

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios*

Elena Beatriz Fernández Castejón

Universidad Miguel Hernández de Elche

RESUMEN: Con la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, el legislador español mantiene la tendencia de crear tipos penales simbólicos de difícil aplicación en la práctica judicial. Un ejemplo paradigmático de ello es la modificación llevada a cabo en el delito de corrupción en los negocios. El presente trabajo analiza las pretensiones del legislador al prescindir de la cláusula referida al incumplimiento de obligaciones para configurar el “favorecimiento indebido” como elemento nuclear del artículo 286 bis. Las conclusiones finalmente alcanzadas aportan criterios para la interpretación necesariamente restrictiva de este delito como reacción a la ampliación del ámbito de lo punible llevada a cabo con la reforma.

PALABRAS CLAVE: Corrupción en los negocios, deberes fiduciarios, deber de lealtad, derecho de la competencia, favorecimiento indebido.

ABSTRACT: With the Organic Law 1/2015, which reformed the Criminal Code, the Spanish legislator continues the tendency to create symbolic criminal types that are difficult to apply in judicial practice. A paradigmatic example is the modification of the crime of private corruption. This paper analyzes the legislator's intent in eliminating the clause referring to breach of duty and configuring “undue favoritism” as a key element of article 286 bis. The conclusions reached provide criteria for the necessarily restrictive interpretation of this crime as a reaction to the expansion of the scope of what is punishable following the reform.

KEY WORDS: private corruption, fiduciary duties, duty of loyalty, competition law, undue favoritism.

SUMARIO: 1. Primera aproximación al alcance de la reforma de un delito con apenas cinco años de historia: el tipo penal de corrupción en los negocios tras la LO 1/2015, de 30 de marzo. 2. Cambio del elemento normativo del tipo y ¿consecuente cambio del bien jurídico protegido?: del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido. 3. Conclusiones y criterios para una interpretación restrictiva del delito de corrupción en los negocios.

Rec: 22-05-2017 | Fav: 07-07-2017

* El presente artículo es una versión reducida que se corresponde, en lo esencial, con el trabajo titulado “Corrupción en los negocios: el 'favorecimiento indebido' como elemento nuclear del nuevo artículo 286 bis tras la reforma de 2015”, publicado en CPC, núm. 117, 2015.

1. Primera aproximación al alcance de la reforma de un delito con apenas cinco años de historia: el tipo penal de corrupción en los negocios tras la LO 1/2015, de 30 de marzo

¿Se ciñe estrictamente el tipo penal de corrupción en los negocios a la protección de la leal competencia dejando definitivamente las infracciones de los deberes de lealtad para con la empresa fuera del ámbito de lo típico? ¿Qué tipo de prácticas en las relaciones económicas serán entonces típicas conforme a la redacción vigente? ¿Acaso sólo se pretenden castigar ahora aquellas infracciones más graves de las reglas de la leal competencia o el legislador ha pretendido ir más allá? ¿Cumplirá entonces la reforma en esta materia con el objetivo declarado en el Preámbulo de “garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas?”² Para poder dar respuesta a estas preguntas y entender así la trascendencia de las distintas modificaciones llevadas a cabo por el legislador de 2015 en materia de corrupción privada, sería necesario partir de la interpretación jurisprudencial del tipo penal anterior a la reforma, tarea ardua de acometer en un delito que, desde su introducción por la reforma de 2010 ha tenido una nula aplicación.³ Esta falta de desarrollo en la práctica judicial posiblemente responda, además de

la ausencia de sensibilización social, a la complejidad de la anterior estructura típica, que ha sido corregida en gran medida por la reforma del Código Penal. Lo cierto y verdad es que gran parte de la doctrina⁴ ya viene reparando desde hace varios años en el grave problema que supone la creación de leyes en esta materia, especialmente en el ámbito penal, que después tienen escasa aplicación y sobre todo, en los efectos nocivos que puede suponer seguir con esta dinámica.

Desde luego, este fenómeno no es nuevo, pues ya desde la década de los noventa en la que se empezaron a airear los grandes escándalos de corrupción en nuestro país⁵ hasta las recientes reformas, la tendencia constante del legislador —independientemente del partido político en el poder— ha sido la utilización en gran medida, simbólica, del Derecho penal en materia de corrupción, dejando a un lado los principios de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos.⁶ Sin embargo, la inclusión de este delito con la LO 5/2010, de 22 de junio, vino respaldado además, como afirma el apartado XIX del Preámbulo de dicha Ley, por la transposición a nuestro Ordenamiento Jurídico de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Esta DM en su artículo 2 preveía la regulación de la corrupción activa y pasiva en el sector privado del siguiente modo: “1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan

¹ Einstein, A.: “My First Impressions of the U.S.A.”, en *Ideas and Opinions*, Crown Publishers, Inc., New York, 1960, p. 6. Frase mencionada por el autor al hilo de la Ley Seca, pero totalmente extrapolable en este aspecto a la política seguida por el legislador en la regulación penal de la corrupción en los negocios.

