

BASES PARA LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO TÍPICO EN EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA *

Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal
según el Proyecto de reforma de 2007¹

Antoni Gili Pascual

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Illes Balears

GILI PASCUAL, Antoni. Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-13, p. 13:1-13:35. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-12 (2007), 31 dic]

RESUMEN: Con el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal remitido al Congreso en diciembre de 2006, el pre-legislador español se hizo eco por primera vez de las exigencias supranacionales que desde hace algún tiempo le vienen obligando a la tipificación penal de las conductas de corrupción activa y pasiva privadas (particularmente, de las en último lugar contenidas en la Decisión Marco 2003/568, de 22 de julio). Con ello se inició

el proceso para el alumbramiento de una figura con nula tradición en nuestro Derecho punitivo.

El presente trabajo analiza las pretensiones de tutela que informan los instrumentos supranacionales aludidos, a los que el legislador español pretende dar satisfacción, concretando en especial los límites dentro de los que la *Competencia* puede ser considerada como *bien jurídico penal* legítimo. A continuación, se contraponen los resultados con lo efectivamente seleccionado por la concreta descripción legal del nuevo art. 286 bis, prestando particular atención a los elementos de *infracción de deber* que ésta incorpora y a las implicaciones que ello comporta para el ámbito típico. Este proceso discurre especialmente atento a los modelos de tipificación comparados más afines (particularmente, el contenido en el § 299 alemán).

Las conclusiones alcanzadas sientan las bases para la interpretación –necesariamente restrictiva– de la

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ 2007-67071/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica) y cofinanciado con fondos FEDER.

¹ **Abreviaturas.** AC: Acción Común; AE: Alternativ Entwurf; DM: Decisión Marco; EPC: Estudios Penales y Criminológicos; KorrBekG: Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (1997); LCD: Ley de Competencia Desleal (1991); PLOMCP: Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (B.O.C.G. 15 enero 2007); RP: Revista Penal (La Ley); UWG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (1909); WRP: Wettbewerb in Recht und Praxis; wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht.

nueva figura, bases cuya validez teórica trasciende la concreta redacción hoy contenida en el novedoso artículo 286 bis del PLOMCP para proyectar su utilidad hacia el análisis de la regulación que eventualmente pueda derivar de ésta o de cualquier otra futura tentativa de tipificación de estas conductas.

PALABRAS CLAVE: Acción Común 1998/742 JAI; Anteproyecto de Modificación parcial del Código penal (julio 2006); Cohecho en el tráfico

económico; Competencia Desleal; Corrupción activa privada; Corrupción entre particulares; Corrupción pasiva privada; Criminal Law Convention on corruption, STE nº 173; Decisión Marco 2003/568 JAI; Delitos relativos al mercado y a los consumidores; Derecho de la Competencia; Derecho penal económico; Proyecto de L.O. de modificación del Código penal (B.O.C.G. 15 enero 2007).

Fecha de publicación: 31 diciembre 2007

SUMARIO: 1. Génesis del proyectado artículo 286 bis CP. La obligatoriedad de una nueva previsión penal. 2. Voluntas legislatoris. La tutela penal de la competencia leal. 2.1. La finalidad de la norma. 2.2. La competencia como bien jurídico. Contenido y legitimación. 2.3. ¿Necesidad de intervención penal? 2.4. Imprecisión del bien jurídico Competencia. 3. Voluntas legis. La descripción típica: ¿Tutela de la competencia en sentido estricto o escora del delito de “corrupción entre particulares” hacia el modelo de infracción de deberes? 3.1. Competencia y competidores. 3.2. Consumidores. 3.3. Titular de la empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización a la que pertenece el corrupto. 3.3.1. Exclusión del empresario como sujeto activo en la corrupción pasiva. 3.3.2. Los criterios de menor gravedad de la conducta. 3.3.3. “Incumplimiento de obligaciones” como elemento típico. 3.3.3.1. Significado. 3.3.3.2. Ilegitimación del vínculo de fidelidad como bien jurídico penal. 3.3.3.3. ¿Tutela penal de la organización funcional de la empresa? 3.3.3.4. El empresario, ¿parte del objeto tutelado? 3.3.3.4.1. La aceptación de ventajitas por parte del empleado con conocimiento/consentimiento del principal. 3.3.3.4.2. ¿Adscripción del componente de “infracción de deber” al solo desvalor de acción? 4. Voluntas legis vs. Voluntas legislatoris. Consecuencias en la identificación del bien jurídico protegido y en la configuración del ámbito típico.

1. GÉNESIS DEL PROYECTADO ARTÍCULO 286 BIS CP. LA OBLIGATORIEDAD DE UNA NUEVA PREVISIÓN PENAL

En julio de 2006 el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de modificación parcial del Código Penal vigente en el que, entre las abundantes novedades destacables contempladas, se contaba la de la inclusión *ex novo* de una figura delictiva que tipificaba por primera vez los comportamientos comúnmente conocidos como de *corrupción privada*. A dicha figura, cuya redacción ha mantenido intacta el Proyecto de Ley Orgánica remitido al Congreso en diciembre de 2006², se le procura acomodo en una nueva Sección, la 4ª del Capítulo XI del Título XIII, diseñada al efecto. En ella, y bajo la rúbrica *De la corrupción entre particulares*, el nuevo art. 286 bis dispone:

1. *Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una socie-*

² B.O.C.G. de 15 de enero de 2007.

dad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valore del beneficio o ventaja.

2. *Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.*
3. *Los Jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponerla pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.*

La irrupción de esta nueva figura, de nula tradición en nuestro derecho punitivo (y en general, hasta hace poco, en todo el ámbito meridional europeo), no es producto de la sensibilidad del prelegislador hacia ninguna suerte de clamor social o doctrinal interno, sino que responde a la necesidad de dar satisfacción a las exigencias de instancias supranacionales. Y es que, a este último nivel, parece haberse desatado en los últimos años una cruzada internacional contra la corrupción³ a juzgar por el número de instrumentos internacionales promovidos⁴, algunos de los cuales, y muy en particular los habidos en el seno de la Unión Europea, marcan hoy la agenda del legislador penal español que, como es sabido, desde hace tiempo no se nutre ya únicamente de iniciativas netamente domésticas.

Al margen del compromiso del Estado español en otras instancias⁵, el primer ins-

³ Cruzada -como todas- no exenta del riesgo de incurrir en fundamentalismo: FOFFANI, L., *La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado*, RP, n° 12 (2003), p. 61, n.1.

⁴ Una visión general sobre los mismos puede verse en HUBER, B., *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional*, RP, n° 11, (2003), p. 41 ss.

⁵ El 15 de mayo de 2005 España firmó el Convenio Penal del Consejo de Europa contra la corrupción, de 27 de enero de 1999 (Criminal Law Convention on corruption, STE n° 173).

Según su **artículo 7º**, dedicado a la corrupción activa en el sector privado (*active bribery in the private sector*):

“Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para establecer como infracciones penales según su derecho nacional, los comportamientos intencionales y en el ámbito comercial consistentes en prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente cualquier ventaja indebida, para sí o para tercero, a una persona que dirija o trabaje para una entidad en el sector privado, con el fin de que ésta realice o se abstenga de realizar un acto que infrinja sus deberes”.

El **artículo 8º**, referido a la corrupción pasiva (*passive bribery in the private sector*), constituye el exacto correlato del anterior:

“Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para establecer como infracciones penales según su derecho nacional, los comportamientos intencionales y en el ámbito comercial consistentes en la solicitud o recepción por parte de una persona que dirige o trabaja para una entidad en el

trumento por el que España quedaba efectivamente obligada a introducir entre sus previsiones penales las conductas de corrupción en el sector privado vino dado por la Acción Común del Consejo 1998/742 JAI, de 22 de diciembre⁶.

Tal instrumento jurídico compelió a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que las conductas de corrupción (pasiva y activa) en el sector privado⁷, incluyendo la complicidad e instigación a las mismas, fuesen tipificadas como infracciones penales (arts. 2.2 y 3.2 Acción Común) y objeto de sanciones de dicha naturaleza eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyesen, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que pudieran dar lugar a la extradición (art. 4.1 AC)⁸. Para garantizar la efectividad real de dichas previsiones, se exigía, asimismo, la adopción de las medidas oportunas para asegurar que las personas jurídicas pudiesen ser consideradas responsables de los actos de corrupción activa (artículos 5º y 6º).

La Acción Común mencionada estableció un plazo de dos años para que los Estados miembros presentasen sus propuestas de aplicación (art. 8º). Pero puede decirse que las obligaciones contenidas en ella pasaron poco menos que desapercibidas en nuestro país, pues dicho plazo, que expiró el 31 de diciembre de 2000, transcurrió para España sin que hubiesen obtenido atención legal alguna ni, en otro orden de cosas, tampoco un excesivo eco doctrinal⁹.

La rápida evolución del denominado “Tercer Pilar” desde que con su introducción

sector privado, directamente o por medio de terceros, de una ventaja indebida o en la aceptación de su oferta o promesa, para sí o para un tercero, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto que infrinja sus deberes”.

Por su parte, el art. 15 requería la sanción penal de la cooperación e inducción en relación con los anteriores comportamientos.

* Con todo, debe señalarse que la Convención contempló la posibilidad de que los Estados se reservasen su derecho a no tipificar penalmente, entre otros, los comportamientos descritos (art. 37).

⁶ Acción Común 1998/742/JAI, sobre corrupción en el sector privado (DOL 31 diciembre 1998, núm. 358).

⁷ Tales conductas quedaban definidas del siguiente modo:

Artículo 2. (Corrupción pasiva en el sector privado)

1. *A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.*

2. (...)

Artículo 3. (Corrupción activa en el sector privado)

1. *A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.*

2. (...)

⁸ En los casos menos graves se permitía, no obstante, el establecimiento de sanciones de naturaleza distinta (art. 4.2. AC).

⁹ Hasta donde alcanzo a ver, sólo tres artículos se ocuparon, a posteriori, de esta cuestión en relación con las exigencias de la mencionada Acción Común: NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, RP, nº 10, 2002; FARALDO CABANA, P., *Hacia un delito de corrupción en el sector privado*, EPC, t. XXIII, Santiago, 2002; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I., *La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?*, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo* (Libro Hje. al Prof. Cerezo), Tecnos, Madrid, 2003.

(TUE, 1992)¹⁰ la Unión Europea se marcó como objetivo el de desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior (JAI) -destinando a estas materias el Título VI del Tratado (arts. K1 a K14)-, ha tenido su repercusión en el ámbito que nos ocupa. El Tratado de Ámsterdam¹¹ no se conformó con la cooperación de los Estados miembros en los ámbitos de justicia e interior considerados de interés común, sino que, frente a Maastrich, vino a suponer la imposición a los mismos de la obligación de establecer una acción concertada para lograr un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 29 TUE, antiguo art. K.1). Para ello –entre otras- modificó el sistema de fuentes, incluyendo, a los efectos que ahora interesan, las Decisiones Marco como instrumento para la aproximación de las distintas posiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, diseñándolas como mecanismos obligatorios en cuanto a los resultados, aunque dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para alcanzarlos (art. 34.2 b) TUE)¹². Desaparecían, así, las acciones comunes que introdujo el Tratado de Maastrich, cuya naturaleza y efectos obligatorios resultaban controvertidos.

De este modo, ha acabado siendo la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, sobre *lucha contra la corrupción en el sector privado*¹³, la finalmente atendida por el prelegislador español. Sus exigencias son las que han motivado la propuesta de redacción legal reproducida al inicio de este apartado, con la que tan novedosa figura acaba de iniciar el camino para su eventual instalación definitiva en nuestro ordenamiento. Con todo, conviene no perder de vista que dicha Decisión no hace sino recoger el testigo de la (por lo que hace a las repercusiones en el Estado español) estéril Acción Común de 1998 -a la que expresamente deroga (art. 8º DM)-, viniendo de hecho a reproducir, en esencia, su misma filosofía y contenidos, por lo que -aunque sin desprestigiar los matices diferenciales existentes (no siempre intrascendentes)- aquélla puede continuar constituyendo referencia próxima para la interpretación de ésta.

La DM 2003/568/JAI define los comportamientos de corrupción activa y pasiva en el sector privado en el aptdo. 1º de su artículo 2º:

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

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

¹⁰ Tratado de la Unión Europea hecho en Maastrich, 7 de febrero de 1992, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993. Fue ratificado por España mediante Instrumento de 29 de diciembre de 1992 (BOE de 13 de enero y 10 de junio de 1994).

¹¹ Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999. Fue ratificado por España mediante Instrumento de 7 de mayo de 1999 (BOE de 7 de agosto).

¹² Pese a su similitud con las Directivas, las Decisiones Marco carecen del efecto directo que ha sido reconocido por la jurisprudencia a las Directivas vencidas.

¹³ DOL 31 de julio 2003, núm. 192.

incompliendo sus obligaciones;

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

Al igual que su predecesora, también la DM contiene las exigencias de castigo de la complicidad y de la incitación a cometer los hechos anteriores (art. 3º)¹⁴, así como la de articulación por los Estados miembros de la posibilidad de que las personas jurídicas sean declaradas responsables de los mismos. Esta responsabilidad, que debe quedar cubierta en dos grupos de casos¹⁵ (con previsiones sancionatorias diversas)¹⁶, se extiende tanto a la corrupción activa como a la pasiva, distanciándose así de las previsiones de la Acción Común 1998/742, que se limitó a derivarla de la modalidad activa (aunque tal vez ello deba verse más como simple consecuencia más o menos inadvertida de la distinta distribución del nuevo articulado que como una modificación intencionada del planteamiento¹⁷).

El plazo para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Decisión Marco comentada expiró el 22 de julio de 2005 (Art. 9.1 DM 2003/568).

