

La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada

Pilar Otero González

Universidad Carlos III de Madrid

Abstract*

Se analiza el nuevo delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios -tras su modificación por LO 1/2015 y LO 1/2019-, consistente en el pago de sobornos para obtener ventajas competitivas en el sector privado (art. 286 bis). La LO 1/2015, entre otras cuestiones de menor calado, elimina la exigencia del "incumplimiento de las obligaciones" en la relación comercial objeto de soborno, lo que parece indicar que el Legislador ha optado por incriminar un modelo puro de competencia desleal. La LO 1/2019 cumpliendo con las Directrices del Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO), adelanta la barrera punitiva de la conducta típica en el cohecho pasivo de este delito subsanando la disfunción que existía con la modalidad de corrupción activa, en coherencia con la tipificación del cohecho pasivo de ámbito público.

In dem vorliegenden Beitrag wird die neue spanische Straftat der privaten im geschäftlichen Verkehr – nach seiner Novellierung durch die Gesetze LO 1/2015 und LO 1/2019 –, die die Fälle der Zahlung von Bestechungsgeldern, um Wettbewerbsvorteile zu erlangen, umfasst. Durch das Gesetz 1/2015 wird neben anderen kleineren Änderungen das Tatbestandsmerkmal der "Pflichtwidrigkeit" in der von der Bestechung betroffenen Geschäftsbeziehung aufgehoben, so dass der Gesetzgeber sich anscheinend für ein reines Wettbewerbsmodell entschieden hat. Zur Erfüllung der Richtlinien der GRECO hat das LO 1/2019 die Strafbarkeit der Vorteilsnahme vorverlagert, womit die Unstimmigkeiten zwischen den Straftaten der öffentlichen und der privaten Korruption aufgehoben werden.

I analyze the new offense of private corruption in business after the reform of the Criminal Code -operated by the Organic Law 1/2015 and the Organic Law 1/2019-, consisting of the payment of bribes to obtain competitive advantages in the private sector (art. 286 bis). The Organic Law LO 1/2015, among other issues of lesser importance, eliminates the requirement of "breach of duty" in the commercial relationship subject to bribery, which seems to indicate that the legislator has chosen to incriminate a pure model of unfair competition. LO 1/2019 complies with the Guidelines of the Group of States against Corruption (GRECO), advances the punitive barrier of the typical behavior in the passive bribery of this crime, correcting the dysfunction that exists with the active bribery modality, according with the passive bribery of public sphere.

*Titel: Die allmähliche Erweiterung der Strafbarkeit der privaten Korruption.
Title: The progressive extension of the scope of the crime of private corruption.*

*Palabras clave: corrupción privada, negocios, competencia desleal, delito, soborno, código penal.
Schlüsselwörter: Private Korruption; Geschäftsbeziehungen; unlauterer Wettbewerb; Straftat; Vorteilsannahme oder -angebot, Strafgesetzbuch.
Keywords: private corruption, business, unfair competition, crime, bribery, criminal law.*

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D "La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente" (DER2017-85144-C2-2) y en el marco del New Trust-CM S2015/HUM-3466 "Programa interuniversitario en Cultura de la Legalidad".

Sumario

1. Introducción
2. Justificación de la incriminación de la corrupción en los negocios. Ubicación y bien jurídico protegido: modelo puro de la incriminación de la competencia desleal
3. Análisis de aspectos concretos del tipo penal (art. 286 bis)
 - 3.1. Sujetos activos
 - a) Delito especial: modalidad pasiva y delito común: modalidad activa
 - b) Concepto de sociedad: Art. 297 CP
 - c) El administrador
 - d) El colaborador
 - e) ¿Los empresarios?
 - f) El intermediario en la realización del cohecho (“por sí o por persona interpuesta”)
 - 3.2. Conductas típicas
 - a) Consideraciones generales
 - b) El beneficio o ventaja no justificados: su relación causal con el favorecimiento indebido
 - c) ¿Ha sido correcta la supresión de la cláusula *incumpliendo las obligaciones*?
 - d) La opción por un modelo puro de incriminación de la competencia cumple el principio de antijuridicidad material
 - e) Destinatarios del soborno y de la dádiva
 - f) Ampliación del ámbito del soborno
 - 3.3 Penalidad y problemas concursales
4. Conclusión
5. Tabla de jurisprudencia
6. Bibliografía

1. Introducción

La LO 1/2015 de modificación del Código penal ha sustituido la antigua Sección 4ª intitulada «De la corrupción entre particulares» (dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal), por la nueva Sección 4ª referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en la que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (ya se trate de corrupción en el sector privado de ámbito nacional o de corrupción en transacciones comerciales internacionales¹).

Según la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica, esta reforma pretende solucionar algunos defectos técnicos detectados en la tipificación anterior.

¹Nótese que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 sigue aludiendo a “corrupción de agente público extranjero” a pesar de que el receptor o solicitante de la ventaja (el sujeto activo del cohecho pasivo no está penado en este tipo) es ahora una autoridad o funcionario nacional, extranjero o de organizaciones internacionales.

En el caso de la regulación del cohecho transnacional², se equipara el funcionario extranjero al nacional³, se modifica su marco penal y se introduce una regla penológica para solucionar la posible concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho.

Por lo que respecta al delito de corrupción en el sector privado, entre otras cuestiones de menor calado, se elimina la exigencia del “incumplimiento de las obligaciones” en la relación comercial objeto de soborno, que tantos ríos de tinta generó entre la Doctrina que se ocupó de analizar esta figura, discutiéndose sobre el modelo de incriminación por el que había apostado el Legislador de 2010.

En este trabajo me limitaré a analizar algunas de las pretendidas bondades de la nueva regulación de la corrupción en el sector privado prevista en el artículo 286 bis CP⁴.

2. Justificación de la incriminación de la corrupción en los negocios. Ubicación y bien jurídico protegido: modelo puro de la incriminación de la competencia desleal

Recordemos que la regulación de estas conductas antes de la reforma del Código penal por LO 1/2015 se encontraba dispersa, de modo que el delito de corrupción privada (art. 286 bis) estaba ubicado en el Capítulo dedicado a los *delitos relativos al mercado y los consumidores*, mientras que el delito de corrupción de agente público extranjero (art. 445) conformaba el Capítulo X del Título XIX relativo a los *delitos contra la Administración Pública*. Este último tipo penal se traslada ahora al nuevo art. 286 ter, reuniéndose ambos bajo una única Sección rubricada “Delitos de corrupción en los negocios”. Así las cosas, la nueva denominación de la sección era necesaria en la medida en que ahora se aglutinan bajo su cobertura dos conductas de corrupción diferentes, la primera realizada entre particulares, mientras que en la segunda una de las partes, la corrompida, es un funcionario público nacional o extranjero; luego ya no podría hablarse genéricamente de “corrupción entre particulares”. El denominador común son los “negocios” objeto de soborno, entendiéndose por tal, “aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés”⁵, es decir, se viene vinculando a aquella ocupación o actividad efectuada para obtener un beneficio en el entorno de las relaciones comerciales. En consecuencia, no puede resultar más adecuada la rúbrica de la Sección, pues la conducta típica consistente en sobornar para obtener ventajas competitivas se realiza en el ámbito de las operaciones comerciales (nacionales o transnacionales).

² Si se quiere profundizar en la nueva regulación de este delito, puede consultarse mi trabajo, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015», *Cuadernos de José María Lidón*, (12), 2016, pp. 199 ss.; LA MISMA, «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)», en VILLORIA MENDIETA/GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, 2016, pp. 451 ss.

³ Por su parte, la LO 1/2019, de 20-2 de modificación del CP, amplía todavía más el concepto penal de funcionario a efectos del delito de cohecho (y se traslada esta definición asimismo al delito de tráfico de influencias) abarcando: “d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses”.

⁴ Prescindo de abordar la corrupción en el deporte (art. 286 bis 4) pues su problemática específica excede del objeto de esta investigación y merecería por sí sola un estudio independiente.

⁵ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id:> RAE 3ª acepción del término.

Pretende reafirmarse con ello la protección de las reglas de la competencia en el mercado tanto de ámbito nacional como transnacional, dotándolas de unidad y haciendo, por tanto, hincapié en el soborno en la contratación pasando a un segundo plano el marco en que éste se produzca o quiénes sean los sujetos de esta relación corrupta.

En el caso de la corrupción transnacional, con la nueva ubicación se refuerza, además, el interés protegido centrado en la competencia honesta focalizando la atención en el comportamiento de cohecho activo para conseguir una ventaja competitiva en las relaciones comerciales internacionales. Este nuevo emplazamiento en el ámbito de los delitos contra el mercado y los consumidores es, en efecto, más adecuado⁶ que el precedente, dado que anteriormente se situaba en el Título dedicado a los *Delitos contra la Administración Pública*, lo cual no tenía sentido porque, aunque se protegiera mediatamente la imparcialidad y objetividad de la función pública en general (puesto que estamos en el ámbito de la contratación pública), no se incriminaba -ni se incriminaba en ningún caso al funcionario público extranjero- que comete el cohecho pasivo (recordemos que antes de la reforma de 2015 sólo realizaba este cohecho pasivo no incriminado el funcionario extranjero o de organizaciones internacionales; ahora también se extiende esta conducta al funcionario nacional) y, en consecuencia, conforme a la ley penal española no se estaba vulnerando el correcto funcionamiento de *nuestra* Administración Pública.

En definitiva, las conductas recogidas en el art. 286 ter, por el contrario, tutelan (y tutelaban) principalmente intereses relacionados con el tráfico comercial internacional vinculado al poder corruptor de las empresas multinacionales.

En cuanto a la justificación de la incriminación de estas conductas y comenzando por la corrupción transnacional, la “gran corrupción”, surge a comienzos de la década de los setenta⁷, coincidiendo con la expansión del comercio internacional. En aquel momento, afloraron una serie de escándalos financieros como consecuencia de la actuación corruptora de algunas empresas multinacionales que, con su gran poder económico, pretendían la adjudicación de contratos por parte de distintos Estados. El más conocido fue el asunto *Lockheed*, relacionado con la venta por parte de la conocida sociedad norteamericana de material aeronáutico militar a determinados países como Bélgica, Italia o Japón⁸. No debemos olvidar al respecto que las transacciones comerciales internacionales

⁶ Ampliamente, BENITO SÁNCHEZ, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, 2012, pp. 170 ss.; FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, 2003, pp. 80 s.; PUENTE ABA, «Corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del CP de 2015*, 2015, p. 924; BENITO SÁNCHEZ, «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, (63-1), 2015, p. 222; SUÁREZ-MIRA RORÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, «Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en *La corrupción a examen*, 2012, pp. 139 ss.

⁷ Para frenar este tipo de prácticas el Congreso de EE.UU. aprobó *The Foreign Corrupt Practices Act*, (FCPA) 1977 de EEUU (15 U.S.C. § 78dd-1, et seq.) que castiga estos comportamientos con multas de \$ 402 mil millones de dólares y los culpables pueden enfrentar una condena de hasta 5 años de prisión. Sobre el papel de esta ley como referente mundial en la lucha contra la corrupción transnacional, véase BENITO SÁNCHEZ, «La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*», en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 2016, pp. 115 ss.

⁸ Ampliamente, FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, 2003, p. 37; BENITO SÁNCHEZ, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, 2012, pp. 23 ss.

más involucradas en la corrupción son la venta del material militar y la adjudicación de obras públicas de gran envergadura.

Desde entonces, se ha multiplicado el número de empresas que utilizan su poder económico para doblegar, a través de la táctica del soborno, la voluntad de quienes tienen poder público de decisión. Así, en el nuevo contexto de empresas multinacionales con mucha capacidad económica para sobornar, el Derecho penal se enfrenta a la globalización del delito de corrupción.

Esta corrupción que se desarrolla en el ámbito de los mercados internacionales, actúa conforme a los mismos parámetros que la corrupción que pretende la obtención de posiciones dominantes sobre el mercado nacional (de hecho, ahora se vincula estrechamente este tipo penal con las figuras tradicionales de cohecho a través de la remisión del art. 286 ter. 2 al art. 427 CP). Así, las empresas –normalmente multinacionales– utilizan su poder económico para lograr la adjudicación de un contrato internacional, y, de otro lado, las personas que ejecutan la política bien en un Estado extranjero bien en una organización pública internacional, también pueden hacer uso desviado de sus prerrogativas en beneficio de intereses particulares⁹. De ahí que tenga sentido, como se viene manteniendo, la tipificación correlativa de ambas clases de corrupción.

Para frenar este fenómeno, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) aprobó el *Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, firmado en París, el 17 de diciembre de 1997 (en vigor desde el 15 de febrero de 1999).

Basado en última instancia sobre sus *Principios Rectores Aplicables a las Empresas Multinacionales* de 1976 y precedida de una serie de instrumentos de *soft law* dictados por la propia organización internacional a lo largo de los años noventa –cuyo contenido también incorpora–, el Convenio no es el único documento internacional sobre la materia, pero sí el de mayor proyección. Suscrita por los principales exportadores del mundo, vincula por ello a las principales fuentes potenciales de corrupción en el marco de las relaciones económicas internacionales.

El mencionado Convenio fue ratificado por España el 14 de enero de 2000 y publicado en el BOE nº 46, de 22 de febrero de 2002. En cumplimiento de las obligaciones que de él derivan, por LO 3/2000, de 11 de enero, se creó el Título XIX Bis “De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, en el Libro II del Código penal, donde se incorporó el art. 445 bis, construido como una especialidad del cohecho activo (si bien cambiaban, como es sabido, los sujetos de la relación y las finalidades específicas perseguidas con la acción). Tras varias reformas del precepto, hoy esta figura se traslada de lugar para pasar a constituir, como se ha señalado, el art. 286 ter en una sección dedicada junto con el art. 286 bis a los delitos de “corrupción en los negocios”.

⁹ FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, 2003, pp. 39 s.

De otro lado, esta tipificación conlleva la necesidad de flexibilizar el concepto de soberanía a favor de un más eficaz control de este tipo de conductas¹⁰, desde el momento en que los instrumentos internacionales, hasta hace pocas décadas, no han pasado de ser textos meramente simbólicos.

Por lo que respecta a la incriminación de la corrupción entre particulares, obedece a la transposición de la *Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* (L 192/54 Diario Oficial de la Unión Europea 31.7.2003)¹¹ donde se señala como objetivo “asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”, al reconocer que, “junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional”.

En definitiva, para la Decisión Marco¹² la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido. Partiendo de este objetivo, la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, dio cumplimiento a la mentada Decisión Marco dentro de un proceso que había comenzado en reformas anteriores del Código Penal -y que continúa en la LO 1/2015-, de progresiva aproximación entre la tipificación de la corrupción pública y de la privada¹³, consecuencia de la también progresiva extensión del concepto *penal de corrupción*.

