

PATRICIA FARALDO CABANA

**Profesora titular de Derecho Penal
Universidade de A Coruña**

Hacia un delito de corrupción en el sector privado¹

¹ Este trabajo fue elaborado a raíz de mi participación en el II Congreso Hispano-italiano de Derecho penal económico, celebrado en Pavía los días 21 a 23 de septiembre de 2000, en el que compartí mesa con Vincenzo Militello, que ha publicado recientemente su contribución en la *RTDPE* con el título "Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario".

Sumario

I. DETERMINACIONES PREVIAS. II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. III. LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN PASIVA Y ACTIVA EN EL SECTOR PRIVADO. 1. Elementos comunes. a) El concepto de "persona". b) Las contraprestaciones. c) La responsabilidad del intermediario. d) La responsabilidad del beneficiario de la ventaja indebida. 2. Conducta típica en la corrupción pasiva. 3. Conducta típica en la corrupción activa. IV. CONSUMACIÓN. V. SANCIONES. 1. Sanciones impuestas a las personas físicas. 2. Sanciones impuestas a las personas jurídicas. VI. ADECUACIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN SOCIAL FRAUDULENTO PARA INCLUIR EN SU SENO LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO. VII. CONCLUSIÓN.

I. DETERMINACIONES PREVIAS

En el marco de la política global de lucha contra la corrupción que han emprendido las autoridades comunitarias, y que se ha plasmado en diversas Resoluciones del Consejo y Convenios sobre prevención de la delincuencia organizada, protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y lucha contra la corrupción en el sector público², el

- 2 Vid. el Informe del Grupo de alto nivel sobre delincuencia organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam de los días 16 y 17 de junio de 1997, en particular la recomendación n.º 6 del Plan de acción de lucha contra la delincuencia organizada de 28 de abril de 1997, que prevé la formulación de una política global de lucha contra la corrupción (DOCE C 251, de 15 de agosto de 1997, p. 1); así como la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1998, sobre la prevención de la delincuencia organizada con miras a establecer una estrategia global para combatirla (DOCE C 408, de 29 diciembre de 1998, p. 1); los dos Protocolos del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (el primero adoptado por el Consejo el 27 de septiembre de 1996 y publicado en el DOCE C 313, de 23 octubre de 1996, p. 2, y el segundo adoptado por el Consejo el 19 de junio de 1997, y publicado en el DOCE C 221, de 19 de julio de 1997, p. 11); y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, adoptado por el Consejo el 26 de mayo de 1997 (DOCE C 195, de 25 de junio de 1997, p. 2). Todos estos instrumentos permiten afirmar que en este tema la Unión Europea se ha convertido actualmente "en el más importante laboratorio jurídico a escala universal, en el que los textos antifraude y anticorrupción se constituyen en adelantados de la integración penal europea y heraldos de una Justicia penal supranacional". GONZÁLEZ, *Corrupción y Justicia democrática*, Clamores, Madrid, 2000, p. 65.

Consejo de la Unión Europea ha adoptado la Acción común de 22 de diciembre de 1998, sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado (DOCE n.º L 358 de 31/12/1998), en la que se describen unas conductas denominadas de "corrupción pasiva" y de "corrupción activa en el sector privado", comprometiéndose los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para asegurar que dichas conductas, así como la complicidad en ellas o la inducción a las mismas, "sean objeto de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición"³ (art. 4.1 de la Acción común). "No obstante, todo Estado miembro podrá establecer, en los casos menos graves de corrupción activa y pasiva en el sector privado, sanciones de naturaleza distintas a las previstas en el apartado 1" (art. 4.2 de la Acción común). Volveremos sobre el tema de las sanciones en otro apartado de este trabajo, donde prestaremos particular atención a las sanciones contra las personas jurídicas responsables de los actos de corrupción activa cometidos en su provecho que la Acción Común contempla en los arts. 5 y 6. Pero antes de entrar en el análisis de las conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado quisiera hacer unas referencias al instrumento jurídico elegido para esta aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, la Acción común.

El recurso a las Acciones comunes se enmarca en el Tercer pilar de la Unión Europea, la cooperación intergubernamental. Como es de todos conocido, el Derecho comunitario no atribuye a la Unión competencias penales, que siguen confiadas a

3 En relación con este aspecto conviene observar que el primer párrafo del art. 2 de la Ley 4/ 1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (BOE núm.73, de 26 de marzo; rect. BOE núm.90, de 15 de abril), señala que "se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave".

los Estados miembros⁴. La elección del Tercer pilar en el ámbito que nos ocupa supone excluir, o al menos reducir de manera

4 No debe olvidarse que el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 ha transformado de forma cualitativa el marco y la regulación jurídica de la cooperación policial y judicial en materia penal. Vid. ampliamente sobre este aspecto MANGAS MARTÍN/ LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 384 y ss. En este aspecto ha de tenerse en cuenta que la reordenación del Tercer pilar (Título VI del TUE, arts. K.1 a K.14, disposiciones que pasan a ser los arts. 29 a 42 TUE una vez entrado en vigor el Tratado de Amsterdam) ha permitido definir con mayor precisión los objetivos de la cooperación policial y judicial en materia penal: en primera línea se encuentra el propósito de "ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia" (art. K.1 TUE); en un segundo plano, como objetivos de segundo nivel que permitirán profundizar en ese "alto grado de seguridad", el art. K.1 menciona también "la prevención y lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude". Por cuanto se refiere al tema que nos ocupa, la reforma del Título VI del TUE ha supuesto la desaparición de las Acciones comunes puesto que se considera que toda actuación cooperativa en los ámbitos policial y judicial penal constituye una "acción en común" (art. K.1). Efectivamente, se entiende que el Título VI del TUE, más que un mero marco de cooperación, diseña una "acción en común" entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial penal, no limitándose a la creación de cuadros institucionales de concertación, sino estableciendo y encauzando la producción de normas sustantivas, marcos cooperativos de actuación y cuadros técnico-jurídicos que organicen la convivencia entre los objetivos y medios de la Unión y las competencias y medios de los Estados en estas materias. El Tratado de Amsterdam prevé la utilización de cuatro instrumentos jurídicos distintos con el objeto de fomentar la cooperación judicial y policial en materia penal: posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios. Lo que antes eran Acciones comunes pasan a ser decisiones marco las cuales, como los actos a los que vienen a sustituir, no tienen efectos directos pero sí carácter obligatorio para los Estados miembros, sirven "para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros" (art. 34.2.b) TUE), si bien, a diferencia de las Acciones comunes que, como hemos visto, podían establecer obligaciones de actividad o de resultado, "las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. No tendrán efecto directo" (de nuevo, art. 34.2.b) TUE). Con este último inciso se pretende, según opinión mayorita-

significativa, el papel de las instituciones comunitarias, asumiendo los Estados miembros la dirección de todo el proceso⁵.

Pero ¿es la Acción común vinculante para los Estados que la han adoptado? El Título VI no establece específicamente el carácter vinculante de la Acción común, pero éste se deduce de lo establecido en el Título V, que recoge el carácter vinculante de las acciones comunes referidas a la PESC⁶, de forma que una vez adoptada la Acción obliga a todos los Estados miembros⁷. Pues bien, la Acción común que nos ocupa estable-

ría, impedir la aplicación del importante acervo jurisprudencial comunitario existente respecto de las Directivas, puesto que las decisiones marco pueden ser consideradas unas "Directivas desnaturalizadas". Cf. por todos, CARRERA HERNÁNDEZ, "La cooperación policial y judicial en materia penal. componente del espacio de libertad, de seguridad y de justicia", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* núm.2, 1998, suplemento, pp. 12-13. Téngase en cuenta, no obstante, que aunque la forma y los medios se dejen a la decisión de los Estados miembros este instrumento jurídico sirve para aproximar las legislaciones en los ámbitos de la cooperación policial y judicial penal, de forma que supondrá en todo caso cambios legislativos.

