

JAVIER SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES

javier@saenzdepipaonabogados.com

La represión penal de la corrupción privada

En el contexto de una intensa repercusión pública, estimulada por dinámicas partidistas contradictorias y en la que se ha suscitado la cuestión de la definición o redefinición del delito de cohecho impropio del artículo 426 del Código penal, el Ministerio de Justicia ha dado cuenta de la prevista y novedosa tipificación del llamado delito de *corrupción entre particulares*.

Se trata, en efecto, de uno de los puntos a que se refiere la nonata Reforma de 15 de enero de 2007, replanteada de nuevo en los mismos términos en el ahora Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008, remitiéndose en ambos casos el legislador a las Directivas de la Unión Europea que –según veremos– imponen la citada reacción punitiva.

Así pues, no deja de ser llamativo que la incriminación de los hechos en cuestión se extienda al ámbito privado en un momento en que la doctrina científica –con alguna discrepancia– cuestiona dicho precepto –el delito de cohecho impropio– por entender que es excesivamente difuso, que responde a criterios éticos o morales y que prohí-

be penalmente conductas sin una relevancia de tal naturaleza.

A mayor abundamiento, tampoco parece correcto establecer el aparente paralelismo que se pretende entre ambas formas de lo que se ha llamado *corrupción* ya que se instalan en familias delictivas decididamente distintas.

El delito de *corrupción entre particulares* se trata en uno de los puntos de la nonata Reforma de 15 de enero de 2007, replanteada de nuevo en los mismos términos en el ahora Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008, remitiéndose en ambos casos el legislador a las Directivas de la Unión Europea que imponen la citada reacción punitiva

En efecto, el viejo artículo 426 del Código penal se encuentra en el ámbito de los *Delitos contra la Administración pública* y va dirigido, por tanto, a cuidar de su buen funcionamiento, protegiendo la esencia del servicio público (no se olvide que ello convive con un Derecho administrativo disciplinario), mientras que el nuevo artículo 286 bis se incluye en el de los *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico* y, más concretamente, en el Capítulo XI, dedicado a los *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, manifestando la Exposición de Motivos del Anteproyecto que se trata de garantizar “una competencia justa y honesta”, de proteger las “reglas de buen funcionamiento del mercado” y de asegurar una “competencia leal”.

En este sentido, la Acción común 98/742/JAI, de 22 de diciembre de 1998, antecedente de la Directiva a la que nos referiremos, se adopta en consideración, entre otras cosas, a “que la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados y, en concreto, el correcto funcionamiento del mercado

PROF. DR. SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES (U.C.M. y CUNEF). “Sáenz de Pipaón y del Rosal”, Abogados.



interior, y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional”.

En cualquier caso, como es bien sabido, la práctica de beneficiar a terceros para defraudar una confianza u obtener determinadas ventajas está ya presente en las ofrendas a los dioses o a los poderosos, ello no obstante ser *moralmente* condeñable el invadir con prebendas determinados ámbitos del espíritu en cuanto que suponía manipular artificialmente las capacidades intelectuales de los hombres.

Así, la expresión *soborno* se sustituye por eufemismos que hoy diríamos políticamente correctos, aludiendo, en consecuencia, a regalos, atenciones, delicadezas, obsequios, demostraciones de afecto, de reconocimiento o gratitud, pudiendo traducirse todo ello en homenajes, agasajos, asignación de dignidades, condecoraciones, nombramientos... En realidad, de la misma forma que la vida social o mercantil no sería po-

sible sin un *algo de mentira*, tampoco lo sería sin un *algo de soborno* y tan es así que el propio ordenamiento jurídico contempla todo un sistema de incentivos o recompensas para premiar o estimular a aquéllos de sus ciudadanos en los que se estima concurren especiales méritos, lo que eliminaría, como es obvio, cualquier connotación peyorativa. “No es bueno aceptar un regalo nunca si el don no está regulado por los ritos que dicta una sociedad determinada. Nunca” (G. Albiac).