² Vid. apartado XVIII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

³ Reparando también en esta llamativa ausencia de aplicación en la práctica judicial del art. 286 bis previo a la reforma de 2015, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios y modificación del cohecho”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 554.

⁴ De una forma bastante generalizada se ha ido extendiendo entre los autores esta idea, especialmente en lo referido a los delitos de corrupción en el ámbito público, aunque con distintos matices. Vid. García Arán, M.: “El delito de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995”, en Muñoz Conde, F.J. (DIR.): *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1997, p. 103; Díaz y García Conlledo, M.: “El delito de tráfico de influencias”, en Asua Batarrita, A. (Ed.): *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 177; Díaz y García Conlledo, M. / Olaizola Nogales, I.: “La responsabilidad penal de los funcionarios”, en *Auditoría Pública*, núm. 6, 1996, pp. 47 y ss.; más recientemente, Díaz y García Conlledo, M.: “Corrupción y delitos contra la Administración Pública. Insuficiencias y límites del Derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español”, en *Revista de Derecho*, núm. 7, 2014, pág. 171 y ss., entre otros.

⁵ Vid. el profundo análisis sobre esta cuestión en el magnífico trabajo de Díaz y García Conlledo, M.: “Corrupción y delitos...”, *ob. cit.*, págs. 171 y ss.

⁶ En este sentido, Gili Pascual, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09, 2007, p. 13:12; Martínez Buján, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., 2011, p. 308, considerando que la tipificación del delito de corrupción privada a través de la LO 5/2010, obedece a un propósito esencialmente simbólico; Queralt Jiménez, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, pp. 623 y ss.; El Mismo: “Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal”, en *Juris*, núm. 147, 2010, pp. 17 y ss. Bolea Bardón, sin embargo, refiriéndose específicamente a la incriminación de la corrupción privada en el Código Penal, rechaza la crítica de que sea un caso de Derecho penal simbólico, pues tacha de incorrecta la afirmación de que este nuevo tipo nació “con vocación de no ser aplicado nunca”, Bolea Bardón, C.: “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, en *Indret*, núm. 2/2013, p. 6.

una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales: a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones; b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”. Aunque no es este el único instrumento internacional que demandaba su previsión,⁷ sí es cierto que esta Decisión Marco orientaba directamente la necesidad de sanción de esta conducta precisamente con el interés a tutelar, la protección de la leal competencia.⁸ La cuestión que nos atañe ahora, por tanto, ya no es tanto si debe preverse o no el delito de corrupción en los negocios en nuestro ordenamiento jurídico—penal—pues la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales ratificados por España, así como su previsión finalmente en 2010 puso broche final a esta discusión—, lo que se plantea ahora es si realmente la nueva redacción dada por el legislador de 2015 protege el bien jurídico que legitima la intervención penal en este ámbito⁹ cumpliendo con la finalidad manifiestamente declarada por el marco normativo internacional que lo identifica con las reglas que garantizan la leal competencia en el ámbito económico. Al análisis de esta cuestión dedicaré las líneas que siguen, sin llevar a cabo por tanto, un análisis exhaustivo de cada uno de los elementos que integran el delito de corrupción en los negocios tras la reforma, sino sólo aquellos aspectos en concreto que puedan tener una mayor re-

levancia a efectos de dar respuesta a las cuestiones planteadas.

