



FACULTAD DE DERECHO

## **LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS**

y su relación con delitos afines

Autor: Juan Picón Torralba

5ºE-3 D

Derecho Penal

Tutor: Antonio Obregón García

Madrid  
Abril 2018

## **RESUMEN**

### **Delimitación del objeto**

El presente trabajo consiste en un análisis del delito de corrupción de particulares recogido en el artículo 286 bis del código penal. El análisis estará dividido en cuatro partes fundamentales: la evolución histórica del delito, su tipicidad en nuestro código, la cuestión del bien jurídico protegido y su distinción con delitos afines, esencialmente, de la administración desleal y la apropiación indebida.

### **Justificación**

El interés por este tema se debe a dos factores fundamentales. En primer lugar, por la proximidad en el tiempo, el delito de corrupción de particulares es un delito de recién incorporación a nuestro ordenamiento con motivo de la normativa internacional que ha sido objeto de numerosas reformas. En segundo lugar, por la proximidad al ciudadano, a pesar de que la mayoría de las personas asocian este delito a las personas jurídicas, la realidad es que es un delito cuya comisión es sumamente sencilla y puede ser provocada por presentes tan socialmente aceptados dentro de determinadas profesiones como una cesta de Navidad.

### **Metodología**

La metodología empleada en este trabajo consiste en el examen de textos normativos nacionales e internacionales, principalmente el Código Penal, la Ley de Competencia Desleal y la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, la jurisprudencia y la doctrina científica.

### **Estructura**

El trabajo comienza con un estudio de la evolución histórica de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, motivado por ser estas entidades las estructuras que sirven de seno para la comisión de este tipo de delitos. Lo primero que

se analiza del delito en cuestión es su evolución histórica, desde su incorporación en nuestro Código Penal a raíz de la normativa internacional, hasta su última reforma llevada a cabo en 2015. Posteriormente, entraremos en el análisis de los elementos típicos del delito, haciendo hincapié en los términos “ventaja”, “injustificada o indebida” y en el elemento finalista. Ulteriormente, pasaremos al análisis del bien jurídico protegido en el tipo, para ello nos basaremos en los modelos creados en el derecho comparado y en otras teorías de la doctrina científica. Finalmente, realizaremos una delimitación de las fronteras del delito de corrupción de particulares con dos de sus delitos afines; la apropiación indebida y la administración desleal.

## **PALABRAS CLAVE**

1. *Ventaja*
2. *Injustificada*
3. *Indebida*
4. *Competencia*

## **ABSTRACT**

### **Delimitation of the matter**

The present paper consists of an analysis of the criminal offence of corruption of individuals gathered in the section 286 bis of the Spanish Criminal Code. The analysis will be divided into four fundamental parts: the historical evolution of the offence, its typicity in our code, the issue of the protected legal interest and its distinction with related offences, essentially, the unfair administration and the misappropriation.

### **Justification**

Interest in this topic is due to two fundamental factors. In the first place, due to the proximity in time, the offence of corruption of individuals has been a recent incorporation in our legal system due to previous international regulations. After the its incorporation in 2010 the offence has been subject to numerous reforms. Second,

because of its proximity to the citizen, despite the fact that most people associate this offence with legal entities, the reality is that it is an offence whose commission is extremely simple and can be provoked by socially accepted presents within Certain professions like a Christmas basket.

## **Methodology**

The methodology used in this work consists of the examination of national and international normative texts, mainly the Penal Code, the Law of Unfair Competition and the Framework Decision 2003/568 / JAI of the Council, of July 22, 2003, the jurisprudence and the scientific doctrine.

## **Structure**

The work begins with an analysis of the evolution of the regulation of criminal liability of legal persons which are often used for committing this kind of offence. The first thing that is analyzed of the offence is its historical evolution, from its incorporation in our Criminal Code following the international regulations until its last reform carried out in 2015. Later, we conduct an analysis of the typical elements of the crime, emphasizing the terms "advantage", "unjustified or undue" and the finalist element. Subsequently, we will move on to the analysis of the protected legal interests, for this purpose we will study the three main international models created in comparative law and also two other theories of scientific doctrine. Finally, we will make a delimitation of the borders of the crime of corruption of individuals with two of its related crimes; misappropriation and unfair administration.

## **KEY WORDS**

1. *Advantage*
2. *Unjustified*
3. *Improper*
4. *Competition*

## ÍNDICE

<b>1. Introducción: La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Evolución histórica del delito de Corrupción de particulares (286 bis).....</b>	<b>12</b>
<b>3 .Elementos del delito .....</b>	<b>17</b>
<b>4.Tipicidad.....</b>	<b>19</b>
<b>4.1 Sujetos:.....</b>	<b>19</b>
4.1.1 Corrupción activa .....	19
4.1.2 Corrupción pasiva.....	21
<b>4.2 Conducta típica .....</b>	<b>22</b>
4.2.1 Ventaja .....	24
4.2.2 Injustificada .....	27
4.2.3 Para otro.....	28
4.2.4 Elemento finalista.....	29
<b>4.3 Ámbito de aplicación.....</b>	<b>30</b>
<b>5.Delimitación del bien jurídico protegido .....</b>	<b>31</b>
<b>5.1 Modelos de derecho comparado .....</b>	<b>31</b>
5.1.1. Modelo 1: Patrimonio .....	31
5.1.2. Competencia.....	35
5.1.3 Deber de lealtad.....	39
<b>5.2 Otras teorías.....</b>	<b>42</b>
5.2.1 Contratación .....	42
5.2.2 Pluriofensivo .....	43
<b>6.Tipo subjetivo .....</b>	<b>44</b>
<b>6.1 Dolo .....</b>	<b>44</b>
<b>6.2 Error .....</b>	<b>44</b>
<b>7.Delitos afines: Administración desleal y apropiación indebida .....</b>	<b>47</b>
<b>8. CONCLUSIONES .....</b>	<b>52</b>
<b>8.1 Cuestión del Bien jurídico protegido.....</b>	<b>52</b>
<b>8.2 Cuestión de la Justificación del Tratamiento Penal.....</b>	<b>52</b>
<b>9. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>53</b>
<b>Jurisprudencia .....</b>	<b>53</b>
<b>Legislación .....</b>	<b>53</b>
<b>Doctrina científica .....</b>	<b>54</b>

## ABREVIATURAS

1. *BOE*: Boletín Oficial del Estado
2. *L.O*: Ley Orgánica
3. *Op.Cit*: opus citatum
4. *STS*: Sentencia del Tribunal Supremo
5. *CP*: Código Penal

## 1. Introducción: La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas

Para comenzar este trabajo me gustaría realizar una introducción de la historia de la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico penal. El motivo de empezar por esta cuestión, es la estrecha relación que estas entidades tienen con el delito de corrupción de particulares, pues las más flagrantes agresiones al bien jurídico protegido por este tipo penal suelen realizarse en el seno de estas estructuras jurídicas. Como ha podido verse en los diferentes escándalos que han salido a la luz, las empresas realizan numerosos actos irregulares para incentivar el interés en sus negocios, tanto es así, que el legislador ha decidido incorporar una regulación penal a pesar de la existencia de medidas extra penales para prevenir este tipo de conductas<sup>1</sup>.

Adicionalmente, comprender esta regulación es esencial para definir el ámbito de aplicación del delito de corrupción de particulares. Una de las novedades que trajo la Ley Orgánica 5/2010<sup>2</sup> fue la imposición responsabilidad a las personas jurídicas derivada de los delitos para los que esta responsabilidad estaba expresamente prevista, incluyendo entre los mismos el 286 bis<sup>3</sup>.

Antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 a través de la ley orgánica 10/1995, en el ordenamiento jurídico español imperaba el **principio de irresponsabilidad penal empresarial** (*societas delinquere non potest*). Este principio

---

<sup>1</sup> HERRERO GIMÉNEZ (2017). *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, pp. V-VI.

<sup>2</sup> Artículo 288 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas(....) :*

*En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater:*

<sup>3</sup> ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS. (2013). *Delito de corrupción entre particulares*. 1st ed. Madrid: Fe d'erratas,pp.55-56.

establece que solo la persona física puede cometer delitos porque es la única que puede ser sujeto de responsabilidad penal.

La exclusión de la persona jurídica de este ámbito de responsabilidad se basa en tres fundamentos. En primer lugar, las empresas no tienen **capacidad de acción**, para que exista una acción objeto de responsabilidad penal, esta debe consistir en un comportamiento externo y voluntario. Como podemos observar, el primero de los elementos está presente porque la acción tiene consecuencias más allá del ámbito interno de la empresa, sin embargo, para que el comportamiento sea calificado como voluntario es necesario que este sea consecuencia de una respuesta de los centros cerebrales, centros que no existen en la figura de la persona jurídica como tales. En segundo lugar, las empresas no pueden ser imputadas porque carecen de **capacidad de culpabilidad** equiparable a la de las personas físicas, por la explicación de los centros cerebrales explicada *supra*. Finalmente, el responsabilizar a un colectivo de un delito se atenta contra el **principio de personalidad** de las penas según el cual la pena solo puede aplicarse al autor del hecho punible, es decir, no puede ser colectiva sino que esta ha de ser individualizada. Además, siendo los administradores las personas responsables de los actos de la sociedad, se produciría una traslación de la responsabilidad contraria al principio de personalidad de la pena<sup>4</sup>.

La aplicación estricta del principio de irresponsabilidad de las personas jurídicas implicaría que debido a la existencia de capacidad jurídica en las empresas, que proporciona efectividad jurídica a los actos que estas llevan a cabo, las personas detrás de estos actos podrían evadir sus responsabilidades, dejando su esfera jurídica inafectada. En el código penal de 1983<sup>5</sup> se ideó un sistema para poder levantar el velo en estas situaciones, este sistema se recoge en su artículo 15 bis<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> OBREGÓN GARCÍA, GÓMEZ LANZ. (2015). *Derecho penal Parte General*. 2nd ed. Madrid: Tecnos, pp.280-294.

<sup>5</sup> SERRANO GÓMEZ. (1984) "Societas delinquere non potest". *Boletín (Facultad de Derecho)* (11-12), pp. 53-56

<sup>6</sup>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

Artículo 15 bis

En el artículo 15 bis se recoge la responsabilidad de los administradores por los actos cometidos en representación de personas jurídicas. El Código recoge una traslación de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la persona física en cuyo nombre o por cuya cuenta actúa. Un ejemplo de la traslación de la responsabilidad jurídica del segundo supuesto es el artículo 305<sup>7</sup> del Código Penal, en este artículo se recogen los delitos contra la Hacienda Pública. En el supuesto del Impuesto de Sociedades, el único obligado tributario que puede existir es una persona jurídica. Al no ser considerada una sociedad como sujeto de culpabilidad, el sujeto responsable en este caso serán los administradores de la sociedad aunque no sean los sujetos contemplados por el tipo, en este caso penal e indirectamente tributario.

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se llevó a cabo una **matización** del sistema empleado por el artículo 15 del Código Penal de 1983 en el artículo 31<sup>8</sup>, recogiendo a los administradores de hecho y a los representantes de las personas físicas.

Llegados a este punto, podemos definir dos supuestos en los que un **administrador** o los miembros de un órgano colegiado de administración social se convierten en sujetos de un delito penal. En primer lugar, en caso de que el administrador actúe *in nomine*

---

*El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.*

<sup>7</sup> MORALES. “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 38, pp. 142-154

<sup>8</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### *Artículo 31*

*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

*proprio*, es decir, que al ser la representación indirecta, los actos del administrador no se vinculan con la esfera jurídica del representado a no ser que se realice un negocio jurídico complementario. En segundo lugar, en el supuesto de la traslación de la responsabilidad penal **cuando el tipo contempla** como sujeto responsable a una persona jurídica.

