

LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Jaime Campaner Muñoz

Abogado penalista en [Valdivia & Campaner](#)

Profesor asociado de Derecho Procesal UIB

La reforma operada mediante [LO 5/2010, de 22 de junio](#), introdujo en nuestro Código Penal (el español) un tipo hasta entonces desconocido y sin tradición jurídica en nuestro ordenamiento: la corrupción entre particulares regulada en el [artículo 286 CP](#). En consonancia con la también novedosa regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, se modificó el artículo 288, dándole así cabida a la misma en el expresado delito.

Se trata de la transposición al ordenamiento español de la Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI, de 22 de julio, cuya finalidad es proteger eficazmente el sector privado de las amenazas a libre competencia que suponen los sobornos de los responsables de contratación de las empresas para crear o estrechar vínculos comerciales. En efecto, la expresada Decisión Marco destaca el carácter transnacional del fenómeno de la corrupción y advierte la necesidad de prevenir las conductas de soborno entre particulares en la medida en que «distorsionan la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impiden un desarrollo económico sólido».

Pudiera pensarse que se pretende fomentar una política criminal común en aras a salvaguardar la ética de los negocios, mas como ha objetado algún autor¹, ello parece francamente discutible, resultando una medida del todo innecesaria, de suerte que las conductas recogidas en el artículo 286 bis.1, 2 y 3, son perfectamente subsumibles en los tipos sancionadores —administrativos o civiles— recogidos en las normas de defensa de la competencia y en el Derecho contra la competencia desleal, normativa con la que ahora existirá un solapamiento, máxime si se toma en consideración que —como se verá a

¹ VENTURA PÜSCHEL, A., «Corrupción entre particulares», p. 322, en el capítulo 37 de la obra colectiva *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Dir. ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC).

continuación— se incrimina el mero comportamiento venal por la mera concurrencia de la venalidad, no por la lesividad de la conducta venal respecto de la libre competencia.

Las conductas típicas consisten en prometer, ofrecer o conceder (cohecho activo) o bien, de otra parte, recibir solicitar o aceptar (cohecho pasivo) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, excluyéndose, pues, cualquier otra modalidad de contratación o actividad que no guarde relación con la competencia en el mercado. Es de destacar que el tipo no exige para su consumación ni un resultado (el perjuicio patrimonial para la empresa) ni un peligro efectivo (para el expresado patrimonio), de tal manera que se configura como un delito de mera actividad.

Sujetos responsables de tales conductas pueden ser, según el precepto objeto de comentario, los directivos, empleados o colaboradores², así como también los administradores de las empresas, amén de éstas (como ya se ha avanzado), sin que se haga precisión alguna en cuanto a la inclusión de los administradores *de hecho*, siendo destacable la no inclusión de los socios o titulares de las empresas.

La cuestión basilar de la conducta típica la constituye el incumplimiento de las obligaciones. La tan traída Decisión Marco establece que «se entenderán 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 y reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate». Seguimos estando ante una formulación vaga e imprecisa. Pudiera entenderse, como ya apuntó el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de CP (versión de 2008), que el tipo se refiere a las obligaciones que los sujetos activos tienen con la entidad de la que son directivos, administradores, empleados o colaboradores. No obstante, como apunta OTERO GONZÁLEZ³, esta solución aboca a una difícil, por no decir imposible, delimitación con las correspondientes conductas previstas en el

² Sin que se precise qué debe entenderse por tales.

delito de administración desleal del [artículo 295 CP](#), cuando se ocasiona con estas conductas un perjuicio patrimonial a la sociedad. Pero —continúa argumentando esta autora— 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», lo que abocaría a la atipicidad de estas conductas. Es por ello que —concluye— el incumplimiento de las obligaciones «sólo puede referirse a las derivadas de las normas que regulan la competencia», de manera que las perjudicadas serán siempre las otras empresas (las que se han comportado siguiendo los parámetros de la ética de los negocios), «infringiéndose, así, el bien jurídico competencia desleal».

Con todo, la configuración del tipo deviene extremadamente vaga e imprecisa, lo cual atenta, a no dudar, contra el principio de legalidad (exigencia de *lex certa*) y genera inseguridad jurídica.

