



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

**LA CORRUPCIÓN ACTIVA Y PASIVA EN LOS NEGOCIOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO
286 BIS 1 Y 2 DEL CÓDIGO PENAL.**

Alumno: Emma López González

Convocatoria: Extraordinaria segundo semestre

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar el delito de corrupción en los negocios del artículo 286 bis apartados 1 y 2 del Código Penal (CP) en sus dos vertientes de comisión, vertiente activa y pasiva. Para su análisis, se detallará el movimiento tipificador que impulsó su reciente introducción en el Código Penal, a nivel tanto europeo como internacional, analizando los textos legales y acuerdos que precedieron a su tipificación; se desglosarán los elementos del delito y su estructura y, por último, se abordará la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de este delito en su seno y la importancia de los programas de prevención compliance para la imputación de las mismas.

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the crime of corruption in business in article 286 bis sections 1 and 2 of the Penal Code (CP) in its two aspects of commission, active and passive. For its analysis, the criminalization movement that prompted its recent introduction into the Penal Code, at both European and international level, will be detailed, analyzing the legal texts and agreements that preceded its classification, the elements of the crime and its structure will be broken down and, finally, the criminal responsibility of legal persons for the commission of this crime within them and the importance of compliance prevention programs for the imputation of the crimes to themselves.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AAN.....	Auto de la Audiencia Nacional
AN	Audiencia Nacional
Art.....	Artículo
CP	Código Penal
JCI.....	Juzgado Central de Instrucción
NNUU	Naciones Unidas
Núm.....	Número
OCDE.....	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
Pág.....	Página
LO	Ley Orgánica
SAN.....	Sentencia de la Audiencia Nacional
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
ST.....	Sentencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS.....	Sentencias del Tribunal Supremo
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
TS.....	Tribunal Supremo

ÍNDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	3
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	5
ÍNDICE.....	7
1.- INTRODUCCIÓN	9
2.- LA CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y REGULACIÓN.	
10	
2.1.- CONCEPTO.....	10
2.2.- NORMATIVA INTERNACIONAL.....	11
2.2.1.- LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA LAS EMPRESAS MULTINACIONALES, DEL AÑO 2000.....	11
2.2.2.- PACTO MUNDIAL DE LAS NACIONES UNIDAS DE 26 DE JULIO DE 2000. ...	12
2.2.3.- LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN.....	12
2.2.4.- CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN.....	15
2.2.5.- LAS CUMBRES DE LAS AMÉRICAS.....	15
2.3.- NORMATIVA EUROPEA.....	16
2.3.1.- ACCIÓN COMÚN 98/742/JAI DEL CONSEJO DE EUROPA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.....	16
2.3.2.- CONVENIO PENAL DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA CORRUPCIÓN, (CONVENIO 173 DEL CONSEJO DE EUROPA).....	17
2.3.3.- CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1999, DE DERECHO CIVIL SOBRE CORRUPCIÓN.....	21
2.3.4.- DECISIÓN MARCO 2003/568/JAI.....	22
2.3.5.- INFLUENCIA DE LA NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL EN ESPAÑA. 23	
3.- CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA DEL ARTÍCULO 286 BIS 1 Y 2 DEL CÓDIGO PENAL.	
25	
3.1.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	26
3.2.- TIPO OBJETIVO	27
3.2.1.- REGULACIÓN	27
3.2.2.- ESTRUCTURA TÍPICA.....	27
3.2.3.- LOS SUJETOS RESPONSABLES.....	28
3.2.4.- CONDUCTA TÍPICA.....	29
3.2.5.- CONSUMACIÓN.....	31
3.3.- TIPO SUBJETIVO	31
4.- CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA DEL ARTÍCULO 286 BIS.....	32
4.1.- TIPO OBJETIVO.....	32
4.1.1.- REGULACIÓN.....	32
4.1.2.- ESTRUCTURA TÍPICA.....	32
4.1.3.- ACCIONES TÍPICAS.....	33
4.1.4.- SUJETOS RESPONSABLES.....	33
4.1.5.- CONSUMACIÓN.....	34
4.2.- TIPO SUBJETIVO.....	34

4.3.- PERSEGUIBILIDAD.	34
4.4.- AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 286 QUATER CP.	35
5.- EL COMPLIANCE PENAL EN LA CORRUPCIÓN PRIVADA.	36
5.1.- ATENUACIÓN Y EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	36
5.2.- PROYECCIÓN INTERIOR Y EXTERIOR DEL PROGRAMA ANTICORRUPCIÓN....	38
5.3.- PRIMERA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DEL ARTÍCULO 31 CP.	40
6.- REFERENCIAS.	¡Error! Marcador no definido.
7.- ÍNDICE DE SENTENCIAS Y AUTOS.....	43
8.- LEGISLACIÓN.	44
8.1.- LEGISLACIÓN NACIONAL.	44
8.2.- LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRANJERA.	44
ANEXO I.	45
ANEXO II.	46

1.- INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es el estudio de los apartados 1 y 2 del artículo 286 bis del Código Penal que trata de los delitos de corrupción en los negocios en las modalidades activa y pasiva; ubicados en la Sección 4 – “delitos de corrupción en los negocios”, del Capítulo XI – “de los delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial y a los consumidores”, del Título XIII – “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”.

Esta clase de delitos carece completamente de arraigo y tradición normativa en nuestro ordenamiento jurídico ya que nunca habían sido tipificados anteriormente por nuestra legislación penal. Su tipificación es justificada por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, en la que se afirma la necesidad de garantizar la competencia leal y disminuir los actos que la corrompan efectuados en el tráfico privado de forma pareja a como se hace en el delito de cohecho, con vistas a salvaguardar, en el más alto puesto piramidal, el buen funcionamiento del mercado.

La corrupción es un delito que surge como consecuencia de la propia ambición del ser humano pero que constituye una de las mayores lacras sociales existentes en el mundo actual, ya que supone una ralentización en el desarrollo del cuerpo empresarial de una sociedad que se siente desincentivada al emprendimiento de una aventura empresarial a sabiendas de las complicaciones a la hora de mantener relaciones empresariales que les obliguen a afrontar altos costes en concepto de sobornos. Al desvalor de ralentizar la creación de tejido empresarial en el país, le podemos añadir el frenado en el desarrollo tecnológico de los bienes y servicios ya que, llevando a cabo estas prácticas ilícitas, adquiere mayor ponderación el soborno que la calidad de las prestaciones y el precio de los bienes y servicios ofrecidos a la hora de determinar la posición del empresario en el mercado.

El auge de este delito justifica el énfasis de las organizaciones supranacionales en incrementar su represión. Este auge se trata de una consecuencia directa de la globalización de la sociedad moderna. Así, del mismo modo que los negocios y las relaciones comerciales se convierten en transfronterizas, viéndose implicadas en un mismo negocio jurídico empresas y entidades de múltiples estados, también adquieren un fuerte componente transnacional los delitos que los acompañan como es el caso de la corrupción en los negocios.

Esta transfronterización criminal de la corrupción crea la necesidad de un ataque uniforme y homogéneo entre todos los países para crear una fuerte represión de estas prácticas. Para ello, las instituciones comunitarias ya han promovido y publicado normativa en contra de la corrupción, como es la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003. Esta

Decisión Marco es uno de los pilares precursores de la reforma al Código Penal español, efectuada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, a la que hemos hecho referencia anteriormente, en cuya Exposición de Motivos hace mención expresa a la misma.

La normativa europea que impone la regulación de este delito es del año 2003, sin embargo no es hasta 2010 cuando el legislador español se decide finalmente a introducir estos delitos dentro del cuerpo legal penal de nuestro país. Tal hecho no resulta de la pura coincidencia, pues, en el momento de la publicación del texto comunitario, Europa en general y España en particular, vivían una época de bonanza económica en la que tales actividades irregulares no suponían un reproche moral tan alto en la población, no viéndose tan urgente la necesidad de tipificación de tales delitos. Sin embargo, pasado el año 2008, con la llegada de la crisis económica que sacudió al mundo y enormemente a España, la población fue conocedora del perjuicio que suponía para toda la sociedad y la economía común la realización de estas actividades corruptas que modifican artificialmente el funcionamiento correcto y natural del mercado y, como consecuencia, estos delitos pasaron de considerarse ``sin víctimas concretas`` a tenerse la sociedad en general como gran víctima conjunta de cada delito de corrupción.

Este trabajo se divide fundamentalmente en tres partes: en la primera se tratará la evolución normativa y la regulación del delito de corrupción en los negocios, clasificándolas según sea normativa de ámbito estatal, comunitario o extracomunitario o internacional. En la segunda parte se abordará el la estructura y composición del delito de corrupción en los negocios, analizando su bien jurídico protegido, su tipo objetivo y su tipo subjetivo para las dos vertientes de su posible comisión: corrupción activa y corrupción pasiva. Por último, en tercer lugar se tratarán los programas de compliance y su conexión con el delito de corrupción en los negocios, así como su importancia en la imputación de la responsabilidad penal de un delito de corrupción privada a la persona jurídica, considerándolo así, un delito corporativo.

2.- LA CORRUPCION EN LOS NEGOCIOS: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y REGULACIÓN.

2.1.- CONCEPTO.

La corrupción en los negocios o, si se prefiere, en el sector privado, podría definirse como la realización de una ofrenda económica generalmente a empleados o responsables de entidades de trafico privado por parte de dirigentes de otras sociedades vendedoras o

suministradoras de servicios para que los primeros elijan sus productos o servicios con preferencia a otras opciones y ofertas de terceros¹.