¹⁴ Mientras que para las formas de participación la DM se conforma con sanciones penales “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 4.1), para los comportamientos de autoría en sentido estricto exige penas privativas de libertad de, al menos, uno a tres años (Art. 4.2), así como inhabilitaciones profesionales en determinados casos: “(...) al menos en los casos en que (la persona) haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que se abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva” (art. 4.3).

¹⁵ Según el artículo 5º:

1º) En las infracciones cometidas *en su provecho* por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- a) un poder de representación
- b) una autoridad para tomar decisiones en su nombre o,
- c) una autoridad para ejercer el control en el seno de la misma.

2º) Cuando *la falta de vigilancia o control* por parte de las personas anteriores haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta los actos de corrupción.

¹⁶ Para la responsabilidad derivada del primer grupo de casos, se habla de multas de carácter penal o administrativo, pudiendo incluirse también otras sanciones tales como: exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, vigilancia judicial, o medida judicial de disolución.

Para la responsabilidad deducida desde el segundo fundamento, se alude simplemente a “sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

¹⁷ Al delimitar el alcance de la responsabilidad de las personas jurídicas, el art. 5º AC se remitía expresamente a la corrupción activa del art. 3º. Ello dejaba fuera tanto a la corrupción pasiva del art. 2º (en la que es difícil concebir su sentido) cuanto a las conductas de participación (art. 4º AC). La Decisión Marco, tal vez queriendo salvar la preterición de éstas últimas (complicidad e inducción, del ahora art. 3º DM), utiliza para configurar el alcance de la responsabilidad de las empresas la misma remisión usada para describir las sanciones a personas físicas (esto es, a los arts. 2º y 3º DM), sin reparar, tal vez, en que en el artículo 2º se integran ya las dos modalidades de corrupción, que antes se contenían en artículos separados (arts. 2º y 3º AC).

2. VOLUNTAS LEGISLATORIS. LA TUTELA PENAL DE LA COMPETENCIA LEAL

2.1. La finalidad de la norma

Tan precisos precedentes permiten rastrear sin dificultad la voluntad legislativa que informa el nuevo art. 286 bis según el PLOMCP, aunque sea por subrogación en él de la voluntad normativa europea. En este sentido, resultan ilustrativas las consideraciones de la propia Comisión de la UE previas al articulado de la Decisión Marco, en las que se lee que la corrupción, amén de constituir una amenaza para el Estado de Derecho, “distorsiona la *competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales* e impide un desarrollo económico sólido”. De forma análoga, la Acción Común derogada destacaba cómo “la corrupción falsea la *competencia leal* y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en concreto, el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional”. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de modificación recogió esa lectura, unívoca por otra parte, sobre las pretensiones de tutela concurrencial por parte de la Decisión Marco objeto de transposición, señalando que “la mentada Decisión parte de la consideración de que la garantía de una *competencia justa y honesta* pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas en manera similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”. Garantizar la competencia leal es, pues, el objetivo que informa la creación del nuevo tipo penal.

Contemplando de forma conjunta los instrumentos internacionales que han venido afectando a España en esta materia –y no sólo el que ha acabado forzando la intervención del prelegislador español-, puede aventurarse aun una característica más de esta voluntad normativa supranacional, cual es la de estar pensando en supuestos de delincuencia de una cierta entidad, con capacidad, se diría, para afectar al sistema económico¹⁸.

Sin embargo, esa entidad destacada de los comportamientos que deben considerarse lesivos no se deja traslucir precisamente en el articulado objeto de transposición. De hecho, son contadas las referencias a la selección de actuaciones dentro del amplio espectro de comportamientos corruptos, leyéndose únicamente la autorización a los Estados miembros para restringir su intervención a aquellos actos que implicasen una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios (art. 2.3 DM), opción que efectivamente ha recogido la propuesta de redacción española.

En este sentido, era en la Acción Común derogada donde parecían encontrarse mayores concesiones a la *intervención* mínima, conteniendo su articulado algunas referen-

¹⁸ Así, en la adopción del Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (1999) estuvo particularmente presente la idea de los grandes procesos de privatización, con el consiguiente temor a que sectores relevantes de la actividad económica quedasen simplemente dispensados de los mayores controles que venían afectando a la actividad funcional (Vid. *Rapport explicatif sur la Convention pénale sur la corruption* -STE nº 173-, nº 52). La propia Decisión Marco comentada alude como justificación de su existencia a la dimensión supranacional que alcanza el problema de la corrupción privada, entendiéndolo que ha dejado de constituir un problema meramente interno para convertirse en un problema transfronterizo.

cias, a modo de previsiones de mínimos, que han desaparecido en su sucesora, la DM 2003/568, con lo que, al menos expresamente, han dejado de informar su contenido.

Por un lado, el artículo 4.2º AC autorizaba la previsión de sanciones de naturaleza distinta a la penal en los casos *menos graves* de corrupción en el sector privado, previsión con la que no cuenta la DM¹⁹. Por otra parte, la exigencia de penas privativas de libertad en la AC se establecía, *al menos*, para los casos graves de corrupción activa y pasiva así como de participación en las mismas (art. 4.1 AC), mientras que la DM parte de una exigencia generalizada de sanciones privativas de libertad de al menos uno a tres años para todas las conductas de autoría (art. 4.2 DM).

Además –y sobre todo–, la Acción Común de 1998 se cuidaba de reforzar expresamente la lesividad de los comportamientos que en este ámbito debían incriminarse, lo que no hace expresamente la DM que el nuevo 286 bis se encarga de transportar a nuestro ordenamiento. Concretamente, venía a exigirse (aunque de nuevo a modo de mínimo que podían, en ese sentido, desoir los Estados miembros) que las conductas de corrupción “supusieran o pudieran suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común, y –hay que entender por tanto que de forma acumulativa a lo anterior– que causara o pudiera causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato”(arts. 2.2. y 2.3 AC). Sin perjuicio de que los Estados miembro optasen por rebajar el nivel de exigencia, conformándose, en otras palabras, con un menor contenido de injusto, ello permitía desde el punto de vista teórico –como observaron DE LA CUESTA/BLANCO– cuatro combinaciones lógicas posibles a la hora de configurar la lesividad del tipo a nivel interno respetando ya las exigencias comunitarias, en función de que se exigiese la lesión o bien la puesta en peligro de la competencia, por un lado, en relación con la exigencia de lesión o de simple puesta en peligro de los intereses económicos de terceros, por otro²⁰.

2.2. La competencia como bien jurídico. Contenido y legitimación

1. La Competencia, en general. Si bien en esta materia no debe perderse como referente la idea de que la competencia perfecta es un ideal inalcanzable²¹ –y que por tanto el Derecho no debe pretender–, la solidez del valor Competencia (en ese sentido relativo) resulta incuestionable como elemento a proteger, siendo como es uno de los presupuestos elementales del progreso socio-económico. Así, y aunque resulte paradójico que la libertad competitiva se tutele a través de restricciones a la misma, queda fuera de

¹⁹ En el Derecho español, desde luego las previsiones civiles de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, seguirán operando para los casos incardinables en su artículo 14, pero hay que presumir, en una primera aproximación, que su espacio puede comprimirse –o compartirse– a partir de la significativa previsión del aptdo. 3. del nuevo art. 286 bis CP, que permite una importante modulación de la pena en casos que se valoren como de menor gravedad, lo que es tanto como haber afirmado ya su tipicidad.

²⁰ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I., *La criminalización ...*, cit., p. 289.

²¹ MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1993, p. 218 s.; BAJO, M./BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*. Ed. Ramón Areces. Madrid, 2001, p. 428.

discusión que el ordenamiento debe reaccionar contra ciertas prácticas, como son las restrictivas y las desleales²².

Entre estas últimas, y siguiendo una clasificación atenta a las funciones que el Derecho de la Competencia cumple, pueden establecerse tres grupos de supuestos de deslealtad²³: prácticas que atentan deslealmente contra la posición del empresario competidor; prácticas que atentan contra la autonomía del consumidor; y prácticas que perturban el correcto funcionamiento del orden concurrencial, o “deslealtad de mercado”²⁴. Entre las primeras, se encontrarían los actos que generan confusión, los actos denigratorios del competidor y los actos de agresión, grupo, este último, en el que se enmarcarían las conductas de corrupción.

2. La Competencia como bien jurídico-penal. En línea de principio, se acepta en este trabajo la legitimación del bien jurídico penal competencia económica –como conjunto de los principios concurrenciales del sistema económico establecido en la Constitución-, y, en su seno, la de la lealtad competencial²⁵. Ello supone separarse de planteamientos que, lamentando la expansión del Derecho Penal hacia contextos de protección cada vez más genéricos, vienen a cuestionar en general la legitimidad de su intervención en ámbitos como el económico²⁶. Sin prejuizar ahora, pues, ni la legitimidad concreta de los delitos de corrupción privada ni la exacta estructura (de lesión o de peligro) que de los mismos pueda resultar defendible, comparto la idea inicial de que al tutelar la competencia leal puede estarse ante la (legítima) protección inmediata de un bien individual, afectando a la correspondiente parcela del orden económico sólo de forma mediata²⁷.

3. Sin embargo, relevancia general del bien jurídico y legitimación penal del mismo

²² Proteger la competencia, señalan BAJO/BACIGALUPO (op. cit., p. 428), es proteger su función económica (calidad y precio) y su función político-social (posibilidad de acceso de otros competidores, posibilidad de elección del consumidor).

²³ Vid., MOLINA BLÁZQUEZ, C., op. cit., p. 92 ss., siguiendo la clasificación de A. MENÉNDEZ.

²⁴ Esta clasificación puede verse proyectada sobre la Ley de Competencia Desleal española (Ley 3/1991, de 10 de enero; B.O.E. núm. 10, de 11 de enero). Tras la cláusula general del artículo 5º, los artículos 6, 7 y 8 recogen tres supuestos de deslealtad al consumidor: actos de confusión (art. 6º), actos de engaño (art. 7º) y obsequios, primas y supuestos análogos (art. 8º); los artículos 9 a 14, contienen supuestos de deslealtad al competidor (actos de denigración, de comparación, de imitación, explotación de reputación ajena, violación de secretos e inducción a la violación contractual, respectivamente); los artículos 15 a 17, por último, definen casos de deslealtad de mercado (violación de normas, discriminación y venta a pérdida).

²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN distingue entre: (a) delitos económicos orientados a la tutela de un bien supraindividual general institucionalizado -caso de la “libre competencia”- orientados a preservar inmediatamente el propio funcionamiento del sistema de economía de mercado, y respecto de los que no aprecia dudas sobre la legitimidad de la intervención penal; y (b) delitos económicos orientados a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien colectivo, caso de los delitos de competencia desleal (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales. (Especial referencia al ámbito económico)*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro Hje. al Prof. José Cerezo. Tecnos, Madrid, 2002, p. 417 y 415).

²⁶ Críticamente, sobre los postulados de la denominada “Escuela de Frankfurt” y la teoría del *Big Crunch*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Algunas reflexiones ...*, cit., *passim*.

²⁷ Parcela respecto de la que podrá decirse, efectivamente, que sólo la acumulación de conductas puede llegar a lesionarla (en el sentido que expresa la categoría de los llamados delitos acumulativos -“*Kumulationsdelikte*”-, desarrollados por L. KUHLEN), pero ésta será ya una afirmación que no posea relevancia desde el punto técnico de la interpretación del tipo. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., op. cit., p. 414.

no equivalen, como es obvio, a legitimidad de la tipificación penal de cualesquiera conductas capaces de afectarlo. En tanto que acto de agresión, según se ha definido anteriormente, la corrupción encuentra ya actualmente cabida en nuestro Derecho en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal²⁸, con las consecuencias jurídico-civiles correspondientes. El siguiente epígrafe debe ocuparse, pues, de la necesidad real de intensificar esas previsiones con la actuación penal.

2.2. ¿Necesidad de intervención penal?

Estas líneas deben partir de la obligatoriedad de la incriminación penal de las conductas de corrupción privada, a la vista de los compromisos supranacionales en los que se está incurso -no es ésta, pues, la necesidad de intervención punitiva por la que cabe preguntarse-, aunque ello se haga sin resistirse a dejar al menos testimonio de los recelos que inspira el déficit democrático en el que se asientan los pronunciamientos de una Comisión europea investida como supraleislador-armonizador, capaz, a fin de cuentas, de imponer la voluntad del Ejecutivo (intergubernamental) a los Parlamentos nacionales, a los que se priva del monopolio de la política criminal²⁹.

Pero sí cabe preguntarse, más allá de seguidismos y compromisos adquiridos, por la legitimidad de la incriminación; por su necesidad a la luz de los principios informadores del *ius puniendi*. Pues ocioso es recordar, al respecto, que el hecho de que venga ya tomada la decisión acerca de la inclusión de tales conductas en el catálogo de las penalmente sancionables no priva a la cuestión de su importancia, para convertirla en nada más que un mero ejercicio con (a lo sumo) interés sólo académico, ya que sabido es que la perspectiva del Derecho penal en sentido subjetivo no es sólo el reverso de su dimensión objetiva, y que, por tanto, sigue desplegando su trascendencia, aun más si cabe, en la interpretación del Derecho dado. En la intelección del precepto en clave más o menos restrictiva, por consiguiente, seguirá teniendo un destacadísimo papel el grado de legitimidad que, en particular desde consideraciones atentas al principio de intervención mínima, se decida otorgarle.

Significativo al respecto resulta ya el hecho de que, de los tres autores que se pronunciaron sobre la implantación de este delito en España, -todos a la luz de las exigencias que a la sazón establecía la Acción Común de 1998-, sólo FARALDO pareció mostrarse proclive sin reservas a su incorporación, presumiéndole³⁰ un valioso efecto preventivo³¹. El resto se afanaron en reforzar (o sustituir) su contenido lesivo³², perma-

²⁸ Por todos, MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, Madrid, 1999, p. 410 s.

²⁹ En este mismo sentido, NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 69.

³⁰ Debe entenderse presunto el efecto preventivo que le adjudica la autora -por más que pudiera compartirse su intuición- al carecerse absolutamente de datos empíricos.