- 5 En efecto, existen notables diferencias que alejan al Tercer pilar, intergubernamental, de los pilares propiamente comunitarios. Como puede observarse, el Consejo es protagonista prácticamente absoluto en el procedimiento de adopción, puesto la Comisión sólo aparece asociada a dicha labor y el Parlamento Europeo es meramente informado de sus pormenores, a lo que se añade que, salvo contadas excepciones, este orden de cuestiones se sitúa al margen del control del Tribunal de Justicia. Vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, y otros, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 67. Además, respecto de las acciones comunes está vigente el principio de subsidiariedad, de forma que sólo cabrá adoptarlas en la medida en que los objetivos de la Unión europea puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una Acción común que por la actuación aislada de los Estados miembros. Cf. BBNZO, "El Título VI del TUE: Instrumentos, instancias decisorias e instituciones comunitarias en el Tercer pilar", en AA.VV., *El Tercer pilar de la Unión europea: la cooperación en asuntos de justicia e interior*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 27.
- 6 De acuerdo con el art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados no es posible dar un sentido diferente al término "Acción común" según se utilice en el Título V o en el VI del TUE.

ce un plazo de dos años a partir de su entrada en vigor para que cada Estado miembro presente propuestas adecuadas para su aplicación, con el objeto de que las autoridades competentes las estudien con vistas a su adopción (art. 8.1). Puesto que la Acción común entró en vigor el día de su publicación en el DOCE, el 31 de diciembre de 1998, el plazo ha finalizado el 31 de diciembre de 2000. Transcurrido este plazo sin que el Estado haya modificado su legislación interna en el sentido que especifica la Acción común, es posible exigirle responsabilidad⁷. España, por tanto, ha incurrido en responsabilidad por su falta de actuaciones en el sentido indicado por la Acción común que nos ocupa.

El siguiente apartado se dedicará a analizar el bien jurídico que se pretende proteger con la incriminación de las conductas de corrupción pasiva y activa en el sector privado. Pero antes de introducirnos en los aspectos dogmáticos del problema sería conveniente preguntarse por el motivo que ha llevado a los Estados signatarios a hablar de "corrupción" cuando se refieren a conductas que tienen lugar en el sector privado⁸. El concepto de corrupción ha sido normalmente aplicado a los delitos come-

7 Cfr. BENZO, "El Título VI del TUE: Instrumentos, instancias decisorias e instituciones comunitarias en el Tercer pilar", cit., p. 28, que afirma tajantemente que "no caben matizaciones en este sentido. Como acto unilateral de carácter obligatorio, su fuerza vinculante no puede depender de las manifestaciones hechas por los diferentes Estados antes o después de su adopción".

8 Estamos ante una Acción común que establece una obligación "de resultado", pues se impone a los Estados miembros la obligación de modificar sus legislaciones internas en un plazo de tiempo determinado. En las acciones comunes que establecen una obligación "de comportamiento" los Estados han de hacer lo necesario para el logro un determinado objetivo, sin que las medidas impliquen necesariamente una modificación legislativa. En este segundo caso la obligación se refiere no tanto al resultado cuanto a la actividad que los Estados deben desarrollar ante una determinada cuestión. Vid. el Dictamen del Servicio Jurídico 12264/94, de 16 de diciembre, relativo a la naturaleza jurídica de las acciones comunes

9 Conviene advertir que este hecho puede encuadrarse en la tendencia a utilizar definiciones amplias de corrupción que fue iniciada por el párrafo 176 del Proyecto alternativo de Código penal alemán de 1977, que contempla-

tidos por funcionarios públicos contra la Administración pública, y en este contexto alude a una privatización de la política y

ba un delito de "corrupción en el tráfico económico" ("*Bestechung im Wirtschaftsverkehr*"), con el siguiente texto.

§ 176. "1. Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa el que ofrece, promete u otorga una ventaja patrimonial al

1) titular, empleado o delegado de una empresa comercial dedicada a formular dictámenes, dar consejos o recomendaciones según su visión del mercado, o al

2) empleado o delegado de otra empresa comercial para que le otorgue de forma contraria al deber, a él o a un tercero, una ventaja en el tráfico comercial con mercancías o producciones económicas

2. Con la misma pena será sancionado

1) el titular, empleado o delegado de una de las empresas mencionadas en el párrafo 1, núm. 1, o

2) el empleado o delegado de otra empresa comercial, que requiera una ventaja patrimonial, se la haga prometer o la acepte para otorgar a otro, en contra de su deber, preferencia en el tráfico comercial con mercancías o producciones económicas.

3. No será punible el que:

1) En el caso del párrafo 1, desiste de la oferta o promesa antes de que le sea concedida la ventaja a él o a un tercero, o impide que ésta se concrete, o en caso de que la ventaja no hubiera tenido lugar o hubiese resultado independientemente del otorgamiento del beneficio, se hubiera esforzado seriamente para impedir su concreción,

2) en el caso del párrafo 2, desiste de su exigencia o de su conformidad para aceptar el beneficio antes de haberse otorgado la ventaja, o no otorga la ventaja a otro y restituye el beneficio recibido".

Vid. la justificación de su creación por los autores del Proyecto alternativo en LAMPE, y otros, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Wirtschaft*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1977, pp. 35-39

Más recientemente vid. también la definición del Consejo de Europa, que propone considerar corrupción "las comisiones ocultas y cualesquiera otras actuaciones que impliquen a personas investidas de funciones públicas o privadas, que hayan violado los deberes que se derivan de su cualidad de funcionario público, de empleado privado, de agente independiente o de otra relación de ese género, al objeto de obtener las ventajas ilícitas de cualquier naturaleza que sea, por ellos mismos o por otro". CONSEIL DE L'EUROPE, *Programme d'action contre la corruption adopté par le Comité des Ministres*, Strasbourg, 1996, p. 29.

de la función pública, es decir, a la utilización del acceso a la autoridad política o administrativa como recurso privado. Coincide con el fenómeno que nos ocupa en varios aspectos: a) la motivación del intercambio es fundamentalmente económica para las dos partes, incluyendo más raramente otras prestaciones; b) el vínculo entre las partes es el propio de una relación de iguales que establecen un contrato, por tanto es de tipo horizontal; y c) el contenido de la relación es ilegal o ilícito, por lo que se oculta. Ahora bien, en la corrupción en el sector privado no se trata de la compraventa de la función pública, sino de la compraventa del cargo privado que se ostenta. Pero si en el sector privado no hay una obligación de imparcialidad como la que afecta al funcionario público, ¿qué se pretende sancionar? Profundizaremos en la cuestión del bien jurídico en el siguiente apartado. Aquí conviene señalar que estas semejanzas morfológicas han conducido a los Estados miembros a utilizar el expresivo término "corrupción" en el sector privado con el significado, pues, de compraventa del cargo que compromete a quien lo ostenta a incumplir sus obligaciones como contraprestación a la ventaja que ha solicitado o se le ofrece.

