



FACULTAD DE DERECHO

CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Autor: Reyes Florit Siles

5º E3 A

Derecho Penal

Tutor: Myriam Cabrera Martín

ÍNDICE

RESUMEN/ ABSTRACT

1. INTRODUCCIÓN	5
2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	10
2.1. INTRODUCCIÓN.....	10
2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO SEGÚN LA REDACCIÓN DEL ART. 286 BIS CP POR LA LO 5/2010.....	10
2.2.1. PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	12
2.2.2. PROTECCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD HACIA EL EMPRESARIO	13
2.2.3. COMPETENCIA LEAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	14
2.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015	16
3. LOS SUJETOS DEL DELITO	18
3.1. CORRUPCIÓN ACTIVA Y PASIVA	18
3.2. SUJETOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA	19
3.2.1. EL SUJETO PASIVO.....	19
3.2.2. EL SUJETO ACTIVO	20
3.3. SUJETOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA	21
3.3.1. EL SUJETO PASIVO.....	21
3.3.2. EL SUJETO ACTIVO	21
4. LA CONDUCTA TÍPICA.....	27
4.1. INTRODUCCIÓN.....	27
4.2. ACCIONES CONSTITUTIVAS DEL DELITO.....	28
4.3. BENEFICIO O VENTAJA DE CUALQUIER NATURALEZA NO JUSTIFICADO.....	29
4.3.1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA.....	29
4.3.2. CARÁCTER “NO JUSTIFICADO”	31
4.4. COMO CONTRAPRESTACIÓN PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE.....	32
4.5. ADQUISICIÓN DE MERCANCÍAS, CONTRATACIÓN DE SERVICIOS O RELACIONES COMERCIALES.....	32
4.6. MODALIDADES DE CONDUCTA TÍPICA.....	33
4.6.1. LOS KICKBACKS	33
4.6.2. CONDUCTAS DE ALIMENTAR.....	34
4.6.3. LAS CAJAS NEGRAS.....	35
5. EL TIPO SUBJETIVO	36
6. ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD ...	38
6.1. ANTIJURIDICIDAD	38
6.2. CULPABILIDAD.....	41
6.3. PUNIBILIDAD	42
7. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN	45
7.1. CONSUMACIÓN	45
7.2. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.....	46
8. CONCLUSIÓN	48
9. BIBLIOGRAFÍA.....	50

RESUMEN

En el trabajo que a continuación se presenta se realizará un análisis del artículo 286 bis del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Con respecto al análisis, se tratarán diferentes puntos o elementos relativos al mencionado artículo. Comenzaremos con una introducción resaltando las dos últimas redacciones legales sobre la corrupción entre particulares y la corrupción en los negocios, según las leyes de 2010 y 2015. Posteriormente continuaremos tratando el bien jurídico protegido por el artículo, analizando las diferentes posturas doctrinales que abogan por la protección del patrimonio, del deber de lealtad y de la competencia justa y honesta.

Por otro lado pasaremos a exponer los sujetos activos y pasivos de las dos modalidades correspondientes de este delito: activa y pasiva. Así mismo analizaremos los cargos expresamente mencionados en la redacción legal, que son: director, administrador, empleado o colaborador de la empresa o sociedad implicadas. A continuación analizaremos las conductas típicas del delito, pasando por los diferentes elementos: las acciones típicas, el beneficio injustificado, la contraprestación, el ámbito donde se dan estas conductas y algunas modalidades comunes de este delito.

Analizaremos igualmente el tipo subjetivo, la antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad y perseguibilidad relativas al mencionado artículo, para terminar el trabajo con un apartado sobre la consumación y las formas imperfectas de ejecución. Al final del mismo se realizará una conclusión sobre lo expuesto.

Palabras clave: artículo 286 bis CP, corrupción en los negocios, corrupción entre particulares, Ley Orgánica 10/1995.

ABSTRACT

In the hereunder essay an analysis of the article 286 bis of the Criminal Code, modified by the Organic Law 10/1995 of November 23rd, will be undergone. Regarding the analysis, several issues and concerns related with the article will be discussed. We will start with an introduction that highlights the two latest legal writings that cover corruption between individuals and corruption within business, these being the Laws of 2010 and 2015. Furthermore, we will proceed discussing the legal interest protected by

the article, outlining doctrinal stances that advocate for the protection of equity, duty of loyalty and fair and honest competition.

On another note, we will proceed presenting the active and passive subjects of the two diverse forms of this offence: active and passive. Furthermore, we will analyse the charges purposely contained in the body of law, which are: director, manager, employee and partner of the company involved. Moreover, we will analyse the common behaviours related to this offence, elaborating in the different elements: typical actions, undue advantage, compensations, the fields where this behaviours appear and some of the most predominant forms of offence,

Equally important, we will analyse, in terms of the article, the subjective nature, the illegality, the guilt mind, if it is punishable and if it is prosecutable. The essay will conclude with a section about the consummation and the imperfect execution of the offence. We will culminate with a conclusion regarding all the above mentioned.

Key words: Article 286 bis, corruption in business, corruption between individuals, Organic Law 10/1995.

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico incorporó el delito de corrupción privada con la 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 (en adelante LO 5/2010),¹ haciendo una reforma del Código Penal (en adelante CP), en concreto de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II. Esta reforma pasó a denominar a la Sección 4ª “De la corrupción entre particulares”.

El artículo 286 bis era el único que constituía la mencionada sección, y su redacción era la siguiente:

“1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

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

¹ Publicación en el Boletín Oficial del Estado número 152, de 23 de junio de 2010. Pág. 54811 a 54883.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales”.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en esta norma, las personas que pueden cometer el delito serán aquellas que prometan, ofrezcan o concedan un beneficio o ventaja de cualquier tipo, por lo que no importará en qué consista la gratificación en sí, sino que lo relevante es el hecho de darla o prometerla.

Por otro lado, el beneficio o ventaja (es decir, la gratificación o el soborno) deberá darse a personas relacionadas con la empresa mercantil, la sociedad, la asociación, la fundación o la organización, aunque concretamente se especifica que podrán ser sujetos del delito los administradores, directivos, empleados y colaboradores.

El delito se verá consumado tanto cuando la gratificación se dé para que la empresa o entidad se incline hacia determinadas decisiones favorables a quien ofrece el beneficio o ventaja, como cuando quien recibe la gratificación es la persona encargada de tomar la decisión en representación de otra persona o entidad que puede influir en la misma de forma decisiva.

La redacción de este artículo se reformó debido a la promulgación de la 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 (en adelante LO 1/2015)². Con esta modificación, la Sección 4ª pasa a titularse “Delitos de corrupción en los negocios” y está conformada por los artículos 286 bis a 286 quáter. Esta sección recoge lo que antes, con la ley de 2010, se denominaba “corrupción entre particulares”. Si bien el artículo se compone por cinco apartados, sólo nos centraremos en los dos primeros fundamentalmente, dejando a un lado lo referente a este delito en el mundo deportivo. El artículo objeto de estudio mantiene su esencia de recoger el delito de corrupción, pero a partir de la LO 1/2015 pasa a tener la siguiente redacción:

² Publicación en el BOE número 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176

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

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

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

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

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

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

Para poder entender e interpretar este reciente tipo penal es necesario acudir tanto a la normativa internacional, en especial a la europea, como a la jurisprudencia sobre la antigua redacción dada por la LO 5/2010. Desde hace varios años, gran parte de la doctrina española ha señalado el problema que acarrea la creación o modificación de leyes en materia de lucha contra la corrupción, debido a que es una tarea ardua y su aplicación posterior es muy escasa³. Si bien en nuestro país se ha experimentado una tendencia legislativa desde finales del siglo pasado al uso de leyes penales para castigar la corrupción, la introducción de este tipo penal vino respaldada por la comunidad europea, en concreto como consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento de 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 (en adelante DM 2003/586/JAI)⁴. El apartado primero de su art. 2 establecía lo que luego se convirtieron en las bases del delito de corrupción entre particulares del CP de 2010⁵.

La Decisión Marco pretendía crear una consciencia social y penal que se inclinara hacia la competencia leal, justa y honesta, e instaba a que se castigara la conducta contraria a la misma, promoviendo por tanto su protección. El Preámbulo de la DM 2003/568/JAI explica que se pretenden sancionar las actividades corruptas, expresando literalmente que estas conductas “distorsionan la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impiden un desarrollo económico sólido.”⁶ De esta manera, el nuevo art. 286 bis CP pretende lograr la asunción de una estrategia global en contra de la corrupción entre particulares y en el ámbito privado, dado que en la Unión Europea hay cierta lucha contra la misma y cada vez más leyes que la regulan y castigan severamente.

³ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., *Corrupción en los negocios: el “favorecimiento indebido” como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015*, Cuadernos de Política Criminal, nº 117, III, Época II, 2015, pp. 159-176.

⁴ Publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea número 192, de 31 de julio de 2003, pp. 54-56.

⁵ Art. 2.1 DM 2003/568/JAI: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

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

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

⁶ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., *Corrupción en los negocios ...* obt. cit. p. 163.

En cuanto a la redacción del art. 286 bis CP, podemos diferenciar dos modalidades de la conducta delictiva. La primera podemos decir que es la modalidad activa, y viene recogida en el apartado segundo, refiriéndose a la actividad realizada por aquellos que ofrecen, prometen o conceden el beneficio o ventaja⁷. Por otro lado, el apartado primero del artículo nos señala la modalidad pasiva, la cual se realiza por aquellos sujetos que aceptan, solicitan o reciben el soborno (y que según la redacción actual sólo podrán ser “administradores, directivos, empleados y colaboradores”⁸). Cabe señalar que dentro de cada modalidad del delito de corrupción existen tanto sujetos pasivos como activos, lo cual analizaremos en su apartado correspondiente.

A lo largo del trabajo se expondrán los elementos significativos de este tipo penal, comprendiendo los siguientes apartados: el bien jurídico protegido, los sujetos (activos y pasivos) del delito, la conducta típica, el tipo subjetivo, la antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad y perseguibilidad, y por último la consumación y formas imperfectas de ejecución.

⁷ Art. 286 bis apartado 2 CP: “*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...*”

⁸ Art. 286 bis apartado 1 CP: “*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...*”

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día hay una discusión doctrinal relativa al bien jurídico, planteándose si es un interés que pre-existe a la norma y el legislador lo protege mediante la misma, o si por el contrario es el propio legislador el que provoca el nacimiento del bien jurídico protegido a través de la promulgación legal⁹. Según la línea doctrinal que afirma que el bien protegido pre-existe a la legislación, se entiende que el legislador está limitado por ellos y no puede regular ni proteger nada que no exista. Por otro lado, según la segunda línea doctrinal, el legislador no se encuentra con ninguna limitación dado que es él mismo quien crea el bien objeto de protección.

