

EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS (ART. 286 BIS): ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL TITULAR DE LA EMPRESA, EL ADMINISTRADOR DE HECHO Y LA PERSONA JURÍDICA EN UN MODELO PURO DE COMPETENCIA¹

Dra. María Soledad Gil Nobajas

Profesora de Derecho Penal – Universidad de Deusto

Resumen: Este trabajo analiza dos cuestiones problemáticas del art. 286 bis del Código Penal español: primero, la posibilidad de considerar sujeto activo al administrador de hecho y al titular de la empresa, grandes ausentes en la enumeración del art. 286 bis. 2, teniendo presente que la LO 1/2015 de reforma del Código Penal elimina la exigencia

Recibido: junio 2015. Aceptado: septiembre 2015

- ¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+I DER2013-46523-R, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los retos de la sociedad, y cuyos investigadores principales son Pilar Otero González y Abraham Castro Moreno; igualmente, en el equipo de investigación *Poder público y empresa en un contexto multinivel y transnacional* (UD-R2010) reconocido por el Gobierno Vasco para el período 2013-2015 (IT607-13), cuyo investigador principal es Luis I. Gordillo Pérez.

de que el sujeto activo en ambas modalidades de corrupción lleve a cabo la conducta típica “incumpliendo sus obligaciones”, lo que lleva a considerar como bien jurídico tutelado la competencia leal. Por otro lado, y sobre la base de lo anterior, el tratamiento jurídico-penal que corresponde a la empresa o persona jurídica, principales protagonistas del desarrollo económico y de la globalización, debido a la distinta implicación que estas pueden en las relaciones comerciales referidas a bienes y servicios.

Palabras clave: corrupción privada; competencia leal; responsabilidad penal; administrador de hecho; titular de la empresa; persona jurídica.

Abstract: This paper analyses two problematic issues related to art. 286 bis Spanish Criminal Code: first, whether *de facto* administrator and the ownership of the enterprise can be considered one of the subjects that can be held responsible according to the Law. These subjects are missing in art. 286 bis, even when the Penal Code reform suppresses the requirement that the active subject must behave “defaulting its obligations”, in both active and passive private corruption. Therefore, it leads to understand that the legal good protected is the fair competition. And second, what the legal solution is for enterprises and legal entities, leading actors of the economic development and globalization, because of the different implication that they can undertake in commercial activities related to good and services.

Keywords: private corruption; fair competition; criminal liability; *de facto* administrator; ownership of the enterprise; legal entity.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El problema del bien jurídico protegido en el art. 286 bis: de la LO 5/2010 a la reforma de 30 de marzo de 2015. 3. Posibilidades de integración del titular de la empresa y del administrador de hecho en el círculo de sujetos activos del art. 286 bis. 3.1. Administrador de hecho y titular de la empresa: ámbitos de coincidencia y divergencia. 3.2. Sujetos activos en la modalidad activa del delito de corrupción privada. 3.3. Sujetos activos en la modalidad pasiva del delito de corrupción privada. 4. Responsabilidad penal en el plano de la persona jurídica. 4.1. Introducción. 4.2. Bases del modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas en el Código Penal español. 4.3. Ámbito subjetivo de aplicación en el delito de corrupción privada. 4.4. Revisión de supuestos de posible sanción penal de la persona jurídica con base en un modelo puro de competencia. 4.4.1. Aplicación

en el cohecho privado activo. 4.4.2. Aplicación en el cohecho privado pasivo. 5. Consecuencias accesorias para entes colectivos sin personalidad jurídica. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La introducción en el Código Penal español del delito de corrupción entre particulares en el art. 286 bis, siguiendo la normativa internacional en la materia², deja patente la asunción de una estrategia global contra el fenómeno de la corrupción, ya no solo constreñida al ámbito de la función pública³. Con ello además se pone de manifiesto una cuestión que ya estaba presente en los tradicionales delitos de cohecho, en particular la implicación activa y/o pasiva en actos de corrupción de formas de organización colectiva, generalmente personas jurídicas que desarrollan una determinada actividad de prestación de bienes y/o servicios. Su intervención, a través de sujetos situados en una u otra posición en estas entidades, es una realidad de primer orden, contrapartida de su protagonismo en el desarrollo económico y en la globalización de las relaciones económicas. Consciente de ello, junto a la introducción de este delito el legislador también ha abierto la puerta a la sanción penal de la persona jurídica o empresa, por la vía de los arts. 31 bis y 129, aplicables al caso del art. 286 bis conforme a lo dispuesto en el art. 288 CP.

Teniendo presente lo anterior, este trabajo se centra en el análisis de dos cuestiones problemáticas de esta figura delictiva:

- 2 Entre otros, fundamentalmente, Acción Común de 22 de diciembre de 1998, sobre corrupción en el sector privado (DOUE L 358, 31.12.1998); Convenio penal del Consejo de Europa sobre corrupción de 27 de enero de 1999; y Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOUE L 192, 31.7.2003).
- 3 Si bien en ocasiones es difícil establecer la línea divisoria entre corrupción en el ámbito público y privado. En este sentido, CARBAJO CASCÓN, F.: “Corrupción pública, corrupción privada y Derecho privado patrimonial: un relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, 2004, p. 133.

primero, la posibilidad de considerar sujeto activo del delito al titular de la empresa y al administrador de hecho, grandes ausentes en la enumeración del círculo de sujetos activos en la modalidad pasiva de esta forma de corrupción. Por otro lado, y sobre la base de lo anterior, el tratamiento jurídico-penal que corresponde a la persona jurídica o empresa, habida cuenta de la distinta implicación que estas pueden tener en cada caso concreto en la corrupción privada activa y pasiva. Debe tenerse presente que el legislador introdujo tanto el delito de corrupción entre particulares como la responsabilidad penal de las personas jurídicas por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio. No obstante, con la LO 1/2015, de 30 de marzo⁴ ha sido aprobada finalmente una nueva (y globalmente rechazable) reforma del Código Penal que, a los efectos de este trabajo, incluye una serie de modificaciones en la regulación de los arts. 286 bis y 31 bis que, como se verá, más allá de simples “mejoras técnicas”, según expresa la Exposición de Motivos en relación con el primero de ellos, conducen a importantes consecuencias en la configuración de este delito, así como en las dos cuestiones específicas sobre las que versa este trabajo.

No obstante, no es posible desvincular estos aspectos con el problema de la delimitación del objeto de tutela del art. 286 bis, puesto que resulta trascendental para juzgar la idoneidad del círculo de sujetos activos enumerados en el delito, especialmente en el caso de la corrupción pasiva; y, además, porque sobre la base de su actuación delictiva y en atención a los requisitos legalmente establecidos, podrá plantearse, a su vez, la sanción penal a la entidad. Por ello, aunque en el marco de esta contribución no es posible abordar con el detenimiento y profundidad que requiere el debate sobre la necesidad político-criminal de incriminar los sobornos en los negocios privados y cuál es el bien jurídico merecedor de protección jurídico-penal, se impone con carácter previo una exposición, sin pretensiones de agotar el

4 BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

debate, de las posturas al respecto y el posicionamiento particular sobre el que se va a desarrollar el presente trabajo.

2. El problema del bien jurídico protegido en el art. 286 bis: de la LO 5/2010 a la reforma de 30 de marzo de 2015

No son pocos los problemas que surgen al tratar de delimitar el objeto de tutela detrás de la tipificación de las conductas de corrupción en el ámbito de los negocios privados⁵ y, en concreto, en la regulación española contenida en el art. 286 bis. A ello obedece, por un lado, la existencia de distintos modelos de incriminación existentes en Derecho comparado⁶, así como la poca reflexión con la que parece haber actuado el legislador a la hora de transponer los compromisos internacionales existentes. Todo ello condujo a la aparición en el año 2010 de un tipo penal de confusa configuración, controvertido dogmática y político-

5 La LO 5/2010 incluyó el art. 286 bis en una nueva Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII, intitulada “De la corrupción entre particulares”. Posteriormente, tras distintos borradores, el Proyecto de reforma de Código Penal de 22 de enero de 2015 modificó el nombre de esta Sección por el de “Delitos de corrupción en el sector privado”. No obstante, el texto finalmente aprobado ha preferido intitular la Sección 4ª de “Delitos de corrupción en los negocios”. Probablemente esta modificación tenga que ver con el hecho de que ahora el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del antiguo art. 445 se haya incluido en el art. 286 ter. Adviértase que en esta figura delictiva se castiga el soborno a funcionarios públicos, si bien en el marco de negocios económicos internacionales. De ahí que el común denominador de los delitos tipificados en la numeración bis y ter del art. 286 se encuentre en el marco en el que se produce el acto de soborno y no en la condición privada o pública de los sujetos activos.

6 Sobre los modelos existentes en Derecho comparado vid., por todos, NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)”, en *Revista penal*, nº 10, 2002, p. 56 ss.; FOFFANI, L.: “La ‘corrupción privada’. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, p. 384 ss.

criminallymente⁷. En este sentido, en el caso de la tipificación española las posturas divergen, sintéticamente y sin atender a matizaciones, entre un modelo que protege la competencia leal⁸ y uno que protege al empresario que se ve perjudicado por el acto de soborno de su dependiente. En realidad, este segundo modelo apenas es defendido de manera pura⁹, puesto que quienes interpretan el tipo penal en clave de deslealtad respecto del titular de la empresa, por afectar el soborno a sus intereses patrimoniales,

- 7 Para una revisión de los argumentos críticos a la incriminación de la corrupción privada vid., por todos, BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, p. 5 s., con numerosas referencias.
- 8 Sin ánimo de exhaustividad, de *lege lata*, CASTRO MORENO, A.: “Corrupción entre particulares”, en ORTIZ DE URBINA, I. (Coord.): *Memorandum Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010*, 2011, p. 291, Nm. 2732, concretándolo en el buen funcionamiento del mercado; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, en *La Ley Penal*, nº 87, 2011, p. 12/39; SANTANA VEGA, D./GÓMEZ MARTÍN, V.: “Sección 4ª. De la corrupción entre particulares”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código Penal Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 635; CORCOY BIDASOLO, M.: “Algunas consideraciones político-criminales sobre la corrupción privada: Límites y eficacia de los *compliance*”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./VÍCTOR MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, p. 179. Considera que un modelo de tipificación basado en la libertad y lealtad de la competencia es el más adecuado en atención a la estrategia político-criminal del legislador europeo, FOFFANI, L.: “La corrupción privada”, ob., cit., p. 388 s. En la misma línea, de *lege ferenda* respecto de la regulación española, ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2009, nº 99, p. 109 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 2011, p. 308; EL MISMO: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed., Valencia, 2015, p. 383, incluso con posterioridad a la LO 1/2015; PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, p. 918 s.
- 9 Así parece que lo defienden RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./MORÓN LERMA, E.: “Artículo 286 bis. 1, 2 y 3”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)

no lo desvinculan de la competencia leal, de manera que se estaría ante una fórmula mixta que toma en consideración elementos de ambos modelos, es decir, un delito pluriofensivo¹⁰.

La manzana de la discordia en esta discusión ha sido, por un lado, el requisito típico en la versión del art. 286 bis dada por la LO 5/2010 de que el sujeto activo lleve a cabo la conducta típica “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”; deber de comportamiento leal que según los autores que definen un modelo exclusivo o mixto de deslealtad solo puede mediar entre el titular de la empresa y su dependiente. Y por otro

MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Cizur menor, 2011, p. 937.

- 10 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español?”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Coord.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 288 s., ya con anterioridad a la LO 5/2010; GILI PASCUAL, A.: “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)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2007, p. 288; EL MISMO: “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2013, p. 53; ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones”, ob. cit., p. 119; QUERALT, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6 ed., Barcelona, 2010, p. 626; EL MISMO: “La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, J.S./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.): *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pp. 808 y 810; BLANCO CORDERO, I.: “Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Valladolid, 2011, p. 1110; MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Cizur Menor, 2011, p. 430, críticamente de *lege lata*; BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., pp. 13 s. y 16 s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa* (2015), ob. cit., p. 382 s., críticamente de *lege lata*.

lado, derivado de lo anterior, el hecho de que no se incluyera entre los sujetos activos de la modalidad pasiva del art. 286 bis al titular de la empresa¹¹, lo que reforzaría la tesis anterior.