Así, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se reseñaba que “la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”. Y añade: “porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado”.

A esta concepción han contribuido los graves escándalos en torno a los mercados financieros que han salido a la luz pública en las últimas décadas procedentes de las grandes empresas con proyección internacional, tanto norteamericanas (*Enron, Arthur Andersen*) como europeas (*Ericsson*); incluso algunas sonadas desviaciones en organizaciones internacionales (Comité

¹⁰ Ampliamente, sobre este tema, RODRÍGUEZ GARCÍA, «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción», en RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004, pp. 268 ss.

¹¹ Sobre los Informes y Decisiones posteriores que han surgido de la mentada Decisión Marco, fundamentalmente la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, y sobre los antecedentes normativos que han inspirado su contenido, principalmente, la “Acción Común” del Consejo Europeo de 22 de diciembre de 1998 y el Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, véase mi trabajo, OTERO GONZÁLEZ, «La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el artículo 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», *La Ley Penal*, (87), 2011, pp. 30 s., 45 s.

¹² Véase Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de modificación del CP de 14-11-2008.

¹³ Sin llegar todavía a constituir un modelo de tipificación omnicompreensivo de ambas clases de corrupción, tal y como está implantado en Suecia (capítulo 17 art.7 y capítulo 20 art. 2 CP sueco de 1965) o Noruega (arts. 387, 388 y 389 CP noruego de 2015). Si se desea ampliar esta información, puede consultarse OTERO GONZÁLEZ, «La respuesta del derecho penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir», en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Corrupción y Delito: aspectos de Derecho penal español y desde la perspectiva comparada*, 2017, pp. 203 ss.

Olímpico Internacional) o en organizaciones no gubernamentales o fundaciones sin “aparente” ánimo de lucro¹⁴, lo que ha hecho cobrar cada vez más fuerza al planteamiento de que la corrupción en el sector privado se compone de comportamientos desviados de los administradores y cargos directivos que perjudican a un número importante de intereses privados (acreedores, trabajadores, accionistas, inversores), pues lo que lesionan, en definitiva, es el interés en el eficiente funcionamiento del mercado perjudicando su propia disciplina¹⁵ al generar conflictos de intereses dentro del propio sector privado.

Su incriminación, además, está vinculada al proceso masivo de privatización al que se ha asistido en los últimos años, lo que ha supuesto la transferencia al sector privado de importantes recursos económicos antes gestionados por el sector público, y, de otro lado, a la creciente desregulación¹⁶. Ello justificaría que se hayan limado las diferencias entre las reglas aplicables a los sectores público y privado¹⁷, lo que implica inevitablemente una redefinición de las reglas que protegen los intereses del sector privado, lugar donde se concentra fundamentalmente el poder económico y financiero.

Por tanto, desde el momento en que se asocia el fenómeno de la corrupción en los negocios con el mundo globalizado, se debe abordar también el problema desde la globalización de la estrategia anticorrupción: ese sería el sentido de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 transcribiendo el propio preámbulo de la Decisión Marco¹⁸ de acuerdo con la filosofía que impregna la política criminal europea de los últimos tiempos. A este respecto, como se ha mencionado, el Convenio OCDE 1997 supuso un punto de inflexión en la concienciación de que las prácticas corruptas consistentes en utilizar dinero de las empresas para sobornar (en este caso a funcionarios) era delictiva, pues anteriormente estos pagos eran considerados gastos “útiles” susceptibles de deducción fiscal. Por tanto, el Convenio OCDE fomentó una forma de hacer coactivos los códigos de buenas intenciones por parte de las empresas. Del mismo modo, la DM 2003/568/JAI y su incorporación a la LO 5/2010 supuso el refuerzo de la sanción penal al incumplimiento de las buenas prácticas de negocios en las empresas (*compliance*), convirtiéndose la criminalización de la corrupción entre particulares en una estrategia prioritaria empresarial dentro de las prácticas de buen gobierno.

¹⁴ Ampliamente, CARBAJO CASCÓN, «Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión», en RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004, pp. 127 ss., especialmente, pp. 129 s.

¹⁵ CASTRESANA FERNÁNDEZ, «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004, pp. 217 s.

¹⁶ ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, p. 73.

¹⁷ Así, VILLAMERIEL PRESENCIO, «Algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *La Ley*, 8 de septiembre, 2005, p. 11; CONTRERAS ALFARO, *Corrupción y principio de oportunidad*, 2005, pp. 131 s., pues consideran de igual gravedad la corrupción pública y la privada. Otros autores, en cambio, siguen mostrándose contrarios a la incriminación de estas conductas en el sector privado; así, FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, 2003, p. 26.

¹⁸ VENTURA PÜSCHEL, «Sobre la tipificación de la mal llamada «corrupción de particulares (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, 2009, p. 498; EL MISMO, «Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. II, 2011, p. 672. Ampliamente, NIETO MARTÍN, «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, (12), 2003, pp. 6 ss.

En definitiva, desde esta perspectiva resulta adecuada la tipificación correlativa de la corrupción en los negocios, nacional y transnacional, integrada en la Sección 4ª del Capítulo XI (delitos relativos, en el caso que nos ocupa, al mercado y a los consumidores) del Título XIII del Libro II del Código Penal, cuyo bien jurídico común debe cifrarse, pues, en el correcto desarrollo del tráfico comercial, nacional o internacional¹⁹, concretado en la competencia equitativa y leal²⁰ en la medida en que el núcleo de las conductas típicas, en su modalidad de cohecho activo, se sitúa, precisamente, en la obtención o intento de obtención, mediante soborno, de contratos, negocios o cualquier otra ventaja competitiva en las relaciones comerciales.

Esta competencia honesta, equitativa y leal²¹ constituye un valor necesario para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas. En este sentido, incluso no constatándose un perjuicio pecuniario específico y evaluable para los hipotéticos competidores, esta corrupción perjudica al conjunto de la sociedad al distorsionarse la disciplina del mercado, de forma análoga al cohecho en el ámbito público²² en el que, sin determinarse un concreto perjuicio económico, se vulnera el regular funcionamiento de la Administración Pública. Sólo cuando se aprecie esta perturbación grave en el funcionamiento concurrencial del mercado podrá fundamentarse la incriminación de estas conductas²³. Desde esta perspectiva no debemos olvidar que los delitos se integran dentro del Capítulo dedicado, entre otros, a los delitos contra el mercado y los consumidores, incardinado en el Título relativo a los delitos contra el orden socioeconómico, luego se está protegiendo también indirectamente a los consumidores²⁴ sobre los que repercute en último término. Prueba, asimismo, de que la corrupción trasciende del ámbito de la empresa para convertirse en un comportamiento socialmente dañoso, es el hecho de que el legislador ha querido

¹⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)», *Diario La Ley*, (6740), 21 de junio, 2007, p. 1905; EL MISMO, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código penal español», *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, p. 204.

²⁰ A pesar de ello, el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Modificación del CP, 1404/2009, de 29-10, lamentó que la ausencia de referencias expresas al consumidor, a las condiciones de competencia del mercado e incluso a las prácticas comerciales desleales no permitía delimitar con claridad el bien jurídico protegido, lo que va a impedir -auguraba-, junto con los requisitos de procedibilidad, una aplicación de los tipos acorde con la finalidad pretendida. Por el contrario, a mi modo de ver, la persecución de oficio ex art. 287 CP junto con la ubicación del tipo penal, así como una concreta interpretación del análisis de las conductas típicas acorde con la Decisión Marco de la que trae casusa, permite una correcta aplicación del mismo de acuerdo con el fin pretendido.

²¹ MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª ed., 2017, p. 464, también cree que la confianza y honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa son bienes jurídicos protegidos por este tipo.

²² Sin embargo, una primera diferencia con el cohecho en el sector público estriba en que la realización de cualquier acto de cohecho impropio no está tipificada en los arts. 286 bis y ter. *Vid* al respecto, VILLAMERIEL PRESENCIO, *La Ley*, 8 de septiembre, 2005, p. 10; GÓMEZ BERMÚDEZ, «De lege ferenda», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (10), 2006, p. 276.

²³ VILLAMERIEL PRESENCIO, *La Ley*, 8 de septiembre, 2005, p. 11.

²⁴ Esta perspectiva ya fue destacada por la doctrina antes de la reforma de 2015. Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, «Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Revista de Ciencias Penales*, (4), 2001-2002, p. 24. Afirmaba NIETO MARTÍN, «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *Revista Penal*, (10), 2002, p. 59, “los actos de competencia desleal sólo van a ser objeto de sanción penal en cuanto que lesionan intereses patrimoniales concretos de otros competidores o afectan a los consumidores”. Tras la LO 1/2015, MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª ed., 2017, p. 463. Más allá, MESTRE DELGADO, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., 2016, p. 451, considera que los arts. 262, 284, 286 bis y 286 ter persiguen un mismo interés social: el respeto a las reglas de formación de los precios en este sistema de economía de mercado luego, a su entender, no hay ningún criterio objetivo que justifique que no estén ubicados de forma correlativa. Ampliamente sobre el bien jurídico protegido de carácter colectivo, véase ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, pp. 274 ss.

que su persecución sea de oficio²⁵. En efecto, la Sección 5ª del mismo Capítulo, Título y Libro, dedicada a las disposiciones comunes a las secciones anteriores, que se inaugura con el art. 287 CP, prevé expresamente la persecución a instancia de parte únicamente de algunos delitos previstos en la Sección 3ª, con exclusión, por tanto, de toda la Sección 4ª donde se contiene la tipificación de la corrupción en los negocios.

Igualmente pluriofensivo es el delito de corrupción transnacional pues, además de afectar a los intereses anteriormente mencionados, en la medida en que en este caso se soborna al funcionario público (nacional o extranjero) que interviene en un acto de contratación pública, no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública ahora tanto nacional como en países extranjeros²⁶, si bien, como vengo manteniendo, el peso fundamental reside en la protección de la limpia competencia, como queda avalado con la más adecuada nueva ubicación del tipo.

Todo ello permite adelantar una primera conclusión: si existían dudas sobre el modelo de incriminación por el que había optado el Legislador de 2010 en relación con la corrupción de particulares, la LO 1/2015 parece dar la razón a los que ya desde la tipificación anterior mantuvimos que se protegía un modelo puro de incriminación de la competencia desleal (no vinculado, por tanto, a la deslealtad *ad intra*, para con la empresa), hoy sin fisuras con la nueva redacción del art. 286 bis CP, como intentaré demostrar a través del análisis de la conducta típica.

3. Análisis de aspectos concretos del tipo penal (art. 286 bis)

3.1. Sujetos activos

a) Delito especial: modalidad pasiva y delito común: modalidad activa

La modalidad pasiva de esta corrupción, prevista ahora en el art. 286 bis 1º, puede ser cometida únicamente por las personas que reúnen las cualidades exigidas en el tipo siendo, por tanto, un delito especial impropio. Por su parte, la modalidad de “cohecho” privado activo que acoge el art. 286 bis 2º no exige determinadas características personales especiales; puede cometerlo cualquiera, por lo que se trata, en principio, de un delito común. Sin embargo, lo lógico es pensar²⁷ que los

²⁵ Crítico con esta opción se muestra VENTURA PÜSCHEL, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, 2009, p. 505, al considerar que este requisito de procedibilidad no obedece a una decisión consciente vinculada al principio de lesividad sino a un olvido del Legislador. No parece ser un olvido u error del Legislador pues se mantiene así tras la LO 1/2015.

²⁶ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «Corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2019, p. 1408; CUGAT MAURI, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Estudios de Derecho judicial*, (61), 2004, pp. 328, 332, descarta efectivamente la función pública como bien jurídico principal de este delito, centrándolo en la protección del mercado de forma análoga al fin del Convenio OCDE del que trae causa este tipo penal. También afirma el carácter marcadamente pluriofensivo, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *RCP*, (4), 2001-2002, pp. 12-13; PALOMO DEL ARCO, «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1645; RODRÍGUEZ PUERTA, «Artículo 286 ter», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, 7ª ed., 2016, s/p. (formato electrónico).

²⁷ En este sentido, CASTRO MORENO, «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma penal: LO 5/2010*, 2010, p. 293.

sujetos activos del art. 286 bis 2º normalmente serán los mismos que los del 286 bis 1º, convirtiéndose en la práctica esta modalidad activa de corrupción privada también en delito especial. Y, no obstante, aunque cupiera alguna posibilidad de que el cohecho activo fuera cometido por alguien fuera del círculo de los sujetos activos mencionados en el cohecho pasivo, seguiría siendo *de facto* en todo caso un delito especial en la medida en que nunca el particular consumidor puede ser sujeto activo de estas conductas²⁸ pues su hipotético soborno no constituiría un acto de competencia desleal con ningún otro competidor, y el tipo exige precisamente realizar esta conducta frente a otros, los demás competidores. Es decir, el cohecho activo se convierte también por esta vía en delito especial pues sólo los competidores pueden ser sujetos activos del cohecho activo aun cuando estuvieren fuera del círculo de los sujetos mencionados en el cohecho pasivo.

Esta conclusión indica, a su vez, otra consecuencia: se corrobora la competencia leal como bien jurídico protegido.

b) Concepto de sociedad: Art. 297 CP

La LO 5/2010, artífice de la introducción de este tipo penal, mantuvo en su Exposición de Motivos que se excluían del precepto como sujetos activos a las empresas públicas o a las empresas privadas que prestasen servicios públicos, las cuales “serán sometidas a la disciplina penal del cohecho”. Ello suponía una discordancia²⁹ con el texto del precepto, que hacía referencia a “empresas mercantiles, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones”, sin mayores precisiones, lo que, de acuerdo con el principio de legalidad, no excluía su carácter público e incluiría, por tanto, a las empresas públicas, teniendo en cuenta, por otro lado, que los sujetos activos de este delito, cuando pertenecieran a empresas públicas, no necesariamente habrían de tener la "condición formal de funcionario" en los términos instituidos en el artículo 24 del Código Penal y, por tanto, en estos supuestos la punición no debería quedar cubierta por el delito de cohecho, ya que, por lo general, el personal de estas empresas ni es funcionario público ni ejerce funciones públicas, sino mercantiles, con independencia de la titularidad pública de la empresa.

Por tanto, pese a lo indicado en la citada Exposición de Motivos, y por cumplimiento escrupuloso del principio de tipicidad, también las empresas privadas que prestasen servicios públicos estarían sometidas a este nuevo delito y no a la disciplina del cohecho³⁰, al igual que sucede, por ejemplo, con la apropiación de bienes de estas empresas privadas que prestan servicios públicos, cuyos responsables son sancionados por la vía de los delitos patrimoniales ordinarios y no por medio del

²⁸ GARCÍA ALBERO, «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 565 s.