2. Cambio del elemento normativo del tipo y ¿consecuente cambio del bien jurídico protegido?: del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido

La nueva redacción del delito de corrupción en los negocios, que estructuralmente es una modalidad del delito de cohecho, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, prescinde de la referencia que hacía la anterior redacción de este artículo al “incumplimiento de obligaciones”, fórmula empleada también en la ya citada Decisión Marco¹⁰ que en su art. 1 explicaba que esta expresión se debía entender conforme al Derecho nacional de cada Estado, pero debiendo incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituyera un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado. De esta forma, la corrupción privada se configuraba como un delito de deslealtad de los agentes de la empresa privada para con el principal (la entidad privada). No obstante, como ya se ha apuntado anteriormente, el delito de corrupción privada—ahora denominado por el legislador español de 2015 como corrupción en los negocios—, no tenía por qué ir ligado a la infracción de los deberes de lealtad de los agentes de la empresa, pues lo que se pretendía en última instancia era la protección de la leal competencia “respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales”.¹¹

Siendo así, en un primer vistazo, la eliminación de este requisito parece un acierto del legislador, no sólo por la discusión que había generado en la doctrina sobre el tipo de obligaciones a que se refería exactamente el precepto,¹² sino sobre todo por la distorsión

⁷ Sobre esto, con más detenimiento, Blanco Cordero, I.: “La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, en *Diario la Ley*, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 dic. 2010.

⁸ En este sentido, el Preámbulo de dicha Decisión Marco explica que de lo que se trata es de prevenir las conductas de soborno en los negocios entre particulares, en tanto que “distorsionan la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impiden un desarrollo económico sólido”.

⁹ Según expresa la *voluntas legislatoris* manifestada en la Exposición de Motivos LO 5/2010, al explicar que “La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de las entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”.

¹⁰ Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

¹¹ Como manifiesta el considerando 9 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios

e incoherencia que planteaba en relación con el verdadero bien jurídico protegido.¹³ A éstas y otras cuestiones conflictivas que planteaba la referida fórmula, dedicaré el apartado siguiente.

2.1. Problemas interpretativos de la fórmula “incumplimiento de obligaciones” del agente con el principal bajo la regulación anterior

El incumplimiento de deberes del agente con el principal en el ámbito de la empresa ha sido una cuestión profusamente estudiada, no sólo en Economía —en la que se denomina principal a quien encarga a hacer algo a otro, el agente, quien se obliga a cumplir el encargo del primero¹⁴—, sino también en el ámbito del Derecho empresarial, especialmente en España en el Derecho privado con implicaciones prácticas realmente importantes¹⁵ y en la doctrina de corte anglosajón con trascendencia tanto en el ámbito del Derecho privado como en el de Derecho público,¹⁶ especialmente en el Derecho penal económico-empresarial.¹⁷ No es éste el lugar para profundizar en el importante desarro-

llo que han tenido estos deberes en el Derecho penal económico-empresarial anglosajón,¹⁸ baste ahora con destacar la coincidencia plena del desarrollo de los mismos con una de las alternativas interpretativas que ha sido planteada y ampliamente aceptada por la doctrina española respecto a este elemento normativo de la anterior redacción del tipo. Existían otras y no menos interesantes interpretaciones de esta fórmula y cuyas consecuencias prácticas, obviamente, si se optara por una u otra, serían diversas. El contenido de las obligaciones que imponía esta expresión bajo la redacción anterior del tipo de corrupción privada, podían ser agrupadas en dos grandes sectores doctrinales, orientados cada uno de ellos a una distinta comprensión del bien jurídico protegido en este delito.

- a) Una posición doctrinal mayoritaria¹⁹ consideraba que las obligaciones a las que se refería el precepto no podían ser otras que aquellas estrictamente ligadas a los deberes fiduciarios básicos de los agentes de la empresa para con el principal, cuales son el deber de cuidado

¹² García Alberro, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 558.

¹³ Por ello, había autores que consideraban que no podía ser éste estrictamente el bien jurídico protegido, sino que más bien confluía con otros. Véase en este sentido, entre otros a Andrés Domínguez, A. C.: “El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)”, en Álvarez García, F. J. (Coord.): *Libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 356—357; Bolea Bardón, C.: “El delito de corrupción...”, *ob. cit.*, p. 21; Cortés Bechiarelli, E.: “La llamada corrupción entre particulares”, en Juanes Peces, A. (Dir.): *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico—penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, pp. 232—233; Gili Pascual, A.: “Bases para la delimitación...”, *ob. cit.*, pp. 9—13; Morales Prats, F./ Morón Lerma, E.: “Corrupción entre particulares (comentario al artículo 286 bis del CP)”, en AAVV: *La corrupción a examen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 121—122; Otero González, P.: “La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código penal”, en *La Ley penal*, 2011, núm. 87, p. 43. Al fin y al cabo, si la finalidad del legislador era proteger en principio el mantenimiento de una competencia leal en el mercado, lo cierto es, como apunta Puente Aba, que la configuración original de esta infracción delictiva no permitía “que con tal configuración resultara convenientemente tutelado”, Puente Aba, L. M.: “*Corrupción en los negocios (Art. 286 bis CP)*”, en González Cussac, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 919.

