



## La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado) (\*)

Adán Nieto Martín

*Profesor titular de derecho penal  
Universidad de Castilla-La Mancha*

### Introducción

La corrupción es, sin duda, uno de los delitos más característicos del mundo globalizado, por ello no es de extrañar que los organismos supranacionales hayan generado en los últimos tiempos diversos instrumentos con el fin de establecer estrategias comunes. En el marco europeo destacan las diversas iniciativas de la UE y el Convenio del Consejo de Europa contra la corrupción de 27-I-1999 y dentro de éstas, desde la óptica del derecho español, sorprende singularmente la formulación de un delito de corrupción en el sector privado, figura delictiva que el legislador español está obligado a introducir en nuestro ordenamiento, pues

aunque no se ha adherido el Convenio del Consejo de Europa, la Acción común de la UE obligaba a introducir esta figura delictiva antes de que concluyera el año 2000<sup>1</sup>.

Salvo error u omisión por mi parte, ni el legislador, ni la doctrina se han hecho eco de la obligación de incluir un delito de estas características. Es más, no resulta exagerado indicar que la voz corrupción privada resulta casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles. A lo sumo se hace mención a ella únicamente en el momento de proceder a una clasificación los distintos tipos de corrupción. En esta situación la metodología más fructífera pasa por analizar las distintas aristas que presenta esta tipología de

(\*) Ponencia presentada al Convegno di studi su: "La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma", Jesi, 12-13 aprile 2002.

1. Sobre la estrategia internacional contra la corrupción vid. HUBER, "La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale", RTDPE, 2001, 467 y ss.; en relación con la formulación de los delitos de corrupción en el sector privado realizada por el Convenio del Consejo de Europa y la Acción común de la UE vid. DE LA CUESTA/BLANCO CORDERO, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español?" en Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir (en prensa). En concreto, estos preceptos tienen el siguiente tenor literal:

Acción común sobre la corrupción en el sector privado (DOCE L 1998/358, pp. 2):

Art. 2. Corrupción pasiva: "A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones".

Art. 3. Corrupción activa en el sector privado: "1. A efectos de la presente acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones."

Convenio del Consejo de Europa:

Art. 7. Active bribery in the private sector: "Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue advantage to any persons who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties"

Art. 8. Passive bribery in the private sector: "Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any person who direct or work for, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain acting in breach of their duties".

conductas en el derecho comparado, para a continuación indagar y reflexionar acerca de su posible proyección —*de lege lata y lege ferenda*— en el derecho español. Y es que aunque la corrupción privada tal como está definida en la Acción común resulta una figura delictiva extraña, alguna de sus consecuencias o manifestaciones sí que alcanzan relevancia penal o la tienen en otros sectores del ordenamiento como el derecho de la competencia o el laboral a través de sanciones civiles o administrativas.

En el derecho comparado, tal como se desprende del útil informe del Max Planck Institut acerca de la corrupción<sup>2</sup>, pueden encontrarse hasta cuatro perspectivas diferentes de la corrupción privada: la laboral, la que se efectúa a partir del derecho de la competencia, la que se centra en las implicaciones penales del proceso de privatización de la administración y finalmente la que atiende a los aspectos patrimoniales de la corrupción. En lo que sigue expondré sucintamente estos enfoques (I), para a continuación analizar detenidamente la plasmación de cada uno de ellos en el sistema español (II-V). La exposición concluirá con unas breves conclusiones de *lege ferenda* (VI).

## I. La corrupción privada en el Derecho comparado

En Francia (art. L 152.6 del Código de trabajo) y Holanda (art. 328 ter CP) la corrupción entre privados es abordada desde la óptica del derecho

del trabajo. El soborno de empleados constituye una conducta que atenta contra el principio de lealtad en las relaciones laborales. Probablemente éste es el razonamiento que se esconde también en el RU tras la Prevention of Corruption Act de 1906 que comprende tanto la corrupción privada como determinados casos de corrupción pública, pues en la lógica de este texto legal el nexo de unión entre ambos tipos de corrupción es la deslealtad hacia el superior, ya sea autoridad o funcionario público o empresario privado<sup>3</sup>. Este primer modelo acarrea fundamentalmente tres consecuencias en la conformación de los tipos penales. De un lado, sujetos activos únicamente son los “empleados” pero no lógicamente los empleadores, de otro lado, el consentimiento del empresario supone la atipicidad del comportamiento, pues allí donde éste admite o tolera las gratificaciones o sobornos no puede hablarse de deslealtad. Y finalmente, al situarse la infracción del deber posicional que entraña todo acto de corrupción<sup>4</sup> en la relación genérica de lealtad empresario-trabajador, el acto a cumplir se define en términos extraordinariamente amplios: “pour accomplir ou s’abstenir d’accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction”<sup>5</sup>.

La segunda aproximación nos la proporciona el derecho alemán (§ 299 StBG)<sup>6</sup> y el austriaco (§ 10 UWG). Aquí el punto de vista relevante, el bien jurídico protegido, no es otro que la tutela de la competencia. Concretamente se trata de sancionar un acto de competencia desleal<sup>7</sup>. En este marco la infracción del deber posicional se

2. ESER/ÜBERHOFEN/HUBER (HRSG.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerisches Staatsministeriums der Justiz*, Iuscrim, Freiburg i. Br. 1997.

3. Huber/Beck (not. 2), pp. 84

4. En la definición del concepto de corrupción parto del elaborado por MALEM SEÑA, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 25 y ss. y p. 28: “se puede definir a los actos de corrupción... como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualesquiera sea su naturaleza”.

5. DELMAS-MARTY/GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 4. ed, Puf, Paris, 2000, p. 289.

6. El § 299 StGB se corresponde con el antiguo §12 UWG por lo que Alemania cuenta con un delito de corrupción privada desde principios del siglo XX. La trascendencia práctica de este precepto ha sido sin embargo escasa debido a que se trataba de un delito privado y las empresas ya sea por cuestiones de pérdida de imagen, ya sea por otras razones comerciales decidían no denunciar. Su traslación al StGB se ha efectuado mediante la Ley alemana de 20-8-1997 de lucha contra la corrupción con la intención de incrementar la prevención general, motivo que ha provocado también un aumento de las penas, y de generar una mayor conciencia social acerca de la dañosidad de este tipo de comportamientos, que en expresión de la Exposición de motivos representaría una conducta ético socialmente desaprobada. En cualquier caso, como se desprende de la lectura de los primeros comentarios a Ley del 97 esta concreta reforma no ha sido objeto de una especial atención.

Sobre la Ley contra la corrupción *vid.* KÖNIG, *Neues Strafrecht gegen die Korruption*, JR, 10, 1997, pp. 297 y s.; KORTE, *Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit dem Mitteln des Strafrechts*, NStZ, 1997, pp. 513 y ss.; MÖHRENSCHLAGER, *Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene*, JZ, 1996, pp. 822 y ss.; SCHAUPENSTEINER, *Das Korruptionsbekämpfungsgesetz*, Kriminalpolitik, 11/97, pp. 699 y ss. Un resumen de la reforma también en WASSMER, *Revista Penal*, n.º 3, pp. 123 y ss.

7. *Vid.* por todos, entre los distintos comentarios, BLESSING, en Müller-Gugenberger/Bieneck, *Wirtschaftsstrafrecht*. 3 Aufl. Verlag Dr. Otto Schmidt. Köln. 2000, § 53, marg. 48 y ss. y Schubert, Wabritz/Janovsky, *Handbuch des Wirtschafts und Strafrechts*, Verlag. C.H. Beck. München. 2000, 12 Kapitel. Korruption, marg. 72 y ss.

sitúa en el contexto de las obligaciones de los operadores económicos hacia el mercado. En la formulación típica esta conceptualización de la corrupción privada se manifiesta en lo siguiente: la corrupción sólo va a ser relevante en cuanto que afecta a suministros de mercancías o prestaciones de servicios que se efectúan en un régimen de competencia; el carácter supraindividual del bien jurídico protegido hace que el consentimiento del empresario resulta irrelevante; dado que la competencia desleal es una institución destinada a tutelar tanto a los participantes en el mercado como a la comunidad este delito es un delito privado, salvo en aquellos supuestos en que el comportamiento afecte de forma relevante a los intereses públicos (§ 301 StGB). Resulta significativo, sin embargo, que desde esta formulación del bien jurídico protegido los sujetos activos sigan siendo únicamente empleados o encargados. Pues lo coherente hubiese sido también incluir en el círculo de autores a los propios empresarios. La competencia se altera de igual forma cuando es el propietario de la empresa quien solicita o recibe la oferta de contraprestación económica a cambio de preferir de manera desleal en el suministro de servicios o mercancías a un determinado competidor. Solapadamente la lealtad en las relaciones laborales está también presente en la conformación del tipo. A este modelo responde claramente la Acción común de la UE e igualmente el precepto (art. 36: cohecho de empleados y encargados) de la propuesta de eurodelitos efectuado por el profesor Tiedemann<sup>8</sup>. En ambas el bien jurídico protegido es la competencia. Si bien en ambas propuestas se sigue sin dar el paso de incluir al empresario como sujeto activo.

