

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

Elena Núñez Castaño

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Sevilla

**RESUMEN:** El delito de “corrupción entre particulares” incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2010, de 22 de junio, y modificado posteriormente por la LO 1/2015, en el art. 286 bis CP, ha sido objeto de numerosas críticas, algunas de las cuales serán analizadas en el presente trabajo, como la dificultad de identificación de un bien jurídico, la utilización de una técnica legislativa altamente deficiente, etcétera. Pero implica la sanción de una serie de comportamientos que pretenden garantizar la existencia de una competencia leal entre los competidores, siempre que conlleven un beneficio injustificado de unos frente a otros.

**PALABRAS CLAVE:** corrupción privada, competencia leal, intervención penal, principio de legalidad, legitimidad.

**ABSTRACT:** The crime of “private corruption “ incorporated into our legal system by LO 5/2010, of June 22, and subsequently modified by LO 1/2015, in art. 286 bis CP, has been the subject of numerous criticisms, some of which will be the object of analysis in this paper, such as the difficulty of identifying a legal asset, the use of a highly deficient legislative technique, etc. But it implies the sanction of a series of behaviors that try to guarantee the existence of a fair competition between the competitors, as long as they entail an unjustified benefit to one another.

**KEYWORDS:** private corruption, fair competition, criminal intervention, principle of legality, legitimacy.

**SUMARIO:** 1. Cuestiones previas: sobre la ratio criminis del tipo penal. 2. El objeto de protección en el art. 286 bis CP: planteamientos doctrinales: 2.1 Protección de los intereses patrimoniales individuales de los empresarios; 2.2 Protección del deber de fidelidad hacia el titular de la empresa para la que trabaja el sujeto activo; 2.3 La protección de la competencia leal; 2.4 Configuración como delito pluriofensivo. 3. La identificación del objeto de tutela del delito de corrupción entre particulares como fundamento de su legitimación penal. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

### 1. Cuestiones previas: sobre la *ratio criminis* del tipo penal

La LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó al texto penal un nuevo artículo, el 286 bis, que se integra en la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, intitulada “De la corrupción entre particulares”. Tal como se señala en la Exposición de Motivos de la mencionada ley, la razón de la introducción de este nuevo tipo delictivo, hasta este momento desconocido para nuestra legislación,<sup>1</sup> estribaba en la necesidad de dar respuesta a las exigencias de instancias supranacionales, principalmente de la Unión Europea. En concreto, la reforma se deriva de la “transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado”,<sup>2</sup> tal y como se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010,<sup>3</sup> que señala que “la garantía de una competen-

cia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de las entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”, en tanto que:

... con estos comportamientos que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no sólo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición de funcionario que ha de tener al menos una de las partes.<sup>4</sup>

Sobre esta base, se crea el delito de “corrupción entre particulares”, que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, no solo en relación con la delimitación del bien jurídico que se pretende proteger, sino relativas a la propia técnica legislativa que se había empleado. Todo ello da lugar a una modificación de este precepto realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que incorpora algunos cambios a la regulación penal existente desde 2010 para hacer “frente” a los actos de corrupción que, presuntamente, “pueden llegar a afectar al correcto fun-

<sup>1</sup> De hecho, tampoco había sido demasiado analizado por la doctrina penal española hasta ese momento, así podemos señalar Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado), en *Revista penal*, n° 10, 2002; Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios penales y Criminológicos*, t. XXIII, Santiago 2002; De La Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿signatura pendiente del derecho penal español?”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2003; Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico del delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, n° 19 (2007); Benito Sánchez/Cerina, “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal*, Diego-Díaz Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (coords.), Salamanca 2009.

<sup>2</sup> Sin embargo, no fue este el primer instrumento por el cual España quedaba obligada a introducir entre sus previsiones penales las conductas de corrupción en el sector privado; esta obligación ya existía previamente con la Acción Común del Consejo 1998/742/JAI, de 22 de Diciembre, sobre corrupción en el sector privado (DOL, 31 de Diciembre de 1998, n° 358), y también el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (n° 173), ratificado por España el 26 de enero de 2010.

<sup>3</sup> Sin embargo, es preciso señalar que la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, sobre lucha contra la corrupción privada, dispone en sus Consideraciones previas que al haber aumentado el comercio transfronterizo se hace necesaria la lucha contra la corrupción privada que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido. Ello, según señala Muñoz Cuesta, pudiera determinar que la finalidad de la Decisión marco sería “la lucha contra las transacciones comerciales entre empresas mercantiles o sociedades de diferentes Estados que se verán de alguna manera alteradas por los ofrecimientos o entregas de orden comercial

que hacen sus responsables para conseguir la operación comercial acordada, dejando al margen aquellos negocios entre entes privados de un mismo Estado, siendo evidente que no es éste el sentir del legislador español al proyectar el tipo penal a los actos entre empresas radicadas en España, existiendo así tal delito en España que habrá que interpretar para conocer su alcance cuando haya que aplicarlo”, cfrs. Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 8/2001, Cizur menos, 2011, pág. 1.

<sup>4</sup> Con anterioridad, el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008, había sido más contundente en relación tanto con la *ratio criminis* de esta nueva tipificación penal, como con la delimitación del cual pudiera ser el bien jurídico protegido por la misma, y así se afirmaba en la Exposición de Motivos de este Anteproyecto que “la corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omite algo que puede repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado, sino que rompe las reglas del buen funcionamiento del mercado (...) Posiblemente se podría sostener que esas prácticas caen en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal; pero esa calificación resulta en exceso tibia, y así lo ha declarado la Decisión al principio citada, cuyo cumplimiento lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado...”

cionamiento de los mercados y, específicamente, a la referida a los que pueden hacerlo mediante el soborno de quienes forman parte del mismo”.<sup>5</sup> De este modo, la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII pasa a denominarse “De la corrupción en los negocios”, diferenciándose tres ámbitos dentro de la misma: el relativo a la corrupción entre particulares, el relativo a la corrupción deportiva, y el de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Junto a estas reformas, se incorporan otras modificaciones respecto del texto aprobado en 2010, como el cambio de ubicación sistemática de las distintas figuras típicas (la corrupción pasiva pasa a tratarse en primer lugar, a fin de asemejar su estructura a la del delito de cohecho), la modificación de algunas expresiones típicas que habían generado amplia polémica,<sup>6</sup> y la inclusión de la figura del tercero beneficiario del favorecimiento que no estaba prevista para los supuestos de corrupción pasiva.<sup>7</sup>

A todo ello se unen distintas modificaciones plasmadas en la LO 1/2019, de 20 de febrero, que añade, en el apartado primero del art. 286 *bis* CP, la conducta consistente en “ofrecimiento o promesa de obtenerlo”, sin que se establezca en la Exposición de Motivos de la mencionada ley cuál es la concreta razón que fundamenta o impulsa el cambio legislativo.

Con todo ello, se pretende hacer frente a conductas esencialmente consistentes en el cobro de comisiones ocultas, que como manifestación del fenómeno de la corrupción generalizada o global se percibe por la sociedad, no la conducta concreta, pero si el fenómeno, como un grave problema.<sup>8</sup> Lo que puede resultar innegable en el ámbito público, resulta altamente cuestionable en lo relativo al sector privado,

tanto respecto a lo que se pretenda proteger con la tipificación de determinados comportamientos como los contenidos en el art. 286 bis CP, como a la eficacia que esa presunta protección pudiera implicar respecto del bien que se pretende tutelar.

Efectivamente, el fenómeno de la corrupción en la actualidad se está empleando de manera muy amplia abarcando comportamientos que poco o nada tienen que ver con lo que esencialmente son conductas de corrupción, como por ejemplo pudieran ser los actos de fraude fiscal; por ello, resulta absolutamente necesario identificar si las conductas tipificadas dentro del precepto que estamos analizando, constituyen efectivamente un tipo de corrupción, o si, por el contrario, nada tienen que ver con el mismo. Así, afirma Kindhäuser<sup>9</sup> que corrupción es “formalmente un abuso de un poder de decisión”, y, partiendo de esa base, es preciso determinar si cualquier abuso de un poder de decisión conlleva una lesión de bienes o intereses esenciales para el Estado, el funcionamiento de las instituciones y, en consecuencia, de los ciudadanos. En otras palabras, es necesario identificar qué intereses se protegen en la figura de la corrupción entre particulares, y si efectivamente era necesaria y oportuna la incorporación a nuestro Código penal de una práctica arraigada en nuestro país, como es el admitir cualquier tipo de incentivos o comisiones de aquellos que se encargan de la adquisición de bienes o contratación de servicios en el ámbito privado o empresarial.<sup>10</sup>

Señala muy acertadamente Feijóo Sánchez<sup>11</sup> que el delito que estamos analizando,

... tiene en sus genes mucho que ver con una dinámica de estabilización de la ética de los negocios a nivel internacional, pero ello sólo explica el contexto de criminalización, no su fundamentación dogmática como injusto merecedor de pena en el marco del ordenamiento español.

<sup>5</sup> Cfrs. Galán Muñoz, En Galán Muñoz/Núñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pág. 196.

<sup>6</sup> Así, se elimina la expresión “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”, sustituyéndola por otra igualmente problemática como es la de “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías”.

<sup>7</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte especial*, 6º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 413; Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”, en Castro Moreno/Otero González (direct.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación público y privada*, Dykinson, Madrid 2016, pág. 103.