De acuerdo con el art. 2.1 de la 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 incumplimiento sus obligaciones", señalando el apartado 2 que "con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4^o, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al

10 Art. 4 2: "No obstante, todo Estado miembro podrá establecer, en los casos menos graves de corrupción activa y pasiva en el sector privado, sanciones de naturaleza distinta a las previstas en el apartado 1".

menos en el marco del mercado común, y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato”.

De acuerdo con el art. 3.1 de la 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 que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”, siendo el apartado 2 idéntico al apartado 2 del precepto anterior, ya transcrito.

A efectos de la Acción común, “se entenderá por:

- “persona”: cualquier asalariado o cualquier otra persona cuando desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una persona física o jurídica que opere en el sector privado o en su nombre;
- “persona jurídica”: cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos actuando en ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas;
- “incumplimiento de las obligaciones”: esta expresión se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del “incumplimiento de las obligaciones” en el Derecho nacional 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 mercantil a una “persona” tal que definida en el primer guión” (art. 1, definiciones).

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Según lo que puede denominarse Exposición de Motivos de la Acción común sobre la corrupción en el sector privado, "la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en concreto, el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional". Desde este punto de vista los delitos de corrupción en el sector privado se aproximarían a alguno de los delitos contra el mercado y los consumidores contenidos bajo esa misma rúbrica en la Sección tercera del Capítulo XI, "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores", del Título XIII, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", del Libro II del CP de 1995, y más en concreto a los delitos contra la competencia desleal. Estos delitos "se caracterizan por menoscabar en primera línea un bien jurídico individual, a saber, los intereses legítimos de los empresarios competidores"¹¹, quedando en un segundo plano la tutela del correcto funcionamiento de la economía de mercado.

También podría pensarse, vista la alusión que hace la Acción común a la libertad de los mercados, que la corrupción en el sector privado es un delito contra el libre mercado o contra la libertad de competencia. Estos delitos "se destinan predominantemente a garantizar la propia existencia del libre mercado y de la competencia, concebidos como condición esencial para el funcionamiento de la economía de mercado"¹², esto es, "se orientan a preservar bienes jurídicos de naturaleza supraindividual del orden económico constitucional"¹³.

11 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 68.

12 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Sección 30", en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1355, del mismo autor, *Parte especial*, cit., p. 67.

13 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Sección 30", cit., p. 1355.

¿Cuál de estos bienes jurídicos se tutela en el delito que nos ocupa? La corrupción ha sido analizada fundamentalmente desde la perspectiva que afecta a la Administración pública; sin embargo, poco se ha hablado de la realización de las mismas prácticas en el sector privado. En mi opinión se tutelan los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores, que constituyen un bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que su tutela se orienta a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, la competencia leal, que es lesionado ya al ponerse en peligro abstracto el bien jurídico individual. Para asegurar la existencia de una competencia suficiente, libre y no falseada es preciso que la lucha concurrencial se desarrolle de acuerdo con ciertos principios, entre los que destaca el principio de competencia por propio esfuerzo y no por interferencia en la actividad de otros competidores (o principio de competencia por eficiencia)¹⁴. Las conductas de corrupción activa suponen una interferencia intolerable en la actividad de otros competidores, pues se compra el incumplimiento de obligaciones por parte de una "persona" que es trabajador o miembro de la dirección de una empresa. Sin duda este incumplimiento de obligaciones puede redundar en el perjuicio de la persona jurídica empleadora al resultar afectada su esfera interna, ya que el incumplimiento de obligaciones puede incidir sobre sus decisiones, organización o funcionamiento o alterar o debilitar su capacidad para competir. Basta pensar que el incumplimiento de obligaciones, del que la propia Acción común se encarga de especificar que debe ser entendido en sentido amplio por el Derecho nacional de los Estados miembros, puede consistir en la violación de secretos, en la firma de contratos perjudiciales para la entidad y que la colocan en desventaja frente a los competidores, en la inducción a la ruptura contractual, en la alteración de las condiciones de competencia promocionando las ventas mediante sobornos en el mercado,

¹⁴ Cfr. VIRGOS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993, p. 21.

etc. Pero no se tutela únicamente el interés legítimo del empresario para el que trabaja la "persona", sino también los intereses de los demás empresarios competidores, como ponen de relieve los arts. 2.2 y 3.2 al señalar que los delitos de corrupción pasiva y activa en el sector privado "se aplicarán, como mínimo, a la conducta que... que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato", esto es, en el concepto de "tercero" se incluyen tanto la empresa para la que trabaja la "persona" como las demás empresas que compiten con ella en el mercado. En efecto, es posible que la empresa para la que trabaja la "persona" resulte beneficiada por la transacción cuando el incumplimiento no es de obligaciones frente a ella sino frente a un tercero, por ej. un acuerdo colusorio que distorsiona la competencia en beneficio mutuo de las empresas implicadas pero en perjuicio de los consumidores, de otros competidores o del libre mercado en general. Por su parte, también las conductas de corrupción pasiva pueden disminuir la capacidad competencial de la empresa, al venderse el incumplimiento de obligaciones por parte de la "persona" que pertenece a su cuadro directivo o a su personal, y afectar a los intereses legítimos de los empresarios competidores, con las mismas consecuencias que hemos recogido para la corrupción activa.

Por tanto, el orden económico en sentido amplio concebido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, se configura como un bien jurídico mediato que se sitúa detrás del bien jurídico individual inmediatamente protegido, los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores. Es el bien jurídico inmediato el que sirve de principal referencia a la hora de descubrir el sentido y la finalidad de los delitos que nos ocupan en el marco de la interpretación teleológica, pues la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto y, por tanto, no es necesario acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni tiene por qué exigirse que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos

a él¹⁵. Lo cierto es que la mera puesta en peligro abstracto de los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores supone o puede suponer una distorsión de la competencia, pero no es necesaria su prueba en el proceso penal para considerar consumado el delito. Es suficiente para ello que la conducta pueda causar perjuicios económicos a los empresarios competidores, esto es, que sus intereses económicos legítimos sean puestos en peligro abstracto.

III. LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN PASIVA Y ACTIVA EN EL SECTOR PRIVADO

1. Elementos comunes

a) *El concepto de "persona"*

Conviene detenerse en la definición auténtica de "persona" a efectos de los delitos de corrupción pasiva y activa en el sector privado. Sujeto activo del delito de corrupción pasiva es una "persona", concepto que, como hemos visto, se define en el art. 1 de la Acción común. En el delito de corrupción activa se menciona también a la "persona", esta vez como destinataria del acto de corrupción del particular, siendo punible su conducta como corrupción pasiva si acepta la promesa o el ofrecimiento de una ventaja indebida o la recibe efectivamente, y atípica si rechaza dicha promesa u ofrecimiento. El art. 1 permite incluir en el concepto de "persona" a todas las personas físicas que desempeñan funciones directivas, tanto si se trata de miembros del órgano de administración de la empresa como de personal de alta dirección, o funciones laborales de cualquier índole, lo que incluye a los trabajadores en general, así como, por último, a

15 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 91.

quienes actúan en nombre de la persona física o jurídica que opera en el sector privado, esto es, representantes, apoderados generales, dependientes o mancebos, etc¹⁶. En resumen, de acuerdo con la definición contenida en el art. 1 cualquier persona que mantenga una relación orgánica o laboral con la persona física o jurídica que opere en el sector privado, o actúe en su nombre, sería "persona" a efectos de la Acción común. Por su parte, los arts. 2 y 3 exigen que la conducta de corrupción tenga lugar en el ejercicio de las actividades empresariales, lo que debe entenderse en sentido amplio como cualquier actividad que se realiza en el seno de la empresa, aunque no sea de cara al público¹⁷, puesto que también en estos casos la "persona" que vende el incumplimiento de obligaciones pone en peligro los intereses legítimos de los empresarios competidores, al poder afectar a su capacidad competencial.

