

Corrupción entre particulares y tutela del mercado

Irene Navarro Frías

Lourdes V. Melero Bosch

Universidad de La Laguna

Abstract*

El presente artículo profundiza en la nueva regulación del art. 286 bis del Código penal, operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, y trata de contribuir al estudio del nuevo delito de corrupción entre particulares. El análisis dogmático que se lleva a cabo se orienta fundamentalmente al bien jurídico protegido por el mismo: la competencia.

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Neuregelung des Artikels 286 bis des spanischen Strafgesetzbuches durch das spanische Ausführungsgesetz 5/2010 vom 22. Juni. Die Studie versucht, zu einem besseren Verständnis des neuen Tatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr beizutragen. Die dogmatische Analyse des Tatbestandes wird vor allem auf das geschützte Rechtsgut, den Wettbewerb, orientiert.

This article gets inside the new regulation of the article 286 bis of the Penal Law, introduced by the LO 5/2010, 22nd of June, and intends to make a contribution to the study of the new crime of corruption within individuals. The dogmatic analysis we are dealing with basically points to this legally protected interest: competition.

Title: Corruption within individuals and defence of the competition

Titel: Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und Schutz des Wettbewerbs

Palabras clave: corrupción entre particulares, competencia, empresario, ultima ratio.

Keywords: Corruption within individuals, competition, businessman, ultima ratio.

Stichwörter: Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, Wettbewerb, Unternehmer, ultima ratio.

Sumario

- 1. Una primera aproximación al delito de corrupción entre particulares**
- 2. Los sujetos activos del delito de corrupción entre particulares**
- 3. La exclusión del empresario del círculo de sujetos activos del delito de corrupción entre particulares en su modalidad pasiva**
- 4. El tipo de corrupción entre particulares: a) la ventaja injustificada, b) el elemento para favorecer frente a otros y c) el incumplimiento de obligaciones por parte del empleado**
 - 4.1. Conducta que procure una ventaja injustificada**
 - 4.2. Conducta que favorezca al otorgante frente a terceros**
 - 4.3. Conducta que resida en el incumplimiento por parte del empleado de sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales**

* El presente trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto N° DER2008-00954/JURI "Delincuencia económica. Nuevos instrumentos jurídicos y tecnológicos", del Ministerio de Ciencia e Innovación".

1. Una primera aproximación al delito de corrupción entre particulares

1. La Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, ha introducido en nuestro Código penal (CP) un nuevo artículo 286 bis en el que se contiene el novedoso delito de corrupción entre particulares². Esta figura delictiva es totalmente ajena a nuestra tradición jurídico-penal³, aunque ha estado y está presente en muchos de los países de nuestro entorno jurídico⁴. En todo caso,

² El art. 286 bis CP dispone: "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".

La corrupción en el deporte también se tipifica por primera vez en el apartado 4.º de este precepto, aunque a ella no nos referiremos en el marco de este trabajo. Acerca de los problemas que plantea el delito de corrupción en el deporte, véase CARUSO FONTÁN, "El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado", *Foro, Nueva Época*, núm. 9/2009, *pássim*; CASTRO MORENO, "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 28, 2010, *pássim*.

³ Como indica NIETO MARTÍN, "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", *RP*, 10, 2002, p. 55, "la voz corrupción privada resulta casi desconocida en el glosario de términos jurídico-penales españoles".

⁴ Como señala FOFFANI, "La "corrupción privada". Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. - Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude", en ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTÍN, (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, p. 383, contrariamente a lo que se podría pensar partiendo del ordenamiento español (y también del italiano) "la penalización de la corrupción en el sector privado no es en absoluto un fenómeno *excepcional* en el ámbito de los ordenamientos europeos" (cursiva en el original) y en sendos proyectos de investigación de Derecho comparado del Instituto Max Planck de Friburgo realizados en los últimos años se señalaba a Bélgica, Grecia, Italia y España, como únicos países de la Europa comunitaria sin regulación al respecto. De hecho se trata de un delito con gran tradición en ordenamientos jurídicos como el inglés, el alemán y el francés y que se contiene en las legislaciones penales de la mayoría de los países de la Unión Europea; véase al respecto DE LA CUESTA

el castigo de estas conductas a través del Derecho penal fue requerido por la Unión Europea a los Estados miembros, primero, a través de la Acción Común de 22 de diciembre de 1998 del Consejo, sobre la corrupción en el sector privado; y posteriormente por su sucesora, la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, que deroga la anterior Acción Común pero en cuyo contenido coinciden básicamente⁵. Pese a que la penalización de este tipo de conductas no había sido solicitada por la jurisprudencia ni por la doctrina españolas, y a que tampoco existía una demanda social al respecto⁶, para la Unión Europea se trata de comportamientos ante los que, por su gravedad, sólo cabe responder por medio del Derecho penal⁷. Planteamiento que ha sido finalmente asumido, y podríamos decir que hasta *superado* por lo que a la pena se refiere, por nuestro legislador⁸.

ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, en AAVV, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 258 y 266 y ss.; ROSAS OLIVA, "Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España", *CPC*, núm. 99, 2009, p. 94.

Para NIETO MARTÍN, "¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?", *RP*, núm. 19, 2007, p. 127, la criminalización de la corrupción entre particulares se sitúa dentro del fenómeno global de americanización del Derecho penal económico, en tanto que "la americanización del derecho penal anticorrupción está estrechamente ligada a la protección del mercado", donde no se trata de proteger a la Administración sino de evitar comportamientos anticompetitivos. También para HUBER, "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", *RP*, núm. 11, 2003, pp. 41-2, el legislador americano fue el precursor de utilizar un criterio riguroso contra el soborno y la corrupción y fue quien urgió la internacionalización de los postulados fundamentales de su propia legislación.

⁵ Véase al respecto GILI PASCUAL, "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada" (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)", *RECPC*, núm. 19, 2007, p. 5. El art. 8 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo derogaba la Acción Común de 1998 ("Queda derogada la Acción Común 98/742/JAI").

⁶ Véase GILI PASCUAL, *RECPC*, 2007, p. 3. Sobre la falta de una verdadera reflexión interna en la doctrina penal y mercantil véase VENTURA PÜSCHEL, "Corrupción entre particulares", en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 321; a él se une MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 306. Y no sólo es que no se haya demandado la criminalización de estas conductas, sino que como observa NIETO MARTÍN, *RP*, 10, 2002, pp. 60-1, "en España la corrupción entre privados es claramente corrupción de blanco inmaculado: esto es, una conducta habitual y tolerada socialmente". Quizás por ello hasta el momento en España se ha considerado la penalización de estas conductas como "algo particularmente exótico e improcedente" (véase ROSAS OLIVA, *CPC*, 99, 2009, p. 94).

⁷ Llega a afirmarse que las conductas de corrupción, también entre particulares, constituyen una amenaza para el propio Estado de Derecho. Concretamente en el punto 9 de la Exposición de Motivos de la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 del Consejo, se dispone: "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".

⁸ Nuestro legislador ha superado el mínimo de pena máxima prevista por la Decisión marco, pues ésta en su art. 4. 2 vinculaba a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que los actos de corrupción entre particulares fueran "punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años" y nuestro legislador ha previsto pena de prisión de seis meses a cuatro años.

2. Con la tipificación de la corrupción entre particulares el legislador sanciona conductas que podrían calificarse de *cohecho en el ámbito privado*⁹, persiguiendo el fin último de garantizar una «competencia justa y honesta»¹⁰. Y así, en su modalidad pasiva (apartado 2.º del artículo 286 bis) se castigan los comportamientos de empleados o directivos de empresas (no del empresario, que queda fuera del círculo de sujetos activos¹¹) que, infringiendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, reciben, solicitan o aceptan una ventaja indebida con el fin de favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros. Por otro lado, en su modalidad activa (apartado 1.º del artículo 286 bis), *simétrica* respecto de la anterior, se castiga la conducta del que promete, ofrece o concede a estos empleados tales ventajas.

3. Un ejemplo de conducta subsumible en este nuevo delito de corrupción entre particulares podría ser el célebre caso alemán del *Korkengeld*; esto es, un supuesto en el que los representantes alemanes de una marca de champán francés ofrecen a los camareros de diferentes locales 35 pequines por cada botella de su marca de champán vendida (extremo que debía probarse entregando los corchos de las botellas, de ahí el nombre del caso), con el objetivo de que recomendasen su producto y con conocimiento por parte del dueño del negocio. Los representantes de la marca de champán son condenados por el *Reichgericht* que entiende que con su conducta afectan a la competencia leal¹².

⁹ Comparación que procede además porque el propio legislador la realiza en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (XIX): “La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho”. Sobre la similitud de la estructura de este tipo con el de cohecho véase MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, ed. 18, 2010, p. 529, aunque aclara que no existe “una modalidad similar a las del cohecho impropio, es decir, el mero ofrecer o recibir regalos en atención al cargo, ni al llamado cohecho de recompensa, o ser recompensado posteriormente por algún favor que se ha prestado a un tercero; aunque en la medida en que estos hechos encubran un acto de corrupción de los mencionados en el art. 286 bis será éste aplicable”. En todo caso hay que remarcar el hecho de que la coincidencia es meramente estructural y no material; véase al respecto VOGEL, “Wirtschaftskorruption und Strafrecht”, en HEINRICH/HILGENDORF/MITSCH/STERNBERG-LIEBEN, *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004, p. 410.

¹⁰ Términos utilizados por el legislador; véase en la nota anterior el punto XIX de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010.

¹¹ El artículo 286 bis se aplica únicamente cuando la ventaja indebida es recibida, solicitada o aceptada por los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización. Sobre esta restricción del círculo de sujetos activos véase *infra* apartado III.

¹² Sobre este caso véase WINKELBAUER, “Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit”, en HEINRICH/HILGENDORF/MITSCH/STERNBERG-LIEBEN, *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 2004, pp. 387-8. En Alemania se niega por la doctrina dominante que el consentimiento del empresario excluya la tipicidad de la conducta, por lo que el supuesto descrito en el texto se considera constitutivo de un delito de corrupción entre particulares y así fue castigado por el *Reichgericht* (RGSt 48, 291); cuestión distinta es si esta posición es sostenible atendiendo al tenor de nuestro art. 286 bis CP.

En contra de la postura dominante en Alemania véase KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, *Polít. crim.*, núm. 3, 2007, pp. 13-5, que excluye del tipo la conducta del empleado que actúa con el consentimiento de su empresario y también la conducta del que actúa en interés de su principal, aún sin

4. La introducción en nuestro CP de este nuevo delito de corrupción entre particulares trae como consecuencia que puedan resultar hoy de interés comportamientos empresariales acaecidos y sancionados en el pasado conforme a los instrumentos sancionadores vigentes en aquel momento. La atención que puedan despertar tales comportamientos tras la entrada en vigor de la última reforma del CP surge de que tales conductas, enjuiciadas ahora, podrían encontrar otro frente sancionador, el penal, junto con el administrativo-sancionador y, en su caso, el civil.

Este podría ser el caso de las conductas sobre las que se pronunció el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en su Resolución de 16 de febrero de 1999¹³, acerca de determinado comportamiento de Tabacalera, S.A. Los hechos enjuiciados quedaron concretados en aquella Resolución de la siguiente manera: “de un lado, un abuso de posición dominante en el que ha incurrido Tabacalera al vender por debajo de coste los cigarrillos "Farias" en los años 1990 a 1993 (práctica contraria al art. 6 LDC) y, de otro, la realización por la citada empresa, durante el mismo período de tiempo, de actos de competencia desleal que atentan contra el buen funcionamiento del mercado, consistentes en otorgar incentivos y regalos a los expendedores para que vendan los productos de Tabacalera con preferencia a los de otras marcas competidoras (práctica contraria al art. 7 LDC)” (FJ 1)¹⁴.

A los efectos de este trabajo interesa fundamentalmente este último comportamiento de Tabacalera, es decir, el hecho de que ésta ofreciera regalos o incentivos a los estancieros (cigarrillos, cigarrillos, barajas, llaveros, cortapuros, mecheros, bolígrafos, ropa deportiva, bolsas de viaje, etc.) para que vendieran preferentemente los productos de su marca frente a otros¹⁵.

5. La deslealtad de esta última conducta se hace descansar en la ventaja anticompetitiva adquirida por Tabacalera mediante la infracción de normas (art. 15. 1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal –LCD–), por entender que la práctica suponía infringir las prohibiciones legales impuestas a la retribución de los expendedores (estancos)¹⁶. El interés en el ámbito concurrencial se producía por la posible subsunción de

conocimiento de este último; y WINKELBAUER, *Weber-FS*, 2004, pp. 391-2, que otorga eficacia justificante al consentimiento del empresario y excluye del tipo las ventajas obtenidas a favor del empresario. Para este último autor (p. 386) puede afirmarse que la doctrina aún no ha encontrado una explicación razonable al hecho de que el principal no sea responsable cuando acepta directamente ventajas de terceros, mientras que los empleados que las aceptan con su consentimiento sí lo son.

¹³ Puede consultarse el historial del caso en <http://www.cncompetencia.es>.

¹⁴ Sobre el caso, véase FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO/ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos ‘BT/ Telefónica’ y ‘Tabacos de Canarias’”, *Gaceta Jurídica*, núm. 201, 1999, pp. 9-34.

¹⁵ Sobre este caso, con particular referencia a este comportamiento, véase NIETO MARTÍN, *RP*, 10, 2002, p. 60.

¹⁶ El art. 7.2 de la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, sobre Monopolio de Tabacos, establecía que los mayoristas (Tabacalera) no podrían retribuir a los expendedores (estancos) más que con la comisión

dicha práctica en el art. 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que en ese momento castigaba “los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afecten al interés público”. Al respecto el TDC concluye que “analizados detenidamente los hechos presuntamente constitutivos de la infracción, no resulta concluyente que se haya producido una perturbación suficiente del mercado”, resultado exigido por el citado precepto, razón por la que finalmente “considera que el art. 7 de la LDC no resulta aplicable en este caso” (FJ 6)¹⁷. Tabacalera no fue entonces sancionada administrativamente por ofrecer regalos a los estancieros a cambio de que se vendieran de manera preferente sus productos al no estimarse que ese comportamiento desleal hubiera provocado una perturbación *suficiente* del mercado¹⁸.