³¹ FARALDO CABANA, P., op. cit., p. 98, atendiendo para ello no sólo a la sanción, sino también a la pérdida de reputación del autor, con las correspondientes consecuencias sobre sus ingresos futuros.

³² DE LA CUESTA/BLANCO (op. cit., p. 290) propugnaron una tipificación en clave reforzada en la que, junto a 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

neciendo especialmente atentos al carácter subsidiario del Derecho penal y a la propia extrañeza de la figura en la tradición jurídica española.

Ciertamente, la eficacia preventiva de una determinada incriminación no debe ser infravalorada, al punto de negarle toda aptitud siquiera para atemperar el resultado de una aséptica valoración del hecho a la luz del principio de intervención mínima³³. Pero lo que debe considerarse de todo punto censurable, por contraproducente, es la incurción en el terreno del mero Derecho penal simbólico³⁴.

La experiencia alemana, que con prácticamente un siglo de presencia de este tipo penal en su ordenamiento³⁵ dista de encontrarse entre los países carentes de tradición jurídica al respecto, puede servir de base para alguna reflexión en este terreno: tras su prolongada presencia en la Ley contra la Competencia Desleal alemana (§12 UWG), fueron precisamente razones preventivo generales, tendentes a reforzar la conciencia de la población en cuanto a que la corrupción en el ámbito comercial afectaba no sólo a las empresas, sino que constituía un comportamiento socialmente dañoso, las que animaron al legislador a su traslado al Código penal, lo que tuvo lugar mediante la Ley de lucha contra la corrupción de 13 agosto de 1997, que dio vida al actual § 299 StGB³⁶. Con las miras puestas en ese objetivo preventivo, la nueva ubicación se aprovechó también para elevar de uno a tres años el máximo de pena privativa de libertad (hasta cinco en casos de especial gravedad -§ 300 StGB-) y para relativizar el carácter privado del delito, permitiendo la persecución de oficio cuando concurriese un especial interés público (§ 301.1 StGB). Sin embargo, y aunque las conductas de corrupción se consideran, de hecho, especialmente corrosivas y devastadoras para el sistema económico, las sentencias recaídas por ese concepto son apenas testimoniales³⁷, hasta el punto de

ineficacia desde el punto de vista preventivo; NIETO, por su parte, opuso a la figura mayores reticencias, pronunciándose abierta y motivadamente a favor de orientarla en clave patrimonial, antes que hacerlo hacia la protección supraindividual de la competencia. Con fines preminentemente clarificadores en relación con los ámbitos típicos de otras figuras ya existentes, se mostró más concretamente partidario de un delito de administración desleal mediante pago de sobornos, y, paralelamente, de otro, de menor severidad, cometido mediante la recepción de los mismos (NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 61, 68).

En trabajos no específicamente dedicados a la corrupción privada, también contrario a la incriminación de la conducta, FABIÁN CAPARRÓS, E.A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 25 s.

³³ La tipificación penal del impago de pensiones (inconsistente desde el punto de vista de la subsidiariedad del Derecho penal y sin embargo con efectos preventivos constatados), es buen ejemplo de ello.

³⁴ La pena seleccionada para castigar estas conductas también parece apuntar más al uso simbólico del Derecho punitivo que a una pretensión aplicativa real. Téngase en cuenta que, por lo que hace a la pena privativa de libertad, ésta resulta ser superior a la de buena parte de las modalidades de cohecho (su máximo, de 4 años, sólo es rebasado por el cohecho delictivo del art. 419 CP), superando el límite de tres años con el que se conformaba la propia Decisión Marco de la que trae causa.

³⁵ Desde 1909, Alemania contó con la tipificación de la corrupción de empleados en la Ley de Competencia Desleal (§ 12 UWG), castigada con pena privativa de libertad hasta un año o con pena pecuniaria.

³⁶ La *KorrBekG (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)*, en vigor desde el 20 de agosto de 1997, introdujo un nuevo capítulo (vigésimosexto) en el Código penal alemán, relativo a los “Delitos contra la competencia”, que viene integrado por los §§ 298 a 302 del Código. Sobre la reforma puede verse: KORTE, M., *Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts*, NSTZ, 1997, 11, p. 513 ss.; KÖNIG, P., *Neues Strafrecht gegen die Korruption*, JR, 10, 1997, p. 397 ss.

³⁷ VOGEL, J., *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, en ACQUAROLI, R./FOFFANI, L. (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*. Giuffrè, Milano, 2003, p. 77.

que termina siendo el delito de *Untreue* (§ 266 StGB) el que, a pesar de sus dificultades probatorias, acaba teniendo mayor utilización en la lucha efectiva contra la corrupción³⁸.

Las razones de esa práctica inaplicación del precepto en ese país se dice que están ligadas, en parte, al carácter esencialmente privado del delito³⁹, que lleva a las empresas a desestimar la conveniencia del proceso penal (por razones de publicidad y prestigio, entre otras) especialmente cuando no se ha producido un daño efectivo. Pero el traslado a la tipificación española de las reflexiones que de la anterior situación comparada se desprenden puede arrojar alguna luz sobre la línea de interpretación más recomendable para el nuevo 286 bis: si se piensa en la construcción del delito, p.e., como tipo de peligro abstracto, con una lesividad, por tanto, entumecida, tal vez la inaplicación del precepto esté servida, y la necesidad de incriminación, en consecuencia, desautorizada. La perseguibilidad de oficio de la corrupción privada en nuestro país⁴⁰, posiblemente exagerada, no afecta sin embargo a los anteriores presagios de inaplicación práctica de la figura, pues hay que suponer que la actuación del Ministerio Fiscal no se desencadenará sino como consecuencia de la denuncia privada (como, sin ir más lejos, ocurre con tipos de corte clásico y larga tradición jurídica en nuestro país, como es el caso de la estafa⁴¹), lo que vendrá a ocurrir cuando el denunciante perciba un perjuicio efectivo que le compense los sinsabores de iniciar la vía penal⁴². De este modo, si no un resultado lesivo concreto para el competidor (de difícil acreditación), sí parece que la construcción más plausible del tipo debe apuntar, al menos, a la exigencia de un concreto peligro para sus intereses⁴³.

En otro orden de cosas, la propia necesidad de que la infracción penal constituya un *plus* respecto de otros ámbitos de tutela de la lealtad competencial, puesta en relación con la escasa trascendencia de estas conductas en el terreno de la propia LCD -de la

³⁸ VOGEL, J., op. cit., p. 86.

³⁹ El § 301 StGB dispone la persecución de las conductas del § 299 solamente mediante querrela, a menos que la autoridad estime apropiada una intervención de oficio a causa del interés público en la persecución. (Dicho interés habría de verse, según opinión común, en los casos en los que los supuestos previstos como de especial gravedad en el § 300 StGB -esto es, los de notoria importancia de la ventaja o de actuación profesional u organizada- concurren con especial afectación de la colectividad: HEINE, G., en SHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*. C.H. Beck. München. 27. Aufl. (2006), §301, Rn. 2; TIEDEMANN, K., *Leipziger Kommentar*, (2002), § 301, Rn. 8; TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H. Beck. 53 Aufl. (2006), §301, Rn. 3.

Debe precisarse, no obstante, que el derecho a presentar la querrela según el inciso 1 la tienen a parte del lesionado todos los comerciantes, asociaciones y cámaras mencionados en el § 8 aptdo. 3 numeral 1, 2 y 4 UWG.

⁴⁰ La reforma proyectada no afecta al art. 287 CP, que continuaría, por tanto, ciñendo el carácter de delitos privados (semipúblicos) a los contenidos en la Sección 3ª (mercado y consumidores, desde la reforma operada por L.O. 15/2003), manteniendo el carácter público de la corrupción privada (Sección 4ª).

⁴¹ Salvo, acaso, en los supuestos en los que la atribución de la tentativa de estafa aparece en la querrela a mayor abundamiento, junto con otras imputaciones.

⁴² Las perspectivas de aplicación tampoco así pueden considerarse halagüeñas, puesto que en la empresa privada el daño sufrido puede seguir siendo insuficiente para compensar la publicidad de las estrategias comerciales o industriales que el juicio oral podría comportar.

⁴³ De hecho, la construcción del delito en forma similar al cohecho, con la utilización de verbos típicos que no demandan un resultado (vg. prometer, ofrecer, solicitar), obliga a conformarse con esa lesividad en la antesala de la lesión, lo que augura, por las razones expuestas, la permanencia en la sombra de aun mayor número de comportamientos que, sin embargo, el pre-legislador ha pretendido típicos.

que da testimonio la dificultad para encontrar resoluciones que se hayan ocupado en la materia⁴⁴-, desaconseja a las claras interpretaciones laxas del nuevo precepto, capaces de convertir en delito lo que de momento pasa por alto el propio Derecho privado.

Más allá, en definitiva, de la percepción social de práctica inocuidad de las conductas de corrupción entre particulares⁴⁵ que puede constatarse hasta la fecha en España⁴⁶, consideraciones como las hasta ahora expuestas parecen aconsejar, pese a la obligatoriedad de la incriminación, una clara orientación restrictiva en la interpretación del tipo. Varios ejemplos de comportamientos que, pese a que dejan traslucir a primera vista su dispar entidad lesiva, podrían ser incardinables desde un punto de vista formal en la redacción propuesta por el Proyecto podrán ayudar a situar la cuestión, dando idea de la necesidad de concretar la antijuridicidad material que debe exigirse a estas conductas. No en vano debe tenerse muy presente que en el sector de la economía no resulta sencillo trazar los límites entre el normal y lícito tráfico comercial y el inicio de la corrupción, así como entre ésta y la legítima promoción de las ventas⁴⁷; y no debe, tampoco, olvidarse que el tipo propuesto no restringe la condición de sujeto activo al dirigente o administrador de la sociedad (como ocurre, vg., con el delito de administración desleal –hasta hoy en el art. 295 CP⁴⁸–), sino que amplía el círculo hacia cualquier empleado⁴⁹:

Caso 1. A cambio de una cuantiosa suma dineraria, el administrador de una importante sociedad de ámbito estatal adjudica un contrato de suministro de material de oficina a la empresa “A”, que resulta ofrecer menores prestaciones que “B” y a más alto precio. Resulta probado un perjuicio efectivo tanto para el competidor “B” como para la empresa administrada.

(*Supuesto que se plantea ahora por su encaje formal en el nuevo 286 bis aptdo. 2, con independencia de las eventuales relaciones concursales con el delito de administración desleal)

Caso 2. Un directivo de una empresa de publicidad ofrece suculentas invitaciones para las vacaciones familiares de un alto cargo de *Correos*, con el fin de que se resolviera a favor de sus intereses el concurso promovido para una determinada campaña publicitaria. Su oferta, en cualquier caso, resultaba ser la más competitiva.

(*Supuesto que de nuevo se plantea por su encaje formal en el 286 bis (aptdo. 1º) –*Correos* es hoy “sociedad”: Sociedad Anónima Estatal–, con independencia de las

⁴⁴ NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 60.

⁴⁵ Percepción que, -aunque no sea ciertamente la vía penal la más indicada para movilizar la conciencia social-, podría convenirse en que debe ser soslayada si efectivamente existiese un bien digno, susceptible y necesitado de protección.

⁴⁶ En tanto que comportamiento habitual y socialmente tolerado NIETO MARTÍN (op. cit., p. 61) la califica como conducta “de blanco inmaculado” en nuestro país, siguiendo la clasificación de la corrupción (que distingue entre blanca, gris y negra) efectuada por HEIDENHEIMER.

⁴⁷ VOGEL, J., op. cit., p. 91.

⁴⁸ El PLOMCP de 2006 traslada la administración fraudulenta a un nuevo art. 254 bis, entre los delitos patrimoniales, dejando en el 295 la disposición fraudulenta de socios.

⁴⁹ Lo que viene a corroborar la redacción del aptdo. 3º del art. 286 bis.

eventuales relaciones concursales en este caso con el delito de cohecho, en función del carácter de funcionario que se extraiga del art. 24.2 CP)⁵⁰.

Caso 3. Para promocionar una nueva marca de bebida en una zona de copas, la empresa distribuidora ofrece un incentivo económico de 25 cént. por envase vendido a los camareros del local “A”, con el fin de que la recomienden de forma preferente. El dueño del local conoce y consiente la situación, que hasta cierto punto le dispensa incluso de determinadas presiones salariales.

(*Supuesto análogo al conocido como *Korkengeld-Fall*, considerado típico en Alemania. *Infra*, 3.3.3.4.1)

Caso 4. “A”, encargado de unos grandes almacenes, acepta del representante de la marca “B” una cantidad de dinero a cambio de que aquél coloque sus productos en el expositor psicológicamente más propicio para las ventas. Aunque el dueño de los almacenes desconoce el acuerdo de “A”, el negocio en absoluto se resiente, sino acaso lo contrario debido al éxito de ventas.

2.3. Imprecisión del bien jurídico competencia

Según lo visto, se impone un entendimiento reforzado de la lesividad de la figura, pero ¿frente a qué? Éste es un segundo frente importante de análisis para perfilar los contornos típicos, habida cuenta de la imprecisión que encierra una referencia genérica a la Competencia que, en realidad, no es sino la suma de los intereses individuales de los intervinientes en el mercado, pudiendo observarse, de hecho, cómo los preceptos competenciales, antes que a la tutela de la competencia en general, acostumbrarán a orientarse a la de personas o grupos concretos⁵¹.