La tercera aproximación a este fenómeno puede efectuarse a partir de los topoi privatización y huida del derecho administrativo. Conviven en este punto dos situaciones diferentes. La primera sería la que nos proporciona el ordenamiento sueco, donde desde 1978 existe un tipo unitario de corrupción que comprende tanto la corrupción pri-

vada como la pública<sup>9</sup>. Esta opción descansa en un argumento de política criminal que pueden ser compartidos por todos en cuanto que se sustenta en un análisis económico del fenómeno de la corrupción: ésta genera siempre ineficiencia económica y costes excesivos que acaban por gravar a los ciudadanos ya sea como administrados, ya sea como consumidores. Pero la opción sueca no puede comprenderse cabalmente si no se repara en el prestigio que lo público tiene en ese país que hace que las formas de gestión públicas hayan sido adoptadas por la empresa privada y que además el sector público sea particularmente extenso.

Este último argumento —tan “nórdico”— tiene difícil acogida, a la vista de lo ocurrido en las dos últimas décadas, en la mayoría de los países de la UE donde la tendencia es justamente la contraria: reducir el sector público a través del proceso de privatizaciones, delegar la prestación de servicios públicos y la realización de tareas públicas en empresas privadas y “huir del derecho administrativo” mediante la sujeción de determinadas actividades desarrolladas por la administración al derecho común<sup>10</sup>. Este género de confusión entre lo público y lo privado ha provocado en países como Alemania una redefinición del concepto de funcionario público (§ 11 StGB) cuyo objetivo es sobre todo incluir dentro de este término a particulares que por encargo de la administración realizan funciones públicas<sup>11</sup>. En Austria, y desde una perspectiva complementaria, se ha formulado un tipo penal específico en el que se sanciona la corrupción de empleados de empresas públicas [§ 305.1 (2) y §307.1 (2) ÖStGB]<sup>12</sup>. En los antiguos países socialistas ésta es la preocupación que inspira las reformas acaecidas en los últimos años. El interés por la creación de un delito de corrupción en el sector privado proviene del desmantelamiento del sector público y del consiguiente *horror vacui* ante la anomia jurídico penal en la que quedan los otrora funcionarios públicos. Político-criminalmente los argumentos resultan colindantes con los suecos: donde todo era público resulta complejo señalar los motivos en virtud de los cuales

8. TIEDEMANN, en Tiedemann (hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*. Freiburg-Symposium. Carl Heymans Verlag, 2002, pp. 287-228 y art. 36.

9. Vid. CORNILS, (not. 2), pp. 501 y ss.

10. En relación con las causas políticas e ideológicas de estos fenómenos vid. por todos MARTÍN MATEO, *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*. Trivium, Madrid, 1988.

11. Específicamente sobre el concepto de funcionario público en relación con los problemas mencionados, además de la bibliografía citada en la not 6, vid. LECKNER, *Privatisierung der Verwaltung und "Abwahl des Strafrechts"?*, ZStW 106 (1994), pp. 502 y ss.; Ransiek, *Zur Amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2 c StGB*, NSStZ 1997.

12. Además del informe sobre Austria efectuado por Überhofen en (not. 2), pp. 379 y ss., vid. también BERTEL, *Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante*, RTDPE, 1988, pp. 43 y ss. En la doctrina italiana, apuntaba ya esta dirección político criminal en los años sesenta PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, RIDPP, 1966.

los ahora trabajadores privados van a tener un marco penal tan distinto<sup>13</sup>.

La aproximación al fenómeno de la corrupción privada no estaría completa si no se hiciera mención a una última perspectiva: la patrimonial. Los fondos que salen de una empresa para sobornar a un empleado público o privado suponen un menoscabo patrimonial desde el punto de vista económico que sólo si se admite como contraprestación económica la expectativa patrimonial que supone la promesa del funcionario público o privado pueden entenderse compensado. Igualmente, y desde el otro lado, en la empresa cuyo representante recibe el soborno, al menos existe un peligro de administración desleal por parte del administrador sobornado, que al encontrarse en una situación de conflicto de intereses, puede posponer la salvaguarda de los intereses patrimoniales de su sociedad. Este problema hasta tiempos muy recientes únicamente encontró respuesta por parte de la jurisprudencia, que en algunos países como Austria ha considerado que los hechos tanto por parte del "que da" como del "que recibe" constituyen un delito de administración desleal<sup>14</sup>. Como puede comprobarse, la pregunta que se desprende de esta perspectiva es qué medida los delitos de administración desleal deben contribuir a la función social de luchar contra la corrupción<sup>15</sup>. El legislador italiano acaba de contestar afirmativamente a este interrogante. En la reciente reforma del derecho penal societario, que entró en vigor el pasado 13 de abril, y como tipo especial de administración desleal ha incluido, entre las figuras del derecho penal societario, un delito de "infidelita a seguito di dazione o promessa di utilità" (art. 2634 c.c.)<sup>16</sup>.

## II. Corrupción privada y relaciones laborales

El ET establece como una de las causas que dan lugar al despido disciplinario del trabajador la trasgresión de la buena fe contractual. Ejemplo paradigmático de este supuesto es la aceptación de regalos, sobornos o cualesquiera otra ventaja destinada a hacerle incumplir al trabajador los deberes destinados del contrato de trabajo, lo que cobra particular relevancia, precisamente, cuando el trabajador tiene confiada la intervención en la realización de negocios en nombre del empresario. De la regulación laboral de este tipo de comportamientos, quizás convenga resaltar el empeño terminológico del legislador en no utilizar en este punto la expresión fidelidad. La discusión ha sido paralela a la acaecida en el derecho penal en la determinación del bien jurídico de los delitos de funcionarios públicos. La idea de fidelidad, expresamente mencionada en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944<sup>17</sup>, se interpretaba como un resabio de la concepción autoritaria de las relaciones de trabajo propia del nacionalsindicalismo español. Por ello en la actualidad el concepto de buena fe se concreta además alejándolo de cualquier referencia de deberes éticos y dotándolo de un significado esencialmente patrimonial anudado a los intereses económicos del empresario<sup>18</sup>. A la hora de evaluar el carácter preventivo general de las sanciones disciplinarias laborales conviene poner de manifiesto que en el caso de que la infracción de la buena fe ocasione un perjuicio económico al empresario da lugar a una reclamación de daños y perjuicios (art. 1902 del CC) que puede dirigirse también contra quien sobornó al trabajador<sup>19</sup>.

13. Vid. los informes de antiguos países socialistas en (not. 2) y además en relación con Rusia, que en 1997 ha introducido la corrupción entre privados en su Código penal (art. 204), vid. SEREBRENNIKOVA, en *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung* (Hrsg. Grobb), Leipziger Universitätsverlag, 1998, p. 232.

14. Vid. Bertel (not. 12), *passim*.

15. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*. Colex, Madrid, 2001, pp. 161 y ss.

16. Vid. sobre el Proyecto Militello, RTDPE, 2000, pp. 905 y ss., la idea de incluir una corrupción de administradores se corresponde con una vieja propuesta de Marinucci/Romano, *Tecnica normativa nella repressione, penale degli abusi degli amministratori di società per azioni, RIDPP*, 1971, pp. 681 y ss., especialmente p. 685 quienes propugnaban ya en los setenta un acercamiento de la empresa privada al estatuto penal de la función pública.

De lege lata el art. 204 del CP ruso puede encuadrarse también en esta dirección ya que se sitúa conjuntamente con dos delitos pertenecientes al marco de la administración desleal en el capítulo denominado "Protección de la lealtad en la prestación de servicios".

17. Este texto legal, por cierto, enumeraba una serie de infracciones concretas del deber de lealtad entre las que se encontraba la recepción de regalos (arts. 70 y 71).

18. Cfr. MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, 19 ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 322-323, quien recuerda no obstante como el término fidelidad estaba ya presente en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

19. ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 18 ed, Civitas, Madrid, p. 314.