Con la Ley Orgánica 11/2003 se añadió un segundo apartado al artículo 31 bis<sup>9</sup> en el que se contemplaba la responsabilidad de la persona jurídica. El supuesto en cuestión se trata de que la pena impuesta por sentencia se trate de una multa, en este caso, se contempla la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica representada en el delito. Esta modificación supone un cambio drástico a la responsabilidad civil subsidiaria recogida en el artículo 120 del Código Penal<sup>10</sup>. Es importante señalar que esta responsabilidad solidaria solo sería de aplicación en los casos en los que nos encontrásemos en el supuesto del artículo 31.1.

Mediante la introducción el código penal español del artículo **31 bis** se manifiesta la voluntad del legislador de abrazar **las medidas internacionales** creadoras de un modelo de prevención de los comportamientos que suponen una amenaza para la competencia entre particulares, especialmente entre empresas. Gracias a este artículo se han

---

<sup>9</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### *Artículo 31 bis*

*1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

*a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

*b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

<sup>10</sup> “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”. op. cit, pp. 142-154.

introducido en España unas figuras extrapenales internacionales conocidas como normas de *compliance*, normas que sirven para garantizar la competencia leal en los negocios entre particulares<sup>11</sup>.

La reforma del código penal llevada a cabo con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003 hizo que este artículo se ampliara, creando un nuevo apartado que establecía que en los supuestos en los que se llevara a cabo una imputación de responsabilidad, si esta responsabilidad se tratara de una multa, el autor y la persona jurídica implicadas serían deudores solidarios. Tal y como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003 esta regulación tiene una naturaleza penal, convirtiendo a las empresas en responsables criminales<sup>12</sup>.

Existe un segundo supuesto en el Código Penal de 1995 en el que se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la medida empleada por el legislador se denomina consecuencias accesorias y se recoge en el **artículo 129**<sup>13</sup> del texto legal. Esta solución adoptada por el legislador fue intensamente criticada por la doctrina debido a que permitían que existiera una situación en la cual los jueces podían imponer penas sin supuesto de hecho que las justificase. En consecuencia, estas medidas secundarias han sido poco aplicadas debido a su escasa definición.

---

<sup>11</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit.

<sup>12</sup> *La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*. op. cit., pp. 142-154.

<sup>13</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

## Artículo 129

*En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones **una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito**, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*

A la luz del artículo podemos observar dos cosas: la imposición tiene un carácter facultativo para el juez y son accesorias al delito cometido por el administrador, nos hace descartar la calificación de estas medidas como auténticas penas. Para que una pena sea considerada como tal debe reunir dos características<sup>14</sup>:

- ***Pena personal:*** la primera cuestión que debemos analizar es si la ficción que utilizamos Derecho que atribuye personalidad jurídica a las empresas entra dentro de la concepción del derecho penal de persona. Antes de la Reforma del Código Penal con la Ley Orgánica 5/2010 las personas jurídicas no podían ser responsables penalmente salvo en los tres supuestos previamente mencionados (responsabilidad civil subsidiaria, responsabilidad solidaria por multas y siendo sujeto de medidas accesorias) la base de la ausencia de un régimen general de responsabilidad era la ausencia de intención para actuar, elemento que solo está presente en las personas físicas. No podemos evitar observar la paradoja que se crea cuando una persona jurídica tienen capacidad jurídica plena para realizar actos con plena validez en derecho fiscal, mercantil, civil y laboral pero sin embargo en derecho penal no pueden ser sujetos de responsabilidad<sup>15</sup>.
- ***Pena igual para todos:*** en mi opinión esta es el elemento más cuestionable. Existen numerosos casos en los que empresas y sus administradores cometieron delitos flagrantes y pese a ello simplemente fueron penalizados con una multa, eludiendo la pena de prisión que por ley correspondería al ilícito penal cometido. Según un estudio de la universidad de Virginia, llevado a cabo por el Profesor Brandon Garret, de 303 casos examinados en los que había grandes empresas involucradas. De los casos enjuiciados, tan solo el 34% de los responsables fueron condenados y de esos reos, tan solo el 42% acabaron en la cárcel<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> *Derecho Penal Parte General*. op.cit. pp.182-197.

<sup>15</sup> GÓMEZ MARTÍN. ¿Es personal la pena que se impone a una sociedad?. *Legal Today*. Extraído de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/es-persona-la-pena-que-se-impone-a-una-sociedad>

<sup>16</sup> ELLIOT. 4 of the Worst Corporate Criminals of the 2000s. *The Cheat Sheet*. Extraído de <https://www.cheatsheet.com/money-career/4-of-the-biggest-crimes-committed-by-ceos.html/?a=viewall>

Antes de la Reforma del Código Penal con la Ley Orgánica 5/2010 las personas jurídicas no podían ser responsables penalmente salvo en los tres supuestos previamente mencionados (responsabilidad civil subsidiaria, responsabilidad solidaria por multas y siendo sujeto de medidas accesorias) la base de la ausencia de un régimen general de responsabilidad era la ausencia de intención para actuar, elemento que solo está presente en las personas físicas. No podemos evitar observar la paradoja que se crea cuando una persona jurídica tienen capacidad jurídica plena para realizar actos con plena validez en derecho fiscal, mercantil, civil y laboral pero sin embargo en derecho penal no pueden ser sujetos de responsabilidad<sup>17</sup>.

La Reforma de la Ley Orgánica 5/2010 tuvo su origen en la adopción de un conjunto de Directivas y Decisiones Marco que afectaban a España debido a su pertenencia a la Unión Europea que versaban sobre materias heterogéneas (corrupción, pornografía, delitos medioambientales..) y que tenían como denominador común la exigencia de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas por la implicación manifiesta que estas tienen en esta clase de delitos. El hecho de que las empresas se hubieran convertido en focos de delincuencia creó la necesidad de elaborar un sistema penal que lograra involucrar a los socios y directivos en la prevención de este tipo de conductas. El hecho de que la motivación de esta reforma provenga de instrumentos internacionales<sup>18</sup> provoca que cada Estado Miembro pueda utilizar los medios legislativos que considere oportunos para perseguir los objetivos comunitarios. En España se optó por una doble vía recogida en el artículo 31 bis del Código Penal.

La primera de las vías consiste en hacer responsables a las personas jurídicas por los delitos cometidos por las personas que obraron en su nombre o por su cuenta, es decir, **los administradores y administradores de hecho** que contaban con el poder de representación ya fuera esta directa o indirecto.

---

<sup>17</sup> *La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*. op. cit., pp. 142-154.

<sup>18</sup> *Convenio Penal del Consejo de Europa sobre corrupción de 27 de enero de 1999 y Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*

La segunda es una consecuencia directa de la necesidad de involucrar a los miembros de la empresa en la buena conducta de la misma. Esta vía consiste en la transferencia de responsabilidad de los miembros a la sociedad cuando no existe un control del comportamiento de estas personas por parte de la compañía. Se origina el concepto de **culpabilidad de la organización**. A su vez, esta vía distingue dos sistemas de autoría, distinguiendo entre los altos directivos de la sociedad y los empleados.

Finalmente, la última reforma del Código Penal brindada por la Ley Orgánica 1/2015 modifica el artículo 31 bis y añade otros tres apartados. El nuevo texto legal lleva a cabo una **limitación de la responsabilidad de las personas jurídicas** en el caso de la segunda vía exclusivamente a los casos en los que haya existido un incumplimiento grave del **deber de control** explicado en el párrafo anterior. Por último, se introduce una causa de exención de la responsabilidad criminal en el caso en el que exista un sistema de prevención o *compliance*<sup>19</sup>.

## 2. Evolución histórica del delito de Corrupción de particulares (286 bis)

La corrupción entre particulares se recoge por primera vez en 2010 con la reforma del Código Penal a partir de la L.O. 5/2010, de 22 de junio en la que se introduce el artículo 286 bis<sup>20</sup>. Antes de esta reforma, no existía un delito para los casos de corrupción, la

---

<sup>19</sup> *El delito de corrupción de particulares*. op. cit. pp. 14-24.

<sup>20</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

### Artículo 286 bis

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

*2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de*

solución que se adoptaba era **subsumir** estas infracciones en otros tipos penales, como el de apropiación indebida.

Una de las principales motivaciones del legislador para establecer este tipo penal fue la **Decisión Marco 2003/568/JAI** del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, cuya finalidad era evitar esta mala praxis comercial en el comercio transfronterizo. La reforma del Código Penal en este ámbito fue crucial dado a que la protección que proporcionaban las fuentes de legislación previas sobre la competencia leal eran insuficientes para garantizar la ausencia de corrupción, las dos fuentes más destacadas son: La ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>21</sup>. La causa principal de la impotencia de estos textos legales para luchar contra la corrupción es la alta sofisticación empleada en la conducta típica, gracias a los medios electrónicos y a la ingeniería financiera y societaria detrás de estos delitos, su prueba y persecución se hace cada vez más complicada, en consecuencia, la existencia de un respaldo penal cuenta con una justificación innegable a día de hoy, y más teniendo en cuenta la trascendencia que tiene este delito en ámbitos como la política o la economía<sup>22</sup>.

Con la Reforma del código penal de 2010 se llevó a cabo una efectiva trasposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, cuyo objetivo era garantizar la competencia justa y honesta en el mercado ante los acciones de aquellos que tenían el mayor poder de decisión en las empresas, los administradores.

---

*cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.*

<sup>21</sup> ORBEGOZO . El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas. *El Derecho Boletín Contable*. Extraído de [http://www.elderecho.com/tribuna/contable/corrupcion-particulares-significativo-directivos-empresas\\_11\\_271930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/contable/corrupcion-particulares-significativo-directivos-empresas_11_271930001.html)

<sup>22</sup> GIL NOBAJAS. (2018). El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia. *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, pp.567-624.

Desde que este delito se introdujo en nuestro ordenamiento, la doctrina ha planteado dos cuestiones. En primer lugar, se ha planteado la existencia de una **justificación** para la existencia de esta figura en nuestro ordenamiento cuando ya ha recibido regulación de ordenamientos diferentes como el laboral, el administrativo o el mercantil, nos encontramos ante una extralimitación clara del derecho penal, prueba de ello es que la pena aplicada por el código penal rebasa el límite máximo establecido en la Decisión Marco creadora de la figura. En segundo lugar, a pesar de que la exposición de motivos de la reforma<sup>23</sup> indica que el bien jurídico protegido en este tipo es la competencia en el mercado, esta afirmación se enfrenta con la conducta típica y con la delimitación de los sujetos activos de su dimensión activa y pasiva<sup>24</sup>.

La Reforma de 2015 conllevó un cambio en la denominación del antiguo “Delitos de Corrupción entre particulares” localizados en el Título XIII del Código Penal que pasaron a llamarse Delitos de Corrupción en los Negocios. Adicionalmente, se elevan las penas relativas a estos delitos, en concreto las de inhabilitación, como novedad, se introducen penas de inhabilitación especial para el caso del sufragio pasivo y se crean nuevas medidas punitivas para combatir la financiación ilegal de partidos políticos. De

---

<sup>23</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

#### Exposición de motivos

*Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas.*

<sup>24</sup>Lefevre El Derecho, Memento Derecho Penal.- parte especial. (2018). Elementos comunes. (12095) extraído de <https://bit.ly/2v93Z6m>

esta manera se inhabilita al culpable de un delito de corrupción a poder ser elegido durante la vigencia de la condena a un cargo público<sup>25</sup>.

La reforma hace que el espectro de aplicación del delito se expanda a todas las relaciones comerciales, anteriormente, la corrupción privada se extendía a la adquisición o venta de mercaderías y a la contratación de servicios. Además de ampliar el objeto del tipo, se amplía también el sujeto en el artículo 297<sup>26</sup> respecto a la delimitación anterior que se limitaba a las *asociaciones, las fundaciones y organizaciones*.