Esta corrupción puede ocurrir en distintos ámbitos como puede ser la política, la empresa, la investigación y el desarrollo o el deporte. A este último el Código Penal le presta atención especializada regulándolo expresamente dentro de su artículo 286 bis.

Las figuras de corrupción privada activa y corrupción privada pasiva, se encuentran tipificadas actualmente en el Código Penal como delitos de corrupción en los negocios.

En este apartado se analizará el marco jurídico internacional y europeo, , así como la influencia que tiene en la regulación de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

2.2.- NORMATIVA INTERNACIONAL.

A nivel internacional, la corrupción en el ámbito privado ha tratado de perseguirse con la misma intensidad que se hace con la corrupción pública. Poco a poco se está tratando de implementar una red de pactos y compromisos a los que se unan cada vez un número mayor de estados para su persecución y, así, poder comenzar a fabricar un tejido cada vez mayor y más firme de normas que persigan este tipo de delitos en la misma intensidad con que se hace en Europa.

Internacionalmente cabe destacar tres acuerdos tendentes a la persecución de estas actividades:

2.2.1.- LÍNEAS DIRECTRICES DE LA OCDE PARA LAS EMPRESAS MULTINACIONALES, DEL AÑO 2000.

Trayendo a colación el Capítulo VI de las Líneas Directrices, se recogen las recomendaciones para la lucha contra la corrupción en las empresas multinacionales. Estas directrices erigen como principal dogma que las empresas se abstengan de ofrecer, dar o solicitar, directa o indirectamente pagos, dadas indebidamente o ventajas para obtener un ulterior beneficio ilegítimo y, por consiguiente, tampoco solicitar a otra empresa el ofrecimiento, pago o ventaja ilícito.

¹ HERNÁNDEZ MERCHÁN, N. *Qué es el delito de corrupción en los negocios y por qué lo castiga el Código Penal*. Disponible en: Unir: [https:// www.unir.net/derecho/revista/que-es-el-delito-de-corrupcion-en-los-negocios-y-por-que-lo-castiga-el-codigo-penal/](https://www.unir.net/derecho/revista/que-es-el-delito-de-corrupcion-en-los-negocios-y-por-que-lo-castiga-el-codigo-penal/). Acceso el 8/01/2021.

2.2.2.- PACTO MUNDIAL DE LAS NACIONES UNIDAS DE 26 DE JULIO DE 2000.

Este pacto recoge diez principios fundamentales que se pretende que rijan entre las empresas del sector privado. Estos principios tratan sobre derechos humanos, normativa laboral, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción.

Concretamente, su último principio fue incorporado al Pacto en el año 2004 tras ser aprobada la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y según el mismo, las empresas deberán lucha contra la corrupción en su seno y en cualquiera de sus manifestaciones, incluyendo las figuras de soborno y extorsión.

2.2.3.- LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Celebrada en la ciudad de Nueva York el 31 de octubre del año 2003, en esta convención se abordaron un gran número de problemas que aparejan la corrupción, siendo mayoritarias las referencias a la corrupción pública, pero no se dejó a un lado la referencia al comienzo de la represión de actos constitutivos de corrupción privada². De tal manera, en La Convención se recomendó a los Estados la inclusión de los actos de soborno en el sector privado dentro de los constitutivos de delito penalmente sancionables (ONU, Capítulo III, Artículo 21, 2003)³, la disposición de autoridades especializadas en la aplicación coercitiva de la ley para perseguir la corrupción, garantizando que se trate de órganos con la independencia suficiente para desempeñar sus funciones eficaz y correctamente (ONU, Capítulo III, Artículo 36, 2003)⁴ y la puesta a disposición de mecanismos in su legislación interna para salvar los obstáculos que puedan surgir como consecuencia de la aplicación del secreto bancario⁵.

² Organización de las Naciones Unidas.. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Capítulo II, Artículo 12. Disponible en: www.unodc.org Acceso; 23/03/2021

³ Organización de las Naciones Unidas.. Capítulo III, Artículo 21. En ONU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. (pág. 20). Nueva York. Disponible en : www.unodc.org. Acceso 23/03/2021

⁴ Organización de las Naciones Unidas. Capítulo III, Artículo 36. En ONU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (pág. 28). Nueva York. Disponible en : www.unodc.org. Acceso 23/03/2021

⁵ Organización de las Naciones Unidas. Capítulo III, Artículo 40. En ONU, *Convención de las naciones unidas contra la Corrupción*. (pág. 30). Nueva York. Disponible en : www.unodc.org. Acceso 23/03/2021

Para la prevención de la de la corrupción, la Convención⁶ aconseja la inclusión de una serie de medidas preventivas que recoge en su capítulo segundo, concretamente las dirigidas al sector privado son las siguientes:

- Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas⁷.
- Promover normas y procedimientos encargados de salvaguardar la integridad de las entidades privadas, tales como códigos de conducta para las relaciones comerciales entre empresas.
- Promover la transparencia entre entidades privadas incluidas las medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales encargadas de la gestión de las empresas
- Creación de órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción.

España firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción el 16 de septiembre de 2005 y la ratificó mediante instrumento de ratificación el 9 de junio de 2006, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 19 de junio de 2006⁸.

Más adelante, en el año 2010 se aprobó el Plan de Acción contra la Corrupción, que dejaba claro que los gobiernos, por sí solos no serían capaces de terminar con la corrupción en el sector privado, sino que necesitarían la colaboración de este para su saneamiento. Tratando de llevar el plan a la práctica, a los gobiernos del G20, previo contacto con sus contrapartes en el sector privado, les surgió el planteamiento de que la enorme complejidad de los principios anticorrupción hace complicado para las empresas su cumplimiento⁹. Por ello, en 2013, las principales compañías del sector privado, en cooperación con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en adelante OCDE, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en adelante UNODC y el Grupo del Banco Mundial, desarrollaron un manual no vinculante para las empresas sobre cumplimiento en materia de ética y anticorrupción.

⁶ Organización de las Naciones Unidas. (Capítulo II, Artículos 6 y 12. En *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. (págs. 10; 14-16). Nueva York. Disponible en : www.unodc.org. Acceso 23/03/2021

⁷ Organización de las Naciones Unidas. Capítulo III, Artículo 39. En ONU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. (págs. 29-30). Nueva York. Disponible en : www.unodc.org. Acceso 23/03/2021

⁸ UNODC. *Informe sobre el examen del país del Reino de España, por Bélgica y Lituania*.

⁹ OCDE, UNODC, & Banco Mundial. *Mensaje de la OCDE, UNODC y el Banco Mundial*. En *MANUAL DE ÉTICA ANTICORRUPCIÓN Y CUMPLIMIENTO PARA EMPRESAS* (pág. 3). Disponible en www.unodc.org Acceso: 28/03/2021

A este manual le siguió también una Guía Práctica del Programa Anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas (UNODC, Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica, 2013)¹⁰. Con ello no se busca crear nuevas normas sino retomar la Convención contra la corrupción y otras iniciativas internacionales y poner sus valores en práctica de una forma accesible para las empresas.

A través de estos textos prácticos, se aconseja a las empresas implementar programas anticorrupción de control de los riesgos y actuación frente a ellos, y para llevarlos a cabo se necesitará:

- a) Una evaluación previa del riesgo de corrupción posible.
- b) Identificación de los riesgos.
- c) Desarrollo de un programa anticorrupción.
- d) Actividades adicionales para minimización del riesgo, en caso de no llegarse a un nivel de riesgo tolerable por la empresa mediante el programa.
- e) Supervisión del cumplimiento del programa por un órgano específicamente encargado.
- f) Información al público sobre las labores de anticorrupción llevadas a cabo.

Además, en la Guía Práctica¹¹ se describen las características que tendrán estos programas para ser efectivos cumpliendo con su cometido¹², y las vías de actuación en caso de infracción o incumplimiento del programa.

En conclusión, el hecho de la existencia de una Convención de las Naciones Unidas frente a estas prácticas, a pesar de tratarse de una mera recomendación a los estados y no una obligación, no debe pasar desapercibida, ya que las Naciones Unidas es un órgano del que forman parte la mayoría de países del globo terráqueo, de los cinco continentes, que, al ser asistentes a tal convención son ahora conocedores de la tendencia mundial a la tipificación

¹⁰ OCDE, UNODC, & Banco Mundial. *Mensaje de la OCDE, UNODC y el Banco Mundial*. En *MANUAL DE ÉTICA ANTICORRUPCIÓN Y CUMPLIMIENTO PARA EMPRESAS* (pág. 3). Disponible en www.unodc.org
Acceso: 28/03/2021

¹¹ OCDE, UNODC, & Banco Mundial. *Mensaje de la OCDE, UNODC y el Banco Mundial*. En *MANUAL DE ÉTICA ANTICORRUPCIÓN Y CUMPLIMIENTO PARA EMPRESAS* (pág. 3). Disponible en www.unodc.org
Acceso: 28/03/2021

¹² *Vid.* Anexo I de este trabajo.

penal de estas actividades, de manera que progresivamente se va creando una tendencia a la criminalización, en la que quedarse atrás, se tendrá como negativo por el resto de asistentes

2.2.4.- CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Tuvo lugar en Caracas, Venezuela, en el mes de marzo del año 1996 impulsada por la Organización de Estados Americanos (OEA) y posteriormente ratificada también por El Salvador en el mes de octubre del 1998.

En esta Convención se trataron fundamentalmente cuestiones de corrupción pública, pero cobra especial relevancia en este caso por ser la primera vez que esta Organización recomienda a los Estados miembro prohibir y castigar el soborno transnacional, el cual define de manera similar a como se definió en Europa.¹³

2.2.5.- LAS CUMBRES DE LAS AMÉRICAS.