En este trabajo se va a tomar postura a favor de concebir el bien jurídico protegido en la competencia leal o correcto funcionamiento del mercado en términos de igualdad de oportunidades de los competidores a la hora de ofrecer, adquirir o contratar productos o servicios en el ámbito de las relaciones comerciales. La libre competencia se configura como un elemento esencial de la economía del mercado y, en consecuencia, implica lógicamente al desarrollo de estrategias que permitan desplazar los productos y/o servicios de los competidores directos. Pero no todo vale en esta lucha por la supervivencia, únicamente cuando se respetan las reglas del juego que garantizan el acceso al mercado para poder competir eficazmente. Son varios los argumentos que me llevan a adoptar esta tesis: en primer lugar, este parece ser el vector en la Decisión marco de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, al señalarse que la corrupción “constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes, servicios comerciales e impide un

11 GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación del ámbito típico”, ob. cit., p. 271; VENTURA PÜSCHEL, A.: “Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Comentarios 2010*, ob. cit., p. 324; BLANCO CORDERO, I.: “Artículo 286 bis”, ob. cit., p. 1112; MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción”, ob. cit., p. 429 s.; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./MORÓN LERMA, E.: “Artículo 286 bis 1, 2 y 3”, ob. cit., p. 938. En el mismo sentido, defendiendo la atipicidad de la conducta por consentimiento del titular, ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones”, ob. cit., pp. 108 y 118; BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 20 s.; NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret*, 4/2011, p. 12 ss., quienes rechazan como posible justificación de su exclusión el que la libertad de poder de organización y gestión del que goza, puesto que estaría sometido a deberes específicos de actuar de manera respetuosa con la competencia. En su opinión, su ausencia se debe a un olvido injustificable del legislador (ob. cit., p. 19).

desarrollo económico sólido”. Más concretamente, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 apuntaba ya directamente a esta dirección, al referirse expresamente a la “competencia justa y honesta” y al hecho de que estos comportamientos “rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado”. Es verdad que los preámbulos y las exposiciones de motivos de los textos legales no tienen en sí mismo carácter dispositivo, si bien constituyen un elemento de valoración jurídica que ha de ser tenido en consideración para la interpretación de las normas legales, en la medida en que expresan la voluntad del legislador y de la ley.

En segundo lugar, un modelo puro de competencia bien podía defenderse incluso con la regulación aprobada en 2010, interpretando el requisito del incumplimiento de obligaciones en clave competencial. Así lo ha venido defendiendo un sector de la doctrina¹², en atención a la normativa extrapenal recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Solo así se podía comprender coherentemente el que la versión inicial del art. 286 bis contemplara que el sujeto activo infringiera sus obligaciones en ambas modalidades de corrupción, activa y pasiva, aspecto sobre el que volveré más adelante. E, igualmente y sin poderme detener en esta controvertida cuestión, esta comprensión del delito facilita su delimitación respecto de otras figuras delictivas, particularmente la administración desleal y la apropiación indebida¹³.

12 Así, OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., pp. 8 y 10 ss. Niegan esta postura, admitiendo exclusivamente como obligaciones las del dependiente con el titular, GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación típica”, ob. cit., p. 275 s.; RODRÍGUEZ PUERTA, J.M./MORÓN LERMA, E.: “Art. 286 bis 1, 2 y 3”, ob. cit., p. 940.

13 Véase con anterioridad a la introducción del art. 286 bis en el CP español, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Corrupción y delito de administración desleal”, en EL MISMO: *Estudios penales*, Madrid, 2001, p. 195 ss. También GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, p. 161 ss. Tras la LO 5/2010, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado:

Existiría un tercer y último argumento. La redacción dada al art. 286 bis por la LO 1/2015, entre otras modificaciones que aquí no se van a abordar, prescinde del incumplimiento de las obligaciones como elemento del tipo¹⁴ en ambas formas de corrupción, lo que parece indicar que, frente al confuso modelo introducido en 2010, la reforma actual trata de plasmar legislativamente un modelo puro de defensa de la competencia. En este sentido, de nuevo la Exposición de Motivos de la reforma advierte que se busca “garantizar la aplicación (...) en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de terceros, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas”, lo que parece descartar, al igual que sucediera con la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, que el legislador contemple el soborno como un acto de deslealtad frente al principal, sino como un ataque al correcto funcionamiento de las reglas del mercado que se ve distorsionado por estas prácticas corruptas.

Con todo, hay que reconocer que la regulación aprobada no disipa plenamente las dudas en cuanto al modelo de incriminación, por lo que seguirían existiendo elementos disfuncionales de cara a la orientación aquí defendida. En primer lugar, el mantenimiento de la atenuación facultativa en atención a la trascendencia de las funciones del culpable, así como el hecho de que la nueva regulación sigue dejando fuera, al menos aparentemente, al titular de la empresa. Sobre esta segunda cuestión se dará cuenta posteriormente. En cuanto a lo primero, la razón de la atenuación ha de verse en realidad, a mi juicio, como una forma de atemperar el rigor punitivo del tipo penal (superior incluso a lo propuesto en la normativa internacional, así como en otras

¿competencia desleal y/o administración desleal?, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, p. 235 ss.; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 13 ss.

14 Ya a favor de la supresión de este elemento, con anterioridad incluso a la LO 5/2010, ROSAS OLIVA, J.I.: “Consideraciones”, ob. cit., p. 121 s.

figuras afines del Código Penal), dada la amplitud con la que el legislador ha delimitado los sujetos activos en ambas modalidades de corrupción, incluida la pasiva, a pesar de configurarse esta última como un delito especial. Con la reforma de 2015 el legislador ha desaprovechado la ocasión para reducir la penalidad del delito, excesiva según ha manifestado unánimemente la doctrina. Y hubiera sido más adecuado limitar el círculo de sujetos activos en el cohecho privado pasivo exclusivamente a sujetos con un poder de actuación o capacidad decisoria en el seno de la entidad, eliminando una atenuación que parece estar pensada para las figuras del empleado y el colaborador, lo que permitiría por lo demás acotar el ámbito de lo punible. En este escenario, una regla de atenuación de la pena podría tener sentido conforme a otros parámetros, como pudiera ser la aceptación o no del soborno¹⁵, o la trascendencia económica en el contexto concurrencial de la contraprestación solicitada u ofrecida, y no solo la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja a la que alude el tipo penal¹⁶.

Lo anterior se vincula con la segunda gran objeción que plantea el art. 286 bis. Incluso asumido un modelo puro de competencia¹⁷, hay que advertir que la competencia leal, por muy fundamental que sea para el buen funcionamiento de mercado,

15 Cfr. BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 17, quien propone exigir la aceptación del soborno, paralelamente a lo que ocurre con la proposición, a efectos de restringir el ámbito de lo punible del tipo penal. No obstante esta autora defiende que la competencia es el bien jurídico mediato, proviniendo su lesión de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y encargado (p. 14).

16 Y sin perjuicio de la posibilidad también de agravar la pena, tal y como establece el nuevo art. 286 quáter cuando los hechos revistan especial gravedad; concretamente, cuando el beneficio o ventaja posee un valor especialmente elevado, es una actuación no meramente ocasional, los hechos se cometen en el seno de una organización o grupo criminal y el objeto del negocio versa sobre bienes o servicios humanitarios u otros de primera necesidad.

17 Para una profundización de los argumentos a favor, de *lege lata*, de un modelo puro de competencia, véase OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 3 ss.

no puede en sí misma justificar la incriminación de estas conductas sin una mayor concreción y sin que esta se refleje en los elementos configuradores del tipo, de manera que el delito establezca el plus de gravosidad que aporta frente a la regulación extrapenal existente, fundamentalmente las antecitadas leyes de Defensa de la Competencia y de Competencia Desleal¹⁸, ya protectoras con carácter prioritario de la competencia. Estas normas sancionarían conductas de alteración de las reglas sobre competencia, incluso con una mayor restricción que la que opera en el art. 286 bis¹⁹. De no atender a estos criterios de lesividad y gravedad, la incriminación presenta la misma inidoneidad para fundamentar el injusto penal que la infracción meramente formal del deber de lealtad²⁰. En este punto, la LO 1/2015 deja pasar la oportunidad para precisar el contenido del injusto, puesto que contempla prácticamente con la misma amplitud las conductas típicas en relación con la regulación previa, por lo que siguen siendo oponibles las mismas críticas planteadas por la doctrina al respecto²¹. De ahí que deben recibirse positivamente

18 En sentido similar, MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción”, ob. cit., p. 433 s.; BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 12. Alegan la insuficiencia de la regulación extrapenal para proteger la lealtad competitiva, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 233, señalando igualmente la insuficiencia de los delitos de administración desleal y apropiación indebida; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., pp. 8 y 12.

19 En esta dirección, señalando tanto la normativa extrapenal, como el hecho de que la Acción Común de 1998 dejaba fuera del ámbito penal las conductas de escasa gravedad, GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación típica”, ob. cit., p. 252 s.

Para un análisis de la regulación extrapenal en el Derecho de la competencia, y su mayor concreción lesiva en relación con el art. 286 bis, véase NAVARRO FRIAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., pp. 6 s. y 26 ss.

20 Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción”, ob. cit., p. 281.

21 Por todos, VENTURA PÜSCHEL, A.: “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 ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA

las propuestas doctrinales que desde una u otra comprensión del delito tratan de restringir el ámbito de lo punible. Su exposición excede con mucho las pretensiones de este trabajo; no obstante, y sin perjuicio de que evidentemente exige un mayor desarrollo, solo se apuntará la posibilidad de concebir la competencia leal como bien jurídico mediato, mientras que en primera línea se protegería otro bien jurídico, en concreto los intereses patrimoniales de los competidores, en términos de idoneidad de la conducta para producir un perjuicio a los competidores o, más restrictivamente, como peligro concreto de menoscabo de sus intereses patrimoniales²². No obstante, ello requeriría introducir el elemento objetivo de peligrosidad o de aptitud en la descripción típica, al estilo de lo que sucede en otros delitos que afectan al mercado y los consumidores, como es el caso del delito de publicidad engañosa o de facturación ilícita²³. Pero en cualquier caso, y a falta de una mayor concreción expresa del tipo en esta dirección, deberán atenderse a parámetros de adecuación social e insignificancia²⁴ para restringir la aplicabilidad del art. 286 bis

PÜSCHEL, A. (Coords.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Valencia, 2009, p. 493 ss.; EL MISMO: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 321; MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción”, ob. cit., p. 432 ss.; QUERALT, J.: *Derecho penal español*, ob. cit., p. 625; EL MISMO: “La corrupción privada”, ob. cit., p. 808; CORCOY BIDASOLO, M.: “Algunas cuestiones político-criminales”, ob. cit., p. 168.

- 22 Cfr. GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación típica”, ob. cit., pp. 266 y 268; BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 17 s.; NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., pp. 22 y 26 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa* (2015), ob. cit., p. 383.
- 23 En este sentido igualmente, FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 23, 2001, p. 71 ss.
- 24 Sobre esta cuestión, FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción”, ob. cit., p. 77; BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 15 s.; QUERALT, J.: “La corrupción privada”, ob. cit., p. 814; CORCOY BIDASOLO, M.: “Algunas cuestiones político-criminales”, ob. cit., p. 180 s.

a los casos más graves y, en consecuencia, más intolerables socialmente como exige el Derecho Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, una de las consecuencias que se derivan de interpretar el delito de corrupción entre particulares como deslealtad *ad-extra* o frente a los competidores, es que el consentimiento del titular de la empresa no va a implicar, necesariamente, la atipicidad de la conducta; conclusión a la que se llega de seguir un modelo mixto de protección. Ahora bien, antes he señalado que el titular de la empresa y, a mayores, el administrador de hecho, no aparecerían mencionados expresamente en el círculo de sujetos activos de la modalidad pasiva, incluso después de la reforma. Sin embargo es discutible que esta aparente omisión sirva determinadamente para propugnar que se está ante una figura delictiva basada en un acto de deslealtad interna, puesto que creo posible la inclusión de ambos sujetos en la enumeración de sujetos activos del art. 286 bis; aspecto que paso a analizar seguidamente.

3. Posibilidades de integración del titular de la empresa y del administrador de hecho en el círculo de sujetos activos del art. 286 bis

El art. 286 bis responsabiliza con las mismas penas al sujeto que corrompe y al que es corrompido, dando lugar respectivamente a las modalidades de cohecho activo y pasivo. No obstante, la delimitación del círculo de sujetos activos no es coincidente en ambos casos. Este trabajo se centra en los problemas de atribución de responsabilidad referidos al titular de la empresa y al administrador de hecho, cuya exclusión del círculo de sujetos activos, específicamente en la modalidad pasiva de corrupción, no parece aceptable en atención a un modelo puro de defensa de la competencia asumido en este trabajo. Debe tenerse presente que el titular de la empresa o empresario es el primer destinatario de las normas referidas a la competencia²⁵,

25 NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, L.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 12 ss.

algo extensible al administrador, legal o fáctico. No obstante, no van a tratarse aquí los problemas que plantean otros posibles sujetos activos del cohecho privado pasivo, particularmente el empleado y el colaborador, cuya presencia en este delito es a mi juicio altamente cuestionable²⁶. Por otro lado, adviértase que se va a tratar la cuestión de la idoneidad del titular o socio y del administrador de hecho para ser sujeto activo en ambas modalidades de corrupción privada, a pesar de que la activa se configura como un delito común. La razón de esta doble revisión es debida, por un lado, a la controversia que el suprimido elemento del incumplimiento de obligaciones ha suscitado, con anterioridad a la reforma, en el ámbito del cohecho privado activo respecto del consentimiento del titular de la empresa. Y, por otro, por las consecuencias que en el plano de la responsabilidad individual se derivan en relación con la sanción penal de la persona jurídica, que puede ser diferente en cada caso.