Claro que, a tales efectos, para sostener lo jurídico del comportamiento, nos bastaría invocar el principio de la *adecuación social* o recurrir a ...



la circunstancia de exención de la responsabilidad criminal del artículo 20.7 del Código penal (*obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*). El uso social o mercantil, pues, opera como fuente del Derecho penal, no ya para definir delitos o fijar penas, cosas que obviamente el principio de legalidad vedaría, sino para patrocinar la impunidad del hecho una vez constatado que no es reprochable por ser *socialmente adecuado*.

-II-

Pues bien, con fecha 15 de enero de 2007, el Boletín Oficial de las Cortes Generales publica el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la de 23 de noviembre de 1995 del Código penal. En su Exposición de Motivos alude al tema que nos ocupa subrayando que “la renovación de los delitos financieros exigía una incorporación al Código penal provocada por la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La mentada Decisión parte –añade– de la consideración de que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas en manera similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. La corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omite algo que pueda repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado sino que rompe las reglas del buen funcionamiento del mercado... cae en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal...”

Así las cosas, apenas iniciada la tramitación parlamentaria del Proyecto en cuestión, queda interrumpido y abandonado en beneficio de un Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008. Argumenta ahora su Exposición de Motivos que “otro de los aspectos importantes de la reforma ha sido la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La Decisión –expone– parte de la consideración de que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”, reproduciendo, a continuación, un texto sensiblemente semejante al antes transcrito.

La modificación prevista es, en efecto, respuesta a la Decisión Marco de referencia a la que nos remitimos en beneficio de la brevedad y cuyo artículo 9.1 compromete a “los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión Marco antes del 22 de julio de 2005”.

Es sabido que la práctica de beneficiar a terceros para defraudar una confianza u obtener determinadas ventajas está ya presente en las ofrendas a los dioses o a los poderosos

A tenor de la misma, la razón de ser de esta incriminación reside en la idea de 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”. A ello se une el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea, según el cual “el objetivo de la Unión es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo que habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, incluida la corrupción”.

Como consecuencia de todo ello, el referido Anteproyecto introduce como artículo único de la Sección 4ª –De la corrupción entre particulares– del Capítulo XI –De los delitos relativos a la propiedad industrial, intelectual, al mercado y a los consumidores– del Título XIII –Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico– del Libro II el 286 bis, que queda redactado como sigue:

“1. *Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, 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 el triplo del valor del beneficio o ventaja.*

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, 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”.

-III-

1º. Se trata de una reforma que, en cuanto a su tono general, sigue un criterio de *seguridad jurídica-defensa social* al igual que la Directiva de la que trae causa. Ya viene resultando inevitable que el Estado intente calmar la alarma del ciudadano presentando sus iniciativas legislativas como expresión de una reacción de protección eficaz frente al delito. No se trata, pues, de Derecho penal sino de demagogia.

No preocupa, por tanto, el principio de legalidad en cuanto a su función de *seguridad jurídica-garantía* para el justiciable y de ahí, como veremos, el recurso a expresiones abiertas, ambiguas y tipos en blanco, suscitándose un proyecto de reforma mucho menos riguroso aún que los propios textos europeos.

2º. Describe el legislador la conducta prohibida –núcleo del tipo- sirviéndose de los verbos *ofrecer, conceder, recibir, solicitar y aceptar*, quehaceres que se han de referir a *un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza*.

No se exige la causación de ninguna alteración del mundo exterior que implique un perjuicio para otros, salvo que supongamos –lo que nos veda el principio de legalidad y nuestros propios principios interpretativos- que el favorecimiento de los unos implica necesariamente un correlativo perjuicio para los otros.

No tiene en cuenta el legislador en este punto el artículo 2.2 de la Acción Común citada que sí exige “que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o a la ejecución irregular de un contrato”.