16 Se incluyen aquí todos los que actúen en nombre de la persona física o jurídica que opere en el sector privado: el factor mercantil, gerente o apoderado general, ya incluido entre los que desempeñan funciones directivas pues posee facultades para administrar, dirigir y contratar sobre todo lo que forma parte del normal giro y tráfico de la empresa (arts. 283 y 286 CCom), y entre los trabajadores por cuenta ajena, ya que la naturaleza jurídica del contrato que liga al empresario y al factor es un contrato de arrendamiento de servicios, y la relación se califica como relación laboral de carácter especial por el art. 2 ET y por el RD 1382/ 1985, de 1 de agosto; y los apoderados singulares, llamados dependientes por el Código de Comercio. Dentro de la categoría de los apoderados singulares se incluyen los que el Código de Comercio denomina mancebos, que son los dependientes autorizados para vender al por menor o al por mayor en un almacén público, ligados al empresario por un contrato de trabajo (por lo que entrarían también en la categoría de "asalariados"), y los agentes comerciales, que son pequeños empresarios auxiliares independientes que suelen prestar sus servicios a varios empresarios sin estar ligados por contrato de trabajo, sino por un contrato de agencia, de comisión o de corretaje, y que según el art. 2 del D.3595/ 1977, de 30 de diciembre, se encargan "permanentemente de promover, negociar o concertar las operaciones mercantiles en nombre y por cuenta de una o varias empresas, mediante retribución y en zona determinada".

17 Por ej. trabajadores empleados en la línea de producción

b) Las contraprestaciones

La contraprestación del particular: el concepto de "ventajas indebidas de cualquier naturaleza"

La contraprestación que solicita o recibe la "persona" y que le promete, ofrece o da el particular para que en el ejercicio de sus actividades empresariales realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones se describe como "una ventaja indebida de cualquier naturaleza". Cabe preguntarse si es posible o conveniente restringir esta amplia expresión a las prestaciones de carácter material valorables económicamente, como se ha propuesto para el delito de cohecho¹⁸. Si se tiene en cuenta que lo esencial es que lo solicitado o recibido por la "persona", o lo que se le ofrece, promete o da tenga capacidad persuasiva suficiente para que ésta incumpla sus obligaciones, y que en este ámbito no existe ni el delito de tráfico de influencias ni el de solicitud de favores sexuales a una persona que tenga pretensiones pendientes de la resolución del funcionario o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior, que actúen como tipos de recogida cuando las ventajas no tienen naturaleza económica, como ocurre en el delito de cohecho¹⁹, es preferible no proceder a una interpretación restrictiva de la expresión. Se incluyen, por tanto, los favores sexuales, los ascensos laborales, las distinciones honoríficas y en general cualquier ventaja o utilidad para la "persona", tenga o no naturaleza patrimonial, pues lo decisivo es que la ventaja sea relevante para influir sobre su actuación. No cabe olvidar, además, que la Acción común especifica que las ventajas pueden ser "de cualquier naturaleza", lo que apunta claramente a favor de la interpretación realizada.

18 Cfr. MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, "Del cohecho", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 20 ed. 2001, Aranzadi, Pamplona, p. 1916. Sobre esta tesis y sus partidarios, vid. ampliamente VALENE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 132-134.

19 Cfr. MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, "Del cohecho", cit., pp. 1916-1917. Más ampliamente, vid. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Trirat lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 329 y ss.

La ventaja debe ser "indebida", esto es, la "persona" no tiene ni el deber, ni el derecho ni la facultad de recibirla. Faltan normas de Derecho positivo que regulen esta cuestión, pero en cualquier caso el adjetivo "indebido" puede hacerse equivalente a "ilícito", pues se relaciona con el incumplimiento de obligaciones por parte de la "persona".

Cabe preguntarse si es posible que la ventaja se convierta en lícita a través de la autorización previa o posterior de la Junta general de la empresa empleadora. Esta posibilidad es admitida para el delito de cohecho por el parágrafo 331 StGB. Ahora bien, es necesario puntualizar que dicha autorización sólo será relevante si el único perjudicado por la conducta de corrupción es la propia empresa empleadora, pues en este caso se podría entender que la empresa puede disponer y dispone efectivamente de su propio patrimonio, de forma que esa autorización, siempre que reúna los requisitos propios del consentimiento eficaz en Derecho penal, es causa de exclusión del injusto penal, pero no de la antijuridicidad general pues el incumplimiento de obligaciones es un ilícito civil o mercantil.

Al utilizarse la expresión "ventajas indebidas" no quedarían comprendidas en el ámbito de los delitos de corrupción en el sector privado los regalos hechos a las "personas" de acuerdo con los usos del tráfico o de cortesía, ya que no se persigue la contraprestación consistente en el incumplimiento de obligaciones. Así, por ej., regalos hechos a la "persona" por Navidad o por su cumpleaños, invitaciones a actos sociales, etc. En este ámbito ha de atenderse a los principios de insignificancia y de adecuación social, de forma que queden excluidos del delito de corrupción en el sector privado las entregas u ofertas de cosas que o bien por su insignificancia no son objetivamente adecuadas para motivar a la "persona" a incumplir sus obligaciones, o bien están amparadas por los usos sociales²⁰.

20 Sobre los criterios relevantes para determinar la adecuación social y el principio de insignificancia en el delito de cohecho, vid. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 341-344. Más en general en tomo al

La contraprestación de la "persona": realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones

Las ventajas indebidas deben ser solicitadas, recibidas, prometidas, ofrecidas o dadas a cambio de que la "persona" realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. Si la "persona" obtiene o pretende obtener una ventaja indebida a través de la "venta" de su posición, el particular persigue que la "persona" realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. Se trata de un intercambio de prestaciones.

Obsérvese que la contraprestación de la "persona" puede ser tanto activa, realizar un acto, como omisiva, abstenerse de realizar un acto, en ambos casos incumpliendo sus obligaciones. A diferencia de lo que ocurre en la actual regulación española del cohecho, que establece una pena menor para la abstención que para la ejecución de un acto quebrantando el deber del funcionario²¹, se equiparan las conductas activas y abstencionistas de la "persona", lo que estimo adecuado pues en ambos casos se produce la "venta" de la posición que ocupa la "persona" a cambio de la obtención de una ventaja indebida, por lo que es irrelevante que la contraprestación consista en realizar o abstenerse de realizar un acto siempre que se incumplan las obligaciones.

La inclusión de esta expresión, "a cambio de realizar o de abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones",

principio de insignificancia y a la tolerancia social como causas de atipicidad, por todos, LUZÓN PEÑA, "Causas de atipicidad y causas de justificación", en LUZÓN PEÑA/ MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 28-29.

- 21 Art. 421: "Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

da lugar a un delito de consumación anticipada²². Pero además supone la exigencia de que la "persona" actúe en el marco de las facultades que se le confieren por razón de su cargo. Sólo puede incumplir sus obligaciones realizando o absteniéndose de realizar un acto la "persona" que ejecuta indebidamente lo que tiene que hacer o se abstiene de realizar un acto debido, y no el que invade competencias ajenas y efectúa actos que funcionalmente escapan a sus atribuciones. El fundamento de la inclusión de este acto pretendido radica no en el hecho del aprovechamiento de las ventajas que reporta el cargo para llevar a cabo la actuación ilícita, sino en la infracción concreta de los deberes que han sido encomendados a la "persona" en relación con el bien jurídico penalmente protegido. Por tanto, con la expresión utilizada se logra restringir la aplicación del delito a los supuestos en los que el autor obra dentro de sus atribuciones, infringiendo las normas reguladoras de su función o cargo que le prohíben realizar o abstenerse de realizar el acto de que se trate. Y es que aun cuando el sujeto tenga la cualidad de "persona" a efectos de la Acción común no incurre en este delito si su actuación nada tiene que ver con el círculo de sus funciones o deberes.