Bastan, a mi juicio, estas breves consideraciones para percatarse de que, al menos desde la óptica del ordenamiento español, sería impensable la configuración de un tipo de corrupción privada en la senda del art. L 152.6 del Code du Travail configurado a partir de la violación del deber de fidelidad. La interpretación eminentemente patrimonialista del concepto de buena fe implica que desde esta perspectiva lo único coherente sería la contemplación de estas figuras bajo el prisma de la administración desleal (art. 295) o de otras figuras ya existentes como la revelación de secretos de empresa (art. 279).

### III. Corrupción privada y competencia

La Ley competencia desleal de 1991 define en su art. 5 como desleal "todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe". A continuación y, a modo de ejemplo, enumera una serie de conductas entre las que se incluye (art. 14 LCD) la inducción a la infracción contractual, esto es la "inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores". Doctrinalmente se indica que uno de los arquetípicos de esta figura consiste en la entrega de dádivas o cualesquiera otra ventaja económica a trabajadores de una empresa cuando con ello se persigue establecer o asegurar una relación contractual. Igualmente se afirma que existiría un acto de competencia desleal cuando los sobornados son los administradores de una sociedad mercantil o se trata de colaboradores o personas vinculadas contractualmente a la empresa que se hayan comprometido a prestar servicios de asesoramiento relativos a la elección de proveedores, clientes o de productos o servicios<sup>20</sup>. Como puede apreciarse, la corrupción en el sector privado tal como es definida por la Acción común constituye en el ordenamiento español un supuesto característico de competencia desleal.

La LCD española responde a un concepto de competencia desleal que supera la concepción liberal decimonónica de esta institución. De su exposición de motivos se desprende claramente que la evitación de este tipo de comportamientos no sólo es algo que interese únicamente al resto de los competidores directos, sino que es imprescin-

dible en aras a la eficiencia del mercado y la protección de los consumidores. Con ello se pone de manifiesto la complementariedad existente entre la competencia desleal y la prohibición de prácticas restrictivas: la libre competencia implica también que la captación de clientela en el mercado debe hacerse mediante la calidad y las condiciones de las prestaciones ofrecidas y no acudiendo al ofrecimiento de sobornos, engaños, etc. Y también con la normativa de protección del consumidor. Pues además de aquellos actos de competencia desleal que perjudican directamente a los consumidores, como la publicidad engañosa o los actos de confusión (imitación de marcas etc.), la distorsión del sistema competitivo generado por ellos perjudica a los consumidores<sup>21</sup>. Pese a la importancia de los bienes jurídicos que se anudan a la competencia desleal debe indicarse que la LCD es un texto puramente civil, en donde sólo se establecen sanciones y medidas de esta naturaleza (art. 18 LCD). La represión, penal o administrativa, de la competencia desleal se sitúa, como en seguida va a verse, en el CP y en la Ley de defensa de la competencia.

La trenza de intereses (patrimoniales, competencia, consumidores) que confluyen en la LCD resulta imprescindible para entender el diseño del sistema sancionador español. Tradicionalmente los únicos actos de competencia desleal que ha sido sancionados penalmente han sido aquellos que han afectado a la propiedad industrial. Sólo con el CP de 1995 ha aparecido un delito publicitario (art. 282) y un auténtico delito de espionaje industrial (art. 278 y ss.). Este reducido número de figuras nos evidencia cuál es la lógica político criminal del legislador: 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<sup>22</sup>. Dicho de otro modo, la simple eficiencia del mercado o a las reglas de buena fe que deben presidir las relaciones comerciales no alcanzan el suficiente grado de importancia para ser bienes jurídico penales.

Esto no significa, obviamente, que las sanciones terminen con las dispuestas en el Código penal. Fruto de la conexión, antes apuntada entre el derecho antitrust y el de la competencia desleal es el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia

20. Vid. sólo MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 410 y ss.

21. Cfr. BERCOVITZ, *Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal*, en Bercovit (coord.) *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, BOE, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, pp. 13 y ss.

22. Vid. por todos MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico PE*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 66 y ss.

# Revista Penal

La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)

(LDC). En él se señala que el Tribunal de Defensa de la Competencia es competente para conocer de los actos de competencia desleal cuando "distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado" y "esa grave distorsión afecte al interés público". Esto implica que cuando un acto de competencia desleal, como en nuestro caso el pago de sobornos, produce una afectación de la competencia en los términos descritos cabe imponer las sanciones administrativas que establece la LDC en su art. 10 para los acuerdos prohibidos y el abuso de sanción dominante: multa de hasta 150.000.000 de ptas. que puede incrementarse hasta el 10% del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del tribunal<sup>23</sup>.

Una vez descrito el marco legal, ha de indicarse que sí se buscan en los repertorios de jurisprudencia los comportamientos que se aglutinan bajo el nombre de corrupción privada, ésta parece ser un fenómeno ajeno a la vida empresarial española. En efecto, dentro del marco civil de la LCD, los supuestos que llegan habitualmente a los tribunales bajo el epígrafe de la inducción a una infracción contractual se refieren generalmente a casos en los que determinados directivos de una entidad deciden formar otra, captando clientes y trabajadores de su antigua empresa<sup>24</sup>. Tampoco el panorama resulta distinto en lo que se refiere a las sanciones administrativas del art. 7 de la LDC. En las resoluciones del Tribunal de defensa de la competencia los supuestos más frecuentes de competencia desleal son los de violación de normas y los casos de publicidad en especie.

Sólo en un asunto, en lo que conozco, el TDC se ha ocupado de un caso que puede incluirse dentro de la corrupción entre privados. A finales de 1993 varias empresas productoras de tabaco denunciaron a Tabacalera, empresa estatal que acababa de ceder su monopolio en la elaboración y distribución mayorista de tabacos comunitarios, pero que

aún conservaba una posición dominante en el mercado, por realizar dos prácticas de competencia desleal: la venta a pérdida de unos cigarros muy populares en España ("Farias") y, lo que aquí interesa, el efectuar regalos a los propietarios de los estancos (cigarrillos, cigarros, barajas, llaveros, cortapuros, mecheros, bolígrafos, ropa deportiva, bolsas de viaje, etc.) con el fin de que vendieran de modo preferentemente sus productos y no los de la competencia y ello aunque Tabacalera era a su vez la distribuidora de estas marcas de tabaco. En su Resolución el TDC se limita a señalar que analizado este comportamiento "no resulta concluyente que se haya producido una perturbación suficiente del mercado". Existe, en cualquier caso un aspecto de esta Resolución, posteriormente confirmado y desarrollado por otras, que resulta de especial interés y es que los actos de competencia desleal realizados por empresas que se encuentren en una posición dominante del mercado —en este caso la venta a pérdidas— han de ser considerados como abuso de posición dominante (art. 6 LDC)<sup>25</sup>. Ello supone que en los casos de posición dominante se incrementan notablemente las posibilidades de imponer una sanción administrativa en los supuestos de corrupción.

La escasa incidencia práctica de la corrupción privada no supone sin embargo que ésta sea inexistente. Las razones de esta situación deben buscarse en que en nuestro país la competencia desleal hasta hace poco tiempo era un sector del ordenamiento del que exclusivamente se ocupaba la doctrina, ampliamente ignorado por tribunales y legislador y mucho más por los propios operadores económicos a la hora de programar sus estrategias comerciales<sup>26</sup>. En este contexto no resulta aventurado señalar, retomando la famosa clasificación de la corrupción efectuada por HEIDENHEIMER (blanca, gris y negra)<sup>27</sup>, que en España la corrupción entre privados es claramente

23. Sobre el art. 7 de la LDC vid. el comentario efectuado por MASSAGUER (not. 21), pp. 67 y ss.

24. Vid. SAP Sevilla, de 10-4-2000 (AC 2000/2011), Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Barcelona n.º 53 de 10-9-1999 (AC 1999/1438) y SAP Cáceres, de 5-5-1998 (AC 1998/5742).

25. Resolución del TDC de 16 de febrero de 1999, expt. 375/996, (AC 1999\2619) por esta razón, finalmente, Tabacalera fue sancionada con una multa de 130.000.000 de ptas.

Con posterioridad a esta Resolución, es particularmente importante en lo relativo a actos de competencia desleal realizados por empresas con posición dominante la Resolución de 8-3-2000, expte 456/1999 (AC 2000/236) en la cual Telefónica, que igualmente acababa de perder su monopolio público, es sancionada con 1.400 millones de ptas. por considerar el TDC que la realización de una campaña de publicidad engañosa realizada por una sociedad con posición dominante supone un abuso de posición dominante.

