

LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR

Maxistrado da Sala do Penal do Tribunal Supremo

Introducción

La reforma del Código penal, operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que entrará en vigor el próximo día 23 de diciembre, pretende acometer grandes cambios en materia penal, bajo directrices de una política criminal no suficientemente aclaradas, pero que se ha juzgado por la mayoría de la doctrina científica, como “punitivista”, de manera que la incorporación de nuevas conductas criminales y la ampliación de las ya existentes, parece ser la tónica general de la mencionada reforma. Ha de señalarse, empero, que muchas de las reformas empeñadas son consecuencia de directrices internacionales, y particularmente, de la Unión Europea, como ha ocurrido con la incorporación de la criminalización de los comportamientos de las personas jurídicas, que tan disonante nos parece en nuestro clásico sistema penal (“*societas delinquere non potest*”), y otro tanto ocurre con el aspecto de que vamos a tratar, referido a la incorporación punitiva de la *corrupción entre particulares*, pues tal medida legislativa es consecuencia, en todo caso, de la incorporación al Derecho español de una norma aplicativa de la Unión Europea, denominada Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y bien que lo hace el legislador con bastante retraso, en tanto que según el art. 9 de tal Decisión, en su apartado 1, “*los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco antes del 22 de julio de 2005*”.

Esta novedad supone la incorporación de un tipo penal múltiple (que agrupa en una

Sección), y que responde a la idea de tipificar las conductas relativas a lo que se ha de denominar “corrupción entre particulares”. La propia Exposición de Motivos de la expresada reforma legal, nos aclara el sentido de su inclusión. En efecto, señala tal texto expositivo que “otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza (*sic*) 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 entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del *mercado*. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no sólo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes”.

En todo caso, y como ha dicho el Informe del CGPJ, “nada de eso dice el artículo 286 bis, que ninguna exclusión contiene al respecto. Tampoco en la regulación del cohecho se hace mención a esta cuestión. Por tanto, pese a lo indicado en la Exposición de Motivos, también las empresas privadas que prestan servicios públicos estarán sometidas a este nuevo delito y no a la disciplina del cohecho. Esto resulta razonable, dado que la falta de condición funcional de los sujetos implicados y la imposible infracción del deber específico extrapenal que corresponde a aquéllos, justifica que a las empresas privadas se les dé tratamiento de particulares, igual que sucede, por ejemplo, con la apropiación de bienes en estas empresas privadas que prestan servicios públicos, cuyos responsables son sancionados por la vía de los delitos patrimoniales ordinarios y no por medio del delito de malversación de caudales públicos, salvo casos excepcionales que están expresamente tipificados como malversación impropia”.

Dejando aparte esta descoordinación legislativa, y en la línea de lo que comentamos, esto es, en la misma idea de criminalización de estos comportamientos, incidía la propia Exposición de Motivos de la **Decisión Marco**, en tanto que ya expresaba que *los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción*, tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que *distorsiona la competencia* respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido, siendo su objetivo asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una *infracción penal en todos los Estados miembros*, y que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos, castigándose, en suma, con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

De las anteriores consideraciones, es decir, de las correspondientes a nuestro legislador nacional, hemos de destacar **algunos aspectos de interés**. En primer lugar, que –en

este caso— el bien jurídico protegido no es el recto y honesto proceder de los funcionarios y autoridades que sirven a los intereses objetivos e imparciales que busca la Administración, fuera de toda práctica de corrupción administrativa, sino la *competencia justa y honesta* entre entidades mercantiles: en suma, sanear el funcionamiento del mercado y el comportamiento de los administradores sociales o actores mercantiles, porque en caso contrario —y se incide en ello—: “se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado”. En efecto, según la Decisión que se transpone, importa mucho en el ámbito europeo, que “junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea”.

En segundo lugar, el legislador español nos da una pista acerca del régimen penal aplicable de manera *asimilada*, a través de las reglas que disciplinan el delito de cohecho, lo que será importante para la interpretación de estos nuevos tipos penales.

En tercer lugar, nos dice algo *muy confuso*: y es que esos comportamientos “exceden de la esfera de lo privado”, lo que no se adivina fácilmente a comprender, salvo bajo el prisma de la afectación de valores de la convivencia, y en este sentido, la explicación propuesta es la siguiente: “la importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas”, al modo de lo que ocurre en otros comportamientos exclusivamente privados, como lo son la mayoría de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, que igualmente tienen repercusión para tales artífices, especialmente para muchas personas, como es el caso de los delitos configurados con sujeto pasivo masa (estafas y otras defraudaciones, maquinación para alterar los precios, etc.) Finalmente, el propio legislador nos advierte de que quedan fuera de este novedoso ámbito las conductas de “las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes”.

El Preámbulo de la Ley Orgánica, también nos advierte que, junto a estos comportamientos punibles, igualmente se ha considerado incorporar al catálogo de delitos “las conductas más graves de corrupción en *el deporte*. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que éstas tengan carácter profesional”. Como vemos, el legislador no se ha decidido a incluir estos propios ilícitos cuando la competición no tenga carácter de profesional, quizá pensando en la menor repercusión económica de tales competiciones deportivas cuando no tengan la característica de profesionalizadas, pero habrá que convenir que no por ello, tales sobornos no tienen entidad suficiente para ser criminalizados, pues si bien es cier-

to que en esos casos no se juega “por dinero”, no lo es menos que otros valores, como la rectitud, imparcialidad y honestidad en la toma de decisiones deportivas harían aconsejable también su futura inclusión, como verdaderos sobornos en tal ámbito deportivo, que ahora se dejan fuera del tipo.

El legislador español no estaba obligado por referida Decisión Marco a abordar esta problemática de la corrupción en el deporte, pero lo ha hecho, y creemos que con acierto, pues tales conductas, de un indudable calado social, son una manifestación muy característica de conductas corruptas, en la que intervienen verdaderos sobornos, y que es conveniente contar con un marco legal claro y definido para su represión.

De igual manera, el legislador nos refiere que se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en tanto que son numerosos los *instrumentos jurídicos internacionales* que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (entre ellas, en la *corrupción en el sector privado*, en las transacciones comerciales internacionales, en la pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...), apostillándose que “esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”; y es lo cierto que si bien en el art. 286 bis del Código penal, único precepto que regula la ahora denominada “corrupción entre particulares” (Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal), no se incluye tal comportamiento en el seno de una persona jurídica, al tratar el tipo exclusivamente conductas punibles de personas físicas, hemos de acudir al art. 288, párrafo segundo, apartado 1, en donde se alojan esos comportamientos, previendo sanciones pecuniarias, a las que luego nos referiremos, y disciplinando que “atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Estas medidas son también consecuencia de la transposición de las normas de la Decisión Marco que comentamos.

Y aunque parezca a primera vista lo contrario, estas conductas no se reconducen exclusivamente al *ámbito mercantil*, sino que trascienden del mismo, pues afectan a comportamientos que pueden producirse en el seno de cualquier “*empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización*”, de las que estas últimas figuras jurídicas se alejan notablemente de la idea del comercio, al tratarse de asociaciones, fundaciones u organizaciones, siendo la organización una noción omnicomprendiva de cualquier persona colectiva, a la que parece ni siquiera exigirse personalidad jurídica propia. Esta vocación de universalidad en el ámbito del sector privado –no exclusivamente mercantil– se deduce del art. 2.2 de la Decisión, en tanto proclama que tales normas “se aplicarán a las actividades profesionales de entidades con *finés lucrativos y no lucrativos*”, pudiendo, sin embargo, los Estados miembros, declarar que limitarán el ámbito de aplicación de la Decisión Marco a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios *comerciales*. No lo ha hecho así,

como vemos, el legislador español, que incluye en esta norma penal cualquier tipo de corrupción en los ámbitos comerciales y en los estrictamente civiles.