<sup>8</sup> Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 414; Ventura Püschel, “Corrupción entre particulares”, en Álvarez García/González Cussac (direct.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 321.

<sup>9</sup> Cfrs., Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política criminal*, nº 3, 2007, A1, [http://www.politicacriminal.cl], pág. 15, ult. consulta. 12-enero-2018.

<sup>10</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 102.

<sup>11</sup> Cfrs. Feijóo Sánchez, “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/Miró Llinares (edit.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pág. 172.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

Es por ello, que una gran parte de la doctrina se cuestiona la necesidad, e incluso la legitimidad, de acudir al derecho penal para tratar de garantizar una presunta pureza del tráfico económico, realizando importantes críticas respecto de esta nueva figura típica.<sup>12</sup>

Se hace preciso, por tanto, comenzar el análisis de este precepto tratando de identificar los bienes o intereses objeto de tutela por este precepto.

### 2. El objeto de protección en el art. 286 bis CP: planteamientos doctrinales

En relación con la delimitación del bien jurídico que se protege mediante el art. 286 bis resulta preciso hacer diversas matizaciones. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma de Código penal de 2008 se afirmaba de forma categórica que el objeto de protección de este nuevo tipo delictivo sería la *competencia leal*. En concreto afirma que “la mentada Decisión Marco parte de la consideración de que la garantía de una *competencia justa y honesta* pasa por la represión de los actos encaminados a romper a los administradores de las empresas”.<sup>13</sup> A partir de ese momento, las modificaciones legislativas realizadas en relación con esta figura típica han sido mucho más tibias de manera que ni en la LO 5/2010, ni en la reforma de la LO 1/2015, se determina de manera precisa cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares; así afirma Martínez-Buján Pérez, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, al aludir que la “competencia justa y honesta no permite describir con precisión un bien

jurídico penal, y, desde luego, la conducta típica no parece alcanzar el grado de lesividad necesario”.<sup>14</sup>

A partir de ese momento la doctrina ha planteado diversas posturas con relación a cuál pudiera ser el bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP, sosteniéndose varias posibilidades a este respecto: intereses patrimoniales, protección del deber de fidelidad hacia el empresario o empleador, competencia leal, e incluso su configuración como delito pluriofensivo que podría afectar a algunos o todos los intereses antedichos.

#### 2.1 Protección de los intereses patrimoniales individuales de los empresarios

Una primera postura doctrinal se centra en considerar que el bien jurídico que se protege por el delito de corrupción entre particulares, viene constituido esencialmente por los intereses patrimoniales individuales de los empresarios, ya sean los empresarios competidores, ya sea el patrimonio de la propia empresa para la que trabaja el sujeto activo. En nuestra opinión no resulta aceptable ninguna de las dos opciones por diversas razones.

Por lo que se refiere a la *protección del patrimonio de las empresas competidoras*, planteamiento que ha sostenido un sector muy minoritario de la doctrina,<sup>15</sup> se sustenta sobre la base de que el perjuicio se produce para la empresa competidora al quedar apartada por no poder participar en la actividad corrupta. Son varias las críticas que pueden realizarse respecto de este planteamiento; en primer lugar, tal como afirma Kindhäuser<sup>16</sup> “la protección penal del patrimonio asegura fundamentalmente el status quo del patrimonio... (...) el daño a los competidores perjudicados se encuentra normalmente en las ganancias no alcanzadas”, esto es, expectativas de lucro que, *per se*, no forman parte del concepto de patrimonio. En segundo lugar, afirma Martínez-Buján Pérez<sup>17</sup> que al conside-

<sup>12</sup> Así, Martínez-Buján, “La corrupción entre particulares (Art. 286 bis del Código penal español”, en *Libro Homenaje a Rodríguez Ramos, Álvarez García y otros* (coords.), Valencia, 2013, págs. 699 a 716; el mismo, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 5ª ed., Valencia, 2015, págs. 381 y ss.; Gili Pascual, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-hacks*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 109, 2013, pág. 47.

<sup>13</sup> Así, señala la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, que “los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”. En el mismo sentido, la Acción Común 1998/742/JAI, de 22 de diciembre (ya derogada), destacaba como la corrupción “falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de mercados”.

<sup>14</sup> Cfrs., Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 415.

<sup>15</sup> Cfrs. Navarro Massip, “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 11/2011, pág. 3; también considera que se trata de un delito de carácter patrimonial, Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 13: 23.

<sup>16</sup> Cfrs. Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, op. cit., pág. 12.

<sup>17</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, op. cit., pág. 415.

rar que el bien jurídico protegido inmediatamente tutelado es el interés patrimonial individual de los empresarios competidores, el delito contenido en el art. 286 bis se configuraría como “un genuino delito de competencia desleal en el que el libre mercado sólo se preservaría de forma mediata”; desde este planteamiento, la crítica sería inmediata y es que resultaría absurda la exclusión del titular de la empresa del círculo de sujetos activos, pero incluso en el supuesto de que se incluyese, sería difícilmente justificable que pudiera cometer un ilícito penal dado que su conducta se encuentra amparada en el principio de libertad de empresa y en defensa de sus propios intereses patrimoniales, sin que exista respecto de él obligación alguna en dar un trato igualitario a los competidores.<sup>18</sup> Y, por último, porque la conducta descrita en el art. 286 bis no exige la presencia de un perjuicio para los intereses patrimoniales de los competidores (de hecho, no exige la presencia de ningún perjuicio).<sup>19</sup>

Precisamente la ausencia de este requisito típico, el perjuicio, permite negar que la finalidad sea la *protección del patrimonio de la propia empresa* para la que trabaja el sujeto activo;<sup>20</sup> y, junto a ello, otro dato relevante cual es el hecho de que el consentimiento del titular de la empresa afectada no tendría ninguna relevancia respecto del mismo, es decir, no tendría relevancia alguna a fin de determinar la posible atipicidad del comportamiento. Pero el principal cuestionamiento que puede realizarse a esta concepción de bien jurídico, es que el comportamiento de un empleado de la empresa que pudiera dar lugar a un perjuicio patrimonial de la misma constituiría un delito de administración desleal<sup>21</sup> que convertiría en innecesaria la regulación específica contenida en el art. 286 bis.

Señala Martínez-Buján Pérez<sup>22</sup> que esta

<sup>18</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *ibidem*; Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, 2016, pág. 265.

<sup>19</sup> Martínez-Buján Pérez, *ibidem*.

<sup>20</sup> Cfrs., Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado”, *op. cit.*, pág. 69.

<sup>21</sup> Así, señala Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, *op. cit.*, pág. 12, que en aquellos supuestos del denominado *kick-back*, en los que el sujeto activo pacta con un ofertante un precio de venta muy elevado, y posteriormente recibe el monto de la diferencia respecto del precio regular de compra, “resultaría aplicable el delito de infidelidad patrimonial (parágrafo 266 del Código penal alemán)”, dado que este tipo penal se trata “también de un poder de decisión concedido que se ejerce de forma contraria a los intereses”.

<sup>22</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, *op. cit.*, pág. 416.

... vertiente patrimonial podría ciertamente servir de base a un ilícito penal, pero tal ilícito no es otro que la administración desleal de patrimonio ajeno, en atención a lo cual debería ser incluido entre los delitos societarios, o, tras la reforma de 2015, en inmediata conexión con el delito de administración desleal.

Es decir, a la vista de la regulación típica realizada por el legislador en 2010, y posteriormente en 2015 y 2019, el patrimonio de la propia empresa como bien jurídico protegido respecto de este tipo de conductas, es el único planteamiento legítimo y sostenible; otra

cosa es el hecho de que, como veremos, desde este planteamiento resulte totalmente innecesaria la regulación específica de un delito de corrupción entre particulares, por cuanto este ámbito típico quedaría cubierto por el delito de administración desleal,<sup>23</sup> y otra cosa sería también, como indicaremos en epígrafes posteriores, que la regulación típica se realizara de manera notoriamente diferente a la existente a fin de poder legitimar la protección de un bien jurídico colectivo que vendría constituido por la competencia leal, libre y honesta.

## 2.2 Protección del deber de fidelidad hacia el titular de la empresa para la que trabaja el sujeto activo

Al amparo de la regulación del precepto mediante la LO 5/2010, que incluía como elemento típico el *incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*, un sector doctrinal<sup>24</sup> sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares viene constituido por el deber de fidelidad hacia el empresario; se trata de un concepción de la corrupción privada con un marcado acento de derecho laboral, donde, como señala Kindhäuser,<sup>25</sup> “el injusto radica en la lesión de deberes de lealtad del empleado corrupto frente a su empleador”.

<sup>23</sup> En este mismo sentido, García Albero, “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentario de la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares (direct.), Pamplona, 2015, pág. 555.

<sup>24</sup> Cfrs. Morales Prats/Morón Lerma, “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)”, en *La corrupción a examen*, Cizur-Menor (Navarra), 2012, pág. 122.

<sup>25</sup> Cfrs. Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, *op. cit.*, pág. 12.



