conductas activas o pasivas) y cohecho pasivo cuando el sujeto activo del delito es una autoridad o funcionario público (realice conductas activas o pasivas)<sup>46</sup>.

Evidentemente, la distinción particular/funcionario público no puede operar en el delito de corrupción entre particulares, ya que los sujetos intervinientes son ambos particulares y ninguno de ellos funcionario público. Pero, a efectos sistemáticos, es preciso que en el citado delito también se distingan dos modalidades de corrupción: activa y pasiva.

Un primer criterio de diferenciación es acudir a determinar de qué sujeto parte la iniciativa. Atendiendo a la redacción del art. 286 bis CP podríamos entender que la corrupción activa existiría cuando un sujeto promete, ofrece o concede la dádiva o ventaja; mientras que la corrupción pasiva existiría si la recibe, solicita o acepta. Esta distinción no es del todo adecuada, porque en ambos también casos se prevén conductas activas de corromper y pasivas de dejarse corromper. Especialmente, en el caso de la solicitud de la dádiva o ventaja, ya que quien la solicita es el sujeto corruptor y quien la concede el sujeto corrompido.

---

<sup>46</sup> Con más detalle sobre la cuestión, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Libro II. Título XIX. Capítulo IV. Del cohecho», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III*, Trivium, Madrid, 1997, págs. 3982 y ss., esp. págs. 3985 y 3986.

Por eso, el criterio de distinción que parece más acertado es el de diferenciar entre la persona que es ajena a un ente empresarial y la que está integrada en el mismo. Si la acción se comete por la persona ajena o externa al ente empresarial (esto es, «quien por sí o por persona interpuesta»), la modalidad será activa; mientras que si la acción la comete la persona que forma parte del mismo (esto es, el «directivo(s), administrador(es), empleado(s) o colaborador(es) de una empresa mercantil o de una sociedad»), la modalidad será pasiva.

Si trasladamos lo dicho en relación con el cohecho de funcionarios, la corrupción entre particulares es activa cuando el sujeto activo es una persona ajena a un ente empresarial (realice conductas activas o pasivas) y es pasiva cuando el sujeto activo del delito es la persona integrada en la empresa (realice conductas activas o pasivas). Es cierto que en ambos casos subsisten conductas activas y pasivas, pero es la más coherente para dotar de sistemática a la exposición del delito.

En la redacción original del art. 286 bis CP, la modalidad activa se definía en el artículo 286 bis.1 CP; mientras que la modalidad pasiva se definía en el artículo 286 bis.2 CP. Tras la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha alterado el orden. Ahora la modalidad activa se define en el artículo 286 bis.2 CP y la modalidad pasiva ocupa el art. 286 bis.1 CP.

### **3. Elementos del tipo**

#### **3.1. Bien jurídico**

En relación con el delito de corrupción entre particulares existe una intensa discusión doctrinal sobre cuál es el bien jurídico protegido, hasta el punto de que se considera que la problemática relativa a la delimitación del objeto de tutela sigue siendo la más compleja de cuantas se presentan en la interpretación de este tipo delictivo<sup>47</sup>.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, indicó que, mediante este delito, el legislador pretendía proteger la «competencia justa y honesta» y «las reglas de buen funcionamiento del mercado». Siendo ello así, no cabía negar que la conclusión de que la competencia era el bien jurídico protegido, que parecía desprenderse del Preámbulo de la reforma de 2010 y de la interpretación del tipo, aparecía desdibujada por tres razones. Eran las siguientes:

1) La primera era que en el caso de la corrupción pasiva no se contemplara la posibilidad de que el delito lo cometiera el propio empresario. La exclusión del empresario tiene sentido en un modelo basado en el incumplimiento de

---

<sup>47</sup> PÉREZ FERRER, F., «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 *La nueva regulación de la corrupción. Cuadernos Digitales de Formación*, 1/2012, CGPJ, págs. 10 y 11.

obligaciones o deberes de lealtad, pero carece de razón si el modelo adoptado es el de la protección de la competencia.

2) La segunda es que el tipo exigiera, como uno de los elementos de la conducta, que el sujeto actuara «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». Si esta expresión se interpretaba en el sentido de incumplimiento de obligaciones profesionales, entonces estaríamos ante un elemento propio del modelo que protege la lealtad en el ámbito de las relaciones entre subordinado y principal.

3) La tercera se relacionaba con la redacción del tipo privilegiado del artículo 286 bis.3 CP, que se centraba (y se centra) en la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja y en la entidad de las funciones que desempeña el autor; sin efectuar mención alguna al impacto de los hechos sobre la competencia (que en caso de ser de escasa entidad podría haber sido un fundamento de la aplicación del precepto).

La posición doctrinal, que podemos considerar mayoritaria, entiende que el objeto de protección es la competencia, con carácter exclusivo o, al menos, con atención preferente o más intensa que respecto a otros intereses, que también pueden confluir con ella. La legitimidad de la protección de la competencia se fundamenta en las funciones económicas y político-sociales de la misma, concebida como medio para garantizar la libertad, el bienestar y la justicia en una economía de mercado<sup>48</sup>.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha reformado el art. 286 bis CP. El hecho mismo de la reforma y las modificaciones introducidas inciden en el ámbito del bien jurídico protegido. El legislador ha avanzado en la consideración de que tal bien jurídico es la competencia leal, lo que se deduce de los elementos siguientes:

1) La ubicación sistemática del precepto, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, en una sección (la Sección 4<sup>a</sup>) que lleva por rúbrica la de «Delitos de corrupción en los negocios».

2) La rúbrica de la sección es expresiva de la idea de que es un delito que afecta a las relaciones económicas y mercantiles, que se ven distorsionadas por los actos de corrupción. Esta es, precisamente, una muestra de la percepción de los delitos de corrupción como delitos económicos, en los que la afectación de la competencia tiene un papel notable.

3) El legislador ha reforzado la idea de que con este delito pretende proteger la competencia, al indicar en el Preámbulo (apartado XVIII) que:

«Se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el

---

<sup>48</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 154 y 155.

que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero).

Esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas».

Como se observa, habla de impedir que, mediante sobornos, se obtengan «ventajas competitivas» o «posiciones de ventaja en las relaciones económicas».

4) Se regula este delito junto con el delito de cohecho a una autoridad o funcionario público en la realización de actividades económicas internacionales. Es decir, junto con el delito de corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, contemplado en el Convenio de la OCDE. Este Convenio es esencialmente un instrumento que pretende generar un nivel uniforme de protección a las empresas en el extranjero, para que puedan competir en igualdad de condiciones (sin que medien sobornos).

5) El propio legislador indica en el Preámbulo (apartado I), que

«Se acomete una revisión técnica de la regulación del decomiso y de algunos aspectos de la parte especial del Código Penal, en concreto, de los delitos contra la propiedad, del catálogo de agravantes de la estafa, administración desleal, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, insolvencias punibles, corrupción privada, malversación, corrupción de agentes públicos extranjeros, delitos de atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios, detención ilegal, e intrusismo».

6) El legislador al realizar la «revisión técnica» de este delito no ha considerado necesario: i) exigir algún daño en el patrimonio del empresario o de terceros; ii) exigir algún perjuicio para el mercado o los consumidores; y iii) restringir el tipo penal a determinadas conductas con impacto sobre la competencia. Es decir, no lo ha limitado el tipo en los términos que se reclamaban por diversos sectores doctrinales.

7) Sin embargo, al acometer tal «revisión técnica», sí que ha efectuado modificaciones en el tipo penal que son relevantes en materia del bien jurídico protegido, como son: i) la eliminación del elemento típico de «incumplimiento de obligaciones»; y ii) la introducción de la precisión de que el delito se puede cometer «en la contratación de servicios» y «en las relaciones comerciales».

Efectivamente, la reforma de 2015 elimina, tanto del delito de corrupción activa como pasiva, la mención a que el sujeto actúe «incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». Se elimina así el factor principal que permitía

sostener que este delito era algo más que un delito contra la competencia. Quizás esta sea la mejor muestra de cuál es la consideración sobre el bien jurídico protegido por parte del legislador, al ser el incumplimiento de obligaciones uno de los extremos que más distorsión causaba al respecto.

Por otra parte, el legislador ha ampliado el ámbito del delito, ya que según la redacción inicial del precepto se podía cometer «en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»; mientras que, tras la reforma de 2015, la descripción típica se refiere a «en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales». Es decir, se amplía a cualesquiera «servicios» -no sólo profesionales-, así como a las «relaciones comerciales»<sup>49</sup>.

Todas estas consideraciones deben ser entendidas en el sentido de que el legislador remarca la idea (ya expresada en el Preámbulo de la Ley 5/2010, de 22 de junio) de que la competencia leal es el bien jurídico protegido por este delito.

Es cierto que siguen existiendo dos argumentos contrarios a la conclusión que alcanzamos en este punto, como son: i) que el art. 286 bis CP siga sin prever la posibilidad de que el propio empresario pueda ser sujeto activo del delito de corrupción pasiva; y ii) que el tipo privilegiado del artículo 286 bis.3 CP no haya sido modificado en su redacción. Sin embargo, estos posibles obstáculos no nos parecen insalvables.

Así, que el tipo penal no recoja al empresario como sujeto activo en la modalidad descrita no impide que el bien jurídico sea la competencia, sino que, en realidad, es una incongruencia del legislador, porque no ha querido llevar el sistema de protección penal de la competencia hasta sus últimas consecuencias, ya sea por un simple olvido o por una cuestión de política criminal. Nada impediría que el empresario fuera incluido en el catálogo de sujetos, porque también puede alterar la competencia mediante la recepción de sobornos.

En segundo lugar, el tipo privilegiado puede ser interpretado en términos de protección de la competencia: si su aplicación viene condicionada por dos factores -que son la cuantía del beneficio o valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable-, entonces es factible pensar que se aplicará, precisamente, a supuestos en los que el ataque contra la competencia y la distorsión de la misma sea de menor entidad, dada la reducida cuantía de la dádiva o la escasa trascendencia de las funciones del autor.

## **3.2. Sujeto activo**

### **3.2.1. Corrupción pasiva**

---

<sup>49</sup> Nótese en este punto la similitud entre la expresión «relaciones comerciales» y la expresión «tráfico comercial», que se utiliza en la rúbrica del § 299 *StGB* (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*).