26. Cfr. MASSAGUER (not. 21), pp. 46.

27. HEIDENHEIMER, *Perspectives of the Perception of Corruption* en Heidenheimer, Johnston, Levine (eds.), *Political corruption. A Handbook Transaction*, New Brunswick, 1989. Sobre la percepción de la corrupción en España vid. las reflexiones de A. NIETO, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 45 y ss.



corrupción de blanco inmaculado: esto es, una conducta habitual y tolerada socialmente<sup>28</sup>. En este contexto resultaría contrario al principio de ultima ratio incriminar esta conducta cuando aún no se ha tenido ocasión de comprobar, por este motivo, cuáles son los efectos preventivo generales de las sanciones administrativas y civiles. Por otro lado, la introducción de esta figura contrastaría con lo que hasta ahora ha sido la dirección político criminal imperante, a tenor de la cual la competencia como bien jurídico sólo resulta tutelado penalmente cuando su alteración afecta directamente al precio y cuando además ésta se produce a través de un comportamiento especialmente disvalioso<sup>29</sup>. Ésta es la lógica del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas —intención de alterar los precios a través de noticias falsas, engaño, violencia, amenaza o uso de información privilegiada (art. 284)— y de la alteración del precio en concursos públicos (art. 262).

A la hora de valorar la necesidad de incluir un delito de corrupción entre privados resulta hoy imprescindible, en cualquier caso, atender a las implicaciones entre corrupción pública y mercado. La teoría política suele distinguir entre corrupción situacional y sistémica o estructural y señala además como actualmente es éste el tipo predominante<sup>30</sup>. La corrupción ha dejado de ser un negocio privado y aislado entre funcionario y particular, para convertirse en un modo más de articulación de relaciones económicas entre agentes públicos y privados allí donde la administración o el legislador actúan como agentes económicos, ya sea adquiriendo bienes o servicios, ya sea adoptando decisiones con repercusiones económi-

cas. La corrupción sistémica afecta tanto a la competencia como a la imparcialidad de la administración. Dentro del Código penal español existen dos preceptos que evidencian claramente el acercamiento entre cohecho y mercado. El primero de ellos es el delito de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, que ha introducido recientemente el legislador español (art. 445 bis) como consecuencia de la ratificación del convenio de la OCDE. Esta figura muestra claramente como la imparcialidad u objetividad de los funcionarios públicos extranjeros no interesa en cuanto tal, sino sólo cuando afecte a transacciones, contratos o operaciones económicas. Y es que, aparte de otros efectos económicos devastadores de la corrupción<sup>31</sup>, ésta tiene como efecto el cierre de mercados como consecuencia del sólido matrimonio que el "pacto corrupto" crea entre sobornante y sobornado y también como consecuencia de que una vez que se ha producido el primer "contrato" los costes de transacción son mucho más reducidos en los siguientes<sup>32</sup>. Los objetivos económicos del art. 445 bis son tan evidentes que este precepto constituye en realidad un delito pluriofensivo en el que quedan tutelados tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos como la competencia. El segundo de los preceptos es la alteración del precio en subastas públicas en el que se ha producido un camino inverso al anterior. Esto es, esta figura a pasado a ser un delito económico con afectación exclusiva del sistema de formación de precios para convertirse en una figura, que al menos desde el punto de vista criminológico, se sitúa en los terrenos comunes de la corrupción y la economía, en cuanto que hoy su cometido principal es tutelar los mecanismos de contratación pública<sup>33</sup>.

28. Un ejemplo: era y es de todos conocidos la extraordinaria generosidad de los laboratorios farmacéuticos para con los médicos —funcionarios públicos— a fin de que receten sus productos y no otros. Ha tenido que ocurrir un supuesto realmente escandaloso (recetas falsas confeccionadas conjuntamente por médico y representante con la finalidad de aumentar la ficticiamente las peticiones de un producto) para que los tribunales intervinieran en una práctica de cohecho de funcionarios públicos —pero que a su vez supone un caso de competencia desleal— con connotaciones de competencia entre privados, *vid.* STS de 7 de noviembre del 2001, ED 2001/38689.

29. El que estos delitos se refieran exclusivamente al precio y acoten los comportamientos típicos en el modo indicado evidencia que la libre competencia se protege penalmente como garantía de libertad de los operadores económicos. De este modo, la competencia en su aspecto supraindividual, esto es, en cuanto instrumento de política económica imprescindible para garantizar un funcionamiento eficaz de los mercados, resulta únicamente tutelada de modo directo por las sanciones administrativas de la LDC. Para más detalles y referencias sobre el derecho sancionador de la competencia en España *vid.* NIETO MARTÍN, *El derecho sancionador de la competencia español* (en prensa).

30. *Vid.* SCHUBERT, *Korruption* (not. 7) marg. 5.

31. *Vid.* Malem SEÑA, (not. 4) pp. 44 y ss.

32. Sobre los costes económicos de transacción *vid.* GRAF LAMBSDORFF, *Korruption als mühseliges Geschäft-eine Transaktionskostenanalyse*, en Pieth/Eigen (Hrsg.) *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Luchterhand, Basel, Frankfurt am Main, 1999, pp. 56 y ss.

33. De hecho la introducción de una figura delictiva semejante al art. 262 del CP español en el StGB (§ 298, acuerdos en subastas públicas) ha sido la probablemente la innovación más destacada de la Ley contra la corrupción alemana de 1997, *vid.* bibliografía citada en not. 6.

Ahora bien, aunque a la vista de cuanto acaba de indicarse los perjuicios económicos de la corrupción resultan evidentes, resulta cuestionable que la competencia se haya elevado a la categoría de bien jurídico protegido por esta figura, por mucho que su lesión vaya con frecuencia asociada a la realización del tipo. Los efectos negativos del cohecho son un factor, en el derecho español, a tener en cuenta a la hora de decidir la injusticia del acto que se pide o al que se compromete el funcionario público, esto es, resultan un criterio esencial para distinguir entre el cohecho propio y el impropio. Pero el bien jurídico de esta figura, y el que determina el merecimiento de pena de estos comportamientos, continúa siendo sin duda alguna la imparcialidad de los funcionarios públicos.

#### IV. Corrupción privada y procesos de privatización administrativa

Desde hace ya algunas décadas asistimos a lo que genéricamente se ha dado en llamar la privatización de la administración o la huida del derecho administrativo. Aunque estos términos esconden fenómenos diversos, cobijan un mismo problema jurídico-penal: la definición de los límites de la administración, desde el punto de vista del derecho administrativo, necesariamente ha de suponer un replanteamiento de la frontera exterior de los delitos de funcionarios públicos. Sea cual sea el resultado de esta definición lo cierto es que como consecuencia del nuevo escenario ha surgido una importante zona de penumbra, entre lo público y lo privado, ante la cual cobra importancia un delito como el de corrupción en el sector privado, que actuaría como tipo de recogida en relación con aquellos supuestos que ya no pueden ser encajados dentro de los delitos de funcionarios pero, que por otro, lado resultaría insatisfactorio dejarlos sin sanción<sup>34</sup>.

Antes de abordar la respuesta del derecho penal, conviene describir sucintamente los distintos fenómenos administrativos a los que nos estamos refiriendo<sup>35</sup>. El primer grupo de casos es el que se viene denominando como *privatización material*: una función o servicio que hasta el momento era

desempeñada de forma exclusiva por el Estado se decide traspasar al sector privado. En estos casos suele ocurrir que a la par que se desregulariza el mercado, posibilitando que aparezcan nuevos competidores, la antigua entidad pública que prestaba el servicio se convierte en una empresa privada en la que el Estado sigue ostentando, de algún modo, el control. El segundo supuesto es el que propiamente ha de denominarse como *huida del derecho administrativo*; la administración, buscando una mayor eficacia o simplemente eludir las garantías y trámites del derecho administrativo, desarrolla sus competencias bajo el derecho privado. Para ello una de las técnicas preferidas es la creación de organismos con un estatuto jurídico especial, híbrido entre lo público y privado, o simplemente la creación de sociedades privadas. La huida que en los primeros momentos se reducía a los supuestos en que la Administración actuaba como productor de bienes y servicios se ha generalizado y afecta no sólo a ámbitos de la administración prestacional, sino incluso en nuestro país a la propia esencia del Estado, la recaudación de tributos, como muestra la Agencia Tributaria. La tercera situación es la denominada *privatización de la gestión* o privatización funcional; la administración, buscando una mayor eficacia en la realización de algunas de sus tareas, transfiere su ejecución a un sujeto de derecho privado. A diferencia, de la privatización material la competencia del servicio sigue en manos de la administración, transfiriéndose únicamente su ejecución a un sujeto de Derecho privado, que actúa como auxiliar de la Administración.