La estructura del artículo 286 queda de la siguiente manera: el 286 bis regula la corrupción en el sector privado, el 286 ter<sup>27</sup> la corrupción de un agente público

---

<sup>25</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

#### Exposición de motivos

*Se crea, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, una nueva sección referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero).*

*Esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad*

<sup>26</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### Artículo 297

*A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.*

<sup>27</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### Artículo 286 ter

extranjero y finalmente, el 286 quáter<sup>28</sup> recoge una serie de agravantes que son comunes a ambas clases de delitos de corrupción.

---

1. *Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.*

2. *A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.*

<sup>28</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### Artículo 286 quáter

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

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

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

En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

### 3 .Elementos del delito

El fundamento tras la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal quedó remarcado en la exposición de motivos de la reforma de 2010<sup>29</sup>: “*la perpetración de un acto de corrupción por parte de un administrador o de cualquier otro sujeto con poder para ello no solo afecta a aquellos directamente involucrados en la esfera delictual, sino trascienden la esfera jurídico-privada al vulnerar bienes de interés público como la competencia en un mercado organizado*”.<sup>30</sup> En la redacción del texto legal se puede apreciar que se hace referencia a dos bienes jurídicos, expresamente, el texto menciona la **competencia** del mercado e implícitamente, el **patrimonio**.

En consecuencia, en un inicio se buscó crear un modelo penal idéntico a aquellos en los que el delito de corrupción en el sector privado está configurado de manera que el bien jurídico protegido no es otro que la competencia, como el **sistema Alemán**. Sin embargo, en su redacción de 2010 contenía una referencia de carácter funcionalista: la infracción de un deber.<sup>31</sup>

Otro de los problemas más importantes de interpretación con los que nos encontramos es el significado de la expresión “**favorecimiento indebido**”. Es necesario señalar que esta expresión surgió a través de la modificación del tipo tras la reforma de 2015, en su redacción original el artículo lo llamaba como la Decisión Marco, haciendo referencia al **incumplimiento de las obligaciones**. El tratamiento que la Decisión Marco 2003/568/JAI<sup>32</sup> brindaba al incumplimiento de las obligaciones se expone en su artículo

---

<sup>29</sup> BLANCO CORDERO. La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumentos de penas. *Diario La Ley*, nº 7534.

<sup>30</sup> OTERO GONZÁLEZ. La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el artículo 286 bis 1,2 y 3 del Código Penal” *La Ley*, p.35.

<sup>31</sup> Lefevre El Derecho, Memento Derecho Penal.- parte especial. (2018). Elementos comunes. (12095) extraído de <https://bit.ly/2v93Z6m>

<sup>32</sup> Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado

*La expresión incumplimiento de las obligaciones se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional*

primero. La decisión remitía al derecho nacional de cada Estado Miembro para la delimitación de tal concepto, estableciendo los mínimos que esta norma debía contener para ser considerada como tal.

Una de las figuras que más se aproxima al delito de corrupción de particulares es la figura del **cohecho**, tanto es así que históricamente han recibido un tratamiento parejo. Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambas figuras reside en el bien jurídico protegido.

El principal problema del 286 bis es que en su redacción no se ha delimitado un sistema claro que sirva para identificar el bien jurídico protegido, no se establece un modelo puro que lo encasille en el terreno de la competencia de mercado, más bien todo parece indicar que se están protegiendo además otros bienes como el patrimonio de la empresa o el interés de la misma.<sup>33</sup>

En conclusión, el modelo utilizado por la Decisión Marco es claro en la definición de la competencia como su bien jurídico protegido, sin embargo el tipo español no lo deja tan claro. Teniendo en cuenta la existencia de una sobreprotección, esta indefinición parece una muestra de la voluntad del legislador por englobar dentro de la esfera de protección del delito de corrupción de particulares más de un bien jurídico protegido<sup>34</sup>.

---

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

<sup>33</sup> NAVARRO MASSIP. El delito de corrupción entre particulares. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 11/2011. pp 3-5.

<sup>34</sup> VENTURA PUSCHEL (2009). *La adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal en europea*” Tirant Lo Blanch, Valencia, p 501-502.

## 4. Tipicidad

### 4.1 Sujetos:

Lo primero que debemos hacer para estudiar los sujetos es diferenciar los supuestos de **corrupción activa** de aquellos de la **corrupción pasiva**. Para diferenciarlos es necesario que comprobemos la relación del sujeto con la persona jurídica. si el sujeto es una persona ajena a la persona jurídica nos encontraremos ante un supuesto de corrupción activa, mientras que si el que comete el delito está integrado en el ente empresarial será un sujeto del delito de corrupción en su modalidad pasiva<sup>35</sup>.

#### 4.1.1 Corrupción activa

En el caso de la corrupción activa cualquier persona puede ser sujeto del delito aunque no ocupe cargos o empleos dentro de la empresa que está obteniendo una ventaja frente a terceros, el tipo esta redactado de manera muy abierta y existen diferentes interpretaciones al respecto, esta apertura llevada al extremo implicaría que un particular, como un cliente, podría ser sujeto de corrupción activa. La respuesta a esta cuestión dependerá de la determinación del bien jurídico protegido. Mientras que la corrupción activa es un **delito común**, el delito de corrupción pasiva es **especial**, requiere una condición adicional para ser sujeto del delito, pudiendo ser corruptos pasivamente exclusivamente: directivo<sup>36</sup>, administrador, empleado o colaborador<sup>37</sup>,

---

<sup>35</sup> ENCINAR DEL POZO. (2017). *El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>36</sup> Para delimitar la figura del directivo recurriremos al artículo 1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección

*Artículo 1.º Ambito de aplicación.*

*Uno. El presente Real Decreto, de acuerdo con el artículo 2.1.a) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y al amparo de la disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.*

*Dos. Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los*

resulta llamativo que cuando el beneficio es ofrecido al empresario no es relevante desde el punto de vista penal<sup>38</sup>. Por último, es digno de mención que tanto en su modalidad pasiva como en su modalidad activa, para que exista corrupción es necesario que la acción delictiva tenga como objeto al grupo de sujetos en cuestión<sup>39</sup>.

Existe una parte de la doctrina que ha expuesto la necesidad de acotar más la figura del sujeto activo del delito de corrupción privada, esto se debe a que para que el bien jurídico protegido quede afectado por la acción del sujeto activo este debe encontrarse en la posición de realizar un acto concurrencial, este aspecto se restringe a los competidores, o personas que actúen a favor de estos.

Otro criterio de restricción de los sujetos activos utilizado por la doctrina, son las obligaciones que el sujeto pasivo incumple al dejarse sobornar vinculadas a su actividad “adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”, en consecuencia, para que una persona pueda afectar a la competencia de un mercado específico como ese, es necesario que pertenezca a ese sector.<sup>40</sup> Sin embargo este argumento ha sido desacreditado por otros autores como Bacigalupo “*no hay ninguna norma en la compraventa o en la contratación de servicios profesionales que imponga una obligación especial de no sobornar; esa obligación no es independiente de la prohibición que respalda el tipo penal, del art. 286. bis CP, que es*

---

*criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.*

<sup>37</sup> *El delito de corrupción entre particulares*. op. cit pp. 14-24.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ BLESA. Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP. *Noticias Jurídicas Penal Conocimiento* <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp/>

<sup>39</sup> *Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP*. op. cit. pp. 293-296.

<sup>40</sup> MUÑOZ CUESTA. “La corrupción entre particulares problemas que plantea su aplicación”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, N.º. 5 (septiembre 2011), 2011, págs. 9-19

*el que impone no sobornar a la contraparte o no aceptar o no hacerse sobornar por la contraparte.*”<sup>41</sup>

A la luz de esta argumentación, me inclino por la doctrina que defiende que para los sujetos pasivos la corrupción privada es un delito especial mientras que para los sujetos activos es un delito común, opino que el legislador no realiza la referencia a la compra y venta de mercaderías o a los servicios para establecer las características que deben estar presentes en el autor del delito, sino que lo hace para definir el ámbito en el que la acción ha de desarrollarse.

#### **4.1.2 Corrupción pasiva**

En cuanto a la corrupción pasiva el código penal restringe específicamente su esfera de aplicación, esta restricción implica que las personas físicas cuando compran una mercadería o contratan un servicio, al no pertenecen al ámbito empresarial no pueden ser sujetos activos. La pertenencia al ámbito empresarial se traduce en que entre ellos y la entidad jurídica existe un vínculo estable, creada a partir de una norma interna y sujeta a la autoridad de un órgano social, en resumen, existe entre ellos una **relación de dependencia**<sup>42</sup>.

Como se puede observar, existe un orden de jerarquía entre las posiciones de las distintas personas que se enumeran en el artículo, el hecho de que se imponga la misma pena a todos por igual ha sido fuertemente criticado por su oposición al principio de la proporcionalidad, el fundamento de las críticas es que la influencia que tiene un empleado no es equivalente a la que tiene un administrador<sup>43</sup> dentro de la empresa, el primero puede comprometerla de manera relativamente reducida, mientras que el segundo al ser la persona que está encargada de manifestar la voluntad de la empresa

---

<sup>41</sup> BACIGALUPO. (2011) *El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)*. Monografías. Compliance y Derecho Penal. Editorial Aranzadi.

<sup>42</sup> *El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)*. op. cit. pp. 289-307.

<sup>43</sup> NEILA (2012). *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*. Bosch, Barcelona, p.393.

puede vincularla con su consentimiento a unas consecuencias jurídicas realmente perjudiciales<sup>44</sup>.

Mención a parte merece la figura del colaborador. La doctrina no ha llegado a un consenso sobre el significado de este término “*Colaborador puede serlo cualquiera, sin necesidad de que exista algún tipo de vinculación jurídica con la empresa o sociedad. El CP no aporta ninguna pauta para determinar el contenido de este concepto, lo que ha sido objeto de acertadas críticas al considerarlo incompatible con el principio de determinación de los tipos penales y, por tanto, con el principio de legalidad (informe del CGPJ, 2009, 115). El CGPJ sugiere suprimir a los colaboradores como posibles sujetos activos, y aludir exclusivamente, en semejanza a la Decisión marco, a las personas que realicen cualquier función laboral para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización*”<sup>45</sup>. Otros autores como Bacigalupo opinan que el colaborador es aquella persona que a pesar de no mantener una relación estable con la entidad empresarial, tiene el poder de actuar en nombre de ella, es decir, que puede representarla en ciertas operaciones mercantiles.

Se trata de un delito de actividad, es decir, no es necesario que la ventaja injustificada llegue a materializarse para que se produzca la conducta típica, al ser un delito abstracto el resultado no es relevante para la determinación de la pena.<sup>46</sup>

## **4.2 Conducta típica**

El delito de corrupción en el sector privado entra dentro de la categoría de delitos de peligro, en consecuencia, para que exista corrupción no es necesario que de manera

---

<sup>44</sup> QUERALT JIMÉNEZ (2010). “*Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto del Código Penal*”, Iuris, p. 18

<sup>45</sup> *Comentario al art. 286 bis del Código Penal* (ubicación: Monografías. Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III. BIB 2015\4906 Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015. ISBN978-84-9098-824-4)

<sup>46</sup> *Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP*. op. cit. pp. 93-109.

efectiva se lesione el bien jurídico protegido, la mera conducta supone una grave amenaza y por tanto debe ser penalizada. Es tal la protección que ofrece el ordenamiento ante este tipo de delitos que la doctrina mayoritaria los ha recogido dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto. En palabras del penalista Bacigalupo “*Es opinión dominante que el delito del art. 286. bis CP ha sido estructurado como un tipo de peligro abstracto 23. Esto significa que el delito se consumará aunque el autor no haya recibido ningún beneficio o no haya causado ningún perjuicio a la libre competencia o a un patrimonio ajeno, es decir: de la misma manera que el delito de cohecho (arts. 419 y ss. CP)*”<sup>47</sup>

El tipo contempla una condena tanto para la corrupción activa como para la pasiva de forma expresa. La corrupción activa está recogida en el segundo apartado del artículo, penalizando a aquel particular que “*prometa, ofrezca o conceda*”. Es necesario realizar un inciso sobre las conductas típicas de este delito: para que una promesa de un beneficio o ventaja sea considerada conducta típica, es necesario que esta llegue al **conocimiento** de aquellos individuos que gozan de poder de decisión en la empresa<sup>48</sup>, la oferta implica que se produzca una **materialización** de la promesa y la concesión se traduce en la transmisión de lo que se ha ofrecido<sup>49</sup>.