Otro aspecto que debe tenerse muy presente, y que tampoco viene delimitado en el tipo, es el relativo al carácter *injustificado* del beneficio o ventaja. En efecto, ésta, a pesar de la dicción literal del precepto, deberá tener suficiente entidad para, al menos potencialmente, ser capaz de influir en la toma de las decisiones comerciales descritas en el [artículo 286 bis](#). Debe, pues, entrar en juego aquí la doctrina de la «adecuación social» de la conducta⁴ como circunstancia que elimina la tipicidad de una determinada conducta en apariencia delictiva. Se trata, en suma, de considerar adecuadas socialmente y no antijurídicas aquellas «acciones determinadas o inducidas intrínsecamente por el ordenamiento ético-social histórico de la vida en sociedad», sin que quepa, obviamente, justificar la comisión de delitos por su aceptación social o por la frecuencia con la que se repiten en el día a día de una determinada sociedad en cada momento histórico. Asimismo, no puede perderse de vista el principio de insignificancia, el cual excluye la relevancia penal de comportamientos que, aun subsumibles en la dicción literal del tipo, devienen

³ «La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis.1, 2 y 3 del Código Penal». *La Ley Penal* núm. 87, noviembre de 2.011, p. 35.

⁴ Cuyo creador fue HANS WELZEL en su obra *Studien zum System des Strafrechts* («Estudios para un Sistema de Derecho Penal»).

intrascendentes y carecen, en suma, de la virtualidad precisa para poner en peligro los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico-penal.

Precisamente, en aras a no traspasar la delgada línea roja, adquiere singular relevancia para las empresas la implantación de un «*Compliance Programe*» en el que se incluya un apartado relativo a la posibilidad de ofrecer y aceptar determinados beneficios y ventajas en el seno de las relaciones comerciales o profesionales. En este sentido, por citar algunos ejemplos⁵, INDITEX no permite dar o aceptar regalos de más de cien euros, existiendo instrucciones expresas de rechazarlos o, en caso de imposibilidad, destinarlos a fines de interés social; REPSOL, por su parte, prohíbe a sus empleados atenciones que puedan «afectar a su objetividad o influir en una relación comercial, profesional o administrativa»; por último, ENDESA extiende la prohibición a cualquier tipo de regalo, equiparando éste con cualquier tipo de favor, desde «una participación gratuita en convenios», hasta la «promesa de una oferta laboral». Con todo, considero que aquellos detalles encaminados a crear un buen clima de negocio y que puedan reconducirse a la cortesía y al fomento de las relaciones públicas y comerciales (invitaciones a comidas, descuentos, etc.) deben quedar *extramuros* del Derecho penal.

Inexplicablemente, nuestro legislador ha optado por imponer unas penas⁶ que superan las previsiones de la Decisión Marco de constante referencia⁷ y de una dureza extrema si se repara en que, por ejemplo, concurriendo una circunstancia agravante y ninguna atenuante, necesariamente se produciría el ingreso efectivo en prisión del autor del delito. Esta rigidez, no obstante, se relaja mediante la previsión de un subtipo atenuado ([artículo 286 bis.3](#)) que posibilita rebajar la pena en grado, atendiendo a la menor gravedad de la conducta, tomando en consideración la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable.

⁵ Extraídos del diario *Expansión* de fecha 12 de diciembre de 2010 (<<http://www.expansion.com/2010/12/12/empresas/1292191836.html>>).

⁶ Prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

⁷ Que, en su duración máxima, oscilan entre uno y tres años de prisión.

Por último, no deja de llamar la atención que se haya creado esta nueva figura como un delito de carácter público que no requiere el ejercicio de acciones por parte del perjudicado como requisito de procedibilidad⁸, falta de previsión ésta que puede poner en serio peligro la reputación de muchas empresas. Al permitirse que cualquiera ejercite la acción penal para la incoación de diligencias previas, estamos en un campo fértil para la lesión de la imagen corporativa mediante la interposición de denuncias y/o querellas con el expresado fin, corriéndose un tan alto como gratuito riesgo de que aflore, precisamente, una nueva forma de competencia desleal.

⁸ Tal y como sucede, por ejemplo, con los delitos societarios, con algunas salvedades (artículo 296 CP).