### A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

Afirma Nieto Martín<sup>26</sup>, que esta “fidelidad” o deber de lealtad que se deriva de la relación de los dependientes o empleados con su principal, debe concretarse “alejándolo de cualquier referencia de deberes éticos y dotándolo de un significado esencialmente patrimonial anudado a los intereses económicos del empresario”. Con ello, nos acerca a un planteamiento patrimonialista del bien jurídico de referencia en el art. 286 bis, concretado en los mencionados intereses económicos del empresario o principal.<sup>27</sup>

Son varias las razones que pueden sostenerse en contra de este planteamiento, la primera tiene conexión directa con lo que hemos señalado en relación con la protección penal del patrimonio del empresario, ya que si lo que se está sancionando es al empleado que infringe sus deberes frente al empleador, produciéndole con ello un perjuicio patrimonial, en realidad se estaría cometiendo un delito de administración desleal de patrimonio ajeno, por cuanto esta regulación típica contenida en el art. 286 bis carecería de sentido por innecesaria. En segundo lugar, señala la doctrina que no nos encontramos ante un delito que proteja exclusivamente el deber de fidelidad en la relación de empleo, porque ello, como indica Encinar Del Pozo,<sup>28</sup>

... vaciaría de contenido el supuesto de corrupción activa (que no parece que pueda verse como infracción de deberes laborales) y reduciría la modalidad pasiva bien a un delito de administración desleal, o en su caso de apropiación indebida, y si no hay lesión patrimonial, a un incumplimiento del contrato de trabajo.

<sup>26</sup> Cfrs. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit., págs. 58 y 59.

<sup>27</sup> También Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico...”, op. cit., págs. 287 y 288, acepta que además del competidor, es preciso afectar al empresario propio para poder incurrir en responsabilidad penal. Así, configura este delito como “bifronte, tutelándose por un lado a los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la Competencia) así como, por otro, al propio empresario de aquel”. En un sentido similar, De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, op. cit., pág. 290, mantienen una tipificación en la que junto a la infracción de deberes y al menoscabo sustancial de la competencia se exigiese la verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores, consumidores...), derivando el resto de comportamientos desleales a las esferas civil y administrativa.

<sup>28</sup> Cfrs. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 269.

En el mismo sentido, De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero<sup>29</sup> señalan que esta perspectiva de la infracción de deberes que basa la tipicidad de la conducta en el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleado se “configure como un ilícito fundamentalmente formal, dirigido a reforzar la normativa extrapenal”; y, por tanto, se trata de

... una opción muy discutible desde la óptica de un derecho penal mínimo, que no ha de intervenir frente a cualquier ilegalidad, sino allí donde quepa hallar una suficiente antijuricidad material y otras ramas no contemplen suficientemente la respuesta a estas infracciones.

Para concluir que éste no es el caso de la infracción de deberes laborales o mercantiles que encuentran respuesta adecuada en las correspondientes normativas extrapenales.

A todo ello se une el hecho de que, tras la reforma de 2015, se elimina de la descripción típica la exigencia de que concurra un incumplimiento de obligaciones por parte de los empleados, sustituyéndose por la expresión *para que le favorezca a el o a un tercero frente a otros*; con ello, en nuestra opinión, se elimina la posibilidad de considerar como objeto de tutela en este precepto el deber de lealtad o fidelidad de los empleados, que debiera quedar relegada al ámbito laboral o mercantil.

### 2.3 La protección de la competencia leal

El sector mayoritario de la doctrina se inclina por considerar que el bien jurídico protegido en el delito recogido en el art. 286 bis del Código penal, radica en la protección de la *competencia leal* (o mas bien, su vertiente negativa la *competencia desleal*).<sup>30</sup> La justi-

<sup>29</sup> Cfrs. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 281.

<sup>30</sup> Abogan por este bien jurídico, Galán Muñoz, en Galán Muñoz/Núñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, op. cit., págs. 196 y 197, quien afirma que estas figuras vienen “a proteger la leal competencia en el mercado frente a las lesiones que ocasionaría en dicho bien jurídico colectivo y de naturaleza difusa, la obtención de ventajas competitivas derivadas de sobornos, si bien lo hace, como no podía ser de otra forma, de manera fragmentaria, castigando tan solo aquellas actividades desleales y corruptoras que se consideran más graves o peligrosas, bien porque representan un mayor peligro para el correcto y eficaz funcionamiento del mercado interno, bien porque pueden incidir en el de los mercados internacionales”; Mendoza Calderón, “La corrupción en el sector farmacéutico: análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho penal español”, en *Revista Ge-*

ficación de sostener este concreto objeto de tutela se basa en distintos argumentos, como el hecho de que, tal como hemos señalado, el propio preámbulo de la L.O. 5/2010 menciona, expresamente, la competencia justa y honesta como bien jurídico protegido, o el hecho de que se integre dentro de los delitos contra el mercado y los consumidores que le otorga naturaleza de bien jurídico colectivo que se concreta en la salvaguardia de la competencia empresarial y profesional, la propia redacción del tipo penal, etcétera.<sup>31</sup>

Se hace preciso delimitar qué debe entenderse por *competencia leal/desleal* a los efectos de poder analizar si efectivamente el precepto que estamos analizando pretende o no proteger este bien jurídico.

Así, la Ley de Competencia desleal de 1991 define en su art. 5 como desleal “todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe”; ahora bien, la definición transcrita corresponde al ámbito puramente civil, y no se puede trasladar de forma automática al ordenamiento penal. De hecho, tradicionalmente, se había sostenido por la doctrina que los actos de competencia desleal solo van a ser objeto de sanción penal en cuanto que lesionan (o al menos, ponen en peligro) los intereses patrimoniales concretos de otros competidores o afectan a los con-

sumidores.<sup>32</sup> En definitiva, se consideraba que la simple eficacia del mercado o las reglas de buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no parecieran alcanzar el grado de importancia suficiente como para ser consideradas bienes jurídicos penales,<sup>33</sup> de manera automática.

Es evidente, que las reglas de buena fe que regulan el funcionamiento de un sistema de mercado no pueden interpretarse en el sentido de restringir la capacidad de elección y actuación de los sujetos intervinientes en el mismo. En este sentido, tal como afirma Koepsel,<sup>34</sup> en virtud de los principios de libertad de contratación y de organización, los empresarios (o sus subordinados o colaboradores) no tiene obligación alguna de dar un trato igualitario a los competidores. O como señala Faraldo Cabana,<sup>35</sup> comparando las conductas que pretenden sancionarse con las realizadas en la función pública, “si en el sector privado no hay una obligación de imparcialidad como la que afecta al funcionario público, ¿qué se pretende sancionar?”. Ello le lleva a afirmar que el delito de corrupción privada o entre particulares es *pluriofensivo*, donde se protegen de manera inmediata, los *intereses económicos legítimos de los empresarios competidores*, y de forma mediata, *la competencia leal*.<sup>36</sup>

Lo cierto es que la defensa de la competencia leal como bien jurídico protegido plantea numerosos problemas. En primer lugar, implica ignorar que en la actividad diaria de las relaciones comerciales es habitual la realización de muchas de las conductas descritas en el tipo penal y que, de uno u otro modo afectan a la competencia, y que en el caso de implicar algún tipo de infracción de la normativa reguladora de la misma podría solucionarse conforme a la legislación mercantil sin que fuera preciso el recurso al derecho penal,<sup>37</sup> a lo que se une el hecho de que una infracción

*neral del Derecho*, nº 27, 2017, www.iustel.com, págs. 28 y 29; Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015, pág. 454, quien sitúa el bien jurídico protegido en “la competencia leal, pero también en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa”; Feijóo Sánchez, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico”, op. cit., pág. 167, donde afirma que lo que se protege es el marco institucional del mercado estabilizando las reglas esenciales para el correcto funcionamiento concurrencial del mismo; Castro Moreno, “Corrupción entre particulares”, en *Memento Experto Francisc Lefebvre, Reforma penal, Ley Orgánica 5/2010*, Ortiz De Urbina (coord.), nº 2732, 2010, pág. 291; Santana Vega/Gómez Martín, “Arts. 278-289”, en *Comentarios al Código penal, Reforma 5/2010*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), Valencia, 2011, pág. 635; Blanco Cordero, “La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, nº 7534, 2010, pág. 5; Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *La corrupción a examen*, op. cit., págs. 95 y 96; González Rus, “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societario por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código penal”, en Benítez Ortuzar (coord.), *Reforma del Código penal: Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2008, pág. 150; Gil Nobajas, “El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), págs. 576 y ss..

<sup>31</sup> Vid, por todos, Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., págs. 258 y ss.

<sup>32</sup> En este sentido, cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial*, Valencia 1999, págs. 66 y ss.

<sup>33</sup> Cfrs. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit., pág. 59.

<sup>34</sup> Cfrs. Koepsel, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm*, V&R Unipress, Osnabrück, 2006, págs. 87 y 88.

<sup>35</sup> Cfrs. Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 69.

<sup>36</sup> Cfrs. Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 72.

<sup>37</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 109; Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

de las reglas relativas a la competencia leal, no tiene por sí sola la lesividad suficiente como para justificar la intervención penal, y lo que se estaría es criminalizando la mera infracción de la normativa (mercantil o administrativa), sin que exista ni siquiera una potencial ofensividad para el bien jurídico que pudiera derivarse del comportamiento realizado por el sujeto activo.