En relación al incumplimiento de las obligaciones debe tenerse en cuenta que, según el art. 1 de la Acción común, "esta expresión se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del "incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional 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 mercantil a una "persona" tal que definida en el primer guión".

El cargo de administrador se sustenta en una relación de confianza que no es comprensible sin la existencia de unos deberes de diligencia y de lealtad frente a la sociedad y frente a sus órganos. Los administradores se encuentran vinculados a la sociedad por una peculiar relación que se conoce en el lenguaje

22 Vid. *infra* más en detalle acerca del momento de la consumación.

habitual norteamericano como «*fiduciary relationship*»²³. El sector mercantil del Ordenamiento jurídico arbitra una amplia serie de medidas para garantizar la conducta diligente y leal de los administradores. El deber de diligencia trata de evitar que los administradores administren negligentemente la empresa, esto es, que prefieran dedicar más tiempo a sus intereses personales y menos a la administración de la sociedad. La lealtad no debe confundirse con la obediencia ciega, puesto que la obediencia no exonera a los administradores del cumplimiento de sus obligaciones. La lealtad aparece conectada en el Derecho mercantil a la función de representación de intereses ajenos que ostenta el administrador y que desemboca en un deber de fidelidad que le obliga a anteponer los intereses sociales a los propios. Presupone, pues, la existencia de un conflicto de intereses. La absoluta postergación del interés propio de los administradores en relación con los intereses de la sociedad y de los socios está justificada en tanto en cuanto gestionan un interés absolutamente ajeno. No obstante, la LSA no ha querido llevar a sus últimas consecuencias la exigencia de lealtad y se ha abstenido de imponer expresamente a los administradores la prohibición de concurrencia que afecta a los gestores de intereses ajenos, como socios colectivos y factores, reenviando el tema al párrafo segundo del art. 132, el cual dispone que «los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general». En este precepto se incluyen dos formulaciones distintas de un mismo concepto de conflicto de intereses, ceñido en el primer caso a un supuesto particular o específico (administradores de una sociedad que lo son también de otra sociedad competidora), mientras que el segundo contempla el concepto amplio y genérico del conflicto de intereses entre administrador y sociedad como causa de incompatibilidad

23 Vid. ampliamente FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Análisis dogmático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp 320-327 y 340-345, con amplia bibliografía.

determinante del cese de aquél (administradores que bajo cualquier forma tienen intereses opuestos a los de la sociedad, expresión que incluye lógicamente el primer supuesto)²⁴. El conflicto de intereses entre administrador y sociedad ha de ser permanente o estable, puesto que no determina un concreto deber de abstención en una votación aislada sino que es causa de incompatibilidad para el desempeño continuado del cargo de administrador²⁵. Con respecto al primer supuesto, la LSA ha querido abarcar todos los casos en los que el administrador, en su propio nombre y por cuenta propia o ajena, se dedica al mismo género de comercio que la sociedad que administra. Se sigue un criterio de ética empresarial que trata de impedir que se produzcan situaciones de concurrencia que desemboquen en prácticas de competencia desleal²⁶. Con ello la norma se coloca en una posición de tutela avanzada del patrimonio social²⁷.

24 Vid. además el art. 62 LSRL, «1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General.

2. Cualquier socio podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior».

25 Cfr. POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 LSA)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 260 y ss. Un ejemplo claro de un conflicto de intereses permanente es el que surge a raíz de la concesión a los administradores de préstamos o garantías por parte de la sociedad, sea directamente o por persona interpuesta. Cfr. CONTI, "Voce Società (Diritto vigente), Società (reati in materia di)", *Noviss. Dig. It. XVII*, Unione Tipografica, Torino, 1957, p. 766, quien especifica cómo una situación semejante puede conducir a desviaciones de poder por parte del administrador deudor, con el fin de anteponer los propios intereses a los de la sociedad que está obligado a defender.

26 POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., p. 266.

27 Cfr. CONTI, "Voce Società (Diritto vigente), Società (reati in materia di)", cit., p. 771; NAPOLEONI, *I reati societari. II. Infedeltà ed abusi di potere*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 8 y 34. En otras ocasiones se plantean conflictos de intereses como el caso del administrador que se autofinancia con el objeto de adquirir acciones de la sociedad que administra y reforzar su control sobre la misma, o que asiste financieramente a personas de su círculo familiar, de amistad o profesional de manera directa o indirecta.

En íntima relación con el de lealtad, el concepto de fidelidad indica un comportamiento consciente de subordinación de los intereses propios a los intereses de otra persona, que cobra significado en cuanto se produce un conflicto entre ellos. Entendido en sentido relativo, supone una subordinación parcial de los intereses propios con respecto a los de otro en una esfera limitada²⁸ de situaciones determinada por la previa asunción de una obligación jurídica, cuya violación constituye un ilícito y, precisamente, una infidelidad²⁹. Cuando los intereses protegidos por la obligación jurídica que da origen al vínculo de fidelidad son de naturaleza patrimonial, aparece una obligación de fidelidad patrimonial. La infidelidad patrimonial se define, correlativamente, como la voluntaria violación de la obligación de salvaguardar de forma exclusiva los intereses patrimoniales de una persona, obligación que puede tener como contenido la tutela activa de dichos intereses pero que, en cualquier caso, implica cuando menos el deber de no dañar, en beneficio propio o ajeno, o aun sin propósito definido, los intereses señalados. En suma, el deber de fidelidad impone una serie de conductas omisivas, básicamente centradas en la no realización de actos que supongan privilegiar los intereses personales o de los terceros por encima de los intereses cuya tutela fue confiada al administrador³⁰, y activas, en cuanto exige que el sujeto obligado tome todas las medidas oportunas para la protección de los intereses encomendados a su cuidado.

28 Hoy no son admisibles relaciones de fidelidad absoluta.

29 Como señala MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, "Los delitos societarios en el PLOCP", *PJ* núm.28, 1992, p. 193, «la actuación de un administrador o gestor infiel ha de serlo siempre y necesariamente con referencia al *dominus* o mandante, en este caso, la sociedad, pero nunca los terceros a la misma, con los que no puede reprocharse nunca una conducta contraria a la lealtad y al cometido de los deberes del cargo o función».

30 Cfr. BAIGÚN, "Administración fraudulenta e intereses públicos", *RFUCM* núm.11 monográfico, p. 84; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 193-194.