²⁹ Así lo hizo el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código Penal de 14-11-2008. Igualmente, respecto del tipo penal establecido por la LO 5/2010, CASTRO MORENO, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma penal: LO 5/2010*, 2010, pp. 291-292; EL MISMO, «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, 2011, p. 619; EL MISMO, «Corrupción en los negocios», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento Penal económico y de la empresa 2016-2017*, 2016, pp. 655 s. Conforme a este argumento, dentro del marco penal que permite el precepto se puede aplicar la pena en su mitad superior y sin posibilidad de reducción a la inferior en grado, cuando los sujetos activos del delito de corrupción privada actuaran en representación o como directivos o empleados de sociedades de derecho privado, pero de propiedad pública.

³⁰ Informe del CGPJ al Anteproyecto de modificación del Código Penal de 14-11-2008.

delito de malversación de caudales públicos, salvo aquellos casos excepcionales que están expresamente tipificados como malversación impropia.

Probablemente por esta incoherencia, la LO 1/2015 modifica el precepto refiriéndose ahora a “empresa mercantil o sociedad³¹” para a continuación interpretar en el art. 286 bis 5 el concepto de *sociedad* en los mismos términos previstos en el ámbito de los delitos societarios (art. 297 CP), entendiéndose, por tanto, por ésta “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”. No obstante, si pretendía excluirse por esta vía a las empresas públicas con forma mercantil, como posibles sujetos activos de este delito, sigue siendo una técnica incorrecta ya que el 297 contempla expresamente a las sociedades mercantiles. Luego *a priori* no están excluidas éstas del art. 286 bis. Bien es verdad que, al igual que en los delitos societarios, si el administrador de una empresa mercantil pública comete administración desleal se le condena por malversación y no por la figura del art. 295 CP (ahora 252 CP), quizás debiera hacerse lo mismo cuando recibe un soborno, y ser condenado por cohecho en vez de por corrupción de particulares. Pero ha de advertirse que esta última posibilidad debe matizarse teniendo en cuenta el bien jurídico que se protege en la corrupción en los negocios pues si es la competencia justa, como aquí se defiende, la lesión de ese bien jurídico no podría sancionarse por el cohecho y sí por el tipo del art. 286 bis.

Es decir, el Legislador de 2015 pretende aplicar el concepto de sociedad al ámbito de la corrupción de particulares olvidando que se está tutelando un bien jurídico distinto del protegido a través de la disciplina del cohecho cuando cometen corrupción las empresas públicas con forma mercantil, luego a efectos del delito de corrupción de particulares, las empresas públicas siguen siendo posibles sujetos activos por lo que continúa sin salvarse la incongruencia de la regulación anterior.

Por lo que respecta a si se incluyen o no en el precepto las asociaciones sin ánimo de lucro, pese a ser más precisa la redacción actual que la anterior -que aludía a *empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización*-, sigue sin utilizar la fórmula que emplea el art. 1.1 y 2 de la DM, donde se hace expresa mención a las entidades de derecho privado *con fines lucrativos o no lucrativos*. En consecuencia, esta precisión vinculada al art. 297 CP crea más problemas de los que solventa ya que si antes comprendía las asociaciones, tuvieran o no ánimo de lucro (el precepto decía, simplemente *asociaciones*) ahora no se incluyen expresamente las asociaciones sin ánimo de lucro, no obstante, se pueden subsumir en la cláusula genérica *entidad de análoga naturaleza que participe de modo permanente en el mercado*. Desde esta perspectiva, una asociación sin ánimo de lucro que participara de modo permanente en el tráfico de bienes y servicios sí estaría incluida³².

³¹ El Convenio 173 sobre la corrupción, de 27 de enero de 1999, reducía el ámbito de aplicación de estos delitos únicamente a las *sociedades mercantiles*.

³² FARALDO CABANA, «Art. 295», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2011, p. 1142; PUENTE ABA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del CP de 2015*, 2015, p. 920.

c) El administrador

El legislador de 2015, en idéntico sentido que la LO 5/2010 opta por incluir como sujeto activo al administrador³³, aunque sigue sin especificar expresamente la doble categoría de los administradores “de hecho” y “de derecho”. No obstante, ello no es obstáculo para entenderlos incluidos en primer lugar porque el art. 288 CP que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos se refiere a ambas categorías expresamente, y, en segundo lugar, porque quizá no sea necesario al prever el precepto también como sujeto activo al *directivo*, uno de los supuestos de administrador de hecho, entendido como aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control³⁴.

d) El colaborador

Tampoco subsana la LO 1/2015 la indeterminación³⁵ de esta figura –*el colaborador*– como potencial sujeto activo y sin que ofrezca ninguna pauta para concretar su contenido, lo que resulta incompatible con el mandato de determinación de los tipos penales y, en consecuencia, con el principio de taxatividad. Esta indeterminación permitiría englobar a personas que no tengan la condición de empleado o que no trabajen de forma permanente para la entidad de que se trate –por ejemplo, asesores, agentes comerciales, etc.– pero que pueden hacer incurrir en responsabilidad a la misma³⁶. Desde esta perspectiva comparto la opinión de GARCÍA ALBERO³⁷ de que en todo caso debe exigirse al colaborador corrompido que esté en condiciones de influir en la empresa o sociedad para que sea ésta quien formalmente adquiera o venda bienes o servicios del corruptor. Probablemente³⁸, lo menos complicado hubiera sido referirse, como hace la Decisión Marco, a personas que realicen cualquier función laboral para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización.

³³ Se atendió, así, una sugerencia del Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma de 14-11-2008, que los excluía como posibles autores de esta conducta. En efecto, el Anteproyecto en la versión mencionada de 2008, había transpuesto fielmente la DM que habla de “funciones directivas o laborales de cualquier tipo” y, luego, de “empleados”, definiendo a los *directivos* como “aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa, o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control”. Sin embargo, como bien afirmaba el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma de 14-11-2008, “en nuestro sistema jurídico mercantil y laboral, el concepto de *directivo* no incluye a los administradores, por lo que la transposición de la Directiva requiere la del propio concepto de *directivo*, o bien la inclusión expresa en el tipo de los administradores –por cierto, de hecho o de derecho–, ya que, éstos no son *directivos*, *empleados*, ni *colaboradores* en nuestro derecho”.

³⁴ CASTRO MORENO, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma penal: LO 5/2010*, 2010, p. 296. Sobre las posibilidades de subsunción del administrador de hecho en el círculo de sujetos activos del art. 286 bis, véase ampliamente GIL NOBAJAS, «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 567 ss., especialmente, pp. 580-586; LA MISMA, «Corrupción en los negocios privados: ¿es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho, al titular de la empresa y a la persona jurídica?», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, 2017, pp. 245 s.

³⁵ Indeterminación ya criticada por el Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009, de 29-10-2009 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁶ VILLAMERIEL PRESENCIO, *La Ley*, 8 de septiembre, 2005, p. 9.

³⁷ GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 572 s.

³⁸ Como atinadamente destacó el Informe del CGPJ al Anteproyecto de modificación del CP de 2008.

e) ¿Los empresarios?

Bajo la vaguedad de los términos utilizados para denominar a los sujetos activos, ¿se está incluyendo implícitamente a los empresarios? ¿Hay, por el contrario, alguna razón para excluirlos? Evidentemente, cuando se opta por una enumeración tasada se corre el riesgo de olvidarse de algún sujeto³⁹. Sin embargo, a mi juicio, están incluidos dentro de la enumeración. Vayamos por partes:

Si con esta tipificación lo que se pretende es proteger el patrimonio de los empresarios respecto de las conductas lesivas de ese patrimonio realizadas por parte de los empleados en connivencia con otras empresas, debería haberse optado por incorporar las conductas de soborno como modalidad específica de administración desleal del art. 252, hoy ya genérica, tras la reforma del Código penal por LO 1/2015 -recordemos que antes de la mencionada reforma la administración desleal se ubicaba en los delitos societarios- o sin necesidad de incorporarlas, serían conductas perfectamente subsumibles en el mentado tipo de administración desleal del art. 252 CP, dado que alude a “excederse en el ejercicio de las facultades para administrar un patrimonio ajeno” o bien, podría tratarse de un delito de apropiación indebida del art. 253 CP siempre que el sujeto activo dispusiera de esa comisión con carácter definitivo a favor de sí mismo y en perjuicio de la entidad administrada. En todo caso, estarían bien excluidos porque, evidentemente, son sujetos pasivos conforme a esta opción.

Si, por el contrario, lo que se intenta tutelar es la ética en el mundo de los negocios cuya ausencia conlleva el enriquecimiento injusto de los empleados de una empresa, ello no supone una distorsión del mercado, por tanto, se trataría en este caso de una intrusión excesiva del control penal en el ejercicio de las actividades empresariales⁴⁰. Esta injerencia ya se había iniciado en otros muchos ámbitos, como en el supuesto de la incriminación de los acuerdos abusivos en el art. 291 del vigente Código Penal⁴¹, o la tipificación en el art. 285⁴² del abuso de información privilegiada en el mercado de valores.

Sin embargo, no se está protegiendo penalmente ninguna de estas conductas. Si, como sostengo, el bien jurídico tutelado es la competencia leal que se ve alterada gravemente cuando se realiza cualquier acto de soborno o intento de soborno entre una empresa y un particular referido a la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, también puede lesionarse por el empresario⁴³. No hay, por tanto, justificación para excluirlos ni

³⁹ Para NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret*, (4), 2011, p. 19, se trata de un olvido injustificable del Legislador que debe subsanarse de *lege ferenda*.

⁴⁰ FOFFANI, «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el Derecho comparado», *Revista Penal*, (12), 2003, p. 71.

⁴¹ Pone en entredicho la conveniencia de este tipo penal de imposición de acuerdos abusivos, GÓMEZ BENÍTEZ, «Acuerdos sociales o abusivos: ¿impugnación o querrela?», en EL MISMO, *Estudios Penales*, 2001, pp. 207 ss.

⁴² También cuestionada, entre otros, por OLIVA GARCÍA, «Información privilegiada y Derecho penal», *Diario El País*, 16 de diciembre, 2002, p. 3.

⁴³ VENTURA PÜSCHEL, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, 2009, pp. 506, 508; EL MISMO, “Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, 2010, p. 324; EL MISMO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. II, 2011, p. 675. Igualmente, desde la perspectiva del análisis de la tipificación en el Derecho alemán, se pronuncia NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (10), 2002, p. 57. Este mismo debate ya

motivos para pensar que no están incluidos; al contrario, dentro de la falta de adjetivación de la enumeración de los sujetos activos, es perfectamente interpretable que los empresarios forman parte de ellos (directivo, administrador –de hecho). De no ser así creo que el legislador español no estaría cumpliendo con los requisitos impuestos en el marco europeo al restringir el ámbito de aplicación de los sujetos idóneos para lesionar el bien jurídico *lealtad competencial*.

En todo caso, la concreción de esta respuesta está relacionada, a mi juicio, con la delimitación de la conducta típica (véase epígrafe siguiente). En este sentido, adelanto que si bien antes de la reforma de 2010 podían existir dudas sobre si la exigencia del *incumplimiento de las obligaciones* podía interpretarse como una infracción del deber de lealtad *ad intra*, para con el principal, opción que ya deseché incluso con la configuración del tipo conforme a la LO 5/2010⁴⁴ y, en lógica consecuencia, ello podría haber justificado la exclusión de los empresarios como sujetos activos, ahora no hay razón de ser para que no se incluyan, dado que la LO 1/2015 ha eliminado esa exigencia de incumplimiento.

f) El intermediario en la realización del cohecho (“por sí o por persona interpuesta”)

Cumpliendo con el art. 2.1 a) y b) de la DM, la expresión “por sí o por persona interpuesta”, añadida a las conductas de cohecho activo y pasivo, permite castigar al sujeto activo (tanto del soborno activo como del pasivo) cuando se vale de un intermediario para sobornar o aceptar el soborno, según los casos. Adviértase que con ello se amplía el ámbito típico del cohecho activo respecto de lo establecido para el cohecho tradicional pues, como es sabido, la figura del intermediario está vinculada únicamente al cohecho pasivo no al activo. El intermediario del delito especial será castigado en la mayoría de los casos como cooperador necesario con la posibilidad de atenuación en un grado de acuerdo con el art. 65.3 CP al ser un *extraneus*. Por el contrario, en los casos en los que la persona interpuesta sea también *intraneus*, estaremos ante un supuesto de coautoría, al igual que en el cohecho activo, al ser técnicamente un delito común.

3.2. Conductas típicas

a) Consideraciones generales

Lo primero que llama la atención en la nueva redacción del tipo conforme a la LO 1/2015 es que se invierte el orden de las modalidades típicas de cohecho ocupando ahora el nº 1 el pasivo y el nº 2 el activo, probablemente para mantener la sistemática que tradicionalmente se ha utilizado para regular el cohecho en el ámbito público.

está instalado desde hace tiempo en Alemania. Así, parte de la doctrina alemana propone la modificación del parágrafo 299 del StGB -que incluye como sujetos activos de estas conductas a los empleados y a los directivos de una empresa- para que se extienda la responsabilidad penal al dueño de la misma, al “*Geschäftsherr*”. Véase, al respecto, FOFFANI «La “corrupción privada”. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, 2006, p. 392. Sobre las posibilidades de integración del titular de la empresa en el círculo de sujetos activos del art. 286 bis véase GIL NOBAJAS, *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 580 ss.; LA MISMA, en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, 2017, pp. 245 ss.

⁴⁴ Véase OTERO GONZÁLEZ, *La Ley Penal*, (87), 2011, pp. 35 ss.

Consiste en recibir, solicitar o aceptar (cohecho pasivo: art. 286 bis 1) o en prometer, ofrecer o conceder (cohecho activo: art. 286 bis 2), por sí o por persona interpuesta, 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, excluyendo otro tipo de contrataciones u otras actividades que no guarden relación con la competencia en el mercado.