3.1. Administrador de hecho y titular de la empresa: ámbitos de coincidencia y divergencia

Antes de abordar la cuestión planteada, es necesaria una breve precisión conceptual. Aquí se parte de un concepto de administrador de hecho que viene definido materialmente, *a priori*, por la asunción fáctica de las funciones legalmente asignadas al administrador y que implican un poder de actuación, de toma de decisiones o de control²⁷, acorde, por lo demás, con lo dispuesto

26 Según se ha indicado anteriormente, sería preferible haber limitado el tipo penal a determinadas conductas especialmente graves en términos de competencia, realizadas por sujetos con un poder de actuación, decisión o control en el seno de la entidad, puesto que son ellos quienes se encuentra en mejor situación para dar u ofrecer la contraprestación en el ámbito de los negocios que busca el sobornador. En este sentido apunta la doctrina alemana, exigiendo que el sujeto posea, como mínimo, capacidad para influir en la toma de decisiones. Por todos, TIEDEMANN, K.: “§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en *Leipziger Kommentar*. 7. Band, 11. Auf., Berlin, 2005, p. 164 (Nm. 14).

27 Fundamental en relación con una interpretación material del concepto de administrador de hecho, conforme a la tesis del dominio social típico,

en el art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital²⁸. Cualquier limitación de este sujeto para poder realizar el tipo penal y, en consecuencia, ser considerado autor del mismo, vendrá determinada únicamente por la estructura típica del mismo²⁹. De otra manera: la pregunta sobre quién puede ser jurídico-penalmente un administrador de hecho a los efectos de equiparar su responsabilidad penal a la del administrador legalmente designado debe responderse atendiendo a dos niveles. A un primer nivel abstracto corresponde exclusivamente dar respuesta al porqué de la equiparación incriminatoria del administrador *de iure* y *de facto*, conforme al dominio manifestado en el ejercicio real y efectivo de las funciones de administración. Y esta cuestión es, en principio, ajena a las particularidades que presente el específico tipo penal que se aplique. Las limitaciones a la imputación penal a título de autoría de este sujeto pertenecen a un segundo nivel, a un estadio de concreción que debe solventarse en sede

GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. I. Teoría General*, Zaragoza, 1985, *passim*, especialmente pp. 338-339 y 350 y ss.

28 El nuevo art. 236 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio (BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010), conforme a la redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014), dispone en su apartado 3: “La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”. Obsérvese que ante la falta de definición expresa del concepto de administrador de hecho que existía con anterioridad a esta reforma, la LSC actual se decanta por un concepto material regido por el ejercicio real y fáctico de las funciones de administración.

29 Para una revisión de las posturas en la doctrina sobre el concepto de administrador de hecho, con mayores referencias, vid. GIL NOBAJAS, M.S.: “Administración legal y fáctica: revisión de dos supuestos problemáticos en Derecho Penal”, *Estudios de Deusto*, Vol. 59/1, 2011, p. 312 ss.; LA MISMA: “Delimitación conceptual y atribución de responsabilidad penal al administrador de derecho: una revisión de la doctrina desde la jurisprudencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2013, p. 122 s.

de tipicidad, en atención a la conducta típica y al objeto material de la figura delictiva³⁰. Solo entonces podrán excluirse, en su caso, determinados supuestos de administración de hecho, cuando la lesión del bien jurídico exija una alta cualificación normativa vinculada a la condición jurídica del sujeto. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, en el caso concreto del art. 286 bis se está ante dos figuras delictivas que, en principio, no imponen ninguna restricción formal sobre quién puede ser sujeto activo del tipo. En el cohecho privado activo, porque se trata de un delito común. En el caso del cohecho privado pasivo, porque aunque se está ante un delito especial, se configura como un delito especial de dominio o, conforme a otra tesis, de posición³¹.

El concepto que se acaba de presentar de administrador de hecho es, en consecuencia, válido para todos los ámbitos jurídico-penales en los que está involucrada esta figura. El legislador menciona expresamente a este sujeto en algunos delitos

30 Asume un concepto de administrador de hecho con base en un criterio fáctico y restringido en sede de tipicidad, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Delitos societarios”, en AA. VV.: *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, p. 581. Siguen también esta concepción, GALLEGO SOLER, J-I., “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Penal”, en CORCOY BIDASOLO, M., *Derecho Penal de la Empresa*, Pamplona, 2002, pp. 160-162 y 166; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Valencia, 2007, pp. 315-316 y 325; LA MISMA: “La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.): *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, p. 594.

También la jurisprudencia asume un concepto material de administrador de hecho. Así, sin ánimo de exhaustividad, las SSTs, 2ª, nº 1166/1999, de 16 de julio (RJ/1999/6184), nº 1949/2000, de 18 de diciembre (RJ/2000/10664), nº 2476/2001, de 26 de diciembre (RJ/2002/2033), nº 1027/2003, de 14 de julio (RJ/2003/6033), nº 816/2006, de 26 de julio (RJ/2006/7317), nº 1101/2007, de 27 de diciembre (RJ/2008/48), nº 606/2010, de 25 de junio (RJ/2010/7169), nº 696/2012, de 26 de septiembre (RJ/2012/5496) y nº 194/2013, de 7 de marzo (RJ/2013/3279).

31 BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 21.

societarios³², en el delito de estafa de inversión y de crédito del art. 282 bis, en la cláusula del actuar en lugar de otro del art. 31 y en el art. 31 bis. Particularmente en este último caso el administrador fáctico puede comprometer con su actuación delictiva la sanción penal de la persona jurídica. No obstante, conviene detenerse un momento en este precepto, por su relevancia a los efectos de este trabajo.

Con la LO 5/2010 el legislador penal incluyó al administrador de hecho y de derecho en el círculo de personas físicas cuya actuación delictiva podía derivar en responsabilidad penal para la entidad en los mismos términos que los delitos societarios y el art. 31 CP. Siguió así una incriminación uniforme acudiendo a la denominación formal de la posición jurídica del sujeto en el seno de la persona jurídica. Entre las modificaciones que ha sufrido el art. 31 bis con la reforma de 2015, se ha variado este aspecto, de manera que el texto aprobado mantiene la referencia a ambas figuras societarias pero, y esto es lo relevante, delimitando el círculo de sujetos que pueden realizar el hecho de conexión según un criterio material. Específicamente la primera fórmula de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica requiere la comisión del delito por “sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica y ostentan facultades de organización y control en la misma”. Con ello el legislador ha vuelto, en este aspecto concreto, a la versión del art. 31 bis dada en el Anteproyecto de 2006, que no es más que transposición literal de la normativa internacional en la materia. Pero obsérvese que con la nueva redacción no se ve afectada la interpretación material de administrador de hecho que se defiende; es más, en realidad la avala, puesto que

32 Arts. 290, 293, 294 y, hasta la LO 1/2015, 295, en relación con el delito de administración desleal. No obstante, la reforma aprobada suprime esta figura delictiva, que pasa a regularse como tipo genérico de administración desleal junto a la apropiación indebida en el art. 252.

expresa un criterio material de dominio sustentado en las notas de poder de actuación, organización o control, coincidente con el concepto de administrador de hecho previamente expuesto. Posteriormente se verá las implicaciones de esta interpretación en el marco de estas reflexiones.

Conviene realizar una última precisión. Teniendo presente las consideraciones anteriores se habrá podido advertir que el titular de la empresa o socio bien puede ser catalogado como una tipología concreta de administración fáctica, por lo que podría cuestionarse la necesidad de diferenciarlos según se ha optado en este trabajo. Así, la coincidencia puede suceder en varias hipótesis. Una de ellas se referiría a la situación del socio que, a su vez, ha sido designado administrador, pero habría incurrido en una irregularidad en alguna de las notas que define este estatus (nombramiento, aceptación e inscripción) o continúa ejerciendo como tal una vez caducado su cargo. Una segunda situación se presenta cuando en el socio concurre otra posición jurídica en la entidad, esta vez bajo una relación especial laboral que lo convierte en directivo. Igualmente puede ocurrir que el socio tenga conferido un poder de actuación, general o especial, caso que puede ser concurrente o no con el cargo de directivo. Y, finalmente, puede tratarse de un administrador oculto, es decir, sin cargo habilitante, aunque irrogándose fácticamente las funciones propias del administrador en lo que a toma de decisiones se refiere y que generalmente se manifestarán a través del testamento, es decir, del administrador formal sin capacidad decisoria. En este sentido, la nota común a todas estas variantes, desde un concepto material de administrador de hecho, es que el sujeto ostenta el dominio social típico a través del desempeño real y efectivo de las funciones de administración, directamente o por medio del administrador formal. Bajo esta perspectiva puede hablarse efectivamente de coincidencia entre el titular de la empresa y administrador de hecho. Es más, en el caso de que el socio comparta la condición de directivo, no hay problemas para considerarle sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva, puesto que es uno de los sujetos específicamente mencionados

en el tipo³³. No así, incomprensiblemente, en los demás supuestos desde una concepción del art. 286 bis conforme a un modelo puro de competencia.

No obstante, no siempre tiene por qué darse la coincidencia anterior, puesto que si el titular de la empresa o socio no se inmiscuye *de facto* en las funciones de administración (que materialmente implica, de nuevo, un poder de actuación, organización o control), se limitará a su condición de socio, evidentemente con las facultades de actuación que le otorga la normativa mercantil y societaria³⁴. Y, además, el titular de la empresa puede ser administrador de hecho, pero esta relación no tiene por qué operar, necesariamente, a la inversa. Esta última figura, según la interpretación aquí defendida, cubre un mayor número de supuestos (administradores notorios, apoderados, directivos, administradores ocultos), sin que tenga que estar presente simultáneamente la condición de socio. De ahí que se ha creído conveniente su diferenciación, al menos parcial, a los efectos de valorar su integración en el círculo de sujetos activos de ambas modalidades de corrupción entre particulares.

3.2. Sujetos activos en la modalidad activa del delito de corrupción privada

El segundo apartado del art. 286 bis (primer apartado en la versión inicial dada por la LO 5/2010) recoge la modalidad

33 No comparto por ello la argumentación de MENDOZA BUERGO (“El nuevo delito de corrupción”, ob. cit., p. 432) para quien, en caso de defenderse que el objeto de tutela fuera exclusivamente la competencia, el propietario debería considerarse incluido en el término directivo, puesto que esta es solo una de las posibles hipótesis en las que el titular de la empresa puede manifestarse como administrador fáctico, pero no la única.

34 Cfr. en relación con la Junta General de Accionistas lo dispuesto en los arts. 160 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital, conforme a la redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. De especial relevancia es lo establecido en el art. 161: “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho

activa del cohecho privado como delito común: “quien por sí o por persona interpuesta”. En consecuencia, según se adelantó *supra*, no se plantean en principio restricciones a la condición de autor más allá de las que se derivan de los requisitos del tipo penal³⁵. Con todo, ahora es el momento de confirmar esto último tomando en consideración las modificaciones recientemente operadas en este delito.

Conforme a la regulación previa a la reforma de 2015 y dependiendo de cómo se interpretase el incumplimiento de obligaciones, incluido entonces como elemento del tipo, el círculo de sujetos activos de esta modalidad de corrupción podía verse restringido en gran medida. A ello conducía interpretar este requisito como infracción del deber de lealtad respecto del titular de la empresa, ya que de ser así quien soborna no estaría incumpliendo ningún deber³⁶, puesto que su conducta estaría movida por “el mejor interés de la sociedad”, como expresa el art. 227 de la Ley de Sociedades de Capital al referirse al deber de lealtad de los administradores. Así había que entenderlo particularmente en el caso de un administrador. Además esta interpretación no solo excluía al titular de la empresa del círculo de sujetos activos, sino que su consentimiento llevaba a la paradoja de determinar la atipicidad de la conducta respecto de su dependiente.

órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234”.

35 Cfr. NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 9 s., para quienes el cohecho activo debiera restringirse a los competidores o personas que actuaran en interés de un competidor.

