

XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

18/06/2011

FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**RELACIÓN DEBATE DE LA PONENCIA: LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES: UN NUEVO
TIPO EN EL CÓDIGO PENAL.**

Ponente: Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales

Relatora: Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer.



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

**¿ES EXIGIBLE UN ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DEL INJUSTO EN LOS
DELITOS RELATIVOS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO? ANÁLISIS DE LA
JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA ENTRE AUDIENCIAS PROVINCIALES.**

Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales. Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra.

Relatora: Prof. Dra. D^a Leticia Jericó Ojer. Profesora Titular acreditada de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra.

LA CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS (ART. 286 BIS CP)

Inés Olaizola Nogales. Catedrática de Derecho penal de la Universidad Pública de Navarra

El Capítulo XI del CP lleva como rúbrica *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*. El capítulo se divide en distintas secciones y la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce una nueva sección cuarta que lleva por título *De la corrupción de los particulares* y que está integrada por un artículo 286 bis CP

Este precepto, completamente nuevo, no sólo en nuestra legislación, sino en nuestra tradición jurídico-penal parece que responde a la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Por lo que respecta al bien jurídico protegido en el precepto se ha entendido que este puede ser la *competencia desleal*, la *protección de las relaciones laborales* o la *protección del patrimonio*.

1. Se define la competencia desleal como todo comportamiento que resulte contrario a las exigencias de la buena fe. Así, un tipo penal que proteja la competencia tendría las siguientes características: a) La conducta debería referirse únicamente a suministro de mercancías y no a conductas relacionadas con el cumplimiento de la

relación laboral; b) el consentimiento del empresario resultará irrelevante y c) los empresarios serían los posibles sujetos activos del delito.

2. En relación con la protección de las relaciones laborales, se debe tener presente que el ET establece como una de las causas que dan lugar al despido disciplinario del trabajador la transgresión de la buena fe contractual. Esto significa que, desde la perspectiva estructural del tipo penal, el sujeto activo del delito será siempre el empleado, no el empleador y que el consentimiento del empleador llevará aparejada la atipicidad de la conducta.

3. Por último, en un ámbito económico como el que estamos estudiando no podemos olvidarnos de la posible protección del patrimonio como bien jurídico a preservar. Sosteniendo esta posición, se exigirá que se produzca un daño patrimonial a la sociedad mercantil.

Planteadas estas opciones, procede ahora determinar cuál es el bien jurídico que protege el CP en este precepto. La EM de la LO 5/2010, de 22 de junio establece que lo que se protege en el art. 286 CP es la competencia desleal. ¿Realmente esto es así?

Existen varias razones para afirmar que lo que se protege es la competencia desleal. Apunta en esta dirección, de entrada, la limitación del ámbito relevante a la “adquisición o venta de mercancías o de contratación de servicios profesionales. Esto dota de claros tintes de mercado a la figura. Un segundo factor que apunta en esta dirección es el elemento subjetivo consistente en la realización de la conducta “para ser favorecido” (art. 286.1 CP) o “con el fin de favorecer” (art. 286 bis.2 CP) al corruptor frente a otros. En sus acepciones más usuales el término “favorecer” cobra su sentido a partir del correlativo perjuicio a otro, lo que nos debe llevar a exigir situaciones de competencia efectiva en las que la corrupción sea utilizada para desplazar a otro competidor. La consideración al competidor se confirma con la especificación en que la ventaja debe tender a procurar el beneficio del corruptor frente a terceros.

Sin embargo, también existen argumentos para sostener que están protegidos otros intereses, como son la *exclusión del empresario como sujeto activo del delito*, los *criterios de menor gravedad de la conducta* y el *incumplimiento de las obligaciones*.