6. Pese al sentido de la Resolución del TDC, este caso vuelve a ser hoy especialmente interesante porque nos permite plantearnos cómo actualmente, tras la última reforma del CP, los sectores del ordenamiento llamados a resolver supuestos como éste ya no serían sólo el administrativo y también, en su caso, el civil —puesto que el antiguo art. 7 y el actual art. 3 de la LDC regulan el falseamiento de la libre competencia por actos desleales—, a través de la proscripción de las conductas sancionadas por la LDC y la LCD respectivamente, sino también el penal. Este último sector está llamado a resolver casos como el planteado a través del nuevo tipo de corrupción entre particulares del art. 286 bis CP con el que el legislador trata de proteger, en palabras de la Exposición de Motivos de la

establecida en esta Ley, no pudiendo los distribuidores al por mayor de tabaco conceder a los expendedores ningún tipo de bonificaciones o incentivos.

¹⁷ El art. 7 LDC (que estuvo vigente hasta el 1 de septiembre de 2007), sobre *el falseamiento de la libre competencia por actos desleales*, disponía que “el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afecten al interés público”. La vigente Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) mantiene la prohibición y consecuente sanción administrativa de estos comportamientos en los siguientes términos: “la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”. En opinión de PALAU RAMÍREZ, “Art. 5”, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2ª. Ed, Madrid, 2010, p. 293, el hecho de que desaparezca la referencia a la grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, constituye una diferencia de escasa importancia sustantiva, primero, porque esta referencia parece estar ya implícita en la afectación al interés público, y segundo, porque la afectación significativa de la competencia viene además exigida por el art. 5 LDC, presupuesto de aplicación del art. 3.

¹⁸ En todo caso sí se condenó a Tabacalera por abuso de posición dominante porque, dado su poder de mercado, al vender algunos tipos de cigarrillos "Farias" a un precio inferior al de su coste de producción y comercialización, se consideró que incurría en una práctica prohibida, castigada entonces en el art. 6 de la LDC. No se planteó en sede administrativa que dicha conducta podría haber sido considerada como desleal al amparo del artículo 17 LCD, como acto de venta a pérdida con finalidad de eliminar a un competidor o competidores del mercado, lo que provoca extrañeza máxime cuando la propia Resolución del TDC concluye que la práctica realizada por Tabacalera formaba parte de una estrategia dirigida a la eliminación de posibles competidores, sirviendo de aviso a los competidores potenciales para que se abstuvieran de introducirse en el mercado.

Ley de reforma¹⁹, la «competencia justa y honesta», finalidades igualmente perseguidas por las normas antes citadas, tradicionalmente represivas de conductas potencialmente anticompetitivas²⁰.

7. Por lo demás, más recientemente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha condenado a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. por abuso de posición dominante derivada del comportamiento consistente en “contratar con varios grandes clientes, mediante el otorgamiento de descuentos, la exclusiva para la prestación conjunta de servicios postales tanto del área reservada legalmente a Correos como del área liberalizada” (FJ 1.º, STS de 8 de junio de 2010)²¹. Como en el caso *Tabacalera*, bajo la óptica del art. 286 bis CP, se podría discutir si la conducta de Correos consistente en ofrecer una ventaja no justificada (descuentos no justificados) podría ser también merecedora de sanción penal.

8. Por lo que se refiere a la relación entre sanción civil-sanción penal, parece claro que un comportamiento desleal consistente en una inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD) puede, por lo menos *a priori*, tener encaje en la conducta tipificada bajo la rúbrica de corrupción entre particulares. En la jurisprudencia es fácil encontrar claros ejemplos de ello. Valga como muestra el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en la Sentencia de 26 de octubre de 2005, en la que se estima la demanda interpuesta por Pronovias, S.A. contra varias empresas del grupo Exponovias y sus administradores, ejercitando una acción de competencia desleal por un comportamiento consistente en

¹⁹ Véase *supra* nota 8.

²⁰ No obstante, no deja de sorprender que el legislador se refiera en estos términos a la competencia objeto de protección, esto es, a la competencia «justa y honesta». El objeto de protección debe ser la competencia en términos de «buena fe objetiva», a la que responde el modelo represivo de la competencia desleal acogido en la LCD y, en concreto, en la cláusula general delimitadora de los comportamientos desleales – art. 4 LCD –. Los términos elegidos por legislador, refiriéndose a una competencia «justa y honesta», merecen ser interpretados en este sentido, pues lo contrario supondría la vuelta a un sistema, ya superado, de delimitación de la leal competencia por referencia a las «normas de corrección y buenos usos mercantiles». En este sentido, MASSAGUER FUENTES señala que “la deslealtad se funda en la transgresión de las normas objetivas de conducta que emanan directamente del principio de competencia económica y que pesan sobre todos los que desarrollan una actividad económica de producción o mediación de bienes o servicios en el mercado, y no en la incompatibilidad con unos usos o costumbres de clase que deslegitiman el daño que pueda ocasionarse a terceros” (MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2ª. Ed, 2010, p. 147).

²¹ Merecen especial atención, a los efectos de este trabajo, los pronunciamientos del Tribunal en el siguiente sentido: “acreditada la posición de dominio del referido operador en los mercados nacionales de servicios postales reservados legalmente y no reservados, la estrategia comercial desarrollada de contratar con determinadas entidades financieras la prestación en exclusiva del servicio postal, que interesa a la totalidad de los envíos postales generados tanto en el área reservada como en el área liberalizada, vinculada a la concesión de *bonificaciones y descuentos que no guardan relación con la reducción de costes*, consolida su poder en un mercado conexo, e *impide o dificulta que las empresas puedan entrar en el mercado postal* recientemente liberalizado y que los operadores existentes puedan desarrollar su actividad de forma eficiente” (FJ 5.º, cursivas añadidas).

inducción a la infracción de deberes contractuales básicos²². La conducta calificada de desleal consistió en ofrecer al administrador de una empresa (Wedtex Internacional Corp.) una cartera Loewe a cambio de que éste incumpliera el pacto de exclusividad que le vinculaba a Pronovias, proporcionando los diseños de ésta a la empresa competidora, inductora de la infracción.

9. Todo lo anterior nos lleva a preguntarnos por la concreta plasmación en el CP de este nuevo tipo penal orientado, según las palabras del legislador, a proteger la «competencia justa y honesta».

2. Los sujetos activos del delito de corrupción entre particulares

1. El delito de corrupción entre particulares se configura, como se ha dicho, como un delito de cohecho entre particulares que, en su modalidad pasiva se presenta como delito especial que únicamente puede ser cometido por los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización. Siendo en cambio, en principio, en su modalidad activa un delito común que puede ser cometido por cualquiera, pero que tiene como objeto de la acción delictiva a ese mismo grupo de sujetos²³. Es decir, que la ventaja debe ofrecerse a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización, no siendo penalmente relevante la conducta cuando el ofrecimiento va dirigido directamente al empresario.

2. En todo caso, habría que matizar que, aunque el tenor literal del precepto apunta al carácter de delito común de la modalidad activa de corrupción, en atención al bien jurídico protegido, la justa y honesta competencia, y al ámbito objetivo en el que se desarrollan estas conductas, la adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios profesionales, parece que el círculo de sujetos activos debería también limitarse a los competidores o personas que actuaran en interés de un competidor, sin extender el tipo a cualquier tercero privado que no actuara con fines concurrenciales²⁴. Así, por ejemplo, en el

²² En este sentido es fundamental la concreción de lo que deba entenderse por deberes contractuales “básicos” a efectos de entender cumplido el requisito impuesto por el art. 14 LCD determinante de la ilicitud de la conducta. Al respecto, véase MAROÑO GARGALLO, “Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007: Derecho represor de la competencia desleal: inducción a la infracción de deberes contractuales básicos e inducción a la terminación regular de un contrato; aplicación de la cláusula general de la Ley de competencia desleal”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 76, 2008, pp. 120-129, y GARCÍA PÉREZ, *Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, 2008, pp. 343-348.

²³ En el sentido de afirmar que se trata de un delito común véase BLANCO CORDERO, “Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2011, p. 1111; NAVARRO MASSIP, “El delito de corrupción entre particulares”, RAD, núm. 11, 2011, p. 49; *Memento práctico*, Madrid, 2011, marg. 12090.

²⁴ Para BAÑARES SANTOS, “La corrupción entre privados”, en QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal 2010: Análisis y Comentarios*, Madrid, 2010, p. 249, sujeto activo de la modalidad activa de corrupción entre particulares sólo puede ser un empresario o profesional suministrador de un servicio. En Alemania viene exigiéndose que sujeto activo de este delito sea un competidor o una persona que actúe para él, y no terceros privados que no actúen en interés de un competidor; véase al respecto HEINE, en

caso que plantea TIEDEMANN del cliente que paga al empleado del banco para que le conceda un crédito, existiendo otros *competidores*, estando los créditos limitados y sin cumplir las condiciones para ello²⁵, no puede negarse que el cliente trata de verse favorecido *frente a otros* a cambio de una ventaja injustificada. Lo que habría que analizar es si este tipo de *competencia*, la existente entre dos clientes que luchan por conseguir un crédito, es la competencia justa y honesta que trata de proteger el CP²⁶. El término *competencia* utilizado en aquel contexto – oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa²⁷– no puede ser aquélla que justifica la intervención penal, estando reservado su campo de aplicación necesariamente a los comportamientos anticompetitivos realizados en el mercado entre empresarios o profesionales, como sujetos que ofrecen en él de forma profesional bienes o servicios²⁸.

3. En cuanto a la delimitación y enumeración positiva de las personas que pueden ser sujetos activos del delito de corrupción pasiva (directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización), ésta no está exenta de problemas. En efecto, la concreción de quién debe considerarse como directivo, administrador, empleado o colaborador a efectos de delimitar quién puede ser sujeto activo en la modalidad pasiva –o destinatario de la conducta en la modalidad activa–, pueden hacer necesaria la remisión a las disciplinas mercantil o laboral para la determinación de dichos conceptos. Así, por ejemplo, con respecto al administrador cabe plantearse si el precepto castiga sólo la conducta realizada en dichos términos por el administrador social –de hecho o de derecho–, o si incluye también a posibles apoderados, generales o singulares. O en el caso del directivo, si se refiere a aquéllos sujetos a relación laboral especial conforme al RD 1382/1985, de 1 de agosto, o si se trata de la conducta realizada por cualquier empleado con poder de dirección o gestión empresarial. No obstante, la amplitud con la que se configura el precepto (directivo,

SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª. Ed, München, 2008, § 299, marg. 25; KÜHL, *Strafgesetzbuch*, München, 2011, § 299, marg. 6.

²⁵ Véase TIEDEMANN, en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar*, Bd. 10, Berlin, 2010, § 299, p. 316, para el que esta conducta es típica y que considera incluso que es una laguna legal que hay que cubrir el caso de que se produzca esa misma conducta en el supuesto de que existan medios de crédito suficientes o no existan competidores directos para ese crédito. Véase también HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2008, § 299, marg. 23.

²⁶ En todo caso, podría plantearse la aplicación de otros tipos delictivos como la administración desleal (art. 295 CP).

²⁷ La Real Academia Española de la Lengua contiene varias definiciones de lo que deba entenderse por competencia, diferenciando aquélla que se refiere a la *oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa*, de la competencia entendida como *situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio*.

²⁸ Véase VELASCO SAN PEDRO, *Diccionario de Derecho de la Competencia (Aspectos Generales)*, Madrid, 2006, p. 284. Para BAJO FERNÁNDEZ/ BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª. Ed, Madrid, 2010, p. 476, proteger la competencia es “proteger su función económica (calidad y precio) y su función político-social (posibilidad de acceso de otros competidores, posibilidad de elección del consumidor)”. Sobre la estructura de los delitos que se orientan a proteger la competencia leal véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en AAVV, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 413-4.

administrador, empleado, colaborador) parece querer incluir a cualquier dependiente o representante del empresario²⁹.

La referencia al colaborador también plantea el interrogante de quiénes pueden atribuirse dicha condición a estos efectos³⁰. Por lo que se refiere al colaborador dependiente del empresario, la figura está ya cubierta por las posibilidades planteadas en el propio precepto, sobre todo cuando se refiere al empleado. Parece, por eso, que el término colaborador sólo puede referirse al colaborador independiente, eso es, a quien no ostenta la condición de empleado o trabajador vinculado al empresario por una relación laboral. No obstante, tal conclusión no delimita suficientemente el término, planteándose si será necesario para atribuir dicha calificación la mediación de relación contractual entre el empresario y el colaborador o si, por el contrario, ésta no es determinante.

Por lo demás, es reseñable el hecho de que se haya excluido al socio como sujeto activo en dicha modalidad, no siendo equiparable la condición de socio a la de los sujetos incluidos en el precepto. El socio no es directivo, empleado, administrador y, ni siquiera, colaborador del empresario –al margen, claro está, de aquellos supuestos en los que confluya en el sujeto la doble condición de socio y directivo, empleado, administrador o colaborador—. El comportamiento tipificado en el art. 286 bis en su apartado 2.º CP realizado por un socio/accionista en el que no concurra además alguna de las condiciones señaladas en el precepto, parece estar excluido de sanción penal –de la misma manera que no sería típica la conducta en su modalidad activa cuando el destinatario de la misma fuera un socio—. Sólo una interpretación muy amplia, en exceso, del tenor literal del precepto podría admitir la inclusión del socio en el concepto de colaborador que, en nuestra opinión, debiera ser rechazada.

4. En todo caso, y pese a los problemas que pueda suscitar esta enumeración positiva, lo que quizás llama más la atención de esta parte del precepto no es quién puede ser efectivamente sujeto activo del delito sino quién *no* puede serlo. Y así, destaca el hecho de que se excluya del círculo de sujetos activos de la corrupción entre particulares en su modalidad pasiva a aquellas personas que ostentan la condición de empresario, esto es, aquella persona natural o jurídica que, por sí o por medio de representantes, ejercita en nombre propio una actividad económica de producción o de distribución de bienes o de

²⁹ Esto no deja de plantear el problema de la equiparación a efectos punitivos de personas que pueden ocupar muy distintos puestos y tener situaciones muy diferentes de poder dentro de la empresa, lo que supone fricciones con los principios de igualdad y proporcionalidad. En este sentido se manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, “Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal”, *Iuris*, 147, 2010, p. 18, que critica que se impongan las mismas penas a los administradores, directivos, empleados u colaboradores, y añade que precisamente “prueba de que el prelegislador no está muy seguro de lo que hace es la cláusula atenuatoria contenida en el apartado 3”.