La estructura del tipo diseñado en el nuevo art. 286 bis del Código penal, es compleja, de manera que aloja en su primer apartado, la conducta activa, al modo del cohecho activo o del particular, el segundo apartado, el pasivo y el apartado tercero encierra una cláusula de arbitrio judicial, que es realidad un tipo atenuado; finalmente, el apartado cuarto incluye un tipo coordinado, activo y pasivo, referido a aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

Naturaleza

Este delito, en tanto que complejo en su estructura, es un delito especial y propio cuando lo cometen los sujetos disciplinados en el tipo, y común, cuando afecta al componente activo del mismo; es un delito relativamente en blanco, por contener abundantes elementos normativos que se han de llenar con normas extrapenales, público y, como hemos dicho, de estructura compleja.

Bien jurídico protegido

No es fácil de comprender cuál es el bien jurídico protegido, en tanto que la nueva Sección se incorpora al Código penal dentro del Título XIII (De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico), y concretamente en el Capítulo XI (De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores), que no modifica su “nomen iuris”, pese a que se introduce una nueva Sección, la 4ª, que se intitula “De la corrupción entre particulares”, pasando la actual 4ª a ser la 5ª que, como cláusula de cierre, se ocupa de las “disposiciones comunes a las secciones anteriores”, en la que, por cierto, se recogen las penas correspondientes a estos ilícitos cuando sean cometidos por una persona jurídica.

Ya hemos visto que en el Preámbulo, el legislador parifica estas conductas con el delito de cohecho, de manera que se las quiere asimilar con una especial fórmula de soborno, que si bien no atenta contra la Administración Pública, sí lo hace frente a lo que podemos denominar *acciones desleales*, incluidas dentro de un concepto social de comportamientos contrarios a la ética y a los intereses de las empresas mercantiles –al exigirse una especie de perjuicio de tercero– pero que va más allá, no solamente por afectar a todo tipo de asociaciones, fundaciones u organizaciones, y en donde se incluye también a la “empresa mercantil”, aspecto que incorpora a los empresarios individuales, y no solamente los societarios.

Con todo, podemos señalar que el bien jurídico protegido lo constituye el mercado y los consumidores en sentido muy amplio, esto es, la regularidad de la contratación civil y mercantil, ajena totalmente a estímulos económicos, y lo que pretende es evitar la co-

rrupción, como concepto equiparable a determinarse contra la ética y la honestidad, de manera que se proscriben toda clase de contraprestaciones *ilícitas* en la contratación en nombre de terceros (o propia), perjudicando a los demás proveedores (o adquirentes de bienes y servicios) de la empresa o sociedad para la que se trabaja (o de la que es titular). Abundando en esta idea, la Decisión nos refiere en su art. 1º que “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 de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado”.

Desde el punto de vista de **política criminal**, pudiera parecer en principio que la inclusión de tales conductas en el Código penal es exagerada, pensando en el bien jurídico protegido. Ahora bien, la lucha contra la corrupción debe darse en todos los frentes, no solamente en el público —que ha sido su espacio tradicional— sino también en la esfera privada, proscribiendo comportamientos en donde las comisiones ilícitas trascienden de lo meramente privado, y afectan a intereses de toda la colectividad, interesada en la limpieza en todos los órdenes de la contratación. Bien mirado, el comportamiento leal, limpio, ético y lícito en las transacciones mercantiles, no debe ser patrimonio exclusivo de los funcionarios públicos y autoridades, sino de todos los intervinientes en tales mecanismos de contratación, de modo que la obligación de comportarse *civiliter* afecta a todos, y no solamente a los funcionarios. Tan grave debe ser el cobrar comisiones en el sector público como el sector privado, aunque una visión clásica y tradicional quizá nos ha hecho ver las cosas históricamente de otra manera. A la postre, no vemos por qué no ha de tener trascendencia penal que un directivo de unos grandes almacenes —pongamos por caso— se lleve una comisión *personal* por ser proveedor de bienes a una empresa en particular, o ésta de aquél, perjudicando a otros proveedores, y el propio comportamiento en el ámbito público sea un cohecho. Tampoco vemos el por qué un médico en el ámbito rigurosamente privado cobre una comisión (en la forma que sea) de un laboratorio por recetar sus medicamentos, y el propio facultativo como funcionario público incurra con tal comportamiento en un delito de cohecho. En fin, los ejemplos podrían multiplicarse. Y en el ámbito del deporte, la cuestión es aún más clara, porque cobrar por *pitar* (el árbitro) un partido para que gane aquel equipo que entrega un maletín, o cobrar una comisión un equipo por *perder* un partido frente a otro (lo que interesa a un tercero), parecen comportamientos a todas luces merecedores de sanción penal.

Contenido del injusto

En correspondencia con lo que acabamos de exponer, el contenido del injusto lo constituye la obtención de un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados —parece que no exclusivamente en clave económica— como consecuencia de la contratación en nombre de un ente social, de manera que se incumplan sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios profesionales. Ante ello, el In-

forme del Consejo Fiscal, dice: “Por otra parte la incorporación del art. 2 de la Decisión Marco no es del todo literal y puede en algunos casos plantear alguna duda interpretativa; así por ejemplo, en el art. 286 bis se utiliza el término “beneficio o ventaja no justificado” en vez del más preciso de “ventaja indebida” que utiliza la DM, por lo que quizás sería más conveniente haber transcrito la disposición de la DM en sus mismos términos”.

El tipo penal se estructura al modo del cohecho, de tal manera que se divide en corrupción activa y pasiva.

Es, por ello, que el art. 2.1 de la Decisión exige a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos *intencionados* constituyan una infracción penal, cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades *profesionales*:

a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una *ventaja indebida* de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;

b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Del propio modo, la corrupción en el ámbito deportivo tiene idéntica estructura típica, si bien el soborno ha de concretarse respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.

Activación

El delito se configura como delito público, de tal manera que podrá activarse en cualquiera de las formas admitidas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, mediante denuncia o querrela por parte del Ministerio Fiscal o de cualquier tipo de acusación, particular o popular, incluida la iniciación de oficio por el juez de instrucción, en caso de recibir por el modo que sea la “notitia criminis”, y todo ello, porque tras la modificación del art. 287 del Código penal, únicamente exigen denuncia del agraviado como requisito de perseguibilidad, los delitos correspondientes a la Sección Tercera, exceptuados los arts. 284 y 285 (maquinaciones para alterar el precio de las cosas y delito de información privilegiada en el ámbito de valores bursátiles), salvo cuando afecten a menores o personas desvalidas, en que puede actuar el Ministerio Fiscal, y en todo caso, cuando el comportamiento delictivo afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

El carácter público de este delito de corrupción entre particulares quiere conferirle una proyección social, de manera que cualquiera pueda denunciar estos comportamientos punibles, constituyéndose en acusación popular. En todo caso, la realidad demostrará que lo más probable es que tales ilícitos sean denunciados por los agraviados por el delito, y también por las personas del círculo de la empresa que tengan conocimiento de dichas prácticas abusivas.

Corresponderá su enjuiciamiento a los Juzgados de lo Penal, salvo los casos de conexidad procesal con otros delitos (art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no elevarse la inhabilitación especial por encima de los diez años, ni la pena privativa de libertad alcanzar los cinco años de prisión).

Configuración jurisprudencial

Al tratarse de un delito de nuevo cuño, la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el mismo, si bien la asimilación al cohecho ha de producir cierta repercusión de los pronunciamientos en esta materia, sobre todo respecto al contenido del beneficio o ventaja, y acerca de los conceptos de recibir, ofrecer o aceptar. La doctrina científica tampoco ha tratado hasta ahora en profundidad estos comportamientos.

Texto legal

El nuevo art. 286 bis tiene la siguiente redacción:

“1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”

Elementos

Corrupción activa

Se exigen los siguientes elementos:

a) Que la conducta sea cometida, como sujeto activo, por una persona, bien por sí mismo o bien mediante persona interpuesta.