Con respecto al delito de corrupción entre particulares se ha experimentado mucha controversia para delimitar cuál es el bien jurídico protegido. Para su estudio primero analizaremos la redacción dada al delito por la LO 5/2010, y luego la redacción de la LO 1/2015. Pero antes, cabe señalar que el mayor cambio en la redacción es la eliminación del término “incumplimiento de obligaciones” a partir de 2015. Si bien esta fórmula se empleaba en la DM 2003/568/JAI, se dejaba su interpretación al Derecho de cada Estado Miembro. Eliminar esta expresión del tipo penal favorece su interpretación, dado que la misma daba lugar a constantes controversias e incoherencias con respecto al bien jurídico que se protegía¹⁰.

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO SEGÚN LA REDACCIÓN DEL ART. 286 BIS CP POR LA LO 5/2010.

Teniendo en cuenta el Preámbulo de la LO 5/2010, éste establecía que una de las finalidades de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI. En concreto, el mencionado texto señalaba lo siguiente:

“Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI (...). 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

⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Tratado de Derecho Penal. Parte General, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 259.

¹⁰ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., *Corrupción en los negocios...* obt. cit. p. 164.

corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas.”

Por su parte, la consideración novena de la DM 2003/568/JAI decía:

“Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido”.

Se aprecia una clara referencia a la competencia “justa y honesta”, aunque gran parte de la doctrina consideró que tal concepto no existía plenamente en la sociedad, y que por ello era mejor entender e interpretar la redacción de la ley en términos de “competencia de buena fe objetiva”¹¹.

Aunque el propio tipo penal no incluyera en su redacción por la LO 5/2010 el término “competencia”, la mayor parte de la doctrina española consideró en su momento que este artículo recogía un delito que la protegía. BACIGALUPO, por ejemplo, se remite a la doctrina y jurisprudencia alemana con respecto al precepto germánico análogo. Según expresa, muchos autores alemanes dejan patente que lo que se protege en la corrupción entre particulares es la libre competencia, argumentando que la misma es un instrumento garantizador de la libertad, el bienestar y la justicia en el mercado¹².

Las razones fundamentales en las que se apoyaba la doctrina mayoritaria para abogar por la competencia leal como bien jurídico protegido eran las siguientes:

¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares*, La teoría del delito en la práctica penal económica, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2013, pp. 139-182.

¹² BACIGALUPO, E., “El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286 BIS CP)”, en *Compliance y derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 150-180.

En primer lugar, la conducta descrita en el tipo penal debía ceñirse al ámbito de la adquisición o venta de mercancías o de la contratación de servicios profesionales, que suponen una clara relación con la competencia en el mercado.

En segundo lugar, el soborno debía ofrecerse o entregarse a una persona “para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros”. Esta expresión por tanto exigía que se diera una situación de competencia real, utilizándose el soborno para perjudicar y desplazar a otro competidor.

Aunque, como hemos mencionado, la doctrina mayoritaria apoyaba la línea de que el bien jurídico protegido por el delito de “corrupción entre particulares” era la competencia leal, otros autores se planteaban si era el único bien tutelado en el tipo. A continuación se exponen los distintos bienes jurídicos que se barajaban en relación con el precepto.

2.2.1. PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Un sector doctrinal de carácter minoritario, afirma que el delito del art. 286 bis CP protege el patrimonio, dividiéndose la doctrina en dos líneas: los que defienden que el patrimonio que se protege es el de las empresas competidoras y los que piensan que es el patrimonio de la empresa en donde trabaja la persona que recibe el beneficio o ventaja injustificado.

Con respecto al primer posicionamiento, se afirma que el patrimonio protegido es el de la empresa competidora, dado que es apartada de la justa competencia por medio del soborno, ya que no puede participar en la actividad¹³. Sin embargo, a esta concepción se opone la idea de que si se pretende proteger el patrimonio del empresario competidor, no es coherente la exclusión del titular de la empresa entre los sujetos activos de este tipo delictivo. Por otro lado, tampoco podría incluirse este sujeto entre los mismos, dado que el desempeño que llevara a cabo se vería justificado por actuar bajo el principio de libertad de empresa y defendiendo sus intereses patrimoniales individuales¹⁴.

¹³ NAVARRO MASSIP, J., “Capítulo 4. El delito de corrupción entre particulares”, en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 105-119.

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *Derecho Penal. Parte Especial* (González Cussac, J.L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 504-510.

Teniendo en cuenta lo anterior, la mayoría de los autores que defienden que el patrimonio es el bien jurídico protegido en el artículo 286 bis CP se inclina a pensar que el patrimonio protegido es el de la empresa donde trabaja quien recibe el soborno. Desde esta postura algunos afirman que el pago y la recepción del beneficio o ventaja injustificado supone siempre un delito de administración desleal, y que habría que crear una modalidad delictiva consecuente que castigase por un lado el pago de sobornos, y por otro la recepción de los mismos¹⁵.

En adición a lo mencionado anteriormente, hay otro sector de la doctrina que defiende que el delito tiene en cuenta dos afectaciones de la competencia: por un lado, la competencia *ad extra*, que se relaciona con el interés de terceras personas competidoras en no verse perjudicadas por que la oferta de otro sea la elegida debido al beneficio o ventaja, a pesar de ser peor; y por otro lado la competencia *ad intra*, que se relaciona con el interés propio de la empresa al querer o pretender que la persona bajo cuya responsabilidad se escoja la oferta final no se vea tentado a elegir una oferta peor solo porque venga acompañada por un beneficio o ventaja. Si bien la mayoría de los autores se posicionan en defender la idea de que el bien protegido es la competencia leal (o competencia *ad extra*), no se puede negar exhaustivamente que hay un elemento de deslealtad *ad intra* o interna en el delito de corrupción entre particulares, y en concreto en la modalidad pasiva del mismo¹⁶.

2.2.2. PROTECCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD HACIA EL EMPRESARIO

Hay ciertos autores que, atendiendo a la redacción dada al art. 286 bis CP por la LO 5/2010, defendían que el bien jurídico protegido era el deber de fidelidad hacia el empresario. La razón principal sobre la que se apoyaba esta doctrina era que, literalmente, el artículo exigía que el sujeto actuara “incumpliendo sus obligaciones”, lo que daba pie a plantearse cuáles eran esas obligaciones. Había dos líneas doctrinales que comprendían de diferente manera el bien jurídico protegido bajo la fórmula planteada.

¹⁵ NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, Revista penal, nº 10, 2002, pp. 61-68.

¹⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. pp. 273-275

Por un lado, la doctrina minoritaria opinaba que el bien jurídico protegido era la competencia leal *ad extra* de acuerdo con lo establecido en la DM 2003/568/JAI. De esta manera, las obligaciones que debían incumplirse para considerar consumado el delito eran aquellas relacionadas con la competencia leal *ad extra* en el ámbito de la adquisición de bienes o contratación de servicios. Atendiendo al contenido de la Decisión Marco, las obligaciones debían ser las de cada Derecho nacional, por lo que en nuestro caso deberíamos remitirnos a lo dispuesto en la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y a la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal para determinar el contenido concreto de dichas obligaciones¹⁷.

El sector mayoritario de la doctrina opinaba que el término “obligaciones” recogía exclusivamente los deberes de cuidado y lealtad que debía mantener el agente para con el principal. Para los defensores de esta postura, estos deberes fiduciarios básicos eran considerados obligaciones *ad intra*, lo que suponía que el bien jurídico protegido en última instancia era la competencia leal de cara a la empresa y a su principal. Según esta línea doctrinal, el delito de corrupción entre particulares suponía un modelo mixto en el que tenían cabida tanto la protección de la competencia leal *ad extra* como la competencia leal *ad intra*¹⁸.

Se desprendía una idea general consistente en que el artículo regulaba tanto la competencia leal como el deber de fidelidad, sobre todo cuando éste concernía a los directivos y demás sujetos relacionados con la empresa¹⁹.

2.2.3. COMPETENCIA LEAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como hemos mencionado antes, la mayor parte de la doctrina se inclinaba hacia la idea de que el bien jurídico protegido es la competencia leal, bien sea con carácter exclusivo o con una atención más intensa que otros. A pesar del silencio en la redacción del artículo 286 bis CP sobre la protección de la competencia, hay varias razones que apoyan la idea defendida por la doctrina mayoritaria, y serían las siguientes:²⁰

1) En primer lugar, el propio Preámbulo de la LO 5/2010 y la Decisión Marco transpuesta, indican expresamente que el bien jurídico protegido es la “competencia leal

¹⁷ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., *Corrupción en los negocios...* obt. cit. pp. 165-167

¹⁸ FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., *Corrupción en los negocios...* obt. cit. pp. 165-167

¹⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. pp. 277-278

²⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. pp. 265-266

y justa”. Como ya hemos analizado anteriormente, vemos que tanto un texto como el otro hacen referencia a la competencia, de modo que ésta es el bien jurídico protegido, aunque no se descarta la posibilidad de que no lo sea de manera exclusiva.

2) En segundo lugar, debemos tener en cuenta dónde se ubica este delito en el Código Penal. El art. 286 bis CP se encuentra dentro del título dedicado a los delitos contra el orden socioeconómico, y en concreto, dentro del capítulo sobre los delitos contra el mercado y los consumidores. Esta ubicación se explica porque el delito en particular es un delito que protege un bien jurídico colectivo, fundamentándose en la protección del buen funcionamiento del mercado competitivo en cuanto hablamos de una contratación de bienes y/o servicios.

3) En tercer lugar, de la propia literalidad del artículo inferimos que hay una modalidad activa y otra pasiva del delito. En la modalidad activa la referencia a *“quien (...) prometa, ofrezca o conceda (...) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros”* alude claramente a la competencia leal que debe darse en una economía de mercado, al concurrir varios competidores en la misma. Sucede lo mismo en la modalidad pasiva, la cual se expresa con la fórmula *“el directivo (...) que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros (...) en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”*. De esta manera se sobreentiende que las conductas se realizan en una situación de competencia real en el mercado.