³⁰ Véase DE LA MATA BARRANCO, “Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008, Cuadernos penales José María Lidón*, núm 6, Bilbao, 2009, p. 178, que considera contraria al mandato de determinación tal previsión y remite a la crítica que se hacía en el Informe del CGPJ, de 28 de febrero de 2009. Véase también BLANCO CORDERO, Artículo 286 bis, en GÓMEZ TOMILLO, 2011, ps. 1112-3; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, p. 310.

servicios en el mercado, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad³¹.

3. La exclusión del empresario del círculo de sujetos activos del delito de corrupción entre particulares en su modalidad pasiva

1. La verificación de que el empresario no puede ser sujeto activo del delito de corrupción entre particulares en su modalidad pasiva hace surgir las primeras dudas acerca del fin perseguido por el tipo delictivo. Si el legislador persigue proteger la *competencia justa y honesta* (tal y como declara en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010), no se entiende que se castigue la conducta del empleado que acepta un soborno pero no esa misma conducta cuando la realiza el titular del establecimiento, en tanto que no puede afirmarse que esta conducta sea menos lesiva para el bien jurídico competencia. Es cierto que el empresario goza de un ámbito de libertad empresarial que le permite decidir más allá de lo que podría hacerlo el empleado (art. 38 CE) y que no está sujeto a una especie de genérico deber de imparcialidad u objetividad, como ocurre en el caso de los funcionarios públicos³²; pero no es menos cierto que los empresarios son (y de hecho son los empresarios principalmente) los sujetos a los que van referidas las leyes protectoras de la competencia (LCD y LDC).

La pregunta que habría que formular sería si el comportamiento empresarial tendente a aceptar una relación comercial, en los casos en los que la aceptación viene determinada por un beneficio que le ofrece su contraparte, podría ser merecedor de sanción penal según los términos del art. 286 bis CP —en la medida en que la aceptación de tal relación comercial como consecuencia de la ventaja ofrecida excluya la confirmación de relaciones con otros empresarios—, o por el contrario, si dicho comportamiento estaría justificado por la necesaria libertad de decisión/gestión empresarial.

2. En principio, es posible afirmar que la libertad de la que goza el empresario dentro del poder de organización y gestión que le asiste como tal parece justificar la exclusión del mismo como sujeto activo del delito previsto en el art. 286 bis apartado 2 CP. En este sentido, se ha reconocido que la libertad de empresa protegida constitucionalmente (art. 38 CE) abarca todos los aspectos de la actividad empresarial, es decir, todos los

³¹ Sobre el concepto de empresario, véase por todos ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Lecciones de Derecho mercantil*, Madrid, 2006, pp. 61-64.

³² FARALDO CABANA, "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", *EPC*, 23, 2002, p. 69, se pregunta, "si en el sector privado no hay una obligación de imparcialidad como la que afecta al funcionario público, ¿qué se pretende sancionar?". En este sentido también señala VOLK, "Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung", en HEINZ GÖSSEL / TRIFFTERER, *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, 1999, pp. 426-7, que "La confianza en la objetividad de las decisiones sólo se protege cuando se trata de la actuación pública. En la objetividad de las decisiones empresariales ni se confía ni se debe confiar, porque de lo que se trata en la economía es del propio beneficio. ". A lo que añade VOGEL, *Weber-FS*, 2004, p. 402, "que en la economía, actuar en aras de la ventaja no sólo es fácticamente la regla, sino que además se reconoce normativamente, mientras que los funcionarios están obligados a orientarse al bien común. " .

comportamientos que estén en relación con el ejercicio de una actividad empresarial y que sirvan al desarrollo de ésta, y en consecuencia, constituyen limitaciones de la libertad de empresa cualesquiera regulaciones que limiten la libertad para realizar cualquiera de las actividades propias de un empresario en relación con su empresa, desde la publicidad hasta el despido de un trabajador³³. Por tanto, y en este sentido, es cierto que no se le debería imponer al empresario, además por la vía del Derecho penal, y concretamente del tipo de corrupción entre particulares, una especie de deber genérico de decidir en el ámbito de la gestión de su actividad de manera objetiva, neutral o eficiente en términos de mercado, pues en nuestro ordenamiento no existe una base para ello. Sin embargo, de la misma manera que se reconoce que el empresario no está sujeto a este deber genérico y cualificado de objetividad, debe también recordarse que el ordenamiento sí le dirige determinados mandatos y prohibiciones *específicos* de actuar de manera respetuosa con la competencia, por ejemplo, a través de las disposiciones de la LCD y de la LDC. Y precisamente respecto a estas concretas prohibiciones o mandatos (y podría plantearse que también respecto de concretas obligaciones que adquiera por vía contractual) el empresario sí se encuentra en la misma *posición de obligado* que requiere el tipo del art. 286 bis CP, en el sentido de que puede verse *inducido* a través de ventaja injustificada a incumplir estas (que son *sus*) obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, en el sentido dispuesto por el art. 286 bis CP³⁴. En este sentido, una ventaja consistente en ofrecer los productos suministrados a un precio bajo coste – recuérdese el caso Tabacalera – con el que no pueden competir el resto de los distribuidores, y la consiguiente aceptación por parte del empresario, atentaría contra la competencia justa y honesta³⁵, bien jurídico protegido en el art. 286 bis CP³⁶.

³³ Véase PAZ-ARES RODRÍGUEZ/ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor D. Luis Díez Picazo*, Madrid, 2004, p. 5978.

³⁴ En general para el ámbito del Derecho penal económico, señala FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, *InDret*, 2/2009, p. 9, que la teoría del tipo, especialmente en ámbitos muy regulados, no puede “entrar como un elefante en una cacharrería”, sin tomar en consideración “la regulación de los órdenes jurídicos primarios o la red de relaciones sociales amparadas jurídicamente”.

³⁵ Para este supuesto, cabría incluso plantearse si la libre fijación de precios protegida constitucionalmente pudiera encontrar, por la vía del art. 286 bis CP, una importante restricción, habida cuenta de que las restricciones legales contempladas, entre otras, en la LCD parten de la venta a pérdida como comportamiento lícito, salvo cuando concurren circunstancias especiales (véase art. 17 LCD). Para un comentario del art. 17 LCD véase MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2010, pp. 495-526.

³⁶ Las consideraciones anteriores merecen alguna aclaración si en el comportamiento en cuestión interviene una persona jurídica, esto es, si el empresario aceptante de la promesa o ventaja es un empresario social. En tales casos el poder de gestión y representación está en manos de los administradores sociales y serán ellos, por tanto, quienes con su aceptación vincularán al empresario social – e igualmente, si el poder de representación ha sido atribuido, por delegación, a otros sujetos distintos de los administradores sociales en los términos legalmente permitidos (véase art. 249 LSC) –. De la descripción de la conducta típica en el art. 286 bis CP cabría deducir que, en su caso, el/los administrador/es serían sancionados penalmente, no así la persona jurídica en cuyo nombre y en cuyo interés participaron los titulares del poder de representación. A no ser que se conceda relevancia al consentimiento que pueda prestar el empresario. Sobre la relevancia del consentimiento del empresario volveremos más adelante.

En definitiva, el hecho de que determinadas conductas sean típicas si son realizadas por el empleado y atípicas si son realizadas por el empresario no casa bien con la declaración del legislador de que con esta regulación se trata de proteger la competencia justa y honesta³⁷. Todo esto, hay que advertirlo, desde una valoración de la ley en términos de igualdad horizontal, es decir, de que supuestos igualmente disvaliosos sean tratados de igual forma³⁸, y prescindiendo por razones de espacio de un análisis exhaustivo de proporcionalidad que el precepto, muy probablemente, no resistiría³⁹.

En todo caso, conviene hacer notar que el juego de los arts. 288 y 31 bis CP sí podría llevar a afirmar en algún caso la responsabilidad penal de la persona jurídica en el caso de aceptación de ventajas injustificadas. Y así, VENTURA PÜSCHEL, "Corrupción entre particulares", en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), 2010, p. 326, considera una paradoja que "si los citados representantes legales o administradores actúan por cuenta y en provecho de las personas jurídicas, consentidamente, no parece que estén incumpliendo con sus obligaciones para con las mismas y la conducta venal sería atípica. Subsistiría, entonces, tan sólo, la responsabilidad de las personas jurídicas para los casos en los que no consienta las conductas de sus administradores (de hecho o de derecho) o de sus representantes legales (los empleados y directivos sin capacidad de representación o administración quedarían excluidos) y ha concurrido un déficit de control sobre su actividad". A él se une MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, pp. 309-10. No queda claro en todo caso por qué excluyen estos autores los supuestos protagonizados por empleados, cuando éstos pueden ser sujetos activos del delito del art. 286 bis 2 CP y la persona jurídica también podría responder por su actuación, en los términos previstos en el art. 31 bis CP, si concurriera un déficit en la organización de la misma.

³⁷ Críticos con la exclusión de los empresarios del círculo de sujetos activos del delito de corrupción pasiva en un modelo que trata de proteger la competencia se muestran BLANCO CORDERO, Artículo 286 bis., en GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 1112; CARUSO FONTÁN, *Foro*, 9, 2009, p. 167; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, pp. 307 y 309; NIETO MARTÍN, *RP*, 10, 2002, p. 57; ROSAS OLIVA, *CPC*, 99, 2009, p. 108; VENTURA PÜSCHEL, Sobre la tipificación de la mal llamada "corrupción entre particulares", en ALVAREZ GARCIA / MANJÓN-CABEZA OLMEDA / VENTURA PÜSCHEL (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, 2009, p. 511. Para GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 22, esta exclusión "se compadece mal con la deducción de una tutela estricta, decidida y en exclusiva de la lealtad competitiva". Véase también VOGEL, *Weber-FS*, 2004, p. 405. En cambio, para CUGAT MAURI, "Corrupción privada", en BOIX REIG, *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Madrid, 2008, p. 277, el empresario está amparado en su libertad de empresa para gestionar su patrimonio como le parezca, por lo que si la operación lo beneficia es lógico que opte por ella.

En Alemania se sigue partiendo de que el bien jurídico protegido es la competencia y se ha exigido por una parte de la doctrina de *lege ferenda* que se incluya a los empresarios dentro del círculo de sujetos activos; véase por todos TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, Barcelona, 2010, marg. 213; WINKELBAUER, *Weber-FS*, 2004, p. 386.

³⁸ Sobre este plano horizontal de la justicia generalizadora véase NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, 2010, p. 98, y en general sobre el principio de igualdad véase p. 42 y ss.

³⁹ De entrada faltan estudios empíricos sobre la pretendida ineficacia de la normativa extrapenal en materia de protección de la competencia leal; véase al respecto DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, en *Cerezo Mir-LH*, p. 288; NIETO MARTÍN, *RP*, 10, 2002, p. 61. Además, en relación con Alemania, país en el que la incriminación de este tipo de conductas, actualmente recogidas en el § 299 StGB, tiene una gran tradición, ha señalado VOGEL, *Weber-FS*, 2004, pp. 404 y 406, que este tipo de corrupción apenas se combate por la vía del § 299 sino por la del 266 StGB (administración desleal).

Al juicio de proporcionalidad exigible a toda medida limitativa de la libertad de empresa, en tanto que derecho fundamental, se refieren PAZ-ARES RODRÍGUEZ/ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Diez Picazo-LH*, pp. 6015-6020, y CIDONCHA MARTÍN, *La libertad de empresa*, Madrid, 2006, pp. 325-329.

2. En todo caso, y siguiendo con la exclusión del empresario del círculo de sujetos activos de la corrupción entre particulares en su modalidad pasiva, cabría plantearse si quizás habría que operar al contrario, es decir, deduciendo de esta exclusión, e independientemente de las declaraciones que haya podido hacer el legislador en la Exposición de Motivos, que tal vez la competencia como tal no sea realmente el bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP, sino una de las razones (*ratio legis*) de esta previsión, pero no la única y ni siquiera la fundamental⁴⁰. Si a esto le sumamos la presencia en el tipo de un elemento hasta ahora desconocido en un modelo puro de protección de la competencia, como es el elemento del *incumplimiento de sus obligaciones* por parte del empleado, que se interpreta como incumplimiento de las obligaciones que éste tiene *frente a su principal*⁴¹, deberíamos preguntarnos si sólo se trata de excluir al empresario del círculo de sujetos activos o si, más allá de eso, debemos considerarlo también objeto de la protección. La cuestión es entonces si no habría que desplazar el foco de la protección desde la competencia hasta el propio empresario (alejándonos, por tanto, de un modelo puro de la competencia como el modelo alemán)⁴², de manera que el bien jurídico protegido no sería entonces (o no sería sólo) la competencia sino el principio de lealtad y confianza que debe presidir las relaciones entre el empresario y sus empleados (modelo francés), o incluso la lealtad patrimonial que éstos deben a aquél (modelo austriaco)⁴³.

⁴⁰ Para GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 23, la exclusión del empresario supone aceptar que la competencia leal no es el bien jurídico exclusivamente protegido.

⁴¹ Véase al respecto GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 25.

⁴² Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la competencia no se reducen, sin embargo, a los intereses empresariales o a los intereses generales del mercado, siendo objeto de protección también los intereses de los consumidores. Para un estudio de la evolución del objeto de protección de las normas que integran el Derecho de la competencia, desleal y *antitrust*, en particular, sobre el modelo alemán de competencia desleal, puede verse PAZ-ARES RODRÍGUEZ, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, pp. 7-147.

⁴³ Se han identificado hasta cuatro modelos distintos de regulación de la corrupción privada, desde un modelo como el sueco que aúna la corrupción pública y privada, pasando por uno de raíz netamente iuslaboralista (francés), en el que se protege la lealtad de las relaciones empleado-empresario, hasta llegar a concepciones puramente patrimonialistas de este tipo de corrupción, que castiga la lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante (austriaco), y por fin, al entendimiento de la misma como un intento de salvaguardar el bien jurídico competencia, como se hace en el modelo alemán; véase la exposición de los distintos modelos en NIETO MARTÍN, *RP*, 10, 2002, pp. 56-8; FOFANI, "La corrupción privada", en ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTÍN, 2006, pp. 384-7; VOGEL, *Weber-FS*, 2004, pp. 400-9 (que distingue hasta seis modelos). Véase también DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Cerezo Mir-LH*, 2002, pp. 266-76; ROSAS OLIVA, *CPC*, 99, 2009, p. 100 y ss. En todo caso, los mencionados modelos se refieren a la protección de un bien jurídico, bien la competencia, bien el interés del empresario, pero no a los dos; en este sentido señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, p. 308, que el art. 286 bis es un modelo mixto que mezcla indebidamente dos bienes jurídicos.