Las Cumbres de las Américas consisten en una serie de reuniones de los jefes de estado y de gobierno de países pertenecientes al continente americano que comenzaron a tener lugar en el año 1994 y cuyo objetivo es debatir y tratar cuestiones de ámbito diplomático y comercial en su territorio.

A lo largo de estos años, desde su comienzo en 1994, han ido teniendo lugar diferentes cumbres, mediante las cuales se han ido desarrollando mecanismos de actuación y seguimiento en torno a diferentes ámbitos, uno de ellos ha sido la corrupción¹⁴. Para su control y represión, se ha acordado un el fortalecimiento de las capacidades institucionales, la mejora de la administración de justicia, el dictado de normas para asegurar la transparencia de la financiación de los partidos políticos y la adopción de medidas contra el soborno en las transacciones financieras y comerciales, es decir, contra el soborno en el tráfico privado¹⁵,

¹³ Artículo VIII de la Convención Interamericana Contra la Corrupción B-58. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp. Acceso: 2/04/2021

¹⁴ VIII Cumbre de las Américas, 13 y 14 de abril de 2018. Disponible en <https://viiiicumbreperu.summit-americas.org/reuniones-2/octava-cumbre-de-las-americas/> Acceso 03/04/21

¹⁵ López, J. *Normas y policía internacionales contra la corrupción*, 1ª ed. Sección de Probidad de la Corte Suprema de El Salvador

2.3.- NORMATIVA EUROPEA.

El proceso de criminalización de la corrupción privada en la Unión Europea es el más avanzado y fundamentalmente se debe a dos textos normativos. No ocurre de la misma manera con países ajenos a esta regulación, como se desprende de la sentencia 14/2019, de 24 de abril, de la Audiencia Nacional¹⁶, en la que se juzgan, por un Tribunal español, hechos típicos de un delito de corrupción privada ocurridos en Brasil, y, entre otros motivos de no aplicación del delito de corrupción privada se encuentra que en Brasil no existe un delito similar para el tráfico privado, siendo solamente conducta típica la corrupción pública, al no ser de aplicación la normativa europea.

2.3.1.- ACCIÓN COMÚN 98/742/JAI DEL CONSEJO DE EUROPA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.

En ella se considera la corrupción como un problema real que ataca la competencia leal y los principios de libertad en el mercado.

Su finalidad es frenar el auge de la corrupción que afecta a los países miembro de la Unión y así disminuir los actos fraudulentos entre las empresas que operan en el sector privado. Para ello, este texto europeo realiza una definición de la corrupción activa y pasiva en el sector privado que regirá en las legislaciones internas de los estados miembros (en adelante EM), aconseja su tipificación penal en la legislación interna de los EM y en el ámbito europeo cuando sean acciones que, en el mercado común europeo, produzcan perjuicios de índole económica.

Además, para la eficacia de su represión, también se recogen una serie de sanciones de ámbito penal y administrativo, tales como multas y prohibiciones de provecho de ventajas públicas para sancionar a las personas jurídicas, que podrán ser también responsables de estos delitos cuando sean efectuados en su provecho por personal capacitado para representarlas legalmente.

El bien jurídico protegido en esta Acción Común no se enfoca únicamente en la protección patrimonial, funcional y operativa de las empresas, sino que amplía su foco también a la protección del correcto desarrollo y funcionamiento del mercado y su libre competencia.

¹⁶ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 14/2019, de 24 de abril.

2.3.2.- CONVENIO PENAL DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE LA CORRUPCIÓN, (CONVENIO 173 DEL CONSEJO DE EUROPA).

Este convenio normativo persigue fomentar la cooperación internacional de los estados firmantes para la represión de la corrupción.

Fue abierto para su firma el 27 de enero de 1999 y se convirtió, así, en el primer instrumento vinculante al servicio de Europa para la lucha contra la corrupción.

En su interior enumera los actos que deben ser reprimidos, haciendo referencia tanto a la corrupción pública como a la privada tipificando, tanto el cohecho realizado frente a agentes públicos, como a directores o trabajadores en entidades del sector privado, cuando la acción u omisión se realice incumpliendo sus deberes, además del delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales y el blanqueo de productos de dicha corrupción ¹⁷.

Además del cohecho anteriormente mencionado, también incluye, en su artículo 10 y 11, como sujetos pasivos del delito a los miembros de las asambleas parlamentarias internacionales y los jueces y oficiales de tribunales internacionales, de esta manera, criminaliza y sanciona también el delito de corrupción en las transacciones económicas

¹⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción, Convenio número 173 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182 (págs. 65780-65812): “Artículo 5: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, los actos a que se refieren los artículos 2 y 3 cuando esté implicado un agente público de cualquier otro Estado; Artículo 7: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes; Artículo 8: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes; Artículo 13: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, los actos mencionados en el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, en los párrafos 1 y 2 del artículo 6, en las condiciones previstas en el mismo, cuando el delito principal consista en uno de los delitos tipificados de conformidad con los artículos 2 a 12 del presente Convenio, en la medida en que la Parte no haya formulado reserva o declaración con respecto a dichos delitos o no los considere delitos graves a efectos de la legislación relativa al blanqueo de dinero”.

internacionales, pudiendo ser los sujetos públicos pasivos los recogidos en su decimo y undécimo artículo.

El convenio penal no solo regula los actos típicos sino que también reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de estos delitos¹⁸. Esto será tenido en cuenta cuando los actos sean realizados en beneficio de la persona jurídica y, además, acontezcan uno de los siguientes supuestos:

- a) Que la persona física ocupe una posición de liderato en la persona jurídica, ya sea un poder de representación de la persona jurídica, una autorización para tomar decisiones sobre la misma o una autorización para ejercer el control sobre la persona jurídica.
- b) Que la persona jurídica haya cometido tales actos típicos por una omisión de la persona física en sus deberes de control sobre la persona jurídica.

El hecho de reconocerse en este convenio la responsabilidad de las personas jurídicas por actos cometidos por personas físicas representándolas y en su nombre, no excluye la eventual y posible responsabilidad penal a la que se pudieran enfrentar dichas personas físicas por los actos delictivos efectuados en nombre de aquella, ya sea por llevarlos a cabo, como por haber colaborado o instigado a realizarlos.

¹⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción, Convenio número 173 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182 (págs. 65780-65812), Madrid: "Artículo 18: 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de: un poder de representación de la persona jurídica; o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica; así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados. 2. Aparte de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica. 3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1".

En relación con las sanciones aplicables¹⁹ a los autores de los delitos de corrupción, el convenio diferencia enormemente entre: sanciones a personas físicas y sanciones a personas jurídicas. De esta manera, delega en los Estados firmantes la fijación del tipo de pena, sus características y duración, ciñéndose única y exclusivamente a imponerles el deber de aplicar medidas y sanciones proporcionadas y disuasivas, sean o no privativas de libertad que den lugar a extradición, en el caso de las personas físicas y, en caso de tratarse de personas jurídicas impone a los estados que se trate de sanciones penales o no penales proporcionadas y disuasivas, incluyendo en ellas las sanciones monetarias.

Además de imponer a los Estados la fijación de sanciones penales y medidas preventivas contra la corrupción, esta Convención también les adjudica la tarea de adoptar medidas legislativas o de cualquier otro tipo, válidas para confiscar o privar a los autores del instrumental y los productos del delito o el valor equivalente a los mismos, si estos ya se hubiesen enajenado²⁰.

Pese a la intención de criminalización de la corrupción, el Convenio Penal ofrece, en su artículo 37, la posibilidad a los estados de formular reservas al Convenio, esto permite a los estados que se reserven su derecho a no establecer como delitos varias conductas, entre las

¹⁹ Artículo 19: 1. Teniendo en cuenta la gravedad de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, cada Parte establecerá, con respecto a los delitos tipificados conforme a los artículos 2 a 14, sanciones y medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluyan, cuando sean cometidas por personas físicas, sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición. 2. Cada Parte se asegurará de que, en el caso de la responsabilidad establecida en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 18, las personas jurídicas sean objeto de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias. 3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitirle confiscar o privar de otro modo de los instrumentos y productos de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos productos.

Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. En *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182 (págs. 65780-65812). Madrid.

²⁰ Apartado 3 del artículo 19: Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitirle confiscar o privar de otro modo de los instrumentos y productos de los delitos tipificados de conformidad con el presente Convenio, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos productos.

Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. En *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182 (págs. 65780-65812). Madrid.

que se encuentran: el cohecho activo o pasivo en el sector privado y el cohecho pasivo de agentes públicos extranjeros, es decir, la corrupción en el sector privado y en las transacciones económicas internacionales. Esta posibilidad de formular reservas sobre la incorporación de estos tipos delictivos a la legislación estatal hace restarle obligatoriedad y vinculación al Convenio, al dejar en manos de los estados la posibilidad de elegir los tipos que mas les interese incorporar a su legislación penal, sin falta de cumplir al cien por ciento el texto acordado.

Haciendo uso de este derecho, los estados no podrán excederse de 5 reservas al texto del convenio, entendiéndose las reservas a los artículos 4, 6 y 10, como una única reserva y cada reserva tendrá una duración máxima de 3 anualidades²¹. De esta manera se trata de limitar la banalización del Convenio.

España ha ejercido su derecho a efectuar reservas al Convenio y recientemente ha renovado la suya (reserva contenida en el instrumento de ratificación depositado el 28 de abril de 2010)²², el 1 de agosto de 2019. Su reserva gira en torno al artículo 17 párrafo 1, b), ejercitando su derecho a la no aplicación del mismo y, de esa manera, exigiendo la concurrencia de principio de doble incriminación para perseguir infracciones cometidas por los nacionales en el extranjero.