Al igual que ocurre con los demás tipos de cohecho, es indiferente quién inicie la actividad corruptora. De otro lado, el tipo no se estructura como delito de participación necesaria porque no exige ningún concierto fraudulento entre el proveedor (sujeto activo del cohecho activo) y el cliente (sujeto activo del cohecho pasivo). Basta con *ofrecer* aun cuando la oferta no sea atendida (consumándose el cohecho activo) o con *solicitar* el beneficio aun cuando éste no se conceda consumándose el cohecho pasivo. En consecuencia, al igual que ocurre en el cohecho tradicional – arts. 419 y ss.-, no se exige para su consumación un perjuicio patrimonial para la empresa, ni siquiera un peligro efectivo para dicho patrimonio⁴⁵. Se configura, así, como un delito de mera actividad y de carácter tendencial pues persigue una determinada finalidad: el cohecho pasivo se realiza con el fin de favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales; y el cohecho activo como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Además del ámbito concreto de este soborno –centrado en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales- sobre el que se incidirá más adelante, hay que destacar dos diferencias esenciales de esta conducta típica si la relacionamos con el cohecho tradicional regulado en los artículos 419 y ss. CP. La primera es que es típica la *promesa* en el cohecho activo, lo que amplía el ámbito típico en relación con el cohecho activo del art. 424 CP, que no lo prevé (se refiere sólo a *ofrecer* o *entregar*). Ello no significa que en el ámbito del cohecho activo del art. 424 CP la “promesa” sea atípica en todos los casos. Si el funcionario acepta la promesa, el particular que ha prometido la dádiva será inductor del cohecho pasivo. No obstante, si el funcionario no la acepta, la promesa será impune, a diferencia del soborno de particulares que ahora estudiamos, donde prometer es una conducta punible, la acepte o no el destinatario de la misma.

A mayor abundamiento, esta previsión de la “promesa” en la modalidad activa del delito de corrupción privada (286 bis 2) no se correspondía con la menor amplitud de la conducta típica en el cohecho pasivo, que incluía la recepción, solicitud o aceptación del beneficio o ventaja, pero no la aceptación del *ofrecimiento* o *promesa* de aquéllos, lo cual carecía de justificación y resultaba, además, incoherente con la tipificación del cohecho pasivo público (art. 419 y 420 CP) que sí lo contemplaba. La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica el Código penal para transponer algunas Directivas de la Unión Europea y, a los efectos del delito que nos ocupa,

⁴⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 5ª ed., 2016, p. 311; EL MISMO, «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 701. Así lo reafirma el AAP Madrid, 4ª, 777/2016, 27-10, como delito de mera actividad que no precisa perjuicio.

para cumplir con las Directrices del Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO⁴⁶) -quien en la Tercera Ronda de evaluación detectó algunas omisiones en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, sobre este delito, *que podían suponer una limitación a los operadores jurídicos para poder llevar a cabo esta lucha contra la corrupción*, según menciona la Exposición de Motivos de la LO 1/2019-, subsana esta disfunción equiparando ambos tipos de cohecho, el activo y el pasivo, como dos caras de la misma moneda, en relación con esta modalidad típica, del modo siguiente: 286 bis “1. El directivo (...), reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo (...)”.

Del análisis realizado quedaban dudas sobre si alguna de las conductas de corrupción en el ámbito privado, recogidas en la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, sobre los delitos de corrupción en los negocios, podría quedar excluida si no se describían en determinados términos. La segunda diferencia es la inexistencia de una conducta típica del cohecho activo en el ámbito de los negocios que sí se prevé en el cohecho activo del art. 424 CP: “atender la solicitud de dádiva” del autor del cohecho pasivo por parte del autor del cohecho activo. Precisamente, la LO 5/2010 castiga esta modalidad de cohecho activo, atender la solicitud del funcionario, con la misma pena que las demás conductas típicas: entregar u ofrecer, en la medida en que la conducta del particular que acepta la solicitud del funcionario no siempre es menos grave que la de éste, y, por otro lado, se ha previsto con idéntica penalidad porque, en muchos casos, es difícil, por no decir imposible, determinar quién empezó primero con la negociación que terminó en un acto de cohecho. Al no estar prevista esta modalidad típica en el cohecho activo de particulares (art. 286 bis 2 CP), el autor del cohecho activo que atiende la solicitud de dádiva del directivo administrador, empleado o colaborador de la empresa, se convierte en “perjudicado”⁴⁷ del cohecho y no en autor del cohecho activo, como ocurre en el caso del art. 424 CP.

b) El beneficio o ventaja no justificados: su relación causal con el favorecimiento indebido

El sentido común indica que para delimitar la vaguedad de las expresiones utilizadas para conformar la conducta típica, “beneficio o ventaja *no justificados*” y “favorecimiento *indebido*”, ha de acudirse a la interpretación teleológica; es decir: han de relacionarse estas conductas con el bien jurídico protegido, la competencia leal, lo que permite excluir de la sanción penal las conductas que no afectan a las reglas de la misma por no existir competencia desleal de forma efectiva en un determinado contexto⁴⁸; por ejemplo, prometer algún beneficio por parte del cliente de una

⁴⁶ Sobre los informes del GRECO relativos a España *vid.*, VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO, «La reforma del delito de corrupción privada», *La Ley Penal*, (137), 2019, (disponible en: https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5520_00000000_20190301000001370000?fileName=content%2FDT000294156_20190422.HTML&location=pi-228&publicationDetailsItem=SystematicIndex). También, OLAIZOLA NOGALES, «La influencia de las recomendaciones GRECO en la reforma del CP español», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, 2017, pp. 55 ss.

⁴⁷ La única sentencia condenatoria por este delito que he encontrado es la SAP Barcelona, 9ª, 173/2018, 28-2, donde castiga por cohecho pasivo de particulares (art. 286 bis 1) al Director de calidad de la empresa Desigual por exigir el pago de comisiones (70.000 en total) a un empresario de una empresa textil especializada en corregir colores y reparar taras al que califica de “perjudicado” por atender la solicitud del Director de Desigual. Por cierto, no se aprecia delito continuado.

⁴⁸ En parecido sentido se pronuncia CASTRO MORENO, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma penal: LO 5/2010*, 2010, p. 298, afirmando que los beneficios de escasa cuantía, que se encuentran amparados por los

empresa al encargado para conseguir determinados servicios, como una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en un hotel o de localidades de un espectáculo.

Aun así, más allá de estos ejemplos de atipicidad por principio de insignificancia, la indeterminación del tipo es extraordinaria; incluso cuando se intenta transponer el artículo 2 de la Decisión Marco la transcripción no es literal, pues mientras que en ésta se alude a “ventaja indebida” el art. 286 bis CP utiliza el término “beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza”, más impreciso aún. Lo que sí parece es que esta *ventaja*, en virtud de lo previsto en la Memoria explicativa del *Convenio 173 de Derecho penal contra la corrupción* puede ser también de naturaleza inmaterial, no necesariamente evaluable económicamente. Conforme a ello, valdría, por ejemplo, una condecoración, un favor de naturaleza sexual, etc. Sin embargo, ello, que debe interpretarse así, como ventaja de cualquier naturaleza y no sólo económica –aunque, dadas las características de este delito, en la mayoría de los casos seguirá teniendo naturaleza económica- no se compadece con la multa proporcional prevista sobre el beneficio o ventaja, que no podrá calcularse cuando éste no sea económico. De hecho, la reforma del delito de cohecho interno (arts. 419 y ss. CP) operada por LO 5/2010 –que, como es sabido, modificó la naturaleza de la dádiva, la cual pasó de ser de naturaleza económica a ser de cualquier clase-, se acompañó del cambio de la naturaleza de la multa prevista en este delito, que de ser proporcional al valor de la dádiva pasó a regirse conforme al sistema de días-multa.

Así las cosas, beneficio o ventaja “no justificados” es el que supera los usos sociales y comerciales⁴⁹ que, a su vez, debe significar algo distinto del adverbio *indebidamente* que acompaña al favorecimiento, porque si no fuera así, sería una redundancia (“injustificada”, valga la *redundancia*).

Comenzando por la ventaja o beneficio “no justificados”, si partimos de que es aquello que supera los usos sociales y comerciales, *a priori*, es un requisito típico que no contiene ninguna orientación concreta sobre dónde trazar la línea de lo que supera o no esos usos sociales, con la gran dificultad que conlleva la calificación de las zonas grises. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que, en el mundo de los negocios, las relaciones comerciales se logran muchas veces a través del acuerdo en los almuerzos y cenas de negocios. E igualmente, en las invitaciones para eventos deportivos, conciertos y otros espectáculos similares. Esto ocurre a menudo en relación con el lanzamiento de nuevos productos. De esta manera, los artículos vinculados a estos contactos se comercializan mejor. Esta práctica puede ayudar a asegurar que los bienes ofrecidos sean de mejor calidad, la competencia mejore y los productos sean más baratos. La prohibición de este tipo de conductas *en todos los casos*, a través de una disposición penal, puede ser negativa, pues puede aumentar los costes de comercialización ya que los productos podrán ser entonces comercializados a través de otros medios más caros. En consecuencia, puede dar lugar a aumentar los precios de los productos o a que éstos sean de menor calidad. Sea como fuere, debe tenerse en cuenta que, no obstante, el Código penal sirve de pauta para fijar la normativa en cada sector.

usos sociales y comerciales, no entran en el ámbito típico. Usos sociales y comerciales que deben interpretarse de forma más amplia que la efectuada en relación con el delito de cohecho de funcionarios.

⁴⁹ De otra opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 5ª ed., 2016, p. 387, concluyendo que el beneficio justificado es el que se obtiene con el consentimiento de los operadores del mercado lo que guarda relación con la exclusión de los socios o titulares de las empresas del círculo de sujetos activos.

Para ello, es esencial desarrollar en los convenios anticorrupción las directrices éticas y las prácticas habituales del ámbito en el que se otorgue el beneficio o ventaja. La clave no debe ser tanto la cuantía del regalo (que en el ámbito de las relaciones comerciales será superior que en otros ámbitos) como el momento o la oportunidad del mismo. Si el regalo en cuestión se otorga por Navidad se ve como un gesto natural y, por tanto, lo normal es que sea justificado. Sin embargo, si el mismo obsequio se concede antes de la adjudicación del contrato, es muy probable que constituya un beneficio no justificado, incluso si el valor económico del regalo es de poca importancia. Es relevante considerar si el regalo tiene una explicación razonable, como el 60º cumpleaños del destinatario, y si el regalo o la ventaja se ofrecen abiertamente o se oculta a terceros. También influye la costumbre de regalar de la empresa en cuestión. Si la empresa no concede beneficios habitualmente, hacerlo determina fácilmente la evaluación de "injustificado". Sin embargo, si la empresa está habituada, estas prácticas implican una forma de "indulto", donde se llegará a la corrupción sólo cuando el beneficio sea excesivo⁵⁰. Porque de lo que no cabe duda es de que las ventajas "excesivas" atentan contra la objetividad en la gestión rompiendo las reglas de la competencia leal y minando la confianza de los consumidores.

Por tanto, en relación con la ventaja o beneficio injustificados, la primera conclusión que cabe extraer es que, aunque los usos sociales en el mundo de los negocios permiten en mayor medida que en otros ámbitos regalos de cierto valor económico, cuando el pago de estas cantidades ya es excesivo en ese sector resulta devastador, fundamentalmente para los consumidores, porque tienen que pagar más por un producto previsiblemente peor. En este caso, ya estaremos en el ámbito de la corrupción punible que inhibe la utilización eficiente de los recursos y, a la postre, impide una mayor prosperidad económica.

Todo ello guarda relación con el segundo parámetro anunciado: la relación causal del beneficio o ventaja con el favorecimiento indebido. Es decir, la finalidad de la dádiva (junto con la cuantía de la misma, como hemos visto) será la clave para determinar si es o no indebida. Si se demuestra que el beneficio o ventaja otorgados pretende influir en la decisión del que lo recibe, será indebida.

En otras palabras, ese "beneficio o ventaja no justificados" debe guardar una relación causal (pero no identificarse) con el "favorecimiento indebido", esto es, con el tipo de conducta que realiza el sobornado. Así, en el caso del cohecho pasivo debe recibirse, solicitarse o aceptarse "como contraprestación" *para favorecer indebidamente* al sobornado en la contratación indicada en el tipo; y en el caso del cohecho activo debe prometerse, ofrecerse o concederse como "contraprestación" para que *le favorezca indebidamente* en la contratación. Ello significa excluir del ámbito típico tanto el cohecho impropio subsiguiente o de recompensa (beneficio o ventaja en concepto de agradecimiento por la contratación ya realizada) como el cohecho impropio en consideración al cargo o función del que adjudica el contrato. E igualmente resulta atípico el tráfico de influencias (abuso de las relaciones personales).

⁵⁰ Ampliamente, OTERO GONZÁLEZ, en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Corrupción y Delito: aspectos de Derecho penal español y desde la perspectiva comparada*, 2017, pp. 212 ss.

Entiendo, además, que al tratarse en todo caso de un favorecimiento *indebido*⁵¹, tal como reza el tipo, queda también excluido de la tipicidad la modalidad de cohecho impropio consistente en solicitar (cohecho pasivo) o conceder (cohecho activo) el soborno para realizar un acto propio del cargo (el equivalente al cohecho de funcionario del art. 420 CP), pues no se afecta a la competencia, habida cuenta de que, en todo caso, a pesar de haber mediado un soborno, constituía la mejor oferta y en consecuencia, no era *indebido* el favorecimiento.

En conclusión: si esa comisión no condiciona la decisión del que adjudica el contrato porque, en todo caso, la empresa que paga la comisión iba a ser elegida por ser la más ventajosa, o porque se realiza como recompensa por la adjudicación ya realizada o en consideración a la función del que adjudica el contrato, todas estas comisiones son atípicas por no afectar a la competencia justa. En este ámbito de corrupción de particulares, por el contrario, sólo es injustificada la ventaja (o beneficio) cuando tiene una vinculación causal con el favorecimiento *indebido*⁵², esto es, cuando se favorece al que ha sobornado (sólo por el hecho de haberse recibido esa dádiva) frente a los otros, los demás competidores. Lo que habrá que probar, por tanto, será que el favorecimiento era efectivamente *indebido* porque la oferta no era la más ventajosa.

La conclusión anterior, como se ha indicado, está anudada a la siguiente: los regalos de cortesía admitidos por los usos sociales y habituales en el ámbito de las empresas privadas que, aun siendo de cierto valor dentro de los límites de cada sector, no guarden ninguna relación causal con ninguna adjudicación, no entran en el tipo por el principio de insignificancia en la medida en que tales beneficios o ventajas no comprometen gravemente la competencia leal, principio de insignificancia que se supera, como se acaba de señalar, a través de la exigencia de que el favorecimiento sea *indebido*.

c) ¿Ha sido correcta la supresión de la cláusula *incumpliendo las obligaciones*?