¹⁴ Magistralmente tratada esta cuestión en Arruñada, B.: *Teoría contractual de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

¹⁵ Sobre las implicaciones jurídico—prácticas que puede tener esta cuestión a partir de un caso en la jurisprudencia española, Coderch, P. S./Crende, A. F.: “España c. Boliden Apirsa: Comentario a la STS, 3ª, 22.11. 2004”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2005, pp. 8 y ss.

¹⁶ Posner, E.A.: “Agency Models in Law and Economics. The Coase Lecture Winter 2000”, en *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, núm. 92, University of Chicago, 2000: “[A]n agency relationship, in its simplest version, is a relationship in which one person, the “principal,” benefits when another person, the “agent” performs some task with care or effort”.

¹⁷ Sobre la trascendencia práctica del incumplimiento de los deberes del agente con el principal en este ámbito, véase el caso *Bahrle v. Exxon Corp.*, 145 N. J. 144, 156, 678 A.2d 225, 231 (1996). Especialmente referida al incumplimiento del deber de cuidado (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*), el caso *Ryan v. Lyondell Chemical Company*, C. A. No. 3176—VCN (July, 29, 2008).

¹⁸ Para mayor profundidad sobre este aspecto en concreto, Forrester, C. M. / Ferber, C. S. *Fiduciary Duties and Other Responsibilities of Corporate Directors and Officers*, RR Donnelley, 2008.

¹⁹ Entendía este sector doctrinal que tal configuración del delito de corrupción privada parecía apuntar al objetivo de proteger no exactamente la libre competencia, sino destacadamente los intereses económicos del titular de la empresa y los deberes de fidelidad hacia él por parte de sus empleados, Andrés Domínguez, A.C.: “El nuevo delito de corrupción...”, *ob. cit.*; p. 352; Bolea Bardón, C., “El delito de corrupción...”, *ob. cit.*, p. 11; Cortés Bechiarelli, E.: “La llamada corrupción...”, *ob. cit.*, p. 232; Martínez—Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 381—383; Navarro Frías, I./Melero Bosch, L.V.: “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, en *Indret*, 4/2011, pp. 14 y 15.

²⁰ Forrester, C. M. / Ferber, C. S. *Fiduciary Duties and...*, *ob. cit.*, pp. 13—33.

²¹ Especialmente referido al incumplimiento del deber de cuidado (*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*), el caso *Ryan V. Lyondell Chemical Company*, C. A. No. 3176—VCN (July, 29, 2008).

(*duty of care*) y el deber de lealtad (*duty of loyalty*), de profuso desarrollo en la doctrina²⁰ y jurisprudencia²¹ anglosajona. Se entendían según este sector doctrinal, las obligaciones impuestas por este precepto como obligaciones *ad intra*²², siendo por tanto el interés jurídico a tutelar por este delito en última instancia, la leal competencia pero sólo en la medida en que se traiciona la lealtad para con el principal (la entidad privada), configurándose como un delito pluriofensivo.²³ De esta forma, se interpretaba el anterior delito de corrupción privada como una especie de modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra*. Así, entendían que este tipo penal se configuraba como un delito de deslealtad por parte de los agentes de la empresa hacia la entidad misma de la que formaban parte, y de este modo, el incumplimiento de principios estrictamente relacionados con estos deberes, como el principio iusprivatista de buena fe y otros que más adelante enunciaremos, entraban dentro de la esfera de lo punible.

- b) Otra posición doctrinal —minoritaria— era la que llevaba a cabo una interpretación del elemento normativo más acorde con la ya mencionada Decisión Marco 2003/568/JAI, orientando el interés jurídico a tutelar estrictamente hacia la leal competencia.²⁴ De este modo, según este sector doctrinal las obligaciones cuyo incumplimiento generarían responsabilidad penal por el delito de corrupción bajo la legislación anterior serían obligaciones *ad extra* relacionadas con la leal competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales. Estas últimas son, como expresa la Decisión Marco, las derivadas del Derecho nacional, que en este caso remite directamente

a la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal. Concretamente, la Ley de Competencia Desleal en su artículo 14 hace referencia a los “deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”, los trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, considerando la inducción para su infracción como un acto desleal; mientras que la Ley de Defensa de la Competencia prevé en sus arts. 7 y 10 determinadas sanciones siempre y cuando la infracción de estos deberes distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado;²⁵ aunque fácilmente se puede advertir que en el castigo de este tipo de conductas está presente en exceso el riesgo de incluir conductas socialmente adecuadas.²⁶