Por último, como crítica esencial en la que coincide la práctica unanimidad de la doctrina, destaca el hecho de que, si la competencia leal es el bien jurídico que debe protegerse en el delito de corrupción entre particulares, resulta difícilmente sostenible o justificable la exclusión del posible círculo de sujetos activos que, no solo en la LO 5/2010, sino también en la LO 1/2015, se realiza de los empresarios o titulares de las empresas para los que trabajan los sujetos activos. Es decir, si es el titular de la empresa quien acepta la ventaja, no está cometiendo este delito, mientras que si quien lo realiza es el empleado sí puede responder del mismo. Partiendo de la base de que los empresarios o titulares de las empresas son, por definición y por ámbito competencial, los principales garantes del respeto a las reglas de competencia, es evidente que, si fuera la competencia leal el bien jurídico que se protege, su exclusión resulta del todo injustificable.<sup>38</sup> De hecho, si el tipo penal se configura sobre la base de una vulneración de las reglas de la competencia leal, el empresario no solo puede cometer el delito de igual manera que el empleado, sino incluso con mayor capacidad lesiva y desvalor.

En contra de esta afirmación se posiciona Galán Muñoz, para quien la exclusión del empresario del círculo de sujetos activos tiene toda lógica,<sup>39</sup> dado

que son los actos realizados por los empleados, los que “representan una mayor puesta en peligro de las reglas que deben regir la concesión de contratos y ventajas comerciales en el mercado”.<sup>40</sup>

Sobre la base de todas estas críticas, algunos autores han realizado diversas matizaciones con relación a la consideración de la competencia leal como bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, Encinar Del Pozo,<sup>41</sup> considera que la protección penal de la competencia puede llevarse a cabo por dos vías, por una parte “tratando de erradicar los comportamientos que restringen la libertad de los competidores (competencia libre); pero también los comportamientos en la lucha por la clientela son contrarios a la igualdad de competidores ante la ley y que restringen la libertad de elección por parte de los consumidores (competencia leal); sobre esta base entiende que se configura como un bien jurídico colectivo que sirve a los intereses de la generalidad de personas que forman parte de una comunidad. Desde este prisma, para este autor el hecho de que el tipo penal no recoja al empresario como sujeto activo del delito no es sino una incongruencia u olvido del legislador, dado que

(los directivos, administradores, trabajadores o incluso meros trabajadores externos de las empresas) existe el riesgo real de que estos sujetos concedan el contrato o la ventaja en cuestión, no atendiendo a la calidad o características de la oferta globalmente presentada para recibirla, sino teniendo en cuenta su propio y exclusivo interés, lo que podrá llevarles, precisamente, a elegir incluso la peor de las propuestas presentadas frente a la mejor tan solo para conseguir el pago o ventaja que querían alcanzar, por más que al hacerlo lesionasen los intereses de la entidad para la que trabajaba y los de aquellos empresarios que hubiesen hechos las ofertas que pretirieron”.

<sup>40</sup> No compartimos, como ya hemos ido exponiendo, esta afirmación. Al margen de que algunos concretos actos de sobornos, corrupción o comisiones pudieran suponer algún peligro para la competencia leal como bien jurídico penal y basando su legitimidad siempre en la existencia de una potencial ofensividad de las conductas respecto del mismo, consideramos que no puede afirmarse que las conductas realizadas por los empleados sean más peligrosas para el bien tutelado que los comportamientos del empresario. Efectivamente, si el bien jurídico que se pretende tutelar es la competencia leal, es decir, el respeto a las reglas de la buena fe y de la igualdad en el ámbito de los negocios, igual o más peligrosos para el mismo resultan las conductas realizadas por el titular de la empresa que es quien claramente ostenta la posición de garante respecto de su salvaguarda. Pero es que, si el comportamiento de los empleados lo que realmente implica un perjuicio patrimonial para los intereses de la empresa para la cual trabaja, el tipo aplicable debería ser el delito de administración desleal, como ya hemos puesto reiteradamente de relieve, sin que sea precisa la incorporación de un tipo penal específico.

<sup>41</sup> Cfrs. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 276.

en el Estado, la economía y la sociedad”, op. cit., pág. 13.

<sup>38</sup> Cfrs. Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad”, op. cit., pág. 13; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 415; Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 109; Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., págs. 263 y 264.

<sup>39</sup> Cfrs. Galán Muñoz, *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, op. cit., pág. 198, donde afirma que “cuando se solicita un pago o ventaja no debida por parte de un empresario individual para conceder un contrato, dicha propuesta pasa a formar parte de la oferta global que se le pide que haga para otorgarle su concesión, representando dicha solicitud una suerte de mejora de su oferta inicial, que sólo influirá en al adjudicación de la contratación en cuestión si realmente hacer que la propuesta finalmente presentada sea mejor que las planteadas por sus competidores. Sin embargo, cuando la solicitud de soborno se efectúa por sujetos que simplemente trabajan o representan intereses ajenos y no propios



perfectamente puede alterar la competencia mediante la recepción de sobornos.<sup>42</sup>

Sin embargo, otros autores mantienen que aún cuando la competencia leal constituye un bien jurídico legítimo, su menoscabo a través de comportamientos corruptos ha de ser lo suficientemente grave como para justificar el recurso a la sanción penal, o lo que es lo mismo, determinar un contenido mínimo de lesividad para dotar de relevancia penal a los comportamientos realizados. En este sentido, señala Martínez-Buján Pérez,<sup>43</sup> que, si se considerara que es precisa la introducción de un delito de corrupción entre particulares, lo cual entiende discutible, se debería optar por el modelo basado en la afección de la competencia. Ahora bien:

... si se quieren respetar los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, habrá que incorporar a la descripción típica elementos que denoten la afectación de ese bien jurídico, concebido ante todo en su dimensión colectiva institucional, sin perjuicio de que pudiera integrar asimismo la vertiente de afectación a los intereses patrimoniales de los competidores.

Ante esta situación de indefinición de cuál pudiera ser el bien jurídico que se tutela por el delito contenido en el art. 286 bis CP, han surgido otras propuestas por parte de distintos autores en las que se barajan bien diversas perspectivas del mismo bien jurídico, bien diversos bienes jurídicos que pudieran resultar afectados, configurándose el tipo penal como pluriofensivo. Así, por ejemplo, Silva Sánchez<sup>44</sup> diferencia dos intereses protegidos diferentes dependiendo del concreto apartado del art. 286 bis al que nos refiramos; de este modo, la modalidad de *corrupción pasiva* contenida, tras la reforma de 2015, en el primer apartado del art. 286 bis, tendría como perspectiva preferente la *deslealtad interna* (*conductas internamente desleales*) que “perjudican a la empresa a la que los sujetos corruptos se hallan vinculados por lazos más o menos intensos de lealtad institucional”; por otro lado, en la *corrupción*

*activa*, apartado segundo del art. 286 bis, prevalecería la *deslealtad externa* (*conductas externamente desleales*) que perjudicarían los

... intereses de las empresas o particulares, que ofreciendo sus bienes y servicios sin acompañarlos de incentivos individuales injustificados, son preteridos a favor de aquellos que, aún ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio, sí incentivan administradores, directivos, empleados o colaboradores de la empresa receptora.

Son dos los aspectos que se deben analizar respecto de este planteamiento: por un lado, el relativo a la posible existencia de dos bienes jurídicos diferenciados en virtud de los distintos apartados del precepto que estamos analizando, lo cual resulta cuestionable, como incluso acepta el propio Silva Sánchez, quien reconoce que “no puede negarse que cada grupo de sujetos contribuye a la realización del hecho por parte del otro y que, en el caso de que el concierto acabe produciéndose, todos son responsables de todo”.<sup>45</sup>

La crítica principal que podría realizarse es que no se trata de dos hechos diferenciados contenidos cada uno de ellos en uno de los apartados del art. 286 bis, sino que hay un *único hecho*, pero contemplado desde distintas perspectivas, con lo cual resulta difícilmente sostenible la presencia de dos bienes jurídicos diferenciados.<sup>46</sup> Por otro lado, el segundo de los aspectos que resulta preciso analizar en relación con este planteamiento de bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares radica en que lo que se deriva no es un bien jurídico supraindividual o colectivo identificado como competencia leal, sino un bien jurídico más individual cual es los intereses patrimoniales, bien de la propia empresa, bien de los consumidores. Ello nos lleva a dos conclusiones: en primer lugar que de la forma de tipificación realizada por el legislador respecto del delito contenido en el art. 286 bis CP no puede sostenerse que la competencia leal sea el único, ni siquiera el principal bien jurídico protegido por cuanto las conductas reguladas carecen en su mayoría de potencialidad ofensiva

<sup>42</sup> Cfrs. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 277.

<sup>43</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 417.

<sup>44</sup> Cfrs. Silva Sánchez, “El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis)”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (direct.), Pastor Muñoz (coord.), La Ley, Madrid, 2011, pág. 420.

<sup>45</sup> Cfrs. Silva Sánchez, *ibidem*.

<sup>46</sup> En relación con este planteamiento, afirma Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *InDret*, 2/2013, pág. 13 que esta última afirmación de Silva Sánchez resulta plenamente acertada pero que “habría que añadir que todos son responsables de todo porque el hecho es el mismo para todos”.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

respecto del mismo y las que si podrían serlo (como aquellas derivadas del comportamiento del titular de la empresa) se encuentran excluidas de su ámbito típico; y, ello nos lleva a la segunda de las conclusiones que se derivan de este planteamiento, esto es, que nos encontramos ante un delito pluriofensivo donde lo que se protege inmediatamente son los intereses patrimoniales (de los competidores o de la propia empresa) y mediatamente el bien jurídico colectivo que pudiera ser la competencia leal. A este respecto son válidas las críticas que hemos realizado al analizar los intereses patrimoniales como bien jurídico protegido, por un lado, porque podría resultar contrario al principio de libertad de empresa y de mercado que no conlleva obligación alguna de dar un trato igualitario a los competidores, y por otra parte, porque el perjuicio causado a la propia empresa encuentra claramente acomodo en otros delitos contra el patrimonio como pudiera ser la administración desleal o la apropiación indebida.