Recordemos que el núcleo del desvalor de la conducta típica del precepto analizado, redactado conforme a la LO 5/2010 descansaba en el *incumplimiento de las obligaciones* por parte de los sujetos activos en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

La Decisión Marco 2003/568/JAI, por su parte, tras afirmar en su considerando noveno, que “la corrupción (...) en el sector privado (...) *distorsiona la competencia* respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales”, y remarcar en el art. 2.3 que “Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una *distorsión de la competencia* en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales”, detalla que estos actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado que

⁵¹ De otra opinión, MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª ed., 2017, pp. 464 s., al entender que “con esta última exigencia en realidad se está remitiendo, más que a un código de buena conducta, a las obligaciones de sigilo, lealtad, etc., que se fijan normalmente por vía contractual, por lo que difícilmente se puede hablar de corrupción cuando la conducta realizada no está expresamente prohibida en los contratos”.

⁵² Ampliamente, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, pp. 565 ss.

distorsionan la competencia definidos en el art. 2 de la DM⁵³, en todo caso, han de realizarse, en virtud del inciso último de la definición, “*incumpliendo sus obligaciones*”.

Este *incumplimiento de las obligaciones*, declaró la Decisión Marco en su artículo 1, “se entenderá conforme al Derecho nacional (...) que deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate”. No obstante, la expresión adolecía de indeterminación⁵⁴ a efectos de la delimitación del desvalor de la conducta típica, es decir, ¿en qué consisten esas obligaciones? ¿Cuál es la fuente específica de la obligación? Parecía, en todo caso, que debían excluirse las que provinieran de los contratos pues cuando el Código penal quiere incluirlos alude a ellos expresamente, como ocurre en el delito de revelación de secretos de empresa⁵⁵ previsto en el art. 279 CP. En este sentido, parecía que el término *obligación legal* no podía incluir el nivel meramente contractual o de la autonomía privada⁵⁶ salvo que se especificara expresamente.

La lógica parecería indicar, *a priori*, como ya manifestó el Informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 2008, que el tipo se refería a las obligaciones que tales sujetos tienen con la entidad de la que son directivos, administradores, empleados o colaboradores. De hecho, posteriormente, gran parte de la doctrina española⁵⁷ interpretó que el legislador pretendió proteger un modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra*.

⁵³ Artículo 2: “1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales: a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto 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. 2. El apartado 1 se aplicará a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos. 3. Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales”.

⁵⁴ Así lo destacó también el Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009, de 29-10, al Anteproyecto de Modificación del CP, al manifestar que “no queda claro si se está meramente precisando el ámbito de tales obligaciones o si, por el contrario, se pretende hacer uso de la comentada posibilidad que reconoce la aludida Decisión Marco para restringir la tipificación penal a las conductas que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales. En consecuencia, debería explicitarse cuál es la opción que se preconiza que haga España de entre las dos posibilidades -igualmente legítimas- que le abre la comentada Decisión Marco, sin que se aprecien datos que recomienden decantarse por una u otra”.

⁵⁵ Véase Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (14-11-2008).

⁵⁶ En este sentido, GILI PASCUAL, «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)», *RDPC*, (19), 2007, p. 277.

⁵⁷ Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, pp. 230 ss.; GILI PASCUAL, *RDPC*, (19), 2007, p. 287; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?», *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 290, abogaron igualmente por una tipificación que protegiera la competencia leal junto con la infracción del deber y la consiguiente verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros. Estos autores (pp. 277-279) distinguieron (antes de la tipificación del actual art. 286 bis) una fundamentación de la sanción penal diferente en la corrupción activa y en la

Sin embargo, esta solución abocaba a una difícil, por no decir imposible, delimitación con las correspondientes conductas previstas en el delito de administración desleal⁵⁸, cuando se ocasiona con estas conductas un perjuicio patrimonial a la sociedad. Es más, frecuentemente sucede que “quien ofrece la ventaja para la consecución de un contrato, lo hace en beneficio de la propia empresa y en perjuicio de la competencia, de modo que ninguna obligación para con su propia empresa está incumpliendo”⁵⁹ lo que, siguiendo este argumento, implicaría la atipicidad de estas conductas.

En otras palabras, el único camino posible, a mi entender, para dotar de utilidad y de contenido a esta figura, consiste en adoptar el modelo puro de competencia leal, porque si, por el contrario, se estuviera protegiendo en el art. 286 bis un modelo mixto de administración desleal⁶⁰ y de competencia desleal y, por tanto, fuera necesario para consumir este delito que el corruptor o el corrompido, o al menos éste, infringiera sus obligaciones para con su empresa, en los casos en los que buscaran precisamente beneficiarla mediante, por ejemplo, el pago de comisiones que distorsionaran la competencia leal de otras empresas, serían siempre atípicos, convirtiéndose en una figura meramente simbólica de aplicación imposible. Este es el principal conflicto con el delito de administración desleal en el que abundaré al analizar el problema concursal.

En consecuencia, como ya manifesté en otro lugar⁶¹, el incumplimiento de las obligaciones sólo podía referirse a las derivadas de las normas que regulan la competencia, por tanto, las perjudicadas siempre serán las otras empresas que han desconocido la ventaja para la consecución de un contrato, infringiéndose, así, el bien jurídico *competencia leal*. Y ello por varios motivos:

pasiva apoyándose en el estudio del Derecho comparado, afirmando que quien realmente viola sus obligaciones que le vinculan con el titular de la empresa es el corrupto, no el corruptor, protegiéndose así, en la corrupción pasiva la lealtad *ad intra*. Como consecuencia de esta infracción se producirá en muchos casos –argumentaban– un perjuicio para el patrimonio del empresario. Por el contrario, desde la perspectiva de la corrupción activa se menoscaba fundamentalmente la lealtad competitiva *ad extra*, aunque afirmaban que lo fundamental de esta corrupción activa no es este ataque a los competidores, sino que el corruptor lo que hace es contribuir (principalmente induciendo) a la infracción de obligaciones del corrupto para conseguir así su finalidad última que es resultar beneficiado en la competencia. También entiende que se incrimina –incluso actualmente después de la reforma de 2015– un modelo mixto de afectación de la capacidad competitiva de la empresa *ad extra* y *ad intra*, BOLEA BARDON, «El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret*, (2), 2013, pp. 10 ss.; LA MISMA, «El delito de corrupción privada: Bien jurídico y ratio legis», en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 2016, pp. 107 ss. Igualmente, FERNÁNDEZ BAUTISTA, «El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP): una interpretación restrictiva», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, 2017, p. 216. Por el contrario, en la línea de la postura que aquí se defiende y que ya manifesté en mi anterior trabajo sobre el análisis del tipo conforme a la LO 5/2010, NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, *InDret*, (4), 2011, pp. 3 ss. Tras la reforma de 2015 también interpreta que el Legislador ha adoptado un modelo puro, BLANCO CORDERO, «Art. 286 bis», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, t. III, 2015, p. 542.

⁵⁸ Así, QUERALT JIMÉNEZ, «La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010», *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 808. Véase, *infra*, al analizar el problema concursal.

⁵⁹ Informe del CGPJ al Anteproyecto de modificación del CP de 2008.

⁶⁰ Más aún, en el otro extremo, si el legislador hubiera pretendido proteger, que no lo creo, un modelo puro de infracción de deberes, de manera puramente formal y, por tanto, sin necesidad de perjuicio, esta opción no cumple el requisito de antijuridicidad material que pueda fundamentar la intervención del derecho penal como refuerzo de la infracción de un deber laboral. Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 281.

⁶¹ OTERO GONZÁLEZ, *La Ley Penal*, (87), 2011, p. 35.

Primero, la expresión “incumpliendo sus obligaciones” no es sinónimo de deslealtad⁶², no se deriva necesariamente de ella la interpretación de un acto de *deslealtad hacia su empresa (ad intra)*, esto es, un acto de administración desleal. Es más, la Decisión Marco no da pautas en este sentido.

Segundo, ese parecía ser el espíritu de la LO 5/2010 de modificación del Código Penal al reconocer en su Exposición de Motivos que la Decisión parte de la consideración de la garantía de una *competencia justa y honesta*, como bien jurídico protegido⁶³, en tanto pilar básico del mercado único europeo.

Tercero, un repaso rápido por el Derecho comparado⁶⁴ demuestra que el sistema más operativo es el que opta por la protección de un modelo puro de competencia leal. Así, el ejemplo más claro del principio de lealtad en las relaciones laborales por el que optó el Derecho francés antaño al tipificar la corrupción privada, hoy ha sido abandonado, proyectando el desvalor de la corrupción en el ámbito social o profesional, sin vinculación con la organización societaria de la empresa. Por su parte, los ordenamientos que, como el italiano, siguen un modelo patrimonialista, por un lado, adoptan un sistema insuficiente de protección que no cumple con lo estipulado en la DM –proteger la competencia leal- y, por otro lado, convierten esta figura en papel mojado ante la dificultad de deslindarla del correspondiente delito de administración desleal. En definitiva⁶⁵, el modelo patrimonialista basado en la infidelidad patrimonial ha resultado insuficiente para atajar los problemas de corrupción privada, fundamentalmente por la ausencia de legitimación de la penalización del corruptor pues su conducta es extraña a la infracción del deber de lealtad del corrompido respecto de su mandante. En consecuencia⁶⁶, la vía abierta por la legislación alemana se dirige a proteger la lealtad en la competencia cuyo merecimiento y necesidad de pena, de acuerdo con los principios de fragmentariedad e intervención mínima, mantiene una lucha constante entre la justificación por la creciente privatización de empresas públicas y el rechazo por la injerencia excesiva del control penal. A pesar de esta dicotomía, en este ordenamiento se mantiene su tipificación desde 1997.

Cuarto, la ubicación sistemática de esta figura, situada junto a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, está alejada de los delitos societarios. En efecto, podría haberse optado, dentro de los delitos societarios, por configurar un delito de peligro adelantando la barrera punitiva a los casos en los que el ofrecimiento o solicitud no conlleve o no pueda probarse el perjuicio, tal como

⁶² El Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de 29-10-2009, ya subrayó que la lesión de la competencia del mercado no va unida a la tutela de los intereses de la propia empresa y, por ello, esas conductas pueden no suponer un incumplimiento de sus obligaciones.

⁶³ ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, p. 353, añade que la razón no es sólo el bien jurídico protegido en el tipo, sino que, entender lo contrario, supone una incoherencia en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁶⁴ Sobre los modelos de incriminación en el Derecho comparado, véase OTERO GONZÁLEZ, *La Ley Penal*, (87), 2011, pp. 35 ss. Ampliamente, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, pp. 129 ss.

⁶⁵ Siguiendo en este punto a FOFFANI, *Revista Penal*, (12), 2003, p. 69.

⁶⁶ Como ha afirmado FOFFANI, *Revista Penal*, (12), 2003, p. 70 s.

lo ha tipificado Austria, ante la dificultad de admitir en estos casos la tentativa⁶⁷; sin embargo, no se ha considerado esta opción.

Desde esta perspectiva, interpreté, de acuerdo con el espíritu de la DM, que el *incumplimiento de las obligaciones* era la infracción del deber extrapenal, que la DM sugiere como pauta para delimitar el ámbito de la conducta típica, pero sin olvidar el interés tutelado, esto es, la competencia⁶⁸, tratándose así de un modo de especificar el medio a través del cual se consuma la agresión a la competencia. Por tanto, siguiendo la terminología antes utilizada, con esta llamada al *incumplimiento de las obligaciones* se pretendía significar que sólo adquiriría relevancia penal el ataque *-ad extra-* a la competencia leal realizado con incumplimiento de las obligaciones que derivan de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal⁶⁹.

⁶⁷ De hecho, GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, 2001, pp. 159 ss., considera que la punición de la tentativa del delito de administración desleal no es una decisión político-criminal adecuada, pues esta tentativa se desenvuelve en un terreno de gestión de las sociedades más próximo a los ilícitos mercantiles que al de los delitos.

⁶⁸ En sentido contrario, GILI PASCUAL, *RDPC*, (19), 2007, p. 287, quien, partiendo de un modelo mixto de protección, afirma que los pactos colusorios de un empresario con otro para perjudicar a terceros a cambio de un precio o ventaja son atípicos y sólo cuando se afecta al competidor además de al empresario propio, se podrá incurrir en responsabilidad penal, porque el *incumplimiento de las obligaciones* lo refiere este autor al deber de fidelidad con el mandante que sirve como complemento a la tutela competencial (pp. 278 y 282). Igualmente, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 563 s., en relación con la conducta típica antes de la reforma de 2015.

⁶⁹ Así, artículo 1 e) de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, en relación con las conductas colusorias: "1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos". Esta conducta está prevista como infracción grave o muy grave, según los casos, en el art. 62 y sancionada en el art. 63, que prevé "las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa". Cuando no sea posible determinar el volumen de negocios: "con multa entre 500.001 y más de 10 millones de €". Por su parte, el artículo 3 de la Ley alude al "falseamiento de la libre competencia por actos desleales. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público". Artículo que nos vincula a la Ley de Competencia Desleal 3/1991 de 10 de enero, cuya cláusula general, prevista en el artículo 4 reputa desleal "todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores". Por su parte, el art. 14 prevé la inducción a la infracción contractual: "1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. 2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas". Y las acciones previstas contra los actos de competencia desleal están especificadas en el artículo 32: "1. Acción declarativa de deslealtad. 2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. 3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5. Acción de resarcimiento

Quinto, otro argumento que permitió avalar mi posición es el penológico. En efecto, la idéntica penalidad de los sujetos corruptores y corrompidos en este delito vinculada a la exigencia idéntica para ambos grupos del incumplimiento de las obligaciones, me condujo a pensar que se trataba del incumplimiento *ad extra* (reglas de la competencia) en ambos casos, pues si optáramos por un modelo de deslealtad hacia la propia empresa sólo tendría sentido imponer la exigencia del incumplimiento de las obligaciones al corrompido no al corruptor y en consecuencia no sería proporcional la idéntica penalidad.

Sexto, por el contrario, si se hubiera interpretado como *obligaciones para con la empresa* que se incumplen a través de un acto de administración desleal acogiendo un modelo mixto en el art. 286 bis CP conforme a la redacción de 2010, entonces se trataba de una exigencia que hacía inaplicable el tipo penal (por imposibilidad de delimitación con el tipo de administración desleal), e implicaba, a mi modo de ver, un defecto técnico que frustraba la incriminación. En consecuencia, propuse que si queríamos incriminar estas conductas desvinculándolas del deber de lealtad propio que protegía el delito de administración desleal lo más fácil sería suprimir esta expresión. De hecho, el modelo alemán del que trae causa el español, protege la competencia sin especificarse en la conducta típica que deba incumplirse ninguna obligación legal.

Por todo ello, en mi opinión queda contestada fácilmente la pregunta que encabeza este epígrafe. Sí, es correcta la supresión de esta expresión pues distorsionaba e impedía la correcta incriminación de estas conductas.