No obstante, y aun siendo esta segunda posición más acorde con el marco normativo internacional que dio pie a la introducción de este delito, para poder determinar cuál de las dos interpretaciones apuntadas ofrecía más ventajas adicionales y entender si ello es coherente con la modificación legislativa llevada a cabo por la LO 1/2015, debemos reparar con más detenimiento en sus posibilidades interpretativas, sobre todo, en lo que respecta a cuáles son en concreto los deberes a los que podía referirse esta fórmula y si con la actual redacción se prescinde totalmente del cumplimiento de los mismos. A ello dedicaré las siguientes líneas.

2.1.1. Incumplimiento de obligaciones del agente con el principal derivadas de los deberes fiduciarios

Se ha apuntado que bajo la regulación anterior del delito de corrupción privada existía un sector doctrinal mayoritario que entendía que el mismo se

²² En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 559.

²³ Gili Pascual, A.: “Bases para la delimitación...”, *ob. cit.*; Castro Moreno, A.: *Capítulo 13, Corrupción entre particulares*, Memento Experto Reforma Penal 2010, Francis Lefebvre, 2010.

²⁴ Otero González, P.: “Corrupción entre particulares (Delito de)”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2014, p. 179.

²⁵ Sobre esto, véase también Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74/2008, p. 232.

²⁶ Vid. Dannecker, en Kindhäuser / Neumann / Paeffgen: *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 2005, § 299, n. m. 39; Diemer / Krick, en Joecks / Miebach: *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*, 2005, § 299, n.m. 20; Tiedemann, K.: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 2001, § 299, n.m. 49. Plantea en este sentido Gómez—Jara, “¿puede constituir corrupción en el sector privado, el envío de cestas de Navidad a clientes para que sigan contratando los servicios de la empresa que se representa y no se vayan con otra?”, Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector...”, *ob. cit.*, p. 227.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios

configuraba como una especie de modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra* en el que exclusivamente si se lesionaban las obligaciones contractuales que imponían no dañar al mandante (al principal), se encontraba en la esfera de lo punible.²⁷ Sin embargo, en el ámbito jurídico-laboral llama la atención la obstinación del legislador por no emplear los términos fidelidad ni lealtad para hacer referencia a estos deberes fiduciarios básicos,²⁸ utilizando como sinónimo en la legislación laboral, la referencia al principio de buena fe contractual, estrechamente relacionado con éstos. Así, el art. 5.a) en relación con el art. 58 del Estatuto de los Trabajadores, prevé el deber de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia. El problema interpretativo que surge entonces es el hecho de que con la interpretación eminentemente patrimonialista del concepto de “buena fe”, se haría necesaria la efectiva realización de un daño patrimonial para que pudiera reputarse como típica la conducta en este delito. Sin embargo, el hecho de que la corrupción en los negocios “contribuya a socavar valores como la confianza o la lealtad, que son necesarios para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas”,²⁹ hace que, incluso no existiendo un perjuicio pecuniario específico para la víctima, la corrupción privada perjudique al conjunto de la sociedad,³⁰ debiendo ser en todo caso, combatida por el Estado de Derecho.³¹ Siendo así, no podemos encontrar en el ámbito del Derecho laboral aquellos deberes que dotaban de contenido a esta fórmula, por lo que debemos recurrir a la normativa extra-penal que analiza estos deberes en otros campos.

Más allá del ámbito estrictamente laboral, en la **disciplina mercantilista** ha habido un amplio desarrollo de los que en su conjunto se denominan deberes

fiduciarios, de origen anglosajón, los cuales se han categorizado en tres tipos de deberes: el de lealtad (*duty of loyalty*), el de cuidado o diligencia (*duty of care*) y el de información (*duty of candor*). A los efectos que aquí nos interesan, el deber que puede dotar de mayor contenido a este elemento normativo del tipo penal de corrupción en los negocios es el deber de lealtad. No obstante, no debe dejar de repararse en el hecho de que, conforme a la regulación anterior estas obligaciones eran vinculantes —y lo son, puesto que se mantiene en la regulación actual— exclusivamente para los directivos, administradores, empleados o colaboradores, siendo éstos los únicos que podían cometer el delito de corrupción pasiva, así como los únicos respecto de los cuales podía constituirse la corrupción activa. Así las cosas, estas obligaciones son las que se consagran por ejemplo, y así lo destaca la doctrina,³² en la Ley de Sociedad de Capital³³ para los administradores, que pueden clasificarse de acuerdo con las siguientes categorías:

- a) **Deber general de diligencia.** Contemplado en el art. 225, este deber genérico se desgrana en los siguientes: el deber de desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario (apdo. 1), en la obligación de tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (apdo. 2), y en el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.
- b) **Deberes de lealtad.** En los artículos 226 y 227 de la ley se prevén las obligaciones de actuar de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecua-

²⁷ En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 559.