²¹Artículo 38.1-Las declaraciones a que se refiere el artículo 36 y las reservas a que se refiere el artículo 37 serán válidas durante tres años a partir del primer día de la entrada en vigor del Convenio con respecto al Estado de que se trate. No obstante, dichas declaraciones y reservas podrán renovarse por períodos de la misma duración. 2- Doce meses antes de la expiración de la declaración o reserva, el Secretario General del Consejo de Europa informará al Estado interesado de dicha expiración. Tres meses antes de la fecha de expiración, el Estado notificará al Secretario General su intención de mantener, modificar o retirar la declaración o reserva. En caso contrario, el Secretario General informará a ese Estado de que su declaración o reserva queda automáticamente prorrogada por un período de seis meses. La declaración o reserva caducará si antes de la expiración de dicho período el Estado de que se trate no notifica su decisión de mantenerla o modificarla. 3-Cuando una Parte formule una declaración o reserva conforme a los artículos 36 y 37, proporcionará al GRECO, antes de su renovación o cuando así se le solicite, explicaciones suficientes en cuanto a los motivos que justifican su mantenimiento.

Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. En *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182 (págs. 65780-65812). Madrid.

²² Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. En *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182 (págs. 65780-65812). Madrid.

Junto a la tipificación y las sanciones aparejadas a ello, también se establecen una serie de medidas de obligado cumplimiento para los estados tendentes a favorecer la persecución de los delitos, tales como la creación de autoridades estatales especializadas en la lucha contra la corrupción, independientes de los órganos de gobierno del estado, la cooperación de las autoridades públicas con estas autoridades responsables de investigar la corrupción, proporcionar protección efectiva y útil para los denunciantes, los testigos y los cooperadores, así como adoptar medidas válidas y efectivas para asegurar la posibilidad de practicar y buscar prueba evitando que el secreto bancario suponga una traba a ello.

Por último, cabe mencionar la cooperación internacional, materia sobre la que también se regula en el Convenio. En este ámbito, según su artículo 25, opera de forma subsidiaria a los tratados y pactos internacionales que puedan acontecer entre los Estados Parte, con ello quiere referirse al hecho de que las disposiciones del Convenio se aplicarán únicamente en ausencia de tratados entre los Estados Parte o, existiendo, en caso de que su régimen sea menos favorable para el caso concreto que el previsto en el referido Convenio.

Las medidas que entrarían en juego de aplicarse en esta materia el convenio serían (artículos 26, 27, 28, 29, 30 y 31 del Convenio 173 del Consejo de Europa): prestación de mutua asistencia entre las partes, dando respuesta a las solicitudes de las autoridades de investigación y persecución de delitos referidas en el Convenio con imposibilidad de invocación del secreto bancario para negarse a tales solicitudes y únicamente pudiendo negarse en caso de que tal solicitud comprometa intereses fundamentales, la soberanía nacional; la consideración de los delitos establecidos en el convenio como delitos que dan lugar a extradición, ya sea en los tratados existentes al tiempo del convenio o futuros entre las Partes y para el caso de no existir tratados alguno que fundamente la extradición, se tomará el propio convenio como base jurídica suficiente para ella cuando en el derecho interno estatal se condicione la misma a la existencia de un tratado que la autorice; por último se establece una facultad, (distinta a un deber), mediante la cual los Estados Parte pueden remitir información sobre actos de corrupción a otro Estado Parte, aun cuando ese territorio no hubiera solicitado la información.

2.3.3.- CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1999, DE DERECHO CIVIL SOBRE CORRUPCIÓN.

En este texto se recoge la obligación de los Estados firmantes de incluir, en sus ordenamientos jurídicos internos, procesos tendentes a la reclamación de indemnización de víctimas de actos de corrupción. En ellos se procederá a indemnizar por daños y perjuicios

resultantes de corrupción tanto pública como privada, pudiéndose alegar daños patrimoniales, daños no patrimoniales y lucro cesante producto de tal corrupción.

Además, este Convenio también obliga a los Estados firmantes a considerar nulo cualquier contrato o cláusula contractual cuyo fin sea un acto de corrupción, así como también obliga a ofrecer a las partes contratantes cuyo consentimiento haya sido producto de actos de corrupción, la potestad de solicitar ante un tribunal la nulidad del contrato.

Por último, en este texto se disponen una serie de medidas contables que deberán incorporar los Estados con el objetivo de que las cuentas anuales de las empresas reproduzcan cada vez más una imagen fiel y fiable de la situación financiera de las empresas. Un ejemplo es la incorporación de la obligación de auditarse a empresas que alcancen un determinado tamaño.

2.3.4.- DECISIÓN MARCO 2003/568/JAI.

Se trata del instrumento que impuso la introducción de los delitos de corrupción en los negocios en la legislación penal española. Se dispuso el día 22 de julio del año 2003 y no entró en vigor hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. Su cumplimiento a más tardar para el Estado Español se fijó en fecha de 22 de julio de 2005 y su entrada en vigor en la legislación europea supuso la derogación de la Acción Común 98/742/JAI, de 22 de diciembre²³ adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado.

Esta normativa impone la tipificación e inclusión dentro de la legislación penal de los Estados de estos delitos de corrupción y su sanción conforme a unas directrices y guías de proporcionalidad según el infractor sea persona física o jurídica, considerando a esta última como también posible responsable.

Para las personas físicas llega a legitimar a los estados la imposición de penas privativas de libertad que podrán extenderse del año a los 3 años de duración y para las personas jurídicas podrán llegar incluso a determinar la disolución de la misma, pasando por otras menos gravosas como la exclusión de ayudas públicas.

Además, cabe añadir a lo anteriormente expuesto, que esta decisión define conceptos que posterior y necesariamente serán utilizados por los estados para tipificar los delitos en su

²³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 192, págs. 54-56.*

legislación interna, conceptos tan importantes como: persona jurídica e incumplimiento de deberes.

En su artículo 1, dedicado a la definición de los anteriores conceptos, establece que con el término ``responsabilidad de las personas jurídicas`` se refiere a cualquier entidad a la que la legislación nacional atribuya personalidad jurídica propia, a excepción de organizaciones internacionales y los propios estados y sus organismos en el ejercicio de sus potestades públicas. En cuanto al concepto de incumplimiento de las obligaciones, el artículo anteriormente mencionado, deriva la definición del mismo al derecho nacional de los estados y a su entendimiento sobre este concepto, imponiendo el mínimo, de considerarse incumplimiento, el comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación que emane de la ley, de normas o de reglamentos profesionales.

Esta decisión puso punto final a la falta de regulación estatal de la corrupción privada en Europa, en la que España se encontraba a la cabeza.

2.3.5.- INFLUENCIA DE LA NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL EN ESPAÑA.

El movimiento tipificador de la corrupción entre particulares como delito comenzó en Alemania, en el año 1896, con la publicación de la primera ley anticorrupción de Europa, que sancionaba penalmente los pagos y regalos a empleados de empresas privadas por parte de otras empresas que competían en el mercado entre sí causando así competencia desleal, aunque de manera torpe, al tratarse de una ley basada en la descripción casuística, careciendo de un bien protegido esencial. Esta ley creó fieles seguidores, entre los que se encuentra el Reino Unido, que en el año 1906 creó la primera ley expresamente anticorrupción de Europa (Gobierno de Reino Unido, 1906)²⁴. Sería posteriormente, en 1909 cuando Alemania, consciente de las carencias de la Ley de 1896, la modificaría para convertirla en la ley UWG contra la competencia desleal que se sirvió de la ley británica para su redacción.

Todo este movimiento llegó a España de una manera relativamente tardía. En 1995, el Código Penal, en su Sección 4º seguía teniendo su contenido tradicional: las disposiciones comunes a los delitos en el mercado y los consumidores.

²⁴ *Prevention of Corruption Act 1906*, asentimiento real en 4 de agosto de 1906, vigor a partir de 1 de enero de 1907. Aprobada por el Parlamento del Reino Unido, (Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda del Norte y República de Irlanda). Derogada por Ley Contra el Soborno de 2010

Fue más tarde, en el año 2010, cuando se aprueba la Ley 5/2010 de 22 de junio, en aras a cumplir con la Decisión Marco impuesta por Europa. Mediante esta ley se traslada la Sección 4ª de ese título a 5ª, cambiándose la rúbrica de la 4ª Sección a ``de la corrupción entre particulares``. Esta fue la primera toma de contacto de nuestro Código Penal con la corrupción privada.

Asimismo, esta Ley introduce el artículo 286 bis, dotándolo en aquel momento de cuatro apartados que definían la corrupción privada activa y pasiva, así como su atenuación facultativa y la corrupción en el deporte.

, En la reforma del Código Penal del año 2015, se realizan las siguientes modificaciones:

- a) Añade un apartado quinto al artículo 286 bis que conecta este con el artículo 297 del mismo cuerpo legal que define el concepto de sociedad a este artículo aplicable.
- b) Añade al Código Penal un artículo 286 ter tipificando en él la corrupción en las relaciones económicas internacionales.
- c) Añade al Código Penal el artículo 286 quater relativo al tipo agravado del delito.
- d) Modifica la rúbrica de la sección 4ª de “de la corrupción entre particulares” a ``delitos de corrupción en los negocios``
- e) Introduce una nueva redacción del artículo 286 bis llevando a cabo las siguientes modificaciones:
 - a. Intercambia el término “profesionales” en su apartado 4 de corrupción en el deporte por el término “especial relevancia económica”.
 - b. Introduce la definición del término “especial relevancia económica” en el texto del artículo.
 - c. Invierte la posición de la corrupción activa y pasiva dentro del artículo, encontrándose antes de la reforma de 2015 la corrupción activa en el apartado 1 y la pasiva en el apartado 2 y, tras la reforma de 2015, la corrupción pasiva es la primera en redactarse y la activa la segunda.