En Alemania -país que debe constituir referencia constante por ser unánimemente considerado paradigma de los que siguen el modelo de tutela de la Competencia en la incriminación de la corrupción privada⁵²- bajo la genérica invocación de la misma como bien jurídico se cobijan en realidad hasta cuatro diversos objetos de referencia, ya sea para situarlos al mismo o a distinto nivel en cuanto al grado de su protección: se alude, en primer lugar, a la “competencia como institución”, generalmente ubicada – aunque no siempre- al mismo nivel que los competidores (de los que se traen a colación sus intereses patrimoniales o la igualdad de sus oportunidades); pero junto a estos dos se alude también al dueño del negocio (del sobornado) así como, finalmente, a los

⁵⁰ Aunque es intención declarada Proyecto, según su Exposición de Motivos, la de excluir a las empresas públicas o a las privadas que prestasen servicios públicos, las referencias típicas no consiguen el efecto pretendido (en este sentido se manifestó ya el *Informe del C.G.P.J. al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal*, de 3 de noviembre de 2006), lo que puede generar arduos problemas concursales.

⁵¹ Así lo observa, en relación con la UWG alemana, LÜDERSEN, K., *Ein Prokrustes Bett für ungleiche Zwillinge. Angestelltenbestechung und Submissionsabsprachen, vereinigt in einem neuen Abschnitt des Strafgesetzbuchs: “Straftaten gegen den Wettbewerb”*, en *Enkriminalisierung des Wirtschaftsrechts*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, p. 241.

⁵² Sobre los diferentes modelos para canalizar la lucha contra la corrupción privada, puede verse, VOGEL, J., *Wirtschaftskorruption und Strafrecht-Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht*, en *Festschrift für U. Weber zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 400 ss.; también, NIETO MARTÍN, A., *La corrupción ...*, cit. 56 ss.; DE LA CUESTA, J.L./BLANCO, I., *La criminalización de la corrupción ...*, cit., 266 ss.

clientes o consumidores, (frecuentemente designados como el público en general), a los que, a la postre, se vendría a proteger frente a un encarecimiento y empeoramiento de los productos⁵³. La extensión hacia estos últimos podría verse de forma paralela a la propia evolución en torno a la interpretación de la Ley contra la Competencia Desleal, que habría pasado de un inicial entendimiento en clave jurídico-individual a otro en términos sociales o colectivos⁵⁴.

En todo caso, la dañosidad así construida de las conductas de corrupción resulta indiscutida, considerándose que la desatención del criterio de eficiencia en el mercado activa, a modo de reacción en cadena, una serie de efectos perversos que van desde la desincentivación de la innovación tecnológica por parte de las empresas hasta el mencionado encarecimiento de los productos y su pérdida de calidad.

Sin embargo, esta “no del todo aclarada combinación de diferentes puntos de vista”⁵⁵ en la designación del ámbito de tutela presenta también evidentes inconvenientes. Téngase presente que la acumulación de diversos frentes de tutela bajo un paraguas conceptual común (la competencia leal), si bien puede servir en primera instancia para fortalecer -en apariencia- la lesividad social de la conducta y dotar así de mejor justificación a la intervención penal, constituye un arma de doble filo que ocasionará, también, mayor dificultad para la aplicación práctica de esta figura, al requerir, en coherencia, la verificación de la antijuridicidad material respecto de cada uno de los flancos que se invocan.

Así pues, deberá precisarse a continuación si todos ellos resultan efectivamente tutelados y, en su caso, si lo son con la misma intensidad.

3. VOLUNTAS LEGIS. LA DESCRIPCIÓN TÍPICA: ¿TUTELA DE LA COMPETENCIA LEAL EN SENTIDO ESTRICTO O ESCORA DEL DELITO DE “CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES” HACIA EL MODELO DE INFRACCIÓN DE DEBERES?

Por más que pueda disponerse de datos exactos acerca del origen de la figura y de las pretensiones de tutela competencial que la auspician, esto es, acerca de la *voluntad del legislador*, resulta evidente que serán los concretos términos de la descripción típica los que acaben sentenciando si esas pretensiones se han conseguido efectivamente, o si, en cambio, la *voluntas legis* refleja un ámbito de tutela no enteramente coincidente con aquéllas.

Un claro ejemplo del distinto rumbo que puede imprimirse a la figura, evidenciando un cierto desajuste entre la voluntad de tutela manifestada y el ámbito de intervención

⁵³ KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm.*V&R Unipress. Osnabrück, 2006, p. 63, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁵⁴ HEFERMEHL, W./BAUMBACH, A., *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze.* C.H. Beck. München, 1996. *Einleitung*, Rn. 43.

⁵⁵ WALTER, T., *Angestelltenbestechung, internationales Strafrecht und Steuerstrafrecht*, Wistra, 2001, Heft 9, p. 323, citando a TIEDEMANN (ZStW 86, 1974).

efectivamente propuesto, puede encontrarse en la redacción de las conductas de corrupción privada que el *Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa* (STE, n° 173) sugiere a sus firmantes⁵⁶ (entre los que, desde 2005, se encuentra también nuestro país): aunque la Memoria explicativa del Convenio se refiere a la lealtad y la fidelidad de los empleados como valores dignos de protección, la voluntad normativa continúa refiriéndose también a la garantía de una competencia leal, pensando especialmente esta iniciativa normativa en las importantes sumas dinerarias que en otro caso dejarían de estar fiscalizadas a consecuencia de los procesos de privatización masiva acaecidos en Europa⁵⁷. Sin embargo, los tipos propuestos se construyen en torno a la “infracción de deberes” por parte de directivos o empleados, de tal forma que sólo si se lesiona la lealtad en las obligaciones contractuales (o generales de la buena fe) que imponen no dañar el colaborador a su mandante⁵⁸, se entra en la esfera de lo punible. Así, en clara consonancia con la regulación tradicional del derecho francés, el núcleo del injusto se hace residir en la clandestinidad del soborno⁵⁹ -en su obtención “a espaldas” del empleador-, antes que en el soborno en sí y en su eventual lesividad para la competencia.

En nuestra regulación en ciernes, sin duda el elemento más llamativo capaz de apuntar en tal sentido viene constituido por la exigencia de un “incumplimiento de obligaciones” por parte del corrupto, pero existen otras referencias típicas que, aunque a primera vista no resulten tan inquietantes, también han de merecer atención en las siguientes páginas. En ellas se deberán analizar las circunstancias obrantes en la descripción legal que pueden avalar, matizar o cuestionar la anunciada pretensión de tutela competencial, valorando, asimismo, la posibilidad de que tal descripción legal haya dado en realidad un vuelco al tipo pretendido, para alinearlos con los ordenamientos que siguen un modelo de mera “infracción de deberes” en la incriminación de la corrupción privada.

El descenso a los términos típicos se hará siguiendo el desglose antes apuntado respecto del objeto genérico *Competencia* (*supra*, 2.4), para reflexionar separadamente sobre sus siguientes componentes: competencia y competidores (aptdo. 3.1), consumidores (aptdo. 3.2), y titular de la entidad a la que pertenece el sobornado (aptdo. 3.3).

3.1. Competencia, competidores

La dimensión concurrencial del nuevo tipo penal (no importa ahora si con carácter exclusivo o no), parece que no puede negarse a la vista de los términos típicos utilizados.

Apunta en esa dirección, de entrada, la limitación del ámbito relevante al campo de la “adquisición o venta de mercancías o de contratación de servicios profesionales” –

⁵⁶ *Vid.*, nota 5, donde se reproduce la redacción de sus arts. 7° y 8°.

⁵⁷ *Rapport explicatif*, art. 7, n° 52.

⁵⁸ Aunque en el texto me refiero, de forma resumida, a la relación entre empleado y empleador, el *Convenio* de referencia pretende abarcar también otro tipo de relaciones, permanentes o no (vg., relaciones en las que no medie contrato de trabajo: consultoría, agencia comercial, asociados, etc.). *Cfr.*, *Rapport explicatif*, art. 7, n° 54.

⁵⁹ HUBER, B., *La lucha contra la corrupción ...*, cit., p. 50.

acogiendo en tal sentido la autorización expresa de la Decisión Marco 2003/568/JAI -, lo que dota de claros tintes de mercado a la figura, concentrando el interés objeto de tutela. Esa restricción no se aprecia, en cambio, en tipicidades que siguen un claro paradigma de protección distinto al competencial, acogiendo el modelo de “infracción de deberes”⁶⁰. Así ocurre en el Derecho Francés, que en 2005 trasladó al Código penal (arts. 445-1 a 445-4⁶¹), tras la Decisión Marco de referencia, su figura de corrupción de empleados, en los últimos años contenida en el Derecho Laboral (art. 152-6 Code du Travail)⁶². Aunque con la nueva ubicación se especifica que la actividad del empleado o directivo corrupto debe darse en el marco de una “actividad profesional o social”, eludiendo las referencias más directas a la infidelidad⁶³, el tipo francés se ha mantenido fiel a su tradición jurídica, que ha venido construyendo el delito sobre la base de dicho elemento, siendo de suponer que -pese al decaimiento que en los últimos años ya venía experimentando la aplicación de su precedente en el ámbito iuslaboralista-, la utilización del nuevo precepto puede seguir permitiendo extenderse a deslealtades distintas de las estrictamente comerciales -como el abandono sin preaviso del puesto de trabajo (previo soborno)-, lo que dispersa notablemente el ámbito real de protección (amén de debilitar aun más, a mi juicio, su justificación).

Un segundo factor que corrobora la dimensión competencial del tipo es el elemento subjetivo del injusto, consistente en la realización de la conducta “para ser favorecido” (art. 286 bis aptdo. 1) o “con el fin de favorecer” (art. 286 bis aptdo. 2) al corruptor (o a un tercero) frente a otros. Y ello en un doble sentido:

Por un lado, porque aunque no sea una interpretación necesaria ni tampoco exacta⁶⁴, sí es al menos cierto que en una de sus acepciones usuales el término “favorecer” cobra su sentido a partir del correlativo perjuicio de otro⁶⁵, lo que nos debe llevar a exigir situaciones de competencia efectiva en las que la corrupción sea usada para desplazar a un competidor. Por otro lado, la consideración al competidor se confirma con la especificación de que la ventaja debe tender a procurar (a modo de delito de resultado cortado) el beneficio del otorgante “frente a terceros”.

Si bien los intereses de los competidores, según se ha dicho, encuentran clara cobertura en la descripción legal, más difícil es extraer de los términos típicos la tutela su-

⁶⁰ Tiene, en ese sentido, un carácter mixto la redacción propuesta por el Consejo de Europa, pues vincula la referencia a la infracción de deberes al marco de una actividad comercial. *Vid., supra*, n. 5.

⁶¹ Introducidos por la Ley nº 2005-750, de 4 de julio, art. 3 (*Journal Officiel du 6 juillet 2005*).

⁶² El Derecho francés, al igual que el alemán, también cuenta con una figura de corrupción privada, o de empleados, desde principios de siglo (Ley de 16 dic. 1919), aunque siguiendo un modelo de incriminación bien distinto al germano (art. 177, antiguo Código penal). La *Loi d'Adaptation* del nuevo código penal ubicó el precepto en el Código de Trabajo, en el art. 152-6 citado, hasta su reciente reincorporación al Código penal.

Es de destacar que también este traslado (al igual que el alemán desde el ámbito civil de la UWG) ha conllevado una sustanciosa variación al alza de la pena, que ha pasado de los dos años de prisión (y multa) a los cinco años.

⁶³ El art. 152-6 du Code du Travail exigía como elemento típico que la conducta se realizase “a espaldas” (*à l'insu*) del empleador y sin su autorización.

⁶⁴ Sobre la indeterminación del concepto de ayuda o favorecimiento y sus líneas de concreción, GILI PASCUAL, A., *El encubrimiento en el Código penal de 1995. Análisis del favorecimiento personal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 243 ss.

⁶⁵ En este sentido, WALTER, T., *Angestelltenbestechung...* cit., p. 323.

praindividual de la “competencia como institución”. Ciertamente, en ese cometido de identificar la dimensión colectiva de lo protegido a partir de los términos legales no creo que pueda encontrarse un auténtico apoyo en el hecho de que, de prosperar la reforma en los términos actualmente proyectados, los delitos de corrupción privada vayan a resultar perseguibles de oficio⁶⁶, a tenor de lo dispuesto en el artículo 287 CP⁶⁷. Es éste un elemento de carácter más bien circunstancial, externo a la tipicidad y desde luego no definitivo a mi juicio, por cuanto parece obvio que la perseguibilidad de oficio no reduce en un ápice el carácter individual de los bienes atacados, si efectivamente lo son, lo que bien pueden evidenciar, sin ir más lejos, los delitos más clásicos contra bienes personales (vg., homicidio).

Sin embargo, sí entiendo que la dimensión colectiva de lo protegido se deriva sin dificultad de forma inductiva, en tanto que está implícito su contenido como objeto mediato de tutela, protegiéndose de forma inmediata los mencionados intereses legítimos de los competidores⁶⁸.

Esta referencia sólo mediata a la Competencia ha sido, no obstante, cuestionada en la doctrina comparada. En Alemania, KOEPEL ha puesto en duda recientemente que dicha referencia sólo pueda utilizarse en ese modo (mediato), sin otra opción más que la de concretarla a través de la identificación de intereses individuales inmediatamente protegidos. A cambio, ha defendido la posibilidad de una tutela inmediata de aquél bien genérico, para el que propone una novedosa línea de comprensión⁶⁹: la regla que contravienen el oferente y el aceptante de la ventaja prometida o pretendida en este delito, y que la convierte en antijurídica, se localiza en el principio del trabajo, de la eficiencia en la producción, en tanto que criterio de selección que rige en el ámbito de la competencia, criterio o principio en el que debe verse, pues, el exacto bien jurídico tutelado a través del delito de corrupción en el sector privado (§299 StGB). Precisamente el elemento específico de esta figura, el que la diferenciará de otras, estriba en la sustitución (o al menos complementación) de dicho criterio de la eficiencia como guía para la selección en el mercado por otro distinto (el de la ventaja o soborno): en la corrupción privada no se trata ya sólo de falsear la información con la que se elige el producto, sino de reemplazar el criterio de elección⁷⁰.