En relación con la exclusión del empresario como sujeto activo del delito, la autora considera que dicha inclusión se comprende mal con la tutela estricta de la lealtad competitiva. El titular de un negocio que acepta sobornos para preferir las ofertas de un determinado interviniente en el mismo, en detrimento de otros competidores, realiza un comportamiento tan lesivo como el que en ese mismo contexto pueden

realizar los directivos, empleados, etc. La autora no cree que se pueda apelar aquí a la libertad de empresa, pues precisamente de regular esa libertad de mercado se trata cuando se discute los principios que deben inspirarlo.

Por lo que respecta a los criterios de menor gravedad de la conducta, cabe destacar que entre los que se señalan para atenuar la pena (art. 286 bis.3 CP) no se encuentra el de la entidad o peligro que pueda haber sufrido la competencia. En primer lugar se alude a la trascendencia de las funciones del culpable y en segundo lugar a la cuantía del beneficio o valor de la ventaja. Son criterios que apuntan el primero hacia la tutela de la fidelidad en las relaciones entre el subordinado y el empresario, cuya afectación será más grave en tanto en cuanto más importantes sean sus competencias. Y el segundo, en opinión de la autora, puede apuntar hacia un componente patrimonial del delito porque la mayor o menor entidad del soborno sólo puede interesar a la empresa del sobornado en la medida en que se entienda que lo obtenido por él dejará de repercutir en beneficio de la empresa. Ambos criterios apuntan en la dirección del interés del empresario.

Por último, en relación con el incumplimiento de las obligaciones, la autora sostiene que no basta con que el directivo, administrador, etc. acepte una ventaja para actuar en detrimento de otros competidores, sino que debe actuar “incumpliendo sus obligaciones” en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios. Debe ser tarea prioritaria precisar qué significado tienen tales “obligaciones”. La autora cree que se puede afirmar que los dependientes sólo se deben al empresario, exponiendo las siguientes razones: 1ª) No existe para ellos una obligación legal respecto de los consumidores en el sentido de tener que procurarles una información objetiva y exacta acerca de las condiciones de calidad/precio del producto. Es decir, los consumidores no pueden esperar objetividad penalmente tutelada; 2ª) Por otro lado, los dependientes tampoco tienen obligaciones frente a los competidores. El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se refiere a los empresarios. Así, por citar algunas obligaciones fijadas legalmente se puede señalar cómo por ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas señala respecto a los directivos el deber de administración diligente, o el deber de fidelidad lealtad o secreto. En relación con los empleados puede señalarse “la buena fe contractual” recogida en el art. 54.2 d) del ET. Los colaboradores también tienen como obligación principal la fidelidad hacia el mandante. La autora sostiene que el elemento típico de “incumplimiento de las obligaciones” dota al art. 286

bis de un contenido de fidelidad y convierte al tipo en un tipo de naturaleza híbrida a los efectos del bien jurídico protegido.

La profesora Inés Olaizola concluye que el nuevo delito de corrupción se presenta como una figura híbrida con un doble objeto de protección. Por un lado, los competidores del operador económico desde el que el corrupto interviene en el mercado (y de forma mediata la competencia) así como, por otro, al propio empresario, al protegerse los deberes de lealtad de los empleados hacia el titular de la empresa. No se exige un perjuicio efectivo, es más, los verbos típicos que se conforman con una mera actividad (prometer, ofrecer, solicitar) adelantan las barreras de protección penal al nivel de la corrupción pública, aunque sí se exige el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleado, que implicará actuar en perjuicio de la empresa a la que pertenece.