De esta forma, la relación que vincula al administrador con la sociedad implica la aparición de una obligación de fidelidad a cargo del primero, como se desprende de la regulación mercantil, obligación que se conecta con una cláusula general de diligencia que da contenido a la posición jurídica del administrador³¹. En España, el art. 127 párrafo primero de la LSA señala el nivel de diligencia debida por parte de los administradores en el desempeño de sus cargos: «los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal». Esta cláusula presenta un carácter abstracto, girando en torno a dos conceptos, «ordenado empresario» y «representante leal», que, aun siendo objetivos, carecen de contenido concreto y por tanto de determinación, debiendo ser dotados de contenido en función del supuesto específico que se contemple y del interés social³². El administrador, pese a no ser empresario, actúa como tal al frente de un negocio, debiendo desempeñar su función con el orden y prudencia propios de la profesionalidad media que cabe esperar de un empresario³³. No se pretenden resultados concretos, sino diligencia respecto de los medios empleados³⁴. Por otra parte, se exige la diligencia propia de un representante leal, criterio habitual en quienes se ocupan de la gestión de negocios ajenos y que, en términos generales, implica la obligación de actuar de conformidad con el

31 Cfr. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *RDM* núm. 198, 1990, p. 677.

32 Cfr. ALONSO UREBA, "Presupuestos", cit., p. 667. Como señalan GARRIGUES/ URÍA, *Comentario a la LSA, II*, 30 ed. Madrid, 1976, p. 159, la ley se limita a formular principios muy generales, al convencerse sus redactores de que es muy difícil precisar reglas más concretas sobre la diligencia del administrador.

33 Cfr. ALONSO UREBA, "Presupuestos", cit., p. 669. En el mismo sentido, vid. GARRIGUES/ URÍA, *Comentario a la LSA, II*, cit., pp. 158-159.

34 Cfr. GIRÓN TENA, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español", *ADC* 1959, p. 32; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima: aspectos sustantivos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985, pp. 160 y ss.

interés social y también, como hemos visto, de anteponer el interés de la sociedad al propio en caso de conflicto de intereses³⁵.

Por su parte, el director es un apoderado general y sus deberes no son los propios del administrador, sino los del mandatario retribuido, que se pueden reconducir nuevamente a los deberes de diligencia y lealtad³⁶.

c) La responsabilidad del intermediario

En la redacción tanto del delito de corrupción pasiva como del delito de corrupción activa se contempla expresamente la posibilidad de que la conducta sea realizada directamente o por medio de terceros. Esto es, en la corrupción pasiva que la "persona" solicite o reciba las ventajas indebidas, o acepte la promesa de tales ventajas, a través de una persona interpuesta que actúa como intermediario en la actuación³⁷; y en la corrupción activa que el particular prometa, ofrezca o dé una ventaja indebida a la "persona" por medio de terceros que actúan también como intermediarios en la actuación. Además, se contempla expresamente la posibilidad de que la ventaja indebida no tenga como destinataria original a la "persona" sino a un tercero, que a su vez puede actuar como mero intermediario en el beneficio, esto es, como pantalla que se limita a ocultar que el destinatario final será la "persona", o como verdadero destinatario final de la ventaja indebida.

35 Cfr. ALONSO UREBA, "Presupuestos", cit., p. 670. Vid. también GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la LSA, II*, cit., p. 159.

36 Vid. los arts. 1718 y ss del Código civil español, en particular el 1719 ("En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia") y 1726 ("El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido").

37 Cuando solicita las ventajas indebidas en lugar de la "persona".

Por cuanto se refiere al intermediario en la actuación, su previsión expresa es loable ya que dada la estructura del delito de corrupción en muchas ocasiones aparece la figura de un mediador que colabora en la ejecución del delito de diversas maneras, favoreciendo la realización de una entrevista, haciendo de buzón de recogida de los mensajes que se cruzan las partes, etc.

El intermediario en la actuación responde, pues, como partícipe en el delito de corrupción cometido por la "persona" o por el particular. Para determinar si se trata de una cooperación necesaria o de una complicidad habrá que acudir a los criterios generales.

d) La responsabilidad del beneficiario de la ventaja indebida

Es distinta la situación del "beneficiario de la ventaja indebida", esto es, del tercero que resulta ser el destinatario final de la ventaja indebida solicitada o recibida por la "persona" o prometida, ofrecida o entregada por el particular.

Es correcto que se recoja expresamente la posibilidad de que las ventajas indebidas solicitadas o recibidas por la "persona", o que un particular le promete, ofrece o da tengan como beneficiario a un tercero. En el delito de cohecho se ha cuestionado si la dádiva puede aprovechar únicamente al tercero o debe aprovechar también indirectamente al funcionario que se compromete a realizar el acto, optando la doctrina por afirmar que "de no resultar beneficiado el funcionario, directa o indirectamente, con las dádivas no estaría, en principio, actuando movido por intereses ajenos o contrarios a los generales"³⁸, de forma que no sería aplicable el delito de cohecho. En mi opinión esta

38 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, "Del cohecho", cit., p. 1918.

posición es insostenible tanto para el delito de cohecho³⁹ como en la corrupción en el sector privado: en el primer caso se ha producido la compraventa de la función pública incluso aunque el funcionario destine la dádiva a una asociación benéfica, resultando afectado el correcto funcionamiento de la Administración pública; en el segundo caso se produce igualmente puesta en peligro de los intereses legítimos de los empresarios competidores debido a la compraventa del cargo aunque el precio, la ventaja indebida, vaya a parar a manos de un tercero.

Si la recepción de la ventaja indebida por el tercero se produce antes de que tenga lugar la consumación del delito, el beneficiario responde como participe en la corrupción pasiva o activa, dependiendo de con quién colabore, si con la "persona" o con el particular⁴⁰.

Cuando tras el acuerdo entre las partes el tercero se limita a recibir la ventaja indebida su actuación no puede ser considerada como participación, pues el delito ya se ha consumado. En su caso podría encajar en el art. 451.1 CP⁴¹ si el tercero carece de ánimo de lucro propio y únicamente pretende auxiliar al

39 Así, vid. por todos OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 355 y ss, quien pone de relieve que con la redacción de los delitos de cohecho en el CP español de 1944/ 73 podía defenderse que el funcionario debía recibir siempre un provecho propio, aunque también existían argumentos de peso que apoyaban la postura contraria, mientras que el CP de 1995 recoge expresamente la posibilidad de que la dádiva o el presente sean solicitados o recibidos en provecho propio o de tercero, incluyendo en el cohecho cualquier transacción con el cargo aunque el funcionario no perciba ningún beneficio propio.

40 Cfr. para el delito de cohecho, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 205.

41 Art. 451.1 CP: "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o como cómplice, intervinere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes.

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio".

Así lo proponen OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 205-206, y VALEJIB ÁLVAREZ, *El tratamiento penal*, cit., p. 245.

autor para que se beneficie de la ventaja indebida, o en el art. 298 CP⁴² si pretende lucrarse con la ventaja de que se trate y, por supuesto, siempre que se considere que estamos ante un delito socioeconómico.

2. Conducta típica en la corrupción pasiva

La Acción común emplea los términos "solicitar", "recibir" o "aceptar la promesa" de ventajas indebidas de cualquier naturaleza. Por tanto, se sancionan conductas en que la iniciativa parte de la propia "persona" (solicitar), y otras en que parte del tercero y es aceptada por la "persona" (recibir, aceptar la promesa).

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "solicitar" es "pedir y manifestar que se quiere o se desea alguna cosa, o pretender una cosa con diligencia". En el ámbito de la corrupción privada la acción de "solicitar" supone emitir una declaración de voluntad dirigida a un tercero, por la que se manifiesta la disposición a recibir una ventaja indebida a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo las obligaciones que incumben a la "persona". No se requiere que entre la "persona" y el particular se llegue a un acuerdo para afirmar la perfección del delito, pues esta modalidad es de consumación anticipada: la mera solicitud se equipara a la recepción de ventajas indebidas.