36 De ahí que algunos autores concluían que su incumplimiento solo puede exigirse en la modalidad pasiva, pero no en la activa. CASTRO MORENO, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 293, Nm. 2742; GILI PASCUAL, A.: “Pago de comisiones”, ob. cit., p. 74, ya que el consentimiento del titular en la modalidad activa no puede afectar al patrimonio del afectado. Por su parte SILVA SÁNCHEZ distinguiría entre conductas “internamente desleales” en la modalidad pasiva y conductas “externamente desleales” en la activa, según una diferente interpretación del incumplimiento de las obligaciones. En SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.)/PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.): *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, p. 420.

Obsérvese que lo anterior se corresponde con los casos más paradigmáticos de cohecho privado activo, en los que el soborno parte del propio titular de la empresa, o del administrador con su aquiescencia, pero en todo caso tiene como objetivo que el que el producto o servicio sea el contratado, a pesar de no ser el que ofrece las mejores condiciones, en términos de precio y/o calidad que el de sus competidores, vulnerando así las reglas del juego que sustentan la libre competencia.

Sin embargo, desde una concepción del art. 286 bis como un modelo puro de competencia, los problemas anteriores desaparecen en relación con el titular de la empresa y en cualquier hipótesis de administración fáctica, interpretando que las obligaciones de actuación de buena fe están referidas a la competencia leal y no a la empresa. En efecto, lo determinante penalmente en estos supuestos reside en que el soborno afecta en realidad a las reglas de juego que permiten el acceso al mercado en condiciones de igualdad y eficacia, base esencial de la libre competencia. Una interpretación en esta dirección se imponía en buena medida en el marco de la regulación existente hasta la LO 1/2015, puesto que de otro modo la figura de cohecho privado activo venía prácticamente inaplicable. Esta postura se refuerza con la nueva redacción del art. 286 bis, donde ya expresamente desaparece este requisito, de manera que no existen más restricciones de tipicidad que las que se derivan del hecho de que el acto de soborno debe realizarse en un contexto competitivo relativo a la “adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en relaciones comerciales”, sin perjuicio de la necesidad de dotar a esta figura de un componente lesivo específico, según se señaló al tratar la cuestión del bien jurídico.

3.3. Sujetos activos en la modalidad pasiva del delito de corrupción privada

Tratándose de la modalidad pasiva de cohecho entre particulares, el círculo de sujetos activos enumerados en el apartado primero del art 286 bis (anteriormente en el apartado segundo)

se ciñe al directivo, administrador, empleado y colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad³⁷. Obsérvese que aunque se trata de un delito especial la lista de sujetos activos es muy amplia y abarca figuras con muy distinta posición en la empresa, si bien todas ellas parecen encontrar su denominador común en que son sujetos dependientes del titular de la empresa³⁸. Este último, en una primera aproximación, quedaría excluido, al menos como autor, debido a la falta de mención expresa en el tipo penal. Esta conclusión resulta acorde con una interpretación del tipo en clave de deslealtad *ad-intra* por parte del dependiente y la consiguiente interpretación que se imponía del incumplimiento de obligaciones como elemento típico; requisito exigido con anterioridad a la LO 1/2015.

La interpretación seguida en este trabajo de considerar que las únicas obligaciones que incumple el sujeto son las relativas a la competencia o resto de competidores y no las que le

37 La LO 1/2015 ha restringido el tipo de ente colectivo en el que el sujeto activo del cohecho privado pasivo solicita o recibe el soborno, cuestión que se abordará más adelante al analizar el ámbito subjetivo de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídica en este delito.

38 RODRÍGUEZ PUERTA, J.M./MORÓN LERMA, E.: “Art. 286 bis. 1, 2 y 3”, ob. cit., p. 361. No obstante, algunos autores encuentran el denominador común en la capacidad de decisión individual o colectiva en la actividad de contratación de estos sujetos. Así VEGA SANTANA, D./GÓMEZ MARTÍN, V.: “Sección 4ª. De la corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 636. Por mi parte no puedo compartir esta postura, ya que ni el empleado ni el colaborador poseen, por regla general, poder decisorio o autoridad para tomar decisiones. Si así lo tuvieran, entonces deberían ser considerados como administradores fácticos. En cualquier caso, y como ya he señalado anteriormente, lo más adecuado hubiera sido dejar fuera del tipo penal al empleado y al colaborador a los efectos de restringir su aplicación exclusivamente a quienes están en condiciones de influir determinadamente en el ámbito de la contratación por poseer capacidad de decisión, organización o control en la entidad. Comparten el argumento de que el sujeto activo en la modalidad pasiva de cohecho privado debe poseer un cierto poder de decisión, aunque sea compartido con otra u otras personas, MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción”, ob. cit., p. 438 s., en relación con la regulación previa a la LO 1/2015; BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 23, restringiendo así la figura del colaborador.

vinculan a la empresa en la que desempeña su cargo, función o trabajo el sujeto sobornado, elimina el principal obstáculo para considerar al titular de la empresa sujeto activo del tipo, incluso en el marco de la regulación anterior. Además resulta acorde con la reforma aprobada, en la que, se recordará una vez más, se suprime ese elemento típico. No obstante, resulta incomprensible que esta supresión, orientada a regular un modelo puro de competencia, no ha venido acompañada de la incorporación del titular de la empresa o socio en el círculo de sujetos activos. Este proceder puede interpretarse, a mi juicio, de cuatro formas: primero, considerar que con la nueva redacción del art. 286 bis todavía existen motivos para defender un modelo mixto en el que implícitamente sigue siendo necesaria la infracción de un deber de lealtad interna. Sobre esta alternativa, rechazada de entrada por la concepción seguida en este trabajo, ya me he pronunciado *supra* a la hora de tratar la cuestión del bien jurídico tutelado, por lo que no volveré sobre ello. Segundo, interpretar que su aparente ausencia es, precisamente, simple apariencia, puesto que en realidad el titular de la empresa ya estaría incluido, junto al administrador de hecho, en la enumeración de sujetos del art. 286 bis.1. Tercero, valorar que la omisión se debe a un olvido injustificado del legislador con los que en ocasiones nos sorprende. Cuarto, considerar que la reforma efectivamente consagra un modelo puro de competencia, siguiendo así la estela de la regulación alemana del § 299 StGB³⁹. La similitud de ambas regulaciones en lo que ahora interesa residiría en que también el delito tipificado en el Código Penal alemán dejaría fuera al titular de la empresa en el caso del cohecho privado pasivo, algo que ha sido criticado por un sector de la doctrina alemana⁴⁰.

39 Señala el paralelismo de la regulación española y alemana en relación con la exclusión del propietario, a pesar de defender una fórmula mixta en el art. 286 bis, MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción”, *ob. cit.*, p. 439.

40 Así, DANNECKER, G.: “§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.-U. (Hrsg.): *Strafgesetzbuch. NomosKommentar*. Band 2, 2. Auf., 2005,

Las opciones tercera y cuarta resultan sin duda atractivas y permiten encontrar la causa en un descuido (pretendido o no) del legislador o, en su caso, en un intento de copiar la regulación de otro ordenamiento jurídico sin reflexionar sobre los pros y contras de su extrapolación al interno. No obstante, las indeseables consecuencias a las que a mi juicio conduce esta ausencia hace necesario analizar la rentabilidad de la segunda de las alternativas propuestas.

Evidentemente, conforme a un modelo puro de competencia nada obsta a que el titular de la empresa sea considerado participe⁴¹ de la conducta que realiza a título de autoría el directivo, administrador, empleado o colaborador. Pero esta vía no serviría para los supuestos en los que él es directamente el sujeto sobornado. Si el socio reúne al mismo tiempo la condición de administrador legalmente habilitado o, en su caso, es también un directivo de la empresa (que, se recordará, es una tipología específica de administración fáctica), no hay problema para considerarlo sujeto activo bajo estas dos figuras⁴². En otro caso,

p. 5294, haciéndolo extensible al administrador de hecho (p. 5293). Por su parte TIEDEMANN niega la aptitud del titular de la empresa para ser sujeto activo del delito de corrupción privada pasiva, pero no tiene inconveniente en admitir al administrador de hecho. “§ 299”, ob. cit., pp. 163 (Nm. 13), 165 (Nm. 15) y 166 (Nm. 17). Algunos autores, a pesar de estar de acuerdo con la exclusión del titular de la empresa del § 299.1, admiten que pueda ser penalmente responsable si actúa, a su vez, como encargado de otra empresa. En este sentido, HEINE, G./EISELE, E.: “§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en SCHÖNKE, A./SCHÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20. Auf., München, 2014, p. 2829.

41 Cfr. GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación típica”, ob. cit., p. 286. Señalan esta posibilidad de hacer responsable al titular de la empresa, NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 33 s.

42 Considera que, conforme a un modelo puro de competencia, el propietario debe ser englobado en cualquier caso en el concepto de directivo, MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción”, ob. cit., p. 432. Rechazan la inclusión del titular de la empresa en el término colaborador, NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 11; PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis)”, ob. cit., p. 920.

creo igualmente posible integrarlo en el término administrador⁴³, como administrador fáctico, otra de las figuras aparentemente ausentes del art. 286 bis.1, ya que la referencia al administrador, situado en segundo puesto en el círculo de sujetos activos⁴⁴, no está adjetivada.

La falta de mención expresa al administrador de hecho en el cohecho pasivo privado ha suscitado críticas en la doctrina⁴⁵. Incluso podría preguntarse si la razón de ser de este proceder tenga que ver con no dejar una puerta abierta al castigo del empresario o socios. Pero es una omisión superable, porque a mi juicio el término administrador debe interpretarse de la manera más amplia posible, es decir, incluyendo al administrador de hecho según la concepción anteriormente defendida en cuanto a la delimitación de esta figura.

Son varias las razones que abogan por esta conclusión, sistemáticas y teleológicas. En primer lugar, porque desde la perspectiva de un modelo puro de competencia no hay razón para entender que el soborno que recae sobre este sujeto

-
- 43 Entiende incluidos implícitamente a los empresarios en el término administrador, desde su concepción del tipo de injusto y dada la regulación del art. 31 bis, OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 14, si bien no da razones de cómo es la integración de estos sujetos en la figura del administrador. También, implícitamente, NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 10 s.
- 44 Crítico con este orden en la enumeración de sujetos activos, CASTRO MORENO, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 295, Nm. 2750, haciéndose eco del Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008.
- 45 VENTURA PÜSCHEL, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 324; QUERALT, J.: Derecho penal español, ob. cit., p. 626; EL MISMO: “La corrupción privada”, ob. cit., p. 811, quien cree que esta ausencia tal vez trata de ser compensada con la figura del colaborador; CASTRO MORENO, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 295, Nm. 2750; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 6, si bien no se comprende por qué no entiende implícitamente incluido al administrador de hecho cuando sí lo hace respecto del empresario; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa* (2015), ob. cit., p. 385.

no realice el tipo penal. Sirva de ilustración el caso del socio mayoritario que, conociendo las ofertas presentadas por diversos competidores en la contratación de un determinado servicio, desvela a cambio de una considerable cantidad de dinero o un regalo particularmente caro las distintas ofertas a fin de que quien soborna pueda mejorarla⁴⁶. En supuestos como estos, la empresa de la que es socio el sobornado no se ve patrimonialmente perjudicada, ni tiene sentido hablar de una actuación contraria a su interés, pero claramente se distorsionan y vulneran las reglas de competencia leal. En segundo lugar, en el Código Penal de 1995 el legislador equiparó a efectos penales la administración fáctica con la legal en los delitos societarios y en la cláusula del actuar en lugar de otro del art. 31. Y la LO 5/2010 también lo incorporó expresamente en el art. 31 bis, ya que es uno de los sujetos cuya actuación delictiva puede comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica. La nueva regulación del art. 31 bis ha modificado su redacción en este extremo, pasando de una mención basada en la denominación formal del estatus del sujeto que con su actuación delictiva puede comprometer la sanción penal de la entidad (administrador de hecho o de derecho), a una descripción basada en las funciones ejercitadas por este, es decir, un criterio material⁴⁷. En consecuencia, sigue siendo plenamente válida la afirmación de que el art. 31 bis alude a ambas formas de administración. Teniendo presente estas consideraciones y por coherencia sistemática⁴⁸, la referencia al administrador en el art.

46 Cfr. OTERO GONZÁLEZ, O.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 14.

47 Considera que tanto la alusión al administrador de hecho o de derecho como la que presenta la reforma es en ambos casos un criterio material, BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, 2013, p. 241, en relación con el Anteproyecto de 2013.

48 En el mismo sentido, VENTURA PÜSCHEL, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 324, haciéndolo extensible al socio o titular de la empresa; CASTRO MORENO, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 295, Nm. 2750; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económica y de la empresa* (2015), ob. cit., p. 385.