Una doble perspectiva respecto del bien jurídico competencia leal, conlleva el planteamiento de Bolea Bardón,<sup>47</sup> al afirmar que

... lo que se intenta proteger a través de este delito es la afectación de la capacidad competitiva de la empresa ad extra y ad intra, esto es: por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado.

Nuevamente, los intereses de los involucrados (competidores y la propia empresa) en la realización de cualquier actividad de negocios pasan a constituir el eje central de la definición del interés objeto de protección de este delito. Incluso, la propia autora afirma que “la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato, que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y administrador, directivo, empleado o colaborador”.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, op. cit., págs. 13 y ss.; la misma, “El delito de corrupción privada”, op. cit., págs. 109 a 111.

<sup>48</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op.

En definitiva, según Bolea Bardón, no se estaría protegiendo la competencia en sí misma, ni la competencia en igualdad de condiciones, ni tampoco el buen funcionamiento del mercado, sino que esta protección penal

... sólo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del directivo, administrador, empleado o colaborador (afectación de la capacidad competitiva de la empresa a través de un acto de deslealtad).<sup>49</sup>

Por consiguiente, nuevamente el perjuicio de la empresa para la que trabaja aparece como elemento configurador del ilícito penal,<sup>50</sup> y ello porque, como señala, en las relaciones comerciales no concurre el principio de imparcialidad, que si se exige en la contratación pública,<sup>51</sup> de manera que el favorecimiento a una empresa frente a otra utilizando para ello criterios que se salgan de las reglas comerciales de la buena fe y del correcto funcionamiento del mercado, podrán configurar ilícitos administrativos o mercantiles, pero no ilícitos penales, y todo ello sobre la base de la *libertad de mercado* que implica la libertad de contratar la oferta menos ventajosa.<sup>52</sup> Todo ello le lleva a afirmar que los comportamientos susceptibles de ser sancionados como delito de corrupción entre particulares, en cuanto conlleva la afectación del patrimonio de la empresa para que los sujetos activos trabajen, entraría en concurso de leyes con el delito de administración desleal, que quedaría absorbido en virtud del principio de especialidad por el delito contenido en el art. 286 bis CP.<sup>53</sup>

cit., pág. 110.

<sup>49</sup> Cfrs. Bolea Bardón, *ibidem*; la misma, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, op. cit., pág. 14.

<sup>50</sup> De hecho, esta misma autora afirma categóricamente que desde su postura cabe sostener que no todo pago de comisiones que se realice para obtener una ventaja comercial constituye un delito de corrupción entre particulares, sino que “para que el hecho sea típico es necesario que el pago se realice en perjuicio de la empresa del sobornado”, cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 111.

<sup>51</sup> Extremo este que ya había sido puesto de relieve por Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, op. cit., págs. 69 y 72.

<sup>52</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-hacks*”, op. cit., págs. 76 y ss.

<sup>53</sup> Cfrs. Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op.

La pregunta es evidente, si los comportamientos regulados en el art. 286 bis ya encontraban acomodo en el delito de administración desleal, ¿para qué se sancionan específica y autónomamente? Si la respuesta radica en la protección de la competencia leal, como veremos, resulta necesaria una modificación de la tipificación realizada a fin de que efectivamente se sancionen conductas que conlleven una efectiva lesividad para el bien jurídico que se protege, y que ello no dependa en exclusiva de la afectación de intereses patrimoniales de los distintos sujetos involucrados.

## 2.4 Configuración como delito pluriofensivo

Las dificultades a la hora de identificar un único bien jurídico en el delito de corrupción entre particulares, incluso desde los planteamientos que enfocaban la protección de este interés desde diversas perspectivas, junto con el hecho de que, de un modo u otro, todos ellos se veían abocados al recurso de la afectación del patrimonio de la empresa o de los competidores como referente para la configuración del objeto de protección que se deriva de la concreta tipificación que en el art. 286 bis se ha realizado, ha determinado que un sector doctrinal considere que nos encontramos ante un delito pluriofensivo mediante el cual se están protegiendo diversos intereses.

De este modo, aceptan que la competencia leal es un bien jurídico necesitado de protección penal, pero no en todos los supuestos en los que concurran sobornos o comisiones se va a producir un menoscabo del mismo, con la suficiente gravedad y relevancia como para legitimar la tipificación penal, de manera que resultará preciso identificar otra serie de intereses o bienes que pretendan protegerse mediante la criminalización de este tipo de comportamientos.

Partiendo de este planteamiento, De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero<sup>54</sup> sostienen tanto que la competencia leal está necesitada de protección penal, como que los comportamientos tipificados concretamente en el art. 286 bis CP configuran prácticas incorrectas o ilícitas de concurrencia, pero ello, en principio, no justifica el recurso al derecho penal para su salvaguardia, dado que encuentra adecuada

cit., págs. 110 y 111, nota 32.

<sup>54</sup> Cfrs. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 286 y ss.

protección en la legislación administrativa y mercantil al respecto; y es por ello que consideran preciso que junto a esa afección de la competencia, reflejada en un menoscabo sustancial de la misma, concurran otra serie de elementos o intereses, como la infracción de deberes del sujeto activo (elemento que resultaría más cuestionable tras la reforma realizada por la LO 1/2015) y, además, *un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores o consumidores)*. De este modo, configuran el delito de corrupción entre particulares como pluriofensivo, donde la legitimidad de la intervención penal solo se derivará de la afección de los distintos intereses mencionados y que se protegen en el precepto.<sup>55</sup>

En similar sentido se pronuncia Gili Pascual, quien acepta igualmente que la competencia leal<sup>56</sup> es un bien jurídico legítimo que debe conllevar protección penal; tutela que puede derivarse del art. 286 bis, aunque sería de manera mediata, dado que la protección inmediata se predicaría de un bien jurídico individual, cual sería en su opinión los intereses legítimos de los competidores en el mercado.<sup>57</sup> A ello añade que la fidelidad hacia el empresario para el cual trabajan los sujetos activos, complementaría la protección de la competencia leal, entendiendo este deber de fidelidad como el *deber de protección del patrimonio del empresario*.<sup>58</sup> Desde este prisma, no todos los actos de corrupción que pudieran derivarse de la Ley de Competencia desleal, deben ser tipificados penalmente, dado que no conllevarían la suficiente potencialidad lesiva como para determinar su criminalización, sino solo aquellos que impliquen peligro o lesión (según los casos) para todos los intereses tutelados.<sup>59</sup> El resto de supuestos debería quedar relegado al ámbito administrativo o mercantil correspondiente.

De igual modo existen otros planteamientos pluriofensivos sostenidos por diversos autores que se basan en la misma existencia de los tres intereses

<sup>55</sup> Cfrs. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit., pág. 290.

<sup>56</sup> Así, Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 9, se refiere a la competencia leal, como *competencia económica*, entendiendo por tal el “conjunto de los principios concurrenciales del sistema económico establecido en la Constitución”.

<sup>57</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 20.

<sup>58</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 27.

<sup>59</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 35.

## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

ya señalados: la competencia leal, los intereses de la propia empresa y los intereses de los competidores, o bien, aquellas que sostienen que el bien jurídico protegido es la lealtad de la competencia, pero junto a ella se debe tutelar, al menos de forma indirecta, los intereses patrimoniales de los competidores y de los empresarios.<sup>60</sup>

Respecto de estos planteamientos pluriofensivos es preciso realizar algunas precisiones. En primer lugar, consideramos que, al referirse a los intereses de los competidores, en realidad, se está haciendo referencia a los intereses *patrimoniales* de aquellos sujetos que se ven desplazados en relación con una oferta o negocio cuando media algún tipo de ventaja, comisión o soborno por parte de alguno de los oferentes. De este modo, lo que sufriría el competidor excluido no sería una pérdida patrimonial, sino una frustración de sus expectativas de ganancias al verse apartado de la oferta; expectativa de ganancia que no constituye elemento del patrimonio y, consecuentemente, no puede provocar menoscabo del mismo. La única opción válida sería, entonces, considerar que la frustración de esa expectativa de ganancia (futura e incierta) constituye un interés patrimonial del competidor que debe ser protegido por el derecho penal, lo cual resulta cuanto menos cuestionable.

En segundo lugar, al referirse al los intereses de la propia empresa, también se está haciendo referencia a aquellos que tienen un contenido patrimonial, en el sentido de que el sujeto activo debe evitar producir un perjuicio al patrimonio de su empresa derivado de su opción por una oferta concreta, bien porque la comisión o soborno proceda del sobreprecio que se ha ofertado y aceptado, bien porque la oferta que se elija no se adecúe a las necesidades de la demanda e implique un sobrecoste para asumirla, etcétera. Resulta evidente, como ya hemos señalado reiteradamente, que en estos supuestos nos encontraríamos ante un delito de administración desleal que daría perfecta respuesta a los hechos realizados.