La redacción en este sentido es clave para entender la consumación del delito. Como se puede observar, la consumación del delito en su faceta activa se lleva a cabo con la mera promesa u ofrecimiento, con solo realizar este acto aunque el sujeto que se está intentando corromper no acepte, el que realiza la promesa sería ya culpable de un delito de corrupción de particulares. Aquí es cuando se manifiesta más claramente que es un delito de peligro abstracto, a pesar de que no se ha producido ningún daño real porque la promesa ni se ha aceptado, ni se ha ejecutado, ni tampoco se han generado

---

<sup>47</sup> *El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)*. op. cit.

<sup>48</sup> *Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP*.op.cit

<sup>49</sup> *Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP*.op.cit

consecuencias beneficiosas, ya existe una pena. Como puede deducirse, la tentativa no parece que pueda aplicarse en este caso<sup>50</sup>.

Como se puede observar en el artículo, independientemente del grado de intensidad en la conducta, el castigo es el mismo. Por otro lado, la corrupción pasiva viene descrita en el primer apartado del artículo, en él se penaliza a aquel sujeto que “**reciba, solicite o acepte**” el soborno para sí o para un tercero. Tanto en la corrupción activa como en la pasiva para que exista conducta ilícita se requiere una finalidad: conseguir un favorecimiento o favorecer a alguien. El hecho de que tanto el que soborna como el sobornado sean considerados sujetos los convierte en codefincuentes.

Antes de la reforma de 2015 el tipo añadía que era necesario que se produzca un incumplimiento de “sus obligaciones en la adquisición o venta de mercaderías o en la contratación de servicios profesionales”. Este incumplimiento supone la contraprestación derivada de la recepción del soborno, esta prestación puede ser de cualquier naturaleza y puede ser activa u omisiva, lo importante en este caso es que se produzca un incumplimiento de las obligaciones derivadas de su posición, tal y como expone la profesora Patricia Faraldo Cabana en su obra “*Sólo puede incumplir sus obligaciones realizando o absteniéndose de realizar un acto la "persona" que ejecuta indebidamente lo que tiene que hacer o se abstiene de realizar un acto debido, y no el que invade competencias ajenas y efectúa actos que funcionalmente escapan a sus atribuciones*”. Tras la reforma el legislador decidió sustituir el incumplimiento de las obligaciones por “*beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro*”,

#### 4.2.1 Ventaja

**Constitución de una ventaja o un beneficio en las relaciones comerciales para el que soborna o para un tercero:** es necesario destacar que la ventaja en las relaciones comerciales no necesariamente ha de tener un carácter material sino que esta puede tener **cualquier naturaleza**, esta indeterminación provoca numerosos problemas de

---

<sup>50</sup> Lefevre El Derecho, Memento Derecho Penal.- parte especial. (2018). Elementos comunes. (12095) extraído de <https://bit.ly/2v93Z6m>

interpretación. Adicionalmente, la ley requiere que este beneficio o ventaja no esté justificado y el favorecimiento sea indebido. Para aclarar nuestra visión sobre este delito definiremos los distintos elementos que lo componen uno por uno<sup>51</sup>.

Beneficio o ventaja: para comenzar nuestro análisis sobre este término recurriremos a un término previo empleado en una figura penal con amplia conexión a este delito: el cohecho. En este delito en lugar de beneficio o ventaja se emplea el término “dádiva”. Para encontrar un sentido uniforme recurriremos a la jurisprudencia “*tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen unánimemente que la dádiva, presente o promesa que se solicita, acepta o recibe, ha de tener, al menos como proyección psicológica del autor del delito, el carácter de retribución del acto contrario al cargo que se trata de generar*”<sup>52</sup>. En esta sentencia se resalta que para que la dádiva pueda ser constitutiva de un delito de cohecho esta ha de hacer pensar al autor del delito que es la causa de que actúe de una manera ilícita, consecuentemente tendremos que entrar a valorar la entidad del acto<sup>53</sup>.

Es importante destacar que la extralimitación del derecho penal a materias de ámbitos mercantiles, laborales y administrativos es de especial trascendencia pues se contradice con uno de los principios más importantes en la aplicación del derecho penal, el **principio de mínima intervención**. Según este principio, la aplicación del derecho penal debe reservarse para la protección de aquellos bienes jurídicos que sean más importantes para la sociedad, adicionalmente, solo deberán sancionarse por derecho penal aquellas conductas que sean más nocivas para este bien jurídico<sup>54</sup>.

En el delito que nos concierne, si tomamos como bien jurídico protegido del tipo la competencia leal del mercado, podemos afirmar con toda seguridad que es un bien de vital importancia para nuestra sociedad, pues de ella depende que existan igualdad de

---

<sup>52</sup> Sentencia Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal del 7 de Agosto de 2008 nº 10/2008

<sup>53</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit.

<sup>54</sup> VENTURA PUSCHEL (2009). *Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.487-514.

oportunidades en el mercado, indispensables para la satisfacción de las necesidades de los integrantes del mismo. Sin embargo, el segundo apartado es aquel que puede llegar a contradecir el principio pues existen conductas que si bien podrían encajar en la descripción del tipo por la subjetividad en algunos de sus términos, es difícil afirmar de forma rotunda que suponen un ataque grave a la competencia del mercado<sup>55</sup>, a modo de ejemplo, la intensidad en el ataque cambia mucho cuando lo que se regala es una cesta de Navidad o un cheque de un millón de euros.

Esta cuestión se torna en un verdadero problema de aplicación del derecho para los jueces en las profesiones en las que los obsequios y presentes se consideran **socialmente adecuados**<sup>56</sup>. Para definir los límites entre lo socialmente adecuado y el delito de corrupción la doctrina y la jurisprudencia han decidido partir de la entidad del obsequio entregado, analizando si esta es suficiente para alterar la práctica regular trasladándose por tanto a la práctica corrupta<sup>57</sup>.

Como podemos observar, estos conceptos tienen un tinte subjetivo, en consecuencia, los contratos y los usos profesionales cobran una enorme importancia a la hora de determinar la ilicitud de la conducta, porque en ellos residen las obligaciones empresariales incumplidas. La doctrina ha determinado que para que exista una ventaja injustificada deben cumplirse una serie de requisitos.

---

<sup>55</sup> VID BAÑARES SANTOS. El delito de corrupción entre particulares. *Revista Jurídica de Cataluña*, nº4-2011, Barcelona.

<sup>56</sup> Lefevre El Derecho, Memento Derecho Penal.- parte especial. (2018). Elementos comunes. (12095) extraído de <https://bit.ly/2v93Z6m>

<sup>57</sup> Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Penal del 26 de Enero de 2015 N°: 14/2015, Aranzadi.

*No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales.*

#### 4.2.2 Injustificada

En primer lugar, el acto debe ser contrario a la competencia leal, en consecuencia, deben mejorar la posición del que entrega el bien respecto a los competidores que también desean contratar con el que recibe el bien. En segundo lugar, la ventaja debe ser tangible y concreta, debe existir certeza de que se va a producir. Por último, debe producirse un incumplimiento en el deber de lealtad del que recibe la ventaja, consecuentemente, no existirá conducta típica cuando la recepción no tenga una influencia significativa en la obtención de una ventaja, adicionalmente, deberá existir la intención de obtener un trato de favor<sup>58</sup>.

Resulta imperativo destacar que, de forma similar al delito de cohecho, para que exista delito el beneficio o ventaja ha de representar la causa de la pretensión que con ello se busca, empleando la teoría de la imputación objetiva debemos plantearnos la cuestión de si el acto hubiera tenido lugar de no haber existido el beneficio o ventaja en cuestión, a modo de conclusión, el beneficio o ventaja debe constituir la motivación del sujeto pasivo para actuar<sup>59</sup>.

Es necesario realizar una distinción entre indebido e injustificado, pese a ser términos similares existe una diferencia importante en el significado jurídico de cada uno de los términos. **Indebido** implica que el acto no cuenta con el respaldo de una norma o costumbre jurídica. Para definir **injustificado** tenemos que recurrir a dos dimensiones conceptuales. La dimensión formal término implica que un beneficio injustificado es aquél que tiene un origen distinto al proceso de contratación regular para cada caso concreto. La dimensión material del concepto es más complicada de establecer ante la ausencia de criterios jurisprudenciales que establezcan una cuantía o referencia concreta para calificarlo, consecuentemente, recurriremos al criterio mencionado anteriormente en la sentencia 4/2015 del Tribunal supremo, analizando la tipicidad de la ventaja en cuestión en función de la adecuación social y la idoneidad de la ventaja para atentar contra la competencia leal del mercado<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> *El delito de corrupción de particulares*. op. cit pp. 14-24.

<sup>59</sup> CAMPANER MUÑOZ. “La corrupción entre particulares” *Lex Nova Online*.  
Extraído de <http://penal.blogs.lexnova.es/tag/corrupcion-entre-particulares/>

<sup>60</sup> *Delito de corrupción entre particulares*. op. cit. pp.35-36.

### 4.2.3 Para otro

Es importante recalcar que el delito no existe cuando el beneficio o ventaja injustificado se ofrece a la propia empresa<sup>61</sup>, por ejemplo: *“el proveedor de hostelería que ofrece un préstamo o mil litros de cerveza gratis al empresario que va a montar un nuevo establecimiento, a condición de que adquiera sus productos en exclusiva durante un determinado período, y no los de la competencia, no realiza el delito de corrupción entre particulares, aun cuando la ventaja entregada tenga por objeto excluir a la competencia, porque lo único que está haciendo es realizar una mejor oferta o propuesta más atractiva para la entidad que otros competidores”*<sup>62</sup>

Otro ejemplo muy claro de corrupción en la propia empresa no punible es el de un directivo de una empresa que abona una comisión a otro con el objetivo de que su empresa resulte beneficiada. Si nos paramos a pensar, el directivo está actuando cumpliendo su deber, pues ha sido contratado con el objetivo de que su empresa salga beneficiada, dado a que la regla de actuación de cualquier administrador es velar por los intereses de la empresa, en consecuencia, al actuar así el directivo está siendo leal con

---

<sup>61</sup> Auto del Juzgado Central de lo Penal nº 5, Madrid del 4 de Mayo de 2016, nº 62/2015

*Bajo esta configuración, es preciso que en el ofrecimiento o concesión, la solicitud o aceptación de un beneficio o ventaja concurren los siguientes requisitos:*

*-Que tengan aptitud para poner en grave peligro la competencia, es decir, que sean potencialmente aptos para generar una posición de ventaja injusta.*

*-Que dicho peligro sea concreto, no bastando con la esperanza inespecífica de obtener, en un futuro incierto, una ventaja competitiva en la empresa del sobornado.*

*No se encuadran en este delito las propuestas y ofertas encaminadas a excluir la competencia realizando mejores ofertas o propuestas más atractivas para la entidad que otros competidores. Este delito, de hecho, no puede ni debe frenar deba el adecuado desarrollo de la iniciativa empresarial y de las estrategias y políticas comerciales más o menos agresivas que cada empresario define.*

<sup>62</sup> El Derecho. *El delito de corrupción privada*. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2 Extraído desde <https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=EDC%202012/1010228#presentar.do%3Fnref%3D7DCF6A34%26producto%3DA%26fulltext%3Don>

su propia empresa. Ahora debemos cuestionarnos si este acto implica una deslealtad a los terceros competidores y es por tanto, subsumible en el tipo del 286 bis porque supone un ataque a la competencia leal y al buen funcionamiento del mercado. Para observar la punibilidad de esta conducta debemos fijarnos en el carácter de las obligaciones, pues solo aquellas que vinculan a los obligados con una especial intensidad pueden justificar la actuación de un derecho tan gravoso como el penal, dado a que ya existen otros ordenamientos encargados de velar por el cumplimiento de obligaciones con una vinculación menos esencial<sup>63</sup>.