4) En cuarto lugar, el legislador, cuando tuvo lugar esta reforma del Código Penal, no reformó el artículo 287 y dejó al art. 286 bis CP como un delito perseguible de oficio, lo cual concuerda perfectamente con el hecho de que protege intereses colectivos de la sociedad, en concreto los intereses de los consumidores y los competidores.

5) Por último, debemos señalar que en este delito, tanto la parte que promete, ofrece o concede el soborno como la parte que lo acepta, solicita o recibe tienen la misma pena, dado que ambas figuras impiden o dificultan el buen funcionamiento del mercado. En concordancia con su carácter de partícipes en el mercado, ambas partes son responsables de un deber de competencia leal.

2.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015

Dejando atrás la LO 5/2010, pasamos a analizar la vigente LO 1/2015, de cuya interpretación se desprende que el legislador en este caso ha recalcado la competencia leal como bien jurídico protegido. Lo inferimos gracias a las siguientes razones:²¹

1) En primer lugar, por la ubicación del artículo 286 bis dentro del Código Penal. La rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, “Delitos de corrupción en los negocios” hace clara referencia a una afectación sobre las relaciones económicas, que se ven perjudicadas por las actividades corruptas. Al ser concebido como un delito económico, la competencia leal es un elemento a tener presente al interpretar el artículo.

2) En segundo lugar, el propio Preámbulo de la mencionada ley hace referencia a la competencia leal al expresar: “*Se crea (...) 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. (...) estos delitos 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.»*”

3) En tercer lugar, el legislador ha acometido una revisión técnica de la redacción del delito, de la cual debemos destacar que ha eliminado el elemento sobre el “*incumplimiento de obligaciones*”, eliminándose por tanto la razón por la cual algunos sostenían que el delito protegía algo más que la competencia, y en concreto el deber de fidelidad hacia el empresario.

4) En cuarto lugar, la redacción del artículo se refiere expresamente a que el sujeto debe actuar “*para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente (...) en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*”, de modo que se ciñe a este ámbito concreto de competencia en el mercado la conducta delictiva²².

²¹ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. pp. 281-283

²² BLANCO CORDERO, I., “Comentario al art. 286 bis del Código Penal”, en *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo III* (Gómez Tomillo, M., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 539-550.

Lo más relevante es que al eliminar la referencia a la “*infracción de obligaciones por parte de...*” se elimina igualmente la razón que permitía sostener la idea de que para la consumación del delito era necesario un menoscabo de la competencia *ad extra* conjuntamente con la infracción de deberes de los sujetos implicados, suponiendo un menoscabo de la competencia *ad intra*²³.

De esta manera, y en opinión personal, el nuevo delito del art. 286 bis CP se configura como un delito puro contra la competencia, dejando atrás la concepción de delito mixto que mantenía cierto sector doctrinal con la redacción del artículo por la derogada LO 5/2010.

²³ BLANCO CORDERO, I., “Comentario al art. 286 bis del Código Penal”... obt. cit. pp. 539-550.

3. LOS SUJETOS DEL DELITO

3.1. CORRUPCIÓN ACTIVA Y PASIVA

Desde un primer momento es complicado esclarecer qué acción y qué persona supone o acomete la modalidad pasiva y activa del delito de corrupción en los negocios, debido a que dentro de ambas modalidades encontramos a dos sujetos culpables y cada uno actúa pasiva o activamente. Atendiendo a la redacción del artículo 286 bis CP, la modalidad pasiva de corrupción es aquella en la que se recibe, solicita o acepta el beneficio o ventaja injustificado. En este supuesto, el soborno encarna la contraprestación por un favorecimiento indebido, y puede ser para el sujeto corrupto o para un tercero. En contrapartida, la modalidad activa se representa por la acción de ofrecer, prometer o conceder el soborno, el cual tiene la finalidad de conseguir un favorecimiento a cambio, pudiendo ser tanto para quien lo realiza como para un tercero²⁴.

El número 1 del art. 286 bis CP recoge por tanto el delito de corrupción pasiva, tratándose de un delito especial propio ya que los sujetos pasivos sólo pueden ser los mencionados explícitamente en el texto legislativo: “*directivos, administradores, empleados o colaboradores*”, expresándose de manera concreta que deben serlo de una empresa mercantil o sociedad. Además, este precepto deja fuera tanto a los socios como a los titulares de la empresa²⁵.

Por otro lado, en el apartado segundo del art. 286 bis CP encontramos la modalidad de corrupción activa, donde el sujeto activo (corruptor) será “*quien por sí o por persona interpuesta*” ofrezca, conceda o prometa el beneficio o ventaja²⁶. De esta manera, la modalidad activa de corrupción recoge de forma general la acción de sobornar, y en atención a lo dispuesto en el artículo, es un delito común, pues puede ser cometido por cualquier persona (de manera directa o por medio de otra persona, ya sea

²⁴ PÉREZ GÓMEZ, R., *La regulación en el nuevo código penal del delito de corrupción en los negocios. Definición y elementos que lo integran*, Revista de Derecho vLex, nº 136, 2015.

²⁵ BLANCO CORDERO, I., “Comentario al art. 286 bis del Código Penal” ... obt. cit. pp. 539-550.

²⁶ BLANCO CORDERO, I., “Comentario al art. 286 bis del Código Penal” ... obt. cit. pp. 539-550.

física o jurídica) incluyendo al empresario, trabajadores, colaboradores, terceras personas ajenas...²⁷

3.2. SUJETOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA

3.2.1. EL SUJETO PASIVO

Para determinar quién es el sujeto pasivo en esta modalidad de corrupción en los negocios hay que atender a cuál es el bien jurídico protegido por el delito. Nos vamos a centrar en las dos posiciones doctrinales más comunes para esclarecer esta cuestión.

Si tomamos como punto de partida que el bien jurídico que se protege es la competencia leal, entonces el sujeto pasivo serán, según un grupo de autores, todas las empresas competidoras, dado que no podrán actuar en igualdad de condiciones con respecto a quien soborna.²⁸ Otro grupo doctrinal defiende que el sujeto pasivo en este caso será la comunidad en sí misma, al ser la competencia un bien colectivo perteneciente a todos.²⁹ Otros autores, por el contrario opinan que los sujetos pasivos serán los consumidores, en la medida en que sus expectativas se ven defraudadas como consecuencia de la actividad corrupta propiciada por el soborno.³⁰

En contraposición, si se parte de la consideración de que el bien jurídico protegido es el patrimonial, sujeto pasivo serán aquellos socios parte de la empresa que no se vean beneficiados por el soborno.³¹

Como con la doctrina mayoritaria opinamos que el bien jurídico protegido es la competencia justa y honesta, y dado que es un bien colectivo, entendemos que el sujeto pasivo en el delito de corrupción activa es la comunidad.

²⁷ BACIGALUPO, E., “El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286 BIS CP)”... obt. cit. p. 160.

²⁸ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., “Artículo 286 bis”, en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 634-637.

²⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 626.

³⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E., “La llamada corrupción entre particulares”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 230.

³¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...* obt. cit. p. 626.

3.2.2. EL SUJETO ACTIVO

Como hemos explicado antes, el sujeto activo de corrupción activa en los negocios viene expresado en el art. 286 bis CP mediante la expresión “*quien por sí o por persona interpuesta*” ofrezca, conceda o prometa un beneficio o ventaja injustificado. De esta manera aclarábamos que se daba a entender por la redacción que podía cometer el delito cualquiera, y esto es lo que piensa la doctrina mayoritaria de forma prácticamente unánime: al poder ser cometido por cualquier persona, esta modalidad de corrupción en los negocios se conforma como un delito común³².

De esta manera se desprende que el sujeto activo que cometa el delito en la modalidad activa de la corrupción puede ser tanto el empresario, un trabajador o una persona ajena a la empresa que ofrece un beneficio o ventaja injustificado.

Si bien es cierto que la doctrina es prácticamente unánime en este punto, hay ciertos autores que defienden la idea de poder hacer una restricción al círculo de sujetos activos del delito de corrupción activa en los negocios. Dentro de este grupo encontramos dos posturas: los que pretenden restringir el ámbito de los sujetos activos a los competidores (o terceros que actúen para beneficiar a un competidor), y los que opinan que debería restringirse a los administradores, directivos, empleados o colaboradores de un ente empresarial.

El primer grupo mencionado, para fundamentar su toma de postura, atiende tanto al bien jurídico protegido como al sector donde se desarrolla la actividad. En su opinión, teniendo en cuenta que se protege la competencia justa y honesta en un ámbito de “*adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*”, el sujeto activo debería restringirse a aquellas personas que tengan alguna vinculación con la empresa o entidad que se beneficiaría del acto corrupto provocado por el soborno.³³

El segundo grupo dentro de la doctrina minoritaria aboga por restringir el mencionado círculo de sujetos activos de la modalidad activa de la corrupción a los administradores, directivos, empleados o colaboradores de una empresa o entidad, de

³² ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. p. 292

³³ MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., “Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)”, en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 122-124.

manera que tanto la modalidad pasiva como la activa sería acometida por el mismo tipo de personas.³⁴

3.3. SUJETOS DE CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA

3.3.1. EL SUJETO PASIVO

Del mismo modo que en el delito de corrupción privada activa, en este caso (pasiva) nos vamos a encontrar dos vertientes principales acerca de quién es el sujeto pasivo, las cuales siguen la misma argumentación que en la modalidad ya vista.

Por un lado se encuentran los que opinan que sujeto pasivo son los competidores, ya que sus expectativas se ven frustradas al no respetarse las reglas del mercado, y por otra parte los que defienden que es la comunidad en su conjunto la que se ve perjudicada en mayor medida con esta conducta delictiva.

3.3.2. EL SUJETO ACTIVO

La propia redacción del art. 286 bis CP establece que los sujetos activos del delito de corrupción pasiva son los “*administradores, directivos, empleados o colaboradores*”, y se indica concretamente que deben serlo de “*una empresa mercantil o de una sociedad*”. Por tanto, sólo estos cargos empresariales concretos pueden ser sujetos activos. Dado que todos se ubican dentro de una estructura empresarial, podemos matizar dos cuestiones a tener en cuenta: en primer lugar, que una persona física que contrata directamente como consumidor final no puede ser sujeto activo del delito; y en segundo lugar, que los administradores, empleados o colaboradores de una persona física tampoco pueden serlo³⁵.