El sujeto activo del delito de corrupción pasiva se define en el tipo penal con la expresión «directivos, administradores, empleados o colaboradores», enmarcando estas categorías en el seno de una entidad jurídica, no respecto a una persona física. Solamente pueden ser sujetos activos del delito aquellos que se encuentren encuadrados dentro de una estructura empresarial<sup>50</sup>. Ello supone:

1) Los particulares personas físicas, cuando son ellos directamente quienes contratan, no pueden ser sujetos activos del delito de corrupción pasiva, por mucho que pudiesen recibir dádivas<sup>51</sup>. Es decir, el consumidor final no puede cometer este delito.

2) Los administradores, empleados o colaboradores de una persona física tampoco pueden ser sujetos activos de este delito<sup>52</sup>.

La redacción inicial del delito -derivado de la reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio- consideraba que los «directivos, administradores, empleados o colaboradores» debían serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización». Pero la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo incide en este aspecto y ahora el tipo penal indican que han de serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad».

El elemento común a las tres categorías de directivo, administrador y empleado es que tienen una relación estable con una entidad jurídica, en alguno de esos niveles jerárquicos, sometida a los estatutos o dependiente de los órganos sociales<sup>53</sup>. Son personas dependientes del titular de la empresa, al margen de cuáles sean sus funciones en la misma<sup>54</sup>. Ahora bien, el tipo también incluye personas no vinculadas de manera estable a la entidad o dependientes de la misma, a través de la mención a los colaboradores<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2012, pág. 394.

<sup>51</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinador), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 553 a 576, esp. pág. 557.

<sup>52</sup> En sentido dispar, el artículo 7 del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa considera como corrupción activa 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.

<sup>53</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Director) y PASTOR MUÑOZ, N. (Coordinadora), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, págs. 419 a 436, esp. pág. 426.

<sup>54</sup> MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)», en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 119 a 137, esp. pág. 123.

<sup>55</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción entre particulares», en JUANES PECES, A. (Director) y ALBA FIGUERO, M. C. (Coordinadora), *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*, El Derecho, Madrid, 2010, págs. 225 a 242, esp. pág. 230.

La enumeración correlativa de los distintos sujetos activos no responde a un orden lógico. En el organigrama empresarial, la posición preeminente en la empresa la ostentan los administradores, a los que están subordinados los directivos y empleados. Y restan los colaboradores, que no deben tener por definición una relación de empleo (entonces serían empleados), por lo que habrá que determinar qué se considera como tales. El orden lógico de la relación entre los cuatro supuestos que recoge el precepto debería ser el de administradores, directivos, empleados y colaboradores; esto es, yendo de mayor a menor vinculación institucional<sup>56</sup>.

La amplitud con la que se configura el precepto (directivo, administrador, empleado, colaborador) parece querer incluir a cualquier dependiente o representante de la entidad<sup>57</sup> o persona eventualmente relacionada con la misma. Esto plantea el problema de la equiparación a efectos punitivos de personas que ocupan distintos puestos y en situaciones diferentes de poder dentro de la empresa, lo que supone fricciones con los principios de igualdad y proporcionalidad<sup>58</sup>.

Se castiga a todos ellos con las mismas penas, pese a que la relevancia de sus funciones evidentemente no es la misma. En efecto, el Código Penal utiliza categorías que no son equivalentes dentro del ámbito de la empresa: el empleado no tiene las mismas atribuciones ni el papel relevante que tiene el directivo, y no digamos el administrador. Por ello, se ha puesto de manifiesto la incongruencia de que se contemple la misma pena para todos ellos, cuando sus posiciones, funciones y deberes son dispares<sup>59</sup>; si bien esta concepción parece basarse en el incumplimiento de obligaciones internas y no en la incidencia en la competencia.

En cualquier caso, la modalidad pasiva de corrupción entre particulares puede ser cometida únicamente por las personas que reúnen las cualidades exigidas en el tipo. La doctrina es unánime al considerar que se trata de un delito especial<sup>60</sup>. Si bien se califica como propio, por algunos autores<sup>61</sup>, o como

---

<sup>56</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coordinador), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012*, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 619 a 633, esp. pág. 622.

<sup>57</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret*, 4/2011 (disponible en <http://www.raco.cat>), pág. 11.

<sup>58</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «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. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 504 a 513, esp. pág. 508; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 384; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», en ALVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadores), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 690 a 716, esp. pág. 704; también, NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 11, nota 29.

<sup>59</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Notas sobre la corrupción privada...», ob. cit., pág. 18; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 16.

<sup>60</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 423; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción

impropio, por otros<sup>62</sup>. A nuestro juicio, es un delito especial propio, al no tener un delito común correlativo que pueda ser cometido por cualquiera.

Conforme al artículo 286 bis CP, el sujeto activo del delito no sólo debe incluirse en una categoría concreta en el seno de una entidad, sino que ésta ha de tener una determinada forma.

La redacción inicial del delito -derivada de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio- consideraba que los «directivos, administradores, empleados o colaboradores» debían serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización». La doctrina entendía que el ámbito de las entidades incluidas era amplísimo. El mínimo exigible era que se tratara de una asociación de personas que interviniera en la vida económica intercambiando prestaciones y contraprestaciones de contenido económico<sup>63</sup>.

La reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incide en este aspecto y ahora el tipo penal indica que los «directivos, administradores, empleados o colaboradores» han de serlo «de una empresa mercantil o de una sociedad». En consecuencia, antes de la reforma de 2015 las formas posibles eran empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización; y desde la reforma de 2015 esas formas son, según el art. 286 bis CP, empresa mercantil y sociedad. Con ello, parecería que la reforma ha restringido la aplicación del tipo, en la medida en que reduce las posibles entidades en cuyo seno puede cometerse este delito<sup>64</sup>. Sin embargo, esta restricción se ve mitigada, dado que la misma reforma introduce un número 5 en el art. 286 bis CP, con el siguiente contenido:

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

---

entre privados (art. 286 bis CP)», en ALVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 339 a 365, esp. pág. 360; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *Indret*, 2/2013 (disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)), pág. 21; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción entre particulares», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2011; y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción entre particulares», en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 105 a 119, esp. pág. 115; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre particulares», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, ediciones Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2011, págs. 1098 a 1101, esp. pág. 1099; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción entre particulares*, ed. fe d'erratas, Madrid, 2013, pág. 27; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1109 y ss., esp. pág. 1112; «La corrupción en el sector privado», *Curso: Delincuencia económica y societaria*, Consejo General del Poder Judicial, 21 de junio de 2010, pág. 4; «La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», *La Ley Penal*, nº 87, noviembre 2011; «El delito de corrupción entre particulares», *Pérez-Llorca. Newsletter. Enero-Marzo 2011*, págs. 14 a 24, esp. pág. 16; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 9; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 557.

<sup>61</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158.

<sup>62</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>63</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 160.

<sup>64</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 570.

El citado art. 297 CP, señala:

«A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad 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».

En consecuencia, tras la reforma de 2015 las formas posibles son empresa mercantil, sociedad, cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito y fundación. A ellas se añaden aquellas de análoga naturaleza según el art. 297 CP.

La cuestión es qué se entiende por entidad de análoga naturaleza. Según la redacción del precepto, lo será una entidad que reúna, de manera cumulativa, dos condiciones: i) que sea de de análoga naturaleza a la cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación y sociedad mercantil; y ii) que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

Respecto a la analogía con las formas específicas que recoge el artículo 297 CP son factibles dos interpretaciones: la primera, más amplia, es que el elemento análogo lo constituye el hecho de que todas ellas son agrupaciones de personas que se asocian para obtener un fin común; y la segunda, más restrictiva, consiste en que se tratan todas ellas de entidades con personalidad jurídica propia. La diferencia es que en un caso no se exige la existencia de personalidad jurídica propia (basta con la mera agrupación de personas dirigidas a un fin) y en el otro sí se exige, para determinar la análoga naturaleza.

A nuestro juicio, la interpretación adecuada es la segunda<sup>65</sup>, ya que el legislador ha decidido referirse a un listado específico de formas concretas de entidades y ha eliminado el término «organización». Y del listado heterogéneo al que acude y en el que las entidades referidas guardan escasa relación entre sí, resulta que todas ellas son entidades con personalidad jurídica propia.

Respecto al elemento de que se trate de entidades que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado, también son factibles dos interpretaciones: la primera, más amplia, es que basta con que la entidad (sea cual sea su fin, ya sea lucrativo o no) participe en el mercado adquiriendo bienes y servicios; y la segunda, más restrictiva, que se debe tratar de entidades cuyo fin sea lucrativo, ya que ese es, precisamente, el fin que da sentido a su participación de modo permanente en el mercado.

A nuestro juicio, la interpretación adecuada también es la segunda<sup>66</sup>, ya que si una entidad debe participar de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines, es que su fin es lucrativo.

---

<sup>65</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., *El delito de corrupción privada...*, ob. cit., pág. 306.

<sup>66</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., *El delito de corrupción privada...*, ob. cit., pág. 307.

Estas precisiones de la reforma plantea problemas en relación con las comunidades de propietarios regidas por la Ley de Propiedad Horizontal. Entendemos que una comunidad de propietarios regida por la Ley de Propiedad Horizontal no cumple las condiciones del artículo 297 CP porque: i) no es una entidad de análoga naturaleza a la cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil, porque todas ellas son entidades con personalidad jurídica propia, mientras que la comunidad carece de ella<sup>67</sup>; y ii) una comunidad de propietarios no participa de modo permanente en el mercado para el cumplimiento de sus fines.

También se plantea el caso de las entidades sin ánimo de lucro. La Decisión marco 2003/568/JAI es favorable a su inclusión en el tipo, ya que, tras definir los delitos de corrupción privada activa y pasiva en su art. 2.1, añade en el art. 2.2, que:

«El apartado 1 se aplicará a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos».

Pero, la doctrina ha puesto de manifiesto que con la nueva redacción del delito es cuestionable que las entidades con fines no lucrativos puedan encontrar acogida en el mismo<sup>68</sup>.