²⁸ Nieto Martín explica que esto se debe a que en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 la idea de fidelidad se interpretaba “como un resabio de la concepción autoritaria de las relaciones de trabajo propia del nacionalsindicalismo español”. Actualmente, por esto, “el concepto de buena fe se concreta alejándolo de cualquier referencia de deberes éticos y dotándolo de un significado esencialmente patrimonial”; Nieto Martín, A.: “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Revista penal*, núm. 10, 2002, p. 58.

²⁹ Villameriel Presencio, L.P.: “Derecho penal: Algunas reformas necesarias en la actual legislatura”, en *La Ley*, núm. 6314, 2005, p. 11.

³⁰ Sobre esto, Kindhäuser: “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Polit.Crim.*, núm. 3, 2007, pp. 1 y ss.

³¹ Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector...”, *ob. cit.*, p. 226.

³² García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 560.

³³ Modificada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Vigente hasta el 01 de Enero de 2016).

do; así como el deber de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Mientras que en el art. 228, se muestra un amplio catálogo de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, entre la que debe destacarse, a los efectos que aquí nos interesan para el delito de corrupción privada, la obligación de desempeñar las funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

- c) **Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.** De esta última categoría, prevista en el art. 229, resalta especialmente por la trascendencia que debe tener para el delito de corrupción privada, el deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, “salvo que se trate de atenciones de mera cortesía”, deber negativo previsto en el apartado e) de este artículo. No debe dejar de repararse, en lo interesante de esta última cláusula que hace referencia a las atenciones de mera cortesía, pues debería dejar fuera del ámbito de lo típico actos ampliamente aceptados en nuestra sociedad, como el envío de cestas de Navidad a clientes o la propina a un camarero. Cuestión más discutible sería la de la atipicidad en este sentido también, de una de las figuras más controvertidas en este ámbito: la del “visitador médico”, el representante de las empresas farmacéuticas que visita a los médicos para hablarles de los nuevos medicamentos y ofrece regalos; y más allá de este supuesto, podría plantearse también la cuestionable atipicidad del ofrecimiento de regalos al director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de un préstamo hipotecario.³⁴

También en el ámbito estrictamente civilista destaca la doctrina³⁵ las obligaciones del deber de diligencia y lealtad de los artículos 1718 y ss. del Código Civil cuando se trate de directores o apoderados. Si

bien, aun con este profuso desarrollo doctrinal, como ya adelantaba, para un sector de la doctrina que parece ser el que finalmente ha sido escuchado por el legislador de 2015, el incumplimiento de las obligaciones que exige el delito de corrupción privada ha de ser de otra naturaleza. Es el momento ahora de reparar nuestra atención en los deberes derivados de las reglas de la leal competencia.

2.1.2. Incumplimiento de obligaciones derivadas de las reglas de la leal competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales

Si bien es cierto que conforme al art. 38 de la Constitución Española, se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y por tanto, al empresario se le debería permitir decidir más allá de lo que se le permite al empleado, esto no obsta para que al mismo le sean —y de hecho le son— aplicables las normas tanto de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal. Lo que se plantea por tanto en este punto es si esta libertad empresarial tiene una aplicación tal que permite justificar los supuestos en los que la aceptación de una relación comercial es producto de un beneficio que le ofrece la contraparte.³⁶ En este sentido, deberíamos cuestionarnos si cualquier decisión o gestión de este tipo, bajo el paraguas de la libertad empresarial sería atípica o bien esta clase de conductas deben reputarse típicas de acuerdo al art. 286 bis. Lo cierto y verdadero es que de las dos interpretaciones que hemos ido analizando a lo largo de este trabajo sobre la fórmula “incumplimiento de obligaciones”, parece que la más acorde con el sentido de la Ley y del marco normativo internacional, era aquella que orientaba el interés jurídico a tutelar estrictamente hacia la leal competencia y por tanto, debía dotarse de contenido a estas obligaciones mediante la normativa nacional relativa a la leal competencia, por lo que, el planteamiento de si las conductas como la anteriormente comentada, entran dentro del ámbito de lo típico, no es una cuestión baladí. Mucho menos lo será, si tenemos además en cuenta el hecho de que parece que está la línea

³⁴ Supuesto planteado por Gómez—Jara Díez, C.: “Corrupción en el sector...”, *ob. cit.*, p. 227.