A pesar de que el artículo recoge sujetos con diferente vinculación institucional y que ejercen funciones dispares, recae sobre todos la misma pena si cometen la conducta delictiva. Pasamos ahora a enumerar positivamente quiénes pueden ser los sujetos

³⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de...* citando a CASTRO MORENO, A., “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, en *Memento Práctico Francis Lefebvre, Penal Económico y de la Empresa* (ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., Coordinador), 2011-2012, ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 619-633.

³⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. p. 298

activos de esta modalidad delictiva de corrupción en los negocios, así como a determinar las “empresas mercantiles o sociedades” de las que pueden formar parte.

3.3.2.1. Directivo

La inclusión de este cargo empresarial en el tipo penal proviene de la mencionada Decisión Marco 2003/568/JAI, dado que en su texto expresa que el sujeto que recibe el soborno es aquella persona que desarrolla “funciones directivas o laborales”. De esta manera cabe entender que el concepto de directivo hace referencia, según la Decisión Marco, a aquél que está autorizado para tomar decisiones y ejercer el poder de representación³⁶. Sin embargo, esta definición de directivo no puede ser extrapolada a nuestro ordenamiento jurídico de forma plena, dado que nuestra legislación permite identificar este concepto con otros cargos como puede ser el de administrador.

Sería más acertado interpretar el concepto de directivo conforme a lo establecido en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral del personal de alta dirección.³⁷ Según su artículo 1.2, consideraremos personal de alta dirección (o directivos) a las personas que tienen cierto grado de relación con la titularidad jurídica de la empresa y cuya autonomía y responsabilidad se limita únicamente por las decisiones y directrices emanadas de los órganos de gobierno y administrativos de la entidad a la que representan.³⁸

3.3.2.2. Administrador

La referencia al cargo de administrador fue introducida en el delito de corrupción pasiva gracias al Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica que reformaría el Código Penal de 2008. Dentro de la categoría de administrador podemos distinguir dos modalidades: de hecho y de derecho. El administrador de derecho es aquel que, habiendo sido nombrado previamente por los socios de la empresa, acepta su cargo y las facultades inherentes al mismo, basándose

³⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 302 siguiendo a CASTRO MORENO, A., *Capítulo 22. Corrupción entre particulares...* p. 622.

³⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 302

³⁸ Art. 1.2 RD1382/1985: “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 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.”

en la formalidad de un acuerdo inscrito y publicado en el Registro Mercantil que corresponda según el caso.³⁹ Por otro lado, el administrador de hecho es la persona que, aunque no ha sido nombrada como administrador, y por ende no está legitimada para actuar como tal, sí tiene apariencia de esta figura frente a terceros de buena fe.⁴⁰

Con respecto a la admisión del administrador de hecho en concreto se da cierta controversia dado que el legislador no ha especificado si se trata del administrador de hecho, de derecho, o de ambos en la redacción del art. 286 bis CP. Si bien hay una parte de la doctrina que opina que el administrador de hecho no está incluido entre los sujetos mencionados en el tipo penal, la línea doctrinal mayoritaria persigue la argumentación contraria, basándose en dos razones principales:⁴¹

Primero acuden a un argumento válido sobre la costumbre en nuestro Derecho, esto es, considerar que la categoría o término de administrador comprende tanto el de hecho como el de derecho. Es cierto que desde un tiempo, la doctrina y la jurisprudencia se refieren a ambas modalidades de administración al expresar el término “administrador” de forma general, y sólo las diferencian cuando se expresan concretamente una u otra.

Segundo, porque el administrador de hecho, aunque no mencionado expresamente, puede encontrarse en otra de las categorías mencionadas en el artículo, quedando por tanto la omisión subsanada. Es decir, como hemos visto, el administrador de hecho es cualquiera relacionado con la empresa que actúa como tal a pesar de no ser debidamente nombrado. Al recoger el tipo penal otras categorías de sujetos activos, recoge igualmente la posibilidad de que cualquiera de ellos pueda actuar como el administrador de hecho en ciertos casos.

Por otro lado, cabe señalar el cambio efectuado en el art. 31 bis del CP a partir de la reforma de 2015. Cuando antes de la misma, este artículo⁴² se refería a que las personas jurídicas serían responsables de los delitos cometidos por los representantes de la empresa, incluyendo en la enumeración tanto al administrador de hecho como al de

³⁹ Cortés, Pérez i Associats, Economistes i Advocats, S.L., *El administrador de derecho y el de hecho en las sociedades de capital*, en Cortés, Pérez i Associats, Economistes i Advocats, S.L., 2012. Disponible en <http://cortesperez.blogspot.com.es/2012/03/el-administrador-de-derecho-y-el-de.html>

⁴⁰ Cortés, Pérez i Associats, Economistes i Advocats, S.L., *El administrador de derecho y el de hecho en las sociedades de capital*, en Cortés, Pérez i Associats, Economistes i Advocats, S.L., 2012.

⁴¹ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 304

⁴² Art. 31 bis CP antes de la reforma por la LO 1/2015: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”

derecho, y por tanto haciendo una clara referencia a ambos tipos de administradores, ahora (a partir de la reforma), se expresa de otra manera y queda patente que, aunque no diferencia expresamente entre “administrador de hecho o de derecho”, el texto del artículo sigue acogiendo las actuaciones llevadas a cabo por el administrador de hecho. La redacción del nuevo artículo expresa que dentro de las personas por cuyos actos pueden ser responsables las empresas se incluyen todas aquellas que la representen, puedan tomar decisiones o influir en su organización y control.⁴³ De esta manera, aunque no se menciona el término administrador, sí queda claramente integrado en la redacción.

3.3.2.3. Empleado

Según la definición literal de la RAE, el empleado es aquella “*persona que desempeña un destino o empleo*”. Pero además, por empleado podemos entender aquella persona que mantiene una relación laboral con la empresa, o lo que es lo mismo, desempeña una actividad laboral para la misma⁴⁴.

Sin embargo este concepto debe ser matizado de cara a la delimitación de la conducta delictiva, ya que para ejercerla, el empleado deberá desempeñar una función relacionada con la toma de decisiones en cuanto a la adquisición de bienes o la contratación de servicios. No todos los puestos dentro del organigrama empresarial tienen funciones o posiciones que permitan influir en la toma de decisiones, por lo que, para que pueda cometerse el delito, el empleado en cuestión deberá poseer cierto grado de capacidad decisoria, o tener un fuerte poder de influencia sobre la toma de las decisiones en el ámbito referido.⁴⁵

⁴³ Art. 31 bis CP tras la reforma por la LO 1/2015: “*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*”

⁴⁴ PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*, en *La nueva regulación de la corrupción*, Cuadernos Digitales de Formación, 1/2012, CGPJ, p. 16.

⁴⁵ NIETO MARTÍN, A., *La corrupción ... obt. cit. p. 60.*

3.3.2.4. Colaborador

El concepto de colaborador no está recogido expresamente en ningún texto legal y por tanto nos enfrentamos a una delimitación vaga e imprecisa. Siguiendo a ENCINAR DEL POZO en su Tesis Doctoral, podríamos establecer algunas notas definitorias.⁴⁶

En primer lugar, el colaborador debe ser una persona externa a la empresa,⁴⁷ es decir, alguien que no forme parte de su estructura empresarial propiamente dicha y que trabaje de forma independiente. En este sentido, el colaborador no podrá tener relaciones de índole laboral, de apoderamiento o de representación con respecto al ente empresarial.

En segundo lugar, entre el colaborador y la empresa sí debe existir una relación, que es lo que permite que sea considerado como sujeto activo del delito de corrupción pasiva. Dado que el art. 286 bis CP no hace ningún tipo de referencia a la posible, pero cierta, relación entre ambos entes, entendemos que puede ser considerada en su vertiente amplia, incluyendo por tanto relaciones remuneradas, gratuitas, de prestación de servicios, de realización de encargos o de representación puntual de la empresa.

Por último, y como pasa con el resto de sujetos, el colaborador debe tener una posición que le permita tomar decisiones que afecten a la empresa, o lo que es lo mismo, debe tener capacidad para influenciar las decisiones de contratación de servicios o adquisición de bienes.⁴⁸

3.3.2.5. Entidades relacionadas con los sujetos

Según el art. 286 bis CP, los sujetos deben ser parte de una “*empresa mercantil o de una sociedad*”, por lo que el círculo de entidades de las que pueden formar parte para realizar la conducta típica está expresado concretamente. Sin embargo, el número 5 del mismo artículo establece que se debe relacionar el contenido del precepto con el del art. 297 CP.⁴⁹ Este último artículo expresa lo que se entiende por sociedad a efectos penales,

⁴⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. pp. 309-310

⁴⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 309 siguiendo a QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, ob. cit. p. 626; y NIETO MARTÍN, A., *Corrupción en el sector privado...*, ob. cit. p. 476.

⁴⁸ BOLEA BARDÓN, C., *El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes*, InDret, 2/2013, p. 22 (disponible en www.indret.com/pdf/966_c.pdf).

⁴⁹ Art. 286 bis apartado 5 CP: “*A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.*”

incluyendo diversos supuestos entre los que encontramos cooperativas, cajas de ahorros, fundaciones y otras de análoga naturaleza que participen permanentemente en el mercado con el objetivo de cumplir sus fines.⁵⁰

Por tanto, relacionando un artículo con otro, podemos decir que el administrador, directivo, empleado o colaborador puede formar parte de cualquiera de las entidades mencionadas en el art. 297 CP para poder ser considerado como sujeto activo del delito.

⁵⁰ Art. 297 CP: “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.”

4. LA CONDUCTA TÍPICA

4.1. INTRODUCCIÓN

Una vez efectuada la reforma del art. 286 bis CP por la LO 1/2015, la conducta típica queda definida por las siguientes notas:

- ✓ Las acciones nucleares serán prometer, ofrecer, conceder, recibir, solicitar o aceptar.
- ✓ La gratificación consiste en un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificado.
- ✓ Este soborno se da como contraprestación a un favorecimiento indebido.
- ✓ El favorecimiento indebido podrá ir dirigido al sujeto corruptor o a un tercero frente a otros.
- ✓ La conducta ha de llevarse a cabo en el ámbito de la adquisición de mercancías, la contratación de servicios o las relaciones comerciales en su generalidad.

Con respecto a la anterior redacción del delito, podemos señalar varios cambios relativos a la conducta típica:⁵¹

1) Se ha procedido a la eliminación de un elemento típico que se expresaba por la fórmula “*incumplimiento de obligaciones*”, el cual dio lugar a diversas controversias dentro de la doctrina española – relativas al bien jurídico que se protegía, al sujeto y las obligaciones concretas.