Es cierto, y así lo reconoce Martínez-Buján Pérez,<sup>61</sup> que esta interpretación pluriofensiva intenta tomar en consideración todos los elementos típicos

del delito de corrupción entre particulares, tal como aparecía regulado en su tipificación inicial, así como en la modificación de 2015 donde desaparecen algunos y aparecen otros nuevos, tratando de coordinarlos; sin embargo, aunque quizás sea la única opción interpretativa posible de la regulación existente en este momento, considera este autor que “se basa en un modelo de tipificación que resulta político-criminalmente insostenible”, por cuanto

... mezcla indebidamente dos bienes jurídicos diferentes: la competencia (sea como un bien jurídico institucional colectivo, sea como un bien jurídico individual representado por los intereses de los competidores, sea como la suma de los dos) o el patrimonio del titular de la empresa.

Cuando realmente en derecho comparado se reconocen modelos basados en alguno de estos bienes jurídicos, pero nunca en los dos.<sup>62</sup>

También como crítica a este planteamiento pluriofensivo, señala Feijóo Sánchez,<sup>63</sup> que desde este prisma podría correrse el riesgo de una aplicación del tipo penal extensiva y arbitraria al permitir tomar en consideración, de manera aleatoria, diversos aspectos que interesen respecto de cada caso en concreto a fin de sancionar conductas que, pudiendo ser poco éticas o incluso infringir la normativa relativa a la competencia, sin embargo no conlleven la gravedad y el desvalor necesarios que legitimen su sanción penal.

Ante esta situación de debate en la doctrina respecto a cuál o cuáles puedan ser los bienes o intereses objeto de tutela penal en relación con el delito de corrupción entre particulares contenido en el art. 286 *bis* CP, consideramos que resultaría necesario, a modo de

<sup>60</sup> Vid., por todos. Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 271.

<sup>61</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 416; el mismo, “La corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 701; Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 271.

<sup>62</sup> Efectivamente, en el derecho alemán existe un amplio consenso doctrinal respecto a que el bien jurídico protegido en el § 299 StGB (corrupción y sobornos en las relaciones comerciales) lo constituye la competencia leal como interés supraindividual, siendo mayoritaria la doctrina que entiende que se configura como un delito de peligro abstracto al no requerir el tipo penal ni la efectiva lesión de los intereses patrimoniales de los competidores ni de los de la propia empresa; mientras que la vertiente patrimonialista, entendida como la protección del patrimonio de la propia empresa, del bien jurídico tiene su paradigma en el derecho italiano, donde ha recibido amplias críticas de la doctrina. Sobre la situación en Derecho comparado, vid. De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordeiro, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”, op. cit.; Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, op. cit.

<sup>63</sup> Cfrs. Feijóo Sánchez, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico”, op. cit., pág. 169.

conclusión y de toma de postura al respecto, tratar de identificar cuál debiera ser efectivamente el bien jurídico que debería protegerse, si la regulación actual responde adecuadamente a esa necesidad de protección, y si efectivamente es necesaria una regulación específica en esta materia.

### 3. La identificación del objeto de tutela del delito de corrupción entre particulares como fundamento de su legitimación penal

Como punto de partida consideramos que es preciso señalar que la existencia de un mandato europeo de incriminación penal de determinados comportamientos, en el caso concreto de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativos a la corrupción privada, o entre particulares o en los negocios, conlleva un compromiso de implementación del mismo para los Estados Miembros en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Pero ello no implica que esta incorporación tenga que ser automática, aséptica y acrítica, sino que, por el contrario, el legislador nacional debe asegurarse de la legitimidad de esta incriminación a la luz de los principios informadores del *ius puniendi* que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, así como del respeto de los derechos y garantías recogidos en nuestra Constitución. Por tanto, implica una obligación de armonizar el mandato normativo de la Unión Europea con nuestro ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, de otorgar legitimidad primero a cualquier incriminación que se realice *ex novo* en nuestro Código penal y, segundo, a la concreta regulación que de la misma se realice. O, lo que es lo mismo, es preciso encontrar un referente válido que legitime la criminalización de los concretos comportamientos en cuestión, referente que no puede ser otro que el bien jurídico protegido, así como una tipificación concreta que represente al menos una potencial lesividad respecto de ese bien jurídico. No puede ni debe aceptarse otro planteamiento en un Estado de derecho como el nuestro.

Estas exigencias, que son predicables respecto de la incorporación de cualquier tipo delictivo a nuestro ordenamiento jurídico penal, lo son igualmente respecto del delito de corrupción entre particulares. Debemos comenzar, por tanto, identificando, cual debería ser (prisma totalmente diferente al que hemos analizado hasta este momento que se centra en lo que

es, esto es, en lo que se deriva de la concreta regulación existente tras las LLOO 5/2010 y 1/2015), el interés o bien susceptible de protección en este ámbito, cómo podría verse lesionado el mismo y si la regulación existente responde a estas exigencias de lesividad o si debiera recurrirse a otra forma de tipificación a fin de dar respuesta adecuada y legítima al mandato derivado de la mencionada Decisión Marco. Pero vayamos por partes.

Señala acertadamente Gili Pascual<sup>64</sup> que resulta significativo que de los autores que analizaron la posible incorporación de este delito a la luz de las exigencias derivadas de la Acción Común del Consejo 1998/742/JAI, de 22 de diciembre, sobre corrupción en el sector privado (hoy derogada), solo Faraldo Cabana se pronunciase a favor de su incorporación considerando que conllevaría un valioso efecto preventivo, mientras que tanto Nieto Martín como De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero centrasen sus trabajos en tratar de justificar su incorporación atendiendo fundamentalmente a la necesidad de una clara restricción de su aplicación y de su contenido,<sup>65</sup> y que lo debe tenerse presente es que, aunque la eficacia preventiva de una norma no deba ser despreciada o desvalorada, lo que “deber considerarse de todo punto censurable, por contraproducente, es la incursión en el terreno del mero Derecho penal simbólico”.<sup>66</sup>

En definitiva, se hace preciso, en relación con la legitimidad del delito de corrupción entre particulares, conjugar varios aspectos: identificar un interés

<sup>64</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 10.

<sup>65</sup> Así, señala Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., págs. 10 y 11, nota 32, que De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, propugnaron una tipificación en clave reforzada en la que, junto con la infracción de deberes y el menoscabo sustancial de la competencia se exigiese la verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores, consumidores...) derivando el resto de comportamientos desleales a las esferas civil o administrativa, al menos en tanto no quedase demostrada su ineficacia desde el punto de vista preventivo; mientras que Nieto Martín, se opuso a la introducción de este delito tal y como se proponía, considerando que debía orientarse en clave patrimonial, como figura más similar a la administración desleal que a un delito contra la competencia.

<sup>66</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 11 y ss., donde pone de ejemplo la experiencia alemana, donde, incluso admitiendo que las conductas de corrupción se consideran especialmente corrosivas y devastadoras para el sistema económico, las sentencias recaídas por ese concepto son meramente testimoniales, siendo en realidad el delito de Administración desleal (*Untreue*) del §266 StGB, el que termina aplicándose en estos supuestos.



## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

merecedor de protección en este ámbito, establecer qué tipo de comportamientos pudieran resultar lesivos para el mismo, identificar si la solución del conflicto puede venir por otra vía o es necesario el recurso al derecho penal (principio de intervención mínima) o si la respuesta penal ya existiese, establecer una tipificación que respete los principios informadores de nuestro derecho penal, incluido el principio de lesividad, y que no suponga una mera manifestación del derecho penal simbólico.

Tal como hemos ido poniendo de relieve al analizar las distintas posturas que se sostienen por la doctrina en relación con el bien jurídico protegido que se deriva, o parece derivarse de la concreta regulación que contiene nuestro Código penal, resulta evidente que la vertiente patrimonialista del mismo, tanto se considere como único bien a proteger como se configure como pluriofensivo, no resulta sostenible por innecesaria, por un lado, y por carente de lesividad y legitimidad, por el otro. Efectivamente, señalábamos que los planteamientos patrimonialistas podían centrarse en dos, bien separados, o bien unidos a otros: la protección de los intereses patrimoniales de la propia empresa, y la protección de los intereses patrimoniales de los competidores.

Respecto del primero de ellos (los intereses patrimoniales de la propia empresa), necesariamente sería preciso acreditar que la conducta del sujeto activo (administrador, directivo, empleado o colaborador de la empresa) podría resultar lesiva para el patrimonio de la misma, siendo idónea para producirle un perjuicio patrimonial, entendido este como menoscabo efectivo del patrimonio y no como mera frustración de las expectativas. Es decir, se sancionarían penalmente aquellos comportamientos en los cuales el sujeto activo aceptase ventaja, comisión o soborno para aceptar una determinada oferta, y que ello pudiera implicar un directo perjuicio para el patrimonio de la empresa para la que trabaja; sería, por ejemplo, el supuesto del *kick-back*, en el cual el sujeto activo pacta con un ofertante un precio de venta muy elevado, y posteriormente recibe el monto de la diferencia respecto del precio regular de compra. El perjuicio patrimonial para la empresa es evidente por cuanto paga una cantidad mayor de la que debiera, pero es que este tipo de comportamientos ya encuentra acomodo en el delito de administración desleal, sin que sea precisa una criminalización autónoma de estos

comportamientos, que lo único que van a provocar es la existencia de problemas concursales absolutamente innecesarios.<sup>67</sup>

En relación con los intereses patrimoniales de los competidores, como ya hemos señalado reiteradamente a lo largo de este trabajo, tampoco puede mantenerse como bien objeto de tutela por cuanto los comportamientos que pretenden sancionarse no conllevarían la posibilidad de un efectivo menoscabo de su patrimonio, sino, todo lo más, la frustración de unas potenciales expectativas de ganancias (el hecho de que no existiese ninguna ventaja, comisión y soborno, tampoco aseguraría que fuese la opción elegida) que no son susceptibles de protección por el derecho penal. Otro planteamiento determinaría, en nuestra opinión, una clara lesión de la libertad de mercado, que permite a las empresas contratar con quien consideren oportuno sean las que sean las razones que los llevan a ello.<sup>68</sup>

Tampoco consideramos que sea sostenible que el bien jurídico protegido deba serlo el deber de fidelidad respecto del titular de la empresa para la que se trabaja, en primer lugar porque ello implicaría la exigencia de una afección del patrimonio del empresario o de la empresa que, como ya hemos señalado reiteradamente, nos conduciría a un delito de administración desleal; en segundo lugar, porque dejaría sin contenido el delito corrupción activa (dado que los competidores que realizan la oferta de la ventaja, comisión o soborno, obviamente no pueden infringir ningún deber de lealtad), y, por último, porque la reforma de 2015 elimina de la descripción típica la exigencia de que concurra un incumplimiento de obligaciones por parte del empleado que acepta la comisión, ventaja o soborno.