La acción de "recibir" consiste en la efectiva admisión de la ventaja indebida por parte de la "persona", para sí misma o para un tercero, esto es, se admite que la recepción de la ventaja se haga con la intención de entregarla a un tercero. A diferencia de la acción de "solicitar", la recepción supone el previo o simultáneo acuerdo entre la "persona" y el particular.

42 Art. 298.1: "El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años".

Por último, el art. 2 se refiere a la aceptación de la promesa de ventajas indebidas. Esta conducta significa que la "persona" admite una oferta de futuras ventajas indebidas a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones, de forma que es necesaria una previa o simultánea oferta de tales ventajas por el sujeto interesado en que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. No es precisa la efectiva recepción de la ventaja para entender consumado el delito, bastando que la "persona" y el particular hayan alcanzado un acuerdo sobre las prestaciones que serán objeto de intercambio.

3. Conducta típica en la corrupción activa

La Acción común emplea los términos "prometer", "ofrecer" o "dar" una ventaja indebida de cualquier naturaleza.

"Prometer" significa "obligarse a hacer, decir o dar alguna cosa", esto es, comprometerse a una entrega futura de la ventaja indebida objeto de la contraprestación, mientras que "ofrecer" supone "decir o exponer qué cantidad se está dispuesto a pagar por algo", de forma que se trata de una explicitación de lo que se entregará si se llega a un acuerdo. Por su parte, "dar" implica que tiene lugar la entrega de la ventaja indebida por parte del sujeto, que presumiblemente espera que a cambio la "persona" realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones, según lo acordado.

El papel que desempeña el sujeto activo de la corrupción activa es el propio de la inducción, pues trata de influir psicológicamente en la "persona" para que ésta delinca, si bien aquí no es relevante para la punición de este sujeto (sí para la de la "persona") que la inducción fracase o tenga éxito, pues en cualquier caso el delito de corrupción activa en el sector privado ya se habrá consumado⁴³.

43 La propuesta de la Acción común se aproxima así a la redacción del cohecho activo del particular en los Códigos penales alemán (§§ 333 y 334

Téngase en cuenta que no se ha tipificado la aceptación por el sujeto de la solicitud realizada por la "persona", a diferencia de lo que ocurre en el art. 423. 2 CP de 1995, que sanciona esa conducta con la pena inferior en un grado a la que corresponde a quien comete cohecho activo. Esta rebaja en la pena puede deberse a que se estuviera pensando en quienes aceptan la solicitud de la "persona" por temor a que, en caso de rechazarla, ésta pueda perjudicarles. Desde luego esta opción no tiene en cuenta los casos en que el sujeto acepta la solicitud de la "persona" porque le favorece, contribuyendo de buena gana a una compraventa que le supone más beneficios que perjuicios. Al no haberse previsto expresamente, en mi opinión esta conducta no será punible.

IV. CONSUMACIÓN

Nos encontramos ante delitos de peligro abstracto para los intereses económicos legítimos de los empresarios competidores, de forma que para la consumación no es necesario que dichos intereses sean efectivamente lesionados.

Por cuanto se refiere a la corrupción pasiva, se han equiparado las conductas de acuerdo con los meros intentos infructuosos de una parte para lograrlo, de forma que en la conducta típica de solicitar basta que la "persona" dirija a alguien la solicitud, independientemente de que éste acepte o no. En las demás formas típicas de la corrupción pasiva, esto es, la recepción de la ventaja indebida o la aceptación de la promesa de tal ventaja, la "persona" puede aceptar, con lo que el delito se consuma, o

SiGB) y español (art. 423 CP de 1995), alejándose del modelo ofrecido por el Código penal italiano, que contempla mayor o menor pena según el funcionario acepte o no la entrega o la promesa del particular (arts. 321 y 322 CPI).

no aceptar, en cuyo caso existirá únicamente un delito de corrupción activa en el sector privado.

En la corrupción activa, por su parte, basta que el particular realice cualquiera de las conductas de prometer, ofrecer o dar una ventaja indebida a la "persona" para que el delito se consuma, sin que sea necesario que ésta acepte o reciba efectivamente dicha ventaja⁴⁴.

Por otro lado, no es necesario para la consumación del delito de corrupción, sea activa que pasiva, que la "persona" ejecute efectivamente o se abstenga de realizar el acto que de ella se pretende o que ella se propone realizar o abstenerse de realizar para recibir la ventaja indebida. No es preciso tampoco, como ya he anunciado, que la "persona", una vez realizada la solicitud o aceptada la promesa, llegue efectivamente a recibir la ventaja indebida. Asimismo no es relevante a efectos de consumación el hecho de que una vez aceptado el ofrecimiento o recibida la ventaja la "persona" cambie de opinión y decida no llevar a cabo la contraprestación pactada, incluso devolviendo la ventaja. En estos casos el delito ya se ha consumado, y únicamente cabría aplicar la atenuante de reparación del daño.

V. SANCIONES

1. Sanciones impuestas a las personas físicas

"Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a que se refieren los artículos 2 y 3, así como la complicidad en dichas conductas o la instigación a las mismas, sean objeto de sanciones penales eficaces,

44 Por tanto, la consumación del delito de corrupción activa es independiente de que se consume o no el de corrupción pasiva, pues se trata de conductas unilaterales que no exigen que se llegue a un acuerdo entre las partes.

proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición" (art. 4.1). De acuerdo con el art. 2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, "se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requeriente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave", mientras que cuando la reclamación tiene por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad el límite se reduce a cuatro meses de privación de libertad por hechos tipificados en la legislación española. Por tanto, se pueden imponer penas graves y algunas de las menos graves.

Además, la Acción común prevé que en los casos menos graves de corrupción los Estados puedan establecer sanciones de naturaleza distinta a las penales (art. 4.2), esto es, de índole contravencional.

2. Sanciones impuestas a las personas jurídicas

La Acción común se preocupa por garantizar que "1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los actos de corrupción activa a los que se refiere el artículo 3 cometidos en su provecho por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- un poder de representación de dicha persona jurídica,
o
- una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica,

así como por complicidad o instigación en la comisión de dichos delitos.

2. Además de los casos a que se refiere el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta un acto de corrupción activa del tipo a que se refiere el artículo 3.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices en casos de corrupción activa" (art. 5).

El art. 6.1 de la Acción común especifica algunas de las sanciones que podrán aplicarse a las personas jurídicas consideradas responsables en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 5, y en particular exige que "le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones, tales como:

- a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas,
- b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales,
- c) vigilancia judicial,
- d) medida judicial de disolución".

Esta regulación plantea un problema de no escasa importancia en España, que es el relativo a la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas que se han de imponer a la persona jurídica. La Acción común, como hemos podido comprobar, exige sanciones. Si se entiende "sanción" como equivalente a "pena" nos veríamos obligados a modificar el tradicional principio del Derecho penal español conforme al cual las personas jurídicas no pueden delinquir por carecer de capacidad de acción en sentido penal, y por consiguiente tampoco pueden ser sujetos de

una pena o de una medida de seguridad, pues en ambos casos se requiere la previa comisión de una acción típicamente antijurídica que las personas jurídicas obviamente no están en condiciones de realizar, pues presuponen el ejercicio de una voluntad de la que carecen⁴⁵. Este entendimiento se vería confirmado por el hecho de que la Acción común se refiere en el art. 5 a la "responsabilidad de las personas jurídicas", pudiéndose entender, por tanto, que permite que sean consideradas responsables penalmente, y no sólo desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador. Ahora bien, si se entiende "sanción" en sentido amplio, incluyendo por tanto cualquier tipo de consecuencia jurídica derivada del delito, y "responsabilidad" como capacidad de sufrir determinadas sanciones derivadas de la previa comisión de delitos en su provecho por parte de las personas físicas que la integran, desaparecería este obstáculo de índole dogmática puesto que sin modificar nuestra doctrina tradicional podrían imponerse a las personas jurídicas las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del CP español de 1995⁴⁶, esto

45 Vid. por todos, con amplia bibliografía, GRACIA en GRACIA MARTÍN (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 456 y ss.