Un hecho revelador de la tardía introducción del delito de corrupción privada en nuestro país y de la necesidad de su tipificación es la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 14/2019, de 24 de abril, correspondiente a la comúnmente llamada Operación Rimet, en la que el

Tribunal reconoce que los hechos acaecidos son propios de un delito de corrupción en los negocios, pero que por su tipificación posterior a los hechos no resulta posible su aplicación al caso, en palabras del Tribunal: “el que, en mejor sintonía se podía encontrar con el de cohecho, era el de corrupción entre particulares [así se hace, ya, en el informe de la UDEF de 01/02/2016: folio 983, tomo 2], lo que es razonable, visto el parangón que entre ambos delitos encontramos en la L.O. 5/2010, de 22 de junio , por la que se introduce este delito, en el art. 286 bis CP, (...), sucede, sin embargo, que dicha reforma no entra en vigor en nuestro Derecho hasta diciembre de 2010, mientras que son anteriores a 2010 los irregulares hechos de donde procede el dinero que se presume blanquear”²⁵

Finalmente, cabe mencionar las diferencias entre los modelos de tipificación elegidos por cada Estado para la criminalización de la corrupción. Así, puede afirmarse la existencia de dos modelos mayoritarios: la tipificación por incumplimiento de deberes del empresario y la tipificación por menoscabo de la competencia leal²⁶.

El primer modelo es acogido por países como Francia, Holanda y Reino Unido, mientras que el segundo modelo corresponde a Alemania, Suiza y es también el elegido por España, como veremos con más detalle en los siguientes apartados.²⁷

3.- CORRUPCIÓN PRIVADA ACTIVA DEL ARTÍCULO 286 BIS 1 Y 2 DEL CÓDIGO PENAL.

El delito de corrupción en los negocios se desdobra en dos tipos de delito, según si el tipo de acción es activa o pasiva. Esto es así por encontrarse tipificado tanto el comportamiento del que soborna, como el comportamiento del sobornado o corrompido.

Seguidamente, detallaremos los comportamiento tipificados y penados de ambas vertientes así como los elementos del tipo penal de corrupción en los negocios.

²⁵ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 14/2019, de 24 de abril.

²⁶ Giménez, R. H. El tipo del injusto de la corrupción entre particulares”. *Universidad Complutense de Madrid*. Disponible en www.ucm.es, Acceso el 20/04/2021.

²⁷ Además de estos dos modelos mayoritarios existen dos, que podrían llamarse minoritarios, por ser acogidos únicamente por su país creador, como son el modelo sueco, que identifica la corrupción privada con su homóloga pública, y el modelo italiano, que no configura el delito como uno de peligro si no de resultado, exigiendo para su existencia un daño material efectivo.

3.1.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El bien jurídico protegido de este delito según la Decisión Marco 2003/568/JAI que introduce este delito y que se ve reflejada en el Preámbulo de la LO 5/2010 que identifica la libre y leal competencia como el bien jurídicamente protegido, que se ve dañado por la corrupción de cualquier ámbito distorsionando, así, la libre adquisición de bienes y servicios e impidiendo un desarrollo económico sólido²⁸.

La protección de este elemento se justifica en la negativa incidencia de este tipo de conductas en el resto de los operadores del mercado, ya sean estos empresarios competidores o consumidores y usuarios. Esta incidencia negativa se debe al hecho de que la libre competencia es garante de que la oferta de bienes y servicios se realiza en un mercado libre y con igualdad de oportunidades, de manera que el cobro y ofrecimiento de comisiones alteraría las reglas de igualdad y equilibrio con las que se rige el mercado.

Además de esta alteración en el acceso al mercado, este bien jurídico protegido, protege y garantiza la posibilidad de elección de los consumidores según la calidad y las características y demás condicionantes de los bienes y servicios ofrecidos.

Con la regulación anterior a 2015, resultaba altamente complicada la defensa de la competencia como bien jurídico protegido ya que, la regulación del delito, excluía su comisión por el empresario y, únicamente, podía ser cometido por sus empleados, directivos o colaboradores, añadiendo al final, como último requisito, ``el incumplimiento de sus obligaciones`` para con el empresario. Vista esta regulación, resultaba de mayor facilidad defender, como bien jurídico protegido, la fidelidad y lealtad del trabajador hacia el empresario que la libre competencia²⁹.

Tras la reforma de 2015, operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se elimina el requisito de incumplimiento de sus obligaciones, resultando mas sencillo el enfoque del delito hacia la protección de la libre competencia, como así expresa el Preámbulo de la citada ley. Sin embargo, sigue resultando cuestionable la exclusión del empresario de los sujetos penalmente responsables incluso en el caso de que este conozca y consienta de los actos

²⁸ Quintero, G., Morales Prats, F., & Otros. En *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Thomson Reuters Aranzadi. 2017, (págs. 917-924).

²⁹ Martínez Buján, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. , 2013 (Cuarta ed., págs. 381-388).

corruptos de sus empleados, ya que es estos casos, el empresario podrá ser sancionado en vía civil o administrativa si incumplió la Ley de Defensa de la Competencia o la Ley de Competencia Desleal pero no en vía penal, mientras que sus empleados, administradores, directivos o colaboradores sí podrán ser sancionados penalmente en virtud de este delito³⁰.

3.2.- TIPO OBJETIVO .

3.2.1.- REGULACIÓN

La corrupción privada activa se encuentra regulada en el apartado segundo del artículo 286 bis del Código Penal, en la Sección 4 “ Delitos de corrupción en los negocios”, del Capítulo XI, que trata de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, del Título XIII, sobre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

3.2.2.- ESTRUCTURA TÍPICA.

Este delito se encuentra bajo la estructura típica de la participación necesaria ya que, en él, las conductas de los sujetos no son autónomas, sino que se encuentran unidas teniéndose a ambos sujetos, tanto corrupto como corrompido, como autores del delito. De esta manera, de llegarse a un acuerdo entre ambos sujetos para efectuar y aceptar el soborno, el delito sería único cometido por dos ramas de autoría , la activa y la pasiva, que pueden estar formadas cada una por uno o una pluralidad de autores, el sujeto o sujetos que ofertaron el soborno y el o los que lo aceptaron o recibieron, respondiendo cada sujeto por su delito, en veritente activa o pasiva.

En este sentido, resulta especialmente ejemplificador el Auto de la Audiencia Nacional, de 3 de febrero, del Juzgado Central de Instrucción número 2, que versa sobre el Caso La Rueda, en el que se creaba una red de corrupción entre altos directivos de la SGAE y altos mandos de cadenas de televisión para eludir el pago de derechos de autor a los titulares originales del contenido emitido, a través de falsas inscripciones de obras mínimamente modificadas, cuyos derechos de autor volvían a la cadena emisora del contenido, todo ello

³⁰ Quintero, G., Morales Prats, F., & Otros. En *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Thomson Reuters Aranzadi. 2017, (págs. 917-924).

mediando el pago de importantes comisiones de estas a los altos directivos de la SGAE.³¹ En este caso, la red de corrupción creada requería la participación de los dos “bandos”, es decir, requería la existencia de sujetos activos de delitos de corrupción activa, y sujetos activos del delito de corrupción pasiva, es un caso claro de corrupción privada con producción de resultado en ambas vertientes.³²

La estructura típica de la participación necesaria no supone, sin embargo, la exclusión de la posibilidad de comisión individual del delito para el caso de que el sujeto oferente no consiga la corrupción del sujeto teóricamente aceptante. Esta posibilidad de comisión individual emana de la propia ley, “al preverse el delito de corrupción, de forma semejante a lo que ocurre en el delito de cohecho, como un tipo de emprendimiento”³³.

3.2.3.- LOS SUJETOS RESPONSABLES.

La modalidad activa del delito de corrupción en los negocios, se trata de un delito común ya que, según el texto legal, en interpretación de la frase “quien por sí ...”, es punible la realización de sus acciones típicas por cualquier sujeto que pretenda interferir en el mercado a su favor e indebidamente.³⁴

A pesar de la generalidad con la que define a los sujetos intervinientes en la ley, en atención al bien jurídico protegido, en este delito debe entenderse que es requisito para resultar punible la conducta, que el sujeto pertenezca a una entidad mercantil para que, de esta manera, sus acciones ilícitas tengan calado en el funcionamiento del mercado y menoscaben la competencia leal³⁵. De esta manera, en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 14/2019, el Tribunal trata de encontrar en la legislación brasileña, una figura similar a la del artículo 286 bis CP, y solo halla el delito de corrupción pública, que no puede aplicar, al

³¹ Vid. Anexo II de este trabajo.

³² AAN de 3 de febrero de 2020.

³³ Quintero, G., Morales Prats, F., & Otros.. En *Comentarios a la parte especial del derecho penal*,). Thomson Reuters Aranzadi. 2017, (págs. 917-924)

³⁴ Sánchez, S. *En Nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*. Ed: La Ley, Grupo Wolters Kluwer., 2012, (pág. 423).