Desde que el Código penal ha introducido la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se hace necesario concretar qué tipo de persona es la que es capaz de cometer el delito, desde su plano activo. En este caso, una persona física, y al comenzar la descripción típica con la mención: “*quien por sí o por persona interpuesta...*”, nos conduce a entender que se trata de un delito común, es decir, no especial o propio, como ocurre en la corrupción pasiva, que puede, en consecuencia, cometer cualquier persona, no exigiéndose ninguna relación o vinculación con el ámbito de concreción del bien jurídico protegido, y que tanto puede perpetrarse si la conducta desplegada por el sujeto activo se realiza personalmente por el mismo, como si se utiliza un intermediario para verificar tal comportamiento típico, lo que nos sitúa en los márgenes de la autoría mediata, aspecto éste a estudiarse dentro del marco del art. 28 del Código penal, encontrándonos ante la autoría conjunta a que se refiere el primer párrafo de tal precepto, que ha de basarse en el concierto de voluntades entre ambos (“*pactum escaeleris*”), pues no puede concebirse una utilización instrumental de ese tercero, ya regulada en la norma general. Del propio modo, se podrá concebir el delito mediante una actuación por inducción o por cooperación necesaria. Ello resulta también de la interpretación de la Decisión Marco, cuyo art. 3 se expresa así: “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que la *complicidad y la incitación* a cometer los actos mencionados en el artículo 2 constituyan infracciones penales”. Si el comportamiento lo comete una persona jurídica, tendrá que determinarse qué persona física de su círculo de autores en el correspondiente título de imputación, ha llevado a cabo este comportamiento.

b) La acción consiste en prometer, ofrecer o conceder a las personas indicadas como sujetos pasivos, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados.

Como en todo soborno, la acción nuclear del tipo, como así sucede en el delito de cohecho, es toda clase de promesas, ofrecimientos o concesiones, dirigidas a los sujetos pasi-

vos, para obtener cualquier beneficio o ventaja, de cualquier naturaleza, no justificados. Obsérvese que en el cohecho pasivo propio (art. 419), que también se reforma, se habla de recibir o solicitar, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptar ofrecimiento o promesa, y el nuevo art. 424, para el cohecho activo, incrimina al particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase. Queremos poner de manifiesto con ello, que en el cohecho activo, la dádiva o retribución parece que tienen un claro contenido económico, no así en el cohecho pasivo, al añadirse la expresión muy abierta de “favor”, mientras que en este delito de corrupción entre particulares, el beneficio o ventaja no es rigurosamente traducible en términos crematísticos, al referirse la ley a que los mismos sean “de cualquier naturaleza”, y aunque lo normal será que tengan una contraprestación económica, este rango lucrativo no es exigido rigurosamente por el tipo penal (por ejemplo, la proposición de contratar a una persona, ofreciéndole un empleo, o un viaje, o un hospedaje, o incluso favores sexuales). Perturba esta interpretación la consideración de que en el tipo atenuado, del que nos ocuparemos más abajo (apartado 3 del art. 286 bis), el legislador se refiere a la “cuantía” del beneficio o de la ventaja, lo que sugiere una contraprestación económica, y se contradice con ese “de cualquier naturaleza” que diseña el tipo; de todos modos, la cuantía, en el sentido de extensión crematística, es un concepto también predicable de beneficios o ventajas *de todo orden*. Otro tanto podemos decir de la conexión económica de una de las penas previstas —la multa—, en tanto el legislador la relaciona con el tanto al triple del *valor* del beneficio o ventaja. Con todo, será muy difícil esta distinción en la práctica, pues lo habitual será —aparte del dinero, o su traducción por equivalencia, como automóviles, joyas, etc.—, ofrecer comidas, viajes, estancias hoteleras... todo ello de perfecta traducción económica.

Tales contraprestaciones espurias, han de contener la nota de beneficios o ventajas “no justificados”, lo que constituye un elemento normativo del tipo, que se inserta en la antijuridicidad de la acción, de no fácil respuesta cuando nos encontramos ante comportamientos que se relacionan con actuaciones absolutamente privadas, en las cuales no se rigen tales comportamientos por normas escritas, sino en la mayor parte de las veces, *por instrucciones verbales o directrices generales* que las empresas o sociedades imparten a sus empleados sobre el modo de determinarse en la contratación de servicios por parte de otras empresas, que generalmente serán sus proveedores, y dicho sea de paso, los más interesados en ganarse el favor de la contratación pretendida, mediante tales ofrecimientos o promesas de cualquier orden, que, si seguimos la dicción del tipo, pueden ser de cualquier *naturaleza*. De manera que este elemento normativo, estará en directa relación con el incumplimiento de sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, a que aludiremos más abajo, bastando decir por ahora, la gran dificultad técnico-jurídica de su determinación normativa.

c) Que el sujeto pasivo lo sea alguno de los siguientes: directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización.

Por supuesto, que el sujeto pasivo no puede ser la misma empresa u organización

para la que trabajan tales sujetos, pues si la ventaja o el beneficio se ofrecen a la misma, y no al directivo o administrador, pongamos por caso, el incentivo en cuestión no forma parte más que un aliciente para fomentar la competencia leal, y desde luego, que se encontraría fuera del tipo.

En cualquier caso, hemos de poner de manifiesto que la primera mención relativa a estos sujetos es sumamente amplia, de modo que cualquier componente personal al frente de las entidades que diremos, tiene la característica de poder constituirse en sujeto pasivo del soborno. El tipo se refiere expresamente a “directivos, administradores, empleados o colaboradores”, en búsqueda de un concepto omnicompreensivo.

Pero, como ha dicho el Informe del CGPJ, “la Decisión Marco no se refiere a los “colaboradores”, pues semejante indeterminación no respeta el estándar de legalidad europeo, ni, por tanto, tampoco el español. El Anteproyecto no ofrece ninguna pista para concretar este concepto, que es, en consecuencia, incompatible con el principio de determinación de los tipos penales y, por tanto, con el principio de legalidad. Es, pues, necesario suprimir a los colaboradores como posibles sujetos activos. Probablemente lo menos complicado habría sido referirse, como hace la Decisión Marco, a personas que realicen cualquier *función laboral* para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización”. Ya vemos que el legislador, no aceptó esta recomendación.

Desde nuestro punto de vista, creemos que ha de tener el siguiente acotamiento: aquellos que tengan un mando o poder, de naturaleza jurídica, en el sentido de que sus decisiones puedan estar relacionadas y obliguen en el ámbito de la contratación de la empresa; por otra parte, quedan fuera del tipo quienes tengan mando en el proceso productivo o en otra de sus facetas, pero no la tengan con funciones estrictamente relacionadas con la contratación de la entidad mercantil o privada. De las personas citadas, únicamente tienen una esfera jurídica definida por las correspondientes leyes mercantiles o laborales, los administradores sociales y los empleados o dependientes laborales, con atribución de poderes jurídicos al efecto. Los primeros, por las leyes reguladoras de las sociedades mercantiles, y los segundos, por tener un vínculo de naturaleza contractual de trabajo. Los directivos han de ser aquellos sujetos en la cúspide de la entidad, generalmente unidos a la misma mediante contratación especial de alta dirección. El concepto de colaborador es mucho más difuso, y parece que la ley penal le refiere a cualquier persona que esté unida por un vínculo, de la especie que sea con la entidad, pero con el que tenga al menos una cierta capacidad de influencia en su seno, derivada de alguna relación, que el tipo no define, y que habrá de conectarse con la capacidad de contratación.

Por lo que hace a la entidad privada, la ley se refiere: o bien a una “empresa mercantil”, o bien a una “sociedad, asociación, fundación u organización”.

Desde luego que por *empresa mercantil* se ha de referir la ley no a una sociedad mercantil, sino a cualquier empresa de signo individual (persona física), con tal de que inter-

venga en el mercado. Si la sociedad ha sido unipersonalizada, es decir, concentrada en una sola mano, por la compra de acciones o participaciones sociales a sus socios o partícipes, de tal manera que pertenece y es controlada por a un solo sujeto, las normas aplicables, a mi modo de ver, seguirán siendo las sociales, a las que seguidamente nos referiremos. Así lo dispone el art. 14 de la Ley de Sociedades de Capital.