En general, los tipos que incluyen la referencia al incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleado se conectan con el modelo francés. En el modelo francés de regulación de la corrupción privada el objeto de la protección penal es el deber de fidelidad que vincula al trabajador y al empresario y así en el art. L. 152-6 del *Code du Travail* se castiga con dos años de pena privativa de libertad y con multa de 30.000 euros al "empleado que solicita o acepta, directa o indirectamente, sin conocimiento y sin autorización del propio dador de trabajo, unas ofertas, promesas, donaciones o premios, para cumplir o abstenerse de cumplir un hecho relativo a su función o facilitado por la misma"; véase al respecto FOFANI, "La

3. Como segunda posible interpretación de la omisión de los empresarios en la enumeración de sujetos activos del art. 286 bis en su apartado 2.º, KINDHÄUSER ha explicado que no se trata de un problema relativo al bien jurídico, sino de un problema que tiene que ver con las *formas de agresión del bien jurídico*⁴⁴. A la hora de interpretar este tipo delictivo no sólo debemos preguntarnos qué bien jurídico se protege sino también frente a qué formas de agresión se protege. En este caso, a juicio de este autor, el legislador ha querido proteger la competencia sólo frente a los *actos de corrupción* entre particulares, lo que lleva necesariamente a concluir que sólo el empleado puede ser sujeto activo de este delito, porque sólo él se encontraría en el tipo de relación triádica que exige la corrupción. KINDHÄUSER defiende que solamente el empleado, por la posición que ocupa respecto del empresario, puede realizar la forma de ataque relevante para el tipo (la corrupción) infringiendo las obligaciones que se derivan de su posición. Por tanto, el comportamiento del empresario no será en ningún caso típico, por mucho que con su actuación afecte a la competencia, precisamente porque no se trataría de la forma de agresión *corrupción*. Por último, este autor extrae de lo anterior la conclusión final, aunque acepta que se opone a la

corrupción privada”, en ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTÍN, 2006, pp. 385-6. Entonces, bien jurídico protegido es precisamente la lealtad en las relaciones laborales, donde “el núcleo del comportamiento de la corrupción pasiva (...) es la solicitud o aceptación de ventajas sin *consentimiento del empresario*”, configurándose así un delito “en el que lo fundamental es la infracción de sus obligaciones por parte de los directores o empleados con respecto al empresario, con independencia de que se produzca o no un menoscabo de la competencia” (DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Cerezo Mir-LH*, 2002, p. 267, cursivas en el original).

En cuanto al modelo austriaco, el tipo del § 153 a öStGB (*Geschenkannahme durch Machthaber*) de aceptación de ventajas indebidas por parte de representante, se configura como un tipo atenuado de administración desleal (§ 153 öStGB), del que se diferencia en que no requiere que se produzca un perjuicio económico efectivo al titular del patrimonio administrado; véase al respecto ROSAS OLIVA, *CPC*, 99, 2009, ps. 104-6.

⁴⁴ Como señala KINDHÄUSER, *Polít. crim.*, 3, 2007, p. 2, “la corrupción, como tal, no es un delito autónomo y, por consiguiente, tampoco puede formularse un tipo penal general del delito de corrupción. Corrupción es, más bien, una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos. Los delitos de corrupción pueden dirigirse contra diversos bienes jurídicos. Por tanto, lo determinante para la legitimidad de la pena estatal es la circunstancia de que el autor ha puesto en peligro o lesionado por la vía de la corrupción un bien digno de protección”; y continúa este autor (p. 15), “la corrupción es solamente una forma de agresión, al igual que el engaño, la amenaza o la violencia. Corrupción es formalmente abuso de un poder de decisión, sin que el objeto del abuso esté materialmente ya abarcado. La corrupción es indecente e inmoral, pero como tal no es todavía merecedora de pena”. No obstante, habría que matizar esta última afirmación, pues como ha puesto de relieve GARZÓN VALDÉS, “Acerca del concepto de corrupción”, en LAPORTA / ÁLVAREZ (eds), *La corrupción política*, Madrid, 1997, pp. 44-5, la reprochabilidad ética de la deslealtad en la que consiste la corrupción dependerá de la calidad ética del sistema normativo relevante, y así, afirma este autor (p. 41), respondiendo a la palabras de NOONAN de que “el soborno es una vergüenza universal”, “no alcanzo a comprender cuál pudiera ser la ‘vergüenza’ que pueda haber sentido Oskar Schindler al sobornar a los jefes de un campo de concentración nazi y salvar así la vida de no pocos prisioneros judíos”. En el mismo sentido véase MALEM SEÑA, *El fenómeno de la corrupción*, p. 82, con otro ejemplo. Por tanto, que un comportamiento sea corrupto no significa necesariamente que sea inmoral; véase al respecto CARUSO FONTÁN, *Foro*, 9, 2009, p. 153. En lo que sí están de acuerdo estos autores es en que la corrupción implica siempre un acto de deslealtad; véase al respecto GARZÓN VALDÉS, *Acerca del concepto de corrupción*, p. 44; MALEM SEÑA, *El fenómeno de la corrupción*, en LAPORTA / ÁLVAREZ (eds), *La corrupción política*, Madrid, 1997, p. 78.

concepción mayoritaria, de que debe otorgarse relevancia al consentimiento del empresario⁴⁵.

4. La discusión sobre los argumentos de KINDHÄUSER plantea el problema de decidir acerca del complicado concepto de la corrupción⁴⁶. Sin ánimo de proponer una definición exhaustiva de esta noción, lo que plantearía importantes dificultades, sí se pueden entresacar algunas notas comunes presentes en general en las definiciones que aporta la doctrina. Y así, la corrupción implica siempre una violación por parte de un decisor de las obligaciones derivadas de la posición que ocupa⁴⁷ a cambio de recibir una ventaja indebida o extraposicional por parte de la persona que se beneficiará de tal incumplimiento de sus obligaciones⁴⁸. Así las cosas, podría aceptarse que el empresario puede atentar contra el

⁴⁵ Véase KINDHÄUSER, *Polít. crim.*, 3, 2007, ps. 13-4.

⁴⁶ DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, Granada, 2003, pp. 3-4, niega que exista un concepto unívoco o unitario de corrupción, pero reconoce que en casi todas las definiciones de la misma aparecen elementos comunes: abuso de una posición de poder, consecución de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y, aunque explícitamente no suele señalarse, el carácter secreto del pago. Sobre la dificultad del concepto véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/ BLANCO CORDERO, *Cerezo Mir-LH*, 2002, p. 265, para los que, en todo caso, ésta siempre implica “un uso desviado del poder por parte normalmente de quien ejerce funciones públicas”, aunque reconocen que hoy en día la corrupción se extiende también al sector privado. Sobre las notas generales de la corrupción en el sector privado véase también VOGEL, *Weber-FS*, 2004, p. 396.

⁴⁷ En este sentido deben diferenciarse los conceptos de obligación y deber, en el sentido de que la obligación cae dentro de la moral adquirida y el deber cae dentro de la moral natural; véase GARZÓN VALDÉS, en LAPORTA / ÁLVAREZ, 1997, pp. 43-4. De manera que, como indica este autor, ofrecer una ventaja a alguien para que mate a otro supondría la lesión de un deber, no de una obligación. A estas consideraciones añade este autor (p. 44) que “si se acepta que las obligaciones son deberes adquiridos por promesas o aceptación expresa o tácita de una determinada posición en una práctica social, no cuesta admitir que la corrupción implica siempre un acto de deslealtad o hasta de traición con respecto al sistema normativo relevante”.

⁴⁸ Para VOLK, *Zipf-GS*, 1999, pp. 421-2, es fundamental destacar el carácter que tiene la corrupción de intercambio de ventajas contrario a las normas, y por tanto de relación entre dos personas, porque si se define únicamente como la infracción de obligaciones para obtener una ventaja injustificada, sería corrupción, por ejemplo, la defraudación tributaria. Sobre la exigencia de “*Unrechtsvereinbarung*” en el tipo del § 299 StGB véase BANNENBERG, en DÖLLING/DUTTIGE/RÖSSNER, *Nomos Kommentar*, Baden-Baden, 2011, § 299, marg. 12; HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2008, § 299, marg. 16; KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 2011, § 299, marg. 5. Por su lado, KINDHÄUSER, *Polít. crim.*, 3, 2007, pp. 5-6, distingue tres elementos dentro del concepto de corrupción: 1) una mutua relación sinalagmática, de intercambio irregular de ventajas; 2) que la recompensa esté referida a una especial posición de deber en favor de otro. En este sentido el receptor tiene que ser un “encargado”, una persona capaz de tomar decisiones de cierto peso; lo que conlleva a su vez que la relación de corrupción sea una relación trilateral; 3) incompatibilidad entre el interés que el encargado tiene que tutelar en virtud de su especial posición de deber y el interés al que se vincula en virtud de la ventaja. Para GARZÓN VALDÉS, en LAPORTA / ÁLVAREZ, 1997, p. 52, “la corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago del servicio extorsionado”. Para FARALDO CABANA, *EPC*, 23, 2001, p. 69, los Estados miembros utilizan el término corrupción como “compraventa del cargo que compromete a quien lo ostenta a incumplir sus obligaciones como contraprestación a la ventaja que ha solicitado o se le ofrece”.

bien jurídico competencia (justa y honesta) a través de una acción corrupta, por ejemplo, en los casos en los que acepta una ventaja indebida por parte de uno de sus proveedores para que infrinja alguna estipulación contractual que tuviera con el resto de proveedores (violación de una obligación posicional a cambio de una ventaja indebida otorgada por aquél que se beneficiará de tal violación). En el caso del *Korkengeld*, si el titular del establecimiento en el que se vende el champán hubiera pactado con uno de los proveedores (distinto del *sobornador*) que vendería productos o prestaría servicios de su marca de forma preferente y posteriormente acepta una ventaja injustificada por vender otra marca de champán (la del sobornador), estaríamos ante una acción que presenta las características de la acción corrupta.

En estos casos en los que media una relación contractual entre el empresario y uno (o varios) de los competidores de un sector de actividad, estaríamos claramente ante un ejemplo de la relación triádica que exige la corrupción. Cuestión distinta es el decidir si en el caso de que no mediara tal relación contractual, podría no obstante seguir hablándose de corrupción en los casos en los que el empresario, a cambio de ventaja injustificada, decidiera violar las obligaciones posicionales que tiene como sujeto que actúa en el mercado (mandatos y prohibiciones legales contenidas en la LCD y en la LDC), perjudicando a los competidores del sobornador (frente a los que en este caso no está comprometido contractualmente) y a la competencia en general. Respecto a esta cuestión, a la que nos referiremos con detalle más adelante, no debe olvidarse que el tipo del art. 286 bis CP no exige otra cosa que el sujeto incumpla sus *especiales obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*, y es evidente que el empresario (¿y también el empleado?) tiene obligaciones frente a aquéllos con los que ha

Puede apreciarse cómo el concepto corrupción se desliga del componente público y así, como explica DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Iniciativas internacionales contra la corrupción", *Eguzkilore*, 17, 2003, p. 8, "frente a una concepción estricta de la corrupción, que la reconduciría a lo que en derecho español se denomina cohecho, es creciente la tendencia criminológica a identificar corrupción con cualquier irregularidad cometida en un contexto de toma de decisión y a cambio de una ventaja indebida o, incluso, con todo abuso de poder, siempre que se ligue a una ganancia ilícita (...) algo que se produce fundamentalmente en el ámbito de la administración, pero que también puede darse en el seno de las relaciones económicas, nacionales e internacionales". En el mismo sentido véase CARUSO FONTÁN, *Foro*, 9, 2009, p. 147. En este sentido no puede limitarse el concepto de corrupción al ámbito de lo público, como hace, por ejemplo, VENTURA PÜSCHEL, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 495 n. 16, remitiendo a la opinión de PECES BARBA, "La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil", en CORTINA / PECES BARBA / VELASCO / ZARZALEJOS, *Corrupción y ética*, Bilbao, 1996, p. 19, respecto a que "la corrupción, desde este punto de vista de la reflexión filosófico-jurídica tiene siempre una dimensión política y supone un reflejo del peso creciente que en todos los países tiene la regulación y el control de los mercados y la actuación de los poderes públicos en el ámbito económico". Pues semánticamente no existe obstáculo que impida hablar de corrupción en el ámbito privado, dado que en este ámbito pueden darse, igual que en el público, todos los elementos que caracterizan la conducta de corrupción; véase al respecto GARZÓN VALDÉS, en LAPORTA / ÁLVAREZ, 1997, p. 42; MALEM SEÑA, en LAPORTA / ÁLVAREZ, 1997, p. 78. Tampoco la definición de corrupción de la RAE se opone a lo dicho hasta aquí: "en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores", dado que el hecho de que se diga "especialmente en las públicas", no excluye semánticamente la dimensión privada de la corrupción.

contratado directamente pero también frente a sus competidores y, en general, frente a las personas que participan en el mercado y frente al bien jurídico competencia.

5. Por último, en tercer lugar, y esta es la posición que se mantiene en este trabajo, la exclusión del empresario como sujeto activo de este delito podría tratarse de un olvido injustificable del legislador (aunque en este caso sería imputable no sólo al legislador español sino al europeo, puesto que la restricción se contenía ya en la Decisión Marco de la que el art. 286 bis CP trae causa⁴⁹) cuya subsanación habría que reclamar de *lege ferenda* y que no impediría entonces, pues no habría *razones materiales* que se opusieran a ello, exigir, en su caso, responsabilidad penal al empresario por la vía de la participación⁵⁰.