A juicio de la autora, esta postura aporta claras ventajas frente a la común referencia a la “competencia leal”, con la que tradicionalmente se habría manejado de forma un tanto conformista la doctrina de su país. Por un lado, no se identifica ya un modelo abstracto (como es la competencia leal) sino una concreta regla de decisión, que puede considerarse incluso causalmente lesionable (lo que ocurre cuando es sustituida por

⁶⁶ En sentido distinto al del texto, ZIOUVAS, D., RP, 11, 2003, p. 152, quien estima corroborado el carácter supraindividual del delito en Alemania a partir de la introducción (desde la *KorrBekG* de 1997) de la posibilidad de persecución de oficio en supuestos en los que concurra un especial interés público.

⁶⁷ Conforme al Proyecto de reforma, permanece inalterado el art. 287 CP, cuya previsión de persecución privada quedó ceñida a los delitos de la Sección 3ª a partir de la modificación operada por la L.O. 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

⁶⁸ Con este planteamiento, FARALDO CABANA, P., *Hacia un delito de corrupción ...*, cit., p. 71.

⁶⁹ KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit ...*, cit., p. 98 s.

⁷⁰ KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit ...*, cit., p. 105 s.

otra). Se trata, por otra parte, de una magnitud constante, y no variable (como la competencia), que contribuye, además, a perfilar los difusos contornos de la “deslealtad” (*Unlauterkeit*) que exige el tipo penal en Alemania⁷¹.

Sin embargo, creo que el esfuerzo de concreción sucintamente expuesto no puede suscribirse para clarificar con él la dimensión competencial del precepto español. Y ello fundamentalmente por dos razones: primero porque, según creo, la exclusión de los competidores en la identificación del bien jurídico es en este planteamiento más aparente que real; y, en segundo lugar, por la innecesaria subjetivización que, así entendida, se imprime a la figura.

En efecto, en primer lugar, la alusión al criterio de eficiencia como rector que debe ser de las preferencias en el mercado identifica a mi juicio con precisión en qué ha de consistir la conducta prohibida que el tipo de corrupción privada viene a atajar: en sustituir por otro dicho criterio, a saber, por el de la ventaja ilícita o soborno. Pero tal criterio se instituye para salvaguardar las expectativas legítimas de los competidores eficientes en el mercado, con lo que en realidad se ha venido a localizar el objeto de ataque de la conducta, pero no el valor que encarna el bien jurídico del delito, que no se consigue arrinconar más que formalmente. Esa postergación, silenciando la mención a los competidores, se produce en la formulación de KOEPSSEL al entender que en virtud de los principios de libertad de contratación y de organización el empresario no tiene obligación alguna de dar un trato igualitario a los competidores⁷², de modo que no se justificaría un tipo penal orientado a protegerles frente a los perjuicios irrogados a la igualdad de oportunidades⁷³. Sin embargo, apuntar al criterio de eficiencia como bien jurídico no parece más que un rodeo que no salva la supuesta objeción. Si no hay obligación de tratar igual a los competidores, tampoco la hay de guiar las decisiones respetando la eficiencia en el mercado.

En segundo lugar, creo que esta formulación subjetiviza innecesariamente la figura. La lesión que se propone sólo se daría, en propiedad, cuando el empleado corrupto favoreciese al corruptor basándose efectivamente en la ventaja obtenida, haciéndose descansar, pues, en una influencia de tal beneficio en su proceso interno de decisión⁷⁴. Con ello podría tener que concluirse, p.e., y a mi juicio erróneamente (pues mal podría negarse entonces que el castigo se produce por la simple inmoralidad de la conducta) que la selección de la mejor oferta motivada en la mediación de astillas o sobornos debe considerarse típica.

Por otra parte, la sola idea de la comprobación de las razones que han llevado a preferir una determinada oferta –comprobación a la que, en buena lógica, aboca esta postura– para verificar si se ha respetado o no el principio rector, aporta un claro componente de dificultad aplicativa a la figura, en un ámbito en el que, de entrada, ya hay que tener en cuenta que las decisiones de selección de una determinada oferta de producto/servicio pueden obedecer, también, a motivaciones simplemente irracionales.

⁷¹ KOEPSSEL, A.K., *Bestechlichkeit* ..., cit., p. 108.

⁷² KOEPSSEL, A.K., *Bestechlichkeit* ..., cit., p. 87.

⁷³ KOEPSSEL, A.K., *Bestechlichkeit* ..., cit., p. 88.

⁷⁴ KOEPSSEL, A.K., *Bestechlichkeit* ..., cit., p. 110.

Precisamente la imposibilidad de contar con esa comprobación empuja a KOEPESEL a considerar el delito de corrupción privada como delito de peligro abstracto, aunque en realidad, en mi opinión, puede decirse que consigue ir más allá para cruzar la barrera hacia el terreno del riesgo presunto, lo que evidenciaría su afirmación de que la renuncia legal en su país a la exigencia de un resultado conduce a la punición de los casos de tentativa inidónea con la pena del delito consumado⁷⁵.

Por todo ello, en suma, y como antes apunté, me sigue pareciendo en esencia correcto considerar que el nuevo 286 bis está llamado a tutelar (veremos si en exclusiva o no) a los competidores, y a través de ellos, de forma mediata, la Competencia.

3.2. Consumidores

Los consumidores no pertenecen al ámbito de protección del tipo, ni de forma directa ni de forma indirecta o mediata, por más que atajándose las conductas de corrupción éstos puedan acabar percibiendo efectos beneficiosos, en tanto que parte del mercado.

Dirigiendo la mirada a los términos típicos, resulta forzado extraer esa dimensión lesiva de la referencia al “incumplimiento de obligaciones”, pues no sin cierta gratuidad podrá afirmarse que compete al comerciante y sus empleados la obligación – susceptible de ser penalmente garantizada- de asesorar con objetividad al cliente sobre la auténtica calidad y precio de sus productos.

La pretensión de esa dimensión social del tipo, orientado a la tutela del consumidor, puede encontrarse –remontándonos unas décadas- en el Proyecto Alternativo alemán (1977). El §176 AEntw. evitó la referencia restringida a una actuación “con fines competitivos” (*zu Zwecken des Wettbewerbs*) que entonces contenía el vigente §12 UWG (y sigue conteniendo el actual §299 StGB), incluyendo a cambio una más amplia referencia al carácter contrario a deber (*pflichtwidrig*) del comportamiento⁷⁶. Con ello se

⁷⁵ KOEPESEL, A.K., *Bestechlichkeit ...*, p. 110. Los ejemplos que a continuación aporta la autora corresponden, no obstante, a supuestos de arrepentimiento eficaz o que van más allá de la mera actividad que requiere el tipo. Se refiere, en concreto, al caso en que el oferente de la ventaja la retira antes de verse favorecido o al caso en que el empleado enseña la rechaza, supuestos post-consumativos que implican, por tanto, la previa afirmación de la tipicidad (e idoneidad consiguiente). La aceptación de la tipicidad *de lege lata* de estos supuestos no le impide, no obstante, cuestionarla *de lege ferenda*. Aunque no se ocupa de ello su trabajo, sí apunta como políticamente interesantes la introducción de previsiones específicas sobre desistimiento y arrepentimiento eficaz o la exigencia de un resultado típico.

⁷⁶ Alternativ-Entwurf, § 176. *Cohecho en el tráfico económico*:

I.- Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa el que ofrece, promete u otorga una ventaja patrimonial al

- 1) titular, empleado o delegado de una empresa comercial dedicada a formular dictámenes, dar consejos o recomendaciones según su visión del mercado, o al
- 2) empleado o delegado de otra empresa comercial, para que le otorgue *de forma contraria al deber*, a él o a un tercero, una ventaja en el tráfico comercial con mercancías o producciones económicas

II.- Con la misma pena será sancionado

- 1) El titular, empleado o delegado de una de las empresas mencionadas en el párrafo I. núm. 1, o
- 2) El empleado o delegado de otra empresa comercial, que requiera una ventaja patrimonial, se haga prometer o la acepte para otorgar a otro preferencia, *en contra de su deber*, en el tráfico comercial con mercancías o producciones económicas

III.- No será punible el que (...)

perseguía precisamente garantizar unas supuestas funciones de correcta orientación de la clientela y de distribución de mercancías sin interferencias ajenas por parte del comerciante, entendiéndose que, si bien un empresario puede asesorar mal a sus clientes, ello no ha de significar que un competidor pueda comprar ese mal asesoramiento mediante sobornos. El comportamiento contrario a deber exigido por el tipo resultaría así verificado con el falseamiento de los roles que el mercado atribuye al comerciante y sus empleados⁷⁷.

Sin embargo, y yendo a la cuestión de fondo, no parece, como se ha dicho, que las expectativas de los consumidores, centradas en la obtención de precios más bajos y de una adecuada calidad de los productos, deban ser considerados parte del objeto tutelado por el delito. El interés en la existencia de precios bajos es un objetivo que debe conseguirse a través de la autorregulación del mercado, no del Derecho Penal. El interés en la calidad, por su parte, interesa al Derecho punitivo sólo en tanto se vea afectada la salud o se ocasionen determinadas pérdidas patrimoniales, para lo que ya se cuenta con tipos específicos⁷⁸. En definitiva, los consumidores, simple y llanamente, no pueden esperar objetividad⁷⁹ penalmente tutelada.

En un segundo plano, nunca definitivo, pero digno de mención, juega también su papel en contra de la inclusión de los consumidores en el objeto tutelado por este delito el hecho de que su ubicación sistemática quede fuera de la *Sección 3ª*, que a ellos se dedica expresamente.

3.3. Titular de la empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización a que pertenezca el sobornado⁸⁰

De los diversos frentes que nos habíamos propuesto analizar para perfilar el ámbito típico de protección, resta la reflexión acerca de la inclusión en él del titular del negocio. Desde el punto de vista de la descripción y construcción típicas, existen en mi opinión tres datos relevantes para este análisis: (a) la exclusión del empresario como sujeto activo en la corrupción pasiva privada, (b) los parámetros en función de los que el (pre-)legislador considera estas conductas como de menor gravedad y (c), por supuesto, la inclusión del disonante (desde el punto de vista de una nítida orientación competencial del precepto) elemento del “incumplimiento de obligaciones”.

3.3.1. Exclusión del empresario como sujeto activo en la corrupción pasiva

El apartado 2º del artículo 286 bis (*ex art. único PLOMCP*) castiga con las mismas penas previstas para la corrupción activa al “directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización” que soli-

⁷⁷ Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil: Straftaten gegen die Wirtschaft*. (Vorgelegt von E.J. Lampe, T. Lenckner, W. Stree, K. Tiedemann, U. Weber). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1977, p. 37.

⁷⁸ KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit* ..., cit., p. 81.

⁷⁹ HIRSCHENKRÄMER, K., *Fallen “entschleierte Schmiergelder” unter §12 UWG?*, WRP, 4, 1965, p. 132.

⁸⁰ En adelante, “empresario” o “dueño del negocio”, indistintamente.

cite o acepte un beneficio o ventaja, sin incluir, por tanto, al titular de dicha empresa, asociación, fundación u organización.

Esta exclusión pudo, ciertamente, obedecer a razones atentas a la intervención mínima y la proporcionalidad. En su espíritu político-criminal pudo latir la idea de que la restricción habría de permitir, como efecto deseable, dejar fuera del tipo especialmente a empresas familiares y pequeños negocios, en los que el titular es claramente identificable. En cambio, en las grandes sociedades mercantiles, esa personalización, como receptor de la ventaja indebida, no resulta, criminológicamente hablando, tan factible, pues no es fácil imaginar que todos los socios (titulares de la sociedad) sean los perceptores del beneficio. Aunque un administrador sea propietario de una parte del capital social –indican NIETO/BAÑARES– la aceptación de ventajas seguiría constituyendo un comportamiento típico de no contar con el consentimiento del resto de los accionistas⁸¹.

Pero lo cierto es que tal exclusión –con independencia ahora de que político-criminalmente pueda compartirse– se compadece mal con la deducción de una tutela estricta, decidida y en exclusiva de la lealtad competitiva, pues ésta en absoluto reclamaría la preterición del empresario como sujeto activo en la percepción de sobornos. Si efectivamente se quiere evitar la burla de la eficiencia como criterio de selección de productos y servicios en el mercado, el titular del negocio que acepta ventajas adicionales (ajenas a la calidad u otras bondades inherentes al producto o servicio) para preferir las ofertas de un determinado interviniente en el mismo, en detrimento de los competidores de éste, realiza un comportamiento tan lesivo como el que, con ese mismo contenido, puedan llevar a cabo sus directivos, empleados o colaboradores. Nada habrá de tener aquí que ver la apelación al principio de libertad de empresa (art. 38 CE), si se usa para afirmar que tal aceptación de ventajas complementarias, en tanto que realizada por el titular del negocio, debe entenderse que constituye una contraprestación libre en el mercado, pues precisamente de regular esa libertad en el mercado se trata cuando se discute la tutela de los principios que deben inspirarlo. De no entenderse así, y modificando el ejemplo, también podría fijarse la atención en cualesquiera otros actos de competencia desleal (arts. 6 ss. LCD) y afirmarse, vg., que constituye expresión de la libertad de empresa la venta a pérdida si es realizada por el titular de los productos, comportamiento que, sin embargo, constituye (con razón) una actuación ilícita (art. 17 LCD), aunque –siendo tal vez más lesiva– no haya alcanzado, como ahora la corrupción (incluida en el art. 14 LCD, según el parecer doctrinal⁸²), rango penal.

Si la exclusión del titular o propietario del negocio en la tipificación de este delito se usa, con una mano, invocando razones de proporcionalidad e intervención mínima, al considerar que “la incriminación generalizada de cualquier tipo de contraprestación de un agente económico a otro con el fin de que sea preferido en la contratación choc a-

⁸¹ NIETO MARTÍN, A./BAÑARES SANTOS, F. *Corrupción entre privados*, en *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, BIMJ, año LX, suplt. al núm. 2015, (2006), p. 220.