El concepto de “sociedad, asociación, fundación u organización”, comprende ya personas jurídicas del tipo citado, en donde, como se ve, no se exige la intervención directa en el mercado como tal, sino en actividades comerciales o estrictamente privadas. Parece que el Código penal quiere abarcar toda clase de actividades a las que se dediquen tales *entes*, con tal que tengan capacidad de contratación.

Analizaremos cada uno de estos conceptos y su regulación.

El concepto de sociedad es muy amplio, y tanto ha de referirse a sociedades de carácter civil como mercantil, todas ellas incluidas en la dicción legal, al no hacer ésta diferenciaciones.

La sociedad civil está regulada en el art. 1665 del Código civil, y sus rasgos esenciales son la constitución de un fondo común, la intención de obtener un lucro partible y la “*affectio societatis*”. A su vez, el Código diferencia las sociedades universales de las particulares (1678), y la primera puede dar lugar a las dos a que se refiere el art. 1672 (es decir, sociedad universal de todos los bienes presentes o la sociedad universal en todas las ganancias). Estas sociedades pueden ser civiles y mercantiles, conforme a lo dispuesto en el art. 116 del Código de comercio, que disciplina los rasgos de éstas últimas. Respecto a la administración, conviene consultar los arts. 1692 y siguientes del Código civil, que regulan la administración mancomunada y solidaria. Como variantes de la clásica sociedad mercantil, contamos con la sociedad colectiva (arts. 125 y siguientes del Código de comercio), haciéndose especial hincapié en el art. 129 que regula administración de este tipo de sociedades (que corresponde conjuntamente a todos los socios, salvo pacto en contrario); la sociedad en comandita por acciones (regulada en los arts. 151 a 157 del CCo. reformados por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las directrices comunitarias, ya que inicialmente solamente se contenía una mención en el art. 160, que únicamente disponía que el capital perteneciente a los socios comanditarios podía estar representado por acciones u otros títulos equivalentes); la sociedad en comandita simple, cuyas nociones hay que buscarlas en los arts. 122 y 148 del Código de comercio.

La sociedad anónima es el prototipo de las sociedades de capital, y se regula en el Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, completado con las normas que a este tipo societario dedica el Reglamento del Registro Mercantil, en los arts. 114 a 174. Dentro de esta regulación, y para lo que aquí afecta, señalamos que los arts. 127 a 127 *quater*, disciplinan los deberes de los administradores sociales, que se traducen en deber de diligente administración, debiendo desempeñar el cargo

con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, el deber de fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad, los deberes de lealtad previstos en el art. 127 *ter*, y el deber de mantener secreto de las informaciones de carácter confidencial. La responsabilidad solidaria se disciplina en los arts. 133 a 135, como consecuencia del daño causado por los administradores, lo que servirá de resorte civil antes de la aplicación del Código penal. A destacar, las normas contenidas en la Ley 26/2003, de 17 de julio, que ha introducido una regulación positiva del administrador de hecho en la sociedad anónima, declarando su responsabilidad por los actos ejecutados, concepto éste, por cierto, el de administrador de hecho, continuamente manejado por muchos preceptos del Código penal. No podemos dejar de apuntar la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, o la Ley 15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales.

La sociedad de responsabilidad limitada, fue regulada inicialmente por la Ley de 17 de julio de 1953, y actualmente, por los preceptos introducidos por la Ley 2/1995, de 23 de marzo. Se trata de una sociedad que teniendo dividido el capital social en participaciones, e integrado por las aportaciones de los socios, tienen éstos limitada la responsabilidad por las deudas sociales al haber social, sin que respondan personalmente de ellas los socios. Como modalidad simplificada, para empresas de tipo familiar, se ha de consultar la Ley 7/2003, de 1 de abril, que introduce la Recomendación 97/344, de 22 de abril, de la Comisión Europea, denominada Sociedad Limitada Nueva Empresa.

Pero ocurre que el BOE del día 3-7-2010, publicó 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, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 1 de septiembre de 2010 (salvo en algunos aspectos que ahora no interesa para el tema que tratamos).

Dicho Real Decreto Legislativo cumplía así con la previsión recogida en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que habilitaba al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, procediera a refundir en un único texto, bajo el título de «Ley de Sociedades de Capital», las normas legales que esa disposición enumera. De este modo se supera la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión, que ahora, al ascender a título de la ley, alcanza rango definidor.

De este modo, se aprobaba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, al que se incorpora el contenido de la sección 4.^a del título I del libro II del Código de Comercio de 1885, relativa a las sociedades comanditarias por acciones; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y el contenido del título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas. Y correlativamente se derogaban tales normas.

En el art. 210, ya se establece que “la administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración”, pero que en la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a dos administradores, éstos actuarán de forma mancomunada y, cuando se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración; por el contrario, en la sociedad de responsabilidad limitada, los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria. Por su parte, el art. 252, señala que la administración de la sociedad en comandita ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima. El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte el nombramiento.

El art. 225.1 dispone con carácter general que “*los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario*”.

Por lo demás, reseñamos los siguientes deberes y prohibiciones:

Artículo 226. Deber de lealtad.

Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en *defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad*, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos.

Artículo 227. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador.

Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas.

Artículo 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio.

Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.

Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores.

1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

- a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.
- b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.
- d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad.

1. Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

Por lo demás, otros tipos de **sociedades especiales por su objeto**, son las sociedades de Garantía Recíprocas, reguladas en la Ley 1/1994, de 11 de marzo y en el Real Decreto 2345/1996; las Sociedades Profesionales, por Ley de 15 de marzo de 2007, etc.

Citamos para terminar con las sociedades mercantiles, la importante reforma operada por la Ley 3/2009, de 3 de abril, por la que se llevan a cabo modificaciones estructurales de tales sociedades mercantiles, en donde se aborda una regulación completa y global de aspectos de gran trascendencia para las mismas, incorporando al derecho español la Directiva comunitaria 2005/56, relativa a fusiones transfronterizas de capital (transformación, fusión, escisión, cesión global del activo y del pasivo, así como el traslado internacional del domicilio social), y que ha dado lugar al RDL citado anteriormente.

Por último, las **cooperativas** se regulan por su Ley de 16 de julio de 1999, y aunque el Código penal no se refiere a las cooperativas, pueden entrar por el amplísimo concepto de organización.

Por asociación, hemos de entender la unión voluntaria, duradera y organizada de varias personas para conseguir un fin. El derecho de asociación está proclamado en la Constitución española, en el art. 22, señalando a este respecto: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

Su Ley básica es la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, que exige para su constitución acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, para conseguir los fines propuestos mediante la redacción de unos estatutos. Sus órganos son: una asamblea general, una junta directiva y un presidente.

Por su parte, el concepto de fundación, hay que referirlo primeramente a nuestra Carta Magna, que en el art. 34 dispone: “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”, y después, a la ley actual reguladora de las fundaciones, que lo es de 26 de diciembre de 2002. *Son fundaciones* –dice el art. 1– *las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*. Se rigen por la voluntad de su fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la ley. Sus órganos son: el patronato y el protectorado.

Finalmente, el concepto jurídico de “organización”, como algo diferente de la sociedad, asociación o fundación, no es posible establecerlo, por carecer de cualquier regulación positiva, de modo que parece que la ley penal ha concebido como una especie de cláu-

sula de cierre para contener en tal concepto confuso cualquier agrupación de personas, físicas o jurídicas, sin mayor precisión ni tecnicismo. A dicho fin, ya hemos expuesto que por esta vía entrarán las cooperativas, y *tal vez*, todas las uniones personales carentes de personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios regidas por la Ley de Propiedad Horizontal.

d) Que la finalidad de la acción lo sea para favorecer al sujeto activo, bien a él, o a un tercero, frente a otros.

