

La reforma de los delitos de corrupción en los negocios

El 22 de junio de 2015 se celebró en la [Fundación para la Investigación sobre Derecho y la Empresa \(Fide\)](#) esta sesión de debate en la que participaron abogados, asesores jurídicos, economistas y magistrados.

Bajo la moderación de **Jacobo López Barja de Quiroga**, Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, intervino **Miguel Angel Encinar del Pozo**, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Área Penal).

En el presente documento se recogen las ideas discutidas durante la sesión.

El 1 de julio de 2015 entró en vigor una amplia reforma del Código Penal que afecta significativamente al Derecho Penal de los negocios y de la empresa. El alcance de la reforma se pone de manifiesto especialmente en lo que concierne a la responsabilidad de los administradores, directivos de las empresas y sus representantes. Uno de sus aspectos más relevantes es la nueva configuración de los “Delitos de corrupción en los negocios”, según la nueva terminología con la que el legislador ha modificado la rúbrica de la sección 4^a del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal (nuevos arts. 286 bis a 286 quater).

La modificación legislativa proviene, entre otros factores, de la posición de la OCDE que, insatisfecha con la normativa española adoptada hasta este momento en relación con los actos de corrupción, consideraba que debía ser modificada para acoger con mayor amplitud la tipicidad penal en estos casos. El objetivo final es armonizar en el mayor grado posible las normas anticorrupción a las que están sometidas las empresas en el extranjero, tomando como modelo la regulación de algunos países del *common law* (EEUU y Reino Unido); evitando, en definitiva, situaciones de competencia desleal en el ámbito internacional.

Para ello, la indicada Sección 4^º ha reservado un apartado específico para los delitos de corrupción en los negocios, distribuidos en tres artículos: el art. 286 bis -corrupción entre particulares-, el art. 286 ter -corrupción en las transacciones comerciales internacionales- y el art. 286 quater -que contempla unos tipos agravados comunes cuando los hechos de corrupción resulten de especial gravedad-. Se recogen así, en una rúbrica común, todas las conductas relacionadas con los actos de corrupción en los negocios, ya sean públicos o privados. Estos actos de corrupción se entienden como cualquier pago de soborno, en beneficio propio o de tercero, por el que se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas. Se pasa así de un enfoque del delito basado en las cualidades de los sujetos del delito (ie. funcionarios públicos) a un enfoque basado en el contenido económico patrimonial de los actos de corrupción; esto es, referido al perjuicio que producen en las empresas, en los consumidores y en el mercado en general (en línea, por otra parte, con las tendencias mayoritarias en el Derecho comparado en la actualidad, que tiene como máximo exponente la *Foreign Corrupt Practices Act* -FCPA- estadounidense o la normativa del Reino Unido –*Bribery Act*–).

Las principales novedades que presenta la nueva regulación son la posibilidad de facilitar la aplicación de los tipos a los actos de corrupción no relacionados con las

Administraciones Públicas o puramente privados¹. También incorpora un apartado específico para castigar los actos de corrupción en el deporte, entendidos como las “conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva”. Se entiende que esta disposición está especialmente dirigida a castigar el amaño ilegal de partidos.

3

Pero la reforma plantea algunos problemas conceptuales e interpretativos, que deberán ir solventándose mediante su aplicación en cada caso para su adecuada delimitación.

En lo que se refiere a los problemas interpretativos, la –en ocasiones- imprecisa redacción posiblemente conllevará algunos problemas. Se señalaron algunos ejemplos, como los siguientes: qué distingue a los sobornos de otros actos de corrupción; qué se entenderá por “intento” de corrupción, cómo se aplicará el tipo al que corrompe, qué clase de administradores pueden ser “corrompidos”, qué debe entenderse por “sociedad”, si son incluidas o no en el tipo las fundaciones u otras entidades sin ánimo de lucro o, incluso, las comunidades de propietarios; o cómo deberá interpretarse el “beneficio o ventaja” que obtiene el corrompido o la expresión “favorecer indebidamente”.

La propia determinación del tipo, expuesto en términos muy amplios (*“beneficio o ventaja no justificado, de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios operaciones comerciales”*) exigirá un esfuerzo interpretativo relevante.

No obstante, una de las cuestiones más discutidas durante el seminario fue el bien jurídico que pretende proteger. Al respecto, existen tres teorías principales sobre el bien jurídico: la basada en la protección del patrimonio de la empresa, la basada en la protección del deber de lealtad de los sujetos de la empresa (empleados, administradores, etc.) y la basada en la protección de la competencia en el mercado; esto es, que las empresas no empleen prácticas corruptas/sobornos, porque entonces estarían compitiendo deslealmente.

Durante la sesión algunos consideraban que la reforma del 2015 apuesta decididamente por la competencia leal como el bien jurídico protegido en este tipo de delitos. Se apuntaron, especialmente, la mención a la obtención de ventajas competitivas de forma delictiva en el preámbulo de la Ley Orgánica, la eliminación del elemento típico del incumplimiento de obligaciones, la consideración de la corrupción como un delito económico y la unificación en una única sección de la corrupción entre particulares con la corrupción en las transacciones internacionales, cuyo trasfondo y fundamentación es

¹Hasta ahora, la dificultad de aplicar este tipo a actos entre particulares determinaba que los casos que podrían ser subsumibles en este tipo llegasen al Tribunal Supremo como supuestos de delitos de estafa (STS 1167/2010 y STS 671/2013).

de orden competitivo internacional. También se indicó que ésta es la concepción mayoritaria en nuestro entorno.

Además, se comentó que la consideración de la competencia en el mercado como bien jurídico protegido facilitaría la aplicación del tipo de corrupción, en línea con el espíritu de la reforma, en la medida en que su concurrencia no exige la materialización de un daño al patrimonio de la empresa o a terceros, ni un perjuicio concreto en el mercado o a los consumidores, y tampoco se restringe el tipo a determinadas conductas que distorsionen de manera relevante la competencia.

4

No obstante, otros participantes consideraron que el delito de corrupción entre particulares, en el caso concreto, siempre responde al quebrantamiento de los deberes de lealtad para con la empresa, lo que nos situaría en el ámbito del delito de administración desleal.

En cualquier caso, la reforma plantea, sin duda, nuevos retos e instrumentos de aplicación relevantes en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los deberes de sus administradores.

**Vera Sopeña, Abogada especializada en Derecho de la Competencia. Ha sido asesora del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, asesorando al Presidente, su Gabinete y el Consejo de esta entidad, ahora integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Anteriormente trabajó en el Departamento de Derecho de la Competencia y Derecho Comunitario de Garrigues, tanto en su oficina de Madrid como en la de Bruselas. Es Licenciada en la especialidad Jurídico-Comunitario de la Universidad San Pablo CEU; investigadora doctoral de la Facultad de Derecho de la UAM y realizó un Máster en Derecho, LLM, en la Universidad de Chicago, en EEUU. Miembro de los Colegios de Abogados de Nueva York y de Madrid, y es autora de varias publicaciones en el ámbito de su especialidad.*