A nuestro juicio, si la entidad tiene la forma de fundación está expresamente incluida en el art. 297 CP, por lo queda abarcada por el delito. Pero el problema se plantea con entes que no tengan forma de fundación y no actúen con fin lucrativo, porque entonces difícilmente se podrán considerar entidades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado. Aquí puede aparecer una laguna derivada de la reforma de 2015, ya que el artículo 286 bis CP antes de la misma tenía una redacción sumamente amplia, que extralimitaba el criterio del art. 297 CP. Ahora, este exige que se trate en todo caso de una entidad que participe en el mercado de manera permanente para obtener sus fines, de manera que excluye, a nuestro juicio, a las asociaciones sin ánimo de lucro, porque participar de modo permanente en el mercado para lograr los fines de la entidad es, en definitiva, desarrollar una actividad comercial o mercantil con un fin lucrativo.

La doctrina se ha mostrado crítica con esta consecuencia de la reforma, visto el contenido del artículo 2.2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, que obliga a aplicar el delito a las actividades de entidades con fines no lucrativos<sup>69</sup>.

### **3.2.2. Corrupción activa**

---

<sup>67</sup> Esta misma consideración se puede efectuar respecto a las comunidades de bienes.

<sup>68</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Derecho Penal Europeo y Legislación Española: las Reformas del Código Penal. Actualizado a la reforma penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 117.

<sup>69</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 570.

El sujeto activo del delito de corrupción activa se define en el tipo penal con la expresión «quien por sí o por persona interpuesta». La doctrina es prácticamente unánime al considerar que se trata de un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona<sup>70</sup>.

En tal sentido, el delito lo puede cometer un empresario, que ofrece o entrega la dádiva a otra persona, o un subordinado del mismo o una persona que no ocupe cargos o empleos en la empresa beneficiada por el trato de favor frente a terceros<sup>71</sup>.

### **3.3. Conducta típica**

#### **3.3.1. Corrupción pasiva**

Tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los elementos de la conducta típica son (art. 286 bis.1 CP): i) recibir, solicitar o aceptar; ii) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados; iii) como contraprestación para favorecer indebidamente a otro; y iv) en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

##### **3.3.1.1. Recibir, solicitar y aceptar**

Los verbos típicos del delito de corrupción privada pasiva son recibir, solicitar y aceptar. Se trata de un tipo mixto alternativo, en el que basta con la realización de una sola de las conductas descritas en el tipo para su consumación<sup>72</sup>.

##### **3.3.1.2. Beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados**

###### **3.3.1.2.1. Concepto de «beneficio o ventaja»**

---

<sup>70</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 158; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 423; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 230; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435 y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 358; BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 21; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., págs. 4 y 7; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción entre particulares», en *La reforma del Codi Penal (número monográfico)*, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2011, págs. 143 a 154, esp. pág. 148; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit. y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 113; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado o corrupción de empleados», en GÓMEZ RIVERO, M. C. (Coordinadora), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial (adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010, págs. 474 y ss., esp. pág. 476; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pág. 626; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L.V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 9; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1111; VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *Diario La Ley*, nº 6314, 8 de septiembre de 2005; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 556.

<sup>71</sup> «El delito de corrupción entre particulares», *Pérez-Llorca. Newsletter. Enero-Marzo 2011*, págs. 14 a 24, esp. pág. 16.

<sup>72</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 14.

Ambos términos tienen un amplio y multívoco significado desde un punto de vista gramatical. «Beneficio» se define, en el Diccionario de la Real Academia, como «ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil»; pero también es la acción de «beneficiar» (una de cuyas acepciones es «sacar provecho de algo o de alguien») y es un término sinónimo de utilidad o provecho. Por otra parte, «ventaja» tiene diversas acepciones y la que es más aplicable al caso es la de «superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa».

El legislador opta decididamente por ampliar el concepto tradicional de «dádiva» del delito de cohecho, al utilizar una nueva expresión más omnicomprendensiva<sup>73</sup>. Si bien, nada impide una interpretación de su alcance similar a la que se ha efectuado en relación con el delito de cohecho, pudiéndose aplicar la doctrina jurisprudencial que se ha generado en relación con esas infracciones contra la Administración Pública<sup>74</sup>.

### 3.3.1.2.2. Beneficio o ventaja «de cualquier naturaleza»

El tipo penal indica que el beneficio o ventaja puede ser «de cualquier naturaleza». Como también ocurre en el delito de cohecho, es preciso resolver la disyuntiva entre si necesariamente el beneficio o ventaja habrán de tener contenido económico o si, por el contrario, también es posible que tengan otro contenido distinto<sup>75</sup>.

Un sector doctrinal minoritario considera que el beneficio o ventaja han de tener carácter económico<sup>76</sup>. Considera que lo normal es que tenga un contenido económico/patrimonial, siendo difícilmente imaginable otro tipo de dádiva<sup>77</sup>. Es decir, podrá ser material o inmaterial, pero siempre evaluable económicamente<sup>78</sup>. La causa de tal interpretación es que la pena de multa que el precepto recoge se articula sobre el valor del beneficio o ventaja (multa del tanto al triplo)<sup>79</sup>.

Sin embargo, la práctica totalidad de la doctrina entiende que si el beneficio o ventaja puede ser «de cualquier naturaleza», no sólo ha de quedar ceñida a

---

<sup>73</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., «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, nº 6, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, págs. 151 a 182, esp. pág. 179.

<sup>74</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 234; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124.

<sup>75</sup> Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Libro II. Título XIX...», ob. cit., pág. 3990.

<sup>76</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre privados», en *La armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*, Boletín del Ministerio de Justicia, año LX, suplemento al nº 2015, págs. 217 a 224, esp. pág. 223.

<sup>77</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623.

<sup>78</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627; MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 124.

<sup>79</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit., pág. 627.

un contenido económico<sup>80</sup>, sino que también puede ser jurídico o personal, material o inmaterial<sup>81</sup>.

Desde esta posición se incluyen supuestos como: i) la obtención u oferta de todo tipo de favores<sup>82</sup>, incluidos los de índole sexual<sup>83</sup>; ii) la promoción política o profesional<sup>84</sup> -propia o de tercero-<sup>85</sup>; iii) el otorgamiento de honores o títulos y distinciones honoríficas<sup>86</sup>; o iv) la satisfacción derivada de la contemplación de un beneficio cuyo receptor directo es un tercero<sup>87</sup>.

### 3.3.1.2.3. Beneficio o ventaja «no justificados»

El tipo dice que el objeto del soborno ha de ser un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza «no justificados». Pese a que el término literal que se usa es el de «no justificado», parece más adecuado resolver la cuestión en el ámbito del tipo -y no en el de las causas de justificación-, porque de lo contrario toda recepción o solicitud de un beneficio se tendría como hecho típico y que es necesario amparar (caso por caso) en una causa de justificación.

A nuestro juicio, el concepto de beneficio o ventaja «no justificada» debe definirse como de beneficio o ventaja que el sujeto integrado en la empresa no está facultado para recibir, por impedirlo la ley o las normas que afectan a su posición en la entidad, siempre que la dádiva exceda de aquello que se tiene por socialmente aceptable<sup>88</sup>.

El primer elemento a tener en cuenta es que el sujeto del delito, integrado en una empresa, no debe estar facultado para recibir el beneficio o ventaja, por impedirlo la ley o las normas que afectan a su posición en la entidad.

---

<sup>80</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 250.

<sup>81</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161.

<sup>82</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21.

<sup>83</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 705 y 706; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 98, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15.

<sup>84</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 223; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 705 y 706.

<sup>85</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 150.

<sup>86</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 386, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., págs. 705 y 706; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 634 a 637, esp. pág. 635; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 17; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 37; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435, y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>87</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428.

<sup>88</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., *El delito de corrupción privada...*, ob. cit., pág. 323.

De todos estos elementos podemos concluir que no existirá tipicidad siempre que exista un título legalmente admitido, que permita la percepción del beneficio o ventaja (por ejemplo, los supuestos de contratos de comisión, corretaje o agencia) o se respeten las reglas establecidas en el concreto sector de actividad en que se ofrece o acepta el incentivo<sup>89</sup> (entendiendo estas reglas como aquellas normas legales y de conducta que se refieran a la cuestión y que versen sobre cuándo el ofrecimiento o la percepción de un beneficio o ventaja es lícito y cuando no).

Además, el concepto de beneficio o ventaja «no justificada» se relaciona con la noción de adecuación social y las conductas que se permiten en la vida social y en un determinado ámbito de su actividad. La doctrina es unánime<sup>90</sup> al considerar que estamos ante un delito en el que la adecuación social puede jugar un importante papel, si bien obliga a intentar resolver el problema de lo que se considera adecuado en el marco de las relaciones mercantiles y comerciales, en las que son frecuentes los obsequios y otras atenciones<sup>91</sup>. No se debe olvidar que en un ámbito tradicionalmente entendido como mucho más restrictivo, como es el del delito de cohecho de funcionarios públicos, la teoría de la adecuación social ha jugado un relevante papel<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> BOLEA BARDÓN, C., «El delito de corrupción privada...», ob. cit., pág. 15.

<sup>90</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428; NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 477; NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 223; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008, págs. 225 a 243, esp. pág. 227; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código Penal», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (Coordinador), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 137 a 160, esp., pág. 151; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 19; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 108; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 360; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal del empresario en el derecho español: aspectos generales y de aplicación práctica», *Anuario de Derecho Penal económico y de la empresa*, 2 (2012), CEDPE, págs. 87 a 109, esp. pág. 100; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36; «La corrupción entre particulares», *Lex Nova online* (disponible en <http://www.reformapenal.es>), pág. 3; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «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 SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MIRÓ LLINARES, F. (Directores), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 139 a 182, esp. págs. 175 a 181.

<sup>91</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436; y MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099.

<sup>92</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 176. Como ejemplos de ello, véanse las SSTs, Sala 2ª, nº 362/2008, de 13 de junio; nº 636/2012, de 13 de julio; nº 323/2013, de 23 de abril; o nº 14/2015, de 26 de enero; y el Auto de 19 de septiembre de 2005.