La obligación que une al administrador con su deber de lealtad con la compañía es una **obligación de carácter especial** (están unidos por un contrato de alta dirección) mientras que el deber de respetar la competencia del mercado es una **obligación de carácter general**. En consecuencia, si nos ceñimos al principio de mínima intervención resultaría más apropiada una regulación extra penal para este tipo de relaciones<sup>64</sup>.

#### 4.2.4 Elemento finalista

Para que la acción sea castigada es necesario un elemento adicional, el soborno debe suponer una contraprestación a cambio de un favorecimiento frente a terceros. La acción tiene un **carácter teleológico**, esta orientada a una fin determinado. Consecuentemente, no podemos hablar de imprudencia en este tipo de delito, dado a que tiene que haber un resultado querido por las partes. Esta característica fue ya destacada por la normativa europea, entre los diferentes instrumentos encontramos una referencia en el Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa nº 173 que establece que este tipo de conductas solo serán constitutivas de delito cuando “*se comete intencionalmente*”<sup>65</sup>.

La acción debe estar acompañada de una intención, el que recibe o el que acepta o promete un soborno debe tener la voluntad de añadir al negocio jurídico un elemento distinto a los elementos esenciales del mismo. Al mismo tiempo, a pesar de ser un

---

<sup>63</sup> *El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares*. op.cit. pp. 235-237.

<sup>64</sup> *El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares*. op.cit. pp. 93-95.

<sup>65</sup> *Delito de corrupción entre particulares*. op. cit. pp.37-38.

elemento adicional a los esenciales este debe convertirse en un elemento de la misma importancia, de manera que en el caso de la inexistencia del mismo, la transacción no se hubiera producido ante la inconveniencia para una de las partes o para ambas<sup>66</sup>.

En resumidas cuentas, hasta 2015, debía existir una ventaja indebida que debe favorecer al sujeto corruptor o a una tercera persona frente a otras en el caso de la corrupción activa o a otra persona y en ambas modalidades debe producirse en el ámbito de la adquisición o venta de mercaderías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales<sup>67</sup>. Con la reforma de 2015, se suprimió el elemento típico que incluía las obligaciones y además se amplió el ámbito del delito a los servicios no profesionales.

### 4.3 Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del delito de corrupción queda establecido en la Exposición de Motivos de la Reforma de 2010, en el texto legal se establece que para que el cohecho sea considerado corrupción este ha de tener lugar en el ámbito de una “sociedad, fundación, asociación u organización”. Por último, en cuanto a la estructura del delito es similar a la del cohecho art 419 del CP.<sup>68</sup> La principal diferencia entre estas figuras penales es que el cohecho penaliza la corrupción en el sector público.

---

<sup>66</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit. pp. 220-230.

<sup>67</sup> LOPEZ BARJA DE QUIROGA (2015). *La reforma de los delitos económicos*, Civitas, Madrid.

<sup>68</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### Artículo 419 del CP

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.*

El delito de corrupción excluye de su ámbito de aplicación el sector público, dado a que estas están ya tipificadas en el cohecho<sup>69</sup>. El ámbito está compuesto por el conjunto de actividades vinculadas a la compraventa de mercaderías, contratación de servicios o creación de relaciones comerciales con empresas privadas<sup>70</sup>. Hasta la reforma de 2015 solo se tenían en cuenta las actividades relacionadas con la adquisición o venta de mercaderías y la contratación de servicios, decidieron añadirse las “**relaciones comerciales**” se decidió incluir este término porque la anterior redacción dejaba fuera del campo de aplicación del delito a los servicios prestados por sujetos no profesionales<sup>71</sup>.

## **5. Delimitación del bien jurídico protegido**

Existe una gran problemática en torno a esta cuestión, si nos remitimos al derecho comparado podemos apreciar la existencia de tres modelos de interpretación en las diferentes legislaciones<sup>72</sup>.

### **5.1 Modelos de derecho comparado**

#### **5.1.1. Modelo 1: Patrimonio**

En primer lugar, está la posición mayoritariamente adoptada en los diferentes países que establece como bien jurídico protegido del delito de corrupción privada al patrimonio de las empresas. La esfera patrimonial comprende diferentes aspectos: los activos que forman componen a la compañía, los intereses de los accionistas y el llamado “*property interest*”, que en esencia engloba todos los derechos de una persona, en este caso los accionistas, o una entidad en relación a la propiedad de bienes o

---

<sup>69</sup> OLAIZOLA NOGALES (2009). *El delito de Cohecho*. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 311.

<sup>70</sup> Lefevre El Derecho, Memento Derecho Penal.- parte especial. (2018). Elementos comunes. (12095) extraído de <https://bit.ly/2v93Z6m>

<sup>71</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit.

<sup>72</sup> HEINE, HUBER, ROSE. “*Private Commercial Bribery A Comparison of National and Supranational Legal Structures, A Project Report*”, Iuscrim, Paris, 2003, pp. 1-20

derechos y a la defensa de los mismos.<sup>73</sup> El problema de utilizar el patrimonio de la empresa como bien jurídico protegido es que sitúa al delito de corrupción dentro de la esfera de otro tipo penal, la **administración desleal**.

Antes de la reforma de 2015 ya se podía apreciar en el artículo 295<sup>74</sup> al patrimonio como bien jurídico protegido, aunque su ubicación en el capítulo XIII restringía su aplicación al ámbito societario, con la reforma se extendió su aplicación al ámbito particular y se especificó aun más el bien jurídico protegido del tipo, tanto por su reubicación como por su nueva redacción que hace referencia al patrimonio<sup>75</sup>.

El principal punto crítico de este modelo es el hecho de que el **consentimiento** del administrado, en este caso la empresa, manifestado a través del acuerdo de la junta de

---

<sup>73</sup> *Private Commercial Bribery A Comparison of National and Supranational Legal Structures, A Project Report*. pp. 1-20.

<sup>74</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### *Artículo 295*

*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.*

<sup>75</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### *Artículo 252*

*1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

accionistas, a llevar a cabo una conducta nociva para el patrimonio de la empresa, pero al mismo tiempo beneficiosa y fraudulenta para el resto de implicados en el delito, exoneraría a los administradores al estar actuando dentro de sus funciones<sup>76</sup>.

En conclusión, teniendo en cuenta que ya existe un delito de administración desleal, dedicado a proteger el patrimonio de las empresas, entender que el bien jurídico protegido del delito de corrupción de particulares es el patrimonio, implicaría subsumir este delito en otro más amplio. Si el legislador así lo hubiera querido, hubiera empleado un tipo específico del delito de administración desleal, en el cual, la causa por la que se hubiera incurrido en tal administración perjudicial para la empresa hubiera sido la recepción de un soborno.

Cuando el Código Penal hace referencia al patrimonio en su Título XIII es necesario matizar que se refiere a dos tipos de delitos. En primer lugar, aquellos que atentan contra el patrimonio entendido como una categoría *universitas iuris*<sup>77</sup>, la escuela alemana entiende este concepto como el conjunto de bienes de naturaleza heterogénea que están afectados a un determinado fin. La escuela clásica lo define como el conjunto de bienes que son susceptibles de ser valorados económicamente y que pueden ser objeto de subrogación real<sup>78</sup>. En segundo lugar, encontramos aquellos delitos que, en lugar de afectar al patrimonio de manera global, se focalizan sobre determinados **valores patrimoniales**.

Esta distinción es clave en nuestro delito, pues, dependiendo del enfoque que utilicemos, podremos definir el patrimonio protegido como el patrimonio de los socios, de la **empresa en su conjunto** o el **patrimonio de las empresas competidoras**. El primer enfoque establece que el patrimonio que se defiende es el del empresario que es titular de la empresa en la que se produce la práctica corruptiva. En el segundo enfoque, es el directivo, o el empleado el que recibe el soborno. Finalmente, el último enfoque

---

<sup>76</sup> *Private Commercial Bribery A Comparison of National and Supranational Legal Structures, A Project Report*. pp. 1-20.

<sup>77</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit.

<sup>78</sup> MACHIADO. Teoría del Patrimonio. *Apuntes Jurídicos*. Extraído de [https://jorgemachicado.blogspot.com.es/2013/04/tdp.html#\\_Toc355253248](https://jorgemachicado.blogspot.com.es/2013/04/tdp.html#_Toc355253248)

defiende que el patrimonio que resulta afectado con el acto de corrupción no es el de ninguno de los participantes del acto, sino que son las empresas ajenas al mismo las que se ven afectadas por situarse en una situación competitiva desfavorable <sup>79</sup>.

En mi opinión, el patrimonio de las empresas no es exclusivamente el bien jurídico protegido en este tipo, para terminar de afianzar mi posición he decidido recurrir a la obra de Bacigalupo “*De esta manera se postula la existencia de dos tipos penales: el tipo de la protección de la competencia y el tipo de la protección del titular de la empresa. La cuestión tendría especial interés si este delito dependiera de la denuncia de la persona agraviada, pues en ese caso el agraviado sólo sería el titular del bien jurídico protegido*”<sup>12</sup>. Pero, el art. 287 CP no somete la persecución de este delito a la denuncia del agraviado y, por lo tanto, el titular del patrimonio administrado no necesita ser perjudicado en forma individual para poder perseguir al administrador, empleado o colaborador que haya cometido el delito de corrupción perjudicando sus intereses patrimoniales”.

El hecho de que el legislador haya dejado sin reformar artículo 287<sup>80</sup> del Código Penal, dejando fuera al delito de corrupción de particulares de aquellos perseguibles mediante denuncia. Lo ha convertido en un delito perseguible de oficio, prescindiendo de cualquier tipo de requisito de **procedibilidad**, característica que en mi opinión hace que la balanza se decante hacia la competencia leal, pues si el bien jurídico fuera el patrimonio empresarial sería lógico exigir una previa denuncia para perseguirlo. Además si nos ponemos en el supuesto en el cual el patrimonio protegido es de especial

---

<sup>79</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit. pp. 145-162.

<sup>80</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### Artículo 287.1

*Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

relevancia para el sistema económico de un país podemos afirmar que en este caso la protección de ese patrimonio no solo afecta al conjunto global de intereses económicos, ni a los intereses del conjunto de titulares de la empresa en cuestión, sino que se está afectando a las condiciones en las que se desarrolla el mercado, entrando en contacto con otros bienes jurídicos además del patrimonio<sup>81</sup>.

### 5.1.2. Competencia

En segundo lugar, encontramos la corriente que mantiene que el bien jurídico que protege el artículo 286 bis es la competencia leal. Para entender este concepto, hay que recurrir a *sensu contrario* a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal que define como tal aquellos comportamientos que se realicen en el mercado y que tengan **finés concurrenciales contrarios a la buena fe**.

La existencia de la competencia leal en un mercado implica la existencia de unas condiciones de igualdad para los competidores a la hora de acceder a recursos u ofrecer productos o servicios dentro de sus respectivas relaciones comerciales. La ley define como concurrencial aquel acto idóneo para garantizar las prestaciones propias o de un tercero.