286 bis.1 debe incluir igualmente ambas manifestaciones, legal y fáctica, con el añadido de que en este caso se está ante un delito especial cuyos elementos típicos no imponen restricciones a admitir cualquier modalidad de administración de hecho, según se expuso. En tercer lugar, la inclusión del titular de la empresa en el círculo de sujetos activos del delito de corrupción privada pasiva parece imponerse por coherencia entre la modalidad activa y pasiva de este delito, ya que si no hay inconveniente en considerar al administrador de hecho como sujeto del que parte el soborno, tampoco debe limitarse la posibilidad de que este mismo sujeto sea el sobornado en defensa de un modelo referido a la competencia. Imagínese el caso más extremo de un administrador notorio, por ejemplo un administrador que, habiendo caducado su cargo, sigue ejerciendo como tal porque no se ha designado nuevo administrador. De él parte el favorecimiento en la contratación del servicio a una determinada empresa por el pingüe beneficio que obtiene de ello, por ejemplo, un “sueldo” mensual en concepto de consultoría mientras la empresa en la que desempeña fácticamente el cargo de administrador siga contratando el servicio, bloqueando así la posibilidad de cualquier otro competidor que lo proporcione en mejores condiciones económicas y/o de calidad. ¿Qué razón puede aducirse para que, recibiendo un soborno referido a una relación comercial, quede excluido del tipo penal? Es posible anteponer un último argumento. Se recordará que conforme a una interpretación del art. 286 bis.1 como delito de deslealtad hacia el titular de la empresa, según ha venido defendiendo un sector de la doctrina, se ha discutido su delimitación con el delito de administración desleal. Pero con independencia ahora de esta discusión y la profunda reforma que sufre este tipo penal en la LO 1/2015, si en el ahora desaparecido art. 295, construido sobre la base de un acto de deslealtad del administrador, se englobaba ya como sujetos activos al administrador legal y al fáctico, no se ve la razón por las que este último deba ser excluido del art. 286 bis.

Admitida la inclusión del administrador de hecho⁴⁹, no hay inconveniente para considerar igualmente englobado al titular de la empresa, dado que de ahí puede surgir en el caso concreto un supuesto de administración fáctica. En este sentido, el titular de la empresa podrá ser considerado un administrador de hecho si ostenta el dominio social típico, manifestado en un poder de actuación, decisión o control. Ahora bien, es difícil pensar en una situación en que el sujeto sobornado, que determina frente a la contraprestación recibida o solicitada la ventaja al corrupto en la relación comercial, por sí o por medio de una persona interpuesta, no ostente dichas facultades. Lo cual significa que necesariamente contará con un poder o autoridad para la adopción de la decisión, conforme al criterio material que da sentido a una administración fáctica. Cuestión distinta, de nuevo, es si cualquier conducta venal que formalmente sea subsumible en el art. 286 bis.1 debe considerarse merecedora de castigo penal, si bien ese es un problema que debe reconducirse a los necesarios parámetros de lesividad de la conducta con los que debería contar este delito, pero que no condiciona la cuestión del sujeto activo que ahora se analiza.

4. Responsabilidad penal en el plano de la persona jurídica

4.1. Introducción

En un soborno en el ámbito privado va a estar implicada una actividad comercial o profesional desempeñada muy probablemente bajo una forma de organización colectiva, es decir, empresas y personas jurídicas. Y tiene sentido que sea así, puesto que poseen un poder corporativo de gran magnitud para manipular las relaciones económicas, con las importantes repercusiones económicas, sociales y políticas que conlleva⁵⁰. No obstante, ni

49 En contra, MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción”, ob. cit., p. 439, por considerar que supondría una interpretación extensiva *contra reo*.

50 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las

la implicación de la forma de organización colectiva es la misma en cualquier supuesto de corrupción⁵¹, ni necesariamente el tratamiento jurídico-penal ha de ser, en consecuencia, el mismo. A este respecto debe partirse de lo dispuesto en el art. 288 CP en su segundo párrafo, donde se recogen las penas imponibles cuando “el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España”. Esta previsión contenida en la Sección 5ª (“Disposiciones comunes a las secciones anteriores”) del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, es aplicable a todos los delitos tipificados en las secciones 1ª a 4ª: delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual, mercado y consumidores y, en lo que aquí interesa, corrupción en los negocios (Sección 4ª). En cualquier caso, puesto que el art. 288 no establece ninguna distinción, debe entenderse que la responsabilidad penal de la persona jurídica es extensible tanto a la modalidad activa como pasiva del cohecho privado, coincidente con la regulación que en esta cuestión ofrece la Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

No obstante, la mayoría de los autores se han limitado a señalar que solo cabe la aplicación del art. 31 bis para la modalidad activa, pero no para la pasiva⁵², en la línea de lo dispuesto

personas jurídicas”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, p. 4. Sobre la falta de sintonía entre el poder económico y la honorabilidad en el mundo profesional y laboral y la ética de los negocios, CARBAJO CAS-CÓN, F.: “Corrupción pública”, ob. cit., p. 131.

51 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Respuesta penal frente a la corrupción”, ob. cit., p. 4, bien en quien corrompe, bien en quien es corrompido, bien en el medio que es empleado para llevar a cabo la corrupción o para extraer provecho de los beneficios obtenidos.

52 BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 6; CASTRO MORENO, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 300, Nm. 2769, poniendo de manifiesto el hecho que en la modalidad activa, cuando el delito se comete por infracción del deber de vigilancia, se trataría de una imprudencia respecto de la persona jurídicas, mientras que el art. 286 bis solo castiga la modalidad dolosa.

en el Convenio penal del Consejo de Europa sobre corrupción de 1999⁵³. Esta postura es acorde con una concepción mixta de afectación a la competencia y de deslealtad frente al titular de la empresa. Se argumenta, además, que en la corrupción pasiva la persona jurídica sería generalmente la perjudicada por el soborno, lo que es incompatible con el requisito del beneficio directo o indirecto que exige el art. 31 bis. Pero es que, en el caso del cohecho activo, con una concepción mixta se llega a la paradoja de que tampoco podría sancionarse penalmente a la persona jurídica si media consentimiento del empresario, ya que la conducta sería ya atípica para la persona física, por mucho que ello derive en un beneficio para la entidad e, incluso, se constate la presencia de una deficiencia organizativa⁵⁴. Lo que no es delito para la persona física por no ser subsumible en el tipo penal, no puede serlo tampoco para la persona jurídica, al menos en atención al modelo de responsabilidad penal que para estas entidades ha introducido el legislador español. Ambos responden por el mismo delito o, mejor, el tipo penal es común para ambos⁵⁵, pero la sanción de cada uno se impone por diferentes razones. Y desde luego tampoco se estaría ante alguno de los supuestos del art. 31 ter que permite sancionar autónomamente a la persona jurídica. Esto también opera en el ámbito del art. 129, complemento a la regulación de los arts. 31 bis a quinquies para toda forma de organización colectiva sin personalidad jurídica, donde por imperativo legal una de las condiciones para su aplicación es la imposición de una pena a la persona física culpable.

53 También la Acción Común 1998/742, predecesora de la DM de 22 de julio de 2003 limitaba la responsabilidad de la persona jurídica a la corrupción activa, mientras que esta última la extiende a ambas modalidades. Sugiere que la previsión de la DM tenga que ver por la distinta distribución del articulado, más que por una modificación intencionada de planteamiento, GILI PASCUAL, A.: “Bases para la delimitación típica”, ob. cit., p. 250.

54 VENTURA PÜSCHEL, A.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 326; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa* (2015), ob. cit., p. 383.

55 Similar BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La introducción de la responsabilidad penal”, ob. cit., p. 238.

Teniendo presente este escenario, en lo que sigue se revisará hasta qué punto se mantiene este planteamiento bajo una comprensión en clave de competencia del art. 286 bis, así como en atención a la filosofía que inspira la responsabilidad penal de las personas jurídicas, relativa a la implementación de sistemas de prevención y detección de delitos; aspecto sobre el que profundiza la nueva regulación que establece la LO 1/2015. Por ello, previamente se expondrá las líneas maestras del sistema de imposición de penas a personas jurídicas, recogido en los arts. 31 bis a quinquies del Código Penal.

4.2. Bases del modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas en el Código Penal español

Apenas cinco años después de la introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta casi imposible abarcar la literatura científica que ha suscitado esta regulación, tanto con carácter general sobre el modelo introducido, como en el análisis de cada de los aspectos particulares que contiene. Ni mucho menos se pretende esta labor en el marco de este trabajo, por lo que debe advertirse que únicamente se ofrece un esbozo de los requisitos legales para sancionar penalmente a la entidad a los efectos de comprender las implicaciones que se derivan en el ámbito del art. 286 bis, según la propuesta aquí planteada. No se va a entrar a valorar ni la coherencia dogmática del modelo consagrado ni, derivadamente, los problemas que plantea, pues ello requeriría un trabajo en profundidad que aquí no es posible tratar.

La regulación penal sobre personas jurídicas ha conocido ya dos reformas desde que se introdujo por medio de la LO 5/2010⁵⁶. La primera, para incluir en el ámbito subjetivo de apli-

56 Crítico con este proceder del legislador, por dar la sensación de improvisación permanente, añadido al hecho de que la normativa procesal relativa a las personas jurídica no se reformó sino tiempo después de la aprobación de la reforma del Código Penal, BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “La introducción de la responsabilidad penal”, ob. cit., p. 223.

cación del art. 31 bis a los partidos políticos y sindicatos⁵⁷, incomprensiblemente dejados fuera en un inicio. La segunda, determinante a los efectos de este trabajo, mediante la LO 1/2015. En un intento de resumir la filosofía que inspira esta reforma, se profundiza en la autorregulación empresarial como piedra angular del modelo de responsabilidad⁵⁸, algo que anteriormente quedaba insuficientemente plasmado en la ley. Se incorpora así una regulación expresa y pormenorizada de un modelo de organización empresarial “ideal” dirigido a prevenir delitos, especificando el papel que juega en el sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Se puede y debe discutir si la transmisión de control de riesgos del Estado a las empresas, reservándose el primero un papel fiscalizador de si dicho control se ha llevado a cabo correctamente para prevenir y/o detectar la comisión de delitos, es una tarea que haya de resolverse con el expediente penal. E, igualmente, en qué medida esto es compatible o asumible para una tradición jurídica tan poderosamente vinculada a la Dogmática penal romano-germánica. De lo que no cabe duda es del paralelismo existente entre las razones que han dado entrada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al delito de corrupción en los negocios en el Código Penal. En ambos casos el mensaje coincide: la libertad de organización de las empresas encuentran su límite en la necesidad de que la organización

57 LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

58 Sobre la autorregulación empresarial y su influencia en las actuales fundamentaciones de imputación penal a los entes colectivos, particularmente para los modelos de autorresponsabilidad, véase por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO ZAPATERO, J.L. (et al.): *Autorregulación y sanciones*, Madrid, 2008, p. 256 ss.

empresarial debe mantener una política de integridad en el desarrollo de su actividad⁵⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el modelo que particularmente articula el Código Penal tras la reforma mantiene a mi juicio una base de heterorresponsabilidad, como ha manifestado un sector de la doctrina. Se exige un hecho de conexión realizado por determinadas personas que actúan para la entidad, aunque se incorpora un criterio de imputación referido a la propia persona jurídica en la forma del defecto de organización⁶⁰. Básicamente, es necesaria la comisión de un delito, alguno de los que entran dentro del ámbito de aplicación *numerus clausus* del art. 31 bis y ss., alternativamente en dos hipótesis: a) comisión del delito por el representante legal o persona que individual o colegiadamente posea autoridad para tomar decisiones, poder de organización o de control. En todo caso, es necesario que el delito se cometa en nombre o por cuenta de la entidad, es decir, en el ámbito de las funciones atribuidas o encomendadas al sujeto, sin que tenga su origen en una extralimitación de estas, y que haya sido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, material (incremento de beneficios o ahorro de costes) o inmaterial (una mejor posición en el mercado); y b) comisión del delito por aquellos sometidos a la autoridad de las personas mencionadas anteriormente. También en esta hipótesis es necesario que el delito se cometa por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, a lo que debe añadirse dos condiciones: el delito cometido lo haya sido en el ejercicio de actividades sociales y

59 Cfr. NIETO MARTÍN, A.: “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.: *El derecho penal económico de la era compliance*, Valencia, 2013, p. 203 ss.