³⁵ Entre otros autores, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 560.

³⁶ Navarro Frías, I./Melero Bosch, L.V.: “Corrupción entre particulares...”, *ob. cit.*, pp. 14 y 15.

interpretativa que finalmente parece haber acogido el legislador de 2015, como analizaremos más adelante.

Así las cosas, para poder considerar un acto constitutivo de corrupción privada activa o pasiva, deberemos especificar en qué conducta de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y Ley de Competencia Desleal ha incurrido el sujeto que es oferente o aceptante de la ventaja injustificada. Así, habrá que comprobar por ejemplo, que se trata de una venta a pérdida del art. 17 de la Ley de Competencia Desleal o un acto discriminatorio del consumidor en materia de precios del art.16 de la misma Ley. Con esta afirmación damos respuesta a la pregunta anteriormente planteada en el supuesto de ofrecimiento de regalos al director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de un préstamo hipotecario, pues claramente esto infringe las reglas de la leal competencia. Sin embargo, más que la trascendencia práctica del elemento normativo del tipo según esta segunda interpretación, lo realmente relevante en este punto es cuestionarnos los motivos que han llevado al legislador a su supresión si, orientándolo al cumplimiento de deberes estrechamente ligados a la leal competencia bajo la anterior redacción, ya resultaba armónico y coherente con lo que demandaba la normativa internacional. Es el momento ahora de analizar las implicaciones prácticas que supone la eliminación de este elemento por la reforma de 2015.

2.2. La finalidad de favorecer indebidamente prescindiendo del incumplimiento de las obligaciones: adelantamiento de las barreras de punición y redefinición del bien jurídico protegido

La eliminación de la fórmula “incumplimiento de obligaciones” no sólo ha dado lugar a la conversión del “favorecimiento indebido” en el elemento nuclear del actual artículo 286 bis tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, sino que ha supuesto como consecuencia interpretativa en la práctica que el receptor de la ventaja o beneficio ya no tiene por qué ser quien asume la función de contratar en nombre o por cuenta de la empresa,³⁷ sino que basta con que

tenga la capacidad para favorecer “indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. En este aspecto, —que como veremos, no es el único—, se ve ampliado el ámbito de lo punible bajo la nueva regulación. Así, desde esta perspectiva, considero que no es descabellado interpretar que el supuesto de los “visitadores médicos” anteriormente planteado, podría entrar ahora en el ámbito de lo típico, siempre que las comisiones recibidas lo sean por facultativos de la salud que trabajan en el sector privado por cuenta ajena bajo la dependencia de otro y el principal no fuera conocedor de la recepción de tales beneficios. En este sentido, concretamente en relación a los sujetos activos del delito, debemos hacer una mención especial a la ausencia de la referencia al empresario —el titular de la empresa—, incluyéndose en el círculo de los sujetos activos únicamente al “directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil”. Tanto los sujetos incluidos, como el propio empresario, pueden determinar la ejecución de este tipo de actividades delictivas, por lo que este olvido por parte del legislador no permite una tutela completa del bien jurídico en este ámbito.³⁸

Por otro lado, se podría decir que si la anterior mención al incumplimiento de obligaciones sugería —siguiendo la segunda de las interpretaciones posibles que orientaba éstas a la normativa extrapenal relativa a la leal competencia— un modo de especificar el medio a través del cual se consumaba la agresión a la competencia, esto es, mediante el incumplimiento de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, como de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal y la normativa concordante, lo que resultaba bastante orientativo y daba pautas para aplicar de forma restrictiva este tipo penal, el hecho de que el legislador lo haya suprimido no comporta la obligación de prescindir de las mismas a efectos interpretativos. Es decir, podría considerarse ahora que la supresión de este elemento es una manifestación más del adelantamiento de las barreras de punición en el ámbito de la corrupción y prescindir totalmente de la constatación del incumplimiento

³⁷ Ya que, como se ha analizado anteriormente, únicamente quien tenía estas funciones, podía incumplir tales deberes. En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 560.