La ventaja fundamental que tiene utilizar este enfoque respecto a los otros dos modelos es el tratamiento que este brinda al consentimiento por la parte pasiva. La competencia leal protege el buen funcionamiento del mercado, este interés tiene una naturaleza colectiva, en consecuencia el consentimiento de un individuo no puede violar un elemento que determine el **interés de una colectividad**<sup>82</sup>. La colectividad de este delito nos la muestra su ubicación en el código penal, el legislador ha determinado que este delito se ubique en el Capítulo XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, que a su vez se localiza dentro de los delitos que atentan contra el orden socioeconómico.

---

<sup>81</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit. pp. 162-168.

<sup>82</sup> *Private Commercial Bribery A Comparison of National and Supranational Legal Structures, A Project Report*, pp. 1-20

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina que descarta que la competencia leal sea el bien jurídico protegido por una simple razón. Existen otros ordenamientos que tienen normas específicas para sancionar este tipo de conductas como el derecho administrativo y el derecho mercantil o comercial, las normas que velan por el aseguramiento de la competencia leal son las normas de *compliance* o los planes de cumplimiento normativo<sup>83</sup>.

Volvemos a la cuestión anteriormente planteada del **principio de intervención mínima**, sin embargo, en este nuevo análisis surge una nueva implicación del principio, esta dimensión excluye la aplicación del derecho penal en aquellos casos en los que otro ordenamiento jurídico ya protege el bien jurídico en cuestión. La jurisprudencia ya se ha pronunciado en este aspecto, estableciendo que “*la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico*”<sup>84</sup>. Como ya hemos explicado existen numerosos instrumentos extrapenales que sirven para proteger la competencia leal en el mercado, estos pertenecen a otros derechos más especiales como el administrativo, el mercantil, el civil o el laboral. Adicionalmente la sentencia<sup>85</sup> explica que el derecho penal debe ser el último recurso al que el legislador ha de acudir para resolver conflictos.

Además de la Ley de Competencia Desleal anteriormente citada existen otros instrumentos legales extrapenales que también defienden este bien jurídico, entre los

---

<sup>83</sup> *El tipo de injusto en el delito de corrupción entre particulares*. op.cit. p. 168.

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 21 de junio de 2006 nº 670/2006. Extraído de Aranzadi

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 21 de junio de 2006 nº 670/2006. Extraído de Aranzadi

*En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98 , que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos*

que destacan la Ley de Sociedades de Capital<sup>86</sup> en el ámbito mercantil y el Estatuto de los Trabajadores<sup>87</sup> en el ordenamiento laboral<sup>88</sup>.

Si nos adentramos en la redacción del tipo, podemos apreciar que la misma pena se aplica al que realiza el acto de corrupción de manera activa, que al que la realiza de manera pasiva. La explicación de esta igualdad en las penas reside en que en ambos casos se está perjudicando el bien jurídico de la misma intensidad, porque ambas son igualmente perjudiciales para un mercado justo en el que todo el mundo tiene las mismas oportunidades.

---

<sup>86</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Artículo 225. Deber general de diligencia.

*1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.*

*2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*

*3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.*

<sup>87</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 54. Despido disciplinario.

*1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.*

*2. Se considerarán incumplimientos contractuales:*

*d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*

<sup>88</sup> *Delito de corrupción entre particulares.* op. cit. pp.40-42.

Si nos remontamos a los orígenes del delito de corrupción privada, es decir, a la Ley Orgánica 5/2010 que dio origen a la introducción de este delito en nuestra legislación penal. Como ya ha sido expuesto previamente, esta reforma fue en gran parte motivada por la influencia de los instrumentos internacionales, más concretamente, la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003,<sup>89</sup> relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. El motivo de la introducción de esta norma en el acervo comunitario era garantizar la libre y justa competencia en el mercado comunitario, por medio de la lucha contra los delitos de corrupción a través de la creación de sociedades.

Por último, si recurrimos al derecho comparado, encontramos que Alemania, uno de los países con legislación más antigua sobre este ilícito, considera que el bien jurídico protegido en este caso es la competencia leal.

La jurisprudencia se ha decantado por esta posición, prueba de ello son los fundamentos de derecho de la pretensión y la resolución del caso entre el F.C Barcelona y el equipo de fútbol brasileño DIS - Esportes e Organizaçao de Eventos Ltda<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup>Auto Jdo. Central de lo Penal nº 5, Madrid, A 17-6-2015, nº autos 62/2015

En concreto en su artículo 5.1 esta directiva hace referencia a la aplicación del tipo a la figura del directivo “1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 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 de dicha persona jurídica, o*
- b) *una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o*
- c) *una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica”.*

<sup>90</sup>

*la cantidad de 40 millones de euros por fichar por este club, podría haber alterado de esta manera el libre mercado del fichaje de futbolistas y perjudicado también al querellante, que se vio privado de la posibilidad de que el jugador entrase en el mercado conforme a las reglas de la **libre competencia** y pudiera obtener una mayor cantidad económica por el traspaso. En tal caso, podría haber cometido un delito contra el mercado y los consumidores*

<sup>91</sup> Audiencia Nacional Sala de lo Penal, sec. 4ª, A 26-10-2015, nº 462/2015, rec. 463/2015

### 5.1.3 Deber de lealtad

En tercer lugar, el último modelo principal determina que el bien jurídico principal en el estudio internacional del delito de corrupción establece como bien jurídico protegido el deber de lealtad. Este es uno de los puntos de vista más complicados de adoptar por la indefinición que lo caracteriza, a pesar de que la mayoría coinciden en que este principio pertenece a la dimensión jurídico-laboral, es decir, que versa sobre las relaciones entre empleado y empleador, existen diferentes interpretaciones sobre el significado práctico de este deber, en países como Holanda, lo más importante de este principio es la integridad de la relación, en los Estados Unidos la mayor relevancia la reciben las relaciones fiduciarias entre empleado y empleador, por último, otros países como Suecia se focalizan más en la toma de decisiones<sup>92</sup>. En España<sup>93</sup>, el deber de lealtad trata la relación entre los empleados, administradores o directivos<sup>94</sup> y los

---

*Por último, sobre la inexistencia de visos de comisión del delito de corrupción entre particulares, previsto en el artículo 286 bis del Código Penal (EDL 1995/16398), tampoco puede descartarse su posible perpetración, puesto que varios contratos y documentos obrantes en autos abonan, de modo provisorio e indiciario, la tesis de la parte querellante sobre posible alteración de **las reglas del libre mercado** de fichajes de futbolistas, con perjuicio de la querellante, al privársele de la posibilidad de que el jugador Luis Angel Junior entrase en el mercado de conformidad con las reglas de la libre competencia y pudiese obtenerse de su transferencia a otros clubes diferentes al Barcelona una mayor cantidad económica por su traspaso.*

<sup>92</sup> *Private Commercial Bribery A Comparison of National and Supranational Legal Structures, A Project Report*, pp. 1-20.

<sup>93</sup> Ejemplos de legislación: art 127 Ley de Sociedades Anónimas, Artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Artículo 720 Código Civil.

<sup>94</sup> La Ley de sociedades recoge una recopilación de las obligaciones derivadas del cumplimiento del deber de lealtad para los administradores. Artículo 228 de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

*a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.*

*b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.*

empresarios, su relación con el delito de corrupción de particulares, es la situación de beneficio injustificado en la que se sitúan los empleados por haber faltado al deber de lealtad que mantienen con sus superiores, aceptando un soborno que implique un beneficio para ellos y un perjuicio para el empresario.

El principal problema que plantea este modelo, es que contempla exclusivamente una penalización para la **corrupción pasiva**, no contempla el supuesto en el cual el sujeto es el que realiza el soborno<sup>95</sup>, la persona que ofrece un soborno al empleado queda exonerada de la pena porque para ella el bien jurídico protegido queda intacto, al no existir ningún deber jurídico que los vincule. En este caso, el que lleva a cabo la corrupción recibiría la calificación de mero partícipe, esta atenuación de la responsabilidad no casa con la actual regulación del 268 bis, que castiga con la misma pena la corrupción activa y la corrupción pasiva<sup>96</sup>.

Además, el carácter indefinido del deber de lealtad a la propia empresa hace que este pueda ser definido por otro tipo de normas como las de *compliance* o los códigos internos de cada compañía en particular. La cuestión que cabe plantearse es si el incumplimiento de este tipo de normas internas es asimilable a las penales y por tanto, les es de aplicación la sanción correspondiente al artículo 286 bis. Si nos remitimos a la Decisión Marco 2003/568/JAI, en su artículo primero hace referencia a las “*normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad*”, sin embargo las

---

*c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.*

*d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.*

*e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.*

<sup>95</sup> DE PORRES ORTIZ DE URBINA (2012). “El delito de corrupción privada” *Revista de Jurisprudencia*", nº 2.

<sup>96</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, BLANCO CORDERO. “*La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?*” 2002, ISBN 84-309-3921-0, págs. 257-290

normas de *compliance* no son sectoriales sino que tienen un carácter particular, en consecuencia el tipo no sería aplicable<sup>97</sup>.

Finalizaremos el análisis de esta teoría utilizando la corriente del **funcionalismo**. La corriente penal funcionalista tiene sus orígenes en el último tercio del siglo XX, esta concepción construye la teoría del delito desde la funcionalidad para el orden social, es decir, desde la misión social para la que ha sido creado el ordenamiento jurídico penal. En esta corriente todos los elementos integrantes de la teoría del delito (acción, culpabilidad, responsabilidad) se explican desde la funcionalidad social de los mismos.<sup>98</sup>

Para funcionalistas como Jakobs, la misión social del ordenamiento penal y por ende de las penas no es la protección de los bienes jurídicos sino reafirmar la vigencia de la norma para que los ciudadanos puedan confiar en su poder. En consecuencia, para poder imputar a alguien una pena es necesario que entren en escena dos elementos. En primer lugar, debe realizarse el tipo, es decir, deben cumplirse los elementos objetivos y subjetivos del mismo sin existir una justificación para esa conducta. En segundo lugar, debe existir una culpabilidad o como Jakobs lo prefiere llamar “infidelidad al derecho”, el sujeto debe tener la voluntad de no actuar conforme al derecho.<sup>99</sup>

En mi opinión, el funcionalismo supone una de las corrientes principales de crítica respecto al tipo recogido en el 286 bis. Si la **misión social** del derecho penal es reafirmar la vigencia de la norma, qué sentido tiene establecer una norma para reafirmar el poder de una norma que ya ha sido protegida por diferentes ordenamientos, adicionalmente, el hecho de que la pena impuesta por el código penal en estos casos me hace pensar que estamos en un caso de una clara sobreprotección.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> EDC 2012/1010228 El delito de corrupción privada Fecha de publicación: 01-09-2012

<sup>98</sup> *Derecho penal Parte General*. op. cit., pp.34-36.

<sup>99</sup> *Derecho penal Parte General*. op. cit., pp.34-36.

<sup>100</sup> *Derecho penal Parte General*. op. cit., pp.34-36.

El tipo del 286 bis tiene un concepto profundamente estudiado por el funcionalista Jakobs: La **justificación**. El tipo habla de la existencia de un “beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza”. Para los funcionalistas la justificación es un elemento necesario para poder hablar de la existencia de un tipo penal, una conducta podrá llamarse atípica y por tanto podrá decirse que es contraria a la misión social del derecho penal siempre y cuando no existan circunstancias en las que se pueda afirmar su justificación.

He aquí uno de los principales problemas del tipo, cuando una persona recibe un regalo que es una costumbre asociada a la profesión que practica, este regalo no es una contraprestación a sus servicios, sin embargo lo recibe. Se podría pensar que existe una justificación porque así está considerado dentro de ese gremio profesional, también se podía pensar que la justificación en estos casos no existe y estamos ante una situación de corrupción<sup>101</sup>.