Eliminada la posibilidad de que los bienes jurídicos mencionados puedan constituir el interés objeto

<sup>67</sup> Cfrs. en el mismo sentido, García Albero, “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, op. cit., pág. 555. De otra opinión, Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 114, donde señala que el art. 286 *bis* CP dispone de un ámbito de aplicación propio pero que este es “muy reducido, pues únicamente cuando la conducta de favorecimiento (indebido) vulneradora de las reglas de libre competencia es idónea para perjudicar los intereses de la empresa para la que se trabaja, cabe apreciar el delito previsto en el Art. 286 bis”.

<sup>68</sup> Obviamente, siempre que la opción sea realizada de manera libre y voluntaria, dado que si concurre en la elección algún tipo de presión que conlleve violencia o intimidación, nos encontraríamos de lleno en otros tipos penales, como amenazas, coacciones, etcétera.

de tutela en el delito de corrupción entre particulares, la única opción que pudiera parecer viable a la hora de sancionar estos comportamientos sería la de entender que el bien jurídico que se protege es la competencia leal, si es que realmente fuera precisa su incriminación, lo cual ya resulta altamente discutible; o lo que es lo mismo, como señala Martínez-Buján Pérez<sup>69</sup> “es obvio que debe optar por el modelo basado en la afectación de la competencia”, por cuanto sería el único que podría revestir las características de legitimidad necesarias como para que se le otorgase una protección penal *ex novo*, por no existir hasta el momento.

Ahora bien, esta nueva tipificación debe incorporar a la descripción típica elementos que denoten una efectiva afectación de ese bien jurídico entendido como “conjunto de los principios concurrenciales del sistema económico establecidos en la Constitución”.<sup>70</sup> Como punto de partida en relación con esta tipificación, debemos señalar que la doctrina ha identificado dos ideas centrales al definir la competencia como objeto de protección: que la competencia perfecta o pura no existe,<sup>71</sup> y que su protección solo es posible desde lo establecido en nuestro texto constitucional,<sup>72</sup> y todo ello conduce a que es preciso respetar la libertad de mercado, de los agentes económicos, y de los consumidores. Por tanto, solo aquellos comportamientos que implicaran una grave distorsión del correcto funcionamiento del mercado y de las reglas de la buena fe, y que, con ello, pusieran en peligro la competencia serían susceptibles de poder ser sancionados penalmente. O, lo que es lo mismo, la grave distorsión del correcto funcionamiento del mercado y de las reglas de buena fe, debería ser uno de los elementos esenciales de la descripción típica.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Cfrs. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico*, 6ª ed., op. cit., pág. 416.

<sup>70</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 9.

<sup>71</sup> Cfrs. Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea*, Álvarez García (direct.), Valencia 2009, pág. 499, con cita de numerosa doctrina mercantilista.

<sup>72</sup> Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, op. cit., pág. 274.

<sup>73</sup> Para Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 508, nota 53, esta grave alteración de la competencia constituye uno de los requisitos básicos para la configuración de un tipo penal que proteja la competencia leal en el ámbito privado, basándose para ello en el planteamiento sobre el § 299 StGB, que se realizan en Schöncke/Schröder, *Comentarios al StGB*, 27ª edición, §§ 299 StGB: “El

En segundo lugar, si lo que se está protegiendo real y exclusivamente, por ser el único planteamiento legítimo, es la competencia leal, libre y honesta, deberían incluirse dentro del círculo de sujetos activos del delito todos aquellos que, de manera clara e innegable, tuvieran potencialidad para lesionar el mismo. Y si hay algún sujeto que, como hemos dicho anteriormente, reúne las competencias necesarias para poder realizar comportamientos que afecten el interés a proteger, es justamente el titular de la empresa o empresario que reviste posición de garante en relación con la competencia leal; y, obviamente, junto a él todos aquellos que de algún modo pudieran lesionarla.

Si lo que se pretende con esta concreta tipificación es evitar la vulneración de las reglas de buena fe reguladoras del mercado y respetar la eficiencia como criterio de selección de ofertas de productos y servicios, resulta innegable que la conducta del titular del negocio que acepta ventajas, comisiones o sobornos para elegir una de las ofertas frente a otras, ejecuta un comportamiento tan lesivo como el de sus empleados, directivos o colaboradores, sin que pudiera alegarse, respecto de él, la libertad de mercado por cuanto esta afectaría también al resto de sujetos activos si incluidos en la descripción típica;<sup>74</sup> siempre y cuando no quebranten o actúen en contra de la voluntad del empresario; y si lo hicieran, no vulnerarían con ello la competencia leal, sino un presunto deber de fidelidad hacia el mismo, que en el caso de conllevar un contenido patrimonial debería reducirse al delito de admi-

concepto de deslealtad es independiente de otras ramas del ordenamiento... A la vista de los intereses protegidos se trata de la conservación de la equidad [justicia] vinculada a las condiciones de libre competencia en el mercado que, junto a los intereses de los competidores, se ponen en peligro por la intromisión de factores espurios de decisión, o capaces de incidir en la pureza [limpieza] de las condiciones de la competencia... “Desleal” es por tanto una decisión que se adopta o se encuentra dirigida o inducida por la ventaja legalmente exigida por el tipo penal... Quedan por tanto excluidos pequeños detalles, regalos promocionales o invitaciones a almuerzos o comidas que no implican favorecimientos espurios en tanto en cuanto carecen de virtualidad para inducir a decisiones comerciales relevantes; igualmente se excluyen rebajas de precio a salvo aquellas que no guarden relación o referencia razonable con el valor del producto o mercadería... Por principio tampoco han de resultar relevantes determinados gastos para la promoción o el mantenimiento de un “buen clima de negocio” siempre que los mismos se mantengan en un marco razonable desde el punto de vista de la competencia... Resulta asimismo irrelevante para su imputación que el responsable de la empresa tenga conocimiento del pago de dinero “negro”...

<sup>74</sup> Cfrs. Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, op. cit., pág. 13.

### A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

nistración desleal, y de no llevarlo, debería tratarse como un mero incumplimiento patrimonial.

Con la inclusión de los elementos que acabamos de mencionar sería posible sustentar una tipificación legítima del delito de corrupción entre particulares respondiendo al modelo competencial.<sup>75</sup> Ahora bien, esta no es la tipificación existente en nuestro Ordenamiento jurídico; de hecho, el art. 286 bis CP, ni exige grave distorsión alguna del mercado o de las reglas de competencia, ni incluye al titular de la empresa como posible sujeto activo de este delito; con lo cual, y sobre la base de todo lo expuesto, difícilmente podrá sostenerse que el bien jurídico concretamente protegido en el delito de corrupción entre particulares, según su regulación actual, viene constituido por la competencia leal, libre y honesta.

Con base en la situación expuesta, afirma Ventura Püschel<sup>76</sup> que

... tan sólo cabe concluir una de estas dos cosas: o en realidad, y en contra de lo que se afirma, se ha optado por un modelo político criminal de ampliación de la protección penal del patrimonio —de los empresarios y respecto de conductas lesivas del mismo por parte de los empleados en connivencia con otras empresas— (i), o son parámetros ajenos al concepto de bien jurídico y próximos a la ética (a la falta de ética de los trabajadores) los que han terminado por primar en la decisión de extender el transversal fenómeno de la corrupción a la incriminación del soborno “entre particulares” con una (político criminalmente) intencionada omisión de la corrupción “entre empresarios” (ii). Si estamos ante el primer supuesto, parece claro que se ha errado en la técnica de tipificación debiendo haberse optado, en su caso, por incorporar las conductas de pago o recepción de sobornos (o su tentativa por medio del simple ofrecimiento/promesa, o solicitud/aceptación de los mismos) como una modalidad específica de administración desleal en el ámbito de los delitos societarios”.

Mientras que

... si se trata de la segunda hipótesis, algo no descartable a la vista de la adopción del llamado modelo alemán

para la supuesta armonización de los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, sucede que, más allá de la total ausencia de justificación de la necesidad de la medida, en aras a la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia a que se refiere el Art. 2 del TUE; y más allá, también, del carácter “simbólico” de semejante armonización, según ya he dicho anteriormente, estaría servida la crítica sobre el carácter sectario o parcial de la que se dice política criminal común, más atenta al enriquecimiento injusto de los empleados de los empresarios que a la efectiva distorsión del mercado por parte de los mismos (con idéntico fin).