La pregunta siguiente que debemos hacernos es si el adverbio actual *indebidamente* sustituye al *incumplimiento de las obligaciones*. La respuesta desde mi planteamiento también es fácil. No lo sustituye, sino que se ha suprimido para reforzar el modelo puro de incriminación de la competencia desleal y para subsanar los problemas que generaba a la hora de dar operatividad al tipo y así desvincularlo más claramente del delito de administración desleal. En consecuencia, y refiriéndose a los dos sujetos de la relación corrupta (tanto en el cohecho activo como en el pasivo), es el elemento que permite, como se ha señalado, desplazar del ámbito típico los cohechos impropios relacionados con los arts. 420, 421 y 422 CP.

d) La opción por un modelo puro de incriminación de la competencia cumple el principio de antijuridicidad material

Esta opción ¿implica expansión del Derecho penal? La propia Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal reconoce la ineficacia de las normas de la anterior Ley de Competencia Desleal: “ni siquiera dentro de sus limitaciones podían considerarse eficaces, debido a la escasa calidad y flexibilidad de su aparato sancionador. El régimen de la competencia desleal se había convertido así en un escenario normativo languideciente, al amparo del cual pudieron proliferar prácticas concurrenciales incorrectas que en no pocas ocasiones han ocasionado un grave deterioro de nuestro tráfico mercantil”. Y, por otro lado, con los mecanismos sustantivos y procesales

de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

previstos en la Ley, añade la Exposición de Motivos, “se pretende multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción”. Igualmente ocurre con el Preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia que “tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia”.

Es decir, si las demás instancias jurisdiccionales se han mostrado insuficientes para atajar estas conductas colusorias, el Derecho penal tendrá, en estos casos, al menos, un valioso efecto preventivo. Es decir, si la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia, como reconocen en sus respectivas Exposiciones de Motivos, no han sido capaces de frenar esta lacra, tendrá que actuar el Derecho penal sometido al principio de fragmentariedad, sancionando las conductas que distorsionen gravemente las condiciones de competencia del mercado, partiendo de que el bien jurídico “lealtad competitiva” es un principio rector de la economía de mercado cuyo menoscabo, a través de comportamientos corruptos, justifica el recurso a la sanción penal, cuando esos comportamientos perturben gravemente el funcionamiento concurrencial del mercado y siempre que no haya medios menos lesivos pero eficaces para solucionar estas prácticas. El tipo penal es así un refuerzo de la protección civil de este interés jurídico. Por tanto, considero legítima la incriminación⁷⁰ de estas conductas, más allá de los compromisos adquiridos para cumplir las directrices europeas. A pesar de ello, se corre el riesgo, como ha ocurrido en otros ámbitos (piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la ordenación del territorio), de que las sentencias condenatorias sean testimoniales, como lo eran las conductas colusorias sancionadas a través de las leyes relativas a la competencia, convirtiéndose tanto las leyes mercantiles como las penales en Derecho simbólico. Sin embargo, ello no es suficiente motivo para desistir de su tipificación; al contrario, ésta debe ir acompañada, bien de la necesaria voluntad política para atajar el problema, bien de los medios precisos (por ejemplo, reforzar los mecanismos para la detección de las falsedades en la información contable de las empresas) para desentrañar la dificultad probatoria de este complejo delito.

⁷⁰ A favor de su criminalización, FARALDO CABANA, «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *Estudios Penales y Criminológicos*, (23), 2001, p. 98; GILI PASCUAL, *RDPC*, (19), 2007, pp. 255 ss. También se ha pronunciado en este sentido el Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009 (29-10-2009) al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal. Con condiciones, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 285 ss., al considerar (se pronunciaron antes de que existiera el tipo penal) que la criminalización debe exigirse, junto con el menoscabo sustancial de la competencia, la infracción de deberes y adicionalmente, deberá exigirse, al menos, peligro concreto -de difícil constatación- para el patrimonio de terceros. Igualmente, ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, pp. 124 ss. En contra de su criminalización, FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, 2003, pp. 25 ss.; VENTURA PÜSCHEL, «Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, 2010, pp. 263 s., 266; EL MISMO, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, pp. 322 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 5ª ed., 2016, p. 383; QUERALT JIMÉNEZ, *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 816, quien añade que la duda del Legislador a la hora de establecer la penalidad contribuye a debilitar la prevención general.

e) Destinatarios del soborno y de la dádiva

La LO 1/2015 ha ampliado los destinatarios favorecidos tanto del soborno como de la dádiva, de tal manera que ahora puede ser beneficiario del soborno alguien distinto del que otorga la dádiva y puede beneficiar indebidamente alguien distinto del que recibe la dádiva. Antes de la citada reforma esta dualidad sólo era posible en el cohecho activo. Al mismo tiempo, actualmente, la dádiva puede solicitarse *para sí o para tercero* en el cohecho pasivo, y puede entregarse al que va a otorgar el beneficio indebido *o a un tercero*, en el cohecho activo. Antes de la citada modificación, no era típica la solicitud o recepción de la dádiva (en el cohecho pasivo) o la entrega, ofrecimiento o promesa de la dádiva (en el cohecho activo) que tuviera como destinatario un tercero⁷¹.

Salvo que se pruebe la connivencia, lo que determinaría la aplicación de las reglas de autoría y participación en delitos especiales, el beneficiario de la dádiva ajeno al pacto corrupto es impune. Igualmente, sin probarse ese acuerdo, el beneficiario del favorecimiento indebido ajeno al pacto corrupto tampoco será responsable penalmente por este delito, dejando a salvo la posibilidad de aplicarle la participación a título lucrativo conforme al art. 122 CP⁷².

f) Ampliación del ámbito del soborno

La LO 1/2015 ha ampliado el ámbito del soborno a cualquier tipo de relación comercial, aunque no consista en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios *profesionales* (reza ahora el precepto: *contratación de servicios o en las relaciones comerciales*). Recordemos que la redacción de la LO 1/2010 se limitaba a la adquisición o venta de mercancías o a la contratación de servicios *profesionales*. Con la actual redacción, ya no quedarán al margen del ámbito típico las conductas de corrupción relacionadas con la contratación de servicios no prestados por profesionales en sentido estricto⁷³, y con la segunda modificación se permite englobar no sólo cualquier tipo de contratación de bienes o servicios en el mercado⁷⁴, sino también⁷⁵ cualquier acto de comercio preparatorio de la transacción en sí, lo que además de no estar justificado, supone excederse de los dictados de la propia DM, en cuyo art. 2.3 dispone que los Estados Miembros podrán declarar que limitarán el ámbito de aplicación del art. 2.1 (conductas que deben sancionarse

⁷¹ Conforme a la redacción de este tipo por LO 5/2010, el dador de la dádiva podía ser el favorecido indebidamente en la contratación o el favorecido podía ser un tercero. En efecto, rezaba el precepto: "Quien (...) prometa, ofrezca o conceda a directivo (...) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero (...)". Sin embargo, en el cohecho pasivo debían coincidir el receptor de la dádiva y el que favorecía indebidamente: "(...) El directivo (...) que reciba, solicite (...) un beneficio (...) con el fin de favorecer (...) a quien le otorga". La LO 1/2015 modifica a este respecto el tipo penal de la forma siguiente (ampliando tanto el destinatario de la dádiva como el del favorecimiento indebido): "El directivo (...) que reciba (...) un beneficio (...) para sí o para un tercero como contraprestación para favorecer a otro" –es decir, a cualquiera–, y en el cohecho activo: "quien prometa (...) a directivos (...) un beneficio (...) para ellos o para terceros como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero".

⁷² Sin embargo, como indica ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, p. 393, será difícil que pueda ser calificado como tal, pues este beneficiario del favorecimiento indebido "va a realizar una conducta onerosa: comprar o vender un bien o prestar un servicio como consecuencia del acto de favorecimiento".

⁷³ En efecto, como manifestaba QUERALT JIMÉNEZ, *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, p. 813, conforme a la redacción del tipo antes de la reforma de 2015 quedaban excluidos los servicios no profesionales.

⁷⁴ PUENTE ABA, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del CP de 2015*, 2015, p. 917; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 5ª ed., 2016, p. 388.

⁷⁵ Véase GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 573.

como infracciones penales), a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación *con la adquisición de bienes o servicios comerciales*.

3.3 Penalidad y problemas concursales

No se sabe muy bien por qué el legislador ha optado por imponer unas penas tan elevadas para este delito (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), que superan incluso las previsiones de la DM⁷⁶ las cuales oscilan en su duración máxima entre uno y tres años de privación de libertad. Esta discordancia se ha agudizado más tras la reforma del tipo penal operada por LO 1/2015, al prever un tipo agravado en el art. 286 quáter CP -que contempla la imposición de las penas en su mitad superior pudiendo llegar hasta la superior en grado- cuando los hechos resultaran de especial gravedad, si bien es cierto que es un precepto común que agrava la penalidad de las conductas vinculadas tanto al delito de corrupción privada, que estamos estudiando, como al de corrupción internacional (art. 286 ter CP).

Quizá la razón estribe en la gravedad que la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 atribuye a la deslealtad competencial, afirmando que “con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no sólo para sus protagonistas inmediatos sino para otras muchas personas”. Sin embargo, parece que se trata de una previsión penológica efectista o simbólica, si pensamos que el art. 286 bis 3 permite rebajar la pena en grado (por tanto, dejándolo entre tres y seis meses) atendiendo a la menor gravedad de la conducta, centrada bien en la poca trascendencia de las funciones del culpable -sin determinar- o a la escasa cuantía del beneficio o al valor de la ventaja.

Con esta amplitud de marco penal, es decir, con este juego de atenuación previsto en el art. 286 bis 3 CP, se permite al juez valorar si se ha producido finalmente la aceptación (cohecho pasivo) o el pago del soborno (cohecho activo), o solamente se ha probado la solicitud (cohecho pasivo) o el ofrecimiento (cohecho activo). Estas dos últimas modalidades suponen un estadio anterior del *iter criminis* pero, al equipararse a efectos penológicos el simple ofrecimiento, promesa o solicitud al pago o a la aceptación, no es posible la rebaja de la pena por tentativa⁷⁷. Por ello, esta previsión de atenuación permite modular ambos estadios.

⁷⁶ Artículo 4 Sanciones penales y de otro tipo: “1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en los artículos 2 y 3 sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias. 2. 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. 3. 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”.

⁷⁷ Aunque, como afirma NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (10), 2002, p. 69, ello hubiera sido lo deseable.

Asimismo, la potestad de atenuación de la pena permite limar la disfunción penológica con el delito de administración desleal que tras la reforma por LO 1/2015 ha quedado en pena de prisión de seis meses a tres años. Y ello, a pesar de que el artículo 252 CP requiere la infracción de las facultades para administrar un patrimonio ajeno excediéndose en el ejercicio de las mismas y la causación de un perjuicio económico. Por otro lado, la vulneración del bien jurídico en el delito de administración desleal, la integridad del patrimonio administrado, no tiene la trascendencia, en cuanto a la distorsión en el mercado, prevista en la corrupción en el sector privado. Por ello, como desarrollaré a continuación, podrá aplicarse un concurso ideal medial acogiendo así el total desvalor de la conducta, cuando, infringiéndose el deber de lealtad, mediante el soborno se perjudique el patrimonio de la propia empresa y al mismo tiempo se distorsione gravemente la competencia en el mercado.

Por otra parte, cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis la persona jurídica sea responsable de este delito, se impondrá, según determina el art. 288 CP, una pena de multa que oscila entre dos y cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad, y de multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Con esta previsión se superan las críticas efectuadas sobre la redacción de 2010⁷⁸, en el que la multa no giraba en torno al beneficio obtenido (tal como establecía la propia previsión del art. 288⁷⁹ en relación con los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286 CP), lo que carecía de justificación. El hecho de que la responsabilidad penal de la persona jurídica por este delito conlleve una pena de multa proporcional al beneficio obtenido -y no una multa proporcional al valor de la dádiva- es una muestra más de que el Legislador parece haber optado por castigar únicamente la modalidad activa del soborno entre particulares cuando éste se realiza en el ámbito de una mercantil, de forma idéntica a la elección de la multa proporcional para castigar el cohecho de los negocios de ámbito internacional, que incrimina únicamente, como es sabido, la modalidad activa del cohecho (art. 286 ter CP). Esta interpretación, además, resulta coherente con la exigencia del art. 31 bis 1 a) CP concretada en que, para hacer responsable penalmente a la persona jurídica

⁷⁸ Así, VENTURA PÜSCHEL, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 327; EL MISMO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. II, 2011, p. 678.

⁷⁹ El art. 288 CP sufre un retoque conforme a la LO 1/2019 de 20-2, del modo siguiente: "1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 (se suprime el 285) y 286:

a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quáter (se añaden estos tres últimos preceptos) y 286 bis al 286 quáter:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

3.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33".

de los delitos cometidos por sus representantes legales, éstos han de hacerlo en beneficio directo o indirecto de la empresa. Por el contrario, lo que habitualmente sucede en el cohecho pasivo de corrupción privada (art. 286 bis 1 CP) es que el administrador recibe el beneficio a título particular, por lo que la sociedad, en la mayoría de los casos, sufrirá un perjuicio, pasando a ser sujeto pasivo de un probable delito de administración desleal (art. 252 CP) en la que el sujeto activo es el administrador corrupto.

En el hipotético caso de que el administrador o representante legal, sujeto activo del cohecho pasivo de particulares, actúe en beneficio de la empresa, será aplicable el art. 288 en relación con el art. 31 bis 1 a). Si es el empleado o colaborador el que realiza este delito de corrupción privada pasiva en nombre y en beneficio de la empresa, la incomprensible omisión de estos sujetos en el art. 31 bis 1 a), que parecía impedir la apreciación en estos casos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es salvada convincentemente por ENCINAR DEL POZO⁸⁰, por la vía del art. 31 bis 1 b) al no haberse ejercido sobre ellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Prevé, por último, el mencionado precepto, que los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33. Debe tenerse en cuenta que algunas de estas sanciones adicionales son inviables en el delito que nos ocupa y otras resultan desproporcionadas en atención a la gravedad del mismo⁸¹.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la Directiva Europea 2014/42/UE, de 3 de abril *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, que se transpone al Código penal en la reforma por LO 1/2015, en los actuales arts. 127 y ss., con la posibilidad de aplicar el decomiso ampliado (referido a otras actividades ilícitas del condenado que si bien no han sido probadas plenamente, si puede entender el juzgador que vienen avaladas por indicios, siempre que sean “fundados y objetivos”)⁸² a los delitos de corrupción en los negocios -art.127.1 bis aptdo g) CP-. Por su parte, el decomiso de bienes de terceros, que se introduce en el art. 127 quáter por transposición de la mencionada Directiva, es especialmente relevante en el delito que nos ocupa pues es habitual la transmisión de bienes que tienen su origen en esta actividad delictiva a terceras personas -testaferros-⁸³.