En lo que sigue analizaremos si las personas implicadas en estos supuestos pueden considerarse como funcionarios a efectos penales, si bien se ha de advertir que con la excepción del trabajo pionero de Valeije y las sentencias que en él se recogen poco ha sido el debate que ha suscitado esta cuestión<sup>36</sup>.

A este respecto lo primero que ha de resaltarse es que en el CP español aunque el concepto de funcionario público se define expresamente en su art. 24 con validez para la totalidad del Código, ocasionalmente y en relación a algunos delitos es

34. La función del § 299 StGB como tipo de recogida está latente en la mayoría de la doctrina alemana; vid. por ejemplo BLES-SING (not. 7), § 53, marg. 52, si bien una vez que se ha modificado, ampliándolo, el concepto de funcionario público del StGB los casos no abarcados por el cohecho de funcionarios públicos serán menos.

35. Para ello me he servido principalmente de los trabajos de DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, especialmente pp. 36 y ss. y TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 37 y ss.

36. VALEIJE, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC, 62, 1997, pp. 435 y ss.



objeto de ampliación —o restricción<sup>37</sup>— por parte del legislador. Y esto es lo que ocurre expresamente con relación al delito de cohecho propio, pues el art. 422 del CP se encarga de indicar que los tipos de cohecho propio pueden ser de aplicación a “jurados, árbitros, peritos” y lo que aquí interesa especialmente a “cualesquiera personas que participen en el ejercicio de funciones públicas”. Esta última indicación resulta de suma importancia pues permite incluir entre los sujetos del cohecho pasivo propio a aquellos particulares que realizan funciones administrativas en los casos de gestión indirecta de servicios públicos<sup>38</sup>, esto es los supuestos de privatización de la gestión, en los cuales el servicio público se presta por una empresa privada al amparo, generalmente de un contrato de carácter público (concierto, concesión, arrendamiento o gestión interesada)<sup>39</sup>.

Ni doctrina, ni jurisprudencia se han manifestado con claridad acerca de lo que ha de entenderse por servicio público lo que resulta esencial tanto para determinar quiénes son los particulares que ejercen servicios públicos, como para determinar el concepto de funcionario público *strictu sensu* (art. 24)<sup>40</sup>. A mi juicio, esta noción ha de entenderse de un modo amplio y eminentemente subjetivo, esto es como equivalente al conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación<sup>41</sup>. El concepto amplio de servicio público implica también que no sólo la prestación final queda incluida en él, sino también cualquiera de las fases o tareas anejas a la misma. De este modo existe participación en funciones públicas (privatización funcional) también en los casos en los que un particular, persona jurídica o privada, interviene en alguna de las fases de la producción del servicio o en sus tareas auxiliares<sup>42</sup>.

La existencia de un servicio público resulta también independiente de que existan operadores privados que presten en régimen de competencia ese servicio. De seguir este criterio ni la educación, ni la enseñanza, ni incluso la seguridad podrían considerarse servicios públicos. Lo relevante es únicamente que se trate de cumplir o participar en una actividad o servicio que la administración desea prestar a los ciudadanos<sup>43</sup> y que la administración, a través del contrato de gestión, se reserve determinadas funciones de control o supervisión, mayores que las existentes en un contrato entre particulares, que pongan de manifiesto que en realidad es la administración quien presta dicho servicio, si bien, a través de un tercero.

Existen dos problemas más dentro de esta categoría de supuestos que tampoco han sido objeto de especial atención. El primero puede definirse del siguiente modo: en la inmensa mayoría de los supuestos de gestión indirecta los agentes privados que pasen a prestar el servicio serán personas jurídicas, ¿significa esto que la totalidad de trabajadores de dichas empresas pasarán a considerarse funcionarios públicos? Esta cuestión debe abordarse a partir del precepto que regula las actuaciones en nombre de otro (art. 30 del CP) y ello porque el problema no es sólo similar, sino idéntico al que esta figura que pretende resolver: los delitos de funcionarios públicos cuando admiten dentro del círculo de autores a particulares que prestan servicios públicos, se convierten en delitos especiales que no excluyen del círculo de autores a priori idóneos a las personas jurídicas. De este modo, en estos supuestos, sólo los administradores de hecho o de derecho podrán ser considerados autores del delito de cohecho.

El segundo problema es si aquellos profesionales que prestan sus servicios, de asesoramiento o

37. Como ocurre en el delito de malversación donde para ser autor ha de reunirse una doble cualidad: ser funcionario público y tener confiada la custodia de caudales públicos.

38. Esta ampliación del concepto de funcionario público que en nuestro CP hace de modo puntual el art. 422 del CP, es la que ha operado de modo genérico el legislador alemán a través de la Ley anticorrupción del 1997 modificando el § 11 del StGB, en el que se consideran funcionarios públicos (4), aquellos que sin serlo: “a) desempeñan en un cargo o en cualquier puesto, las tareas de la Administración pública, o b) llevan a cabo, en una asociación o cualquier agrupación, establecimiento o empresa, tareas de la Administración pública, para un cargo o cualquier puesto”.

39. Expresamente en este sentido VALEIJE (not. 36), p. 471.

40. Para mayores detalles, Valeije (not. 36), pp. 463 ss.

41. Cfr. VALEIJE (not. 36), p. 473, en sentido similar, esto renunciando a establecer un concepto de función pública o servicio público a partir de una especificación de las funciones propias de la administración y partiendo de un criterio subjetivo RANSIEK (not. 11), p. 521.

42. Ejemplo: dentro de un Hospital público puede ser objeto de concesión a empresas privadas el servicio de limpieza o incluso la alimentación. De este modo, si los responsables de la empresa concesionaria de la administración son sobornados por un proveedor con el fin, por ejemplo, de facturar a su empresa cantidades mayores a las reales existiría un delito de cohecho (art. 419 en relación con el art. 422).

43. Cfr. RANSIEK (not. 11), p. 522.

de cualquier otro tipo, a la administración bajo un contrato privado de prestación de servicios pueden ser considerados particulares que ejercen funciones públicas y ser incluidos en el art. 422 y por tanto en el círculo de autores del delito de cohecho propio. Éste sería, por ejemplo, el caso ampliamente debatido por la doctrina y jurisprudencia alemana, del estudio de arquitectura que es contratado por un ayuntamiento para que le asesore en el plan de urbanismo o en la adjudicación de una determinada obra pública. Según creo, en estos casos no estamos ante particulares que cumplen funciones públicas, pues la administración carece de un control específico sobre su tarea o, dicho de otro modo, la supervisión que puede desempeñar no es distinta a la que tiene lugar cuando estos profesionales prestan sus servicios a personas privadas<sup>44</sup>.

Un supuesto a caballo entre los casos de gestión indirecta y los de huida del derecho administrativo se produce allí cuando la administración gestiona un servicio a través de una persona de derecho privado que ella misma ha creado y de la que de algún modo tiene asegurado su control. En estos casos, y con mayor razón si cabe (a maiorem) que en el anteriormente examinado no cabe duda de que estaremos ante sujetos activos del delito de cohecho. Ahora bien lo que ha de determinarse es si se trata de funcionarios *strictu sensu* (ex art. 24) o bien personas privadas que cumplen funciones públicas (art. 422). La pregunta no es gratuita, pues como se ha indicado la extensión que opera este precepto afecta únicamente al cohecho propio, pero no al impropio ni al subsiguiente. Hasta ahora los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión, al igual que la jurisprudencia señalan que estos supuestos pertenecen al concepto estricto de funcionario público<sup>45</sup>. Esta afirmación requiere detenerse brevemente en la explicación de este precepto.

Como en la mayoría de los ordenamientos el concepto de funcionario se determina en el derecho español a partir de dos ejes: uno estrictamente funcional (el ejercicio de funciones públicas) y otro orgánico o subjetivo (la relación del sujeto

con la administración). El art. 24.2 del CP establece que este vínculo ha de efectuarse por "disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento". Ambos criterios resultan necesarios y actúan compensándose; esto es cuanto más claro es el encuadramiento de una persona dentro del aparato burocrático del Estado menos importancia tiene cuál es la concreta función que ejerce, por el contrario el criterio de servicio público, la participación en el ejercicio de funciones públicas, es de gran relevancia allí donde el vínculo orgánico aparece más débil. Pues bien, a partir de estas consideraciones puede decirse que cuando la administración presta un servicio público a través de un ente privado que ella misma ha creado y cuya gestión controla a través del nombramiento de sus administradores, éstos han de considerarse funcionarios públicos pues existe tanto un vínculo orgánico, como ejercicio de funciones públicas<sup>46</sup>.