³⁵ Quintero, G., Morales Prats, F., & Otros. En *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Thomson Reuters Aranzadi. 2017, (págs. 917-924).

tratarse de corrupción relacionada con funcionarios públicos y no de tráfico privado como en el caso de la corrupción entre particulares.³⁶

Asimismo, este delito admite formas de autoría diversas. En su redacción se advierte la posibilidad de comisión del sujeto “por sí o a través de persona interpuesta”, lo que deja abierta la puerta a una autoría única directa, en la cual el sujeto realiza el soborno por sí mismo y utilizando únicamente su persona para su comisión. También permite una autoría por persona interpuesta, valiéndose el sujeto de otra persona para su comisión. Dentro de esta comisión por persona interpuesta cabe la posibilidad de que ocurran tres situaciones: la autoría mediata, para el caso de que en la persona interpuesta el engaño o la coacción; una coautoría, en el caso de que en la persona interpuesta concorra el dolo, y su cooperación sea necesaria; y por último la inducción por el sujeto a un tercero para que cometa el delito³⁷.

El texto legal no hace referencia al tratamiento punitivo de la persona interpuesta, por ello, esta podría encontrarse en diferentes escenarios que “se moverían desde la atipicidad (cooperación neutral, ausencia de dolo) y la tipicidad a título de complicidad, cooperación necesaria o coautoría”³⁸.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el CP, en su apartado 5 del artículo 286 bis, será analizada más adelante juntamente con el tema del programa de cumplimiento para la prevención del delito o “compliance” penal.

3.2.4.- CONDUCTA TÍPICA.

Los sujetos anteriormente referenciados pueden cometer este delito a través de un abanico de conductas que se encuentran tipificadas en el apartado 2 del artículo 286 bis del Código Penal, y que consisten en prometer, ofrecer o conceder una comisión para obtener como contraprestación un trato de favor indebidamente concedido por parte del corrompido a favor de la persona que le promete, ofrece o concede la prestación o de un tercero por el que este intercede.

³⁶ SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª). núm. 14/2019 de 24 de abril.

³⁷ Sánchez, S. *En Nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer. 2012, (pág. 423).

³⁸ Sánchez, S. *En Nuevo Código Penal, Comentarios a la reforma*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer. 2012, (pág. 423).

Con la criminalización de estas tres conductas, se pretende sancionar penalmente las diversas etapas que puede atravesar el acto de soborno. De esta manera es susceptible de punibilidad desde la declaración de intenciones unilateral del corrupto sobre su intención o promesa de entregar la comisión, hasta el agotamiento de la acción y su consumación, entregando la comisión y consiguiendo el trato preferente e indebido a su favor o al de un tercero.

Además de las conductas descritas, se analizarán a continuación dos exigencias esenciales para la punibilidad de las conductas.

La primera exigencia gira en torno a la ventaja o contraprestación, esta puede ser de cualquier índole, ya sea una ventaja competitiva o pecuniaria en forma de comisión. También se considerará comisión las entregas de material, maquinaria de gran valor u otros objetos que excedan de los usos comerciales del sector de actividad. Según este requisito, quedan dentro del marco de la atipicidad los regalos e invitaciones que pueden realizarse como obsequio o cortesía en el contexto económico del sector privado.

Por último, la segunda exigencia hace referencia a la intención del sujeto que entrega la comisión. En este sujeto, el objetivo debe consistir en conseguir un trato de favor indebido por parte del corrompido, de manera que este le ocasione una ventaja competitiva frente a otros competidores, ya sea en la compraventa de mercancías, de servicios o en el seno de las relaciones comerciales y siempre que esta ventaja sea para sí o a favor de un tercero³⁹.

En este sentido, destacan los requisitos señalados por el Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona, que mediante Sentencia 173/2018 de 28 de febrero, señala que para darse un delito de corrupción privada del artículo 286 bis, debe concurrir: “que la entrega o recepción del beneficio o ventaja pongan en grave peligro la competencia justa y honrada en la contratación de bienes y servicios (...) es decir, que sean potencialmente aptos para producir la ventaja competitiva” y “Que dicho peligro sea concreto. Es necesario que el beneficio o ventaja se concedan en el marco de o en consideración a un contrato o un proceso de contratación que se esté llevando a cabo o sea inminente (...) no basta con la concesión de una ventaja o beneficio con la

³⁹ Quintero, G., Morales Prats, F., & Otros. En *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Thomson Reuters Aranzadi. 2017, (págs. 917-924).

esperanza, inespecífica, de obtener, en un futuro incierto, una ventaja competitiva en la empresa del sobornado. “⁴⁰

3.2.5.- CONSUMACIÓN.

Este delito de corrupción en los negocios se trata de un delito de emprendimiento, en virtud de tal calificación, los actos materialmente constitutivos de tentativa, por ejemplo, no haber podido doblegar al supuesto corrompido, se elevan a la categoría de delito consumado. Esto ocurre como consecuencia directa de la tipificación de la conducta de ofrecer la comisión.

En la corrupción activa, a diferencia de la modalidad pasiva, el sujeto es castigado, en cualquier caso, sin importar si el acuerdo llegó a consumarse o si la otra persona, el sujeto pasivo, accedió al soborno, ya que se entiende que la consumación, para el sujeto activo, ocurre desde el mismo momento en que se comunica al otro sujeto el ofrecimiento de la comisión.

3.3.- TIPO SUBJETIVO

De la redacción del propio precepto, con la oración “para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero...” se desprende la exclusión de la imprudencia en la punibilidad de este delito. Para que se considere que concurren los elementos del tipo y, en consecuencia, poder ser sancionado penalmente, se requiere que el sujeto activo realice la oferta o promesa al sujeto pasivo supeditada a la realización, por parte del sujeto pasivo, de alguna acción u omisión que le reporte un beneficio que el mismo sujeto activo sabe que no le pertenece y es injustificado e indebido.

En conclusión, para la comisión del delito de corrupción privada es necesaria la intención de corromper del sujeto activo y su deseo de obtener alguna ventaja o beneficio competitivo que, según las reglas de la competencia, no le correspondería. En consecuencia, para la realización de la acción típica con la intención anteriormente descrita, resulta condición

⁴⁰ SAP Barcelona núm. 173/2018, de 28 de febrero.

necesaria la concurrencia de dolo directo del sujeto activo, cuyo propósito es corromper al sujeto pasivo para conseguir su propio beneficio⁴¹.

4.- CORRUPCIÓN PRIVADA PASIVA DEL ARTÍCULO 286 BIS.

4.1.- TIPO OBJETIVO.

4.1.1.- REGULACIÓN.

En delito de corrupción en los negocios en su modalidad pasiva se encuentra regulado en el apartado 1 del artículo 286 bis del Código Penal.

4.1.2.- ESTRUCTURA TÍPICA.

La modalidad pasiva del delito de corrupción en los negocios responde a la misma estructura típica que la modalidad activa, al tratarse de un único delito cometido por dos autores, el sujeto activo y el pasivo, sin resultar ninguno una víctima y teniendo los dos la consideración de coautores. De esta manera se encuadra este delito en la estructura típica de la participación necesaria⁴².

Sin embargo, lo anterior no obsta para que el delito pueda llegar a cometerse únicamente por la parte pasiva, en el caso de que el sujeto activo no atendiese la solicitud, en cuyo caso no puede hablarse de conducta típica alguna cometida por el sujeto activo, cuya actitud de ajusta a lo correcto y por tanto se mueve en el terreno de la atipicidad. En este caso resultaría punible únicamente la actitud del sujeto solicitante, aunque no hubiese llegado su intención a puerto, al tratarse este, como decíamos en la modalidad activa, de un delito de emprendimiento.

⁴¹ Martínez Buján, C. En *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*. Valencia. Tirant lo Blanch 2013, (Cuarta ed., págs. 381-388).

⁴² Quintero, G., Morales Prats, F., & Otros. En *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Thomson Reuters Aranzadi. 2017, (págs. 917-924).

4.1.3.- ACCIONES TÍPICAS.

La acción típica de la corrupción privada en vertiente pasiva se trata de la otra cara de la moneda dentro de un mismo delito que es el de corrupción. En esta modalidad la conducta típica consiste en solicitar o aceptar la dádiva, comisión, ventaja o servicio que ofrece, promete o entrega el corrupto y favorecer indebidamente a este último en la adquisición o venta de mercancías, la contratación de servicios o cualquier otra relación comercial, como contraprestación por la comisión o dádiva recibida.

En esta vertiente pasiva, al igual que en la vertiente activa explicada anteriormente, también se pretende sancionar penalmente cada una de las fases que puede atravesar el acuerdo y en las que pueda ser partícipe el sujeto pasivo. De esta manera, se tratan como verbos típicos tanto solicitar como aceptar, es decir, se sanciona el requerimiento previo del corrompido sin haber recibido aún oferta alguna del sujeto activo.

4.1.4.- SUJETOS RESPONSABLES.

Nos encontramos en ante un delito de naturaleza especial, cuyo autor, por definición, “no puede ser cualquier persona, sino solo un sujeto con especiales condiciones, cualidades, relaciones o cualificaciones personales”⁴³.

En esa vertiente se exige la concurrencia de una serie de circunstancias en el sujeto para considerarlo susceptible de la comisión de este delito. En primer lugar, para resultar responsables de este delito, los sujetos deberán formar parte de una entidad mercantil o sociedad o estar relacionado con ella y el pacto de soborno que pretendan debe suponer una relación entre las entidades o sociedades a las que pertenezcan, y, en segundo lugar, estos miembros deberán ostentar la condición de directivos, administradores, administradores o colaboradores de la entidad, es decir, se excluye al empresario de la comisión de este delito, no así, de posibles consecuencias en vías civil y administrativa.

El Código abre también la posibilidad a la forma de comisión por medio de persona interpuesta para la modalidad pasiva, a la que resultará de aplicación lo expuesto sobre ello en la modalidad activa.