Por lo que respecta a la perseguibilidad de estas conductas, el cohecho en los negocios será más fácilmente perseguible por aplicación del principio de justicia universal recogido en el art. 23.4 n) LOPJ donde se incluye este delito (modificación efectuada por LO 1/2014, 13-3), añadiéndose la

⁸⁰ ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, pp. 463 s.

⁸¹ Ampliamente, CASTRO MORENO, en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma penal: LO 5/2010*, 2010, pp. 300 s.

⁸² El Legislador aporta un catálogo abierto de estos indicios que deberán ser valorados para resolver sobre el decomiso: la desproporción entre el patrimonio del sujeto responsable de alguno de los delitos contenidos en el catálogo y sus medios de vida lícitos; la ocultación intencionada de su patrimonio mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o mediante el recurso a paraísos fiscales; o su transferencia mediante operaciones que dificulten su localización o seguimiento, y que carezcan de justificación económica. Sobre el decomiso de ganancias en los delitos de corrupción, *vid.*, CASTELLVÍ MONSERRAT, «El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, 2017, pp. 341 ss.

⁸³ MENDOZA BUERGO, «Corrupción en los negocios», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal Memento Práctico Penal*, 2019, p. 1405.

exigencia de que, para que los tribunales españoles puedan perseguirlo, el procedimiento ha de dirigirse contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o en relación con personas jurídicas con sede o domicilio social en España y en este caso además no puede castigarse al funcionario.

Abundando en los problemas concursales, como adelantaba anteriormente, los casos de pagos corruptos y, por tanto, delictivos o, al menos ilícitos, que realizan o reciben los administradores en interés y con beneficio efectivo de las sociedades administradas, son los que presentan más dificultades de subsunción en alguno de los tipos que se vienen analizando: el de competencia desleal del artículo 286 bis, por un lado, y el de administración desleal del art. 252 CP (tras la Reforma por LO 1/2015 no limitado al ámbito de sociedades) o en su caso de apropiación indebida del art. 253 CP⁸⁴, por otro.

Con respecto al delito de apropiación indebida⁸⁵, la SAN 31-03-2000, RJ 107 (Caso Banesto), ya dejó claro que los pagos hechos por los administradores de una empresa con fondos sociales, aun cuando se hagan con fines ajenos al propio tráfico de la empresa administrada, si redundan en provecho de ésta, no pueden dar lugar al delito de apropiación indebida, por tratarse de un delito contra el patrimonio de la sociedad administrada y haber resultado beneficioso para la misma los pagos realizados con los fondos sociales.

En relación con el delito de administración desleal, se trata, como es sabido, de un delito de resultado de lesión que se consuma con la realización de un resultado perjudicial que, vinculándolo con el bien jurídico protegido en este delito, supone el perjuicio económico del patrimonio administrado⁸⁶. Obviamente, la concreción del bien jurídico protegido en cada una de estas figuras debe ser el criterio que nos permita delimitarlas, que en el caso del delito de corrupción de particulares ya se ha concretado en la leal competencia o la transparencia en el mercado.

Desde esta perspectiva, los pagos ilícitos relacionados con la corrupción realizados por los administradores (corrupción activa) y que conllevan como resultado un perjuicio al patrimonio administrado, constituyen, además de un delito de corrupción privada, un delito de administración desleal. Sin embargo⁸⁷, cuando el pago de sobornos se realiza beneficiando a la sociedad administrada de forma que este pago de sobornos constituya una disposición patrimonial que quede compensada ampliamente por los beneficios que posteriormente se obtengan para la misma (calificado así este pago como gasto necesario), no perjudica el patrimonio de la sociedad sino al contrario, lo incrementa (por ejemplo, un soborno que implique captación de nuevos

⁸⁴ No olvidemos, además, que antes de la reforma de 2015, a los problemas concursales irresolubles detectados si se mantenía un modelo mixto de protección en el tipo del art. 286 bis, se añadían los que derivaban de las propias relaciones concursales ya complejas entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal (hasta ese momento de sociedades), en las que la interpretación jurisprudencial del TS hacía prácticamente inoperante el delito de administración desleal.

⁸⁵ Los hechos que analiza la sentencia transcurrieron antes de la entrada en vigor del CP 1995, momento, como es sabido, en que se introduce el delito de administración desleal.

⁸⁶ De modo amplio, CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 175 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «Corrupción y delito de administración desleal», en EL MISMO, *Estudios penales*, 2001, p. 203.

⁸⁷ Véase GÓMEZ BENÍTEZ, en EL MISMO, *Estudios penales*, 2001, pp. 195 ss.; EL MISMO, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, 2001, pp. 161 ss.; NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (10), 2002, p. 65.

clientes), de modo que no lesiona el bien jurídico protegido a través del tipo de administración desleal.

Se trata, siguiendo a GÓMEZ BENÍTEZ⁸⁸, de supuestos en los que el administrador se somete a una realidad corrupta existente no buscada por él y necesaria para el objeto social; se trata de casos en los que la sociedad es la auténtica víctima de la corrupción previa existente que, por tanto, no implican un abuso de las facultades de administración ni, en consecuencia, de administración desleal. En otras palabras, el criterio de delimitación siguiendo la teoría de este autor para subsumir o no estos supuestos en el delito de administración desleal, es el de distinguir los casos en los que el administrador se somete a una realidad preexistente, de corrupción inevitable, en la que éste se ve abocado a un pago ilícito con el fin de entrar en el mercado para el desarrollo del objeto social, frente a aquellos casos de corrupción agresiva en los que el soborno es un medio para alterar esas mismas reglas de juego del mercado⁸⁹.

Evidentemente, se sostiene este argumento partiendo de la teoría económica⁹⁰ del patrimonio que es la que creo que debe mantenerse en el ámbito de los delitos societarios a pesar de que el art. 252 CP (administración desleal genérica) tras la reforma por LO 1/2015 ya no exige que el patrimonio sea económicamente evaluable (recordemos que el delito societario de administración desleal del antiguo art. 295 sí que requería expresamente que el resultado fuera *un perjuicio económicamente evaluable*). Desde la teoría personal del patrimonio, en cambio, estos pagos ocasionarían un perjuicio patrimonial al constituir un acto de disposición abusivo pues se ha alterado la finalidad del objeto social, por lo que la inevitabilidad del soborno para la empresa habría de discutirse, como mantiene NIETO⁹¹, a lo sumo en sede de justificación.

A todo ello⁹² se suma la dificultad de constatar la quiebra del deber de lealtad o la dificultad de probar en su caso el perjuicio patrimonial, lo que hace que la aplicación de la administración desleal especialmente a los supuestos de cobro de comisiones (hipotéticos casos de cohecho privado pasivo⁹³) resulte en la práctica sumamente discutible. Es más, ante la imposibilidad de constatar que había una expectativa patrimonial cierta que ha sido lesionada por el contratante, deberá

⁸⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, en EL MISMO, *Estudios penales*, 2001, p. 205.

⁸⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, en EL MISMO, *Estudios penales*, 2001, pp. 205 s.; EL MISMO, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, 2001, pp. 171 s. En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, p. 236. Expone esta teoría, aunque discrepa de ella, NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (10), 2002, pp. 65 s.

⁹⁰ En sentido contrario, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «La llevanza de cajas B y los pagos de corrupción a la luz del delito de administración desleal del nuevo art. 252 CP», *LH-Maza Martín*, 2018, p. 9 (disponible en: [https://uc3m.gtbbib.net/sod/usu/\\$UCAR/documentos/%21OGP1_%24UCAR_13903071_3903071.pdf](https://uc3m.gtbbib.net/sod/usu/$UCAR/documentos/%21OGP1_%24UCAR_13903071_3903071.pdf)) optando por una concepción jurídica de patrimonio, en la que todo pago por corrupción realizado por el administrador se considera desleal y, por tanto, ocasiona el perjuicio típico. En consecuencia, conforme a esta teoría, el enriquecimiento fruto del pago de corrupción no elimina, en modo alguno, el perjuicio. También PASTOR MUÑOZ, «Administración desleal», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, 2016, p. 445.

⁹¹ NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (10), 2002, pp. 66 s.

⁹² Como acertadamente mantiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, pp. 237 ss. De hecho, en Alemania, como analiza este autor, se limitan vía jurisprudencial los casos de administración desleal a la infracción de un deber cualificado de lealtad.

⁹³ Como, por ejemplo, las comisiones recibidas por el médico de una clínica privada para prescribir medicamentos del laboratorio que le soborna frente a los demás. Sobre cobro de comisiones, vid., AAP Valencia, 5ª 113/2018, de 7 febrero.

presumirse que la comisión estaba incluida en el precio y que, por tanto, no había posibilidades de mejorar la oferta⁹⁴.

A mayor abundamiento⁹⁵, en aquellos casos de adjudicación de contratos en los que la conducta consiste en abonar comisiones a cambio de recibir información sobre las ofertas de los demás competidores a fin de mejorarlas y así obtener la adjudicación, en el que se constata un beneficio para ambas partes (siempre que esa mejor oferta sea muy inferior a la cuantía de la comisión), se vulnera simplemente la competencia leal.

Y ¿qué ocurre cuando el administrador recibe el dinero del soborno (corrupción pasiva)? Habremos de llegar a la misma conclusión: será administración desleal cuando el administrador no contrata con la empresa más económica sino con la que le ha abonado la comisión para su enriquecimiento personal; o cuando el coste del soborno se integra aumentando el precio final de una operación, porque ese bien se ha adquirido por la empresa por un coste superior al de mercado⁹⁶, en ambos casos le ha producido un perjuicio patrimonial económicamente evaluable a la misma. En cambio, si ese sujeto ha recibido el dinero del soborno, pero no ha conseguido probarse el perjuicio –o incluso se ha constatado un beneficio posterior para la empresa, lo cual en el caso de la corrupción pasiva será excepcional-, pero sí la competencia desleal, podrá integrar el tipo del art. 286 bis.

Pues bien, estos casos, bien de *corrupción inevitable o preexistente*, bien de pagos de comisiones en los que, o no puede probarse el perjuicio patrimonial –no olvidemos que el art. 286 bis CP está configurado como un delito de mera actividad-, o simplemente suponen un acto de disposición que beneficia a la empresa en un momento inmediato, son los casos que deben incluirse en el tipo del art. 286 bis, cuando mediante ellos se vulnera de forma grosera –se trata de un bien jurídico supraindividual- la competencia leal en el mercado y siempre que, como creo debe hacerse, se desvincule estos actos de soborno de cualquier interpretación derivada del deber de fidelidad hacia la propia empresa (y más aún después de la eliminación del “incumplimiento de las obligaciones”).

Asimismo y desde esta perspectiva de desvinculación del deber de lealtad hacia la propia empresa, el consentimiento⁹⁷ del empresario no supondrá en ningún caso menor merecimiento de pena en relación con la conducta realizada por cualquiera de los sujetos activos del art. 286 bis. Es más, dado que el bien jurídico *competencia leal* no se proyecta frente al empresario de la empresa que

⁹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, pp. 240 ss.

⁹⁵ Siguiendo nuevamente a GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, p. 241, quien abunda a propósito del caso del escándalo de basuras en Köln: en el proceso de adjudicación del servicio de basuras el representante de una empresa sobornó al adjudicador para que le comunicara la oferta más económica y así poder mejorarla.

⁹⁶ En este sentido, NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (10), 2002, p. 68.

⁹⁷ Por el contrario, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, pp. 241 s.; también GILI PASCUAL, *RDPC*, (19), 2007, p. 286, otorgan relevancia al consentimiento del empresario en relación con las conductas de sus empleados llegando a reputarlas de atípicas o con un merecimiento de pena sustancialmente menor. Igualmente, desde la perspectiva de la infracción del deber *ad intra*, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 279 s. y 283 ss.; BLANCO CORDERO, «De la corrupción entre particulares», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2011, p. 1114; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, pp. 357 s., consideran que el consentimiento del empresario determina la atipicidad de la conducta.

realiza o acepta el soborno sino frente a los terceros a quienes se impide competir en el mercado, su consentimiento en relación con las conductas de sus dependientes (empleados, colaboradores, etc.) supondrá la propia conducta de éstos en comisión por omisión, en la medida en que su aceptación equivale a la acción (bien a la recepción: 286 bis. 1, bien al pago: 286 bis. 2 de sobornos).

Más aún, si el bien jurídico en el delito de administración desleal es la integridad del patrimonio administrado, y en el de corrupción privada la libertad y la lealtad en la competencia, la adopción de un modelo puro de protección permite apreciar un concurso ideal medial⁹⁸ cuando, infringiéndose el deber de lealtad, mediante el soborno se perjudique el patrimonio de la propia empresa y al mismo tiempo se distorsione la competencia en el mercado. Si, por el contrario, exigimos la infracción de un deber de lealtad para consumir la conducta del art. 286 bis, vinculando así administración desleal y competencia desleal, los casos en los que no se constate el perjuicio al patrimonio social o aquellos en los que el soborno incremente el patrimonio de la empresa, o en los que no se haya infringido un deber cualificado de lealtad, son atípicos, aun cuando se vulnere la competencia, pues asumiendo un modelo mixto de protección no se cumple una parte del desvalor de esta conducta. Y en los casos en los que se constate un perjuicio para la sociedad y se exija además, según el modelo mixto, una infracción del deber, el delito de corrupción de particulares siempre quedaría absorbido por el delito de administración desleal⁹⁹. Por tanto, conforme este modelo de protección, nunca sería aplicable el delito de corrupción de particulares.

4. Conclusión

No estoy de acuerdo en vincular la competencia desleal a la administración desleal en cuanto que la infracción del deber del representante es extremadamente difícil de constatar¹⁰⁰. Es aconsejable reducir la corrupción privada a la competencia desleal, y la infracción de deberes, cuando pueda probarse el perjuicio patrimonial, al delito de administración desleal. Ello queda corroborado además tras la supresión del “incumplimiento de las obligaciones” por la LO 1/2015. De lo contrario nunca podrá ser operativo el delito de corrupción de particulares pues siempre estará absorbido por la conducta de administración desleal.

En consecuencia, opto por interpretar el art. 286 bis como modelo puro de incriminación de la competencia desleal, basado en el incumplimiento de obligaciones específicas extrapenales derivadas de la LDC y de la LCD y no en la infracción de deberes hacia el empresario. Por eso

⁹⁸ ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, p. 409 es partidario de apreciar concurso ideal por unidad de acción.