Debate correspondiente a la ponencia de la Profesora Olaizola Nogales:

El profesor **Luzón Peña** considera que los dueños no son autores del delito, pero el argumento no es porque no los nombre el tipo penal (ya que pueden ser administradores), sino que el fundamento reside en que incumpla sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías. Si es dueño de una parte sí puede ser autor respecto de las obligaciones de los demás, pero si es dueño único se excluye la tipicidad. Por lo que respecta al bien jurídico protegido, el profesor Luzón Peña señala que el delito se incardina en el Capítulo XI del CP, que hace referencia al mercado. La ubicación muestra que al menos un bien jurídico es el mercado. Pero esto no es real, ya que si no existe perjuicio para la empresa no existe atipicidad. En su opinión, este delito debería incluirse junto con los delitos societarios. Sin embargo, atendiendo a la pena que el legislador asigna al delito previsto y penado en el art. 286 bis CP, el Profesor Luzón Peña considera que este delito tiene relación igualmente con los delitos contra el mercado. Así, las penas del art. 295 CP (administración desleal), cuando existe perjuicio comprende desde los 6 meses a los 4 años de prisión o pena de multa. El art. 286 bis establece una pena de prisión de 6 meses a 4 años, pena de inhabilitación especial y pena de multa, por lo que el legislador penal considera que la conducta es más grave, lo que implica su relación con los delitos contra el mercado. Considera que afecta a la competencia y a la imagen. Existe algo más que el propio interés societario o individual. Quizás, a juicio del profesor Luzón Peña, nos encontramos ante un delito pluriofensivo.

En opinión del Profesor **De Vicente Remesal**, si falta cualquiera de estos dos elementos, perjuicio o incumplimiento de las obligaciones, no existe atipicidad. Por lo que respecta a las penas, el legislador opta por un sistema proporcional, a diferencia de lo dispuesto en el art. 295 CP. Por último, considera que la ventaja o el beneficio puede ser de cualquier naturaleza, lo que provoca una evidente inseguridad. En relación a esta última consideración, la profesora **Olaizola Nogales** considera que puede deberse a una traslación de lo recogido en el delito de cohecho. En la reforma operada en el año 2010 se alude a retribución de cualquier naturaleza y esta puede ser la razón de la genérica previsión del art. 286 bis CP. Sin embargo, recalca que en la actualidad para el delito de cohecho se preve una multa por cuotas.

En opinión del profesor **González Cussac**, el art. 286 bis no exige la causación de un daño. La profesora **Olaizola Nogales** estima que no exige un daño efectivo, manifestando que el profesor Nieto Martín califica este precepto como delito de peligro. El art. 286 bis alude al daño no a la propia empresa, sino a los terceros competidores. La profesora **Olaizola Nogales** estaría de acuerdo con esta consideración, pero cree que se distorsiona cuando el precepto exige el incumplimiento de obligaciones.

El profesor **Peñaranda Ramos** alude a que **Kindäuser** considera que se trata de un bien jurídico único (el mercado) y la infracción del deber sería un desvalor especial de acción que delimita el tipo, restringe no el desvalor objetivo sino el desvalor subjetivo. No es un delito societario, en su opinión, y atenta a la competencia. Puede ser un deber de lealtad a la propia empresa, no pudiéndose descartar que los deberes tuvieran que ver con la lealtad a los competidores.

Para el profesor **Luzón Peña**, las únicas obligaciones jurídicas del sujeto activo del tipo son deberes de lealtad internos. Si se quisiera proteger otro bien jurídico se debería castigar al empresario y su incumplimiento. Considera que no existe por ahora para los empleados el fair play, pero otra cosa muy diferente es que el derecho societario vaya extendiéndose.

La profesora **Roso Cañadillas** cuestiona si sería sujeto activo del delito la persona que tiene varias empresas y con su actividad favorece a una de ellas. Considera que hay un bien jurídico suprainvidual que es el deber de lealtad. En opinión de la profesora **Olaizola Nogales**, la Ley de competencia desleal hace referencia a la infracción de deberes de competencia y alude exclusivamente a los empresarios. Por último, el profesor **Luzón Peña** estima que el supuesto del visitador médico de la Seguridad Social que solicita al médico que recete un medicamento y este medicamento

es el mejor comete un delito de cohecho impropio. Reitera finalmente que en el art. 286 bis se exige incumplimiento de obligaciones.