⁴³ Real Academia de la lengua Española. Definición “delito especial”. Disponible en www.dpejrae.es , Acceso: 22/05/2021.

En cuanto a responsabilidad penal de las personas jurídicas por un delito de corrupción en los negocios en modalidad pasiva, resulta aplicable también las exposiciones respecto de la modalidad activa.

4.1.5.- CONSUMACIÓN.

En cuanto a la consumación del delito, este, al tratarse de un delito de emprendimiento, se considera consumado desde la mera solicitud de la comisión por parte del sujeto corrompido. Es por eso, que aunque el pacto corrupto no llegue a tramitarse con éxito, el legislador entiende que la competencia leal ya se ha visto corrompida y, por tanto, el delito se encuentra consumado.

4.2.- TIPO SUBJETIVO.

En el delito de corrupción privada en su vertiente pasiva, también aplica la imposibilidad de comisión por imprudencia. Para cumplir con los elementos subjetivos del tipo, el sujeto deberá tener intención de realizar, en beneficio del oferente, la acción u omisión que le reporte el beneficio injustificado en la adquisición o venta de mercancías, la contratación de servicios, o en cualesquiera otras relaciones comerciales.

Concluimos para esta vertiente del delito, también, la necesidad de dolo para su comisión, aunque en la modalidad pasiva, cabe ser este directo o eventual, admitiendo que el sujeto, en la vertiente pasiva, acepte la comisión como elemento colateral en la consecución de otro fin diferente⁴⁴.

4.3.- PERSEGUIBILIDAD.

En cuanto a la perseguibilidad del delito de corrupción en los negocios, este no se encuentra sometido a la condición de perseguibilidad del artículo 287, por lo que para su persecución no resulta necesaria la denuncia previa del agraviado⁴⁵.

⁴⁴ Martínez Buján, C. En *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*. Valencia. Tirant lo Blanch 2013, (Cuarta ed., págs. 381-388)..

⁴⁵ Martínez Buján, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial*. Valencia. Tirant lo Blanch 2013, (Cuarta ed., págs. 381-388)..

Esta característica del delito desprende una clara intención del legislador de que así sea, ubicando el delito fuera de la sección 3^a⁴⁶ y así evitando la aplicación sobre él del requisito impuesto por el artículo 287 del Código Penal. Además, esta perseguibilidad de oficio encuentra su fundamento en el bien jurídico protegido por el delito, que, al tratarse de un bien colectivo, que afecta a la totalidad de la sociedad y a su mercado, merece su protección por el conjunto de la sociedad sin requisito alguno para ello⁴⁷.

4.4.- AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 286 QUATER CP.

Los delitos de corrupción privada, tanto activa como pasiva, son castigados con la pena de prisión que puede ir desde los seis meses a los cuatro años de privación de libertad, la inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio de uno a seis años y multa del tanto al triplo del beneficio o ventaja ⁴⁸. Estas penas deben moldearse y ser aplicadas por el órgano sentenciador de forma proporcional a la acción cometida y el resultado o perjuicio ocasionado. La sentencia y la modulación de la pena se encuentra dentro de las facultades del juzgador y resulta de su elección la concreción de la pena en la sentencia, sin embargo, el CP establece una serie de circunstancias consideradas de especial gravedad que, de darse en el caso concreto, supondrían la imperativa imposición de las penas más graves contempladas por el CP para el delito en cuestión. Así, en el artículo 286 quáter CP, el legislador considera de especial gravedad: que el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado, que la acción del autor no sea ocasional, es decir, que exista reiteración o que sea una práctica habitual en el autor del delito, que el delito se haya cometido en el seno de una organización criminal y, por último, que los delitos se hayan cometido sobre servicios humanitarios o de primera necesidad. Sobre estas circunstancias agravantes, el legislador impone la imposición de la pena en su mitad superior, y habilita al juzgador a poder imponer hasta la pena superior en grado para casos extremadamente graves.

Además de estas agravantes especiales del artículo 286 quater, debe tenerse en cuenta que también pueden resultar de aplicación las agravantes generales del artículo 22 CP que

⁴⁶ Terradillos Basoco, J. M., Acale Sánchez, M., Ríos Corbacho, J. M., Ruíz Rodríguez, L. R., González Agudelo, G., & Rodríguez Moro, L. En *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. IUSTEL Portal Derecho S.A. 2016. (Vol. IV, pág. 111).

⁴⁷ Florit Siles, R. *Corrupción en los negocios*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, ICADE. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu> Acceso: 23/04/2021.

⁴⁸ Art. 286 bis CP

materialmente sean compatibles con estos delitos, como por ejemplo la tercera, la sexta, la séptima y la octava.

5.- EL COMPLIANCE PENAL EN LA CORRUPCIÓN PRIVADA.

5.1.- ATENUACIÓN Y EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

En vista del aumento de delitos de índole mayoritariamente económica que son cometidos por personas jurídicas y los numerosos instrumentos jurídicos internacionales que solicitaban la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, introduce en el apartado 4 del artículo 31 bis, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre las que se encontraba, en su subapartado h), la implementación, con posterioridad al delito, a través de sus representantes legales, de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en un momento ulterior pudieran cometerse. En conclusión, la LO 5/2010 no preveía la posibilidad de exención de la responsabilidad, únicamente la atenuación si concurrían una serie de requisitos.

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que también se modifica el Código Penal, señala en su Preámbulo la intención del legislador de mejorar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y concretar el concepto de control que debe haberse quebrantado en el seno de la persona jurídica para dar lugar a su responsabilidad penal. Además, esta ley introduce la posibilidad de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así, en el apartado 2 del artículo 31 bis del CP, dispone, para el caso de un delito cometido por representantes legales de la persona jurídica, o por integrantes de un órgano de la misma que este autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostenten facultades de organización, la posibilidad de exención, en caso de acreditación total de la adopción de programas y medidas de control para prevenir las actuaciones delictivas en el seno de la persona jurídica y previo a la comisión del delito, su supervisión en cuanto a funcionamiento y el cumplimiento del programa confiado

a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos y la comisión del delito por sus autores eludiendo fraudulentamente los programas de organización y prevención.⁴⁹

Para la atenuación o exención de la responsabilidad de la persona jurídica mediante la implantación de estos programas, no basta con su mera implantación, sino que estos deben cumplir con una serie de requisitos enumerados en el apartado 5 del artículo 31 CP, entre ellos la adecuación para la prevención del delito cometido.

La aplicación de estos programas de compliance no es imprescindible para la Sala Penal del Tribunal Supremo, pues en su STS Pleno 154/2016, de 29 de febrero, establece la prescindibilidad de estos programas siendo lo realmente relevante a su juicio, “establecer un análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de la persona jurídica ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho” (STS 154/2016, de 29 de febrero).

Asimismo, en numerosas sentencias posteriores⁵⁰, el Tribunal Supremo, exige a la acusación la prueba de dos circunstancias concretas: la primera es la comisión del hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 31 bis CP, y la segunda la acreditación de que el delito cometido por la persona física “ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica (...), en definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo”.⁵¹

En el mismo sentido cabe añadir que, como señala otra sentencia de la Sala, que, “la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de los delitos imputables a la persona jurídica, no constituye por sí misma un comportamiento delictivo”, sino que, para fundamentar la culpabilidad, la persona jurídica habrá de haber cometido el delito de corrupción en los negocios, y que haya sido cometido por alguna de las personas que señala el artículo 31 bis del CP, en coordinación con los sujetos del delito

⁴⁹ Javier Alonso García, *Compliance Penal (I), evolución legislativa y análisis jurisprudencial*. Revista Aranzadi Digital núm 1/2020. Disponible en www.aranzadidigital.es. Recuperado el 20/05/2021

⁵⁰ SSTS, Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 221/2016, de 16 de marzo, núm. 123/2019, de 8 de marzo y núm. 668/2017, de 11 de octubre.

⁵¹ STS núm. 221/2016, de 16 de marzo.

contenidos en el art. 286 bis CP debiendo además probarse “que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión”⁵²

En relación a la implantación de los programas de compliance a la pequeña y mediana empresa, en adelante PYMES, en las que las funciones de supervisión del cumplimiento de la ley y las de administración pueden confundirse en la misma persona u órgano, la Circular 1/2016, de 22 de enero de la Fiscalía General del Estado establece que las PYMES “podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia cultura de cumplimiento normativo”, además, también insta a las acusaciones a extremar las precauciones a la hora de tratar con PYMES, ya que, debido a la confusión de órganos de vigilancia y administración podría llegar a producirse una situación de *bis*. *In ídem*.⁵³

En conclusión, la puesta en marcha de programas de compliance en el seno de las empresas para combatir la criminalidad no es imprescindible, pero si aconsejable ya que proporcionan una visión clara y fiable de una cultura de empresa tendente al cumplimiento de la ley.

5.2.- PROYECCIÓN INTERIOR Y EXTERIOR DEL PROGRAMA ANTICORRUPCIÓN.

Los modelos de compliance no solo actúan con una proyección exterior de la protección anticriminal, sino que poseen también una proyección de la protección hacia el interior.