4. El tipo de corrupción entre particulares: a) la ventaja injustificada, b) el elemento para favorecer frente a otros y c) el incumplimiento de obligaciones por parte del empleado

4.1. Conducta que procure una ventaja injustificada

1. Volviendo al análisis del tipo del art. 286 bis CP, la conducta típica en su modalidad pasiva consiste en que el empleado reciba, solicite o acepte una ventaja no justificada a cambio de tomar una decisión incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, con el fin de favorecer al otorgante de la ventaja frente a terceros; mientras que la modalidad activa, simétrica respecto a la anterior, consiste en prometer, ofrecer o conceder tal ventaja indebida.

2. Por lo que se refiere al elemento de la ventaja injustificada, lo importante es que se quiera conseguir un beneficio extraposicional, independientemente de que la naturaleza de tal ventaja sea económica o de otro tipo (“beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados”)⁵¹, quedando en todo caso excluidas las ventajas insignificantes o adecuadas socialmente.

⁴⁹ La Decisión Marco del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, contempla como receptores de la ventaja indebida en su art. 2 únicamente a “una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado”.

⁵⁰ Esta posibilidad la plantea WINKELBAUER, *Weber-FS*, 2004, p. 390, argumentando que en el caso de que el empresario diera instrucciones en el sentido de admitir las ventajas podría considerarse inductor, mientras que si solamente tolerara tales actuaciones sería cómplice por omisión, pues el empresario tiene la obligación de intervenir frente a los delitos de sus empleados.

⁵¹ Son los términos del propio art. 286 bis CP. Como señala FARALDO CABANA, *EPC*, 23, 2001, p. 76, puede tratarse de cualquier ventaja con “capacidad persuasiva suficiente” para que el sujeto incumpla sus obligaciones, tenga o no naturaleza patrimonial. Véase también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, pp. 310-1. En relación con el tipo de corrupción del § 299 StGB mantiene la doctrina alemana que la ventaja puede ser cualquier mejora objetiva económica, jurídica o personal de la situación del autor o de un tercero (en el § 299 StGB se incluye esta referencia al tercero) a la que no tengan derecho; véase HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 2008, § 299, margs. 11-12; KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 2011, § 299, marg. 4.

En cuanto a la delimitación de este elemento, la corrupción privada se diferencia de la pública en que en la primera la obtención de la ventaja será en provecho de la persona corrompida, mientras que en el cohecho la ventaja indebida se recibe en provecho propio o de un tercero (arts. 419 y ss. CP). En este punto el legislador español se ha separado, acertadamente, de lo previsto en la Decisión Marco, en cuyo art. 2 se hacía referencia a “una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero”. Así, en el caso de una práctica colusoria de fijación de precios en la que un administrador social se pone de acuerdo con otras empresas para fijar los precios, siendo convencido para ello mediante el ofrecimiento de una ventaja que consiste en integrar a la empresa en una determinada asociación u otorgarle un distintivo de calidad (buscando, por tanto, el provecho de su empresa), no estaríamos ante corrupción de particulares del art. 286 bis, pues la ventaja no es en provecho propio sino de terceros⁵².

Además de lo anterior, y a diferencia de lo que ocurre en el cohecho, el ofrecimiento de la ventaja indebida debe ser siempre la causa de la toma de decisión del empleado en contra de sus obligaciones, por lo que la corrupción entre particulares *subsiguiente*, es decir, obtener la ventaja como recompensa del incumplimiento, y el ofrecer la ventaja para lograr un buen clima comercial serían atípicas⁵³.

3. Otra cuestión que podría plantearse en relación con la ventaja no justificada es cómo se relacionan entre sí los dos predicados negativos que se asocian a los dos elementos del tipo: *ventaja* (que tiene que ser *no justificada*) y *actuación del empleado* (que tiene que, al menos comprometerse a, actuar *incumpliendo sus obligaciones*). Si están necesariamente conectados o si funcionan de manera independiente. Concretamente, y por lo que se refiere a la ventaja, la pregunta sería si era necesario aclarar que la ventaja en estos casos debe *no* estar justificada, o, en otras palabras: ¿sería posible imaginar un caso en el que se trate de influir para que un empleado tome una decisión infringiendo sus obligaciones a través de una ventaja *debida o justificada*?; y al revés: ¿puede el empleado actuar habiendo recibido una ventaja indebida pero sin infringir sus obligaciones?⁵⁴ En todo caso, sí es necesario precisar

⁵² El beneficio o ventaja debe ser personal y no para la empresa o entidad como tal; véase *Memento práctico*, 2011, marg. 12092. Sobre el carácter de la empresa (o del empresario) como tercero véase WINKELBAUER, *Weber-FS*, 2004, p. 390.

⁵³ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, p. 309; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, 2010, marg. 205.

⁵⁴ VOLK, *Zipf-GS*, 1999, p. 425, cuestiona la independencia de este elemento y plantea: “Una ventaja es inadecuada cuando y porque se refiere a una decisión contraria a la norma, en tanto que al revés, si la decisión desde todo punto de vista es correcta, no hay razón jurídica para la desaprobación de la ventaja.”. Este autor añade que lo anterior rige cuando las normas están claras. Ahora bien, acepta que cuando las reglas de decisión son más bien vagas, el carácter injustificado de la ventaja puede ser de utilidad para delimitar los casos merecedores de pena, aunque se debería tener en cuenta que entonces habría que acudir a criterios independientes del de la infracción de normas. Por su parte, para TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, 2010, marg. 207, ambos elementos son independientes y plantea que “en contra de la opinión actualmente dominante (...) la comprobación de que el empleado ha tomado su elección *interesadamente* no puede derivarse sólo del hecho de la obtención del beneficio (...) si el empleado se orienta más bien al tipo y calidad de las ofertas, así como a la eficiencia y precio del oferente, entonces su decisión es objetiva e imparcial”.

que el carácter justificado de la ventaja nada tiene que ver con el consentimiento que el empresario pueda prestar a la misma, sino con lo que se considera justificado o adecuado conforme a los usos del comercio⁵⁵.

4.2. Conducta que favorezca al otorgante frente a terceros

1. La ventaja injustificada debe solicitarse o aceptarse *para favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros*⁵⁶. Con este elemento el legislador nos pone ya en un contexto de competencia, puesto que no basta con tratar de favorecer al sobornador, sino que es preciso tratar de favorecerlo frente a otros⁵⁷.

2. Es evidente que con esta referencia a que la ventaja se ofrezca/acepte “para favorecer al otorgante de tal ventaja frente a terceros”, no se está exigiendo como resultado del delito un *efectivo* favorecimiento del sobornador frente a terceros, con el correspondiente perjuicio para esos terceros. Pero sí hace surgir la duda acerca de si lo que se reclama es la mera tendencia subjetiva (el mero fin) de la persona sobornada de favorecer a aquél que le concede el beneficio extraposicional⁵⁸; o si bien, este elemento debe interpretarse en clave objetiva como elemento objetivo de idoneidad, es decir, como exigencia de que se trate de conductas idóneas para perjudicar a terceros competidores y favorecer al que ofrece la ventaja indebida⁵⁹. La opción por una u otra interpretación sería relevante, por ejemplo, en

⁵⁵ Un sector de la doctrina interpreta que la ventaja obtenida con el consentimiento del empresario está “justificada”; véase al respecto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, p. 311; VENTURA PÜSCHEL, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.*, 2010, pp. 325-6. En cambio, como se recoge en *Memento práctico*, 2011, marg. 12088, la alusión al carácter no justificado de la ventaja plantea el problema aplicativo de lo que se considera adecuado en el marco de las relaciones comerciales, en las que son frecuentes los obsequios y otras atenciones o contraprestaciones. Y a ello se añade (marg. 12092) que a efectos de una eventual justificación de la ventaja “carece por completo de relevancia la posible sugerencia del empresario o de los superiores o el consentimiento de éstos para aceptar o solicitar las ventajas o para que se favorezca a un competidor en perjuicio de otros”.

⁵⁶ En realidad, el apartado 1.º del art. 286 bis dice “para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros”; mientras que el apartado 2.º establece “con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja”.

⁵⁷ Como señala GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 17, no se trata de una interpretación necesaria ni tampoco exacta, pero sí es al menos cierto que en una de sus acepciones usuales el término “favorecer” cobra su sentido a partir del correlativo perjuicio de otro. Pero es que además nuestro texto legal no se refiere a un favorecimiento en abstracto sino *frente a terceros*.

⁵⁸ En este sentido, para CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 2011, p. 636; GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 17; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, p. 310; *Memento práctico*, 2011, marg. 12094; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, ed. 18, 2010, p. 530, se trata de un elemento subjetivo de lo injusto.

⁵⁹ En este sentido ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ en SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, ed. 3, 2011, p. 261, respecto al delito de alzamiento de bienes, admiten que el elemento “en perjuicio de los acreedores” del art. 257 CP, puede interpretarse como elemento objetivo de idoneidad, en el sentido de que debe tratarse de un comportamiento idóneo para frustrar los derechos de los acreedores. No obstante, la referencia a la “finalidad” en los arts. 257 y 258 CP, los hace decantarse por su calificación como elementos subjetivos del tipo. De forma general para el ámbito de los delitos socioeconómicos, FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, 2/2009, p. 7, señala que “las tradicionales referencias subjetivas a la existencia de ánimos como el defraudatorio o el de perjudicar han venido escondiendo, en realidad, una referencia a

el caso de que la oferta que hace el que soborna fuera finalmente la mejor en términos competitivos y ello fuera previsible e incluso probable *ex ante*⁶⁰.

2. De cara a concretar en la interpretación del tipo las exigencias del principio de lesividad parece que debería exigirse, si no un resultado de lesión o de peligro concreto para los intereses económicos de terceros, pues parece que esto excedería de lo previsto en el tenor literal del precepto⁶¹, sí al menos la peligrosidad de la acción para tales intereses desde una perspectiva *ex ante*; es decir, su idoneidad para poner en peligro los intereses económicos de terceros aunque esta peligrosidad no se haya traducido finalmente en un resultado de peligro concreto⁶².

4.3. Conducta que resida en el incumplimiento por parte del empleado de sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales

1. Por último, también el elemento “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales” nos sitúa en el concreto contexto competencial de la adquisición o venta de mercancías o la contratación de servicios profesionales⁶³. De manera que quedaría así excluido del tipo el favorecimiento corrupto de unas personas frente a otras en ámbitos distintos del mercado. Por ejemplo, el comportamiento del periodista empleado por determinado grupo de comunicación que vende su columna al mejor postor entre los distintos candidatos a la alcaldía de las siguientes elecciones municipales, no realizaría el tipo de corrupción entre particulares. Y ello porque se favorecería de manera indebida a uno de los adversarios/competidores en una batalla política, sin que la relación de competencia existente entre tales sujetos sea la *competencia* protegida por el precepto⁶⁴.

La configuración del tipo permite excluir del mismo actitudes de favorecimiento corrupto de unas personas frente a otras en ámbitos distintos a la adquisición o venta de mercancías o de prestación de servicios profesionales en el mercado. En todo caso, la delimitación de la

criterios normativos que resultan los decisivos (...), donde “lo decisivo no es la voluntad del sujeto, sino la incompatibilidad de la conducta realizada con lo prescrito por la norma desde una perspectiva intersubjetiva”.

⁶⁰ GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 13, elabora el siguiente caso: “un directivo de una empresa de publicidad ofrece suculentas invitaciones para las vacaciones familiares de un alto cargo de *Correos*, con el fin de que se resuelva a favor de sus intereses el concurso promovido para una determinada campaña publicitaria. Su oferta, en cualquier caso, resultaba ser la más competitiva” (cursiva en el original). Aquí surge la duda de qué pasaría si *ex ante* era ya probable que su oferta fuera la mejor en términos competitivos, y también qué ocurriría si el sujeto ya sabía con certeza que la oferta era la más competitiva.

⁶¹ Sobre el tenor literal véase próximamente SÁNCHEZ LÁZARO, “El tenor literal como forma de argumento”, en prensa.

⁶² Y así, también estarían excluidos los supuestos en los que por la naturaleza del producto o servicio el proveedor es único, o viene impuesto por la sociedad matriz al tratarse de *holdings*; véase al respecto BAÑARES SANTOS, en QUINTERO OLIVARES, 2010, p. 249.

⁶³ Véase GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, ps. 16-17.

⁶⁴ Véase *supra* Ep. II, 2.

conducta típica por referencia a la contratación de servicios *profesionales* podría hacer surgir la duda de la concreción de lo que deba entenderse por servicios de este tipo –esto es, profesionales– para excluir la *corrupción* en la prestación de servicios no profesionales⁶⁵. No obstante, parece que la *ratio legis* ha sido tratar de abarcar conductas o comportamientos anticompetitivos en todos los sectores económicos, tanto en el mercado de adquisición de bienes como en el de la prestación de servicios, sin que parezca que se haya querido limitar la conducta típica a la prestación de servicios *profesionales*. Y así, en el aludido caso del periodista el problema no radica en que no preste servicios *profesionales*, sino en que la competencia que entra en juego en el ejemplo propuesto, competencia entre dos contrincantes políticos, no es aquélla que está destinado a proteger el art. 286 bis CP.

De cualquier manera, con limitar las obligaciones relevantes para el tipo a aquéllas que tengan relación con la adquisición o venta de mercancías o con la contratación de servicios profesionales no se ha ganado mucho, pues se siguen planteando importantes interrogantes derivados, principalmente, del hecho de que el *sobornado* puede tener obligaciones en tres planos. Y así puede hablarse, en primer lugar, del plano del acuerdo ilícito entre sobornador y sobornado; en segundo lugar, del plano de las obligaciones *internas* del empleado, es decir, de aquellas obligaciones que le vinculan a su empresario; y en tercer lugar, incluso, un posible plano referido a las obligaciones *externas* del empleado, es decir, de aquellas obligaciones que le pudieran vincular a los demás sujetos que participan en el mercado y, en general, a la competencia⁶⁶.

2. Por lo que respecta al primer plano, es decir, al plano del acuerdo ilícito con el sobornador, éste contendría aquellas obligaciones que adquiere el empleado a cambio de obtener la ventaja indebida. En este plano, el empleado se encontraría vinculado por aquello a lo que se ha comprometido a cambio de la ventaja indebida. No obstante, es evidente que este primer plano debe quedar excluido de consideración porque

⁶⁵ El concepto de *profesional*, por contraposición al de empresario, se delimita por el ejercicio de una profesión liberal. Así entendido, los servicios profesionales, *stricto sensu*, serían los desarrollados por los profesionales liberales. En nuestro Derecho positivo encontramos una delimitación en este sentido en el artículo 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, según el cual, a los efectos de la constitución de este tipo social, se entenderá por actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiera titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio. No obstante, en una interpretación menos restrictiva, los servicios profesionales serán aquellos que, por exclusión, no se refieran a la compraventa de mercancías o la fabricación de productos, sino al mercado de la prestación de servicios (véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ/ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, 2006, pp. 64-65). Para el concepto de profesional puede verse CADENAS CARPIO, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pp. 83-87.