De lo que acaba de indicarse se desprende ya cuál es nuestra opinión en relación con los casos de huida del derecho administrativo: la elección del *ius commune* por parte de la administración en modo alguno significa una huida del derecho penal, pues además del vínculo funcional, se dará el vínculo orgánico al estar integrados dentro de un ente que pertenece, aunque con forma privada, a la administración, y ser nombrados para ello por la autoridad competente. E igualmente, a partir de estas premisas ha de considerarse que cuando la administración actúa a través de una persona privada en el mercado, como un empresario más, esto es sometido a las reglas de la libre competencia, como ocurre en los casos de privatización material, habrá que considerar que no estamos ante funcionarios públicos pues, aunque exista nombramiento, el ejercicio de funciones públicas resulta inexistente. De este modo, la única restricción que debe hacerse sobre este criterio subjetivo de función pública que antes se proponía es la relativa a aquellos supuestos en los que la administración actúa como un operador económico más, sometido a las normas de la competencia<sup>47</sup>. Con

44. Ésta es también la opinión dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina alemana que no considera que en estos casos estemos ante funcionarios públicos, pese a la ampliación operada en este concepto por la Ley de 1997; *vid. nuevamente RANSIEK* (not 11), *passim*, cuyo trabajo es también un comentario a la sentencia del BGH de 15-5-1977, en la que ha sentado esta doctrina.

45. VALEIJE (not. 36), pp. 479 y ss., con citas jurisprudenciales en idéntico sentido. Así, por ejemplo se ha condenado por prevaricación al miembro del consejo de administración de una sociedad anónima, cuyo capital pertenecía al Ayuntamiento de Zaragoza, por adjudicar unas obras careciendo de competencia para ello (STS de 14-11-1995).

46. Ahora bien, esto implica que los directivos de la empresa que no hayan sido nombrados directamente por la autoridad pública matriz de la sociedad mercantil no pueden considerarse funcionarios públicos *strictu sensu* y sólo, nuevamente, particulares que ejercen funciones públicas, en este sentido VALEIJE (not. 36), pp. 488 y ss. y la STS de 5-2-1993.

47. Se trataría de la única restricción que en mi opinión ha de realizarse al criterio subjetivo de función pública, en este sentido también VALEIJE (not. 36), p. 492, RANSIEK (not. 11), p. 521 y LECKNER (not. 11), pp. 531 y ss.

ello, y en conclusión, se llega a un criterio similar al que gráficamente formulara hace años Otto MAYER: "toda la administración que el estado no ejerce como empresario privado se designa con el nombre de Administración pública"<sup>48</sup>.

Llegados a este punto es preciso reconocer que el tipo de cohecho español, sobre todo gracias a lo dispuesto en el art. 422, está dotado de potencialidad hermenéutica suficiente como para no dejar lagunas de punibilidad relevantes derivadas del proceso de privatización del derecho administrativo. La introducción en esta situación de un delito de corrupción entre privados pensado sobre todo como tipo de recogida estaría escasamente justificada. No obstante, y dado que en otros delitos de funcionarios públicos relacionados con la corrupción (fraude, malversación, revelación de secretos, información privilegiada, tráfico de influencias, etc.<sup>49</sup>) rige un concepto estricto de funcionario público, quizás sea conveniente que el legislador en cada uno de ellos y ad hoc, fuera ampliando el número de autores. A mi juicio, una solución particularizada, delito por delito de funcionarios públicos, es más adecuada que la reformulación global del concepto de funcionario público. Primero, porque tal como muestra la experiencia alemana las fórmulas generales acaban engendrando siempre problemas de interpretación y, segundo, porque no creo que sea conveniente una ampliación en relación con los genuinos delitos de funcionarios públicos (detenciones ilegales, abandono colectivo de un servicio público, omisión del deber de perseguir determinados delitos, etc.).

En relación con las empresas controladas por la Administración que desarrollan una actividad comercial, dado que caen fuera de la órbita de aplicación de los delitos de funcionarios públicos, tampoco creo que sea necesaria una regulación especial, semejante a la existente en el § 307 del CP austriaco que establece un delito de corrupción de administradores de empresas públicas y cuya función estriba en proteger de modo adelantado el patrimonio de empresas públicas. Pues aunque es verdad que existe una línea político criminal muy asentada consistente en proteger el patrimonial público de modo especial a través de tipos de peligro, esta tutela especial tiene sentido precisamente por las funciones públicas a las que sirve dicho patrimonio. Lo que precisamente no

se produce en los casos de empresas privadas controladas por el Estado que participan en los mercados como un operador económico más.

#### V. Corrupción privada y administración desleal de patrimonios

En la jurisprudencia española el pago de sobornos a funcionarios públicos por parte de los administradores de una empresa ha aparecido sólo incidentalmente y no puede hablarse de una línea jurisprudencial consolidada. En el asunto Filesa el TS sancionó por apropiación indebida a las empresas que sin contraprestación alguna hicieron pagos a sociedades creadas por el PSOE con el fin de financiarse ilegalmente. El TS señaló que el pago de estas cantidades, cuyo destino a la financiación ilegal de un partido político resulta probado, supone disponer del capital social "al margen de lo que es el objeto de tal sociedad" y que la única causa que puede conducir a la atipicidad de estas conductas sería para el TS el consentimiento de todos los socios<sup>50</sup>.

Dejando de lado, si el tipo aplicar sería éste o el delito de administración desleal, lo que a los efectos que van a discutirse resulta indiferente, las afirmaciones anteriores quizás deba matizarse, en cuanto que estas figuras tienen como cometido la protección del patrimonio y no la lucha contra la corrupción. Si se atiende en exclusiva a este bien jurídico lo cierto es que el pago de sobornos puede constituir una disposición patrimonial que quede compensada ampliamente por los beneficios que posteriormente se obtengan por parte de la administración el poder legislativo. Desde el punto de vista patrimonial el soborno puede ser en otros casos un gasto necesario para hacerse con un determinado negocio (una contratación pública), evitar una sanción tributaria, etc., o, en los casos de corrupción privada, para captar nuevos clientes.

En la doctrina GÓMEZ BENÍTEZ ha señalado como criterio de delimitación la distinción de los casos de corrupción inevitable en los que el administrador se ve avocado al pago ilícito con el fin de entrar en un determinado mercado, esto es en los casos de concusión y los supuestos de corrupción cercanos a la misma, la *tangente ambientale* de la doctrina italiana, y los de corrupción agresiva en los que los sobornos serían un medio para alterar

48. Esta opinión y otras en el mismo sentido en DE LA SERNA BILBAO (not. 35), pp. 122 y ss.

49. Se trataría, como indica VALEIJE (not. 36), p. 477, del grupo de delitos de funcionarios públicos en el que "la conducta típica nada o poco tiene que ver con el ejercicio de funciones públicas, sino más bien con el aprovechamiento del poder fáctico que el desempeño de aquéllas confiere a su titular".

50. STS de 28-10-1997, RJ 1997/7843.

las reglas de juego del mercado. En los primeros supuestos resulta imposible encontrar un abuso de la capacidad de disposición por parte del administrador, mientras que en los segundos, desde el punto de vista de la teoría funcional o personal del patrimonio, la "disminución cierta del patrimonio social... no resulta compensada cuando los pagos no son necesarios para el normal desarrollo del objeto social, es decir, no sirven para desarrollar el fin de la sociedad, que es obtener el beneficio económico que se deduce del lítico desarrollo del objeto social"<sup>51</sup>.