Supone este apartado el concepto dinámico de la acción, tendente finalísticamente a obtener un favorecimiento, al modo como se construye la acción típica en el delito de cohecho. Se trata, en suma, de entregar una prestación para obtener un “favor” para quien lo solicita, infringiendo de este modo el tipo, que generalmente se traducirá una contratación interesada, por ser adjudicatario de cualquier ventaja o beneficio ilícito, es decir, conseguir, la mayor parte de las veces, una venta de materiales por parte de los proveedores o un servicio profesional, al que no tendrían derecho de obrarse de acuerdo con las directrices de la empresa, o conculcando las leyes mercantiles sobre tal contratación. La dificultad, como ocurre en todo este planteamiento delictivo, es que no existen normas rígidas de contratación en el sector privado, pues el mismo no se rige por el puro principio de legalidad, objetividad e imparcialidad, como a la Administración le corresponde (art. 103, CE). Nos movemos, pues, dentro de la desviación de lo que podemos denominar el ámbito organizativo de la empresa u organización privada, aspecto éste que deberá analizarse, caso por caso, con la correspondiente prueba de las directrices en tal ámbito organizativo. Por lo demás, el favorecimiento habrá de recaer en el sujeto activo, o en un tercero, que no hace falta que esté conectado penalmente con aquél, ya que incluso –teóricamente– puede desconocer que va a ser favorecido, con tal que la conducta sea discriminatoria frente a otros que tengan más derecho. Es decir, esta nota, que integra el tipo, ha de producir que en el proceso de contratación existan necesariamente terceros que resulten perjudicados, aunque esta nota de *perjuicio*, no se enuncie así como tal. Y ello supone además que la acción sería atípica en aquellos supuestos de comportamientos ciertamente muy reprochables, como sería el caso del directivo que recibe prebendas personales por contratar con un proveedor, si éste es único, pues no concurre la nota negativa del favorecimiento “frente a otros”.

También el Informe el Consejo Fiscal, pone ejemplos *curiosos*, como cuando dice lo siguiente: “La amplitud de los términos utilizados en el art. 286 bis para la tipificación de las conductas de corrupción privada, permiten considerar incluidas conductas que no afectan propiamente a las reglas de competencia y que no son propiamente actos de competencia desleal (ejemplo: promesa de algún tipo de beneficio por parte de clientes de una empresa al encargado o responsable para conseguir servicios como una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en establecimientos o localidades de espectáculos)”.

Pero hemos de convenir que un recto entendimiento de estos preceptos ha de ser combinado con la denominada “teoría de la adecuación social”, de manera que las conduc-

tas sociales que son toleradas no pueden caer en el ámbito del derecho penal. Nos referimos a ciertos regalos o presentes, con ocasión de onomásticas, fiestas navideñas, o celebraciones, que puedan ofrecerse a los sujetos pasivos definidos en este tipo penal

e) El elemento normativo lo será el incumplimiento sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

La Decisión Marco nos define este concepto: señala, como antes apuntamos, que la expresión *incumplimiento de las obligaciones* 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 apliquen en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier género para una entidad del sector privado.

Esta nota definatoria sobre “el incumplimiento de sus obligaciones” es claramente un elemento normativo del tipo, al tener que integrarse éste con normas extrapenales que no solamente nos servirán de clave interpretativa, sino de complemento del precepto por vía de remisión. No es propiamente un tipo penal en blanco, pero este elemento atrae al mismo toda la legislación principalmente de naturaleza mercantil sobre los deberes de los administradores sociales, pero también las normas civiles sobre tal contratación, que se han de traducir en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Es decir, estamos en presencia de la adquisición o venta de bienes o servicios. Esta última característica –adquisición o venta– sugiere que no se trata del comportamiento frente a los proveedores (adquisición) que será, con todo, el comportamiento ilícito más frecuente, sino casos de venta privilegiada a terceros, frente a otros, que también tengan la condición de compradores, y que se vean de este modo perjudicados, lo cual es bastante más difícil de producirse en la práctica, y entrará en concurso con los casos de situaciones de grave necesidad o catastróficas, a que se refiere el tipo alojado en el art. 281 del Código penal (detracer del mercado materias primas o productos de primera necesidad); y si esta situación se produce en tiempos de desabastecimiento de un sector, será aplicable por especialidad y alternatividad, este último precepto.

En cualquier caso, y como se ha dicho, sucede que si quien ofrece la ventaja para la consecución de un contrato, lo hace en beneficio de la propia empresa y en perjuicio de la competencia, de modo que ninguna obligación para con su propia empresa está incumpliendo, ninguna puede incumplir con respecto a las otras empresas perjudicadas, porque ninguna tiene hacia ellas.

Complicado este aspecto también en los casos de que el sujeto sea un profesional liberal, que no infringirá norma alguna interna de actuación, por el contenido de auto-regulación profesional.

f) El carácter doloso de tal acción.

Aplicando el art. 12 del Código penal, estas acciones solamente pueden ser dolosas. Difícilmente es concebible el dolo eventual.

Corrupción pasiva

Se exigen los siguientes **requisitos**:

a) Que la conducta sea cometida por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización.

b) La acción consiste en recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados. Y ello por sí o por persona interpuesta.

c) Que el objetivo de la acción lo sea con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja.

d) Elemento normativo: incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

e) El carácter doloso de la acción.

No realizamos consideraciones pormenorizadas por cada uno de estos requisitos, toda vez que los elementos son prácticamente los mismos que los anteriores referidos a la corrupción activa, nada más que en este caso la conducta criminal parte precisamente del directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización, el cual solicita un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza –injustificado e ilícito, eso sí–, de un proveedor (vendedor) o de un comprador, o bien de un prestador de servicios; también comete este delito quien ante el ofrecimiento de tales partícipes en la contratación, recibe o acepta tal beneficio, no exigiéndose que se llegue efectivamente a entregar el beneficio o la ventaja: se trata de un delito de simple actividad. Hubiera sido mejor que, en correspondencia con el delito de cohecho, la norma penal hubiera determinado ese favor, en concepto de dádiva o recompensa para aclarar más esta cuestión crematística, que, sin embargo, consideramos encaja perfectamente en las menciones de beneficio o ventaja las aludidas prestaciones económicas, mucho más cuando el tipo ya especifica que éstas pueden ser “de cualquier naturaleza”. Por lo demás, en caso de concurrencia en la oferta y aceptación, cada uno de los autores cometerá un delito correspondiente a su acción, esto es, de los apartados 1 y 2 del aludido art. 286 bis del Código penal. La consorcialidad delictiva se producirá en cada ámbito del tipo en caso de concurrencia de varios partícipes en cada lado activo o pasivo de esta clase de corrupción.

Corrupción deportiva

Art. 286 bis

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales.”

Introduce novedosamente el Código penal estos comportamientos relativos al propio ámbito de la corrupción, siguiendo una línea iniciada en los últimos años por el legislador, al regular otros aspectos también importantes en materia deportiva, como la Ley 19/2007, de 11 julio, Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, que es una más de las manifestaciones del *juego limpio*, que es la *ratio* igualmente de este precepto penal que ahora analizamos, y la Ley Orgánica 7/2006, de 21 noviembre, sobre la Protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, que introdujo precisamente el nuevo art. 361 bis en el ámbito del Código penal, como otra de esas manifestaciones en pro del referido juego limpio.

De igual forma, en el apartado 4 del art. 286 bis, nos encontramos con la corrupción deportiva, como otra forma más de luchar contra comportamientos que afecten a la corrección y honestidad en el deporte y en el juego, proscribiendo toda clase de corrupción en dicho ámbito.

En realidad, la Decisión Marco no le obligaba a regular estos aspectos deportivos en la corrupción entre particulares, pero el legislador aprovecha esta oportunidad para introducirlos en el precepto penal de referencia, lo que juzgamos positivo, pues dará claridad a esta cuestión, de mucha actualidad por cierto en las áreas deportivas, especialmente las profesionalizadas.

En la construcción jurídica de este precepto el legislador ha partido de una *extensión* de los propios comportamientos ya estudiados para el ámbito de la corrupción en el sector privado, tanto desde el plano activo como pasivo, y concretando exclusivamente la relación de los sujetos y el objeto del soborno. Por ello, solamente estudiaremos estos requisitos especiales del tipo.