⁸² MASSAGUER, J. *Comentario ...*, cit., p. 410 s.

ría con el carácter fragmentario del Derecho penal”⁸³, se está aceptando, con la otra, que el bien jurídico no es, en exclusiva, la competencia leal, pues, en relación con ese objeto de tutela, lo excluido es, en términos lesivos, equivalente a los comportamientos que sí se incluyen en la descripción típica: la sola competencia leal no sirve para justificar la selección.

3.3.2. *Los criterios de menor gravedad de la conducta*

Tampoco apunta a la tesis de la lealtad competencial como único objeto tutelado por este delito la redacción del apartado 3º del precepto.

Dicho apartado, como se recogía al inicio (*supra*, 1), prevé una atenuación potestativa de la pena (inferior en grado y fijación de la multa según el prudente arbitrio del Juzgador) en casos que se consideran de menor gravedad. Y entre los criterios que se indican para efectuar esa atemperación punitiva, no se encuentra el de la entidad de la distorsión o peligro que pueda haber sufrido la competencia.

Cierto que, podrá esgrimirse, las razones en las que se hace descansar una atenuación no tienen por qué obedecer necesariamente a una disminución del injusto, pudiendo responder, en cambio, a distintas consideraciones de orden político-criminal. Pero aquella también es una posibilidad que no puede descartarse en la exégesis, y, sin duda, la falta de referencia a la competencia resulta ser un dato significativo.

En su lugar, se alude a “la trascendencia de las funciones del culpable” y a “la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja” (obtenida por el corrupto como contraprestación), criterios que, aisladamente considerados, apuntan, el primero, hacia la tutela de la fidelidad en las relaciones del dependiente con el principal, cuya afectación resultará ser tanto más grave cuanto más trascendentes sean sus competencias. Este elemento se halla en directa conexión con el componente típico del “incumplimiento de obligaciones”, que se analiza más adelante (*infra*, 3.3.3). El segundo, puede apuntar hacia un componente patrimonial del delito⁸⁴. Y ello porque, si no se acepta –como no se debe el castigo de un componente de inmoralidad de la conducta, la mayor o menor entidad del soborno sólo puede interesar a la empresa del sobornado, en la medida en que, hay que entender, lo obtenido por él deja de repercutir en beneficio de la empresa.

En realidad, pues, ambos criterios de atenuación apuntan en una misma dirección, al cobrar su significación a partir de un referente común: los intereses del principal.

⁸³ Como se lee en la aportación correspondiente al seminario “*La armonización del Derecho penal en Europa: propuestas legislativas para las Decisiones Marco pendientes*”, convocado por el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional (UCLM). NIETO MARTÍN, A./BAÑARES SANTOS, F., *Corrupción entre privados*, BIMJ, año LX (2006), splto. al núm. 2015, p. 220.

⁸⁴ Un razonamiento análogo puede verse en VOGEL, J., *La tutela penale ...*, cit., p. 89 y 92, aunque partiendo en este caso de los supuestos considerados de especial gravedad (y no atenuados, como ocurre en el 286 bis. 3º español) que contempla la legislación de su país.

Concretamente, el §300 StGB considera de especial gravedad (junto a los supuestos en que el autor actúa profesionalmente o como miembro de una banda organizada), los casos en los que la ventaja ostenta una especial entidad. De lo que se colige –argumenta el autor– que la identificación de la competencia leal como bien jurídico se sostiene en su país de forma poco rigurosa, apuntando datos como el referido hacia el patrimonio.

3.3.3. El “incumplimiento de obligaciones” como elemento típico

Como se había avanzado, el elemento que más puede inquietar a la afirmación de que la tipificación española responde nítidamente al modelo de tutela competencial (hasta el punto de, acaso, tener incluso aptitud suficiente para virar la figura hacia el modelo de infracción de deberes –modelo que ejemplifican, entre los citados en este trabajo, las redacciones del Consejo de Europa o la del código penal francés-), viene dado por la exigencia de un “incumplimiento de sus obligaciones” por parte del sobornado.

No basta con que el “directivo, empleado o colaborador” de la empresa acepte ventajas para actuar en detrimento de otros competidores en el mercado, sino que, para resultar típico, su actuar debe “incumplir sus obligaciones” en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

La segunda opción, esto es, la de conferir a este elemento la aptitud suficiente para producir el viraje completo de la figura hacia el solo modelo de infracción de deberes, puede descartarse, habida cuenta de los sólidos apoyos con los que la dimensión concurrencial cuenta, según se vió (*supra*, 3.1.), en la descripción típica Pero aun negándole tal papel protagonista⁸⁵, capaz de fagocitar toda la figura delictiva, el “incumplimiento de obligaciones” sigue constituyendo el elemento al que deberá procurarse más amplia atención, para ponderar debidamente las exactas repercusiones de su delicada presencia en el tipo. Ciertamente, es difícil imaginar actualmente que en España supuestos como el de la aceptación por parte del encargado de un comercio minorista de premios ofrecidos por determinada empresa a cambio de situar sus productos en los expositores con mayor demanda del local (*supra*, 2.3., Caso 4) pudieran dar lugar a la incoación de diligencias penales. Pero, salvo que se esté dispuesto a sobredimensionar el papel que la adecuación social o el principio de insignificancia pueden estar llamados a cumplir respecto de un tipo penal, habrá que admitir que la clave de bóveda para resolver acerca del definitivo encaje formal de comportamientos de tan escasa lesividad como el descrito en el tipo depende del elemento de referencia. Precisar qué significado tienen tales “obligaciones” y, sobre todo, frente a quién debe entenderse que se predicen, ha de ser, pues, tarea prioritaria.

3.3.3.1. Significado

1. La integración de un elemento normativo de tanta indeterminación como el presente no resulta sencilla, y es cuestión que, desde luego, no queda zanjada con la interpretación auténtica que sobre dicha expresión contiene la Decisión Marco objeto de transposición, pues ésta constituye, por un lado, una simple referencia de mínimos y sigue remitiendo, por otro, a otras instancias normativas por determinar: según su art. 1º, la expresión “incumplimiento de las obligaciones” deberá entenderse conforme al Derecho nacional, el cual deberá incluir, como mínimo, “cualquier comportamiento

⁸⁵ Similitudes con este elemento típico pueden verse en el “abuso de funciones” exigido por la aún vigente redacción típica de la administración desleal (cfr. MARTÍNEZ PEREZ, *El delito societario de administración fraudulenta*, EPC, XVII (1994), p. 336 s). Esta referencia desaparece del artículo 295 en el Proyecto de Ley en tramitación, manteniéndose en el 254 bis, de nueva factura.

desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado”.

2. No obstante, la acotación del círculo de sujetos corruptibles, y muy en particular la exclusión de él del empresario, permite clarificar respecto de quién están establecidas las obligaciones a las que va referido el tipo.

En efecto, el art. 286 bis. aptdo. 1º no castiga a “quien prometa, ofrezca o conceda a una empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja”, sino a quien la ofrezca a sus directivos, empleados o colaboradores. Y, de forma paralela, el aptdo. 2º castiga al directivo, empleado o colaborador que la reciba, y no a su empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización. Con ello se deja fuera al que es el operador en el mercado en términos de competencia (resumidamente, el empresario), respecto de quien sí se predicen obligaciones legales relacionadas con sus competidores, como resumidamente puede entenderse que encierra la cláusula general de competencia del art. 5º LCD, que reputa desleal todo comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe respecto de aquéllos, y que desarrolla su articulado.

Los dependientes del empresario, en cambio, sólo se deben a su principal.

De entrada –como se vió–, no existe para ellos (como en este caso tampoco para su empleador) obligación legal o contenida en disposición general alguna respecto de los consumidores en el sentido de tener que procurarles un asesoramiento objetivo: nada obliga al dependiente a informar exactamente al cliente del hecho de que las prestaciones que solicita pueden ser mejor atendidas (en términos de calidad y/o precio) por su competidor (sino que, acaso, antes le vincularía la obligación en sentido opuesto). No cabe, pues, interpretar la expresión “incumplimiento de obligaciones” en el sentido que los autores del Proyecto Alternativo alemán pretendieron atribuir a la expresión “*pflichtwidrig*” incorporada en el §176 del mismo, pues no es cierto que les competa un rol de garante en la distribución de productos y servicios frente al público en general⁸⁶.

Pero, por otro lado, tampoco tienen los dependientes (en sentido amplio) obligaciones frente a los competidores, como congruentemente enseña el hecho de que el ámbito subjetivo de aplicación de la LCD se refiera a los empresarios (o personas –físicas o jurídicas– que participen en el mercado: art. 3º LCD). La expresión “incumplimiento de obligaciones”, por consiguiente, tampoco puede considerarse sinónima de “desleal” en el mercado⁸⁷, al modo en que es comúnmente entendida la expresión “*in unlauterer Weise bevorzugen*” (favorecer de forma desleal) del tipo alemán. En doctrina, dicha expresión se interpreta claramente en referencia a los competidores⁸⁸, distinguiéndose los conceptos de deslealtad (*Unlauterkeit*) y de infracción de deber (*Pflichtwidrigkeit*)⁸⁹, este último representativo de un peldaño más de exigencia.

⁸⁶ *Supra*, 3.2.

⁸⁷ *Cfr.*, en cambio, BAÑARES SANTOS, F./NIETO MARTÍN, A., op. cit., p. 220.

⁸⁸ Vg., TRÖNDLE, H./FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 27 Aufl. (2006), §299, Rn. 16.

⁸⁹ HIESERMANN, W., “*Verkäuferrämien*”, WRP (1964), p. 223; HIRSCHENKRÄMER, K., *Fallen*

Por lo tanto, las obligaciones que en este tipo penal vinculan a “directivos, empleados o colaboradores”, -únicos que pueden cometer el delito de corrupción pasiva y únicos respecto de los que puede construirse la figura común de corrupción activa- son las que les unen a su principal respectivo, y que, de nuevo resumidamente, se contienen en la referencia iusprivatista a la buena fe para con él.

En relación con los “directivos”, si se trata de administradores sociales, la Ley de Sociedades Anónimas consagra su deber de administración diligente, así como los de fidelidad, lealtad y secreto (art. 127 ss. LSA), conteniendo tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la de Sociedades de Responsabilidad Limitada restricciones específicas sobre la posibilidad de competencia con la actividad de la sociedad administrada, lo que no es sino especificación de la prohibición de servir a intereses ajenos (art. 132.2 LSA, art. 65 LSRL). Si se trata de directores o apoderados generales, sus obligaciones, que incluyen igualmente el deber de diligencia y lealtad, son las del mandatario retribuido que pueden verse en los arts. 1718 ss. del Código Civil, siendo especialmente significativa la de dar cuenta el mandatario de todas sus operaciones así como de abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo (art. 1720 CC).

En relación con los “empleados”, puede citarse con carácter general la buena fe contractual que proclama el art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Los “colaboradores”, por su parte, pueden ostentar en sí mismos considerados la condición de “empresario” u operador en el mercado en términos de competencia⁹⁰, formando parte, en ese sentido, del ámbito de aplicación de la LCD, y afectándoles, en consecuencia, las obligaciones en ella contenidas respecto de los competidores. Sin embargo, ha de notarse que no es en esa dimensión en la que vienen aludidos en el art. 286 bis PLOMCP, sino que lo son en tanto que dependientes del “empresario”. Es pues, de nuevo, la relación de fidelidad con el mandante la que genera las obligaciones relevantes para el tipo, con independencia de que, tratándose p.e., de un asesor titulado, puedan vincularle también determinados códigos deontológicos u otras obligaciones impuestas por su respectivo Colegio Profesional.

3. Perfilado el sentido de las obligaciones y frente a quienes vienen establecidas, puede hacerse aun alguna reflexión sobre su contenido, en especial al hilo de la última observación apuntada. Aunque los sujetos puedan estar afectados por obligaciones emanadas de su propia deontología profesional, como acaba de indicarse en relación con los colaboradores externos, o, en el caso de los empleados internos -de mayor o menor nivel- por obligaciones derivadas de cláusulas contractuales específicas, a modo de “compliance programs” o códigos de conducta firmados con la empresa, no puede ser su infracción la que colme las exigencias del tipo. La interpretación restrictiva que los factores en su momento analizados imponen a la figura han de excluir esa expansión de lo penalmente relevante, no descendiendo del rango legal o acaso de reglamen-

“entschleierte Schmiergelder” unter §12 UWG?, WRP, (1965), p. 133; KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit ...*, cit., p. 67; BÜRGER, S., *§299 StGB-eine Straftat gegen den Wettbewerb?*, Wistra, (2003), p. 133 s.

⁹⁰ Como también puede hacerlo el trabajador.

to profesional –esto es, de disposición general- con el que se conforma la Decisión Marco, hacia el nivel meramente contractual o de autonomía privada. Habrá que establecer, en suma, estándares del nivel de infracción requerido, sin que en ningún caso pueda el escalón contractual privado determinar el carácter delictivo. Ello debería entenderse así, restringiéndolo a determinados contenidos generales, incluso si constase expresa la referencia al incumplimiento de “obligación contractual”, como ya debe hacerse, vg., en el delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo del art. 311 CP, al aludir este precepto también a los derechos reconocidos en contrato individual⁹¹.

Por último, y por la misma razón, debe descartarse que el tipo pueda englobar con la expresión de referencia las obligaciones contraídas con terceros⁹². De nuevo, el nivel contractual de las mismas, en lugar del de disposición general, ha de vetar dicha posibilidad.