60 No se va a entrar a valorar aquí sobre si este déficit de organización es la culpabilidad de la persona jurídica. Baste con decir que la denominada culpabilidad por defecto de organización, desarrollada originariamente por TIEDEMANN para fundamentar la responsabilidad contravencional de la persona jurídica, constituiría en realidad, como han puesto de manifiesto los modelos de autorresponsabilidad del ente colectivo, la base para desarrollar el hecho injusto de la persona jurídica, pero no su culpabilidad, que deberá ir referida a dicho hecho injusto.

haya sido posible por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Ambas hipótesis de responsabilidad mantienen en esencia la regulación que ya existía. La novedad radica en la pormenorizada regulación que ahora se incorpora en materia de sistemas de prevención y detección de delitos. Y fundamentalmente en la mención legal, ahora ya expresamente, de que dichos programas de prevención o *compliance programs*, si cumplen las condiciones establecidas y se demuestra que su implementación era efectiva, se supervisaba, etc., pueden actuar de causa exoneratoria para la persona jurídica o, en su caso, de atenuación.

Expuestas las claves de la responsabilidad de las personas jurídicas en la regulación jurídico-penal española, a continuación se revisará su aplicabilidad al delito de corrupción en el ámbito privado. Ha de advertirse que el análisis se limitará prioritariamente a la primera modalidad de responsabilidad del art. 31 bis, es decir, el delito es cometido por el representante legal o administrador de hecho o de derecho. La posibilidad de comprometer la sanción penal de la persona jurídica en la segunda modalidad de responsabilidad solo se tratará secundariamente en el marco de este trabajo, puesto que su operatividad se reconduce en mi opinión, fundamentalmente, a la comisión del delito por un empleado o, en su caso, colaborador de la entidad. Sin perjuicio de que esta segunda modalidad pueda tener trascendencia para algún supuesto referido al titular de la empresa o administrador de hecho, según se indicará.

4.3. Ámbito subjetivo de aplicación en el delito de corrupción privada.

El Código Penal no ha hecho extensible la responsabilidad penal de las personas jurídicas a cualquier entidad dotada

de personalidad jurídica y, además, no ofrece una definición de lo que debe entenderse por persona jurídica⁶¹. En consecuencia, para comprender qué entidades quedan sometidas al régimen de imposición de penas, deberá estarse tanto a lo dispuesto en el art. 31 quinquies, así como a la normativa civil y mercantil. Brevemente, el ámbito subjetivo de aplicación abarca las personas jurídicas de Derecho privado, es decir, creadas por la voluntad de los particulares para el desarrollo de un objeto o alcanzar un fin, pero no en principio las personas jurídicas de Derecho Público, creadas por voluntad del Estado para prestar un servicio o función pública o una actividad económica especializada de interés general. No obstante, la LO 1/215 establece alguna excepción entre estas últimas, en concreto las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general⁶², que bien pueden estar implicadas en un acto de soborno en el ámbito de los negocios o de las relaciones comerciales, en atención a la actividad que desarrollan. En estos casos algunos sujetos ostentarán la condición de funcionarios públicos, según la definición dada por el art. 24 CP, fundamentalmente tratándose del órgano de administración, pero no siempre tiene por qué ser así. En consecuencia, el castigo penal del sujeto podrá venir motivado bien por un delito de cohecho, bien por el art. 286 bis⁶³. Con todo, y en lo que a la sanción penal de

61 Habla en consecuencia de que el sistema no establece un ámbito subjetivo de aplicación, sino de inaplicación, BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “La introducción de la responsabilidad penal”, ob. cit., p. 234.

62 A estas personas jurídicas solo les sería aplicables la pena de multa y de intervención judicial. No obstante, el art. 31 quinquies dispone que esta limitación no operará “cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

63 OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 5. Para un análisis en profundidad de esta cuestión conforme a la regulación alemana, analizando las posibilidades de tipificación y las condiciones bajo las que entra en juego cada tipo penal, véase WOLLSCHLÄGER, S.: *Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb*, Heidelberg, 2009, p. 60 ss.

este tipo de entidades se refiere, hay que tener presente que también en los delitos contra la Administración Pública se prevé la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica ex art. 427, si bien la multa que se le puede imponer es más elevada que la que se dispone para el art. 286 bis.

En relación con las entidades de Derecho privado, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 35 y ss. del Código Civil. El art. 35 incluye las corporaciones, fundaciones y asociaciones de interés público, así como las asociaciones de interés particular, civiles o mercantiles. Son dos los criterios que sigue el Código Civil⁶⁴: la tipología de ente con personalidad jurídica y el interés público o privado que tengan. No obstante, la normativa civil no contempla una lista cerrada de personas jurídicas y no siempre es fácil diferenciar una y otra clase según estos dos criterios. En general, y dejando de lado las corporaciones de interés público, por tratarse de personas jurídicas de Derecho Público⁶⁵, tradicionalmente las asociaciones de interés público y las fundaciones se han distinguido con base a su estructura, personal en la primera y patrimonial en la segunda. A pesar de que esta diferenciación no resulta pacífica, un elemento común a ambas residiría en el desarrollo o consecución de unos fines que no buscan un ánimo de lucro en cuanto a reparto de beneficios entre sus miembros. Adviértase que no hay que confundir la normativa pública o privada aplicable a la persona jurídica con el hecho de que posea un interés público o particular.

64 Los criterios de distinción de las diferentes clases de personas jurídicas son muy diversos: normativa pública o privada aplicable, base personal o patrimonial de la entidad, interés público o privado que posean, actuación con o sin ánimo de lucro. Para una aproximación de estos criterios de distinción y la clasificación resultante vid. por todos, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, 11ª ed., Madrid, 2005, p. 591 ss.; DE SALAS MURILLO, S.: “Artículo 35” y “Artículo 36”, en CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.): *Código Civil comentado. Volumen I*, Cizur Menor, 2011, pp. 295 ss. y 303 ss.

65 LACRUZ BERDEJO, F.L. (et al.): *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Volumen segundo. Personas*, 5ª ed., Madrid, 2008, p. 271.

En las asociaciones de interés particular se integra la sociedad civil y la sociedad mercantil, como una especie dentro del género. Al margen de que su estructura pueda ser personal o patrimonial, la doctrina civil interpreta que el interés privado que poseen ha de identificarse con el criterio finalista del ánimo de lucro particular que persigue la entidad en la consecución de su fin o fines⁶⁶. Para la doctrina mercantilista solo las sociedades mercantiles perseguirían verdaderamente un fin económico lucrativo, en el sentido de procurar la distribución de ganancias entre los asociados⁶⁷, conforme a los arts. 116 y 1665 del Código de Comercio. Sobre esto se impone, sin embargo, una matización. Se está haciendo alusión al ánimo de lucro, aunque no es un concepto unívoco. En este sentido la legislación civil utiliza este concepto para hablar de ganancia, provecho o utilidad de naturaleza económica, pero el objetivo de enriquecimiento puede concurrir en el propio ente o en sus miembros, distinguiendo entre lucro subjetivo y objetivo. El primero resulta coincidente con el sentido dado *supra*, esto es, se busca un reparto de la ganancia obtenida con la actividad económica entre los miembros. En el segundo, se excluye esta partición, pero nada impide que la entidad lleve a cabo una actividad que le procure ganancias, si bien permanecerán dentro de su patrimonio⁶⁸. En consecuencia, existirían asociaciones de interés privado y, en concreto, sociedades mercantiles que no buscan un ánimo de lucro subjetivo, es decir, como reparto de beneficios entre sus asociados⁶⁹. Hecha esta aclaración, el uso que en este trabajo se haga del ánimo de

66 Por todos, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit. p. 593.

67 URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 28 ed., Madrid-Barcelona, 2002, p. 167.

68 DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, ob. cit., p. 594. De ahí cuando se habla de persona jurídica sin ánimo de lucro puede significar, bien que lleva a cabo actividades de manera gratuita, bien que la ganancia obtenida por la actividad desarrollada no es repartible entre sus miembros.

69 LACRUZ BERDEJO, J.L. (et al.): *Elementos de Derecho Civil I*, ob. cit., p. 275, poniendo el ejemplo de las cooperativas, consideradas legalmente sociedades.

lucro como criterio finalista de clasificación de personas jurídicas seguirá el subjetivo o pretensión de reparto de beneficios o ganancias entre los asociados, con las consecuencias que se deriven en la cuestión que ahora se analiza.

Conectando las consideraciones anteriores con el art. 286 bis.1, debe señalarse que, de entrada, el art. 288 se refiere genéricamente a personas jurídicas, según lo dispuesto en el art. 31 quinquies. No obstante, el ámbito subjetivo de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, en principio, más restrictivo en el delito de corrupción entre particulares. Pudiera pensarse que la restricción viene dada por el propio contexto competitivo en el que se lleva a cabo la conducta de soborno, puesto que deberá estar referido a una operación económica de adquisición o venta de mercancías o contratación de servicios o, en general, una relación comercial. Sin embargo, este contexto es perfectamente compatible en principio con cualquiera de los objetivos o fines, lucrativos o no lucrativos, a los que aspiran las personas jurídicas de Derecho privado y también las sociedades mercantiles públicas.

Al margen de lo anterior, en el cohecho privado pasivo la persona jurídica en la que se integra el administrador, directivo, empleado o colaborador que solicita o recibe el soborno, debe ser expresamente una empresa mercantil o una sociedad. En este punto la versión legal previa a la LO 1/2015 se refería, de manera amplia, a una empresa mercantil o una sociedad, asociación, fundación y organización. Ello permitía abarcar a cualquier clase específica de persona jurídica privada, así como las empresas mercantiles estatales y otras entidades sin personalidad jurídica (empresa mercantil y organización), cuyo régimen derivaba a la aplicación del art. 129, al que me referiré más adelante. ¿Significa que la nueva regulación busca dejar fuera a las asociaciones y fundaciones? De ser así, pareciera desprenderse la voluntad legal de acotar la punición de la corrupción en los negocios en el contexto de personas jurídicas que persiguen un ánimo de lucro, caso paradigmático de las sociedades civiles o mercantiles. Ahora bien, si así fuera, no se comprendería por qué el legislador no

habría constreñido el ámbito subjetivo de responsabilidad de la persona jurídica a estas mismas entidades en el caso de cohecho privado activo, salvo que se realizara una interpretación sistemática de ambas modalidades de corrupción.

Consciente de lo cuestionable de esta restricción, la reforma introduce un apartado 6 al art. 286 bis en el que se señala expresamente que “a los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297”. Remite, así al concepto de sociedad circunscrito a los delitos societarios del Capítulo XIII del Título XIII⁷⁰, lo que permite corregir, al menos parcialmente, la aparente limitación que se desprende de la descripción de la modalidad típica del cohecho privado pasivo. Con todo, esta remisión no resulta a mi juicio satisfactoria, puesto que no son pocas las dudas interpretativas que genera el art. 297, además de las redundancias en las que incurre⁷¹. Hubiese sido preferible no haber establecido ninguna especificación en cuanto a la tipología de persona jurídica, manteniendo la coherencia con el cohecho privado activo; todavía menos una remisión a un concepto jurídico-penal de persona jurídica que, por muy amplio que pueda interpretarse, legalmente no se ha asumido para la aplicación del art. 31 bis y ss. Si de lo que se trata es de luchar contra la corrupción en los negocios, igual de lesivo en términos de competencia puede ser la conducta de un sujeto dependiente de una fundación que favorece comercialmente a un proveedor respecto de otro en una relación comercial, que en el ámbito de una sociedad mercantil o de una asociación sin ánimo de lucro⁷².

70 Según el art. 297 CP, el concepto de sociedad aplicable a los delitos societarios comprende “toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil, o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

71 En el mismo sentido, PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis)”, ob. cit., p. 918; De acuerdo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa* (2015), ob. cit., p. 386 y pp. 449 ss., sobre el concepto de sociedad del art. 297 CP.

72 Cree posible incluir las entidades de ánimo de lucro, siempre que actúen de algún modo en el tráfico de bienes y servicios, catalogándolas de “cualquier

En este sentido, no debe confundirse el desarrollo de una actividad económica, específicamente una de carácter comercial referida a la adquisición, venta o contratación de productos y servicios, con el fin por el que se crea la persona jurídica o el objeto que desarrolla.

Teniendo presente lo anterior, a efectos expositivos se tomará el término general de persona jurídica para revisar los supuestos en los que puede entrar en aplicación su responsabilidad penal en el cohecho privado activo y pasivo.

4.4. Revisión de supuestos de posible sanción penal de la persona jurídica con base en un modelo puro de competencia

4.4.1. Aplicación en el cohecho privado activo

El supuesto paradigmático de responsabilidad de la persona jurídica en el marco de la corrupción entre particulares se circunscribe, en una primera aproximación, al marco del cohecho activo. Si el sujeto que soborna al directivo o administrador de una de las personas jurídicas a las que se refiere el art. 286 bis.2 (incluido el administrador de hecho y el titular de la empresa) pertenece al organigrama de otra empresa o persona jurídica, lo más habitual es que este soborno no solo le reporte un beneficio directo o indirecto, sino que sea además expresión de una política empresarial que, como mínimo, tolera este tipo de prácticas. La entidad recurre a la corrupción para verse favorecida frente a otros competidores en una determinada relación comercial referida a bienes y/o servicios, que se materializa en la actuación de la persona física. Debe advertirse que, en principio, cualquier persona física, con independencia de la vinculación que tenga con la persona jurídica beneficiada por la conducta

otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado” del art. 297 CP, PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis)”, ob. cit., p. 919 s.

venal, puede ser sujeto activo del tipo, si bien para comprometer penalmente a la entidad deben cumplirse todos los requisitos establecidos en el art. 31 bis y ss.