2) Mientras que en la antigua redacción se recogía el término “*para/con el fin de favorecer*”, en la nueva se expresa concretamente que el soborno se promete, ofrece o concede – haciendo referencia a la corrupción activa - o se recibe, solicita o acepta – recalcando la modalidad pasiva del delito-, “*como contraprestación para favorecer indebidamente a otro*”.

3) Por último, antes del 2015 sólo se contemplaba el delito con respecto a los servicios profesionales, mientras que ahora se ha ampliado el ámbito del mismo a todo tipo de servicios y a la generalidad de las relaciones comerciales.

⁵¹ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. pp. 329-330

La doctrina ha expresado su opinión y consideración acerca del art. 286 bis CP en reiteradas ocasiones, y siguiendo a ENCINAR DEL POZO podemos resaltar algunas notas características del delito de corrupción en los negocios.⁵²

- Es un delito de peligro abstracto⁵³.
- Las acciones nucleares del delito son alternativas, por lo que, basta que se cometa una de las mencionadas para que se entienda consumado.⁵⁴
- Es irrelevante quién tome la iniciativa de sobornar o dejarse sobornar.
- El perjuicio efectivo al ente empresarial con el cual se relaciona la persona sobornada no es necesario para la consumación de la acción delictiva.
- La consumación del delito se entenderá que se produce desde la mera promesa u ofrecimiento unilateral, dado que se habla de la conducta delictiva en términos de un “posible o potencial acuerdo”⁵⁵.
- El hecho de que no se llegue a recibir o entregar el soborno, o de que no se realice la contraprestación del favorecimiento indebido, no tienen por qué afectar a la consumación del delito.

4.2. ACCIONES CONSTITUTIVAS DEL DELITO

Como mencionábamos antes, el delito de corrupción en los negocios puede originarse porque una persona “ofrezca, prometa, conceda, reciba, solicite o acepte,” un beneficio o ventaja injustificado. El art. 286 bis CP recoge dos modalidades de corrupción, correspondiendo la activa a los tres primeros verbos y la modalidad pasiva a los tres últimos. Además, con que se realice una de las acciones se entenderá consumado el delito, dado que son acciones alternativas, como mencionamos anteriormente. Pasamos a analizar cada una de las posibles acciones constitutivas del delito:

1) Ofrecer: Según la definición de la RAE⁵⁶, este verbo consiste en “*dar algo a alguien*”, de modo que tiene un matiz más inmediato en cuanto a “entregar” que el verbo prometer. Podríamos decir que la oferta “es la materialización de la promesa⁵⁷”

⁵² ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. p. 330

⁵³ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.158.

⁵⁴ MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p. 124.

⁵⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., *La llamada corrupción...* ob. cit. p. 236.

⁵⁶ Definición de la RAE: “‘Dar [algo] a alguien’ y ‘poner(se) a disposición de otra persona’”

⁵⁷ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., *Artículo 286 bis...* obt. cit. p. 635.

2) Prometer: Este término significa “*obligarse a hacer, decir o dar algo*”⁵⁸. Atendiendo a la redacción del artículo, entendemos que prometer supone comprometerse a entregar el beneficio o ventaja injustificado a cambio del favorecimiento indebido que realiza la contraparte.

3) Conceder: Esta acción supone “*dar u otorgar*”⁵⁹, por lo que entendemos, con respecto al artículo, que supone la materialización de la oferta, es decir, que pasa a entregarse lo que se hubiere prometido u ofrecido⁶⁰.

4) Recibir: Según la definición gramatical de la RAE significa “*tomar lo que le dan o le envían*”. La recepción conlleva un acuerdo existente – simultáneo o con anterioridad – entre las partes y la entrega efectiva del soborno.

5) Solicitar: Podemos definir este término como “*pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado*.”⁶¹ De esta manera, cuando alguien solicita un soborno a cambio de un favorecimiento indebido, supone que esa persona manifiesta su voluntad a un tercero, con lo cual se entendería consumado el delito, independientemente de la respuesta del tercero a quién se le solicita.⁶²

6) Aceptar: Entendemos por ello “*recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga*.”⁶³ Esta acción puede realizarse bien de forma expresa, bien de forma tácita a través de actos concluyentes. Así como antes decíamos que bastaba la solicitud para entender consumado el delito, aquí basta con aceptar, sin ser necesaria la entrega efectiva del beneficio o ventaja.⁶⁴

4.3. BENEFICIO O VENTAJA DE CUALQUIER NATURALEZA NO JUSTIFICADO

4.3.1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA

La segunda acepción del término “beneficio” según la RAE equipara este término al de “utilidad”, el cual es definido por la misma RAE como “*provecho, conveniencia,*

⁵⁸ Definición de la RAE

⁵⁹ Definición de la RAE

⁶⁰ PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción...* ob. cit. p. 21.

⁶¹ Definición de la RAE

⁶² PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción...* ob. cit. p. 14.

⁶³ Definición de la RAE

⁶⁴ PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción...* ob. cit. p. 14.

interés o fruto que se saca de algo.” La séptima acepción del término lo define como “*ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil*”. Por su parte, “*ventaja*” se define como “*superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa*”.⁶⁵

Lo relevante sobre el beneficio o la ventaja que se entrega como soborno es que supone la causa de la acción que se pretende, es decir, que existe entre el soborno y la acción corrupta una relación de imputación objetiva. De esta manera, el beneficio o ventaja puede ser referido como el motor de la corrupción; lo que impulsa a llevar a cabo la conducta delictiva.

Al estar el artículo redactado refiriéndose a que el beneficio o ventaja puede ser “*de cualquier naturaleza*”, se ha creado una discusión doctrinal acerca de si se debe interpretar esta fórmula de forma restringida – que solo admita beneficios o ventajas con un contenido económico o patrimonial - o de forma amplia – que admita sobornos con un contenido distinto -.

La doctrina minoritaria aboga por la interpretación restringida, es decir, opina que el beneficio o ventaja deben ser de carácter económico o patrimonial⁶⁶, aunque acepta que puedan consistir tanto en bienes materiales como inmateriales⁶⁷, siempre que sean susceptibles de valoración económica. La argumentación más sólida de esta postura se fundamenta en que la pena de multa por la comisión del delito se basa en el valor del beneficio o ventaja de que se trate en cada caso, y de ahí que el soborno deba ser cuantificable económicamente⁶⁸.

Por el contrario, el resto de la doctrina⁶⁹ opina que la fórmula empleada por la redacción del artículo debe incluir tanto aquellos beneficios o ventajas de contenido económico/patrimonial como los de cualquier otra índole que no produzcan un enriquecimiento patrimonial directo en la persona que lo recibe.

⁶⁵ Definición de la RAE.

⁶⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 334 siguiendo a NIETO MARTÍN, A. y BAÑERES SANTOS, F., *Corrupción entre privados*, en *La armonización del derecho penal español: una evaluación legislativa*, Boletín del Ministerio de Justicia, año LX, suplemento al nº 2015, p. 223.

⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...* obt. cit. p. 627.

⁶⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...* obt. cit. p. 627.

⁶⁹ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.161.

4.3.2. CARÁCTER “NO JUSTIFICADO”

ENCINAR DEL POZO⁷⁰ acude a la normativa internacional para analizar la fórmula “*no justificado*” empleada en la redacción del artículo. La Decisión Marco 2003/568/JAI indica que el soborno debe ser “indebido”, término que rescata del Informe Explicativo del Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción de 27 de enero de 1999. Según este informe⁷¹, el carácter de “*indebido*” (o “*no justificado*”, como recoge la normativa penal española) se refiere a un beneficio o ventaja que el sujeto recibe sin estar legalmente autorizado para ello.

Dada la redacción del Informe podemos interpretar que el soborno “no justificado” será tal cuando el sujeto sobornado no esté capacitado para recibir el beneficio o ventaja, tomando como punto de vista la adecuación social. Pasamos a analizar estos criterios de forma más concreta.

En primer lugar, debemos preguntarnos – para determinar el carácter injustificado del beneficio o ventaja- si el sujeto que lo recibe no está facultado para ello por prohibirlo la ley o las normas internas de la empresa con la que mantiene una relación. El término que analizamos se ha identificado también como sinónimo de “no autorizado”, esto es, como algo que el destinatario no esté legalmente facultado para recibir, como algo contrario a las leyes y las buenas costumbres, los usos comerciales o los reglamentos administrativos⁷². Esto supone que aunque se reciba cierto beneficio o ventaja, no se estará ante la conducta delictiva si hay un título legal que permita dicha concesión y, siempre y cuando se respeten las normas del particular sector empresarial de que se trate.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta la adecuación social de la conducta realizada para determinar si el beneficio o ventaja tiene carácter injustificado. Lo que entendemos por conductas socialmente adecuadas son aquellas que no traspasan los

⁷⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 336-342

⁷¹ La redacción literal del informe queda así: “*La cuestión de lo que constituye la ventaja "indebida" va a tener una importancia central para la incorporación de la Convención en el Derecho interno. El término "indebida" debe interpretarse, a los efectos de la Convención, en el sentido de algo que el destinatario no está legalmente facultado para aceptar o recibir. Para los autores de la Convención, el adjetivo "indebida" pretende excluir ventajas permitidas por la ley o los estatutos, así como obsequios de escaso valor o regalos socialmente aceptables*”.

⁷² ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* cit. p. 337

límites de libertad de la acción social⁷³. Esto supone que hay ciertas conductas que desde el punto de vista causal sí podrían subsumirse en el tipo penal, pero por estar socialmente aceptadas no se consideran parte de la conducta delictiva⁷⁴. Encontramos varios ejemplos en la doctrina de lo que puede considerarse un beneficio o ventaja socialmente adecuado: regalos hechos por Navidad, recuerdos de un determinado acto en el que se ha participado, invitaciones a actos sociales, propinas al servicio de hoteles y restaurantes, regalos promocionales...⁷⁵

Si bien hay determinados sectores en los que se regula expresamente lo que se considera una conducta adecuada, en el ámbito de la adquisición de mercancías y contratación de servicios el límite es más difuso.

4.4. COMO CONTRAPRESTACIÓN PARA FAVORECER INDEBIDAMENTE

La redacción del art. 286 bis CP establece expresamente que el beneficio o ventaja se da “*como contraprestación para favorecer indebidamente*”. Si el delito fuera de resultado se consumaría con la efectiva contraprestación, es decir, con el favorecimiento a cambio de recibir el soborno. Sin embargo, el delito es de peligro abstracto, por lo que basta con tener la intención de favorecer indebidamente para que se entienda consumado.