En el terreno de las matizaciones también puede pensarse en distinguir entre los casos en que el cohecho se presenta como un auténtico negocio sinalagmático, en el que la empresa a cambio de su contraprestación recibiría un bien concreto (la adjudicación de una concesión, un contrato de suministros, etc.) por parte del sobornado, de aquellos otros en los que las dádivas, regalos suntuarios, etc., se dan sólo con la intención de crear un "buen clima". Si acogemos la teoría económica del patrimonio y el principio del saldo en estos supuestos existiría una clara compensación patrimonial, semejante a la que existe en cualquier otro negocio jurídico. A estas conclusiones se llega, en mi opinión, aplicando la conocida doctrina del TS alemán en el caso de la *Bundesliga*<sup>52</sup>. De esta resolución resultan importantes, por lo que aquí interesan, dos cosas. De un lado, al TS le es indiferente a los efectos de calibrar si existe o no perjuicio patrimonial que el fin de la sociedad no sea ganar a toda costa sino participar lealmente en competiciones deportivas. Este hecho se tiene en cuenta exclusivamente para comprobar uno de los elementos típicos de la *Untreue* la realización de un acto de disposición en contra del deber de salvaguardar el patrimonio. La segunda cuestión a tener en cuenta es que esta decisión es un claro ejemplo de las consecuencias de la teoría económica del patrimonio. Pues sólo desde esta teoría puede explicarse que los fines del titular del patrimonio —en este caso el fin social— sean irrelevantes a la hora de apreciar el perjuicio patrimonial y de otro lado esta teoría explica lo que quizás

haya sido la parte más comentada de la sentencia: el que la contraprestación que se obtiene a cambio del soborno pueda ser considerada como una expectativa de ganancia cierta que compense la salida de fondos. De esta afirmación se desprenden las consecuencias a las que antes se hacían mención, pero también que existirá, por ejemplo, perjuicio cuando la contraprestación no sea del todo segura como ocurrirá en muchos casos de cohecho, pues de acuerdo con la teoría económica las expectativas de ganancias sólo cuando son seguras tienen asignado un valor económico.

Las anteriores repercusiones me parecen ciertamente irreprochables si se sigue la teoría económica del patrimonio, pero la solución a estos casos sería otra desde los postulados de la teoría personal. Pues aquí el perjuicio patrimonial aparecería ya desde el momento en que el administrador dispone de los bienes de modo tal que con ello altera las finalidades que su titular, a través de la fijación del objeto social, les había dado. A esta teoría podría objetársele que sólo cuando una sociedad expresamente se ha manifestado en contra de la corrupción como forma de ganar mercados —por ejemplo suscribiendo un código ético o incluso incluyéndolo en sus estatutos— cabría hablar de frustración del fin y de perjuicio patrimonial. En contra de esta objeción podría indicarse que la disposición personal del patrimonio en el caso de sociedades o entes públicos no sólo quedaría ordenada por la voluntad social, sino también por las prohibiciones y mandatos del ordenamiento jurídico. Pues, como es sabido, de acuerdo con el derecho de sociedades un acuerdo social contrario al orden público resulta nulo, de igual forma que nunca serían válidos unos estatutos sociales en los que se proclamara que S.XA recurrirá a la corrupción como forma de ganar mercados. Desde este punto de vista, y a diferencia de lo que mantiene Gómez Benítez cualquier soborno ha de considerarse un perjuicio patrimonial y un acto de disposición abusivo por parte del administrador, pues resulta a mi juicio, a parte de discutible, muy complejo el distinguir sobornos que atienden al fin social y otros que no. El que el soborno sea ine-

51. GÓMEZ BENÍTEZ (not. 15), pp. 171 y ss.

52. BGH, Urt de 27-2-1975 (NJW 1975, pp. 1234 y ss.), los hechos, que encajarían dentro de la corrupción entre privados, son los siguientes: En Alemania durante la Liga 69/70 un equipo de primera división situado en posición de descenso decidió pagar una prima a los jugadores del equipo rival con el fin de que se dejaran ganar, en cuanto que la derrota suponía casi automáticamente el descenso. Los jugadores del equipo rival cumplieron con su cometido y perdieron el partido, con lo que el equipo evitó el descenso y consiguió permanecer en primera división, con los beneficios económicos que de ello se derivan. Una vez finalizado se les entregó la prima (100.000 DM). Los hechos se descubrieron y el comité disciplinario de la Liga alemana sancionó al equipo "comprador" haciéndolo descender a la liga regional. Pero lo relevante del caso es que se abrieron diligencias penales y que la Audiencia Provincial de Bielefeld condenó al presidente del equipo "comprador" como autor de un delito de administración desleal con una multa de 25.000 DM. Posteriormente el TS casó la sentencia y absolvió al acusado.

vitale para la empresa, si quiere participar en un determinado mercado, es algo que a lo sumo ha de discutirse en el marco de la justificación (estado de necesidad, legítima defensa) pero no en la tipicidad. La teoría personal del patrimonio también suministra una perspectiva distinta sobre el riesgo<sup>53</sup> y su consideración como lesión patrimonial: el riesgo que pesa sobre un patrimonio disminuye, con independencia de su traducción a cifras concretas, el potencial económico de su titular, lesionando su capacidad de disposición<sup>54</sup>.

La teoría personal de patrimonio, como es conocida ha sido acogida expresamente por el TS en el delito de estafa<sup>55</sup>. En el caso "Banesto" la Audiencia Nacional la utilizó además expresamente para equiparar el riesgo económico al perjuicio patrimonial<sup>56</sup>. La adopción de esta teoría en el marco del delito de estafa debería conducir al TS a aplicarla en la totalidad de los delitos patrimoniales, pues no resulta correcto a menos que el legislador lo indique expresamente mantener distintos conceptos de patrimonio. Es verdad, no obstante, que tal como expuse en otro lugar, por decisión expresa del legislador el concepto personal de patrimonio no resulta aplicable en el delito de administración desleal que requiere expresamente un "perjuicio económicamente evaluable" (art. 295 CP)<sup>57</sup>. Ahora bien, la reciente jurisprudencia del TS sobre el delito de apropiación indebida y a sus relaciones concursales con la admi-

nistración desleal, que hacen del art. 295 un tipo penal casi inútil, implica que el precepto a aplicar en los casos de sobornos sería el de apropiación indebida en su versión de administración desleal, cuyo bien jurídico es el patrimonio y que por coherencia con lo mantenido en el delito de estafa debe interpretarse según los postulados de la teoría personal. En consecuencia, considero que el pago de sobornos por parte de los administradores de una sociedad debe constituir siempre de acuerdo con el derecho positivo español vigente un delito de apropiación indebida, con independencia del tipo de corrupción (privada, pública, subsiguiente, "ambiental", etc). Esta conclusión me parece acertada desde un punto de vista político criminal. No resulta coherente que un mismo ordenamiento se determine a reprimir severamente la corrupción y de otro lado admita que los beneficios esperados de la misma puedan ser tenidos en cuenta para excluir la tipicidad. A mi juicio, se trata de la misma lógica hipócrita en virtud de la cual algunos ordenamientos permitan que los sobornos operasen como desgravaciones fiscales<sup>58</sup>. Por otro lado, la perspectiva puramente económica de la corrupción en los delitos patrimoniales es altamente contraproducente pues incita a asegurar la contraprestación por parte de los funcionarios públicos o privados sobornados, pues sólo así la contraprestación puede considerarse una expectativa patrimonial segura que compense la salida de fondos.

53. No debe olvidarse que la corrupción aún en su versión sinalagmática siempre entraña cierto riesgo patrimonial, pues obviamente no existe modo de hacer cumplir el "acuerdo" ante los tribunales, sobre los mecanismos para asegurar el cumplimiento de los acuerdos *vid.* LAMBSDORFF (not. 32), pp. 66 y ss.

54. Cfr. para más detalles acerca de esta cuestión y, en general sobre la adecuación de la teoría personal de patrimonio al delito de administración desleal, NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, 1996, pp. 283 y ss. Como indico en este trabajo, la principal virtud de esta teoría en la administración desleal es que el momento del perjuicio patrimonial sería aquel en el que el autor dispone u obliga indebidamente el patrimonio administrado, lo que traducido al pago de sobornos significaría ya que su pago ha de considerarse por sí sólo como el perjuicio patrimonial.

55. STS de 23-5-1992, Ar. 1992/6783.

56. SAN de 31-3-2000, la invocación de la teoría personal se produjo con relación al supuesto del "centro comercial Concha Espina". En resumen los hechos son los siguientes: El acusado obtuvo gratuitamente una cuenta en participación en una sociedad mobiliaria que tenía como finalidad como construir un centro comercial. Esta generosidad se compensó mediante el otorgamiento de préstamos y avales por parte del Banco que administraba el acusado (como puede apreciarse estos "preliminares" por sí solos están muy cercanos al ámbito conceptual de la corrupción privada). Posteriormente el acusado vendió esta cuenta en participación al Banco que presidía, pero ocultándole que se trataba de una autocontratación y de que además compraban una cuenta en participación y no acciones. A la hora de evaluar si la cantidad pagada por la cuenta en participación resulta razonable en términos de mercados es cuando se plantea la cuestión del riesgo patrimonial, en cuanto que se plantea si al calcular su precio pueden tenerse en cuenta las expectativas futuras de crecimiento de una sociedad que en esas fechas estaba aún en sus inicios. La AN emplea varios argumentos para asimilar riesgo y perjuicio. Pero el decisivo es el que proporciona la adopción de la teoría personal: "El producto recibido como contraprestación es sustancialmente diferente del que se pretendía recibir. Tanto se conciba el perjuicio en el delito de estafa en sentido económico, o de acuerdo con el más moderno concepto personal, no proporciona la misma utilidad a la sociedad inversora la adquisición de unas acciones que las de una cuenta en participación". La utilidad en que se fija el TS no es además evaluable económicamente, sino que se cifra en que la cuenta en participación a diferencia de las acciones no permite ejercer derecho político alguno, ni participación en la gestión.