## **5.2 Otras teorías**

### **5.2.1 Contratación**

Existe una corriente que defiende que la voluntad del legislador en el 286 bis fue proteger a aquellas personas que de no participar en la práctica corrupta, no tendrían derecho a la contratación<sup>102</sup>. En mi opinión este problema es muy frecuente en los noticiarios actuales y es característico de los casos en los que el poder de negociación de la otra parte es muy reducido porque es altamente probable que una parte esencial del negocio de esta clase de empresas depende del negocio que realicen con la parte involucrada en la corrupción. Sin embargo, a pesar de la relevancia del asunto, opino que no tiene la suficiente entidad como para ser considerado un bien jurídico, en consecuencia, me parecería más apropiado considerarlo como un ámbito de la competencia leal o del deber de lealtad.

---

<sup>101</sup> *Derecho penal Parte General*. op. cit., pp.65-66.

<sup>102</sup> *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. op.cit.

### 5.2.2 Pluriofensivo

Por último, hay quienes defienden una posición mixta entre ambas concepciones, clasificando el delito de corrupción en los negocios como un delito pluriofensivo, que atenta contra más de un bien jurídico protegido. El principal argumento de esta corriente es la redacción del delito previa a la reforma de 2015 en la que se incluía el incumplimiento de las obligaciones *“La dualidad de objetos de protección ha sido apoyada en referencia al art. 286 bis CP en la exigencia típica de que el autor haya actuado «incumpliendo sus obligaciones» que establece el art. 286 bis CP. Pero, este elemento típico no contribuye, en realidad, al esclarecimiento del objeto de protección, pues carece de una especial significación. En realidad es superfluo, dado que no se trata de un delito caracterizado por la infracción de un deber extra penal”*<sup>103</sup>

En mi opinión, esta postura es la que más sentido tiene. El bien jurídico con más argumentos a favor para ser protegido por el derecho penal en este caso es el de la competencia. Sin embargo, el principio de mínima intervención que rige nuestro derecho penal se contradice con la afirmación de que este sea el único bien jurídico protegido por dos razones principales. En primer lugar, ya existen medidas extrapenales para garantizar la protección de este bien, como son las normas de compliance o la ley de competencia desleal. En segundo lugar, las penas que se imponen en el ordenamiento penal para este delito son más elevadas que las que imponen estas leyes especiales.

Consecuentemente, basaremos el resto de conclusiones de este trabajo en que el delito de corrupción de particulares es un delito pluriofensivo, cuyos bienes jurídicos protegidos son la competencia y el patrimonio.

---

<sup>103</sup> *El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP)*. op. cit.

## 6. Tipo subjetivo

### 6.1 Dolo

Para que exista delito de corrupción es necesario que exista la intención de sobornar en la modalidad activa del tipo o la voluntad de aceptar un soborno en la modalidad pasiva, en consecuencia, el dolo se convierte en un **elemento esencial** en el delito de corrupción.

Un sujeto de corrupción activa para ser condenado por el delito debe realizar un acto que implique un soborno (proporcionar una ventaja injustificada) dentro de un marco específico (compraventa de mercaderías, contratación de servicios, relaciones comerciales) buscando obtener un favorecimiento. Un sujeto pasivo, será aquel que acepte tal ventaja dentro del marco de una concurrencia de ofertas en el marco específico antes mencionado, por su propia voluntad, con plena libertad y capacidad de decisión.

El dolo es un elemento esencial, pero no suficiente, para que exista corrupción además existe un requisito de idoneidad de la conducta. El autor, ha de tener como objetivo afectar al orden “*en un proceso de decisión preferencial entre concurrentes*”<sup>104</sup>. La acción del autor debe ser la idónea para situarle en una posición preferente en el concurso.

### 6.2 Error

Como anteriormente se ha mencionado, es necesario para que exista acción típica que exista una idoneidad, es decir, que la acción sea socialmente adecuada. El error respecto a este elemento, no excluye el dolo, pues este no recae sobre el tipo<sup>105</sup>, sino sobre la

---

<sup>104</sup> *El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP). op. cit.*

<sup>105</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

antijuridicidad de la norma<sup>106</sup>. En conclusión, es fundamental distinguir si el error impedía al sujeto saber qué era lo que estaba haciendo: El que recibía un soborno, no era consciente de que lo que estaba recibiendo era un soborno o, el que entregaban un regalo no era consciente de que eso que estaba regalando era un soborno. O si por el contrario, el autor sabía que lo que estaba haciendo implicaba un soborno, con sus elementos y consecuencias, pero desconocía que el acto es contrario a derecho<sup>107</sup>.

Los argumentos previamente expuestos pese a ser ciertos, se pueden predicar sobre cualquier delito de nuestro código penal, salvo aquellos especialmente contemplados en su dimensión imprudente.

Donde el plano subjetivo genera una especial relevancia es en el caso expuesto anteriormente sobre las profesiones en las que los obsequios o presentes son considerados socialmente adecuados. Estos regalos generan dos problemas principales, es necesario diferenciarlos porque uno pertenece a la conducta, es decir, al plano objetivo y otro pertenece al plano del conocimiento, es decir, a la dimensión subjetiva del delito.

---

*1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*

*2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*

<sup>106</sup>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995)

#### Artículo 14

*3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

<sup>107</sup> *El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP). op. cit.*

En el plano objetivo solo debemos comprobar si la conducta cumple las dos notas de antijuridicidad descritas en el tipo, debemos comprobar si el presente está justificado o si este genera un beneficio indebido.

En el plano subjetivo debemos analizar qué es lo que piensan, quieren y conocen el sujeto activo y el sujeto pasivo. Incurrirá el que regala el bien en un delito de corrupción de particulares cuando con él busque obtener un beneficio indebido, el que recibe el regalo será igualmente culpable de un delito de corrupción de particulares en su dimensión pasiva cuando sea consciente de que lo que está recibiendo es algo que no está justificado y que además quiera después de recibir el regalo favorecer indebidamente al que soborna. En caso de que no exista este conocimiento o intención estaremos ante un problema de error, aunque la jurisprudencia normalmente no suele recurrir a esta figura.

En los casos en los que el sujeto sobornado es un funcionario público, el error de prohibición del 14.3 anteriormente expuesto tiene una relevancia menos intensa debido a que podemos atrevernos a afirmar que prácticamente cualquier persona es consciente de que sobornar a un funcionario es contrario a la ley. Sin embargo, no podemos afirmar lo mismo cuando se nos presenta un caso de corrupción entre particulares, en particular, este error es de especial importancia en aquellos sectores o actividades en los que la entrega de determinados presentes tiene un carácter generalizado o recurrente.

Esta cuestión, no es baladí y por ello, las empresas más relevantes han incorporado este asunto en sus códigos éticos<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> A modo de ejemplo, el artículo 16 del Código Ético de Iberdrola establece:

1. *Los profesionales del Grupo no podrán dar ni aceptar regalos u obsequios en el desarrollo de su actividad profesional. Excepcionalmente, la entrega y aceptación de regalos y obsequios estarán permitidas cuando concurren simultáneamente las circunstancias siguientes: a) sean de valor económico irrelevante o simbólico; b) respondan a signos de cortesía o a atenciones comerciales usuales; y c) no estén prohibidas por la ley o las prácticas comerciales generalmente aceptadas. A los regalos u obsequios en los que concurren las circunstancias anteriores no les resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 33 siguiente.*

## 7.DELITOS AFINES: ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y APROPIACIÓN INDEBIDA

Existen delitos en el código penal cuyas conductas típicas podrían verse recogidas en el 286 bis. Esta potencial doble regulación se debe a la estructura del tipo del 286 bis, el cual cubre tanto la corrupción activa como la corrupción pasiva.

Autores como Castro Moreno sostienen que la corrupción en su dimensión activa no era constitutiva de delito antes de la reforma de 2010, en cambio, las conductas constitutivas de corrupción pasiva sí podían ser perseguidas a través del delito de la apropiación indebida<sup>109</sup>.

El delito de administración desleal estaba anteriormente recogido en el artículo 295 del código penal, con la Ley Orgánica 1/2015 tanto su redacción como su ubicación fueron objeto de reforma. El tipo permaneció en el Título XIII, en consecuencia, se mantuvo el patrimonio como bien jurídico protegido en el tipo, sin embargo este delito dejó de encuadrarse en capítulo XIII, dedicado a los delitos societarios.

Este cambio supuso una ampliación del ámbito de aplicación del tipo pues ya no se aplicaba exclusivamente a los administradores de una sociedad sino que cualquier administrador puede convertirse en sujeto activo, como aquellos que gestionan patrimonios ajenos sin personalidad jurídica. Adicionalmente, este delito se situó justo en el número anterior al de apropiación indebida<sup>110</sup>, la proximidad de ambos tipos en el

---

<sup>109</sup> *El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal. op.cit.*

<sup>110</sup> Artículo 253

### Art 253 CP

*1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.*

texto penal obedecía a la voluntad del legislador de diferenciar bien ambos tipos, cuestión que había resultado de gran dificultad para la doctrina y la jurisprudencia<sup>111</sup>. Finalmente, el Tribunal Supremo<sup>112</sup> ha utilizado el “*grado de intensidad de la ilicitud del acto*” como criterio definitivo para distinguir los dos delitos. Existe apropiación indebida cuando el grado de ilicitud en la conducta del administrador sea máximo, es decir, cuando se termine por producir una expropiación del bien que el administrador tiene obligación de entregar o devolver. Por otro lado, existirá administración desleal cuando el acto conlleve una violación de las obligaciones y o una extralimitación de las facultades recibidas a causa del cargo de administrador sin suponer una expropiación del objeto administrado<sup>113</sup>.

Uno de los principales problemas de la redacción del tipo actual es que a pesar de que la intención del legislador era llevar a cabo una clara distinción de la administración desleal, la redacción del tipo es considerablemente amplia y puede llevar a colisión con otros delitos como la apropiación indebida o la corrupción en los negocios. La conducta típica se desglosa en tres elementos fundamentales: disponer del poder de administración de un patrimonio ajeno, extralimitar tales facultades y causar un perjuicio.

---

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

<sup>111</sup> PORRES ORTIZ DE URBINA. El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo. *El Derecho Tribuna Penal*. Extraído de [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delito-administracion-desleal-responsabilidad-penal\\_11\\_1016680001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delito-administracion-desleal-responsabilidad-penal_11_1016680001.html)

<sup>112</sup> SSTS 517/2015, de 17 de junio -EDJ 2015/161460- y 656/2013, de 22 de julio -EDJ 2013/140101-, afirma que «la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con *animus rem sibi habendi* y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad, siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador».

<sup>113</sup> El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo. op. cit.

La primera diferencia fundamental entre el delito de corrupción en los negocios y la administración desleal es que el 288 bis no realiza un tratamiento de la figura del **administrador de hecho**, mientras que el legislador en la anterior redacción del delito la administración desleal en el ya suprimido artículo 295, realizaba una referencia expresa a este tipo de administrador. Esta ausencia, resulta llamativa al incluir diferentes figuras en el tipo como “directivo, administrador, empleado, colaborador”. Ante esta ausencia caben distintas interpretaciones sobre si la figura del administrador de hecho queda incluida en el ámbito de aplicación del delito de corrupción en los negocios<sup>114</sup>.