En cuanto al hecho de conexión, el círculo de sujetos activos del art. 286 bis.2, como delito común, es más amplio que el que ofrece el art. 31 bis. Solo operará este último precepto, conforme a la primera modalidad de responsabilidad penal para la persona jurídica, si quien soborna posee la condición de representante legal o administrador de hecho o de derecho. A este respecto ya se ha analizado la idoneidad del titular de la empresa, como clase específica en la que puede manifestarse una administración fáctica, para ser sujeto activo conforme a una interpretación del delito con base en la competencia leal. Además, la concepción amplia de administrador de hecho asumida en este trabajo es perfectamente compatible con el criterio material seguido en la LO 1/2015 para dar contenido a las figuras de administrador de hecho y de derecho, es decir, la actuación de un sujeto con autorización para tomar decisiones o con facultades de organización o control.

El art. 31 bis y ss. también podría entrar en juego, en atención a la segunda modalidad de sanción penal de la persona jurídica, en los casos en los que el corruptor sea un subordinado del sujeto autorizado para la toma de decisiones o con facultades organizativas o de control, por haber incumplido gravemente el deber de vigilancia o control según las circunstancias concretas del caso. Incluso podría valorarse, siempre en atención al caso concreto, si alguna situación en la que el soborno parte de un administrador de hecho pudiera englobarse aquí, sobre todo en relación con cargos intermedios que en el marco de sus específicas funciones o competencias están jerárquicamente subordinados al administrador legalmente designado. Probablemente esta es la postura que defendería el sector doctrinal y jurisprudencial que niega la condición de administrador de hecho a los directivos y mandos intermedios cuando existe un administrador de

derecho⁷³; posición que no es la mantenida en este trabajo ni, a mi juicio, parece sustentarse conforme al contenido del art. 236 LSC y del art. 31 bis CP, que apuestan por una delimitación material amplia del concepto de administrador de hecho. Además, debe recordarse que en el caso del art. 286 bis.1 no se está ante un delito especial que exija una posición altamente formalizada en el sujeto que lleve a una restricción de las hipótesis de administración fáctica para poder realizar la conducta típica y consecuentemente ser autor⁷⁴. Ahora bien, las alternativas de imputación jurídico-penal cuando hay concurrencia de administradores de hecho y de derecho son diversas, en atención al tipo objetivo y subjetivo. Así, por ejemplo, planteándose una coautoría, es indiferente que la sanción penal de la persona jurídica quede comprometida por el delito cometido por cualquiera de estos dos sujetos. En consecuencia, las particularidades del caso concreto condicionan siempre la respuesta jurídico-penal que se dé.

Al margen de lo anterior, debe constatararse el beneficio de la persona jurídica, tanto si efectivamente se produce como si era esperado porque la conducta se muestra objetivamente idónea para producirlo, según se interpreta mayoritariamente este elemento⁷⁵. También habrá de comprobarse la existencia de un

73 Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.: “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2012, p. 94 s., siguiendo la línea jurisprudencial de la STS, 2ª, 25.6.2010 (RJ 2010/7169).

74 La discusión sobre el concepto de administrador de hecho y los recelos desde algunos sectores doctrinales a admitir un concepto material amplio vienen motivados por la implicación de esta figura en delitos especiales. No obstante el art. 286 bis.1 permite por su estructura típica que cualquiera pueda acceder a la vulnerabilidad del bien jurídico. En cualquier caso, las distintas posturas en torno al concepto de administrador de hecho y la posibilidad de imputarle jurídico-penalmente delitos llevan a divergir en cuanto a la modalidad concreta de responsabilidad penal de la persona jurídica, pero no afectan a la posibilidad en sí de castigarla en el ámbito de la corrupción privada.

75 Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): *Estudios*

déficit de organización por haber fallado el sistema o programa de prevención y detección de delitos en los términos exigidos por el art. 31 bis y ss., o simplemente por no haberlo implementado, piedra angular del sistema de atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. De existir dicho sistema de prevención, el juez deberá valorar el grado de cumplimiento del modelo de organización de la empresa, lo que dará lugar en su caso a la exoneración o atenuación de la persona jurídica⁷⁶.

Al margen de estas situaciones, otra de las posibles hipótesis de sanción penal de la persona jurídica hace referencia a los casos en los que la conducta de soborno se realiza por medio de una persona interpuesta, según recoge expresamente el art.

sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero, Madrid, 2011, p. 99.

- 76 El planteamiento aquí esbozado en torno a las hipótesis de sanción penal de la persona jurídica diluye la diferenciación de un escenario de corrupción preexistente y corrupción agresiva que desarrolla GÓMEZ BENÍTEZ ("Corrupción y delito de administración desleal", ob., cit. p. 205 s.; *Curso de Derecho Penal de los negocios*, ob. cit., p. 171 s.), si bien a los efectos de considerar subsumible la conducta de soborno en el delito de administración desleal; tema que no es objeto de este trabajo. Pero adviértase que puesto que en el art. 286 bis se está protegiendo un bien jurídico distinto del delito de administración desleal y teniendo presente la estrecha conexión entre la incriminación del art. 286 bis, la responsabilidad penal de la persona jurídica y el desarrollo de estrategias empresariales de gestión y organización incompatibles con prácticas corruptas, toda forma de corrupción, necesaria o no, estaría prohibida. Otra cosa es que en algunos supuestos se pudiera reconducir la conducta del sujeto activo a un estado de necesidad o un supuesto de inexigibilidad, con la dificultad de apreciar los restrictivos requisitos a los que se someten estas causas de exclusión de la responsabilidad penal. En cualquier caso, y en relación con la persona jurídica, se podría pensar si, a pesar de considerar punible cualquier tipo de soborno, el requisito del beneficio directo o indirecto que obtiene aquella como contraprestación en el marco de una relación comercial se ve compensado por la multa que se le puede imponer. A mi juicio esta hipótesis no se sostiene, porque de seguir esta interpretación se llegaría al absurdo de tener que negar la posibilidad de imponer la sanción penal contra la persona jurídica en cualquier delito en el que se prevé su aplicación, en la medida en que el beneficio, real o esperado, fuera inferior a la multa impuesta, si el hecho fuera descubierto, juzgado y sancionado.

286 bis.1, y este sujeto está vinculado a una persona jurídica. Por ejemplo, se recurre a un despacho de abogados como cauce para hacer el ofrecimiento, la promesa o la concesión del mismo. Obsérvese que aquí se alude a la posibilidad de sancionar penalmente a una entidad distinta de la persona jurídica competidora que se va a ver favorecida como contraprestación al soborno en una relación comercial referida a productos o servicios. En principio, no se excluye que la operatividad del art. 31 bis y ss. pueda vincularse a la persona interpuesta, ya que el art. 288 no lo veta. Pero se imponen dos condiciones: en primer lugar, esta posibilidad debería quedar limitada a los supuestos en los que la persona interpuesta es calificada de coautora⁷⁷, puesto que en mi opinión la responsabilidad penal de las personas jurídica debe limitarse a los delitos que una persona física comete en grado de autoría. En segundo lugar, debe constatarse lógicamente que se dan los requisitos del hecho de conexión para sancionar penalmente a la entidad, además de la presencia de una deficiencia organizativa en ella. Así, la persona interpuesta deberá ser alguna de las que delimitan el círculo de sujetos mencionados en el art. 31 bis, en cualquiera de las modalidades de responsabilidad previstas. Pero el principal obstáculo para su aplicación vendrá dado por el requisito del beneficio, real o esperado, que pueda obtener esta persona jurídica distinta de la persona jurídica competidora. Siguiendo con el ejemplo, puede apreciarse el beneficio cuando la persona jurídica corruptora consigue un sustancioso contrato de prestación de servicios, lo que le lleva a mejorar también el contrato suscrito con el despacho de abogados. La nueva redacción del art. 286 bis.2 exige que el soborno busque una contraprestación “para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales”. Podría pensarse que esta tipificación excluye

77 Prioriza la consideración de la persona interpuesta como coautor, en lugar de cooperador necesario, QUERALT, J.: *Derecho penal español*, ob. cit., p. 626. Opta por calificarla de cooperador necesario y cómplice FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción”, ob. cit., p. 85.

el caso que ahora se analiza, puesto que el beneficio que en su caso pudiera obtener el despacho de abogados, por seguir con el ejemplo propuesto, no surge de un favorecimiento de esta entidad frente a otros en una concreta relación comercial. No obstante, este elemento debe constatar en la persona jurídica vinculada con el sujeto activo. Para la hipótesis que ahora se plantea del intermediario, el beneficio de la entidad en la que desempeñe sus funciones o ejerza su trabajo alude al requisito general presente en el art. 31 bis.

4.4.2. Aplicación en el cohecho privado pasivo

Cuando el soborno de alguno de los sujetos mencionados en el art. 286 bis.1 perjudica a la entidad de la que es dependiente, debe excluirse la aplicación del art. 31 bis y ss., puesto que no existe beneficio para esta. A la misma conclusión parece que debe llegarse en la hipótesis de conductas venales que resultan “inocuas” para la persona jurídica (ni provecho, ni perjuicio). Debe tenerse presente que las consideraciones anteriores son válidas cualquiera que sea el modelo de incriminación que se defienda en relación con el delito de corrupción entre particulares, puesto que el beneficio directo o indirecto es un requisito ineludible del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Obsérvese que teóricamente podría darse una situación de perjuicio de la entidad por el soborno de su dependiente en la que los programas internos de prevención y detección de delitos no han funcionado correctamente en el caso específico, con independencia de que el sobornado tenga funciones gestoras o directivas. Esto podría significar una deficiencia en los cauces de control, según la filosofía autorreguladora que inspira el art. 31 bis y ss. O incluso pudiera suceder que la entidad asume el perjuicio como parte del riesgo empresarial y de la estrategia en la organización de su empresa⁷⁸. Pero de nuevo debe vetarse

78 En este sentido RODRÍGUEZ PUERTA, J.M./MORÓN LERMA, E.: “Artículo 286 bis. 1, 2 y 3”, ob. cit., p. 941, considerando desde su concepción del bien jurídico la atipicidad de la conducta de la persona física.

la sanción penal de la persona jurídica, puesto que el déficit de organización y el beneficio son dos elementos irrenunciables del sistema, según ha quedado expuesto.

Al margen de lo anterior, la tipología de sobornos que puede presentarse es muy dispar, existiendo supuestos también en el cohecho privado pasivo en los que sería factible, a mi juicio, plantear la aplicación del art. 31 bis y ss. Particularmente se está haciendo referencia a los supuestos de mejora de ingresos o remuneraciones encubiertas de los dependientes del titular de la empresa, así como hipótesis de sobornos a administradores o directivos para que estos desvelen las ofertas de otros competidores a los efectos de mejorarlas, ya que pueden derivar en un beneficio para la persona jurídica⁷⁹. Aunque habría de analizarse caso por caso, y haciendo abstracción de los problemas de prueba, el beneficio puede manifestarse en un ahorro obtenido de la diferencia de la oferta más barata del competidor “leal” frente a la aún más barata del competidor corrupto una vez conocidas las ofertas del resto de competidores. Y en la hipótesis de la mejora de salario o retribución, el beneficio también se podría expresar en un ahorro, al evitarse el incremento salarial del personal⁸⁰. Es más, el consentimiento del titular, cuestión controvertida en el plano de la tipicidad o atipicidad de la conducta del dependiente según cómo se conciba el bien jurídico, podría poner de manifiesto, en mi opinión, que la empresa no se rige por reglas de transparencia y de no tolerancia de prácticas corruptas en su seno. El consentimiento, en consecuencia, puede ser un elemento de juicio negativo para valorar el modelo de organización y gestión de la entidad.

79 Cfr. BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada”, ob. cit., p. 18 s., proponiendo ejemplos; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 14, si bien sin referirse expresamente a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

80 Cfr., sin referirse a la aplicación del art. 31 bis, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción”, ob. cit., p. 283; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado”, ob. cit., p. 242; NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares”, ob. cit., p. 24.