Sujetos

Pueden ser sujetos, tanto activos como pasivos de este delito, los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces. . Ello plantea la posi-

bilidad de aplicar este tipo penal cuando el sujeto no pertenece a este círculo definido por el Código penal, por tratarse, por ejemplo, de un socio o bien un simple aficionado de un club deportivo, quien ofrece o paga un soborno a un árbitro. La solución, o viene constituida por la atipicidad, o bien la consorcialidad, de manera que se convierte en un cooperador necesario de ese juez deportivo, a modo de un “extraneus” al que se aplicarían las consecuencias punitivas dispuestas en el art. 65.3 del Código penal, solución ésta que nos parece más razonable, pues la cooperación de los extraños no ha sido excluida por el art. 286 bis. De igual forma, serían extraños, los terceros apostadores de apuestas deportivas, a los que les interesa garantizarse el resultado de una prueba o competición.

Cada uno de los conceptos citados (directivos, administradores, empleados o colaboradores), se corresponden con los ya estudiados con anterioridad, a los que hay que añadir aquí los deportistas, árbitros o jueces. La determinación de los mismos, no ofrece dificultades hermenéuticas. En el concepto jueces o árbitros, se integran todas las modalidades deportivas de personas destinadas a aplicar la norma deportiva disciplinaria que regule el juego o el deporte, como jueces de silla, de mesa, de línea, incluso comisarios en ciertos deportes (como el ciclismo). Podríamos plantearnos si también afecta a las diferentes instancias jurisdiccionales, como los denominados Comités de Apelación, o de Competición, y la respuesta ha de ser igualmente positiva.

Únicamente señalar que, en nuestra opinión, el concepto de deportistas no puede ceñirse exclusivamente a los que salen al campo a jugar, sino a todo el equipo técnico, como entrenadores o preparadores físicos. De una u otra forma, entrarían en el concepto de empleados o colaboradores.

La mención “directivos” es bien expresiva de la participación de estos sujetos en la organización deportiva, fuera aparte de los administradores sociales de los clubes.

Refiere la ley respecto de ellos que su relación se conecta con una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta.

Para entender qué es una entidad deportiva, hemos de acudir a la Ley 10/1990, de 15 octubre, denominada Ley del Deporte, de ámbito estatal, pues sobre esta materia tienen competencias también las Comunidades Autónomas.

Y así, hemos de acudir a su Título III, que se refiere a las Asociaciones deportivas, y cuyo art. 12 realiza la clasificación de tales Asociaciones, señalando en su apartado 1, que “a los efectos de la presente Ley, las Asociaciones deportivas se clasifican en Clubes, Agrupaciones de Clubes de ámbito estatal, Entes de Promoción deportiva de ámbito estatal, Ligas Profesionales y Federaciones deportivas españolas”, siendo las Ligas asociaciones de Clubes que se constituirán, exclusiva y obligatoriamente, cuando existan competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal.

Para el desarrollo de la actividad deportiva objeto de su creación, dichas Agrupaciones coordinarán su gestión con las Federaciones deportivas de ámbito autonómico que tengan contemplada tal modalidad deportiva (que se revisará cada tres años).

Por último, destacamos que su apartado 4 dispone que las denominaciones de Sociedad Anónima Deportiva, Liga Profesional y Federación deportiva española se aplicarán, a todos los efectos, a las Asociaciones deportivas que se regulan en tal Ley.

De tales preceptos, únicamente, recogemos el art. 13 de la Ley del Deporte, que nos define el concepto de Clubes deportivos, como asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas, clasificándose (art. 14) en: a) Clubes deportivos elementales; b) Clubes deportivos básicos, y c) Sociedades Anónimas Deportivas.

También pueden ser entidades deportivas, las Federaciones deportivas españolas, en tanto el art. 30 las define como entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte. Pero también tienen un componente público que las sustrae de este delito cuando ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública. En cualquier caso por su naturaleza pública, queda igualmente excluido el Consejo Superior de Deportes (art. 7), cuyo ámbito penal será el propio del delito de cohecho.

Objeto del soborno

Lo refiere la ley a todas aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, de carácter profesional.

En este particular, el tipo penal es muy claro y se refiere a cualquier alteración del resultado deportivo, introduciendo la mención *deliberada*, que se conecta con un tipo subjetivo doloso, y la noción de *fraudulenta*, que lo relaciona con la concurrencia de un engaño o ardid en tal predeterminación o alteración del resultado deportivo, estando incluidos todos los comportamientos dirigidos a esa finalidad, que indudablemente perjudican a terceros, y en donde se ha de producir ese resultado mediante promesas u ofrecimientos de dádivas o cualquier clase de prestaciones, sean económicas o no.

Quedan naturalmente dentro del tipo toda clase de primas a terceros, en mi opinión tanto por perder –que lo es evidente– como por ganar, ya que el tipo no discrimina la forma

de predeterminar o alterar el resultado de una prueba, encuentro o competición, sin que tal prima puedan juzgarse como un *incentivo* a los deportistas.

Podríamos plantearnos si el tipo tolera la inclusión de primas o sobornos pagados por actuaciones ya pasadas, como una recompensa por el “buen arbitraje” realizado, el que no se vio influenciado por tal determinación crematística. El principio de taxatividad entiendo que impide tal punición, sin perjuicio de la trascendencia que pueda tener en el ámbito administrativo sancionador o disciplinario.

Más complicado resulta la punición de comportamientos futuros, de manera que a ciertos árbitros internacionales de los que se conoce que, tarde o temprano, van a arbitrar un encuentro al club interesado, se les ofrecen prebendas o recompensas. Aunque reconozco la dificultad, parece que tampoco es posible en tanto que la ley se refiere a comportamientos que tengan *por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales*, de forma específica y no genérica.

Desde luego, que el delito existe tanto si el árbitro se ve en la necesidad de actuar, como si ello no fuera preciso, pues gana lícitamente el equipo beneficiado, ya que es un tipo de simple actividad que tiene por finalidad tal predeterminación, sin que sea necesario que se traduzca en actos concretos de arbitraje parcial.

Por lo demás, la ley restringe el tipo a las competiciones deportivas profesionales, como ya vimos con anterioridad, de manera que quedan fuera de su ámbito las *no profesionales*, sin una justificación al menos aparente, salvo los mayores intereses económicos que se mueven en aquéllas.

Tipo atenuado

El apartado 3 del art. 286 bis del Código penal dispone: “*los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio*”.

Como es de ver, la ley no distingue entre la pena de prisión y la inhabilitación especial, por lo que ha de referirse a ambas, aparte de la mención específica que realiza sobre la multa.

Se construye este tipo atenuando en función de las características concretas del caso enjuiciado, pero con dos parámetros de referencia, objetivo y subjetivo. Por el primero, se ha de atender a la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja, aspectos éstos, a su vez, conectados con las vertientes activa y pasiva de los sujetos del delito, de manera que si el beneficio obtenido con la contratación fraudulenta de bienes o de servicios profesionales *no*

es relevante en términos económicos, podría aplicarse este tipo atenuado, lo que nos lleva a consideraciones exclusivamente dependientes de la coyuntura económica y del volumen de la empresa o entidad privada afectada, que no pueden ser fijadas apriorísticamente, y lo propio en cuanto al valor de la ventaja, que será la comisión espuria obtenida por los sujetos integrantes de la estructura social o individual del ente de que se trate.

El otro parámetro referencial, es decir, el subjetivo, viene conectado con la *trascendencia de las funciones del culpable*, es decir, con el ámbito de dirección o decisión que tiene el autor del hecho criminal, aspecto éste menos comprensible desde un plano de política criminal, porque parece referirlo la ley al caso de menor importancia del sujeto en el organigrama de la empresa o entidad privada, lo que no parece aceptable, si ha obtenido, sin embargo, cuantiosas ventajas económicas por su corrupta gestión.