46 Art. 129: "1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias.

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años...

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma"

es, medidas que pretenden reaccionar contra la peligrosidad objetiva de la persona jurídica que se pone de manifiesto a raíz de las acciones delictivas cometidas por las personas físicas que actúan para ella. Creo que esta segunda interpretación es más correcta, y además se ve confirmada por el hecho de que el art. 6.1 de la Acción común permite que las multas tengan carácter penal o administrativo, de forma que no es necesario alterar la dogmática tradicional de aquellos Estados que no admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, actualmente mayoría en la Unión europea.

En cualquier caso, es presupuesto necesario para la aplicación de estas consecuencias accesorias que una "persona" que ostente un cargo directivo en el seno de esa persona jurídica sea responsable de actos de corrupción activa como autora, inductora o cómplice, realizados en provecho de dicha persona jurídica.

Por su parte, el art. 6.2 de la Acción común señala que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 le sean impuestas sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias". Se trata de los supuestos en que la falta de vigilancia o control por parte de una "persona" que ostenta un cargo directivo en el seno de la persona jurídica ha hecho posible que otra persona sometida a la autoridad de dicha persona jurídica cometa en provecho de ésta un acto de corrupción activa.

En ambos casos las medidas contra personas jurídicas son accesorias en el sentido de que su imposición no es posible al margen de la imposición de una pena o sanción administrativa a la persona física que ha cometido actos de corrupción activa, pues de esta forma se manifiesta la peligrosidad objetiva de la persona jurídica basada en un defecto de organización que

Sobre el comiso en la regulación española, vid. ampliamente FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña* núm.2, 1998, pp. 253 y ss; AGUADO CORREA, *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.

facilita la comisión de delitos en su provecho por parte de las personas que para ella trabajan.

VI. ADECUACIÓN DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN SOCIAL FRAUDULENTO PARA INCLUIR EN SU SENO LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

En la actualidad, antes de que se tipifique en nuestro ordenamiento jurídico el delito de corrupción en el sector privado, no todas las conductas de corrupción pasiva pueden encajar en el delito societario de administración fraudulenta o desleal contenido en el art. 295. Será posible cuando el acto que la "persona" acuerda realizar o abstenerse de realizar a cambio de la ventaja indebida, incumpliendo sus obligaciones, tenga lugar y encaje en las modalidades de acción de dicho precepto, disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a su cargo, y se produzca el resultado exigido por el tipo, causación directa de un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados, siempre que haya existido además abuso de las funciones propias del cargo. En este caso, y sólo en este caso, será aplicable el art. 295 con la agravante del art. 22.3 del CP de 1995, ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

Pero si el acto no llega a realizarse, o realizándose no encaja en las modalidades típicas de acción descritas por el art. 295, no cabría aplicar el delito societario.

Como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁷, «infracción dolosa del deber de cuidado y perjuicio patrimonial (o, en

47 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Delitos societarios: administración desleal", en TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Reforma penal y delitos contra*

su caso, peligro para el patrimonio) para los intereses que el administrador tenía que cuidar son los pilares sobre los que se ha de asentar el comportamiento típico de este delito societario, sin perjuicio, claro es, de la concurrencia de otros requisitos (objetivos y subjetivos) que acoten el perfil de la conducta en la línea apuntada en páginas anteriores». Es precisamente la concurrencia de esos otros requisitos la que, vista la redacción del art. 295, permite afirmar que este precepto sirve únicamente para sancionar al administrador, o "persona" en la terminología de la Acción común, cuando la contraprestación que realiza a cambio de la obtención o promesa de las ventajas indebidas constituye una administración fraudulenta.

VII. CONCLUSIÓN

Como cabe observar tras este análisis, se adopta la clasificación tradicional de las distintas modalidades de cohecho en cohecho activo y pasivo, distinguiendo aquí la corrupción activa y pasiva. Corrupción activa es la cometida por quien promete, ofrece o da una ventaja indebida de cualquier naturaleza a cambio de que una "persona", entendido este sustantivo en el sentido de la Acción común, incumpla sus obligaciones en el ejercicio de una actividad empresarial. La corrupción pasiva, por su parte, es la cometida por la "persona" que solicita o recibe ventajas indebidas de cualquier naturaleza a cambio de incumplir sus obligaciones en el ejercicio de una actividad empresarial. En suma, la calificación de corrupción activa o pasiva depende de la condición subjetiva del autor⁴⁸, no de la

el orden socio-económico, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1996, p. 63. Vid. del mismo autor, *Parte especial*, cit., pp. 275-276.

48 Como hemos podido comprobar, el autor puede ser cualquiera en la corrupción activa y únicamente no administrador, trabajador o representante de una persona física o jurídica que opere en el sector privado en la corrupción pasiva.

naturaleza activa o pasiva de su aportación al hecho delictivo, pues no siempre la "persona" adopta una posición pasiva en relación al particular, ya que también es posible que tome la iniciativa corruptora, y a la inversa, no siempre el particular ocupa una posición activa, pudiendo limitarse a aceptar la proposición de la "persona", en cuyo caso su conducta no sería punible.

La corrupción es posible a partir del momento en que existen tres tipos de agentes económicos: un principal, en nuestro caso una persona jurídica de tipo societario, fundamentalmente, un agente, que sería la persona física que desempeña algún cargo directivo en la persona jurídica, y una tercera persona cuyas ganancias y pérdidas dependen de la actuación del agente. El agente se torna corrupto si sacrifica el interés de su principal en favor del suyo propio, violando así sus obligaciones. Para reducir el nivel de corrupción pueden tomarse tres tipos de medidas⁴⁹:

- a) fomentar la lealtad a través de una política salarial;
- b) agravar las consecuencias de ser descubierto con un aumento de las sanciones; y
- c) controlar las actividades de los agentes a través de auditorías externas.

Como es sabido, las medidas a) y c) están siendo empleadas con mayor o menor fortuna por las empresas. Los Estados miembros de la Unión pretenden incidir en la medida b), visto que hasta el momento las consecuencias que se derivan del descubrimiento de la corrupción para el agente corrupto o para la tercera persona no son de naturaleza penal pues, como hemos podido comprobar, la conducta no encaja en ningún tipo penal existente.

49 Vid. un análisis de la corrupción desde la perspectiva del análisis económico del Derecho en MAGADÁN DÍAZ/ RIVAS GARCÍA, *Corrupción y fraude. Economía de la transgresión*, Dykinson, Madrid, 1999. También es interesante la obra de VOGT, *Korruption im Wirtschaftsleben. Eine betriebswirtschaftliche Schaden-Nutzen-Analyse*, Deutscher Universitäts Verlag, Wiesbaden, 1997.

En mi opinión no cabe duda de que la introducción de este delito en el Código penal español puede alcanzar un importante efecto disuasorio. Ha de tenerse en cuenta que se debe valorar no sólo la sanción impuesta por la ley, que puede ser de muy diversa entidad, sino también la pérdida de la reputación del autor, que tendrá consecuencias sobre sus ingresos futuros.