⁶⁶ Para VOLK, *Zipf-GS*, 1999, p. 422, existen tres círculos de normas (“*drei Regelkreise*”): las que rigen para el negocio corrupto y que él denomina “*Vertragsregeln*”; las que se refieren a la relación del sujeto con su empresario (o con el Estado, en el caso de la corrupción de funcionarios públicos) y que el autor denomina “*Innenregeln*”; y por último, las normas generales que protegen, en nuestro caso, la libre competencia, y que denomina “*Außenregeln*”. En opinión de BLANCO CORDERO, en GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 1110, las obligaciones a las que se refiere el tipo “no necesariamente tienen que ser obligaciones que tiene el sujeto respecto del empresario” aunque más adelante (p. 1114) afirma que cuando el empleado actúa con consentimiento del empresario no estaría incumpliendo sus obligaciones.

precisamente lo que aquí se cuestiona es si el cumplimiento de ese pacto supone un incumplimiento típico de sus *otras* obligaciones.

3. En segundo lugar, se encuentra el plano de las obligaciones que el empleado tiene *frente* a su empresario. Éstas serían las obligaciones fijadas contractualmente o previstas en la ley para ese contrato, así como las derivadas de los principios de lealtad y buena fe⁶⁷. Hablamos entonces de conductas de corrupción entre particulares en las que el sobornado acepta una ventaja indebida por realizar una conducta contraria a las obligaciones (establecidas contractual o legalmente o con fundamento en el mencionado principio de buena fe) que tiene frente a su empresario. Es indiscutible que estas obligaciones del empleado frente a su empresario están contenidas en la expresión “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”, siempre que sean obligaciones referidas a ese contexto competencial de adquisición o venta de mercancías o contratación de servicios profesionales⁶⁸. Cuestión distinta es la de si ese incumplimiento tiene o no, de por sí, repercusiones para la competencia (bien jurídico *supuestamente* protegido por el art. 286 bis).

4. Y lo cierto es que no tendría por qué tenerlas. De hecho, los casos de corrupción por parte del empleado sólo afectan *de por sí*, es decir, en sí mismos considerados, al empresario⁶⁹, y ni siquiera necesariamente en términos económicos —es más, la corrupción puede incluso beneficiar al empresario en términos económicos porque, por ejemplo, el *sobresueldo* que percibe el empleado evite reivindicaciones de aumentos salariales⁷⁰— sino

⁶⁷ Arts. 281 a 302 del Código de Comercio y arts. 225 a 232 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Para MUÑOZ CONDE, PE, p. 530, cuando el legislador se refiere en el art. 286 bis al incumplimiento de sus obligaciones por parte de los empleados, no se está remitiendo a un código de buena conducta, sino a las obligaciones fijadas por vía contractual y a los usos profesionales que suelen darse en el mundo de los negocios y en la competencia entre las empresas. En contra véase GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, pp. 26-7, para el que el tipo debe interpretarse restrictivamente y no debe descenderse del nivel legal o reglamentario que establece como mínimo la Decisión Marco, hacia el meramente contractual o de autonomía privada.

⁶⁸ Quedando excluida, por ejemplo, la infracción de la obligación de preaviso. Sobre este caso véase GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 17. El Tribunal Supremo ha confirmado la exclusión de la obligación de preaviso de los deberes contractuales básicos que delimitan el ilícito desleal del art. 14 LCD en su Sentencia de 23 de mayo de 2007 (véase un comentario a la misma en MAROÑO GARGALLO, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 76, 2008).

⁶⁹ Para GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, pp. 34-5, el elemento del incumplimiento de obligaciones, más allá de ser una selección del medio comisivo del delito, marca la presencia de un nuevo objeto de protección que se une a la dimensión competencial, de manera que sólo se incurre en responsabilidad penal si además de al competidor se afecta al empresario propio.

⁷⁰ Como explica GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Icade*, 74, 2008, p. 242, “el pago de comisiones por parte de terceros puede constituir un importante complemento para la remuneración que perciben los representantes, de tal manera que la propia empresa cuenta ya con éstas como parte del sueldo que percibe su empleado. Incluso, puede llegar a ser una cierta política de remuneración que tenga en vigor la propia empresa toda vez que los gastos laborales y fiscales que se ahorra constituyen, sin duda, un importante incentivo para que el empresario vea ‘con buenos ojos’ este tipo de actuaciones por parte de sus empleados”. Pero no sólo en estos casos puede verse beneficiado económicamente el empresario. Pensemos, por ejemplo, en el caso

de quebrantamiento de la relación de confianza y buena fe entre el empresario y el empleado. Y éste no parece que sea un interés merecedor de protección por el Derecho penal, máxime teniendo en cuenta que se trata de conductas ya protegidas convenientemente desde la perspectiva de las relaciones laborales y societarias⁷¹. No hay ningún otro interés que se vea *necesariamente* lesionado o puesto en peligro por esta conducta⁷². De hecho, la propia Decisión Marco de la que trae causa la regulación del art. 286 bis CP viene a reconocer que las conductas que la misma describe como corrupción activa y pasiva en el sector privado⁷³ ni siquiera tienen que *poder implicar necesariamente* una distorsión de la competencia, al establecer en su art. 2. 3: “todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de

del escándalo del proceso de adjudicación de basuras de Colonia. Como relata GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Icade*, 74, 2008, p. 237, “en el proceso (sic) adjudicación (a sobre cerrado) del servicio de recogida de basuras una de las empresas sobornó al representante del adjudicador para que le comunicara la oferta más económica de la competencia y así poder mejorarla”. Este caso, como el de la construcción del estadio Allianz-Arena de Munich, “reflejan una conducta consistente en abonar comisiones a cambio, básicamente, de información sobre las ofertas de los demás competidores con la finalidad de poder mejorarlas y obtener la adjudicación” por lo que en estos casos “la contrata se beneficia de una oferta más económica y la contratista de haber obtenido la adjudicación, pudiendo, a lo sumo, constatarse un perjuicio patrimonial por parte de los otros competidores” (p. 241, cursivas en el original).

⁷¹ Art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital sobre el deber de lealtad exigible a los administradores sociales y art. 5. a) en relación con el 58 del Estatuto de los Trabajadores. Sobre el deber de lealtad de los administradores sociales véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de Sociedades*, Barcelona, 2010, pp. 737-748 y SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª. Ed, Pamplona, 2007. pp. 176-196. Sobre la improcedencia de recurrir al Derecho penal frente a meros incumplimientos civiles véase VOGEL, *Weber-FS*, 2004, p. 409. En cambio, para MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, ed. 18, 2010, p. 530, no hay problema en aceptar que el bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP “es la competencia leal, pero también la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa”.

⁷² Para VENTURA PÜSCHEL, en ÁLVAREZ GARCÍA / GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), 2010, p. 323, se castiga el comportamiento venal de los administradores o empleados, por la mera concurrencia de la venalidad, no por la lesividad de esas conductas venales respecto de la libre competencia; en definitiva se introducen parámetros ajenos al bien jurídico y que tienen que ver más con la falta de ética de los trabajadores. También en opinión de BLANCO CORDERO, en GÓMEZ TOMILLO, 2011, p. 1111, el componente de contrariedad a la competencia de las conductas sancionadas en el art. 286 bis queda muy diluido. En contra de esta opinión parece pronunciarse DE LA MATA BARRANCO, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008.*, 2008, p. 178, cuando dice que con el art. 286 bis “se presta menos atención a la idea de deslealtad (...) para centrarse en el hecho del posible perjuicio a la libertad de competencia”.

⁷³ Art. 2 de la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 del Consejo: “Corrupción activa y pasiva en el sector privado. 1. Los Estados miembros tomarán 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”.

bienes o de servicios comerciales”⁷⁴. Esto quiere decir que la cuestión de si esa conducta afecta *además* a la competencia y su tipificación es por tanto idónea para protegerla, habría que decidirla de manera independiente.

Por otro lado, y a estos efectos, la referencia al elemento, ya comentado, “para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros” o “con el fin de favorecer frente a terceros”, aun interpretado en el sentido objetivado propuesto de que la acción sea idónea para perjudicar los intereses de concretos competidores, queda muy alejada de la de lesión o peligro concreto para la competencia (como bien jurídico colectivo) a los que se refería la Decisión Marco y todavía más alejada de la lesión o peligro concreto para la competencia y lesión o peligro concreto para terceros de la Acción Común⁷⁵.

5. A la hora de entender cómo podría configurarse legislativamente la lesión o puesta en peligro concreto de la competencia, no hay más que acudir a la LDC. Piénsese si no en cómo se ha configurado, por ejemplo, el art. 5 de la LDC (“conductas de menor importancia), en el que se dispone que “las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado” y cómo se ha desarrollado posteriormente⁷⁶. Y lo mismo ocurre con el art. 3 LDC específicamente dedicado al

⁷⁴ Por otro lado, esta previsión supone también una restricción de lo previsto al respecto por la Acción Común, que en su art. 2. 2 establecía respecto a la corrupción pasiva: “con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato”; y que en su art. 2. 3 establecía respecto a la corrupción activa: “con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común, y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato”. Se hacía referencia, por tanto, a una posible limitación del tipo a aquellas conductas que no sólo lesionaran o pusieran en peligro a la competencia, sino que *además* lesionaran o pusieran en peligro el patrimonio de terceros.

⁷⁵ El citado artículo de la Decisión Marco supone una restricción respecto de sus predecesores. Y así, los artículos 2. 2 y 3.2 de la derogada Acción Común exigían a los Estados que se castigase, como mínimo, las conductas de corrupción que supusieran, no sólo la lesión o puesta en peligro de la competencia, sino también (es decir, *de manera acumulativa*) la lesión o puesta en peligro de los intereses económicos de terceros. Y así se disponía: “dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común, y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato”.

⁷⁶ Con el art. 5 de la LDC “se opta, pues, por un concepto menos amplio de restricción de la competencia que excluye del mismo a aquellas conductas que no ponen en peligro el funcionamiento competitivo del mercado” (PALAU RAMÍREZ, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 288). El legislador ha cumplido con la previsión del art. 5 LDC mediante el RD 261/2008,

falseamiento de la libre competencia por actos desleales, que queda reservado para los actos de competencia desleal “que tienen un particular impacto en los intereses públicos relacionados con la defensa de la competencia por ser ‘*aptos para afectar de manera significativa a la competencia*’”⁷⁷. Al final, uno no puede escapar de la sensación de que

de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyo Capítulo I del Título I se dedica a las conductas de menor importancia. Pero en todo caso, y con base en el art. 3. 1 de este Reglamento (que dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada Ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia.”), parece que como afirma PALAU RAMÍREZ, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 300, “en nuestro Derecho prevalece, en última instancia, el análisis de los efectos de las conductas sobre la competencia” por lo que puede decirse (p. 302) que “la afectación significativa de la competencia es en el nuevo derecho español de defensa de la competencia presupuesto de tipicidad de las conductas prohibidas”.

En todo caso, y concretamente en relación con los actos de competencia desleal (art. 3 LDC) el Tribunal de Defensa de la Competencia había venido entendiendo que se afectaba de manera significativa a la competencia cuando la conducta tenía cierta importancia y notoriedad. Como señala PALAU RAMÍREZ, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 294, “se requería que la deslealtad de la conducta fuera cualificada y supusiera una falseamiento estructural de la competencia, suprimiendo de forma efectiva o potencial los presupuestos de la competencia económica en el mercado, mediante la eliminación y obstaculización de la libre entrada y mantenimiento de competidores en el mercado. Se observaba, asimismo, una tendencia a desestimar la existencia de afectación de la competencia cuando la conducta era realizada por un operador nuevo en el mercado o que ostentaba una escasa cuota de mercado”. En realidad, el requisito del art. 3 LDC de que se afecte el interés público “hace imposible la inaplicación de la prohibición en virtud de la regla *de minimis*”; véase PALAU RAMÍREZ, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 294.

Como señala VENTURA PÜSCHEL, en ALVAREZ GARCIA / MANJÓN-CABEZA OLMEDA / VENTURA PÜSCHEL, 2009, p. 507 n. 50, en relación con los acuerdos de menor importancia, “se entiende por tales con algunos matices (*sic*), al menos según lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*), DOC 368, de 22.12.2001, aquellos acuerdos que implican a empresas cuya cuota conjunta de mercado no supera el 10 por 100 –en caso de acuerdos horizontales– o el 5 por 100 del mercado –en el caso de acuerdos verticales–; regla del *minimis non curat praetor* que está por determinar qué efecto pudiera tener para la delimitación del ámbito del riesgo típico propio de los tipos penales de protección de la competencia...”.

⁷⁷ Véase MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 219, remitiendo a la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de noviembre de 2007 (cursivas en el original). En concreto, esta Comisión exige que el falseamiento de la libre competencia sea “sensible”, tenga una “repercusión sensible en el mercado”, afecte con “gravedad” a la competencia, comporte una “afectación significativa a la competencia” o “afecte sustantiva y significativamente el desarrollo regular del mercado” y que llegue “hasta el punto de afectar al interés público”; (véase MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, pp. 227-8). Y así, por ejemplo “una acción de promoción de ventas de duración y difusión limitadas que resulte engañosa puede modificar la conducta de los consumidores –precisamente por ello es desleal– y, en cambio, no amenazar en forma alguna –por su duración y difusión limitadas– la estructura competitiva del mercado” (MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 234 n. 65).

penalmente se castigarán conductas contra la competencia que no interesan en el ámbito administrativo por considerarse de bagatela (regla *de minimis*)⁷⁸.