Desde esta perspectiva, se tienen por socialmente aceptadas las entregas de escaso valor<sup>93</sup> o las atenciones y premios usuales en el mundo de las relaciones comerciales<sup>94</sup>. Es decir, se trataría de pequeños regalos de cortesía o atenciones moderadas que no puedan considerarse «sospechosas» de influir en la decisión a tomar<sup>95</sup>. En este sentido, la aceptación de incentivos o regalos incapaces de comprometer mínimamente la competencia entre las empresas no debe constituir infracción penal<sup>96</sup>. En definitiva, sobre la base de la teoría de la adecuación social, el tipo de la corrupción entre particulares debería ser interpretado de tal manera que el concepto de beneficio o ventaja sólo debería alcanzar aquellas mejoras de la situación del sujeto que, verdaderamente, hayan podido tener influencia en su decisión sobre la adquisición o venta de mercancías<sup>97</sup>.

Como ejemplos de entregas adecuadas socialmente, la doctrina cita los siguientes: i) los obsequios (cestas de frutas, flores, décimos de lotería...) que habitualmente se realizan para Navidad<sup>98</sup>; ii) los obsequios como recuerdo de la participación en un determinado acto<sup>99</sup>; iii) las invitaciones a actos sociales<sup>100</sup>; iv) la propina a un camarero para que atienda mejor a una mesa que a otra<sup>101</sup>; v) una invitación a comer<sup>102</sup>; vi) la invitación a un cliente a un

---

<sup>93</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 428; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 19; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 360; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>94</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 176.

<sup>95</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146.

<sup>96</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18.

<sup>97</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163. Algunos autores consideran que la diferencia entre un soborno y un regalo se halla en que el soborno implica un acuerdo bilateral entre dos partes, por el cual se entrega o promete algo de valor a cambio de una actuación del sujeto sobornado; mientras que los regalos son unilaterales, porque se dan sin ningún acuerdo de reciprocidad. En tal sentido, véase GREEN, S. P., «What's Wrong With Bribery», en DUFF, R. A. y GREEN, S. P. (Editores), *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press Inc., New York, 2005, págs. 143 a 167, esp. 148 y 149; y GREEN, S. P., *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford University Press Inc., New York, 2006, pág. 198. A nuestro juicio, esta distinción no se basa en la posible adecuación social de la conducta, sino en la consideración del delito como un delito bilateral, que debe ser cometido necesariamente por dos personas.

<sup>98</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 227; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 108; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit. y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>99</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 163.

<sup>100</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

<sup>101</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 227. En realidad, el supuesto de la propina es atípico porque no se da en un ámbito concurrencial, sino entre consumidores finales de un bien o servicio.

<sup>102</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit. y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit.

palco en los toros o al fútbol<sup>103</sup>; vii) los pequeños obsequios o regalos promocionales<sup>104</sup>. Se trata de elementos que no implican favorecimientos espurios, en tanto en cuanto carecen de virtualidad para inducir la toma de decisiones comerciales relevantes<sup>105</sup>.

Sobre esta cuestión, volveremos posteriormente al tratar sobre las manifestaciones concretas de actos de corrupción privada.

### **3.3.1.3. Como contraprestación para favorecer indebidamente**

Desde la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el tipo exige que la ventaja o beneficio no justificado se reciba, solicite o acepte «como contraprestación para favorecer indebidamente a otro». La nueva redacción legal supone determinar: i) cómo debe interpretarse la expresión «como contraprestación», ii) qué supone favorecer a una persona frente a otras; y iii) qué se debe entender por favorecer «indebidamente».

#### **3.3.1.3.1. «Como contraprestación» para favorecer**

Al incluir el término «contraprestación», parece que el delito se basaría en un intercambio entre la dádiva y el favorecimiento. En tal medida, el delito exigiría el favorecimiento efectivo, lo que le convertiría en un delito de resultado: se consumaría con el favorecimiento, que es la contraprestación por recibir aquello que se pidió. Sin embargo, a nuestro juicio ello no es así: el tipo dice que se recibe, solicita o acepta la dádiva como contraprestación «para» favorecer, no como contraprestación «por» favorecer o «por haber favorecido». Por tanto, no exige un favorecimiento efectivo para que se entienda cometida la acción típica<sup>106</sup>.

La expresión «como contraprestación» también se contiene en el § 299 *StGB*. La doctrina alemana entiende que si el tipo habla de «contraprestación», supone que el favorecimiento debe consistir en una acción determinada<sup>107</sup>; es decir debe procurarse en relación con una prestación concreta<sup>108</sup>. De tal modo

---

cit., pág. 623; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 319 a 329, esp. pág. 326 y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Director) y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coordinadores), *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 669 a 685, esp. pág. 677.

<sup>103</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; y CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 623.

<sup>104</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36; VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326 y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677.

<sup>105</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326 y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677.

<sup>106</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., *El delito de corrupción privada...*, ob. cit., pág. 330.

<sup>107</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 4.

<sup>108</sup> TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª edición, 2011, pág. 142, n. m. 206.

que la ventaja que se acepta o entrega para asegurar una disposición favorable en general («para crear un buen clima de negocios») no resulta suficiente a efectos penales<sup>109</sup>.

Estas consideraciones son plenamente trasladables a la redacción e interpretación del art. 286 bis CP. De modo que se debe actuar para favorecer en relación con una decisión concreta o proceso de decisión concreto y para obtener una decisión favorable<sup>110</sup>. La dádiva debe estar referida a un supuesto concreto de contratación, si bien no es preciso que su desarrollo sea coetáneo al hecho, por cuanto es factible que el «acuerdo corruptor» se tome con anterioridad al mismo<sup>111</sup>. De este principio se pueden extraer las siguientes consecuencias, en el sentido de que si es preciso actuar para favorecer en relación con una decisión concreta o proceso de decisión concreto ello supone que:

1) Este delito no incrimina las dádivas entregadas en consideración a la mera función del sujeto receptor, sin esperar recibir nada a cambio, a diferencia de lo que sucede con el delito de cohecho (art. 422 CP)<sup>112</sup>. No existe una modalidad de «corrupción privada impropia».

2) El tipo penal no incluye un supuesto de «corrupción privada subsiguiente». A diferencia también de lo que ocurre en el delito de cohecho (art. 421 CP), queda fuera del ámbito delictivo la entrega o solicitud de dádivas como recompensa de los actos de favorecimiento ya realizados<sup>113</sup>, pero que se realizaron sin prever ni conocer la existencia de una posible dádiva por ello; así como los supuestos de regalos posteriores a la contratación<sup>114</sup>. Las entregas

---

<sup>109</sup> KINDHÄUSER, U., «Presupuestos de la corrupción...», ob. cit., pág. 4; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil...*, ob. cit., pág. 142, n. m. 206.

<sup>110</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 21 y 22.

<sup>111</sup> En contra, DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 21 y 22, para quien debe producirse en consideración a un contrato o un proceso de contratación que se esté llevando a cabo o sea inminente en la empresa.

<sup>112</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 491 y 492; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1114; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 621, y CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 26; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 99, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 565.

<sup>113</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 492; BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1114; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 621, y CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 383; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 703; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 20; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 26; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 22; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 564.

<sup>114</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436.

posteriores a la contratación son atípicas, aunque sean relevantes, si en nada influyeron en aquélla<sup>115</sup>.

3) El tipo no incluye los casos en que se pretenda conseguir una consideración favorable a la empresa en general<sup>116</sup> o se trata de gastos para el mantenimiento de un «buen clima de negocio»<sup>117</sup>. Esta afirmación general nos sirve ahora al estudiar la materia que nos ocupa, pero como la misma guarda relación con las entregas de obsequios (invitaciones, regalos, atenciones de hospitalidad, etc.) sobre ella volveremos posteriormente.

4) Tampoco incluye las ventajas o beneficios que se ofrecen o entregan con la esperanza, inespecífica, de obtener, en un futuro incierto, una ventaja competitiva<sup>118</sup>.

5) La doctrina discrepa acerca de la existencia de un posible «tráfico privado de influencias»; esto es, cuando un sujeto recibe una dádiva para que se aproveche de una relación personal o profesional con el administrador, directivo, empleado o colaborador de la sociedad e influya en él y conseguir así el acto de favorecimiento para un tercero. Es decir, una persona A (sujeto corruptor) entrega una ventaja a B, para que este influya en C (que es el administrador, directivo, empleado o colaborador de la sociedad). Como hemos indicado, se discute sobre la inclusión de estas conductas en el tipo, mostrándose algunos autores contrarios a ello<sup>119</sup>. Mientras otros autores sí lo aceptan sobre la base de la amplitud de la expresión «para favorecer»<sup>120</sup>. Para paliar una posible laguna del tipo en este ámbito, cabría acudir a la autoría mediata o a la moderna configuración de la autoría y participación, que supera el concepto de dominio del hecho y fundamenta la responsabilidad en la competencia por el hecho del interviniente<sup>121</sup>.

### 3.3.1.3.2. Favorecimiento frente a otros

---

<sup>115</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 99, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 15; SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 635.

<sup>116</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 436.

<sup>117</sup> VENTURA PÜSCHEL, A., «Capítulo 37. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 326, y VENTURA PÜSCHEL, A., «Lección 21ª. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 677; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 20; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 4; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 176.

<sup>118</sup> DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 21 y 22.

<sup>119</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 621; CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 26.

<sup>120</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 479; quien pone los ejemplos de un administrador que recibe una contraprestación indebida para que presione sobre los administradores a la hora de que elijan una determinada opción, o el asesor externo que ha recibido una contraprestación y «carga en su informe» las tintas a favor de un determinado contratista.

<sup>121</sup> JAKOBS, G., «La intervención delictiva», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 85, 2005, págs. 69 a 86 (traducción de Javier Sánchez Vera Gómez Trelles), *passim*. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 1068 a 1071.

Conforme al art. 286 bis CP hay un elemento común a las dos modalidades (activa y pasiva) de corrupción privada: el favorecimiento frente a otros. El sujeto sobornado debe actuar para favorecer a otro, sin limitar la condición de persona favorecida a aquella que otorga o de la que se espera la dádiva. En consecuencia, la persona favorecida puede ser tanto quien otorga o del que espera el beneficio o ventaja (es decir, el corruptor), como un tercero distinto de ella. En el primer caso, el corruptor A actúa para que el sobornado B le favorezca a él mismo (a A); y, en el segundo caso, el corruptor A actúa para que el sobornado B favorezca a otra persona (el tercero C).