Cuestión distinta es que todos los supuestos que puedan encajar formalmente en estas situaciones deban ser merecedores de castigo penal, si bien insisto en que es una cuestión que debe valorarse y solucionarse previamente en el plano de la tipicidad de la conducta que realiza la persona física, conforme a parámetros de lesividad y gravedad. En este sentido, la organización preventiva de la entidad y los programas o protocolos establecidos a tal efecto pueden servir de directriz para determinar lo que se tolera y no se tolera en la organización⁸¹.

Otro ámbito responsabilidad penal de la persona jurídica en el cohecho privado pasivo puede verse específicamente en el supuesto de que el directivo, administrador, empleado o colaborador utilice como cauce para la obtención o disfrute de la ventaja indebida una persona jurídica o, en otra hipótesis, la persona jurídica es o está vinculada con la persona interpuesta por la que realiza la conducta el sujeto activo, de manera similar a lo que se ha expuesto en relación con el cohecho privado activo. En el primer caso, se estaría haciendo referencia a situaciones en las que el sujeto activo del art. 286 bis.1 actúa, a su vez, como representante legal o administrador de hecho o de derecho de otra entidad a la que va a ir a parar el beneficio del soborno. Aquí se percibe claramente el requisito del beneficio del art. 31 bis; beneficio, real o esperado, que es contrapartida de la ventaja frente a otros competidores en relación con una determinada relación comercial que obtiene el corruptor. En cuanto al déficit de organización, a mi juicio pueden plantearse dos alternativas: la persona jurídica usada de cauce para recibir el soborno es una sociedad fachada o pantalla de la que se sirve el sujeto activo, específicamente el titular de la empresa o, con carácter general, el administrador de hecho⁸². Aquí la propia existencia de esta sociedad, utilizada con una finalidad delictiva, revela en sí mismo

81 Cfr. NIETO MARTÍN, A.: “La privatización de la lucha contra la corrupción”, ob. cit., p. 201 ss.

82 Cfr. CARBAJO CASCÓN, F.: “Corrupción pública”, ob. cit., p. 141 ss., con ejemplos de utilización de personas interpuestas.

una organización plenamente defectuosa⁸³. En el caso de que la persona jurídica hacia la que se deriva el beneficio del soborno tenga un funcionamiento regular en el mercado, deberá comprobarse si el beneficio obtenido obedece a una política empresarial de consentimiento o tolerancia a prácticas corruptas según los requisitos del art. 31 bis y ss.

En la segunda hipótesis se está en presencia de la persona interpuesta a la que también alude el art. 286 bis.1, por lo que son extrapolables las mismas consideraciones que anteriormente se han efectuado al tratar esta cuestión en la modalidad activa del delito de corrupción entre particulares sobre los requisitos para comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Solo una matización específica sobre la situación que ahora se analiza. En el caso del intermediario, la sanción penal no se limita a una tipología concreta de persona jurídica. Esta restricción únicamente opera en relación con la entidad que en el contexto competitivo va a establecer la relación comercial con la persona jurídica corruptora, pero no para otras entidades intervinientes en la forma de materializar el soborno como cauces o intermediarios; consideraciones que también son válidas en el supuesto anteriormente expuesto en el que la persona jurídica se reserva el papel de “receptora” del beneficio obtenido por el soborno.

5. Consecuencias accesorias para entes colectivos sin personalidad jurídica

Las consideraciones anteriores se han efectuado en el marco del sistema de imposición de penas para las personas jurídicas del art. 31 bis y ss., sometido a unos específicos requisitos de los que depende su operatividad. Por supuesto, es posible que

83 Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Respuesta penal frente a la corrupción”, ob. cit., p. 16, quien defienden en los casos de sociedades fachada la aplicación del levantamiento del velo.

el régimen de sanción penal venga por la vía del art. 129, complemento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a través de la imposición de consecuencias accesorias. Obsérvese que el propio art. 286 bis.1, al tipificar el cohecho privado pasivo, conduce directamente a esta alternativa, puesto que menciona a la empresa mercantil, en sí misma carente de personalidad jurídica. Desde un punto de vista mercantil la empresa supone “el ejercicio funcional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios”⁸⁴, siendo a la par la actividad organizadora que realiza y también la organización de elementos personales y materiales que es fruto de esa actividad⁸⁵. Es verdad que generalmente el titular del ejercicio de la actividad empresarial será un empresario social, es decir, una persona jurídica, que en el caso específico del cohecho privado pasivo necesariamente habrá de ser una sociedad civil o mercantil. Con todo, desde la concepción de bien jurídico aquí defendida nada obsta a que el empresario individual también sea sujeto activo del tipo⁸⁶, de manera que la empresa mercantil que desarrolla quedaría, en su caso, sometida a la regulación del art. 129, y no a la del art. 31 bis y ss.

Puesto que el art. 129 presenta diferencias respecto del sistema de imposición de penas para las personas jurídicas, se imponen unas breves consideraciones al respecto.

La aplicación del régimen de consecuencias accesorias, aunque curiosamente parece resultar en la actualidad menos controvertido dogmáticamente que la imposición de “penas” para las personas jurídicas⁸⁷, plantea algunos problemas particulares

84 URÍA, R.: *Derecho mercantil*, ob. cit. P. 33.

85 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, 23ª ed., Madrid, 2000, p. 50.

86 Favorable a la exclusión del empresario individual, por considerarlo respetuoso con el carácter fragmentario del Derecho Penal, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa* (2015), ob. cit., p. 384.

87 Superada la época en que la incorporación del art. 129 en el Código Penal de 1995 dio lugar a numerosa literatura científica para aclarar la naturaleza

cuando se conecta la regulación general del art. 129 con los tipos específicos en los que puede entrar en aplicación. De entrada, en el caso de las consecuencias accesorias, idénticas en contenido a las penas del art. 33.7, no es posible ni la imposición de una multa, ni la disolución. Lógicamente no se puede hacer desaparecer jurídicamente lo que a los ojos del Derecho nunca ha poseído personalidad jurídica ni, en consecuencia, se puede imponer una restricción patrimonial si no existe un patrimonio autónomo. El problema surge por el hecho de que en la práctica totalidad de los delitos en los que se prevé la aplicación del art. 31 bis y ss., la multa es la pena principal, mientras que el resto de penas interdictivas para las personas jurídicas, coincidentes a excepción de la disolución con las sanciones que se pueden imponer como consecuencias accesorias, son de carácter facultativo. Su imposición vendrá motivada, entre otros criterios, por la necesidad de prevenir que la actividad delictiva o sus efectos continúen, acorde con lo dispuesto en el art. 66 bis en relación a las reglas para decidir su imposición y extensión. De otra forma, este juicio sobre la necesidad de aplicar alguna o algunas de las consecuencias accesorias atenderá a que se constate el peligro de que la empresa siga siendo utilizada instrumentalmente para la comisión de delito, lo que se aproxima a la idea del defecto de organización en el ámbito del art. 31 bis y ss. No obstante, en el caso del art. 129 se está ante sanciones impositivas al ente sin personalidad jurídica que obligatoriamente quedan vinculadas a la pena impuesta al culpable del delito, sin que se hayan previsto excepciones a la

jurídica de las consecuencias accesorias, tras la LO 5/2010 un sector de la doctrina considera que hubiera sido suficiente con mantener el sistema del art. 129, mejorada, eso sí, su regulación penal. Parece que resulta menos conflictivo admitir la posibilidad de imponer consecuencias jurídicas de naturaleza penal, en sentido amplio, como mayoritariamente se atribuye a estas, pero diferentes a las penas y las medidas de seguridad, reservadas exclusivamente para las personas físicas. En este sentido, MIR PUIG, S.: “Las nuevas «penas» para personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.): *Responsabilidad de la empresa*, ob. cit., p. 10 ss., especialmente p. 12 y nota 12.

posibilidad de imponer autónomamente una consecuencia accesoria en ausencia de autor-persona física.

Estos criterios, por un lado más restrictivos y por otro lado más laxos, del régimen de consecuencias accesorias en comparación con el de imposición de penas a las personas jurídicas, derivan en un tratamiento jurídico-penal desigual para el caso concreto de la corrupción entre particulares. Obsérvese, por un lado, la dificultad en su caso de establecer la consecuencia jurídica aplicable y, por otro, aunque en el art. 129 no se exige la actuación del sujeto bajo una concreta posición jurídica en la empresa y organización, también es cierto que la implicación de intereses de terceros que pudieran verse afectados con la sanción, juega en contra, por razones de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, a su imposición, mientras que para personas jurídicas la multa es siempre obligatoria, salvo la exoneración por la vía del sistema de prevención de delitos.

6. Bibliografía

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: “Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, pp. 1-26.
- BLANCO CORDERO, I.: “Artículo 286 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2013, pp. 219-263.
- BOLEA BARDÓN, C.: “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, www.indret.com, pp. 1-15.
- CARBAJO CASCÓN, F.: “Corrupción pública, corrupción privada y Derecho privado patrimonial: un relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en RO-

- DRÍGUEZ GARCÍA, N./FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 127-155.
- CASTRO MORENO, A.: “Corrupción entre particulares”, en ORTIZ DE URBINA, I. (coord.): *Memento Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010*, 2011, pp. 291-311.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Algunas consideraciones político-criminales sobre la corrupción privada: Límites y eficacia de los *compliance*”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./VÍCTOR MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer-Ibdf, Madrid-Buenos Aire-Montevideo, 2014, pp. 161-194.
- DANNECKER, G.: “§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.-U. (Hrsg.): *Strafgesetzbuch. Nomoskommentar*. Band 2, 2. Auf., 2005, pp. 5287-5313.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I.: “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Coord.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 257-290.
- DE SALAS MURILLO, S.: “Artículo 35” y “Artículo 36”, en CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.): *Código Civil comentado. Volumen I*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- FARALDO CABANA, P.: “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 23, 2001, pp. 60-98.

- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.: “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 91-107.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 65-141.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (Dir.): *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 563-594.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FOFFANI, L.: “La ‘corrupción privada’. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (Coords.): *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 281-392.
- GALLEGO SOLER, J-I.: “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho Penal”, en CORCOY BIDASOLO, M., *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 147-175.
- GIL NOBAJAS, M.S.: “Delimitación conceptual y atribución de responsabilidad penal al administrador de derecho: una revisión de la doctrina desde la jurisprudencia”,

- Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2013, pp. 115-154.
- GIL NOBAJAS, M.S.: “Administración legal y fáctica: revisión de dos supuestos problemáticos en Derecho Penal”, *Estudios de Deusto*, Vol. 59/1, 2011, pp. 311-332.
- GILI PASCUAL, A.: “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2013, pp. 45-108.
- GILI PASCUAL, A.: “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*, nº 19, 2007, pp. 245-288.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Corrupción y delito de administración desleal”, en EL MISMO: *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, pp. 195-206.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Delitos societarios”, en AA. VV.: *Derecho Penal Económico*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 563-622.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, pp. 225-243.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO ZAPATERO, J.L. (et al.): *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Madrid, 2008, pp. 256-302.
- GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. I. Teoría General*, Universidad de Zaragoza, 1985.

- HEINE, G./EISELE, E.: “§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en SCHÖNKE, A./SCHÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20. Auf., C.H. Beck, München, 2014, pp. 2827-2838.
- LACRUZ BERDEJO, F.L. (et al.): *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Volumen segundo. Personas*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MENDOZA BUERGO, B.: “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 425-451.
- MIR PUIG, S.: “Las nuevas «penas» para personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.): *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer/IBdF, Madrid/Buenos Aires/Montevidéo, 2014, pp. 3-14.
- NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, V.: “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret*, 4/2011, www.indret.com, pp. 1-40.
- NIETO MARTÍN, A.: “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.: *El derecho penal económico de la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191-210.
- NIETO MARTÍN, A.: “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado)”, *Revista penal*, nº 10, 2002, pp. 55-69.

- OTERO GONZÁLEZ, P.: “La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, *La Ley Penal*, nº 87, 2011, pp. 1-39.
- PUENTE ABA, L.M.: “Corrupción en los negocios (art. 286 bis)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 915-922.
- QUERALT, J.: “La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, J.S./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.): *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 803-816.
- QUERALT, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6 ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./MORÓN LERMA, E.: “Artículo 286 bis. 1, 2 y 3”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- ROSAS OLIVA, J.L.: “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2009, nº 99, p. 93-123.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*, 23ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- SANTANA VEGA, D./GÓMEZ MARTIN, V.: “Sección 4ª. De la corrupción entre particulares”, en CORCOY BIDA-SOLO, M./MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código Penal Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.)/PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.): *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley, 2012.
- TIEDEMANN, K.: “§ 299. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr”, en *Leipziger Kommentar*.

7. Band, 11. Auf., De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 157-189.
- URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 28 ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- VENTURA PÜSCHEL, A.: “Corrupción entre particulares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 319-330.
- VENTURA PÜSCHEL, A.: “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 ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.): *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 487-514.
- WOLLSCHLÄGER, S.: *Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009.