6. Por lo que se refiere a la integración del elemento *incumplimiento de las obligaciones* todavía en el plano de la relación empresario-empleado, se plantea también la pregunta de qué relevancia (si es que alguna) cabría atribuir al conocimiento/consentimiento⁷⁹ del empresario. En este sentido, se puede afirmar que respecto de las obligaciones de este nivel el consentimiento del empresario impide hablar de que el empleado *infrinja sus obligaciones*, pues estas obligaciones surgen precisamente para proteger al empresario, bien su patrimonio bien las relaciones de lealtad y confianza que tiene con sus empleados, que son *disponibles* para el mismo⁸⁰. Si en el caso del *Korkengeld* hubiera instrucciones expresas del

⁷⁸ Piénsese que incluso, por lo que respecta a los actos de competencia desleal de la LCD, se insiste por la doctrina en que éstos falsean la competencia y perjudican el interés público, y que la diferencia con el art. 3 LDC es que en este último se produce un falseamiento cualificado de la competencia y una afectación del interés público especialmente grave; véase al respecto MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 223. A este respecto conviene no olvidar que la propia LCD en su art. 1 dispone que: “esta Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”; y en su EM declara expresamente que “(...) la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. Significativo a este respecto es, entre otros muchos, el artículo 1 (...)” (III. 1). Repárese, además, en la incoherencia de la política legislativa en materia de defensa de la competencia: por un lado, se manifiesta una tendencia hacia la restricción de la intervención pública en el control de determinados comportamientos empresariales, como se ha hecho a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificando la LDC en materia de control administrativo de las concentraciones empresariales; y, por otro lado, se introducen tipos delictivos como el que analizamos.

⁷⁹ Cabe plantearse si el mero conocimiento por parte del empresario del comportamiento llevado a cabo por su empleado o colaborador es merecedor de un tratamiento diferenciado, por su menor relevancia, o por el contrario, pudiera ser equiparable al consentimiento (tácito) en la medida en que no evita la puesta en peligro del bien jurídico protegido competencia.

⁸⁰ Para GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 33, en los supuestos de percepción de “sobornos al descubierto” el empleado no incumple sus obligaciones; y dado que el incumplimiento de sus obligaciones es uno de los elementos del tipo, la conducta sería atípica. En el mismo sentido véase DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *Cerezo Mir-LH*, pp. 279-80, para los que este comportamiento supone acortar el camino de la prestación, y teniendo en cuenta que el empresario está excluido del círculo de sujetos activos, se trata de casos en los que “en lugar de entregar el dinero al empresario para que éste lo transmita a sus empleados, se les paga a éstos directamente”. Para estos autores, que se refieren a la regulación de la corrupción entre particulares de la Acción Común de 22 de diciembre de 1998, (p. 263), “la referencia al incumplimiento de obligaciones supone que no es punible la concesión de estos premios por ventas cuando el empresario los conoce o autoriza: en estos casos, el empleado no infringe sus deberes y, por tanto, no realiza el tipo penal así descrito”. Y en relación con la regulación de la Convención penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, hecha en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, que hace también referencia al elemento infracción de deberes, señalan (p. 261), que esta expresión “no se dirige tan sólo a asegurar el respeto de obligaciones contractuales específicas, sino también, y principalmente, a garantizar que no se va a producir una infracción del deber general de lealtad hacia los negocios o intereses del empresario o mandante”. En todo

empresario a los camareros en el sentido de tratar a todas las marcas de champán por igual, pero posteriormente el empresario cambiara de opinión y autorizara la promoción de una determinada marca, no se podría decir que el empleado estuviera infringiendo ninguna obligación dentro de este segundo nivel. La cuestión sería si infringe o no una obligación del tercer nivel, esto es, si le es exigible una conducta respetuosa con las reglas de la leal competencia, como posible sujeto activo de los ilícitos concurrenciales⁸¹.

7. Por último, y para acabar con este segundo plano, si tenemos en cuenta que lo que se protegen son los intereses del empresario, tanto sus intereses en el comportamiento leal de sus empleados (que no deberían interesar al Derecho penal), como sus intereses económicos, surgirían, respecto a estos últimos, problemas de deslinde con la administración desleal cuando se produjera un perjuicio económicamente evaluable, tal y como exige el art. 295 CP. Por ejemplo, en un caso de *Kick-back* en el que el administrador de la empresa A pacta con la empresa B, a cambio de que ésta le preste determinado servicio, un precio muy superior al del mercado, recibiendo posteriormente el administrador la diferencia entre el precio pactado y el precio de mercado en forma de comisión⁸². Cabría preguntarse aquí si se aplicaría el art. 286 bis, el art. 295 o, incluso, los dos. A la hora de decidir acerca de la relación que media entre estos dos tipos, cabría argumentar que el art. 286 bis sólo representa un peligro para los intereses del empresario, y que si ese peligro se transformara en “perjuicio económicamente evaluable”, como

caso, habrá que decidir si las obligaciones a las que se refiere el art. 286 bis CP son *exclusivamente* aquéllas que el empleado tiene frente a su principal.

⁸¹ En este sentido, en Alemania, doctrina y jurisprudencia entienden que el consentimiento del empresario es irrelevante porque el bien jurídico protegido en el § 299 StGB es la competencia; véase al respecto BANNENBERG, en DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, NK, 2011, § 299, marg. 16 (que precisa que con la actual redacción del § 299 StGB el comportamiento desleal no tiene que suponer un incumplimiento de obligaciones por parte del empleado o encargado, ni suceder de forma secreta); HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, § 299, marg. 20; KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 299, marg. 5. Sobre las consecuencias a las que lleva aceptar un modelo protector de la competencia, entre las que se encuentra la irrelevancia del consentimiento del empresario, véase VOGEL, *Weber-FS*, 2004, p. 405. En todo caso, existe un Proyecto de reforma del StGB, de 4 de abril de 2007, presentado por el Gobierno Federal para adaptar el Código penal a las previsiones de la Decisión Marco de 22 de julio de 2003, que ha incluido el elemento de la infracción de obligaciones (*Pflichtverletzung*). Como expone TIEDEMANN, Manual de Derecho penal económico, marg. 199, el proyecto contempla, alternativamente al comportamiento de competencia desleal, el castigo por la infracción de las obligaciones que los empleados o encargados tienen con la empresa.

⁸² Como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Icade*, 74, 2008, p. 236, los casos de *Kick-back* son aquéllos en los que “al representante de una de las partes contratantes se le abonan por la contraparte, ya sea por la firma del contrato, ya sea por la ejecución del mismo, una serie de ventajas económicas deducidas de las prestaciones efectuadas por la empresa representada”. Estos casos pueden llevarse a la administración desleal del art. 295 CP cuando se acuerda un precio que aumenta el valor de la contraprestación y perjudica directamente el patrimonio del principal, pero en la práctica “se suelen producir situaciones en las cuales se acuerdan prestaciones que no tienen precio de mercado, y cuya remuneración, por tanto, sólo puede determinarse en un marco mayor o menor en el que se sigue moviendo el precio acordado incluyendo el *Kick Back*”, lo que hace difícil la aplicación del tipo de administración desleal; véase al respecto SCHÜNEMANN, “El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona, 2008, pp. 136-7.

dispone el art. 295, entonces la administración desleal consumiría el desvalor del art. 286 bis (art. 8. 3 CP)⁸³. Sin embargo, antes de aceptar esta conclusión, no hay que perder de vista que mientras que la corrupción entre particulares se castiga con 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 administración desleal, en la que se exige, no hay que olvidarlo, un perjuicio económicamente evaluable al *administrado*, la pena prevista es de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Por este motivo, es difícil contemplar el tipo de corrupción entre particulares como una modalidad atenuada de la administración desleal en la que no se exige efectivo perjuicio para el titular de los bienes, al estilo del modelo austriaco⁸⁴, porque resulta que la corrupción, pese a no exigir tal

⁸³ En todo caso habría que diferenciar entre el pago de sobornos (apartado 1.º del art. 286 bis) y la recepción de sobornos (apartado 2.º del art. 286 bis), pues en el primer caso se acepta por parte de la doctrina, aunque no de forma unánime, que se causa un perjuicio patrimonial al empresario, mientras que en el segundo caso sólo existe un peligro para el patrimonio de éste. En este sentido, para NIETO MARTÍN, RP, 10, 2002, p. 66, y partiendo de la teoría personal del patrimonio, “cualquier soborno ha de considerarse un perjuicio patrimonial y un acto de disposición abusivo por parte del administrador”, mientras que el eventual castigo de la recepción de sobornos (p. 68) se basaría en el dato empírico de que los costes de la corrupción de representantes acaban siendo trasladados al representado. En cambio, para GÓMEZ BENÍTEZ, “Corrupción y delito de administración desleal”, *La Ley*, Nº 7, 2000, pp. 1283-8, p. 1287, “las situaciones de contenido económico que se producen como contrapartida de pagos ilícitos relacionados con la corrupción pueden integrarse en el patrimonio de las sociedades, según el concepto dominante, y evitar, en consecuencia, que pueda hablarse de perjuicio patrimonial en el plano objetivo y subjetivo (ausencia de dolo) cuando el beneficio obtenido por la sociedad como contrapartida equilibra los pagos ilícitos realizados por los administradores. En tales casos, no existe, pues, delito de administración desleal intentado ni consumado”. En todo caso, este autor (p. 1287) diferencia entre los casos de corrupción inevitable, en los que el administrador “se somete a una realidad corrupta preexistente, inevitable, no buscada por él y necesaria para el desarrollo del objeto social”, de los casos de corrupción agresiva en los que “la corrupción es un instrumento activo inexistente previamente”; en estos últimos casos los pagos son innecesarios y carecen de valor funcional para la sociedad, y suponen una disminución patrimonial innecesaria y cierta.

⁸⁴ Para ROSAS OLIVA, CPC, 99, 2009, p. 119, el art. 286 bis prevé “un tipo específico y suis generis de administración desleal, cuyos rasgos distintivos son que se aplica exclusivamente en ámbitos en que al menos formalmente se reconoce competencia, el medio comisivo se restringe a solicitar o aceptar un soborno y que se adelanta la barrera de punibilidad al no exigirse para su consumación que se cause un perjuicio efectivo”.

Como explica FOFFANI, en ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTÍN, 2006, p. 387, con la introducción en 1987 del tipo de aceptación de ventajas indebidas por parte del representante en el § 153 a öStGB (*Geschenkannahme durch Inhaber*), justo a continuación del tipo de administración desleal del § 153 öStGB, se trata de poner remedio a las “dificultades que llevaba consigo la necesidad de prueba de un perjuicio económico para la empresa derivado directamente del soborno recibido por el empleado o directivo de la misma, que se convertía en una auténtica *probatio diabolica*” (cursiva en el original); mientras que en el delito de administración desleal se exige efectivo perjuicio, en el § 153 a “el tipo penal se configura como de peligro abstracto, mientras que la esencia del ilícito consiste en el enriquecimiento indebido del representante (*Machthaber*)” y además tampoco se exige abuso del poder de disposición del patrimonio ajeno (cursivas en el original). También en Italia, se introdujo una figura similar, que trataba de adelantar la barrera de punibilidad respecto de la administración desleal, pero finalmente se aparta de su objetivo original exigiendo efectivo daño al patrimonio social; véase al respecto FOFFANI, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, RP, 12, 2003, pp. 67-8. En cuanto a las críticas a

perjuicio, se castiga más gravemente que la administración desleal. Además, habría que tener en cuenta que la corrupción entre particulares va dirigida, al menos nominalmente, a proteger otro bien jurídico: la justa y honesta competencia, por lo que parecería adecuada la solución del concurso de delitos⁸⁵.

8. En tercer y último lugar estaría el nivel del resto de competidores y, en un plano más abstracto, el de la competencia. Aquí estarían las obligaciones que tiene el empleado como sujeto que actúa en el mercado y supondría la conexión y el vínculo del Derecho penal con el resto de órdenes de nuestro sistema jurídico en los que se regula la protección de la competencia. Es decir, con aquellos sectores del ordenamiento en los que se establecen específicas obligaciones para los sujetos que actúan en el mercado; y más concretamente con la LCD y la LDC. Lo que en este nivel se plantea es, en primer lugar, si en este plano el empleado, como sujeto que interviene en el mercado, puede ser sujeto activo de las conductas sancionadas en estas leyes; en segundo lugar, si en el caso de que pueda ser sujeto activo de tales conductas, la realización de un comportamiento anticompetitivo sancionado civil o administrativamente sería “incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”⁸⁶ en el sentido exigido por el art. 286 bis CP; y, en tercer lugar, en el caso de que así fuera, si el conocimiento/consentimiento del empresario sería determinante, tal y como ocurría en el nivel anterior, o no, a la hora de afirmar la relevancia típica de estas conductas⁸⁷.

este modelo patrimonialista, para FOFFANI, *RP*, 12, 2003, p. 69, partiendo de sus presupuestos no sería legítimo el castigo del corruptor, puesto que la esencia del ilícito está en la deslealtad del corrompido respecto de su mandante, “y de hecho, en el ejemplo austriaco del 153 a StGB no se castiga al sujeto que corresponde a utilidad indebida (el corruptor)”.

⁸⁵ A favor de aplicar el concurso de delitos entre el art. 286 bis y el art. 295 CP se muestran MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, p. 311; *Memento práctico*, 2011, marg. 12092. En cambio para QUERALT JIMÉNEZ, *Iuris*, 147, 2010, p. 17, el art. 286 bis es ley especial respecto al art. 295.

⁸⁶ El art. 1 de la Decisión Marco dispone 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 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”, con lo que no parece que desde esta perspectiva existiera problema en acoger este tercer nivel de obligación frente a la competencia o el resto de competidores (*cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal*) dentro de la expresión “incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”.