El hecho de que se haya de actuar para favorecer a una persona frente a otra u otras, en el marco de la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, supone que con este elemento el legislador nos sitúa en un contexto de competencia<sup>122</sup> (porque esos «otros» son los competidores). A su vez, el hecho de que sea preciso actuar en un contexto de competencia, en el que se actúa para favorecer a una persona frente a otras u otras, permite afirmar que:

1) Quedan excluidos los particulares consumidores finales del círculo de sujetos activos del delito, tanto en su modalidad activa como pasiva, pues estos no «compiten» con otros en el mercado<sup>123</sup>.

2) Quedan excluidas las conductas que no afectan a las reglas de la competencia<sup>124</sup>, por no existir competencia efectiva en un determinado contexto<sup>125</sup>; por ejemplo, dar una propina para conseguir una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en un hotel o de localidades de un espectáculo<sup>126</sup> (en estos casos, el sujeto que actúa es un particular consumidor final y en ausencia de concurrencia, ya que es preferido frente a otros consumidores, no frente a otros competidores).

3) Una conducta atípica sería el caso en el que se ofrece una dádiva que tiene como misión neutralizar maniobras de corrupción llevadas a cabo por otros competidores (porque no se actúa «para favorecer»)<sup>127</sup>.

4) La persona frente a la que se favorece a otra son los competidores<sup>128</sup>. Ello supone que deben existir necesariamente terceros que resulten

---

<sup>122</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 21; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435.

<sup>123</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 565.

<sup>124</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; «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», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 09-13, 2007 (disponible en <http://criminet.ugr.es>), pág. 35

<sup>125</sup> GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios...», ob. cit., pág. 567.

<sup>126</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>127</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 429.

<sup>128</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 385, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 705; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre

perjudicados (en sentido de no favorecidos)<sup>129</sup>. De aquí surge la atipicidad de conductas como recibir dádivas por contratar a un proveedor cuando éste es el único y no existen otros, o cuando se trata de la única empresa que puede prestar el servicio que se demanda, pues no concurre el favorecimiento frente a esos otros<sup>130</sup>. En tal caso, aun cuando medie una dádiva, la selección y decisión no excluye a ningún competidor<sup>131</sup>.

Ahora bien, el hecho de que sea preciso que existan competidores, no significa que sea exigible que esos competidores concurren efectivamente en el proceso de decisión, sino que basta con que existan en el mercado y puedan realizar la misma actividad; aunque no hayan licitado para obtenerla<sup>132</sup>. Es decir, basta con que sean potenciales competidores, no que ya lo sean de modo real en relación con una determinada mercancía o servicio.

5) Si es inherente a la conducta delictiva que se lleve a cabo en un contexto competitivo, en condiciones de monopolio no tiene sentido plantear la posible comisión del delito, aun cuando se lleguen a ofrecer ventajas o comisiones para que se efectúe la contratación<sup>133</sup>.

6) El hecho de que se actúe para favorecer a una persona frente a otras u otras, no supone la exigencia, como resultado del delito, de un efectivo favorecimiento del sobornador frente a terceros, con el correspondiente perjuicio para ellos<sup>134</sup>. Se trata de un delito de peligro, que no exige la producción de ningún resultado concreto. Pero sí es preciso que el comportamiento desplegado sea apto o idóneo, desde una perspectiva *ex ante*, para provocar ese favorecimiento, aunque no se constate de manera efectiva<sup>135</sup>.

El delito no requiere que el corruptor se vea favorecido de manera efectiva, es decir, que obtenga una posición real de ventaja respecto al resto de competidores; ya que exige que se actúe como contraprestación «para» favorecer, pero no que se produzca el favorecimiento de manera real. Poco

---

particulares: problemas...», ob. cit., pág. 101, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>129</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 101, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>130</sup> SÁNCHEZ MELGAR, J., «La corrupción en...», ob. cit., pág. 12; GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 35; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>131</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>132</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 17.

<sup>133</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 435; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 146.

<sup>134</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 235; NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 21.

<sup>135</sup> NAVARRO FRÍAS, I. y MELERO BOSCH, L. V., «Corrupción entre...», ob. cit., pág. 22; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 109.

importa que el sujeto corrupto haya efectivamente actuado o que se haya abstenido de actuar de conformidad con la intención del corruptor<sup>136</sup>.

7) El modo de procurar el favorecimiento pretendido puede ser activo u omisivo. Lo esperable es lo primero, esto es, que se tome la decisión favorecedora; pero es factible un comportamiento omisivo: por ejemplo, se entrega una dádiva a una persona que supervisa el proceso de contratación, dando cuenta de las irregularidades advertidas, para que se abstenga de realizar esa labor de vigilancia<sup>137</sup>.

#### **3.3.1.3.3. Favorecer «indebidamente»**

En nuestra opinión<sup>138</sup>, el término «indebidamente» no se debe relacionar con el concepto de beneficio o ventaja no justificado. Si la solicitud o recepción de la ventaja o beneficio indebida supone, de por sí, el hecho de que el favorecimiento también lo es, entonces el elemento «indebidamente» deviene redundante y superfluo. El carácter indebido de la ventaja o beneficio debe entenderse, como ya se ha indicado, como algo que el sujeto no está facultado para recibir; y en otro plano distinto opera la naturaleza indebida del favorecimiento.

Ese otro plano es el de la afectación al bien jurídico protegido, que es la competencia leal. Favorecer indebidamente debe entenderse como otorgar a un competidor una prestación o contratación, que no habría recibido 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 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. En tal medida, este elemento típico redundante en la consideración del delito como delito contra la competencia leal.

#### **3.3.1.4. En la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales**

Literalmente, la conducta típica se circunscribe a favorecer indebidamente a otro «en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales». En este punto, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo ha ampliado el ámbito de aplicación del delito, ya que anteriormente se centraba «en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales». En consecuencia, la nueva redacción se refiere a todos los servicios (no sólo los profesionales) y añade las relaciones comerciales.

---

<sup>136</sup> BLANCO CORDERO, I., «Artículo 286 bis», ob. cit., pág. 1112.

<sup>137</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción... », ob. cit., pág. 429.

<sup>138</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., «La transparencia de las relaciones...», ob. cit., pág. 356.

El alcance interpretativo de esta expresión incide en el ámbito de aplicación del tipo, en la medida en que contextualiza la acción típica en un determinado grupo de situaciones. Es decir, está centrando el tipo penal en los supuestos de efectiva situación de competencia o concurrencia en el mercado, ya que es en ella cuando cabe hablar de adquisición o venta de mercancías, de contratación de servicios y de relaciones comerciales.

### **3.3.2. Corrupción activa**

Tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los elementos de la conducta típica son (art. 286 bis.2 CP): i) prometer, ofrecer o conceder; ii) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados; iii) como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros; y iv) en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Los verbos típicos del delito de corrupción privada activa son tres: prometer, ofrecer y conceder. También es un tipo mixto alternativo, en el que basta con la realización de una sola de las conductas descritas en el tipo para la realización del mismo.

En relación con el resto de elementos de la conducta típica cabe reiterar lo dicho para el caso de la modalidad pasiva del delito, al ser coincidente en todos sus extremos.

### **3.3.3. Causación de un perjuicio**

En nuestra opinión, la conducta típica no exige, en ningún caso y en ninguna de las dos modalidades (activa o pasiva), que el sujeto sobornado produzca un perjuicio a la sociedad. Es decir, el daño patrimonial a la sociedad no es elemento del tipo ni tampoco el resultado del mismo. Evidentemente, esta idea no se acepta por la posición doctrinal que considera que el delito también protege el patrimonio del empresario, para el cual quedan fuera del tipo los supuestos de entrega de dádivas no perjudiciales para el mismo, aunque le resulten desconocidas<sup>139</sup>.

En este punto, cabría argumentar que el tipo no exige expresamente la causación de un perjuicio, pero que esa exigencia no es necesaria, en la medida en que se presume que toda corrupción ya conlleva de manera implícita el daño patrimonial a la sociedad. Así como que ese daño patrimonial siempre se va a producir, porque el corruptor va a incluir el importe de la ventaja o la dádiva (el precio del soborno) en el precio final del producto o servicio que contrata; con lo cual será finalmente el empresario, cuyo subordinado es corrompido, quien acabará pagando el precio del soborno. Es evidente que si ello sucede se causa un perjuicio a la sociedad, que, además, podría verse agravado por el hecho de que el empleado, a consecuencia del soborno, hubiera

---

<sup>139</sup> GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., pág. 35.

procedido a elegir la prestación menos competitiva (bien por su precio más alto o bien por su calidad más baja) respecto a otras.

Pero ello no tiene por qué suceder necesariamente así. También es factible que el importe del soborno no se incluya en el precio del producto o servicio, sino que sea asumido por el corruptor: o incluso que la empresa obtenga a causa del contrato un beneficio mayor que el derivado del pago del soborno. Es decir, el perjuicio no tiene por qué concurrir en todos los casos. De manera que es factible apreciar supuestos en los que sí se causa un perjuicio a la sociedad, pero también otros en los que tal perjuicio no se causa, o, incluso, en los que se produce un beneficio a la sociedad<sup>140</sup>.

Pues bien, en todos estos casos, ya se cause o no un daño patrimonial a la sociedad o, incluso, aunque se le proporcione un beneficio, nos encontraríamos ante un delito del artículo 286 bis del Código Penal (sin perjuicio de que en algunos de los supuestos descritos habría una relación concursal con el delito de administración desleal, como luego veremos). La causación de un perjuicio efectivo no es un elemento del tipo, cuya concurrencia sea necesaria para la consumación del mismo; ya que la producción o no de un perjuicio patrimonial (o incluso la producción de un beneficio) es indiferente a estos efectos.