La única fórmula de conciliar tales objeciones, será interpretar que el tipo atenuado de estudio en este apartado, lo refiere la norma penal a las dos condiciones conjuntamente: parámetros objetivos y subjetivos que han de concurrir acumulativamente y no disyuntivamente, lo que avala la plasmación de la partícula “y”, pero que enturbia la “;” previa. La jurisprudencia decidirá esta cuestión.

Y finalmente una consideración más: al aplicarse este tipo atenuado, la pena privativa de libertad ha de rebajarse en un grado, con lo cual, resulta una franja penológica que arranca en tres meses hasta los seis de prisión, lo que supone una respuesta punitiva simbólica.

Penalidad

La Decisión europea, a la que sigue la reforma legal que comentamos, enfatiza que estos actos tienen que ser sancionados con penas “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. En correspondencia con ello, el legislador español ha dispuesto para todos los tipos de corrupción entre particulares, una pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

La pena privativa de libertad es ciertamente grave para comportamientos de corrupción estrictamente privada, al poder llegar hasta los cuatro años de prisión, pues la Decisión Marco lo único que exigía a este respecto, no era más que los Estados miembros tomaran las medidas necesarias para asegurar que estos actos punibles fueran sancionados con penas privativas de libertad de una duración *máxima* de al menos de uno a tres años.

El umbral máximo de los aludidos cuatro años de pena privativa de libertad (junto a la inhabilitación en franja temporal inferior a los diez años) confiere al delito un ámbito de enjuiciamiento en el seno de los Juzgados de lo Penal, y la imposibilidad de contar con jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como tantas veces ocurre, mientras se mantenga el actual rango para el recurso de casación.

La pena principal de inhabilitación especial se conecta con el ejercicio de industria o comercio, y no con cualquier otra inhabilitación en el ámbito privado, al tratarse de un tipo que –ya lo dijimos–, no tiene por qué reconducirse en su ámbito exclusivamente a lo mercantil. Este aspecto es pues sorprendente, aunque ello vuelve a ser consecuencia de las exigencias dispuestas por la Decisión Marco, en tanto que el art. 4.3 nos recuerda que: “los Estados miembros tomarán las medidas necesarias, de acuerdo con sus normas y principios constitucionales, para garantizar que a una persona física que haya sido condenada por los actos mencionados en el artículo 2 en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva”.

Fuera, pues, del ámbito de esta pena principal, es decir, para comportamientos cometidos en el seno de una empresa o actividad de comercio o industria, nos hemos de preguntar la posible aplicación de otras penas accesorias, concretamente las disciplinadas en el art. 56 del Código penal, que también se retoca en la reforma legal que comentamos (LO 5/2010), siempre con dos requisitos previos: uno, petición expresa por parte de las acusaciones (a pesar del art. 79); y dos, vinculación del hecho con la accesoria que se imponga, que deberá detallarse en la sentencia condenatoria (o como dice literalmente la norma penal: si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación). De las posibilidades que ofrece el art. 56, es decir, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, al encontrarse especialmente incluidos en la pena principal ya enunciada, los de industria y comercio, nos queda nada más la inhabilitación especial de *profesión u oficio*, que podrá tener incidencia en la comisión delictiva, y que, a nuestro juicio, *podría* acompañar, como penas accesorias, a la condena principal por un delito de corrupción entre particulares, cuando se trate de un sector privado no mercantilizado. Esto es lo que será lo procedente en los supuestos de corrupción deportiva, en tanto no se ejerce en ellos ni industria ni comercio, o por la cláusula general de “*cualquier otro derecho*”.

Por lo demás, la pena de multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja, no ofrece, en principio, complicaciones técnicas, siendo una multa de carácter proporcional, y no de cuota por días, meses o años.

Para el caso de que la multa se imponga a una persona jurídica, el nuevo apartado 4 del art. 52 dispone, que si lo es –como aquí ocurre– en proporción al beneficio obtenido, de no ser posible el cálculo en base a tal concepto, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas *se sustituirán* por las siguientes:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

En nuestro caso, por multa de *uno a tres* años de duración, en función de la penalidad prevista para la persona física, que lo es entre los seis meses y cuatro años de prisión.

Dicha multa podrá ser *fraccionada* cuando se imponga a una persona jurídica, en los términos dispuestos en el apartado 5 al artículo 53 del Código penal, durante un período de *hasta cinco* años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su *intervención* hasta el pago total de la misma.

Si se tratare de una persona física, el art. 53 del Código penal, en su apartado segundo, ordena que en los supuestos de multa proporcional, los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años, lo que no será aplicable en el delito que estudiamos, al ser el umbral máximo del mismo cuatro años de prisión, y, en todo caso, el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Se ocupa de ello, el nuevo art. 288 del Código penal, el que, sin embargo, comienza, dentro de la Sección 5ª, en las disposiciones comunes, por regular un sistema de publicación de las sanciones, que afecta también a este delito, y al que luego nos referiremos.

La Decisión Marco exige en materia de personas jurídicas, lo siguiente:

Artículo 5

Responsabilidad de las personas jurídicas

1. *Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones mencionadas en los artículos 2 y 3 cometidas 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:*

a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o

b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica,
o

c) una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

2. *Además de los casos a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros tomarán 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 mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 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 de una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3.*

En nuestra legislación penal, y en punto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ésta nace ahora, muy novedosamente, en los supuestos regulados en el art. 31 bis del Código penal, que se fundamenta en la falta de control por parte de los administradores y representantes legales de las mismas, bajo la siguiente dicción: *en los supuestos previstos en el Código penal de forma específica, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas anteriormente mencionadas, hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso; y todo ello, aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.*

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en esta clase de comportamientos delictivos, es una consecuencia más de la trasposición de la Decisión Marco de referencia, y para su interpretación se dice que “se entenderá por *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 en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”. A tal efecto, el nuevo art. 31 bis, en su apartado 5, señala, recogiendo estas excepciones, que *“las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”*

En el caso del art. 286 bis del Código penal, el 288 dispone que se impondrá a la persona jurídica la pena de multa de uno a tres años, en atención a que este delito, si es cometido por una persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad (en concreto, pena de prisión de seis meses a cuatro años).

Por otro lado, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, que son las siguientes:

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

Dispone este precepto que la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención e igualmente quién se hará cargo de la misma, así como en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento al órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones, añadiéndose que reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria, y asimismo que la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

En suma, estos preceptos han configurado las reglas impuestas por la Decisión, en tanto que ésta, en su art. 6, y sobre sanciones a las personas jurídicas, exigía, igualmente que para el caso de las personas físicas, sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias*, que han de incluir multas de carácter penal o administrativo, permitiendo que puedan ser impuestas otras sanciones, tales como: a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b) inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales; c) vigilancia judicial, o d) medida judicial de disolución.

Publicidad de las sanciones

El art. 288, en su párrafo primero, se ocupa de esta cuestión, disponiendo que “*en los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado*”, precepto que tiene vocación de aplicabilidad a todos los tipos penales regulados en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código penal y también, claro es, a la nueva Sección 4ª.

La razón de este precepto se encuentra en dar publicidad a los fallos judiciales condenatorios, en realidad como modo de hacer públicos comportamientos contrarios al mercado y a los consumidores, junto a esta clase de corrupción en el sector privado. La Sentencia puede ser publicada tanto en los periódicos oficiales (Boletín Oficial del Estado, de la Provincia o de la Comunidad Autónoma), como en otros medios informativos, a costa siempre del condenado. No se prevé un sistema similar de publicaciones de los fallos absolutorios a costa del querellante.

Resultado. Consumación delictiva

Los tipos de la parte especial del Código describen, por lo general, delitos consu-

mados, pero antes de la consumación la acción dolosa punible recorre un camino más o menos largo (*iter criminis*) que discurre desde el primer *pensamiento* para cometer tal hecho hasta su conculcación final, esto es, desde la resolución de cometer el hecho hasta su terminación definitiva.