3.3.3.2. Ilegitimidad del vínculo de *fidelidad* como bien jurídico penal

El vínculo de fidelidad con el “empresario”, al que se ha visto que apunta el elemento objeto de análisis (“incumplimiento de obligaciones”), no es un bien digno de protección penal. Si así se entendiese se vaciaría de contenido material a la figura, que quedaría reducida a un mero ilícito formal. A su presencia en el tipo, que no puede obviarse, hay que atribuirle, pues, otras consecuencias:

- 1) Como se anticipó, el elemento no posee virtualidad suficiente para protagonizar la mutación de la figura hacia el modelo (ilegítimo, en mi opinión) de “infracción de deberes”, pero hay que conferirle el valor de complemento a la tutela competencial en esa dirección.
- 2) Atribuirle ese papel de complemento no significa que pueda ejercerlo desde el entendimiento ilegítimo que se le negaría si actuase como elemento principal o único. Por ello, hay que excavar igualmente hasta el sustrato material que puede fundamentar la exigencia de fidelidad hacia el “empresario”, lo que apunta hacia los intereses patrimoniales de éste.

3.3.3.3. ¿Tutela penal de las estructuras de organización de la empresa?

Una variante en la identificación del vínculo de fidelidad como bien jurídico es la que se orienta hacia las estructuras de organización de la empresa, posición que merece ser tratada separadamente.

Esta postura ha sido sostenida por JAQUES en Alemania, autor que viene a dar el paso al que acaba de renunciarse *en el apartado anterior*, esto es, el de situar el “incumplimiento de obligaciones” en el centro de gravedad de la figura, por más que el precepto germano no contenga esa expresión. Su tesis representa un posicionamiento

⁹¹ Conforme, NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 60.

⁹² Imagínese, vg., que un directivo, sin perjudicar en absoluto a su empresa, retrase, a cambio de soborno por parte de “A”, la entrega de la producción al comprador “B”, competidor del anterior, con quien la tenía estipulada a la mayor celeridad posible. Parece obvio que el tipo penal no puede servir para criminalizar incumplimientos contractuales.

singular en ese país, en el que, como ha quedado dicho, se asume muy mayoritariamente que es la Competencia, en uno u otro modo, el objeto de tutela en este delito.

La concepción de este autor no deriva de las exigencias contenidas en los términos típicos, pues, como se vió, el tipo alemán del §299 StGB, con exigir un favorecimiento en forma desleal (*“in unlauterer Weise”*), no contiene entre sus términos la referencia a una conducta contraria a deber (*“pflichtwidriges”*) por parte del empleado o encargado del establecimiento comercial⁹³. Su planteamiento resulta, en cambio, de un incondicionado (en ese sentido) ejercicio de concreción del bien jurídico en este delito, ejercicio que el autor inicia en la consideración de que el núcleo de la tipicidad, donde reside el injusto, se encuentra en el pacto ilícito entre corruptor y corrupto, para cuyas conductas localizará, de hecho, diferentes contenidos lesivos⁹⁴. Así, mientras que la corrupción privada pasiva constituye en su opinión una infracción de deberes frente al empresario del corrupto⁹⁵, considera evidente que no puede decirse lo mismo de la corrupción activa (en tanto que el corruptor no infringe ningún deber frente a aquél, sino que, acaso, se limita a cumplir precisamente la voluntad de su propio mandante). Y si no es el empresario del corrupto el atacado en esta modalidad activa, tampoco puede decirse –siempre siguiendo esta postura– que lo sean los propios competidores, entre otras cosas porque el corruptor no está en condiciones de ejercer influencia directa alguna sobre ellos (si no es dando un rodeo a través de la corrupción del empleado)⁹⁶. Respecto de ellos, exagerando los términos, podría incluso decirse que la corrupción generaría efectos beneficiosos, en la medida en que el aumento en los gastos del corruptor le colocaría en peor situación al tener que encarecer sus productos⁹⁷. El injusto de la conducta del corruptor, la razón por la que alcanza relevancia penal, estribará pues, y simplemente, en el hecho de constituir una conducta de participación en la infracción de deberes en la que consiste la corrupción pasiva⁹⁸.

En la tesis de JAUQUES, no es que se ignore que la Competencia puede sufrir efectos perniciosos producto de las conductas de corrupción. Pero tales efectos son considerados secundarios o reflejos. Sucedería, ejemplificando, algo similar a lo que puede observarse en relación con el delito de fraude de subvenciones (parágr. 264, en el Código alemán): la obtención de las mismas es sin duda una agresión a la lealtad competitiva, en la medida en que se percibe una ventaja ilícita frente al competidor; pero el efecto sobre la Competencia no es el fundamento del castigo por ese concepto delictivo. Aun con menor fortuna, a mi juicio –como más adelante explicaré–, el autor extiende el ejemplo a actos que representen el empleo de la fuerza física contra intereses del competidor, como formas todavía más drásticas de alterar indirectamente la Competen-

⁹³ Sobre el diferente significado de estos conceptos *supra* 3.3.3.1.

⁹⁴ JAUQUES, H., *Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu §12UWG*. Peter Lang, Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1996, p. 94.

⁹⁵ JAUQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 96, 102.

⁹⁶ JAUQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 103

⁹⁷ JAUQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 99. La observación, aun hecha en tono hiperbólico, parece fuera de lugar, desde el momento en que parece obvio que el corruptor activo habrá ponderado adecuadamente los efectos beneficiosos de su inversión en sobornos.

⁹⁸ JAUQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 101, 116.

cia. Se alude, así, a los delitos de detención ilegal, lesiones o incendio, que tampoco, según este enfoque, pese a afectar a la Competencia encontrarían en ella la razón de su castigo⁹⁹.

De este modo, la Competencia leal no debe considerarse sino el cobijo de otros intereses que se encuentran tras ella, faltándole por tanto la inmediatez necesaria para constituir el bien jurídico protegido. Por lo que habrá que preguntarse, entonces, es por la específica condición de funcionamiento de la Competencia que resulta concretamente perjudicada por la corrupción¹⁰⁰. Y la respuesta a esa pregunta la encuentra el autor en la delegación de funciones en el ámbito económico; en las instituciones que la hacen posible y respecto de las que la corrupción provoca una pérdida de confianza¹⁰¹. La entidad y dignidad suficiente del bien jurídico así seleccionado para requerir la intervención penal estaría, según la postura de continua referencia, plenamente justificada en tanto que, al no poder el productor realizar por sí mismo todas las funciones, la división del trabajo y la “delegabilidad” de las funciones deviene un instituto fundamental en la organización de nuestro régimen económico, por lo que existe un interés general en la protección de estas estructuras de organización.

La postura de JAQUES, de escaso predicamento en su país, deja importantes flancos para la crítica.

En Alemania, las referencias concretas en su formulación a la “pérdida de confianza” por parte del empresario y a las “instituciones jurídicas” que articulan la delegación de funciones, le han valido recientemente críticas puntuales a su postura. En cuanto a lo primero -se ha observado- la tesis implicaría, de entrada, que el planteamiento sólo pudiera ser, en su caso, válido en relación con el empresario o comerciante individual (persona física), pues no es en realidad imaginable una pérdida de confianza en la delegación de funciones en el ámbito de las grandes sociedades mercantiles, en las que la aparición de un empleado corrupto no tendrá más consecuencia que la de su sustitución por otro encargado¹⁰². Lo segundo, por su parte, es capaz de dejar sin objeto de la lesión a diversos supuestos, en la medida en que el tipo no exige la existencia de una concreta institución jurídica mediante la que tenga lugar la entronizada delegación de funciones¹⁰³.

Pero más allá de las críticas puntuales a la formulación del bien jurídico, la concepción descrita presenta, en mi opinión, importantes objeciones de fondo que son los que aquí más deben importar.

De entrada, no puede convencer la relegación de la dimensión competencial a un segundo plano cuando en absoluto puede afirmarse que siempre que pueda estimarse lesionada la “delegabilidad” de funciones se estará ante un comportamiento típico de corrupción, sino sólo, y precisamente, en los casos en los que se afecte a la Competencia. De otro modo, no se entiende por qué no se habría extendido la tipicidad a todo

⁹⁹ JAQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 106.

¹⁰⁰ JAQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 107.

¹⁰¹ JAQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 98, 115.

¹⁰² KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit ...*, cit., p. 59, 75.

¹⁰³ KOEPEL, A.K., *Bestechlichkeit ...*, cit., p. 78.

incumplimiento de los deberes delegados, como hace coherentemente, p.e., y siguiendo desde antiguo otro modelo, el Derecho francés, que, como se dijo, en 2005 trasladó a los arts. 445-1 y 445-2 del Código penal las conductas antes recogidas como incumplimientos laborales (penalmente sancionados) en el Código de Trabajo (art. 152-6). Desde luego, al símil utilizado para ilustrar la posición en la que quedaría la Competencia respecto del delito de corrupción puede otorgársele a mi modo de ver bien corto recorrido: en los delitos aludidos de lesiones, detención, incendio o daños recaídos sobre la persona o bienes de un competidor, la afectación de la Competencia no será más que, acaso, el móvil de aquellas conductas, que en absoluto pertenece al tipo en cuestión sino, únicamente, a una eventual (e irrelevante) fase de agotamiento del delito.

A mi juicio, esa minusvaloración de la Competencia en la construcción típica puede venir excesivamente condicionada por el presupuesto del que parte esta postura: para JAQUES, la competencia leal, en tanto que modelo abstracto, no resulta causalmente lesionable, por lo que no puede servir como fundamento, cognoscible por el autor, al que anudar la pena estatal¹⁰⁴. Esta visión, que encierra una deslegitimación de lo supraindividual que, como se ha dicho, aquí no se comparte (*supra* 2.2), es la que obliga a buscar bienes intermedios sí directamente lesionables. Con ello, sin embargo, en mi opinión se localiza de nuevo¹⁰⁵ el objeto de la acción en las conductas de corrupción, sin que ese objeto, una vez más y aun aceptando que pueda ser más tangible, encarne la esencia del bien jurídico tutelado.

Problema de fondo sigue siendo, en definitiva, el antes denunciado para las posturas que hacen descansar la lesividad (máxime si es en exclusiva) en el vínculo de fidelidad, en la infracción de deberes extrapenales, cual es el de la conversión del delito en un mero ilícito formal. Por otra parte, tampoco el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal acude en auxilio de esta construcción, pues por más que deba defenderse la lealtad en las relaciones entre principal y dependientes, existen, si ahí se termina el injusto pretendido, otras instituciones (como puede ser el despido disciplinario) llamadas a combatir su transgresión.

3.3.3.4. El empresario, ¿parte del objeto tutelado?

Ciertamente, circunstancias como que las obligaciones a que se refiere el tipo sean las instituidas en favor del empresario (aptdo. 3.3.3.1) o que éste, según se vió (aptdo. 3.3.2), no pueda cometer el delito de corrupción pasiva privada no le convierten automáticamente en parte del objeto tutelado, pero sin duda es ésta una posibilidad que debe ser explorada antes de dar por buena la adscripción de este elemento y su significado al solo desvalor objetivo de acción de la conducta. Decidir acerca de la tipicidad o no de los sobornos recibidos con su consentimiento es un buen banco de pruebas para ello.

¹⁰⁴ JAQUES, H., *Die Bestechungstatbestände ...*, p. 31, 103, 105.

¹⁰⁵ Como se ha entendido que hace, partiendo de otros presupuestos, el planteamiento de KOEPEL expuesto *supra* 3.1.

3.3.3.4.1. La aceptación de ventajas por parte del empleado con conocimiento/consentimiento del principal

La hipótesis de trabajo es la siguiente: si se localizan argumentos suficientemente sólidos como para sostener que las ventajas obtenidas por el dependiente con el consentimiento de su principal carecen de relevancia típica, se estará confiriendo a este último un poder de disposición que sólo se justifica en la medida en que se le reconozca como titular del bien que tutela la norma (o, al menos, de una parte de él). En otras palabras: puesto que el empresario sólo puede tener poder de disposición sobre sus propios intereses, y no sobre los de los competidores (cuya tutela por parte de esta figura delictiva ya ha quedado demostrada), reconocer que su consentimiento excluye la tipicidad será tanto como afirmar que sus intereses son también parte del objeto tutelado. Mediando dicho consentimiento, aunque el soborno perjudique efectivamente a otros intervinientes en el mercado, la conducta ya no podría alcanzar la pluriofensividad que estaría requiriendo el delito.

Una vez más ha de resultar de utilidad en este campo dirigir la mirada al ámbito alemán, cuya doctrina desde hace tiempo ha debatido ampliamente la cuestión. Pese a que la descripción de la conducta típica de corrupción pasiva privada excluye en el §299 StGB (como ocurre en la redacción española del art. 286 bis aptdo. 2º PLOMCP) al empresario como sujeto activo (se trata en aquél país de un delito especial comisible sólo por “el empleado o encargado de un establecimiento comercial”), ello debe en todo caso atribuirse –entiende la doctrina germana- a la –censurable- situación del derecho positivo, cuya mejora *de lege ferenda* debe propugnarse, pero no a ninguna derivación del que deba entenderse como objeto tutelado (la competencia)¹⁰⁶.

Así pues, la opinión mayoritaria interpreta que debe reputarse indiferente, a los efectos de estimar verificada la tipicidad, el hecho de que el empresario haya conocido y aun consentido las ventajas que su empleado haya podido aceptar como contraprestación por preferir de manera desleal a otro competidor en la adquisición de mercancías o servicios.

Esta interpretación resultó especialmente clarificada –y reforzada- a partir de una conocida sentencia del Tribunal Supremo (del Reich)¹⁰⁷ recaída hace décadas en aplicación del antiguo parágrafo 12 de la Ley contra la Competencia Desleal alemana, en el conocido como caso *Korkengeld* (o *Sektorkorken*). Los hechos, en esencia, consistieron en el ofrecimiento a los camareros de diferentes locales, por parte de representantes de una marca de champagne y con conocimiento del dueño del negocio, de 35 peniques –inicialmente 25- por cada botella vendida (a cambio del corcho, que da nombre al caso), para que recomendasen de forma preferente su producto, lo que ocurrió efectivamente. La resolución del Alto Tribunal, aún hoy citada y considerada en general correcta, revocó la absolución que en primera instancia había decretado el LG Ham-

¹⁰⁶ Esta visión, huelga decirlo, choca con la habitual referencia simultánea al dueño del negocio como parte del objeto tutelado (*vid., supra*, 2.4), referencia que, de prosperar lo propugnado por esta misma doctrina *de lege ferenda* debería simplemente desaparecer, pues parece obvio que el empresario no puede a la vez ser parte del bien jurídico y sujeto activo del delito.