Lo más significativo es, sin embargo, que no se gradúa la mayor o menor gravedad del hecho –la Acción Común sí lo hacía afectos de pena- y que ignore el legislador la existencia de beneficios o ventajas que eventualmente resultasen moralmente indiferentes o, incluso, moralmente reprochables aunque sin, por ello, traspasar las fronteras de lo delictivo. Con lo que estamos dando cabida a supuestos nimios, a la incriminación de la llamada *delincuencia de bagatela* y de prácticas mercantiles que, sin ser delictivas, pudieran ser de dudosa moralidad pero incluso santificadas por los usos mercantiles a que antes nos referíamos.

Se podría estar construyendo, al menos en parte, un delito artificial –no se prohíbe porque sea malo, sino que es malo porque está prohibido, aunque no repugne a sentimientos altruistas fundamentales ni cuestione las reglas de la sociabilidad-

Desconoce asimismo la posibilidad de beneficios o ventajas que no sean valorables en di- ●●●



La expresión *soborno* se sustituye por eufemismos como *regalos, atenciones, delicadezas, obsequios, demostraciones de afecto, de reconocimiento o gratitud*.

nero, lo que determinaría la impunidad ya que la fijación de la pena, primero, y su medición, después, sólo puede hacerse a la vista del *valor del beneficio o ventaja y en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja* respectivamente.

3°. El mismo problema de imprecisión y oscuridad se nos plantea en lo que al fundamento del reproche se refiere: *el incumplimiento de sus obligaciones*.

El artículo 1° de la Decisión Marco que nos ocupa sienta que “la expresión *incumplimiento de las obligaciones* se entenderá conforme al Derecho nacional. El concepto del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho nacional –aclara- 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”.

La expresión soborno se sustituye por eufemismos políticamente correctos, aludiendo, en consecuencia, a regalos, atenciones, delicadezas, obsequios, demostraciones de afecto, de reconocimiento o gratitud

Habrà, pues, que recurrir a completar el precepto penal con el contenido de disposiciones extrapenales con el consiguiente riesgo para las garantías que el principio de legalidad debería aportar.

4°. En cuanto a los sujetos activos, en el supuesto del artículo 286 bis 1, la expresión *quien* (*quienquiera que, cualquiera que*) apunta a que no tiene un destinatario fijo (puede serlo también un funcionario público) pudiendo añadir que la inclusión en el elenco de posibles autores de la *persona interpuesta* es superflua ya que el problema estaría resuelto en la teoría general de la participación y su artículo 28: “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

Más complejo es, sin embargo, el caso del artículo 286 bis 2, donde sí hay un destinatario fijo: *directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil*. En efecto, se trata de una referencia tomada de la Decisión Marco de la que la reforma trae causa que incluye “... a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo...”.

Manifiesta en este punto el Informe del Consejo General del Poder Judicial que “...la propia

Decisión Marco define a los directivos como aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa, o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control. En nuestro sistema jurídico mercantil y laboral –añade- el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que la trasposición de la directiva requiere la del propio concepto de directivo, o bien la inclusión expresa en el tipo de los administradores –por cierto, de hecho o de derecho-, ya que, éstos no son directivos, empleados ni colaboradores en nuestro Derecho. En segundo lugar –continúa-, 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 legalidad”.

5°. Intenta fijar sus fronteras y ámbito de aplicación en cuanto a las entidades involucradas mediante las expresiones *empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación y organización*.

Pues bien, el artículo 297 del propio Código penal tiene previsto que, a los efectos del Capítulo XIII –*De los delitos societarios*- “se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

Nos preguntamos, en consecuencia, si tal ámbito de aplicación quedará reservado al Capítulo XIII citado o si habrá de extenderse también al artículo 286 bis –*De la corrupción entre particulares*- con objeto de aclarar su alcance.