4.5. ADQUISICIÓN DE MERCANCÍAS, CONTRATACIÓN DE SERVICIOS O RELACIONES COMERCIALES

Según la literalidad del art. 286 bis CP a partir de la reforma por la LO 1/2015, la conducta típica está sujeta al ámbito de “*la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*”. De esta manera se limita el delito a aquellos actos típicos dentro de estas situaciones de competencia en el mercado.

⁷³ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 338 citando a ELZEL, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª edición (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pp. 67-68

⁷⁴ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.162.

⁷⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* cit. p. 343

a) Adquisición o venta de mercancías: Por esta fórmula podemos entender toda compraventa o permuta de carácter mercantil, aunque en realidad, ambas figuras forman parte de una relación comercial. De esta manera se entiende que su mención particular no es necesaria desde la reforma de 2015, dado que la conducta típica se circunscribe a todo tipo de relaciones comerciales⁷⁶.

b) Contratación de servicios: Al no recoger el nuevo texto introducido por la LO 1/2015 ninguna especificación de que se trate de “servicios profesionales”, la conducta típica se relaciona con todo tipo de servicios contratados, dando una interpretación amplia al concepto. Esto es, cualquier actividad desarrollada por una persona de manera lucrativa, habitual y por cuenta propia.⁷⁷ Además, esto supone que dentro del tipo penal no se incluirá las relaciones de contratación laboral, pues las mismas no suponen la prestación de un servicio sino la fuerza de un trabajo.⁷⁸

c) Relaciones comerciales: Esta expresión supone el cierre del tipo penal, y es un término general en el que se pretenden incluir todos los supuestos que no se entendían como parte del antiguo precepto. Con la reforma, por tanto, se extiende la conducta típica a cualquier relación comercial, no sólo a “la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales” como se hacía con anterioridad al 2015⁷⁹.

4.6. MODALIDADES DE CONDUCTA TÍPICA

En este apartado nos vamos a centrar en algunas conductas que presenta la fenomenología delictiva de este tipo penal y que han sido descritas por la doctrina alemana. Se trata de los kickbacks, las conductas de alimentar y las cajas negras.⁸⁰

4.6.1. LOS KICKBACKS

Una de las prácticas más frecuentes de conducta típica son los kickbacks, que se caracterizan por existir un acuerdo entre el vendedor y el comprador, consistente en

⁷⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. pp. 376-377.

⁷⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 378.

⁷⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...* obt. cit. p. 627.

⁷⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 378.

⁸⁰ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. pp. 381-386.

añadir una suma al precio y que ésta sea devuelta de manera clandestina al segundo sujeto. Una figura similar en el ordenamiento español es la comisión, en los supuestos en los que se abona una suma económica o algún tipo de ventaja a una de las partes contratantes para la consecución de un objetivo concreto.⁸¹

Con referencia a esta figura cabe citar la STS nº 867/2002, de 29 de julio: “Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida”.

4.6.2. CONDUCTAS DE ALIMENTAR

En alemán se denomina “*anfüttern*” (cuya traducción literal es “cebar”) al hecho de conceder obsequios, invitaciones a eventos de diferente índole, obtener ciertas preferencias y acciones similares. Esto supone la entrega de pequeños regalos que tienen poco valor económico individualmente contemplados, pero que pueden desembocar en la creación de una relación de subordinación o dependencia.

⁸¹ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.163.

Dado que no necesariamente este tipo de prácticas deben suponer un soborno como lo hemos contemplado anteriormente, sí que la línea que lo separa es muy difusa. Estas acciones pueden estar encaminadas a mantener unas buenas relaciones comerciales o a satisfacer y mantener fiel a un determinado tipo de clientes, pero cuando la práctica se convierte en excesiva, lujosa o se da bajo determinadas circunstancias puede pasar a convertirse en una conducta no aceptada socialmente e incluso delictiva.⁸²

4.6.3. LAS CAJAS NEGRAS

El término “cajas negras” o “cajas B” se utiliza para ocultar ciertas cantidades de dinero pagadas con la intención de conseguir contratos por medio de sobornos. Este dinero queda oculto a la contabilidad empresarial, y se usa con el único fin de obtener las ventajas o beneficios frente a otras empresas competidoras.⁸³

⁸² BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.162.

⁸³ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.163.

5. EL TIPO SUBJETIVO

Si atendemos a la redacción del artículo, de la misma se infiere que el delito sólo puede cometerse dolosamente. Podremos afirmar que el autor de la conducta actuará dolosamente cuando fuera consciente de que la acción se cometía en el seno de un mercado competitivo, donde concurren varios oferentes, y que el propio autor ofrecía, prometía, concedía, solicitaba, aceptaba o recibía un beneficio o ventaja no justificado⁸⁴.

Debemos volver a señalar que la redacción de 2010 del tipo exigía que la actuación se realizara “*para*” favorecer o “*con el fin*” de favorecer. A partir de la reforma de 2015 esta expresión se sustituye por otra, recalcándose que el autor debe realizar la conducta delictiva como “*contraprestación para favorecer indebidamente*”.

Con respecto a la conducta y el tipo subjetivo, cabe señalar que hay una parte de la doctrina que opina que, además del dolo, es necesario un elemento subjetivo adicional al mismo.

Tomando como punto de partida la anterior redacción del tipo penal, y en concreto la expresión de que se debía actuar “*para*” favorecer o “*con el fin*” de favorecer, un sector doctrinal abogaba por interpretar esto como un elemento subjetivo añadido al dolo del tipo⁸⁵. Teniendo esto en cuenta, el autor, para ser considerado como tal, debía regir su actuación bajo la finalidad o el propósito de favorecer – a sí mismo o a un tercero frente a otros⁸⁶.

Como se recogía por la antigua redacción, el propósito del soborno era obtener un beneficio o ventaja para uno mismo o para un tercero. Ambas partes implicadas debían realizar la conducta típica sabiendo que su finalidad era producir ese favorecimiento “*injusto*” a cambio del beneficio o ventaja⁸⁷.

BACIGALUPO⁸⁸, por ilustrar este sector de la doctrina, consideraba que el dolo debía acompañarse por la intención de favorecer o verse favorecido, es decir, que se debía actuar con el propósito de interferir injustamente en una concurrencia de oferentes para obtener una decisión preferente en el proceso de “*adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*”.

⁸⁴ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.165.

⁸⁵ PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción...* ob. cit. p. 18.

⁸⁶ CORTÉS BECHIARELLI, E., *La llamada corrupción...* ob. cit. p. 238.

⁸⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...* ob. cit. p. 627.

⁸⁸ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p.165

En conclusión, este sector doctrinal opina que no basta con que se lleven a cabo las conductas (ofrecer, prometer, conceder, aceptar, solicitar o recibir) delictivas para apreciar la concurrencia del tipo penal, sino que, además, es necesario que el sujeto actúe con la intención de verse favorecido o de favorecer a un tercero con dicha conducta.

6. ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD

6.1. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es concebida como la conducta contraria a Derecho, o lo que es lo mismo, un acto voluntario contrario a la norma penal que perjudica a los bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento. Lo que se expresa mediante la antijuridicidad es la prohibición o permisión del Derecho acerca de la conducta concreta, convirtiéndose en un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.⁸⁹

En el caso del delito de corrupción en los negocios no se puede aplicar la legítima defensa, ni el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. Sin embargo, sí cabe la posibilidad de dar virtualidad al estado de necesidad o el consentimiento del titular del bien.

Por lo que respecta al estado de necesidad y atendiendo al art. 20.5 CP, se exigen los siguientes requisitos para poder apreciar la concurrencia de esta circunstancia atenuable:⁹⁰

- a) Que el mal que se cause no sea mayor que el que se trata de evitar.
- b) Que el sujeto no haya provocado deliberadamente la situación de necesidad.
- c) Que el sujeto no tenga la obligación, por su cargo u oficio, de sacrificarse.

Con respecto al delito de corrupción en los negocios, podríamos imaginar un estado de necesidad en un supuesto en el que un sujeto (director, administrador, empleado, colaborador o un tercero) de una empresa, la que se encuentra presionada por un situación económica apurada, realice un soborno que le permita obtener un contrato provechoso y así evitar la ruina económica. A pesar de la posibilidad de imaginar

⁸⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal...* obt. cit. pp. 607 y ss.

⁹⁰ Art. 20.5 CP: “(Están exentos de responsabilidad criminal) El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

supuestos parecidos, surgen varios inconvenientes con respecto a la apreciación de los elementos antes enunciados.

En primer lugar, la jurisprudencia exige que se hayan agotado la totalidad de los medios lícitos alternativos para evitar el mal, de manera previa a la realización de la conducta delictiva.⁹¹ Por ejemplo, la STS nº 265/2015, de 29 de abril puntualiza que “Como señala la reciente STS núm. 649/2013, de 11 de junio “Desde el plano de la eximente postulada de estado de necesidad, reiterados y numerosos precedentes de esta Sala Segunda han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual. De estos elementos, dice la STS 1629/2002, de 2 de octubre, merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. Por lo que al elemento de la «necesidad» se refiere, ya hemos apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito.”

Por otro lado, podremos considerar que la mala situación económica puede haberse propiciado (de manera directa o indirecta) por el propio sujeto que pretende

⁹¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal...* obt. cit. pp. 607-659.

paliarla. Aquí la doctrina es diversa, abogando algunos autores por admitir el estado de necesidad aunque la situación viniera provocada imprudentemente por el propio sujeto⁹², mientras que otros autores opinan que el sujeto que ha creado la situación no puede invocar el estado de necesidad⁹³.

En lo que respecta al consentimiento del titular del bien, cabe decir que debemos atender a qué bien jurídico esté siendo protegido por el delito para establecer un posicionamiento u otro acerca de si el consentimiento del titular del bien excluye el delito.

Tomando como punto de vista que el bien jurídico protegido es la lealtad empresarial o el patrimonio de la empresa con la cual se relaciona el sujeto pasivo, un sector doctrinal opina que el consentimiento del titular del bien excluye la tipicidad del delito, aunque no su antijuridicidad. Desde este prisma, la entrega de un beneficio o ventaja formaría parte de un contrato entre partes, así como una parte del negocio en sí mismo considerado. Esto no quita, sin embargo, que el contrato particular tenga las mismas consecuencias perjudiciales para el resto de competidores que cuando el titular del bien no consienta a dicha práctica⁹⁴.