El legislador parece que olvidó mencionar a los administradores de hecho tanto en la redacción original de 2010 como en su posterior reforma en 2015. El hecho de que en el Código no se realice esta distinción ha hecho que un sector de la doctrina interprete que no es aplicable a los administradores de hecho, el razonamiento detrás de esta postura es el siguiente: aplicar este delito a los administradores de hecho supondría realizar una interpretación extensiva contra reo del código penal, pues en los casos en los que el legislador ha manifestado la voluntad de castigar a los administradores de hecho, se ha realizado una referencia expresa a los mismos, como es el caso del ya suprimido artículo 295.<sup>115</sup>

Por otro lado, existe otra línea doctrinal mayoritaria que opina que a pesar de no existir referencia expresa a los administradores de hecho estos se incluyen dentro de la esfera de aplicación del 286 bis. Para fundamentar este razonamiento se basan en que esta referencia se sustituye implícitamente a través de la mención que se realiza a dos categorías: los colaboradores y los directivos. Estas categorías son tan amplias que reúnen dentro de su espectro a los administradores de hecho. Adicionalmente, el artículo 286 bis fue incluido en nuestro código para complementar la regulación realizada por el artículo 31 bis antes mencionado, el artículo 31 bis utiliza el término “representantes legales”, esta figura jurídica recoge tanto al administrador de hecho

---

<sup>114</sup> DÍAZ, GARCÍA. (2014) *Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España*. Tesis Doctoral. Universidad de León

<sup>115</sup> MENDOZA BUERGO. *El nuevo delito de corrupción entre particulares* (art. 286 bis del CP), págs. 425-452.

como al de derecho, en consecuencia no se puede tomar la palabra “administrador” del 286 bis desde una perspectiva restrictiva, puesto a que la voluntad del legislador cuando lo redactó era que este sirviera de complemento al 31 bis. Algunos críticos han desacreditado esta postura basándose en la previa redacción del artículo 31 bis que sí realizaba una distinción entre los administradores de hecho y de derecho<sup>116</sup>.

Desde mi punto de vista, la intención del legislador con la nueva redacción del artículo 31 bis no era la de excluir de la esfera de responsabilidad a los administradores de hecho, sino unificar ambas figuras dentro del término representantes legales a modo de cajón de sastre. Mi fundamento tras esta opinión es que como ya hemos explicado en este trabajo el derecho penal incurre numerosas veces en una extralimitación, protege elementos que ya protegen otros ordenamientos más especiales como el laboral y el mercantil. Me resulta contradictorio que un derecho que lleva a cabo una continua expansión realice un retroceso respecto a una regulación ya aprobada y sobre a unos sujetos con tal poder de decisión.

Otra de mis razones de mayor peso para creer en la inclusión de la figura del administrador de hecho el delito de corrupción de particulares es el caso del administrador concursal<sup>117</sup>. Cuando una empresa entra en situación de concurso, ya sea este voluntario o necesario, las decisiones las toma el administrador concursal, convirtiéndose este por tanto en el administrador de hecho. En un proceso tan sensible como este me parece completamente irracional excluir del ámbito de aplicación del 286 bis a este nuevo representante empresarial, que puede decidir sobre el destino del

---

<sup>116</sup> *El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal*. op. cit.

<sup>117</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

#### Artículo 40

1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.
2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

deudor y los acreedores y que, por este motivo es un blanco perfecto para todo tipo de sobornos.

Existe un supuesto digno de mención por su dudosa clasificación como corrupción entre particulares o como apropiación indebida. Imaginemos un caso en el que el importe de la cantidad utilizada para sobornar se incluye dentro del precio final de la operación, por ejemplo, del importe a pagar para recibir una concesión. En este caso, no podríamos hablar de la existencia de un delito de corrupción entre particulares pues el soborno es abonado por la empresa sin ningún tipo de contraprestación. En consecuencia nos encontraríamos ante un delito de apropiación indebida. Pasaría lo mismo en el caso en el que un administrador exige a un proveedor un soborno y a cambio le garantiza que su empresa comprará sus productos y no los de su competencia, en el momento de la compra, la empresa paga un sobreprecio dado a que estos bienes incorporan el soborno en su coste de adquisición. Como podemos observar el administrador se está apropiando de un dinero en su propio beneficio y al hacerlo, como el que paga no es él, sino que los fondos que se ven afectados son los de la compañía que administra, está incurriendo en un delito de apropiación indebida<sup>118</sup>.

Finalmente, la diferencia fundamental con de estos delitos con el delito de corrupción de particulares la explica su ubicación en el código penal. Tanto el delito de administración desleal como el delito de apropiación indebida están recogidos en la categoría de delitos patrimoniales, lo que implica que lo que se protege en estos tipos es el patrimonio de las víctimas de la conducta típica. Por el contrario, el delito de corrupción de particulares se ubica en el Capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, del propio título se puede deducir que el bien jurídico protegido, o uno de ellos, es la competencia. En síntesis, la diferencia fundamental con sus delitos afines es que el delito de corrupción de particulares además de proteger el patrimonio, protege también la competencia del mercado.

---

<sup>118</sup> Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 619 a 633.

## **8. CONCLUSIONES**

### **8.1 Cuestión del Bien jurídico protegido**

La ubicación del delito de corrupción de particulares en nuestro código penal y el la redacción de la Directiva 2003 que dio origen a la introducción de este delito en nuestro ordenamiento en 2010 son fundamentos sólidos para afirmar que el bien jurídico del delito de corrupción de particulares es la competencia leal. La redacción original del delito llevada a cabo en 2010 en el artículo 295 del código penal hacía decantar más el bien jurídico protegido al patrimonio, sin embargo, por motivos procesales y por la ya existencia del delito de administración desleal, se oponen a la afirmación de que este bien jurídico es el único que se protege en el 286 bis. En consecuencia, la postura que me parece más acertada es considerar el delito de corrupción de particulares como un delito pluriofensivo, cuyos bienes jurídicos protegidos son el patrimonio y la competencia.

### **8.2 Cuestión de la Justificación del Tratamiento Penal**

La existencia de figuras extrapenales pertenecientes a ordenamientos como el mercantil o el laboral, clasificados como derechos especiales, parece excluir la necesidad de una regulación penal encargada de proteger la competencia con medidas más gravosas a las ya contempladas en la regulación especial. En mi opinión la mejor manera de justificar la presencia de este delito en nuestro ordenamiento penal es la consideración del mismo como un delito pluriofensivo, de esta manera, los instrumentos extrapenales solo estarían protegiendo una parte del delito, exigiendo por motivos de seguridad jurídica una regulación penal adicional.

## **9. BIBLIOGRAFÍA**

### **Jurisprudencia**

Auto del Juzgado Central de lo Penal nº 5, Madrid del 4 de Mayo de 2016, nº 62/2015

Auto Jdo. Central de lo Penal nº 5, Madrid, A 17-6-2015, nº autos 62/2015

Sentencia Audiencia Nacional Sala de lo Penal, sec. 4ª, A 26-10-2015, nº 462/2015, rec. 463/2015

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 21 de junio de 2006 nº 670/2006. Extraído de Aranzadi

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 21 de junio de 2006 nº 670/2006. Extraído de Aranzadi

Sentencia Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal del 7 de Agosto de 2008 nº 10/2008

Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Penal del 26 de Enero de 2015 Nº: 14/2015, Aranzadi.

### **Legislación**

*Convenio Penal del Consejo de Europa sobre corrupción de 27 de enero de 1999 y Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

### **Doctrina científica**

BACIGALUPO (2011) El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286.BIS CP). Monografías. *Compliance y Derecho Penal*. Editorial Aranzadi.

CAMPANER MUÑOZ. “La corrupción entre particulares” *Lex Nova Online*. Extraído de <http://penal.blogs.lexnova.es/tag/corrupcion-entre-particulares/>

Comentario al art. 286 bis del Código Penal (ublicación: Monografías. Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III. BIB 2015\4906 Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015.ISBN978-84-9098-824-4)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, BLANCO CORDERO. “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?” 2002, ISBN 84-309-3921-0, págs. 257-290

DE PORRES ORTIZ DE URBINA. “El delito de corrupción privada” *Revista de Jurisprudencia*", nº 2, el 15 de septiembre de 2012.

DÍAZ, GARCÍA. (2014) *Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España*. Tesis Doctoral. Universidad de León

EDC 2012/1010228 El delito de corrupción privada Fecha de publicación: 01-09-2012

ELLIOT. 4 of the Worst Corporate Criminals of the 2000s. *The Cheat Sheet*. Extraído de <https://www.cheatsheet.com/money-career/4-of-the-biggest-crimes-committed-by-ceos.html/?a=viewall>

ENCINAR DEL POZO. (2017). *El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid.

ESTÉVEZ SÁNCHEZ DE ROJAS (2013). *Delito de corrupción entre particulares*. 1st ed. Madrid: Fe d'erratas, pp.55-56.

GIL NOBAJAS. (2018). El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia. *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, pp.567-624.

GÓMEZ MARTÍN. ¿Es personal la pena que se impone a una sociedad?. *Legal Today*. Extraído de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/es-persona-la-pena-que-se-impone-a-una-sociedad>

GONZÁLEZ BLESA. Delito de Corrupción entre particulares: Comentarios y críticas al artículo 286 bis CP. *Noticias Jurídicas Penal Conocimiento*. Extraído de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4761-delito-de-corrupcion-entre-particulares:-comentarios-y-criticas-al-articulo-286-bis-cp/>

HEINE, HUBER, ROSE. “Private Commercial Bribery A Comparison of National and Supranational Legal Structures, A Project Report”, *Iuscrim, Paris*, 2003, pp. 1-20

HERRERO GIMÉNEZ. (2017). *El tipo del injusto en el delito de corrupción de particulares*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid.

Lefevre El Derecho, Memento Derecho Penal.- parte especial. (2018). Elementos comunes. (12095) extraído de <https://bit.ly/2v93Z6m>

LOPEZ BARJA DE QUIROGA (2015). *La reforma de los delitos económicos*, Civitas, Madrid.

MACHIADO. Teoría del Patrimonio. *Apuntes Jurídicos*. Extraído de [https://jorgemachicado.blogspot.com.es/2013/04/tdp.html#\\_Toc355253248](https://jorgemachicado.blogspot.com.es/2013/04/tdp.html#_Toc355253248)

Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa. 2011-2012, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 619 a 633.

MENDOZA BUERGO. *El nuevo delito de corrupción entre particulares* (art. 286 bis del CP), págs. 425-452.

MORALES. “*La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 38, pp. 142-154

MUÑOZ CUESTA. “La corrupción entre particulares problemas que plantea su aplicación”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, N.º. 5 (septiembre 2011), 2011, págs. 9-19

NAVARRO MASSIP. El delito de corrupción entre particulares. *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 11/2011. pp 3-5.

NEILA. *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*. Bosch, Barcelona, 2012, p.393.

OLAIZOLA NOGALES (1999). *El delito de Cohecho*. Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 311.

ORBEGOZO. El nuevo delito de corrupción entre particulares: un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas. *El Derecho Boletín Contable*. Extraído de [http://www.elderecho.com/tribuna/contable/corrupcion-particulares-significativo-directivos-empresas\\_11\\_271930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/contable/corrupcion-particulares-significativo-directivos-empresas_11_271930001.html)

OBREGÓN GARCÍA, GÓMEZ LANZ. (2015). *Derecho penal Parte General*. 2nd ed. Madrid: Tecnos, pp.280-294.

OTERO GONZÁLEZ. La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el artículo 286 bis 1,2 y 3 del Código Penal” *La Ley*, p.35.

PORRES ORTIZ DE URBIN. El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo. *El Derecho Tribuna Penal*. Extraído de [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delito-administracion-desleal-responsabilidad-penal\\_11\\_1016680001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Delito-administracion-desleal-responsabilidad-penal_11_1016680001.html)

QUERALT JIMÉNEZ. “*Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto del Código Penal*”, *Iuris*, 2010, p. 18

SERRANO GÓMEZ. (1984) "Societas delinquere non potest". *Boletín (Facultad de Derecho)* (11-12), pp. 53-56

VID BAÑARES SANTOS. El delito de corrupción entre particulares. *Revista Jurídica de Cataluña*, nº4-2011, Barcelona.