⁸⁷ En contra de aceptar este tercer plano se muestra GILI PASCUAL, *RECPC*, 9, 2007, p. 25, para el que las obligaciones legales relativas a la competencia afectan al empresario como operador en el mercado en términos de competencia, mientras que “los dependientes del empresario (...) sólo se deben a su principal”. Para este autor “los dependientes (en sentido amplio)” no tienen “obligaciones frente a los competidores, como congruentemente enseña el hecho de que el ámbito subjetivo de aplicación de la LCD se refiera a los empresarios (o personas —físicas o jurídicas— que participen en el mercado: art. 3º LCD)”. En el mismo sentido véase ROSAS OLIVA, *CPC*, 99, 2009, ps. 112 y 114. Nótese cómo desde esta perspectiva se produciría una ruptura entre el Derecho penal y el resto de sectores del ordenamiento encaminados a proteger la competencia leal, de forma que, y conforme a la opinión de estos autores, el empresario sería sujeto activo de ilícitos concurrenciales del resto de los sectores del ordenamiento pero no del penal, y el

9. Por lo que se refiere a la consideración del empleado como sujeto activo de las conductas prohibidas por la LCD y LDC es discutible, por lo menos en términos generales. La cuestión, como se ha señalado, es relevante a los efectos de determinar si podría sostenerse la afirmación de una concreta obligación del empleado de velar por el buen funcionamiento del mercado. Ello conecta, necesariamente, con el ámbito de aplicación de la LCD, arts. 2 y 3, de cuyo contenido, no obstante, no parece que pueda excluirse tajantemente la posibilidad de que un trabajador pueda ser sujeto activo de un comportamiento desleal⁸⁸. En efecto, el ámbito objetivo de la LCD se circunscribe a comportamientos *i)* realizados en el mercado⁸⁹ y *ii)* con fines concurrenciales⁹⁰. La exigencia de realización en el mercado es una exigencia de trascendencia externa, esto es, que la conducta se proyecte o pueda proyectarse sobre los terceros (en particular o en general). Para que pueda apreciarse la existencia de finalidad concurrencial bastará que el comportamiento considerado (y realizado en el mercado) resulte objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, esto es, objetivamente adecuado para influir en la estructura y procesos del mercado⁹¹. Por lo demás, la LCD será de aplicación a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, entendiendo dicha participación como la colocación de las propias prestaciones en el mercado o, incluso, la obtención de la satisfacción de sus necesidades⁹². Así delimitado, podríamos concluir que no sólo los empresarios o profesionales son susceptibles de lesionar la competencia sino que también los empleados o colaboradores dependientes del empresario, pueden, con sus conductas, lesionar la competencia y, por ello, realizar comportamientos desleales en los términos de la LCD. Con todo, no se nos escapa que éste no es el prototipo de comportamiento desleal castigado por las normas del Derecho de la competencia y que lo frecuente y habitual es que sea el empresario o profesional quien lesione, con la realización de conductas anticompetitivas por desleales, la competencia.

empleado, a la inversa, no podría ser sujeto activo de los ilícitos concurrenciales tipificados en la LCD y en la LDC, pero sí del ilícito penal del art. 286 bis CP.

⁸⁸ STS, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2000, FJ 5.º.

⁸⁹ Entendido como “espacio institucional en el que se encuentran oferta y demanda, en el que se forman y desenvuelven las relaciones económicas” (MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 120).

⁹⁰ Para MASSAGUER FUENTES, “posee finalidad concurrencial toda acción que, en sí misma considerada o en atención a las circunstancias del caso, está orientada a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado (sea la propia o la de un tercero, concepto que en este ámbito incluye tanto a una determinada persona física o jurídica como a un grupo de operadores económicos y a un sector o segmento entero de la economía, sea en el lado de la oferta o en el de la demanda) y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, esto es, del intercambio de bienes y servicios en el mercado” (MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 122).

⁹¹ MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, pp. 120-123.

⁹² En este sentido véase MASSAGUER FUENTES, en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER, 2010, p. 129.

No obstante, es posible encontrar en la jurisprudencia algún supuesto de condena por actos desleales a sujetos en los que no concurre la condición de empresario o profesional. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha llegado a condenar a los socios de una sociedad de responsabilidad limitada como cooperadores en la realización de una conducta desleal consistente en la explotación de la reputación ajena sobre la base de que “las acciones previstas en el art. 18 podrían ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización” y, en el caso en concreto “Tecnon, SL ha podido realizar los actos de imitación, confusión y explotación de la reputación ajena gracias a la información técnica y comercial aportada por los señores G.S. y A.A., lo que quiere decir que sin la concurrencia e ilícita actividad de éstos no hubiera existido la actuación ilícita”⁹³. Pongamos que en un supuesto semejante a éste quienes cooperan a los actos de confusión, imitación y explotación de la reputación ajena (arts. 6, 11 y 12 LCD) son empleados o administradores que anteriormente lo eran de la empresa perjudicada por el comportamiento desleal; y que para lograr que cooperen en la ejecución de estos actos son incentivados por su empresario actual con determinadas ventajas indebidas (por ejemplo, con la posibilidad de disfrutar ese año de dos meses de vacaciones). El empleado estará cooperando a realizar actos de competencia desleal e incumpliendo así con sus obligaciones en el sentido exigido por el art. 286 bis CP. No hay que olvidar a este respecto que la propia Decisión Marco de 2 de julio de 2003, establece 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”. Además lo hará a cambio de un “beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados” que le será otorgado en este caso por su empresario actual, no habiendo motivo alguno para excluir a éste del círculo de sujetos activos del art. 286 bis 1 CP, y dándose además el resto de requisitos exigidos por el tipo. Se trataría, por tanto, primero, de un tipo en el que confluirían sanción penal y sanción civil; y segundo, de un supuesto en el que evidentemente el consentimiento del empresario *actual* sería irrelevante. Más complicado, sin embargo, parece encontrar un supuesto de comportamiento desleal realizado por un empleado o administrador –actuando éste en nombre propio y no en representación del interés social, pues en este caso el comportamiento debiera ser imputado al empresario social representado– que, por su afectación al interés público, quedara prohibido en los términos del art. 3 LDC.

10. Finalmente, por lo que se refiere a la relevancia del consentimiento del empresario, cabe resaltar que si se acepta que el empleado está sometido tanto a obligaciones frente a su empresario –donde se protegen bienes jurídicos cuyo titular es el empresario–, como frente al resto de competidores y, en general, frente al mercado –donde el bien jurídico individual serían los intereses económicos de los competidores y el bien jurídico colectivo sería la competencia y donde las obligaciones incumplidas provendrían bien de contratos con los competidores bien de la normativa en materia de protección de la competencia–, ¿podríamos estar ante un tipo delictivo que otorga distinta relevancia al consentimiento del empresario según el bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el caso concreto? Esta cuestión no es en absoluto baladí y a la hora de resolverla habría que partir de lo siguiente:

⁹³ STS, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2000.

es cierto que el empresario podría consentir, siendo ese consentimiento relevante para el tipo, en aquello que él hubiera podido hacer amparado en su libertad de empresa, pero no en lo que él mismo no habría podido hacer. Es más, en estos casos: debería plantearse su posible participación y consiguiente responsabilidad jurídico-penal en el hecho. Por ejemplo, si un administrador social se concierta para una práctica colusoria con otra empresa, habiendo sido convencido con ventaja personal (unas vacaciones pagadas), y con conocimiento de su empresario (imaginemos que habiendo recibido éste a su vez una ventaja injustificada) cabría preguntarse si sería relevante el consentimiento del empresario, o más bien hablaríamos de corrupción pasiva del administrador susceptible de afectar a la competencia y en la que incluso podría plantearse la participación del empresario. En cualquier caso, no parece que tenga sentido que el empresario pudiera consentir en conductas anticompetitivas que escapan de lo que él mismo podría realizar lícitamente en ejercicio de su libertad de empresa, que lo es también de gestión y organización de actividades y medios.

5. *Tabla de Jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
TDC 16.02.1999	Ricardo Alonso Soto	Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias y la Compañía Canariense de Tabacos, S.A. contra Tabacalera, S.A.
STS, 3ª, 8.02.2010	José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat	Administración del Estado y Asociación Profesional de Empresas de reparto y manipulado de correspondencia (ASEMPRE) contra Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A..
AP Barcelona, 26.20.2005		Pronovias S.A. contra Grupo Exponovias.
STS, 1ª, 18.10.2000	José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	Don David G. S., don Sergio A. A. y doña María Noemi T. L. contra entidad Luís Capdevila, SA

6. Bibliografía

AAVV (2011), *Memento práctico- Penal Económico y de la Empresa*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

Juan Manuel BADENAS CARPIO (2000) en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Pamplona.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ / Silvina BACIGALUPO SAGGESE (2010), *Derecho penal económico*, Ediciones Ceura, Madrid.

Britta BANNENBERG (2011), "§ 299", en DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER, *Nomos Kommentar*, Nomos, Baden-Baden.

Francisco BAÑARES SANTOS (2010), "La corrupción entre privados, p. 249, La corrupción entre privados, arts. 286 bis, 287 y 288 CP", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Editorial Aranzadi - Derecho Penal, Pamplona.

Isidoro BLANCO CORDERO (2011), "Artículo 286 bis", en GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal*, Lex Nova.

María Viviana CARUSO FONTÁN (2009), "El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado", *Foro, Nueva Época*, núm. 9/2009, pp. 145-172.

Abraham CASTRO MORENO (2010), "El nuevo delito de corrupción en el deporte", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 28.

Antonio CIDONCHA MARTÍN (2006), *La libertad de empresa*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid.

Mirentxu CORCOY BIDASOLO/ Santiago MIR PUIG (2011), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Miriam CUGAT MAURI (2008), "Corrupción privada", en BOIX REIG, Javier, *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Iustel, Madrid.

José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI / Isidoro BLANCO CORDERO (2002), en AAVV, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid.

José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI (2003), "Iniciativas internacionales contra la corrupción", *Eguzkilore*, núm. 17.

Norberto DE LA MATA BARRANCO (2009), "Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008", en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6. Ed. Universidad de Deusto. Bilbao.

- EL MISMO (2003), *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella.*, Ed. Comares, Granada.

Patricia FARALDO CABANA (2002), "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", *Estudios penales y Criminológicos*, tomo XXIII, pp. 59-99.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ (2009), "Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial", *InDret*, 2/2009.

Alejandro FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO / Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1999), "Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos 'BT/ Telefónica' y 'Tabacos de Canarias'", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 201, Junio/ Julio 1999.

Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2011), *Derecho de Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luigi FOFFANI (2006) "La "corrupción privada". Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. - Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude", en ARROYO ZAPATERO, Luis / NIETO MARTIN, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

- EL MISMO (2003), "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado", *RP*, núm. 12.

Rafael GARCÍA PÉREZ (2008), *Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Aranzadi-Civitas, Pamplona.

Ernesto GARZÓN VALDÉS (1997) "Acerca del concepto de corrupción", en LAPORTA, Francisco / ÁLVAREZ, Silvina (eds), *La corrupción política*, Madrid.

Antoni GILI PASCUAL (2007), "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada* (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)", *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 2ª Época, Núm. 19.

José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ (2000), "Corrupción y delito de administración desleal", *La Ley*, Nº 7, 2000, pp. 1283-1288, p. 1287.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (2008), "Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?", *Icade*, núm. 74.

Günter HEINE (2008), "§ 299", en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27 ed., München, C.H.Beck.

BARBARA HUBER (2003), "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", *RP*, núm. 11.

Urs KINDHÄUSER (2007), "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", *Política criminal*, núm. 3, A1, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

Kristian KÜHL (2011), "§ 299", en LACKNER, Karl / KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch : StGB, Kommentar*, C. H. Beck, München.

Jorge MALEM SEÑA, El fenómeno de la corrupción, en LAPORTA, Francisco / ÁLVAREZ, Silvina (eds), *La corrupción política*, Madrid, 1997.

María del Mar MAROÑO GARGALLO (2008), "Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2007: Derecho represor de la competencia desleal: inducción a la infracción de deberes contractuales básicos e inducción a la terminación regular de un contrato; aplicación de la cláusula general de la Ley de competencia desleal.", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2011), *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- EL MISMO (2002), en AAVV, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid.

MASSAGUER FUENTES (2010), en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2ª. Ed, Thomson-Civitas, Madrid.

Francisco José MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, ed. 18, 2010, Tirant lo Blanch, Valencia.

Irene NAVARRO FRÍAS (2010), *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada.

Jorge NAVARRO MASSIP (2011), "El delito de corrupción entre particulares", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.11.

Adán NIETO MARTÍN (2007) *¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?*, *RP*, núm. 19, 2007.

- EL MISMO (2002) "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", *RP*, N° 10, pp. 55-69.

Felipe PALAU RAMÍREZ (2010), "Art. 5", en FOLGUERA CRESPO / GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ / MASSAGUER FUENTES / SALA ARQUER (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2ª. Ed, Thomson-Civitas, Madrid.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ/ Jesús Alfaro ÁGUILA-REAL (2004), en MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor D. Luis Díez Picazo*, Civitas, Madrid.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ (1981), "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159.

Gregorio PECES BARBA (1996), "La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil", en CORTINA / PECES BARBA / VELASCO / ZARZALEJOS, *Corrupción y ética*, Cuadernos de teología. Deusto, Bilbao, Universidad de Deusto.

Josep Joan QUERALT JIMÉNEZ (2010), "Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal", *Iuris*, Marzo 2010.

Ricardo ROBLES PLANAS/ Núria PASTOR MUÑOZ (2011), "Delitos contra el patrimonio (III)", en Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona.

Ángel José ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2006), en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio/ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José, *Lecciones de Derecho mercantil*, Editorial Civitas, Madrid.

Juan Ignacio ROSAS OLIVA (2009), "Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España" *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 99, Septiembre, pp. 94-123.

Fernando SÁNCHEZ CALERO (2007), *Los administradores en las sociedades de capital*, 2º. Ed, Civitas, Madrid.

Bernd SCHÜNEMANN (2008), "El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la administración desleal", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos(ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Atelier, Barcelona.

Klaus TIEDEMANN (2010), "§ 299", en LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN Ruth/TIEDEMANN Klaus, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 10, De Gruyter Verlag, Berlin.

- EL MISMO (2010), *Manual de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO (2006), *Diccionario de Derecho de la Competencia (Aspectos Generales)*, Iustel, Madrid.

Arturo VENTURA PÜSCHEL (2010), "Corrupción entre particulares", en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- EL MISMO (2009) "Sobre la tipificación de la mal llamada corrupción entre particulares (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado) ", en ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli / Ventura Püschel, Arturo (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, pp. 487-514.

Joachim VOGEL (2004), "Wirtschaftskorruption uns Strafrecht", en HEINRICH / HILGENDORF/ MITSCH / STERNBERG-LIEBEN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld.

Klaus VOLK (1999), "Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung", en HEINZ GÖSSEL, Karl / TRIFFTERER, Otto, *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg.

Wolfgang WINKELBAUER (2004), "Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit", en HEINRICH / HILGENDORF/ MITSCH / STERNBERG-LIEBEN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag*, Giesecking, Bielefeld.