En cambio, si tenemos en cuenta que el bien jurídico protegido es la competencia leal y honesta, se trata de un bien perteneciente a la comunidad, por lo que el empresario no es titular exclusivo del mismo. De esta manera, aunque el empresario consienta la conducta delictiva, no supondría diferencia alguna, dado que se estaría igualmente perjudicando el bien que se intenta proteger, y la conducta sería típica y antijurídica.

⁹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal...* obt. cit. p. 660.

⁹³ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p. 273.

⁹⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 396 siguiendo a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 4a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. obt. cit. p. 386; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)*, en ALVAREZ GARCÍA, F. J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coordinadores), Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 706; KINDHÄUSER, U., *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán* (traducción de García Cavero, P.), Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, no 3, 2007, p. 14-15; y MUÑOZ CUESTA, J., *La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación*, en *La Corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 15 y 98.

6.2. CULPABILIDAD

La culpabilidad es la situación en la que una persona se encuentra como responsable de una conducta realizada contra derecho. Este concepto supone que se ha llevado a cabo un hecho tipificado y antijurídico por alguien consciente de la antijuridicidad de la conducta. Con respecto al ámbito de la culpabilidad, cabe preguntarse si el desconocimiento de la ilicitud de la conducta puede fundamentar un error de prohibición que exima de culpabilidad. Un supuesto de error de prohibición en el ámbito del delito de corrupción en los negocios sería aquel en el que un sujeto actúa sobornando a otro sin tener consciencia de que el soborno entre particulares está tipificado como delito por la ley, o, a pesar de saberlo, cree que la ley no le es aplicable en tal supuesto o la malinterpreta.⁹⁵

Si bien consideramos que la concurrencia de error de prohibición dependerá a las circunstancias especiales y concretas de cada caso, concordamos con ENCINAR DEL POZO quien expresa algunos factores que hacen complicada la apreciación del error en la generalidad de supuestos de corrupción en los negocios.⁹⁶

En un primer momento, cabe plantearse la posibilidad de que el sujeto desconozca la antijuridicidad de la práctica del soborno. Sin embargo, el delito de corrupción entre particulares se viene aplicando en nuestro ordenamiento jurídico desde el 2010, cuando se introdujo con la LO 5/2010 a la que nos hemos venido refiriendo.

Por otro lado, con anterioridad a 2010, esta conducta estaba tipificada como delito en otros ordenamientos, y desde 2003⁹⁷ existía la obligación de recoger en nuestro ordenamiento este tipo de delitos. Además, sí existían antes de la promulgación de la LO 5/2010 algunas “regulaciones sectoriales” que sancionaban los sobornos en sus respectivos ámbitos, si bien estas sanciones eran de carácter administrativo. Podríamos referirnos, por ejemplo, al art. 3.6⁹⁸ de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso

⁹⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 397.

⁹⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de ...* obt. cit. p. 397.

⁹⁷ Este año se publicó 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.

⁹⁸ Art. 3.6 de la Ley 29/2006: “*A efectos de garantizar la independencia de las decisiones relacionadas con la prescripción, dispensación, y administración de medicamentos respecto de intereses comerciales se prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de su convivencia. Esta prohibición será asimismo de aplicación cuando el ofrecimiento se realice a*

racional de los medicamentos y productos sanitarios, que establecía la prohibición de ciertas conductas relacionadas con el ofrecimiento de incentivos o bonificaciones por parte de un interesado a los profesionales sanitarios.

Por tanto, teniendo en cuenta que aunque la conducta se tipificó como delito en el 2010, la sanción de estas prácticas era un elemento conocido por la comunidad desde años atrás, es difícil apreciar un caso en el que el sujeto desconociera la ilicitud de su conducta, y por ende es improbable que se pudiera apreciar un error de prohibición en este hipotético caso.

6.3. PUNIBILIDAD

El art. 286 bis CP⁹⁹ establece que tanto el autor de corrupción pasiva (apartado primero) como el autor de corrupción activa (apartado segundo) será castigado con las penas de prisión, inhabilitación especial y multa. De esta manera el legislador castiga a unos y otros con la misma pena, aunque parte de la doctrina opina que se debería castigar más severamente al autor de la modalidad pasiva, ya que no sólo ataca a la competencia leal y justa, sino que además infringe sus deberes de fidelidad de cara a la empresa para la que trabaja o con la que se relaciona. Sin embargo, como según la doctrina mayoritaria, el bien jurídico protegido es la competencia, no entran en juego la infracción de las obligaciones del sujeto.

Por otro lado, es necesario señalar que la pena se aplicará independientemente de la consecución o no del indebido favorecimiento frente a otros.

En cuanto a la pena de prisión, esta será de seis meses a cuatro años según lo establecido en el precepto. Sin embargo, algunos autores piensan que es una pena excesiva¹⁰⁰, si se tiene en consideración lo estipulado por el art. 4.2 de la DM

profesionales sanitarios que prescriban productos sanitarios. Se exceptúa de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia, siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores y queden reflejados en la correspondiente factura.”

⁹⁹ El art. 286 bis CP en su apartado primero dicta: “será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.”, y en su apartado segundo dice: “Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a...”

¹⁰⁰ MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p. 127; y PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción...* obt. cit. p. 22.

2003/568/JAI¹⁰¹, el cual establece una pena máxima de entre uno y tres años. Además, al añadir la pena de multa, supone un castigo mayor que el correspondiente a los delitos de contenido patrimonial¹⁰², ya que la pena del tipo básico de estos delitos es prisión de seis meses a tres años, sin mención a ninguna multa económica.

Con respecto a la pena de multa, ésta consistirá en el triplo del valor del beneficio o ventaja – de ahí que algunos autores argumenten la necesidad de que este elemento del tipo tenga carácter económico o sea susceptible de valoración económica-. Cierta sector doctrinal opina que es un castigo adecuado, pues supondrá un mayor coste para la empresa y el beneficio final se verá disminuido, lo cual se espera que ayude a disuadir a las empresas, o mejor dicho, a las personas que se relacionan con la misma, de la realización de este tipo de prácticas.¹⁰³

El texto del art. 286 bis CP establece la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años, y debemos señalar que esta precisión viene promovida como consecuencia de la mencionada DM 2003/568/JAI, que en su art. 4.3¹⁰⁴ señala la adecuación de este tipo de penas en determinados casos.

Al margen de las penas, el artículo 288 CP¹⁰⁵ dispone que en ciertos casos puede procederse a la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales del territorio e incluso en otros medios informativos.

¹⁰¹ Art. 4.2 DM 2003/568/JAI: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en el artículo 2 sean punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años.”

¹⁰² BOLEA BARDÓN, C., *El delito de corrupción privada...* obt. cit. p. 25.

¹⁰³ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción...* p. 403 siguiendo a BENITO SÁNCHEZ, C. D. y CERINA, G. D. M., *Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma*, en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, p. 64.

¹⁰⁴ Art. 4.3 DM 2003/568/JAI: “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias, de acuerdo con sus normas y principios constitucionales, para garantizar que a una persona física que haya sido condenada por los actos mencionados en el artículo 2 en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva.”

¹⁰⁵ Art. 288 CP: “En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.”

6.4 PERSEGUIBILIDAD

Como mencionábamos al principio del trabajo, la ubicación del art. 286 bis en el Código Penal nos reafirma en la idea de que el legislador no ha querido calificar al delito de corrupción en los negocios como perseguibles por previa denuncia, sino que es perseguible de oficio. En este sentido, el artículo 287 CP indica: *“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, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”*.

Recordemos que el art. 286 CP conforma la Sección 4ª, del Capítulo XI, del Título XIII del Libro II, por lo que concuerda con la idea que veíamos de que el bien jurídico protegido es un bien colectivo, como es el caso de la competencia leal. Por orden, los diferentes apartados se titulan: Sección 4ª “Delitos de corrupción en los negocios”; Capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”; Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”; Libro II “Delitos y sus penas”.

Por tanto, como expresa el art. 287 CP en su segundo apartado, el delito de corrupción en los negocios es perseguible de oficio.

7. CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

7.1. CONSUMACIÓN

La consumación se entiende como la ejecución plena del tipo penal descrito, es decir, la realización de todos los elementos del delito. Para aquellos delitos de peligro abstracto, la consumación consistirá en producir un riesgo o intención lesiva, sin necesidad de que se produzca un verdadero perjuicio al bien protegido.¹⁰⁶

Como hemos venido resaltando, el delito de corrupción en los negocios es un delito de peligro abstracto y de mera actividad, lo cual supone que su consumación tenga lugar con la realización de cualquiera de las conductas recogidas en el art. 286 bis CP. Esto implica que se castiga a quien ofrezca, prometa, conceda, solicite, reciba o acepte un beneficio o ventaja no justificado, independientemente de la persona de la cual provenga la iniciativa de la acción corrupta.

En la modalidad activa del delito, éste se consume directamente con la promesa, ofrecimiento o concesión del beneficio o ventaja, aunque la otra parte no lo acepte o no llegue a efectuarse la contrapartida relativa al favorecimiento indebido.¹⁰⁷

Por su parte, en la modalidad pasiva del delito, éste se consume directamente con la solicitud, recepción o aceptación del soborno. En el caso donde se solicita el beneficio o ventaja, la propia acción hace que el delito se entienda consumado, no siendo necesario que la contraparte acepte la solicitud, ni que haya una efectiva recepción del beneficio o ventaja injustificado, ni que se llegue a realizar el acto de favorecimiento injusto como contraprestación del soborno.¹⁰⁸

Teniendo esto en cuenta, podemos señalar algunas notas concernientes a la consumación del delito de corrupción en los negocios¹⁰⁹:

- a) No es necesario que se acepte el soborno por la parte que recibe la oferta o solicitud¹¹⁰.

¹⁰⁶ NAVARRO MASSIP, J., *Capítulo 4. El delito de corrupción entre particulares*, en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 116.

¹⁰⁷ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción...* p. 408 seguido a SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)*, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 422-423.

¹⁰⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción...* obt. cit. p. 408

¹⁰⁹ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción...* obt. cit. p. 408

- b) No es necesaria la efectiva entrega del beneficio o ventaja por el sujeto corrompido¹¹¹.
- c) No es necesario que se favorezca de forma cierta al sobornador o a un tercero, pues basta con que se ponga en peligro la competencia leal que debe regir el mercado¹¹².
- d) La afectación o no al patrimonio de la empresa a la cual pertenece el sujeto sobornado o con la que se relaciona el mismo es indiferente para apreciar la concurrencia de la actividad delictiva¹¹³.