#### **4. Consumación y formas imperfectas de ejecución**

##### **4.1. Consumación**

El delito de corrupción privada es un delito mera actividad y de peligro abstracto<sup>141</sup>, que se consuma con la realización de las conductas descritas en los verbos nucleares<sup>142</sup>. El delito castiga tanto el concierto fraudulento entre las partes como la mera proposición de concierto, sancionando todas las posibles formas del mismo y con independencia de quién adopte la iniciativa<sup>143</sup>. En realidad todas las fases posibles del hecho están equiparadas a estos efectos<sup>144</sup>.

Se trata, pues, de un delito en el que la consumación se adelanta al momento en que se realiza la primera secuencia de la conducta típica<sup>145</sup>. Ello

---

<sup>140</sup> Sobre las distintas posibilidades en este punto, véanse los ejemplos que pone GILI PASCUAL, A., «Bases para la delimitación...», ob. cit., págs. 13 y 14.

<sup>141</sup> En contra de esta opinión, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Imputación objetiva en...», ob. cit., pág. 167, nota 42; para quien el tipo exige la constatación de que efectivamente ha existido una perturbación en el funcionamiento concurrencial del mercado y entiende que no se puede afirmar que con esta figura delictiva sólo se tipifican conductas que encierran una peligrosidad estadística para la competencia, absolutamente desvinculada del caso concreto.

<sup>142</sup> NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 116; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 148; CAMPANER MUÑOZ, J., «La corrupción entre...», ob. cit., pág. 2.

<sup>143</sup> CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444.

<sup>144</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 422 y 423.

<sup>145</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152.

supone un adelantamiento de la barrera punitiva, en la medida en que actos materialmente preparatorios dan lugar a la consumación del delito<sup>146</sup>.

Las consecuencias de esta configuración típica en el ámbito de la consumación son las siguientes:

1) Para la consumación es indiferente que la solicitud o el ofrecimiento sea aceptado por aquel a quien se dirige la oferta<sup>147</sup>; incluso el delito se consuma aunque la oferta sea rechazada<sup>148</sup>.

2) Es indiferente que se materialice o realice la entrega u obtención de un beneficio o ventaja por parte del sujeto corrompido<sup>149</sup>.

3) Es intrascendente que se favorezca o no materialmente al corruptor o un tercero respecto a sus competidores<sup>150</sup>. De manera que el hecho de que este resultado se produzca no supone una agravación o modificación de la pena<sup>151</sup>. Basta con la creación de un peligro para la leal competencia de los que operan en el mercado, sin necesidad de obtener el resultado pretendido de la contratación al ser el sujeto favorecido frente a terceros<sup>152</sup>. Efectivamente, no resulta necesaria para la consumación delictiva la producción de un resultado lesivo directo de las legítimas expectativas de otros competidores<sup>153</sup>.

4) La consumación no requiere la causación de un perjuicio patrimonial para el titular de la empresa, ni siquiera exige un peligro efectivo para dicho patrimonio<sup>154</sup>.

---

<sup>146</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 422 y 423; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 21.

<sup>147</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 422 y 423; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit., y NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 116; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 444; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 359.

<sup>148</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152.

<sup>149</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 161; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; NAVARRO MASSIP, J., «El delito de corrupción...», ob. cit.; NAVARRO MASSIP, J., «Capítulo 4. El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 116; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 444; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 359.

<sup>150</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624; BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., págs. 435 y 444; DE BUERBA PANDO, A., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 20; ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., págs. 25 y 26.

<sup>151</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249.

<sup>152</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 96, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 13.

<sup>153</sup> BAÑERES SANTOS, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 148.

<sup>154</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 508; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico...*, ob. cit., pág. 387; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 706; PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., págs. 15 y 16; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444.

5) Habrá consumación aun cuando el producto o servicio ofertados sean mejores en precio y calidad que los de la competencia<sup>155</sup>. El delito se puede entender consumado incluso aunque la contratación o negocio haya resultado globalmente beneficioso para la entidad para la que trabaja el sujeto corrompido<sup>156</sup>.

## **4.2. Formas imperfectas de ejecución**

En estas condiciones, las posibilidades de que se pueda apreciar una tentativa son limitadas, dado que el mero ofrecimiento o solicitud, sin ningún elemento añadido suponen la consumación del delito<sup>157</sup>.

## **5. Tipo atenuado y tipos agravados**

El delito de corrupción privada tiene diversas modalidades típicas, concretamente: i) un tipo básico, recogido en los números 1 y 2 del art. 286 bis CP (y al que nos hemos referido hasta ahora); ii) un tipo atenuado, recogido en el número 3 del art. 286 bis CP; y iii) unos tipos agravados, recogidos en el art. 286 quáter CP.

### **5.1. Tipo atenuado**

Se recoge en el art. 283 bis.3 CP. Se trata de un tipo atenuado de aplicación facultativa. Su aplicación vendrá condicionada por dos factores: la cuantía del beneficio o valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable. Si se aplica, la pena de prisión inferior en grado será la de prisión de 3 meses a 6 meses menos 1 día (art. 70.1.2ª CP).

La cuestión que debe plantearse es si deben darse los dos factores cumulativamente o basta con que concurra uno de ellos. Podría parecer que son cumulativos porque ambos se separan por la conjunción copulativa «y», de tal modo que el tipo atenuado exige la concurrencia de los dos presupuestos. Sin embargo, a nuestro juicio basta con que concurra uno de ellos. Algún autor propone que esta interpretación deriva del hecho de que ambos están separados por una coma y además la conjunción que también los separa es disyuntiva y no copulativa por efecto de ese signo de puntuación<sup>158</sup>. Pero, en realidad, el tipo debe ser entendido en el sentido siguiente: la expresión «en atención» es la que se liga a ambos factores con la conjunción «y», de modo que «los jueces y tribunales» deberán decidir «en atención a» la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja y «en atención a» la trascendencia de las

---

<sup>155</sup> BAÑERES SANTOS, F., «La corrupción entre privados...», ob. cit., pág. 249.

<sup>156</sup> MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444.

<sup>157</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., «Reformas pretendidas...», ob. cit., pág. 152; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.; MENDOZA BUERGO, B., «Sección 17. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 1099; MENDOZA BUERGO, B., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit., pág. 444; CORTÉS BECHIARELLI, E., «La llamada corrupción...», ob. cit., pág. 237.

<sup>158</sup> MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares: problemas...», ob. cit., pág. 102, y MUÑOZ CUESTA, J., «La corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 18.

funciones del culpable<sup>159</sup>. Esto es, allí donde una de estas dos condiciones se dé (una de las dos, no las dos a la vez), se podrá atender a la misma de manera individual.

## 5.2. Tipos agravados

Se recogen en el art. 286 quáter CP, introducido en la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Este artículo recoge tipos agravados para los delitos de corrupción privada, corrupción en el deporte y corrupción en las transacciones internacionales del art. 286 ter CP.

En el caso de la corrupción privada la agravación se basa en el concepto de hechos «de especial gravedad». Si concurre este elemento se prevé una agravación imperativa («se impondrá la pena en su mitad superior») y una hiperagravación potestativa («pudiéndose llegar hasta la superior en grado»). La pena de prisión en su mitad superior abarcaría de los 2 años, 3 meses y 1 día de prisión hasta los 4 años (art. 70.2 CP) y la pena superior en grado será la de prisión de 4 años y 1 día a 6 años (art. 70.1.1ª CP). Al remitirse a la pena superior en grado, sin más, será factible recorrerla en toda su extensión.

Al hablar de «especial gravedad» parecería que se introduce un elemento valorativo, de modo que los tribunales habrían de calibrar en cada caso si el hecho delictivo resulta especialmente grave<sup>160</sup>. En consecuencia, los supuestos de agravación recogidos en el artículo serían exclusivamente ejemplos a los que aplicar el delito<sup>161</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, es el propio legislador el que ha tasado estos supuestos, ya que el concepto de hechos «de especial gravedad» es definido legalmente, conforme a cuatro criterios: i) cuando el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado; ii) cuando la acción del autor no sea meramente ocasional; iii) cuando se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; y iv) cuando el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

## 6. Concursos

El delito de corrupción privada plantea cuestiones concursales con otras infracciones, siendo especialmente interesante la problemática que se plantea en relación con el delito de administración desleal.

---

<sup>159</sup> La introducción de la «a» antes de la locución «trascendencia de las funciones del culpable» refuerza esta interpretación.

<sup>160</sup> PUENTE ABA, L. M., «Tipos agravados en relación con los arts. 286 bis y ter (art. 286 quáter)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director) y MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO (Coordinadoras), *Comentarios a la reforma...*, ob. cit., págs. 931 a 933, esp. pág. 931.

<sup>161</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a la Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, 2015, pág. 259.

La distinción entre el delito de corrupción privada y el delito de administración desleal no es sencilla. La configuración de este delito plantea cuestiones en relación con el delito de corrupción privada, tanto activa como pasiva, cuando la manera de infringir las facultades de administración constituye, a su vez, la realización de actos de soborno o la recepción de los mismos.

### **6.1. Cuando el administrador es el sujeto sobornado**

El art. 252 CP castiga a quien teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno las infrinjan, excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Si comparamos la configuración de este delito con la del delito de corrupción privada pasiva, obtendremos el siguiente resultado:

1) La posición de administrador también se recoge, como sujeto activo, en el delito de corrupción privada pasiva.

2) En el delito de corrupción privada pasiva, el administrador actúa en beneficio propio (al recibir la dádiva o ventaja) y/o de un tercero (al que pretende favorecer frente a otros).

3) En el delito de corrupción privada pasiva es factible (aunque el tipo no lo exija) que a causa de las obligaciones contraídas por el administrador se cause un perjuicio a la sociedad.

Por tanto, hay que plantearse qué delito o delitos comete el administrador de una sociedad que, a causa de haber recibido una dádiva o ventaja, con la finalidad de favorecer a un tercero en el ámbito de la competencia, causa un perjuicio a la sociedad.

En una primera aproximación a la cuestión, cabría pensar que el delito que comete es exclusivamente el de administración desleal por concurrir de manera completa todos sus elementos. De hecho, algún sector doctrinal considera que no era necesario crear una figura *ex novo*, dado que la conducta de corrupción pasiva se integraría en el delito de administración desleal para el administrador y los sobornadores serían castigados como inductores o cooperadores de dicho delito<sup>162</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, la solución más adecuada consiste en aplicar el concurso de delitos y considerar que estamos ante una unidad de acción que da lugar a dos delitos: el administrador que actúa a través de una conducta subsumible en el delito de corrupción privada y, además, con ello genera un

---

<sup>162</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Notas sobre la corrupción privada...», ob. cit., pág. 17.

perjuicio a la sociedad, cometería tanto este delito como el de administración desleal en una relación de concurso ideal<sup>163</sup>.