Teoría general de la ejecución imperfecta.

La tentativa requiere los siguientes elementos:

a) La existencia de una *decisión* de cometer el delito, o lo que es lo mismo el dolo dirigido a la realización del supuesto de hecho típico. El tipo subjetivo del delito intentado es idéntico que el tipo subjetivo del delito consumado, es decir, tiene que abarcar la totalidad de los elementos objetivos de aquél, incluidas las cualificaciones o los especiales elementos de la autoría.

b) Resulta necesaria la transformación de la decisión en una acción que no solo sea preparatoria sino que constituya un *comienzo* de la ejecución propia del delito. Conforme al art. 16 del Código penal, hay tentativa cuando el sujeto "da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores", esto es, la tentativa requiere el comienzo de la ejecución y solo a partir de ese momento habrá una lesión de la norma penal, pues con anterioridad solo estaremos ante actos preparatorios del delito no punibles en general.

En la dogmática se presenta problemática la delimitación de la tentativa y la preparación, esto es, trazar la frontera entre el ámbito de lo punible y lo no punible, admitiéndose que una delimitación cierta posiblemente no sea segura. Así, hay autores que consideran la línea límite o frontera debe colocarse en el terreno de la tipicidad, concretamente en la zona del tipo por ellas afectada de tal manera que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir, si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser considerados como de ejecución, mientras aquellos otros que mantienen su actividad en la zona periférica por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar ésta, vienen siendo calificados como preparatorios de tal suerte. Criterio éste que recibe el nombre de teoría objetiva.

En la actualidad se sigue ampliamente la teoría individual objetiva. Toma como punto de partida la necesidad de combinar criterios objetivos (tanto formales –tipo– como materiales –proximidad del tipo–) y subjetivos o individuales (la representación del autor).

No puede prescindirse de las representaciones del autor, pues en aquellos casos en que se trata de comportamientos exteriormente equívocos, solamente la determinación final del autor podrá revelar si estamos ante el comienzo de ejecución de un hecho punible. Pero no basta con las representaciones del autor, pues la Ley requiere la inmediatez de la acción ejecutiva respecto de la consumación.

Así, algún autor entiende que la exigencia de dar principio directamente a la realización del tipo significa que las acciones de la tentativa, son sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo. Es decir, lo decisivo es que el comportamiento, que todavía no es típico, se encuentre vinculado tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor, que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios esenciales.

La tentativa, para ser punible, ha de revelar un mínimo de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosa *ex ante*, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el art. 16 de que los actos ejecutados "objetivamente deberán producir el resultado". Ello, ante la cuestión de si tras la reforma del Código penal de 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva *ex ante* la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo (SSTS 1000/1999 y 1243/2002), esto es, se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos ("*ut, quod prelumque accidit*") como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa.

La no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el art. 16, "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta". La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico. Es decir, mediante una conducta activa que neutralice el proceso causal iniciado por el autor, o trate de poner fin a sus consecuencias naturales, una vez comenzada tal cadena causal.

Como dice la STS 77/2007, de 7 de febrero, a la que seguimos, la tentativa supone que falta alguno (cualquiera) de los elementos objetivos del tipo y no solo el resultado. Así, hay tentativa, tanto cuando falten en el autor las condiciones especiales requeridas por el tipo como cuando el resultado no es imputable a la acción, aunque fuese pretendido por el sujeto. Por tanto no es atendible la teoría de la falta de tipo que reduce conceptualmente la tentativa a la ausencia de resultado, considerando que cuando falta cualquier otro elemento del tipo objetivo estamos ante un hecho atípico.

En el caso de este tipo de comportamientos delictivos.

Aplicando estas consideraciones a nuestro estudio, el tipo de corrupción activa, o de los particulares, se consuma cuando se “*prometa, ofrezca o conceda*” el beneficio o ventaja, de manera que el legislador anticipa las barreras de la consumación a un estadio preliminar, constituido sencillamente por tal ofrecimiento o promesa, lo que convierte prácticamente en ilusorias las posibilidades de tentativa criminal, y actos preparatorios que consistan, por ejemplo, en averiguar el directivo al que intentar corromper, serán impunes. Del propio modo, en la corrupción pasiva o del directivo o administrador encargado de la contratación con terceros, el tipo penal exige que éstos *reciban, soliciten o acepten* los beneficios o ventajas, de tal manera que el simple hecho de solicitar colma las exigencias de la consumación delictiva, resultando muy dificultosa la tentativa.

Bajo este mismo planteamiento, la jurisprudencia ha declarado, para el delito de cohecho, en la STS 2052/2001, de 7 de noviembre, que cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo, el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que *se consuma* por la mera «solicitud» u «ofrecimiento» de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal (art. 385 y concordantes del Código Penal de 1973 y art. 419 y concordantes del Código Penal de 1995) y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial (Sentencia de 18 de enero de 1993 y 8 de mayo de 2001, entre otras), que no es necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento.

Participación delictiva

De igual modo, las participaciones accesorias, como la complicidad, serán de difícil apreciación en esta clase de delitos. La cooperación necesaria se distingue de la complicidad, entre otros criterios, por la relevancia de la aportación, ya que ni el cómplice ni el cooperador tienen el dominio del hecho criminal, y todos ellos, sin embargo, ostentan el dolo de atentar contra el bien jurídico protegido. Desde esta perspectiva, actos como la aportación del componente material relativo al beneficio o a la ventaja, se han de considerar actos de autoría por cooperación necesaria; los actos mediante los cuales se ponga en contacto al

corruptor activo con el pasivo, a efectos de concertar la dádiva, podrían integrar tal complicidad criminal, siempre que su aportación no sea de gran dificultad en la realidad práctica de los hechos, bajo la teoría de los bienes escasos, pues en caso contrario pasarían a considerarse propiamente autoría por cooperación necesaria.

Error de tipo y de prohibición

El error de tipo puede comprenderse en supuestos en que el particular o el directivo consideren que las ventajas ofrecidas forman parte de la contratación, o bien que no se han infringido las normas que regulan sus obligaciones comerciales o civiles, aspectos éstos que, igualmente, resultan dificultosos en la práctica. El error de prohibición será prácticamente inexistente, en tanto que la norma que prohíbe todo tipo de corrupción se encuentra en el acervo común.

Prescripción

El tiempo para la prescripción será el de 10 años, en función de que la pena de inhabilitación la sitúa el tipo en 6 años, y por tanto, comprendida entre los 5 y los 10 años (art. 131 del Código penal).

Responsabilidad civil

Podrá declararse la responsabilidad civil cuando el comportamiento haya producido daños o perjuicios en la empresa mercantil o en una sociedad, asociación, fundación u organización, que se haya visto afectada por el ilícito penal. El valor de la ventaja o beneficio caerá en decomiso, y el importe de la multa se fijará en función de estos componentes.

Competencia territorial

Este apartado exclusivamente lo relacionamos en función de dar cuenta de que la Decisión Marco dispone a estos efectos, en su art. 7 lo siguiente: Competencia

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer su competencia con respecto a las infracciones a que se refieren los artículos 2 y 3 cuando la infracción haya sido cometida:

- a) total o parcialmente en su territorio;*
- b) por uno de sus nacionales, o*
- c) en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio del Estado miembro.*

2. Los Estados miembros podrán decidir que cuando la infracción se haya cometido fuera de su territorio no aplicarán, o que sólo aplicarán en casos o condiciones específicos, la norma de competencia establecida en las letras b) y c) del apartado 1.

3. Los Estados miembros que en virtud de su legislación no concedan la extradición de sus propios nacionales, tomarán las medidas necesarias para establecer su competencia en lo que se refiere a las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 que sean cometidas por sus propios nacionales fuera de su territorio.

4. Los Estados miembros que decidan aplicar el apartado 2 informarán de ello a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión indicando, si procede, los casos o condiciones concretos en los que se aplicará la decisión.

El legislador español no ha modificado los componentes procesales ordinarios para trasponer este aspecto de la Decisión marco.