No sería, sin embargo, el único supuesto en que el Código penal define el mismo concepto de manera distinta según los casos. Así, *facultativo*, en el artículo 303 –*De la receptación y otras conductas afines*- y 372 –*De los delitos contra la salud pública*-, no es lo mismo que *facultativo* en el 222 –*Delitos contra las relaciones familiares*-. Bueno sería, pues, que el legislador utilizara la tramitación parlamentaria para precisar tales extremos.

De igual forma, se podría salir en tal trámite al paso de la incongruencia que representa la Exposición de Motivos al manifestar que el nuevo delito “excluye de su ámbito a las empresas públicas o a las privadas que presten servicios públicos, las cuales deberán ser sometidas a las disciplina penal del cohecho...”, siendo así que el artículo 286 bis no contiene, según hemos visto, ninguna exclusión que lo ampare. Con todo ello, parece que también las empresas privadas que prestan servi-

cios públicos estarán sometidas a este nuevo delito y no a la disciplina del cohecho puesto que es inexistente la voluntad legal invocada en sentido discrepante por la Exposición de Motivos.

- IV-

He aquí, pues, el panorama legislativo que se nos anuncia como novedad en materia de *corrupción entre particulares*. Es una reforma que en el conjunto del ordenamiento jurídico se solapa ocasionalmente con el Derecho societario mercantil y el administrativo disciplinario y sancionador y que se integra dentro de un conjunto que inevitablemente presenta ámbitos coincidentes –surgen problemas concursales de delitos y de leyes penales-. Así, el descubrimiento y revelación de secretos, los delitos societarios, el tráfico de influencias, las negociaciones prohibidas a los funcionarios, los delitos relativos al mercado y a los consumidores y a la alteración de precios en concursos y subastas públicas.

Es muy posible que las continuas referencias en la Exposición de Motivos a la corrupción de los administradores de empresas que hagan u omitan algo que puedan repercutir en las actividades de las mismas aconsejase haber recurrido, como estrategia legislativa, a enfrentarse con el problema mediante alguna matización en el ámbito de los delitos societarios.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que el Derecho penal no es instrumento adecuado para



La corrupción en el sector privado ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional.

moralizar las costumbres ni para educar al ciudadano, ¿cree alguien de verdad –incluido el propio legislador– que el nuevo artículo 286 bis va a canalizar o frenar la dinámica que impone la economía de la empresa o la política económica –crimínogenética no pocas veces– del propio Estado? La reforma quedará, como tantas otras anteriores, como nueva expresión de violencia simbólica y nuevo supuesto de Derecho penal mágico. Claro está que, como hemos visto, nadie ha definido con rigor qué debe de entenderse por *corrupción en las relaciones entre particulares*.

Abstract



In accordance with the Joint Action 98/742/JHA of 22 December 1998 and the European Union Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003, the Spanish lawmaker has brought a new section in the Anteproyecto de Ley Orgánica (Draft for Public General Act of Parliament) of 14 November 2008 for the amendment of the Spanish Criminal Code: section 286 bis. This section incriminates *corrupción* (corrupt practices) in the relations between individuals, an offence considered to be close and parallel to *cohecho*, the term of the Spanish Criminal Code for corrupt practices involving public servants.

Pursuant to the aforementioned Anteproyecto, offering, granting, receiving, asking for or accepting non justified benefits or advantages of any sort and failing to complete the duties deriving from the purchase or sale of merchandise or involved when hiring professional services is categorised as offence. The actions of promising, offering or granting involve, according to the Anteproyecto, a non-specified active party and receiving, asking for or accepting involve board members, employees or co-workers of a commercial company.

This amendment defends a rejectable concept of legal security as social defence and presents a criminal treatment of every benefit or advantage received, whatever its nature, without measuring the gravity of the facts except in order to establish or measure the sentence. As for the fine, the sentence will be based on the value of the benefits or advantages. In view of the ambiguity of the text, the use of criminal law as moral weapon in the context of commercial practices or to guarantee "fair and honest competition", defend the "rules for the smooth operation of the market" and ensure "fair competition" will be questioned.