⁹⁹ De otra opinión, BOLEA BARDON, en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, 2016, p. 110, nota 32, afirmando que “es el delito de corrupción privada el que absorbe la conducta de administración desleal, siempre que se acepte que el administrador que se queda con la peor oferta a cambio de una comisión realiza una conducta idónea para perjudicar el patrimonio administrado. De ahí, que quepa apreciar un concurso de leyes en favor del delito de corrupción privada en aplicación del principio de especialidad, lo que se justifica además atendiendo a la pena prevista para el delito de corrupción privada (más grave) en comparación con la establecida para el delito de administración desleal previsto en el nuevo art. 252”.

¹⁰⁰ Véase GÓMEZ BENÍTEZ, en EL MISMO, *Estudios penales*, 2001, pp. 195 ss.; EL MISMO, *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, 2001, pp. 161 ss.; NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (10), 2002, p. 65.

abogué por la supresión de la cláusula estudiada porque suponía un defecto de técnica legislativa que frustraba la incriminación de estas conductas. Todo ello, junto con el proceso masivo de privatización que ha supuesto la transferencia al sector privado de importantes recursos económicos, antes gestionados por el sector público, y junto al fenómeno de la corrupción en el mundo globalizado que exige abordar el problema desde la globalización de la estrategia anticorrupción, supone, a mi juicio, merecimiento de sanción penal más allá de los compromisos internacionales. En este sentido, la incriminación va a tener un valioso efecto preventivo y de refuerzo de las sanciones civiles en este ámbito.

En cualquier caso, toda estrategia anticorrupción exige complementar la anterior previsión con el refuerzo de los mecanismos de prevención de la corrupción en las empresas, por ej., haciendo hincapié en la detección de las falsedades en la información contable (para sancionar la famosa caja B con la que se pagan los sobornos): probar las falsedades contables resulta más fácil que delimitar los distintos elementos del delito de cohecho. Toda esta estrategia deviene inútil si no se cuenta con la colaboración de las empresas. Para ello, como es sabido, en las últimas décadas, se están implantando los convenios anticorrupción¹⁰¹ que incentivan el descubrimiento de infracciones o, de colaboración con la justicia aplicando una importante rebaja de la pena que puede llegar incluso hasta su condonación. Convenios anticorrupción que descansan en el modelo fundamentado en la culpabilidad por defecto de organización, basado en el principio político criminal “palo o zanahoria”: si una empresa se organiza internamente para prevenir (a través de los programas de *compliance* que aplican los estándares de conducta empresarial, implementan los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo en sentido amplio permitiendo prevenir la corrupción) y descubrir infracciones o, simplemente, colabora con la Justicia delatando al empleado que cometió una determinada infracción, quedará exenta de responsabilidad criminal si se cumplen los requisitos del art. 31 bis 4 CP. Por el contrario, si se ha organizado mal y no dispone de mecanismo preventivo alguno y además no colabora *ex post*, la sanción se aplicará en sus cotas más altas. Sirve, por tanto, para alentar la eficiencia y limitar los sobornos, con una táctica, basada en parte en la delación, que evidentemente es discutible.

En efecto, en la última reforma del Código penal por LO 1/2015, la anterior atenuación de la pena prevista para las empresas infractoras que, una vez, descubiertas, adoptaran protocolos de prevención del delito dentro de la empresa, ahora se convierte en exención de responsabilidad en las condiciones previstas en el art. 31 bis 4 CP (si, antes de la comisión, del delito la persona jurídica “ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”).

Sin esta ayuda imprescindible de los mecanismos de prevención, este tipo deviene ineficiente. A pesar de ello, es significativo que en 9 años de vida del precepto, a fecha actual –salvo error u omisión por mi parte– sólo haya una sentencia condenatoria¹⁰².

¹⁰¹ Ampliamente, NIETO MARTÍN, *Revista Penal*, (12), 2003, pp. 3 ss.; ENCINAR DEL POZO, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 2016, pp. 455 ss.

¹⁰² SAP Barcelona, 9ª, 173/2018, 28-2. Por otra parte, a fecha de cierre de este trabajo, consta por la prensa el Auto de procesamiento del Juzgado de instrucción nº 31 de Madrid (21-2-2019) y de apertura de juicio oral (22-5-2019)

5. *Tabla de jurisprudencia*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Barcelona, 9ª, 28.02	173/2018 (ARP 2018\502)	María Isabel Cámara Martínez
AAP Madrid, 4ª, 27.10	777/2016 (JUR 2016\255185)	María José García-Galán San Miguel
AAN, 27.10	466/2015 (2016\15044)	Juan Francisco Martel Rivero
AAN, 26.10	462/2015 (2016\14582)	Juan Francisco Martel Rivero
AAN, 23.09	545/2016 (JUR 2016\207513)	Carmen Paloma González Pastor

por delito de corrupción de particulares por parte del Magistrado Antonio Serrano-Arnal contra Rodrigo Rato por cobrar comisiones por el presunto trato de favor en la concesión de contratos publicitarios de *Bankia* a dos agencias llamadas *Zenith* y *Publicis*. El auto señala que recibió 835.000 euros en una de sus empresas. El juez considera "indiciariamente acreditado" que durante los ejercicios 2011 y 2012, *Bankia* contrató servicios de publicidad con las empresas *Publicis* y *Zenith Media* a cambio de una comisión de 2,02 millones de euros que esas mercantiles pagaron a *Albisa Inversiones*, controlada por Alberto Portuondo, el presunto testaferro del exministro de Economía. De esa cantidad, *Albisa* transfirió 835.024,64 euros a una de las empresas controladas por el ex político, *Kradonara 2001*. Según la investigación, esa sería su parte en la comisión. https://elpais.com/economia/2019/02/21/actualidad/1550757621_842768.html Igualmente, *vid.*, AAN 466/2015, 27-10; AAN 462/2015, 26-10; AAN, 4ª, 545/2016, 23-9. AJCI, nº 5, 4-5-2016 JUR 2017\134644; AJCI, 17-6-2015: admisión a trámite de querrela por existencia de varios contratos y documentos simulados entre los clubes de fútbol FC Barcelona y Santos de Brasil por el traspaso de un jugador que pueden evidenciar la alteración de las reglas del libre mercado de fichajes de futbolistas, perjudicando a la querellante que tenía el 40% de los derechos económicos del jugador, evitando con estas maniobras que el jugador entrase en el mercado, obteniendo más dinero que el que ofrecía el FC Barcelona por su traspaso. Este presunto delito se cometió en Brasil. Se planteó falta de competencia de la AN y, en principio, sólo se juzgaría por estafa en Barcelona. Sin embargo, noticia en la prensa, 3 de febrero 2019: Caso fichaje Neymar Jr. Será juzgado en España él, los padres, los presidentes del Barça y el Santos por estafa impropia y corrupción entre particulares. Por tanto, la AN confirma su competencia. <https://www.deia.eus/2019/02/03/deportes/futbol/neymar-jr-sera-juzgado-por-corrupcion-y-estafa-en-espana>. *Vid.*, asimismo, AJCI 8-7-2016: sobreseimiento provisional: ausencia de indicios de la comisión de los delitos de corrupción entre particulares pues quedan fuera del tipo las propuestas encaminadas a excluir la competencia realizando mejores ofertas o propuestas más atractivas. AJCI, nº 5, 8-9-2015 aceptando la competencia por presunta existencia en la empresa *Fitonovo SL* de una actividad planificada dirigida a adjudicarse por medios fraudulentos contratos públicos.

AJCI, 17.06	Nº 5 (ARP 2015\622)	José de la Mata Amaya
AJCI, 08.09	Nº 5 (JUR 2015\210348)	José de la Mata Amaya
AJCI, 04.05	Nº 5 (2017\134644)	José de la Mata Amaya
AJCI, 08.07	2016\766	José de la Mata Amaya
AAP Valencia, 5ª, 07.02	113/2018 (JUR 2018\111010)	Jesús Leoncio Rojo Olalla
AJI Madrid, 21.02 y 22.05	Nº 5	Antonio Serrano-Arnal

6. Bibliografía

ANDRÉS DOMÍNGUEZ (2013), «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», en ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 339 ss.

BENITO SÁNCHEZ (2016), «La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*», en GRAFFE GONZÁLEZ (coord.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, pp. 115 ss.

————— (2015), «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, (63-1), enero-junio, pp. 205 ss.

————— (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid.

BLANCO CORDERO (2015), «Art. 286 bis», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, t. III, Lex Nova, Valladolid, 2015, pp. 539 ss.

————— (2011), «De la corrupción entre particulares», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, pp. 1109 ss.

BOLEA BARDON (2016), «El delito de corrupción privada: Bien jurídico y ratio legis», en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Dykinson, Madrid, pp. 101 ss.

————— (2013), «El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.

CARBAJO CASCÓN (2004), «Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión», en RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 127 ss.

CASTELLVÍ MONSERRAT (2017), «El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 341 ss.

CASTRESANA FERNÁNDEZ (2004), «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 213 ss.

CASTRO MORENO (2016), «Corrupción en los negocios», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 655 ss.

————— (2011), «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 619 ss.

————— (2010), «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto. Reforma penal: LO 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 291 ss.

————— (1998), *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid.

CONSEJO DE ESTADO (2009), *Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 1404/2009, de 29-10.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2008), *Informe al Anteproyecto de Código Penal*, de 14-11.

CONSEJO FISCAL (2008), *Informe al Anteproyecto de CP*, de 14-11.

CONTRERAS ALFARO (2005), *Corrupción y principio de oportunidad*, Ratio Legis, Salamanca.

CUGAT MAURI (2004), «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Estudios de Derecho Judicial*, (61), pp. 325 ss.

DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO (2002), «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?», en DíEZ RIPOLLÉS (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 257 ss.

————— (2001-2002), «Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Revista de Ciencias Penales*, (4), pp. 9 ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2019), «Delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 1407 ss.

————— (2008), «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código penal español», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), mayo-agosto, pp. 199 ss.

————— (2007), «El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)», *Diario La Ley*, (6740), 21 de junio, pp. 1904 ss.

ENCINAR DEL POZO (2016), *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra.

FABIÁN CAPARRÓS (2003), *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FARALDO CABANA (2011), «Art. 295», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, pp. 1135 ss.

————— (2001), «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *Estudios Penales y Criminológicos*, (23), pp. 59 ss.

FERNÁNDEZ BAUTISTA (2017), «El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP): una interpretación restrictiva», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 211 ss.

FOFFANI (2006), «La “corrupción privada”. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 381 ss.

————— (2003), «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el Derecho comparado», *Revista Penal*, (12), julio, pp. 61 ss.

GARCÍA ALBERO (2015), «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, pp. 553 ss.

GIL NOBAJAS (2017), «Corrupción en los negocios privados: ¿es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho, al titular de la empresa y a la persona jurídica?», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 239 ss.

————— (2015), «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), pp. 567 ss.

GILI PASCUAL (2007), «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 de Derecho Penal y Criminología*, (19), enero, pp. 245 ss.

GÓMEZ BENÍTEZ (2001), «Corrupción y delito de administración desleal», en EL MISMO, *Estudios penales*, Colex, Madrid, 195 ss.

————— (2001) «Acuerdos sociales o abusivos: ¿impugnación o querrela?», en EL MISMO, *Estudios penales*, Colex, Madrid, pp. 207 ss.

————— (2001), *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid.

GÓMEZ BERMÚDEZ (2006), «De lege ferenda», *Cuadernos de Derecho Judicial*, (10), Madrid, pp. 263 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2008), «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *ICADE Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), mayo-agosto, pp. 225 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2016), *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 380 ss.

————— (2013), «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», en ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 699 ss.

MENDOZA BUERGO (2019), «Corrupción en los negocios», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 1400 ss.

MESTRE DELGADO (2016), «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 323 ss.

MUÑOZ CONDE (2017), *Derecho penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH (2011), «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

NIETO MARTÍN (2003), «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, (12), pp. 3 ss.

————— (2002), «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *Revista Penal*, (10), pp. 55 ss.

OLAIZOLA NOGALES (2017), «La influencia de las recomendaciones GRECO en la reforma del CP español», en QUERALT JIMÉNEZ/SANTANA VEGA (coords.), *Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 55 ss.

OLIVA GARCÍA (2002), «Información privilegiada y Derecho penal», *Diario El País*, 16 de diciembre.

OTERO GONZÁLEZ (2017), «La respuesta del derecho penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir», en CASTRO MORENO/OTERO GONZÁLEZ (dirs.), *Corrupción y Delito: aspectos de Derecho penal español y desde la perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, pp. 203 ss.

————— (2016), «La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015», en *Cuadernos de José María Lidón*, (12), Bilbao, pp. 199 ss.

————— (2016), «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por lo 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)», en VILLORIA MENDIETA/ GIMENO FELIÚ/TEJEDOR BIELSA, (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, pp. 451 ss.

————— (2011), «La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el artículo 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, (87), pp. 29 ss.

PALOMO DEL ARCO (2011), «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, pp. 1644 ss.

PASTOR MUÑOZ (2016), «Administración desleal», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 441 ss.

PASTOR MUÑOZ/COCA VILA (2018), «La llevanza de cajas B y los pagos de corrupción a la luz del delito de administración desleal del nuevo art. 252 CP», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, pp. 1 ss. (disponible en : [https://uc3m.gtbbib.net/sod/usu/\\$UCAR/documentos/%21OGP1_%24UCAR_13903071_3903071.pdf](https://uc3m.gtbbib.net/sod/usu/$UCAR/documentos/%21OGP1_%24UCAR_13903071_3903071.pdf))

PUENTE ABA (2015), «Corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del CP de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 923 ss.

QUERALT JIMÉNEZ (2013), «La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010», en ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 803 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA (2004), «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción», en RODRÍGUEZ GARCÍA/FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 241 ss.

RODRÍGUEZ PUERTA (2016), «Artículo 286 ter», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, 7ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, s/p. (formato electrónico).

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ (2012), «Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 139 ss.

VENTURA PÜSCHEL (2011), «Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 669 ss.

————— (2010), «Corrupción entre particulares», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 319 ss.

————— (2010), «Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 261 ss.

————— (2009), «Sobre la tipificación de la mal llamada «corrupción entre particulares (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 487 ss.

VILLAMERIEL PRESENCIO (2005), «Algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *La Ley*, 8 de septiembre, pp. 1 ss.

VILLEGAS GARCÍA/ENCINAR DEL POZO (2019), «La reforma del delito de corrupción privada», *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, (137), marzo-abril, (disponible en: https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5520_00000000_20190301000001370000?fileName=content%2FDT0000294156_20190422.HTML&location=pi228&publicationDetailsItem=SystematicIndex)