7.2. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

Es difícil contemplar la posibilidad de la tentativa en el delito de corrupción en los negocios, ya que la consumación tiene lugar con la mera promesa, ofrecimiento o solicitud, independientemente de que se efectúe la entrega del beneficio o ventaja, o de que se favorezca de forma efectiva al sobornador. Debido a esto, algunos autores como GONZÁLEZ RUS¹¹⁴ opinan que el grado de tentativa no es posible en este delito, aunque nos podemos encontrar tres tipos de supuestos en los que cabe imaginarse la tentativa:¹¹⁵

1) Aquellos supuestos en los que la promesa, ofrecimiento o solicitud no llegan a ningún destino, dado que sólo se ha exteriorizado la intención del sujeto. Según ENCINAR DEL POZO, lo más coherente es considerar que “para la consumación del delito, las promesas, ofrecimientos y solicitudes lleguen al conocimiento (o, al menos, al ámbito de dominio) del destinatario”. Tomando como punto de partida esta postura podemos diferenciar dos supuestos:

a) Se emite un ofrecimiento o solicitud de (dar o recibir) un soborno, pero el mensaje emitido no llega a su destinatario. Como decíamos antes, el destinatario debe

¹¹⁰ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p. 161.

¹¹¹ BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares...* obt. cit. p. 161; NAVARRO MASSIP, J., *El delito...* obt. cit. p. 116.

¹¹² MUÑOZ CUESTA, F.J., *La corrupción entre particulares...* obt. cit. p. 96.

¹¹³ PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción...* obt. cit. pp. 15-16.

¹¹⁴ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* p. 410 siguiendo a GONZÁLEZ RUS, J. J., *Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el Proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código Penal, en Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 137-160.

¹¹⁵ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. p. 410.

tener conocimiento del ofrecimiento o solicitud del soborno, y a menos que se cumplan las dos fases no podremos decir que el delito se ha consumado.

De esta manera, si hay una emisión de oferta, promesa o solicitud, pero no llega al conocimiento del destinatario, estaremos ante una tentativa del delito de corrupción en su modalidad activa (en caso de ofrecimiento o promesa) o pasiva (en caso de solicitud).

b) Se emite un ofrecimiento o solicitud, que llega al dominio de conocimiento del receptor, pero no pasa lo mismo con la aceptación, que no llega al conocimiento de la otra parte. Por tanto, aquí podemos diferenciar dos supuestos:

- Consumación de corrupción activa (correcta emisión y recepción de la oferta o promesa) y tentativa de corrupción pasiva (la aceptación se emite correctamente pero no llega a su destinatario).
- Consumación de corrupción pasiva (correcta emisión de la solicitud) y tentativa de corrupción activa (la aceptación se emite correctamente pero no llega a su destinatario)

2) Se ha planteado que puede darse la tentativa en un segundo conjunto de supuestos caracterizados porque la recepción del beneficio o ventaja no llega a efectuarse. Sin embargo, como opina ENCINAR DEL POZO,¹¹⁶ estos casos son de consumación, pues la recepción del soborno es siempre posterior a un previo acuerdo entre las partes a fin de realizar la conducta delictiva.

3) El tercer grupo de supuestos incluye aquellos en los que se ofrece o promete un beneficio o ventaja a quien, a pesar de estar relacionado con el ente empresarial, no tiene capacidad para influir en la toma de decisiones sobre la adquisición de bienes o contratación de servicios. En estos casos la doctrina se divide en varios sectores: algunos piensan que se trata de una tentativa inidónea;¹¹⁷ otros establecen una diferenciación por la cual, si la corrupción activa se dirige a una persona que no posee ninguna capacidad para favorecer al sobornador desde un primer momento, sería un hecho atípico, mientras que si la capacidad podía presumirse en un inicio estaríamos ante una tentativa inidónea punible.¹¹⁸

¹¹⁶ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción ...* obt. cit. p. 411.

¹¹⁷ SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., *Artículo 286 bis...* obt. cit. p. 635.

¹¹⁸ ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción...* p. 412 siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)*, en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 422-423.

8. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión del trabajo cabe señalar lo más relevante de los puntos tratados.

Por lo que respecta al bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP, con la nueva regulación de 2015 se elimina gran parte de la controversia que se venía dando desde 2010, al eliminar en la nueva redacción el término “incumplimiento de obligaciones”. De esta manera, al igual que la doctrina mayoritaria, opinamos que el bien jurídico protegido es la competencia leal y justa, si bien caben secundariamente otras protecciones.

Es la propia redacción legal del artículo la que nos indica las dos modalidades del delito, activa y pasiva, encontrándose la primera en el apartado segundo del art. 286 bis CP y la modalidad pasiva en el apartado primero del mismo. De esta manera, sujeto activo de la modalidad activa será “quien por sí o por persona interpuesta”, mientras que sujeto pasivo, en nuestra opinión, será la comunidad afectada por la conducta delictiva. En contraposición, sujeto activo de la modalidad pasiva serán “los administradores, directivos, empleados o colaboradores” de “una empresa mercantil o sociedad”, y sujeto pasivo será de nuevo la comunidad afectada.

En cuanto a la conducta típica hay varios aspectos relevantes: las acciones constitutivas del delito serán ofrecer, prometer, conceder, recibir, solicitar o aceptar; el beneficio o ventaja que se ofrezca, prometa... será de carácter no justificado, y como contraprestación para favorecer indebidamente. Estas conductas deben darse en el ámbito de la adquisición de mercancías, contratación de servicios o relaciones comerciales, y destacan algunas conductas como las de alimentar, los kickbacks y las cajas negras.

Por lo que respecta al tipo subjetivo, estamos de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que defiende la idea de que no sólo pueden darse las conductas de ofrecer, prometer... sino que es necesario una intención de favorecer indebidamente, o de verse favorecido.

Sobre la antijuridicidad de la conducta, hay cierto debate en lo que respecta al estado de necesidad y el consentimiento del titular del bien, pero en ambos casos opinamos que no debe apreciarse ninguna excepcionalidad con respecto al tema. Con

respecto a la culpabilidad, cabe mencionar que aunque la conducta no se tipificó hasta 2010, la comunidad era ampliamente consciente de estas prácticas y no se justifica su desconocimiento. Sobre la punibilidad, el propio artículo recoge entre sus penas las de prisión, inhabilitación especial y multa, tanto al sujeto de la modalidad pasiva como la activa, pues se castigan del mismo modo. Además, este delito es perseguible de oficio teniendo en cuenta el art. 287 CP ya mencionado en su correspondiente apartado sobre la perseguibilidad.

Por último, como el delito recogido en el art. 286 bis CP es un delito de peligro abstracto, la consumación consistirá en producir el riesgo o la efectiva intención lesiva del bien jurídico protegido, y no será necesario que se produzca un verdadero perjuicio.

9. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO CORDERO, I., “Comentario al art. 286 bis del Código Penal”, en *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo III* (Gómez Tomillo, M., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 539-550
- BUFETE ESCURA, *Aplicación práctica del cohecho entre particulares (trascendencia penal de determinadas prácticas comerciales)*, bufete escura, circular nº 20/12, 2012.
- BACIGALUPO, E., “El delito de corrupción en relaciones mercantiles privadas (art. 286 BIS CP)”, en *Compliance y derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 150-180.
- BACIGALUPO, E., *Corrupción entre particulares (Artículo 286 bis del Código Penal)*, en *Compliance y Derecho Penal*, FIDE-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p.153-166.
- BOLEA BARDÓN, C., *El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes*, InDret, 2/2013 (disponible en www.indret.com/pdf/966_c.pdf).
- CORTÉS BECHIARELLI, E., *La llamada corrupción entre particulares*, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 225-242.
- Cortés, Pérez i Associats, Economistes i Advocats, S.L., *El administrador de derecho y el de hecho en las sociedades de capital*, en Cortés, Pérez i Associats, Economistes i Advocats, S.L., 2012. Disponible en <http://cortesypererez.blogspot.com.es/2012/03/el-administrador-de-derecho-y-el-de.html>
- ENCINAR DEL POZO, M.A., *El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017. Disponible en <http://eprints.ucm.es/40940/1/T38278.pdf>
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares*, La teoría del delito en la práctica penal económica, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2013, p. 139-182.

- FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E.B., *Corrupción en los negocios: el “favorecimiento indebido” como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015*, Cuadernos de Política Criminal, nº 117, III, Época II, 2015, p. 159-176.
- GIL NOBAJAS, M.S., *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, vol XXXV, 2015.
- GILI PASCUAL, A., *Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, no 09-13, p. 1-35, 2007. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf>
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en *Derecho Penal. Parte Especial* (González Cussac, J.L., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 504-510.
- MORALES PRATS, F., *Comentario al art. 286 bis del CP sobre corrupción entre particulares*, Manuales universitarios, Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal. Editorial Aranzadi. Agosto 2011.
- MORALES PRATS, M. y MORÓN LERMA, E., *Corrupción entre particulares (comentario al art. 286 bis del CP)*, en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 119-137, 2012.
- MUÑOZ CUESTA, F.J., *La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación*, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 8, 2011 parte Tribuna.
- NAVARRO MASSIP, J., *Capítulo 4. El delito de corrupción entre particulares*, en *La corrupción a examen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 105-119.
- NAVARRO MASSIP, J., *El delito de corrupción entre particulares*, Revista Aranzadi Doctrinal nº 11, 2011.
- NIETO MARTÍN, A., *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, Revista penal, nº 10, p. 55-69, 2002.

- OTERO GONZÁLEZ, P., *Corrupción entre particulares (delito de)*, Eunomía, revista en Cultura de la Legalidad, nº 3, septiembre 2012. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2129/1060>
- ORBEGOZO, X., *El nuevo delito de corrupción entre particulares, un paso significativo contra el soborno de directivos de empresas*, Elderecho.com, 2011. Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/contable/corrupcion-particulares-significativo-directivos-empresas_11_271930001.html
- PÉREZ FERRER, F., *El delito de corrupción entre particulares en el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*, en *La nueva regulación de la corrupción*, Cuadernos Digitales de Formación, 1/2012, CGPJ.
- PÉREZ GÓMEZ, R., *La regulación en el nuevo código penal del delito de corrupción en los negocios. Definición y elementos que lo integran*, Revista de Derecho vLex, nº 136, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- SANTANA, D. y GÓMEZ MARTÍN, V., *Artículo 286 bis*, en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.