## **6.2. Cuando el administrador es el sujeto que soborna**

En este caso, el administrador de una sociedad ofrece dádivas o ventajas a un tercero para que realice un acto de favorecimiento. El administrador sería el sujeto activo del delito de corrupción privada, en su modalidad de corrupción privada activa, pero hay que plantearse si comete un delito de administración desleal respecto a la entidad con la que está vinculado.

Se trata de los casos de pagos corruptos que realizan los administradores, ya sean en perjuicio, ya sean en interés y con beneficio efectivo de la sociedad administrada.

### **6.2.1. Pagos en perjuicio de la sociedad administrada**

Los pagos corruptos realizados por los administradores y que conllevan como resultado un perjuicio de la sociedad administrada, constituyen un delito de administración desleal<sup>164</sup>. Es decir, cuando para el soborno es empleado dinero que se tiene en administración y con ello se causa un perjuicio a la sociedad.

En este caso, el concurso es de delitos y se trata de un concurso ideal: el pago es la única acción, que da lugar a dos delitos.

### **6.2.2. Pagos en beneficio de la sociedad administrada**

Un segundo supuesto es el de los pagos corruptos realizados por los administradores y que no conllevan como resultado un perjuicio para la sociedad, sino, precisamente, un beneficio para la misma. Pensemos en el supuesto en el que la cuantía del soborno quede compensada por los beneficios que posteriormente se obtengan porque supone, por ejemplo, una captación de nuevos clientes o unas ventas añadidas o la explotación de un negocio provechoso obtenido a causa del soborno.

La doctrina mayoritaria entiende que el pago de sobornos que se realizan beneficiando a la sociedad administrada no lesionan el bien jurídico protegido a través del tipo de administración desleal<sup>165</sup>; porque es discutible que el

---

<sup>163</sup> ENCINAR DEL POZO, M. A., «La transparencia de las relaciones...», ob. cit., pág. 194. Véase también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 206.

<sup>164</sup> SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de administración desleal» (traducción de Carlos Gómez Jara Díez w del original «Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes», publicado en *NStZ*, 2006, págs. 196 a 203), en JAKOBS, G., SCHÜNEMANN, B. y GÓMEZ JARA DÍEZ, C., *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona, 2008, págs. 123 a 148; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>165</sup> OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

empleo del capital social con fines delictivos, pero que atienda a beneficiar a la empresa, deba subsumirse en la figura de la administración desleal<sup>166</sup>.

En tales casos, esos actos deben incluirse en el tipo del art. 286 bis CP, pero no en el delito contra el patrimonio social<sup>167</sup>. Para ello, se argumenta que no existe delito de administración desleal, en la medida en que la disminución económica derivada del incentivo ofrecido se ve compensada con los beneficios del contrato obtenido, por lo que la ilicitud del hecho se considera suficientemente atendida con la sanción por el delito de corrupción privada<sup>168</sup>.

Pero la conclusión acerca de la no aplicación del delito de administración desleal es matizable atendiendo a dos elementos, como son: i) si se considera que el pago ilícito genera un riesgo de sanción para la entidad; y ii) si para realizar el pago ilícito se utilizan fondos no sujetos al control social («cajas negras»).

### 6.2.2.1. El riesgo de sanción para la sociedad

El primer elemento a tener en cuenta es que al realizar este tipo de pagos ilícitos se genera un riesgo anormal y extraordinario para la sociedad, que consiste en el riesgo de las sanciones administrativas, civiles o penales que la sociedad puede tener que afrontar como consecuencia del hecho cometido. Tal riesgo podría ser considerado el perjuicio al que se refiere el delito de administración desleal<sup>169</sup>.

Esta posibilidad ha sido negada por algún sector doctrinal<sup>170</sup>, considerando que el delito de administración desleal no es un delito de peligro, sino de resultado, por lo que no se puede entender consumado por las conductas de los administradores que sólo crean un riesgo o peligro de perjuicio. Desde esta

---

<sup>166</sup> NIETO MARTÍN, A. y FOFFANI, L., «Corporate Governance y...», ob. cit., pág. 117.

<sup>167</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 430; OTERO GONZÁLEZ, P., «La corrupción en el sector...», ob. cit.

<sup>168</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 430.

<sup>169</sup> Esta es la solución que se alcanzó en Francia por la *Cour de Cassation*, en sentencia de fecha 27 de octubre de 1997, en la que se afirma que «cualquiera que sea la ventaja a corto plazo que pueda proporcionar, el uso de fondos sociales con el único propósito de cometer un delito, como la corrupción, es contrario al interés social, dado que se expone a la empresa a un riesgo anormal de sanciones penales o administrativas contra sí misma y sus dirigentes y socava su crédito y reputación»; véase, *Cass. Crim.* 27 de octubre de 1997. Esta doctrina se ha reiterado en sentencias posteriores, como *Cass. Crim.* 14 de mayo de 2003 y *Cass. Crim.* 22 de septiembre de 2004.

<sup>170</sup> «Corrupción y delito de administración desleal», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-234, Tomo 7. Para este autor, la cuestión debe observarse desde un prisma distinto: valorando, por un lado, si el objetivo a conseguir con los pagos ilícitos pertenece o no al objeto social, y, por otro, si los pagos vinculados a la corrupción son o no un presupuesto ordinario e indispensable para poder operar en un mercado determinado. Por eso, diferencia dos supuestos:

1) Los casos de «corrupción inevitable», que son aquellos en los que el administrador se somete a una realidad corrupta preexistente, inevitable, no buscada por él y necesaria para el desarrollo del objeto social. Considera que son ajenos al tipo penal, por inexistencia de un uso abusivo de las facultades de administración.

2) Los casos «de corrupción agresiva», en los que la corrupción es un instrumento activo inexistente previamente, que es utilizado para alterar, simplemente, las reglas del juego en el mercado. Entiende que estos supuestos implican un abuso de la función por parte del administrador y, por tanto, son idóneos para constituir una conducta delictiva de administración desleal.

posición, el administrador que dolosamente crea un riesgo económico anormal para la sociedad, mediante pagos delictivos, comete un delito de administración desleal si concurren dos elementos: i) que la sociedad soporte efectivamente consecuencias derivadas de tales hechos; y ii) que esas consecuencias sean de efectos económicos superiores a los beneficios obtenidos.

Sin embargo, otro sector doctrinal considera que nada impide apreciar el delito, cuando los fondos societarios se hayan empleado en obtener beneficios que provienen de un acto ilícito (como es el caso en que se hayan empleado para sobornar a particulares), dado 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 esta consecuencia ya no depende del sujeto pasivo. Este peligro de responsabilidad, como es obvio, disminuye el valor económico del patrimonio»<sup>171</sup>.

### 6.6.2.2. Las «cajas negras»

En segundo lugar, hemos de plantearnos el caso en el que para realizar los sobornos en beneficio de la empresa se hayan utilizado fondos no sujetos al control social. Es el caso de uso de «cajas negras», en las que el dinero para los sobornos es sustraído al control de los órganos sociales competentes para ello<sup>172</sup>. Esta cuestión se ha planteado en Alemania en relación con los casos *Kanther/Weyrauch* y *Siemens-KWU*<sup>173</sup>, que se resolvieron por el *BGH*<sup>174</sup>.

En ambos, se concluyó que la utilización de fondos mantenidos en «cajas negras», fuera del control de los órganos societarios competentes, para realizar sobornos, constituye un daño patrimonial definitivo<sup>175</sup>; sin perjuicio del propósito de los administradores de utilizar los fondos sólo en favor de los intereses del ente administrado e incluso cuando de esa manera se hayan obtenido beneficios patrimoniales para dicho ente administrado<sup>176</sup>.

Así, en el caso *Kanther/Weyrauch*, el *BGH* afirma que el mantenimiento ilícito de activos significativos en una «caja negra» para eludir a los órganos estatutarios supone un perjuicio patrimonial, aunque sean utilizados a

---

<sup>171</sup> BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal: sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos *Kanther/Weyrauch* y *Siemens-KWU*», *Diario La Ley*, nº 7295, 1 de diciembre de 2009.

<sup>172</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165.

<sup>173</sup> Sobre ambos, véase BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio...», ob. cit., *passim*.

<sup>174</sup> El caso *Kanther/Weyrauch* por *BGH 2 Str 499/05* y el caso *Siemens-KWU* por *BGH 2 StR 587/07*.

<sup>175</sup> En el caso *Kanther/Weyrauch* se trataba de los fondos de un partido político, pero sus consideraciones se pueden aplicar también a los administradores sociales. En el caso *Siemens-KWU* la condena se basaba en la existencia de un fondo para pagar sobornos con el fin de obtener contratos comerciales. En el supuesto concreto, la condena se basaba en el pago a directivos de la empresa italiana Enel, a cambio de lo cual *Siemes* obtuvo contratos por valor de 338 millones de euros. Los acusados fueron también condenados por un delito de corrupción privada y basaron su recurso en la falta de competencia de los tribunales alemanes al suceder los hechos en el extranjero, lo que no es aceptado por el *BGH* (*BGH 2 StR 587/07. Gründe C.I.2*).

<sup>176</sup> BACIGALUPO, E., «El concepto de perjuicio...», ob. cit.

discreción del administrador con fines políticos o de otra índole<sup>177</sup>. Mientras que en el caso *Siemens-KWU* afirma que el administrador no cumple con su deber cuando los fondos se ocultan para pagar sobornos a terceros, aun cuando pueda resultar un beneficio económico indirecto de la entidad<sup>178</sup>; es decir, aunque la decisión de incumplir las normas corporativas esté guiada por la posible utilidad que las prácticas corruptas pudieran tener en cuanto al acceso a un mercado y al retorno de la inversión<sup>179</sup>.