#### 4. A modo de conclusión

Junto a todo lo expuesto en relación con la legitimidad de la intervención penal en esta materia que puede derivarse de la identificación de un concreto y específico objeto de tutela, se unen, aunque no son objeto de este trabajo, numerosos aspectos altamente cuestionables en relación con la concreta regulación típica que se ha realizado de esta figura delictiva contenida en el art. 286 bis CP, que se manifiestan en una altamente deficiente técnica legislativa. Así, por ejemplo, la exclusión del titular de la empresa del círculo de posibles sujetos activos del delito, la regulación de las conductas realizadas por los colaboradores, la indeterminación e incluso superposición de alguna de las conductas típicas contenidas (evidentemente quien recibe, previamente ha aceptado o solicitado), la indeterminación del objeto material del delito en relación con su carácter injustificado, el adelantamiento de la intervención penal al no exigir la concreta aceptación, recepción o entrega de la dádiva, sino el mero ofrecimiento o promesa de recibirlos, a lo cual se une un complejo elemento subjetivo del injusto.

Hasta este momento lo que en mi opinión ha quedado claro del análisis realizado, que se podría completar con las deficiencias indicadas, es que el que pareciera ser el único interés legítimo de protección no parece protegerse, al menos de forma directa en este precepto, sino que, de una u otra manera se acaba haciendo referencia a intereses patrimoniales, bien de terceros, bien de la propia empresa, como fundamento de esta intervención penal.

Ello nos lleva a terminar el presente trabajo con una nueva cuestión: ¿era realmente preciso tipificar

<sup>75</sup> Estas dos notas son las incluidas en la propuesta de tipificación que realiza Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit., págs. 512 y 513.

<sup>76</sup> Cfrs. Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 509.

un delito de corrupción entre particulares que respondiera al mandato normativo de la Unión Europea? En contra de esta tipificación específica ya se habían pronunciado numerosos autores desde la Acción Común de 1998 hasta la reforma penal de 2015, pasando por la Decisión Marco de 2003 y la reforma penal de 2010 que introdujo este delito.<sup>77</sup> En esta misma línea, Muñoz Cuesta<sup>78</sup> se cuestiona la necesidad y legitimidad de este precepto en el que se sancionan conductas tan frecuentes y asumidas por la sociedad como entregar regalos, dádivas o hacer ofrecimientos de tipo económico a los responsables de empresas o entidades privadas por parte de vendedores de mercancías o prestadores de servicios para que sean ellos los elegidos, dado que “no es más que una parte del negocio de los afectados que en nada interesa a terceros y menos aún afecta en modo alguno a la estructura básica de un Estado”.<sup>79</sup>

Es preciso aceptar que los comportamientos corruptos en el sector privado son susceptibles de afectar a la competencia leal en tanto que pudieran distorsionar o perturbar el correcto funcionamiento del mercado y las reglas de competencia; la discusión no es esa, la discusión se centra en si los comportamientos descritos de actuaciones contrarias a la buena fe en el ámbito de la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, revisten la suficiente gravedad como para legitimar la intervención penal, por encima de otros medios como el derecho mercantil o el administrativo. De este modo, cuando la normativa extrapenal resulta suficiente y adecuada para proteger el bien o interés colectivo, como es la competencia, lo que efectivamente ocurre en este caso, el recurso a la in-

tervención penal para la protección de estos intereses es claramente contrario al principio de subsidiariedad.

La opción por tanto es clara. En nuestra opinión, solo aquellos supuestos de prácticas competitivas en el ámbito del mercado que impliquen una grave distorsión y alteración del correcto funcionamiento del mismo, tendrían la legitimidad suficiente como para poder ser sancionadas penalmente; y resulta claro que estos casos no son los que habitualmente se producen. En el resto de los casos, la vía de solución del conflicto estaría en el ámbito jurídico extrapenal, o bien, si existiese algún tipo de perjuicio para los intereses patrimoniales de la empresa para la cual trabaja el sujeto activo, estos comportamientos deberían sancionarse por la vía del delito de administración desleal.<sup>80</sup> Y resulta innegable que la vertiente patrimonialista del bien jurídico se encuentra presente en todas las posturas doctrinales al respecto, y más concretamente, la relativa a los intereses patrimoniales de la propia empresa para la cual trabaja el sujeto activo. Consecuentemente, quizás no quede más remedio que afirmar lo que venimos anunciando a lo largo de todo este trabajo, que la incorporación de un nuevo delito de corrupción entre particulares era del todo innecesaria por falta de lesividad en la mayor parte de los comportamientos regulados respecto de un bien jurídico colectivo, y por encontrar acomodo en otros tipos penales la protección del aspecto individual como los intereses patrimoniales de los empresarios.

## 5. Bibliografía

Benito Sánchez/Cerina, “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma”, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código penal*, Diego-Díaz

<sup>77</sup> Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit.; el mismo, “La corrupción entre particulares”, op. cit., De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado”; Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit.; Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, op. cit.

<sup>78</sup> Cfrs. Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares”, op. cit., pág. 1.

<sup>79</sup> Así, señala concretamente que, “si un adquirente de mercancías de una empresa en la que todos sus socios están de acuerdo en recibir regalos de cuantía importante para contratar el suministro con una determinada persona física o jurídica y no con otra que fabrica los mismos productos, ¿por qué ha de inmiscuirse el Estado con la amenaza del Derecho penal para impedir esa contratación?, ¿no puede ser simplemente que a los contratantes les interesan esos regalos para así satisfacer sus deseos de negocio y ello forma parte de la finalidad que persiguen?”, cfrs., Muñoz Cuesta, *ibidem*.

<sup>80</sup> Cfrs. Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado...”, op. cit., págs. 68 y 69, donde propone la creación de un delito de *administración desleal mediante el pago de sobornos* y de uno paralelo de *administración desleal mediante la recepción de sobornos*. Una línea similar es la que existe en el ordenamiento austriaco, donde desde 1987 existe un tipo denominado “aceptación de ventanillas indebidas por parte del representante” (§153a StGB austriaco); y, más recientemente, el legislador italiano, en una reforma de los delitos societarios realizada en 2002, ha incorporado un nuevo tipo penal de la “infidelità a seguito di dazione o promessa di utilità” (Art. 2635 del Código civil reformado); vid., al respecto, Foffani, “La corrupción privada”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pág. 387.



## A propósito de la legitimidad del delito de corrupción entre particulares

- Santos/Matellanes Rodríguez/Fabián Caparrós (coords.), Salamanca 2009.
- Blanco Cordero, “La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario La Ley*, n° 7534, 2010.
- Bolea Bardón, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *In-Dret*, 2/2013.
- \_\_\_\_\_, “El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*”, en Castro Moreno/Otero González (direct.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación público y privada*, Dykinson, Madrid, 2016.
- Castro Moreno, “Corrupción entre particulares”, en *Memento Experto Francis Lefebvre, Reforma penal, Ley Orgánica 5/2010*, ORTIZ DE URBINA (coord.), n° 2732, 2010.
- De la Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir, Madrid 2003.
- Encinar Del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, 2016.
- Faraldo Cabana, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios penales y Criminológicos*, t. XXIII, Santiago, 2002.
- Feijóo Sánchez, “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/Miró Llinares (edit.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013.
- Foffani, “La corrupción privada”, en *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapatero/Nieto Martín (coords.), Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.
- Galán Muñoz, en Galán Muñoz/Nuñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- García Albero, “Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentario de la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares (direct.), Pamplona, 2015.
- Gil Nobajas, “El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015).
- Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico del delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, n° 19, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-hacks: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 109, 2013.
- González Rus, “Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societario por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código penal”, en Benítez Ortuzar (coord.), *Reforma del Código penal: Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2008.
- Kindhäuser, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política criminal*, n° 3, 2007, A1, [<http://www.politicacriminal.cl>], ult. consulta. 12-enero-2018.
- Koepsel, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm*, V&R Unipress, Osnabrück, 2006.
- Martínez- Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 6ª ed., Valencia, 2019.
- \_\_\_\_\_, “La corrupción entre particulares (Art. 286 bis del Código penal español)”, en *Libro Homenaje a Rodríguez Ramos*, ALVAREZ GARCIA Y OTROS (coords.), Valencia, 2013
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal económico. Parte Especial*, Valencia 1999.
- Mendoza Calderón, “La corrupción en el sector farmacéutico: análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el Derecho penal español”, en *Revista General del Derecho*, n° 27, 2017, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).
- Morales Prats/Morón Lerma, “Corrupción entre particulares (comentario al Art. 286 bis del CP)”, en



- La corrupción a examen*, Cizur-Menor (Navarra), 2012.
- Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª ed., Valencia 2015.
- Muñoz Cuesta, “La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2001, Cizur menos, 2011.
- Navarro Massip, “El delito de corrupción entre particulares”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11/2011.
- Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)”, en *Revista penal*, nº 10, 2002.
- Santana Vega/Gómez Martín, “Arts. 278-289”, en *Comentarios al Código penal, Reforma 5/2010*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (direct.), Valencia, 2011.
- Silva Sánchez, “El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis)”, en *El nuevo Código penal, Comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (direct.), Pastor Muñoz (coord.), La Ley, Madrid, 2011.
- Ventura Püschel, “Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea*, Álvarez García (direct.), Valencia 2009.