¹⁰⁷ RGSt 48/291 ss.

burgo, entendiendo el órgano *ad quem* que se había efectuado una interpretación excesivamente restrictiva del precepto, siendo que no debía requerirse ninguna desobediencia o deslealtad frente al dueño del establecimiento para poder integrar las exigencias del tipo.

También vino a reforzar este parecer, más recientemente, la *KorrBekG* (1997) que al trasladar el tipo de la UWG al Código penal incluyó en él la referencia a terceros, y no sólo al propio sobornado, como potenciales beneficiarios de la ventaja: a partir de ahí, una extendida interpretación ha venido a considerar que en el concepto de tercero debe incluirse al empresario del propio corrupto, con lo que el conocimiento y la aceptación del beneficio por parte de éste no habría de afectar a la tipicidad de la conducta.

En síntesis, pues, se considera que, al resultar igualmente dañino para la competencia el trato desleal dispensado por un empleado a los competidores tanto si media como si no la aquiescencia de su empresario, este consentimiento no debe obstar a la punibilidad de la conducta. En tal sentido, la doctrina alemana ha llegado a señalar, incluso, que la “deslealtad” requerida por el tipo se concretaría en la simple intromisión ajena en la relación entre el empleado y el principal¹⁰⁸, intromisión que distaría de ser un mero comportamiento indeseado: soportándolo el empresario -con la consiguiente socavación de su autoridad- se estaría comportando contra consolidados principios mercantiles¹⁰⁹. También desde la perspectiva del consumidor -antes desautorizada como parte del tipo (*supra*, 3.2)- se ha patrocinado la idea de que el soborno consentido o “al descubierto”¹¹⁰ desvirtuaba la situación del mercado al producir un cambio en las expectativas del comprador, quien, si bien puede contar con un asesoramiento parcial por parte del comerciante, no incluye entre sus previsiones la posibilidad de que esa parcialidad esté influida o potenciada por las ofertas o incentivos de una tercera parte¹¹¹, lo que explicaría que lo que está permitido para unos (los incentivos a sus propios empleados) deba considerarse prohibido para otros (premiar a los ajenos)¹¹².

El planteamiento expuesto, sostenido en Alemania no sin ciertas fricciones e incongruencias -como denuncia la doctrina en ese sentido más heterodoxa¹¹³-, no puede ser trasladado al tipo penal español del art. 286 bis, y ello no sólo por argumentos de índole literal, como puede ser el hecho de que nuestro precepto no haya acabado incluyendo la previsión de *Drittvorteil*, o posibilidad de que la ventaja vaya destinada a un beneficiario distinto del propio sobornado, como ocurre con el precepto alemán o con la propia previsión de la Decisión Marco transpuesta¹¹⁴. Existen razones de mayor peso. Básicamente, a mi juicio, las dos que siguen:

¹⁰⁸ HIESERMANN, W., “*Verkäuferprämien*”, WRP (1964), p. 223.

¹⁰⁹ HIESERMANN, W., “*Verkäuferprämien*”, WRP (1964), p. 223.

¹¹⁰ Como lo denominara WASSERMANN (1931): “*entschleierte Schmiergelder*”, según recoge HIRSCHENKRÄMER, K., *Fallen “entschleierte Schmiergelder” ...*, cit., p. 130.

¹¹¹ HIESERMANN, W., “*Verkäuferprämien*”, WRP (1964), p. 224.

¹¹² HIESERMANN, W., “*Verkäuferprämien*”, WRP (1964), p. 224.

¹¹³ WINKELBAUER, W., *Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit (§299 Abs. 1 StGB)*, en *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004, p. 387.

¹¹⁴ En efecto, el art. 286 bis aptdo. 2º, aunque prevé que el beneficio o ventaja lo reciba (acepte o solicite) el sobornado “por sí o por persona interpuesta”, no contempla la posibilidad de que la reciba mas que para sí.

En primer lugar, el hecho de que percibiendo “sobornos al descubierto”¹¹⁵ el empleado no “incumple sus obligaciones”. Puesto que, como quedó dicho, se debe únicamente a su principal, la realización por el empleado de los comportamientos por éste autorizados (p.e., por considerar que los incentivos ajenos a la postre apaciguan presiones salariales propias) no son contrarios a la buena fe que rige en sus relaciones. Por otro lado, si el dueño del negocio no tiene obligación de tratar igual a los competidores, obvio es que el empleado, que deriva de aquél su poder de decisión en la adjudicación de bienes o servicios, tampoco puede verse afectado por tal obligación de trato equitativo o paritario¹¹⁶. Por consiguiente, si actúa con aprobación del principal, el empleado no hace sino ser su continuación, y nada infringe. En ese sentido, de puertas afuera la empresa constituye una unidad, la que representa como operador en el mercado, sin que sea asunto de los competidores verificar la forma en que la facturación o las ganancias se distribuyen de puertas hacia dentro¹¹⁷. Parece pues, en esta línea, que una artificiosa distinción entre lo que sería una percepción lícita por parte del empresario de ventajas complementarias a la del propio producto (en tanto que prestación libre que es), frente a una de carácter ilícito consistente en la recepción de las mismas ventajas por parte del empleado, no tiene una base material sólida que la justifique cuando media el consentimiento del primero, no llevando ese artificioso entendimiento más que a “privilegiar la farsa”¹¹⁸ del empleador que aparentemente las recibe para sí para luego distribuirlas entre los empleados, conduciendo a la injustificable persecución sólo del “torpe” que las percibe directamente en calidad de dependiente. En cuanto a las ventajas obtenidas para el empresario como tercero, parece obvio que quien las acepta para su empleador (eligiendo, p.e., entre dos ofertas la del competidor que además aporta prestaciones suplementarias para la empresa, del signo que éstas sean), no está incumpliendo obligación alguna sino que, antes al contrario, cumple con el elemental deber de velar por los intereses patrimoniales de su principal.

En segundo lugar, razón de peso es también la que discurre atenta a la mínima intervención penal, pues si la falta de consentimiento del empresario es incluso requerida por la doctrina mercantilista para cumplimentar la infracción civil del artículo 14 LCD¹¹⁹, parece a todas luces descabellado pretender que la infracción penal deba conformarse con menos.

Además de lo anterior, que sin duda debe bastar, no puede dejar de apuntarse alguna de las incongruencias con las que parece topar esa irrelevancia del consentimiento en la doctrina comparada aludida. Principalmente, el hecho de que, si efectivamente se entiende que el consentimiento del empresario no ha de tener valor justificante (o directamente determinante de la atipicidad), no se haga responder a aquél al menos como partícipe, pese a que no pueda ser autor. En efecto, si la razón por la que el círculo de

¹¹⁵ Expresión que puede constituir ya una *contradicción en sus términos*, ajena al uso común del lenguaje (HIRSCHENKRÄMER, K., *Fallen “entschleierte Schmiergelder”* ..., cit., p. 131).

¹¹⁶ KOEPEL, A.K., op. cit., p. 87.

¹¹⁷ HIRSCHENKRÄMER, K., *Fallen “entschleierte Schmiergelder”* ..., cit., p. 131.

¹¹⁸ WINKELBAUER, W., *Ketzerische Gedanken* ..., cit., p. 393, denunciando lo discriminatorio y absurdo de la impunidad de esta sola corruptela que se traslada al ámbito interno (a modo de “*Innenbestechung*”).

¹¹⁹ Por todos, MASSAGUER, J., op. cit., p. 411.

autores queda restringido a los dependientes (con exclusión del empresario) estriba únicamente en la redacción legal, y no en impedimento alguno derivado de la concepción del bien jurídico (la competencia, que también el empresario puede lesionar), los principios generales permitirían que éste respondiese a título de partícipe¹²⁰, por más que pudiese estimarse una perversión o inversión de los términos que lo fuese en la conducta de quien depende funcionalmente de él¹²¹. En otras palabras, si el bien jurídico también se protege frente al empresario, su condición de *extraneus* no le impide responder bien como inductor, bien como cooperador necesario en comisión por omisión, en la medida en que su no hacer (tolerando la percepción de sobornos) equivalga a la acción, lo que en cambio no se sostiene por aquella doctrina. La salida más plausible, por ello, pasa por negar la mayor, entendiendo que el bien jurídico Competencia no se protege frente al empresario o titular del negocio, de modo que es relevante su consentimiento en relación con las conductas de sus dependientes.

En definitiva, existen argumentos de peso para reputar atípicos los sobornos consentidos por el titular del negocio, sin que a cambio quepa otorgar la misma entidad a las consideraciones que pudieran apuntar en sentido opuesto¹²², por lo que cabe entender confirmada la hipótesis de partida.

3.3.3.4.2 ¿Adscripción del componente de infracción de deber al solo desvalor de acción?

A la luz de las consideraciones efectuadas, no puede entenderse que el componente de infracción de deberes extrapenales incluido en la descripción legal (“incumplimiento de obligaciones”) constituya sólo la especificación del medio a través del que se consuma la agresión competencial. No se trata, en otras palabras, de un elemento destinado a seleccionar modalidades especialmente peligrosas de ataque al bien jurídico Competencia, sino que él mismo tiene repercusiones en la configuración del propio bien jurídico, que viene a extender, concretamente, al empresario del corrupto. A diferencia de lo que puede observarse respecto de otros elementos de corte técnico similar, como puede ser el “*abuso de las funciones propias del cargo*” en el delito de administración fraudulenta (art. 295 CP –254 bis en el PLOMCP-), en el que al apuntar la deslealtad que implica hacia el mismo bien que tutela el tipo (el patrimonio) constituye especificación del modo de ataque al mismo, en el delito de corrupción privada con la

¹²⁰ WINKELBAUER, W., *Ketzerische Gedanken ...*, cit., p. 390.

¹²¹ HIRSCHENKRÄMER, K., *Fallen “entschleierte Schmiergelder” ...*, cit., p. 132.

¹²² En esa línea pudiera querer verse el contenido del art. 5º de la DM objeto de transposición, en la medida en que refiere la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con las conductas tanto de corrupción activa como pasiva, al remitir a sus artículos 2 y 3. Ello viene a indicar, literalmente tomado, que también el aceptar sobornos el directivo en provecho de su empresario (persona jurídica) –hay que entender que incluyendo el caso más normal de que se produzca con su conocimiento/consentimiento- resulta típico, al poder ese hecho derivar responsabilidad hacia aquella persona jurídica. Sin embargo, por un lado, se trata de un argumento endeble, que en todo caso habría quedado desplazado por la efectiva redacción finalmente adoptada por el tipo español. Por otro, parece tratarse más de un descuido en la reproducción por parte de la (más descuidada) DM del homólogo art. 5º AC, que se refería sólo a la corrupción activa al remitir sólo a su artículo 3º. La hipótesis es sin duda la más plausible si se tiene en cuenta que tiene escaso sentido la previsión normativa en relación con la corrupción pasiva, pues es difícil concebir un incumplimiento de obligaciones en provecho del empleador.

referencia al “incumplimiento de obligaciones” irrumpe en escena un nuevo objeto de protección, que se une a la dimensión competencial del delito tantas veces aludida.

Con este delito, pues, no se han desvalorado –conscientemente o no– los pactos colusorios de un empresario con otro para perjudicar a terceros competidores a cambio de precio o ventaja de cualquier clase. Desde el prisma penal, la posibilidad de que medien ventajas en esa clase de comportamientos desleales viene a reputarse perteneciente a la libertad de empresa, valorando las contrapartidas obtenidas como contraprestación libre. Sólo si se afecta, amén de al competidor, al empresario propio, se podrá incurrir en responsabilidad penal.

4. VOLUNTAS LEGIS vs. VOLUNTAS LEGISLATORIS. CONSECUENCIAS EN LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y EN LA CONFIGURACIÓN DEL ÁMBITO TÍPICO

Si son correctas las argumentaciones hasta ahora expuestas, pueden ofrecerse, a modo de cierre, algunas pautas hermenéuticas para afrontar la aplicación de la nueva figura legal, en caso de prosperar la redacción en los términos actualmente proyectados.

Desde un punto de vista general, se ha visto que el nuevo delito de corrupción entre particulares se perfila como una figura con un objeto de protección 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 aquél. Ello, pasado por el tamiz de la interpretación decididamente restrictiva que, según también se ha argumentado, se impone para esta novedosa figura, puede traducirse en la exigencia de un peligro concreto para al menos algún competidor de la empresa del corrupto así como para los intereses del empresario de éste. Si bien sería preferible la exigencia respecto de ambos de un perjuicio efectivo, pese a las mayores complicaciones que de ello se derivarían tanto desde el punto de vista probatorio, en lo que respecta a la dimensión competencial, como, por lo que se refiere a la lesión del dueño del negocio, desde el punto de vista concursal (con el delito de administración desleal), lo cierto es que los verbos típicos que se conforman con una mera actividad (prometer, ofrecer, solicitar) vienen a dificultar especialmente tal intensificación en la construcción del desvalor de resultado.

Con tales premisas, quedan extramuros del nuevo tipo penal los sobornos a empleados no potencialmente perjudiciales para otros competidores, como los que puedan producirse en contextos de ausencia de competencia efectiva, o aquellos en que ha de resultar en cualquier caso elegido o favorecido el oferente, por constituir la mejor oferta. Por otro lado, quedan excluidas las dádivas al dueño del negocio, por impedirlo la redacción típica a la vez que el entendimiento del objeto tutelado en este delito, así como las daciones o promesas por él consentidas y las no perjudiciales para el mismo, aunque le resulten desconocidas.