Por tanto, ambas sentencias consideran irrelevante, a los 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 conocimiento de los órganos sociales<sup>180</sup>. Desde esta perspectiva, la constitución de cajas negras se considera un comportamiento encuadrable en el delito de administración desleal, con el argumento de que su constitución por parte de los administradores lesiona la capacidad de disposición del titular del patrimonio<sup>181</sup>.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el administrador de una sociedad que tiene a su disposición fondos de la misma, cuando tales fondos están sustraídos del conocimiento y control de la sociedad («caja negra»), y los utiliza para sobornar a un tercero, cometería tanto el delito de administración desleal como el delito de corrupción privada activa. En tal caso, cabría distinguir dos acciones distintas; mejor dicho, cabría distinguir una omisión y una acción distintas:

1) La omisión de informar a los entes sociales de la existencia de los fondos y posibilitar su control. Existe una omisión por parte del administrador de informar sobre la existencia de dichos fondos y de informar que dichos fondos van a ser utilizados para pagar sobornos<sup>182</sup>.

2) La acción de disponer de ellos para sobornar a un tercero.

La primera daría lugar al delito de administración desleal. La segunda al delito de corrupción privada. Por tanto, al tratarse de dos conductas que dan lugar a dos delitos, la relación entre ellos sería de concurso real.

---

<sup>177</sup> BGH 2 Str 499/05. Gründe II.

<sup>178</sup> BGH 2 StR 587/07. Gründe C.I.1

<sup>179</sup> KLINKHAMMER, J., «Varieties of corruption in the shadow of Siemens: a modus operandi study of corporate crime on the supply side of corrupt transactions», en VAN ERP, J., HUISMAN, W. y VANDE WALLE, G., *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015, págs. 318 a 335, pág. 324.

<sup>180</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 165.

<sup>181</sup> NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, nº 12, 2003, págs. 3 a 26, esp. pág. 11, nota 38. En sentido crítico con esta solución, véase NIETO MARTÍN, A. y FOFFANI, L., «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de derecho comparado europeo», *Revista penal*, nº 17, 2006, págs. 110 a 141, esp. págs. 139 y 140.

<sup>182</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 46.

#### **IV. ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA**

En la práctica, la ejecución de las acciones típicas de corrupción se puede llevar a cabo de diversas formas, pero se suelen presentar más o menos enmascaradas junto con otras actividades, de manera que surgen «zonas grises» entre actividades lícitas y verdaderos actos de corrupción. Las modalidades de la acción típica son varias, entre las cuales se pueden destacar las siguientes.

##### **1. Pagos de dinero**

En este caso, el acto de corrupción privada es un pago de dinero, y se suele proceder a enmascarar el mismo en el ámbito contable

En este ámbito hay que prestar especial atención a aspectos como<sup>183</sup>: i) las operaciones de pago a proveedores o individuos en países de alto riesgo; ii) identificar las operaciones de pago que contengan palabras sospechosas en campos identificados (por ejemplo, descripción o comentarios), tales como servicios prestados o dinero en efectivo; iii) identificar a los empleados que superen un número determinado de transacciones en concepto de gastos en efectivo; iv) identificar los proveedores que realizan varios cambios de número de cuenta bancaria dentro de un período de tiempo determinado; v) identificar las órdenes de compra en las que el importe total de pago sea mayor que la cantidad total de la orden de compra; vi) identificar las facturas en las que su importe sea superior al valor de las mercancías recibidas; vii) identificar pagos sucesivos realizados por el mismo empleado para el mismo proveedor, cuando están por debajo del umbral del límite máximo de pago autorizado (pagos de *split*).

##### **2. Kickbacks (comisiones)**

En segundo lugar, otra modalidad frecuente de conducta típica -por no decir la más frecuente- son los *kickbacks*. SCHÜNEMANN los define como los supuestos «en que 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»<sup>184</sup>.

##### **3. Promociones empresariales**

Un supuesto debatido en esta materia es de las promociones empresariales. Es decir, una estrategia mercantil de una empresa que opta por promocionar un determinado producto mediante regalos, descuentos, bonos, etc., para que ese producto sea ofertado y vendido frente a otros.

---

<sup>183</sup> Cfr. *TOP 10 Anti-Bribery Analytics*, ACL, 2013 (disponible en <http://www.acl.com>).

<sup>184</sup> SCHÜNEMANN, B., «El Tribunal Supremo alemán en la maraña...», ob. cit., pág. 136.

La primera posibilidad es que esos elementos promocionales se reciban por la propia entidad, como empresario.

Para un sector doctrinal, en este caso se entiende que la dadiva está justificada<sup>185</sup>; porque no existe delito cuando se ofrece una ventaja a la propia entidad de la que se espera la contratación<sup>186</sup>.

CASTRO MORENO facilita el siguiente ejemplo: un proveedor de hostelería ofrece mil litros de cerveza gratis al empresario que va a abrir un nuevo establecimiento, con la condición de que adquiera sus productos en exclusiva durante un determinado período, y no los de la competencia. En su opinión, no existe en este caso un delito de corrupción entre particulares, aun cuando la ventaja entregada tenga por objeto excluir a la competencia, porque lo único que está haciendo es realizar una mejor oferta o propuesta más atractiva para la entidad que otros competidores; sin que el delito del art. 286 bis CP deba servir de freno para el adecuado desarrollo de la iniciativa empresarial y de las estrategias y políticas comerciales (más o menos agresivas) que cada empresario defina<sup>187</sup>.

A nuestro juicio, la conducta de realizar promociones a favor del empresario es atípica, pero no porque se trate de un beneficio o ventaja justificado, sino porque el tipo legal no recoge al mismo (al empresario) como sujeto activo del delito de corrupción pasiva, como ya se ha visto anteriormente. Pensemos en el siguiente ejemplo, también señalado por la doctrina<sup>188</sup>: el mismo proveedor de hostelería al que antes nos referíamos acuerda financiar al empresario o, incluso, pagarle las reformas del local, con la condición de que sea su proveedor oficial. Esta actuación, *ab initio* traspasa los límites de una política comercial agresiva, constituyendo un acto que pone en peligro la competencia justa y honesta, y por lo tanto, encuadrable en la corrupción entre particulares. Es decir, las promociones a favor del empresario pueden suponer un ataque a la competencia, pero el delito no es aplicable por la restricción subjetiva descrita.

La segunda posibilidad es que los regalos o bonos promocionales se ofertan y entreguen a aquellas personas encargadas de decidir la adquisición de un producto respecto a los productos de otras empresas. En tales casos, dependiendo de cuál sea la entidad del beneficio o ventaja cabe la intervención penal, porque a nuestro juicio podrían concurrir los presupuestos de la acción típica.

Algún sector doctrinal discrepa de esta conclusión, en la medida en que considera que estamos ante un supuesto que por, su propia esencia, es de

---

<sup>185</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «La responsabilidad penal...», ob. cit., pág. 100.

<sup>186</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624.

<sup>187</sup> CASTRO MORENO, A., «El nuevo delito de corrupción...», ob. cit.; CASTRO MORENO, A., «Capítulo 22. Corrupción entre...», ob. cit., pág. 624. Se muestra conforme con este ejemplo y su tratamiento legal, ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 49.

<sup>188</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 49.

Derecho Privado<sup>189</sup>. O, incluso, porque las promociones son, en realidad, parte del precio del producto y precisamente sirven para estimular la competencia<sup>190</sup>, facilitando el siguiente ejemplo: un distribuidor de bebidas refrescantes ofrece a los encargados de compras de diversos establecimientos hoteleros y restaurantes un viaje si logran vender más de una determinada cantidad de sus productos. En este caso, la promoción constituye un incentivo para que vendan más sus refrescos que los de la competencia, pero se añade que tal actividad debe realizarse de forma transparente -lo que exige que el empresario lo conozca o figure la posibilidad de obtener estos beneficios de forma expresa en los contratos- y sin solicitar ningún incumplimiento de sus obligaciones<sup>191</sup>.

A nuestro juicio, no es que esta actividad sea atípica porque no ataque al bien jurídico competencia leal (que lo puede hacer, según los casos), sino porque esta posición doctrinal considera que el bien jurídico es otro y pivota sobre las relaciones entre empresario y subordinado.

En definitiva, las promociones no están excluidas del tipo, por cuanto pueden afectar a la competencia y dar lugar a un delito de corrupción entre particulares; es más, posiblemente sea uno de los ámbitos en los que el delito puede darse con más frecuencia, ya que para instalarse en un mercado o ganar cuota en el mismo una empresa puede llevar a cabo prácticas de soborno con el fin de superar a sus competidores.

#### **4. Obsequios, regalos y atenciones de hospitalidad**

Los regalos, invitaciones y atenciones de hospitalidad (invitaciones a espectáculos, congresos, visitas a fábricas, etc.) son actos que, por su entidad y finalidad responden a una lícita actitud empresarial «de cuidar al cliente»<sup>192</sup>. Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que la línea divisoria entre estos regalos y atenciones y el pago indebido o soborno es tenue en algunos casos. Pueden entenderse como una estrategia lícita y aceptable, pero cuando su entrega y recepción comienza a ser excesiva o supera un determinado valor, o se ofrecen en situaciones específicas (por ejemplo, cuando está pendiente una decisión comercial por parte del sujeto receptor) se puede cruzar fácilmente la línea y convertir una práctica comercial aceptable en una ventaja o beneficio ilegal, en la medida en que generan una red de dependencia o subordinación.

Estas prácticas, conocidas por la doctrina alemana como «alimentar» (*anfüttern*<sup>193</sup>), se encuentran en una zona límite, donde es difícil deslindar lo que es subsumible bajo el concepto de beneficio o ventaja no justificados del tipo del art. 286 bis CP<sup>194</sup>.

---

<sup>189</sup> PÉREZ FERRER, F., «El delito de corrupción...», ob. cit., pág. 18.

<sup>190</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 478.

<sup>191</sup> NIETO MARTÍN, A., «Corrupción en el sector privado...», ob. cit., pág. 478.

<sup>192</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS, C., *Delito de corrupción...*, ob. cit., pág. 36.

<sup>193</sup> *Anfüttern* significa, literalmente, «cebar».

<sup>194</sup> BACIGALUPO, E., «Corrupción entre particulares...», ob. cit., pág. 162.