³⁸ En este sentido, Miró Llinas, F.: “Capítulo vigésimo. Delitos contra bienes inmateriales, corrupción y receptación: análisis y consideraciones críticas ante la nueva reforma penal”, en Morillas Cueva, L. (Dir.): *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Dykinson, 2015; también Puente Aba, L. M.: “Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 920.

de la normativa relativa a la competencia desleal. Sin embargo, ésta no parece ser la orientación óptima que deberíamos darle a la interpretación del actual precepto de corrupción en los negocios, si pretendemos seguir respetando los principios clásicos de fragmentariedad e intervención mínima del Derecho penal. Por último, y en relación con el bien jurídico protegido, el tipo penal bajo la nueva redacción ya no puede dar lugar a debate sobre su exclusiva protección de la leal competencia, pues el legislador deja así definitivamente las infracciones de los deberes de lealtad para con la empresa fuera del ámbito de lo típico. De esta forma, y como ya se ha ido adelantando, sólo adquirirán relevancia penal aquellos ataques —*ad extra*— a la competencia leal realizados con incumplimiento de las obligaciones que derivan de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal. Este posicionamiento permite justificar la idéntica penalidad prevista para los casos de corrupción activa y pasiva en el hecho de que la competencia desleal se ve igualmente afectada cuando se realiza la conducta de “ofrecer” o de “aceptar”.³⁹

3. Conclusiones y criterios para una interpretación restrictiva del delito de corrupción en los negocios

Si la doctrina penal española y alemana relaciona los paradigmas de expansión y administrativización del Derecho penal con la enorme disminución de la tolerancia hacia la inseguridad en la actual sociedad del riesgo en la que vivimos,⁴⁰ la expansión del Derecho penal económico y el aumento de los delitos de peligro en este ámbito es una manifestación más de esta creciente tendencia. Al inicio de este trabajo apuntábamos que la modificación legislativa respecto al delito de corrupción en los negocios respondía a la voluntad declarada por el legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas.⁴¹ Sin embargo,

parece que el objetivo no va a poder alcanzarse tan fácilmente. Ya mencionábamos la nula aplicación en la práctica del precepto anterior e, independientemente de los motivos ajenos⁴² a la técnica legislativa desacertada de la anterior regulación, que ha sido en parte enmendada por la reforma, es dudoso que la aparente relajación de los requisitos para la aplicación del precepto pueda ir en contra de la posición doctrinal que interpreta el precepto de una forma restrictiva; para la que no sólo basta con la infracción de los deberes de la leal competencia, sino que la infracción de los mismos suponga una “afectación” —*ad extra*— a la competencia leal. En este sentido, el ataque a la competencia leal, tendrá que derivar, no de cualquier tipo de infracción de las normas reguladoras de la leal competencia, ni del mero favorecimiento indebido “a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”, pues la pena prevista para este delito —prisión de seis meses a cuatro años— requiere necesariamente una mayor antijuridicidad material de la conducta para garantizar los principios clásicos de proporcionalidad e intervención mínima que deben ser respetados en un Estado de Derecho. Así las cosas, este tipo de infracciones deberán tener cuanto menos la consideración de “graves”, frontera que no será fácil trazar entre el ámbito penal y aquellas conductas que deben quedar en el ámbito del Derecho de la competencia, habida cuenta que la distinción pivotaría en la interpretación de un concepto jurídico indeterminado y sujeto a valoración, como es el concepto de gravedad.

No deja de ser cierto que estos esfuerzos por llevar a cabo una interpretación restrictiva del precepto no solucionan —más bien acrecientan— el problema de la creación de figuras con una trascendencia prácticamente simbólica en nuestro panorama jurídico-penal, y aun consciente de los riesgos que ello supone y de sus efectos perniciosos para el conjunto del ordenamiento jurídico-penal, es preferible la previsión de un delito con una prácticamente nula trascendencia en la praxis que caer en el riesgo de castigar conductas inocuas, con una lesividad nimia

³⁹ En este sentido, García Albero, R.: “XXXII Corrupción en los negocios...”, *ob. cit.*, p. 562.

⁴⁰ En este sentido, Miró Llinares, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, p. 7; Silva Sánchez, J.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, pp. 3 y ss., especialmente pp. 36-37.

⁴¹ *Vid.* apartado XVIII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁴² Entre ellos, la ausencia de sensibilización social en el castigo de estas conductas.

Del incumplimiento de obligaciones al favorecimiento indebido en el delito de corrupción en los negocios

e incluso aceptadas ampliamente en una sociedad, pues este tipo de atentados a los principios clásicos del Derecho penal en un Estado democrático de De-

recho, no pueden ser admisibles. Al fin y al cabo, la garantía del menor de los males, en ocasiones es la mejor solución.