57. NIETO MARTÍN (not. 54), pp. 287-288.

58. Sobre esta cuestión JOECKS, *Steuerrechtliche Behandlung der Bestechung*, en Pieth/Eigen (not. 32), pp. 372 y ss.

Hasta aquí se ha abordado la problemática patrimonial o societaria de la corrupción desde el punto de vista exclusivo de la empresa que abona el soborno, falta ahora por examinar qué ocurre con el administrador o directivo que lo recibe. La pregunta es la siguiente: ¿la sola recepción de un soborno puede ser considerada un perjuicio patrimonial a los efectos del delito de administración desleal<sup>59</sup>. La respuesta, en mi opinión, ha de ser afirmativa en aquellos casos en los que se demuestre que el "coste del soborno" después se integra aumentando el precio final de una determinada operación (prestación de servicios, compra de mercancías, etc.). Pues aquí es evidente que el servicio o el bien se ha adquirido por la empresa a un precio superior al de mercado. El que los costes económicos de la corrupción acaban siendo asumidos por la entidad a la que pertenece el sobornado y no por la empresa corruptora, es bien conocido en los casos de sobornos para hacerse con una obra pública en el que la administración acaba por pagar, como un elemento más de la obra, las cantidades que la adjudicataria ha empleado para lograr el contrato. Más discutible resulta en cambio utilizar un argumento que ha empleado en diversas ocasiones el TS austriaco: el administrador que recibe un soborno con relación a una determinada adquisición de bienes o servicios siempre podría haber conseguido estos bienes a un precio inferior renunciando a la "prima", lo que en el fondo supone reconocer que, tal como acabamos de indicar, la corrupción de representantes (públicos o privados) siempre acaba repercutiendo en los representados<sup>60</sup>.

En el ordenamiento español no creo que existan dificultades para aplicar el delito de apropiación indebida o administración desleal allí donde se ha demostrado un perjuicio efectivo en el caso concreto. Aunque en este caso lógicamente lo que conforma el tipo penal no es la recepción del soborno, sino el acto de disposición patrimonial posterior. Ahora bien no debemos engañarnos demostrar este extremo con el grado de certeza que exige la prueba penal me parece poco menos, al menos en la mayoría de los casos, que imposible. Además tampoco debe descartarse que el "precio de la corrupción" acabe siendo repercutido en ge-

neral en el mercado o distribuido entre varias empresas. Por otro lado, el argumento utilizado por el TS austriaco resulta cuestionable desde el punto de vista de la presunción de inocencia en cuanto que con ella se evita comprobar si en el caso concreto el precio se ha trasladado efectivamente al producto o servicio.

## VI. Conclusiones

Con todo las reflexiones muestran a mi juicio que la perspectiva más sólida a la hora de decidir la inclusión de un delito de administración entre privados es la patrimonial y no tanto la supraindividual de la protección de la competencia. Esto es, si algún sentido tiene este delito sería por lo que se refiere a los casos de corrupción entre privados activa es aclarar que el pago de sobornos implica siempre un delito de apropiación indebida. Aunque como se ha demostrado existe potencial hermenéutico para considerar típica esta conducta, convendría que el legislador interviniera mediante la creación de un delito específico de cohecho activo entre privados o mejor, para no dar lugar a confusiones terminológicas, de *administración desleal mediante pago de sobornos*. Las funciones de este tipo serían sobre todo aclarar la controvertida situación legal en torno a este tipo de conductas la cual, por cierto, no es sólo exclusiva del derecho español.

La perspectiva adoptada justifica aún más si cabe la creación de un tipo paralelo de *administración desleal mediante recepción de sobornos*, cuya finalidad no sería tan "declarativa" como la del precepto anterior. Pues en realidad este tipo sería únicamente un delito de peligro abstracto en el que el legislador parte de una sólida base empírica: los costes de la corrupción de representantes acaban siendo trasladados al representado. El que se trate de un delito de peligro supone que la sanción habrá de ser menos severa que la prevista en la administración desleal mediante el pago de sobornos. La asimetría de penas entre el pago y la recepción de sobornos resulta justificada desde el punto de vista del desvalor del resultado, pero también desde un punto de vista político criminal

59. Evidentemente cuando el administrador como consecuencia del soborno realiza un comportamiento que perjudica patrimonialmente a la empresa que dirige cometería ya sin duda alguna un perjuicio patrimonial. En aquellos países, como Alemania, en los que se dispone de un delito de corrupción privada y uno de administración desleal en estos caso se indica que existe un concurso ideal de delito y ello porque los bienes jurídicos son distintos. El corruptor sería a su vez inductor o cómplice en este delito; vid. por todos BLESSING (not. 7) marg. 69.

60. Estos argumentos llevan al TS austriaco a aplicar siempre el delito de administración desleal en los casos de corrupción con la consecuencia que el delito de corrupción privada tiene una función ornamental, BERTEL (not. 12), p. 47.

en el sentido de que la disparidad punitiva entre los distintos tipos de cohecho facilita la ruptura de la "estrecha comunidad de vida" que se produce, gracias a la amenaza penal, entre corruptores y corruptos<sup>61</sup>. Así mismo ha de señalarse que dado que el bien jurídico es, insisto, el patrimonio resulta cuestionable trasladar acriticamente la estructura de los delitos de corrupción de funcionarios públicos; en concreto: en estos supuestos no considero admisible sancionar con iguales penas que la aceptación o el pago de sobornos su ofrecimiento o la solicitud de los mismos. Estos comportamientos, en su caso, deberían ser sancionados únicamente como tentativa.

No querría cerrar estas páginas sin realizar, a modo de conclusión, un breve comentario sobre la Acción común de la UE que ha dado lugar a la obligación de introducir un tipo de estas características. La armonización de los ordenamientos penales nacionales, ya se realice a través de directivas, ya se efectúe mediante los mecanismos del tercer pilar ha de ser siempre una armonización de mínimos. Y ello en virtud de un conjunto de razones que ya se expusieron en otro lugar<sup>62</sup> y que quizás sea preciso recordar. La armonización, cuando se hace a través de normas imperativas para los Estados (directivas, decisiones marcos o, como en este caso, acciones comunes) supone un menoscabo importante del principio de legalidad, en cuanto que traslada el monopolio de la política

criminal del legislativo al ejecutivo. El Consejo, ya sea el CE (directivas) como el de la UE (acciones comunes y hoy decisiones marcos), está compuesto por los jefes de gobierno nacionales, desde el punto de vista de la división de poderes la armonización les permite legislar en materia penal convirtiendo a los parlamentos nacionales en meros ejecutores de sus decisiones. Esta armonización de mínimos, que se deriva del principio de subsidiariedad, es aún más importante cuando versa sobre conductas como la corrupción en el sector privado sobre las cuyo merecimiento de pena no existe apenas consenso y que resultan absolutamente extrañas para algunas tradiciones jurídicas. A lo sumo, en estos casos, la armonización debería contentarse con exigir que las conductas sean sancionadas, dejando en manos del legislador nacional la elección de la sanción. Una armonización que no cumpla con estos requisitos corre el peligro de convertirse en "armonización simbólica", que como ha ocurrido en este caso en nuestro país provoca una suerte de indiferencia masiva hacia la obligación de acomodar el derecho nacional. A la larga, y al igual que ocurre con el derecho penal simbólico, la utilización simbólica (ineficaz) de cualquier norma se traduce en desprestigio y pérdida de valor, lo que en este caso afectaría a un instrumento que resulta imprescindible para la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia a que se refiere el art. 2 del TUE.

61. En este sentido expresamente LAMBSDORFF (not. 32), p. 84.

62. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*. Praxis. Barcelona. 1996, pp. 359 y ss.