Los apartados 2. y 4 del artículo 31 bis, se refieren a una vertiente exterior de los programas de compliance, en la que se posibilita la exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos cometidos en su propio beneficio, entendiéndose la persona jurídica como beneficiaria del producto del delito, ocurre diferente con la vertiente interior o ad-intra de la protección de los programas de compliance, dicha vertiente se aborda en la STS 192/2019, de 9 de abril, en la que el Tribunal Supremo estipula la conveniencia de que el programa de compliance que se aplique en la empresa cubra las dos vertientes de actuación, la externa, teniendo como víctima a la sociedad en general, protegiendo, en el caso del delito de corrupción en los negocios, el libre mercado y la competencia leal, y por otro lado la vertiente interna, teniendo como víctima a la empresa, perjudicada por el delito, perjudicando su estima, su imagen, su economía y otros bienes a ella asociados.

⁵² STS, núm. 123/2019, de 8 de marzo.

⁵³FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero.

De esta manera, el alto tribunal declara que estos modelos, para cubrir también esa vertiente interna de protección deben “hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan el debido control entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros”⁵⁴

Los requisitos mínimos que debe cumplir un programa de compliance penal para servir de fundamento de exención o atenuación de la responsabilidad penal se recogen en el apartado 5 del artículo 31 bis del CP, y deben acogerse como orientaciones para su diseño. En primer lugar, para prevenir la comisión de un delito del artículo 286 bis CP, deben identificar las actividades de la empresa más propensas a acoger el delito de corrupción privada; deberán de incorporar al proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica protocolos de prevención de fraude, así como también, deberán incorporar modelos de gestión de recursos financieros para prevenir su utilización para la formación del soborno y subsiguiente comisión del delito. Deberá imponerse la obligación de informar al órgano que se encargue de vigilar el funcionamiento del programa de compliance de los posibles riesgos de incumplimiento del mismo; deberá contar el programa con un sistema de sanciones y disciplinario para contener el incumplimiento del programa, como por ejemplo, no respetar los procedimientos de seguridad en la toma de decisiones y formación de la voluntad de la persona jurídica y, por último, deberá contar, con la periodicidad necesaria, con verificaciones del modelo y posibilitar su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones.⁵⁵

Los anteriores requisitos suponen un abanico general de directrices que deben ser adaptadas a la idiosincrasia de cada persona jurídica y a su marco de actuación en su actividad cotidiana.

Por último, para fundamentar la exención o atenuación de la responsabilidad de una persona jurídica a través de un programa compliance, además del cumplimiento de los anteriores requisitos, establece la Circular 1/2016, de 22 de enero unos requisitos de forma específicos y lazos de conexión con el delito concreto, en este caso el delito de corrupción privada, disponiendo que “los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino

⁵⁴ STS, núm. 192/2019, de 9 de abril.

⁵⁵ Javier Alonso García, *Compliance Penal II*. Revista Aranzadi Digital, núm. 1/2020. Disponible en www.aranzadidigital.es. Recuperado el 15/05/2021.

que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa”, concluyendo que no resulta suficiente la mera copia de programas elaborados por otras empresas, ya que el programa debe surgir del “verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas ilícitas”⁵⁶.

De lo expuesto se desprende la conveniencia de confiar la configuración e implantación del programa corporativo a una tercera persona independiente e imparcial que pueda certificar, con certeza, la idoneidad del mismo para la prevención del delito concreto.⁵⁷ pero debe tenerse en cuenta, que dicha certificación no supone prueba *iuris et de iure* de la eficacia y adecuación del programa. En este sentido, la FGE, establece que las certificaciones sobre idoneidad emitidas por empresas ajenas a la persona jurídica en cuestión, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia, pero, “en modo alguno acreditan la eficacia del programa ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.”⁵⁸

En conclusión, el programa compliance debe proteger a la empresa en dos vertientes, la vertiente externa, evitándole ser responsable penalmente por la comisión de un delito corporativo del artículo 286 bis CP, que dañe su imagen y estima en el mercado, y en la vertiente interna, protegiendo su situación financiera y patrimonial, evitando que sus recursos sean utilizados en actividades ilícitas, como el soborno, que no correspondan con la actividad normal y lícita de la empresa en el libre mercado.

5.3.- PRIMERA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DEL ARTÍCULO 31 CP.

La primera aplicación de la eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la inclusión, previa al delito, de programas compliance anticorrupción, se produjo mediante el Auto de 11 de mayo de 2017 del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, relativo al mediático Caso Bankia. El presente caso se trata de un procedimiento con una gran

⁵⁶FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero.

⁵⁷ Javier Alonso García, *Compliance penal II*, Revista Aranzadi Digital núm. 1/2020. Disponible en www.aranzadidigital.es. Recuperado el 15/05/2021.

⁵⁸FGE, Circular núm. 1/2016 de 22 de enero.

pluralidad de demandados, entre ellos la multinacional de auditoría Deloitte, a la que se le atribuía responsabilidad penal por la elaboración de dos informes favorables sobre la situación financiera de Bankia durante el periodo de su salida a Bolsa.

Mediante el mencionado Auto, el Juzgado Central de Instrucción, considera que “ en el presente caso la representación procesal de DELOITTE SL ha aportado a la presente causa la documentación que acreditar sobradamente que la misma cuenta con un “Manual de Compliance” que cumple con los requisitos expuestos, así como que para su gestión se cuenta con las suficientes herramientas, políticas y protocolos, que componen el llamado “Sistema de Control de Calidad” adecuado para exigir al personal de la misma el cumplimiento de las normas profesionales, estableciendo medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de ilícitos. “⁵⁹

De esta manera, se sobresee la causa respecto de la mercantil Deloitte SL. En aplicación de la eximente del artículo 31 CP, por considerar que cuenta con los mecanismos suficientes para la prevención del delito de corrupción, al poseer un programa compliance perfectamente adaptado a su actividad mercantil y que cuenta con las herramientas pertinentes para su correcto funcionamiento, por tanto, la responsabilidad no se entiende que concurre de la persona jurídica como responsable de un delito corporativo, sino del socio que cometió el delito como persona física responsable, entendiendo, además, que este gozaba de la autonomía e independencia suficientes en su cargo (que le otorga la Ley 2/2007, al ser Deloitte una Sociedad Profesional) para perpetrar el delito incumpliendo el programa compliance.

6.- REFERENCIAS.

Alonso García, J. . *Compliance penal (II): Modelos de prevención de proyección delictiva interna y externa. Compliance ad intra y compliance ad extra.* En Aranzadi S.A.U. Valencia (2020), núm 1/2020. (págs. 1-5)..

Alonso García, J. *Compliance penal (III): Modelos de prevención de proyección y normativa de calidad. La norma española UNE 19601 Sistemas de gestión de Compliance penal.* Aranzadi S.A.U. Valencia, (2020), núm 1/2020 (págs. 1-5).

⁵⁹ AAN, de 11 de mayo de 2017. Pág. 251.

Alonso García, J. *Compliance penal (IV): Las opciones de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi S.A.U. Valencia (2020) num. 1/2020 (págs. 1-5).

Alonso García, J. *Compliance Penal I. En Evolución legislativa y análisis jurisprudencial*. Aranzadi S.A.U. Valencia (2020), núm 1/2020, (págs. 1-5).

C. A. (s.f.). "Delito de corrupción en transacciones comerciales internacionales". Recuperado el 18 de Enero de 2021, de Chabaneix Abogados: <https://chabaneixabogadospenalistas.es/corrupcion-transacciones-comerciales/>

Florit Siles, R. (2017). *Corrupción en los negocios*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, ICADE. Madrid.

Giménez, R. H. (2017). *El tipo del injusto de la corrupcion entre particulares*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

Hernández Merchán, N. (27 de Abril de 2018). "Qué es el delito de corrupción en los negocios y por qué lo castiga el Código Penal." Recuperado el 8 de Enero de 2021, de Unir: <https://www.unir.net/derecho/revista/que-es-el-delito-de-corrupcion-en-los-negocios-y-por-que-lo-castiga-el-codigo-penal/>

López, J. (2003). *Normas y políticas internacionales contra la corrupción* (Primera ed.). Corte de Probidad de El Salvador.

Martínez Buján, C. En *Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte especial* Tirant lo Blanch, Valencia, (2013). Cuarta edición, págs. 381-388)

OCDE, UNODC, & Banco Mundial. (2013). Mensaje de la OCDE, UNODC y el Banco Mundial. En *MANUAL DE ÉTICA ANTICORRUPCIÓN Y CUMPLIMIENTO PARA EMPRESAS* (pág. 3).

Quintero, G., Morales Prats, F., & Otros. *Comentarios a la parte especial del derecho penal* Thomson Reuters Aranzadi. Madrid (2017). Séptima Edición, (págs. 917-924).

RAE. (2020). *Delito especial*. Recuperado el 25 de Abril de 2021, de Diccionario panhispánico del Español Jurídico: [https://dpej.rae.es/lema/delito-especial#:~:text=Pen.,o%20cualificaciones%20personales%20\(intraneus\)](https://dpej.rae.es/lema/delito-especial#:~:text=Pen.,o%20cualificaciones%20personales%20(intraneus))

Silva Sánchez J.M. *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*. La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid (2012), págs. 423.

Terradillos Basoco, J. M., Acale Sánchez, M., Ríos Corbacho, J. M., Ruíz Rodríguez, L. R., González Agudelo, G., & Rodríguez Moro, L. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. IUSTEL Portal Derecho S.A., Madrid, (2016), Vol. IV, pág. 111.

UNODC. (2013). *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Viena.

UNODC. (2016). *Informe sobre el examen del país del Reino de España, por Bélgica y Lituania*.

7.- ÍNDICE DE SENTENCIAS Y AUTOS.

J.C.I. núm. 2, (2020). Auto del Juzgado Central de Instrucción número 2 de la Audiencia Nacional, de 3 de febrero de 2020.

J.C.I. núm.4, (2017). Auto del Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional, de 11 de mayo de 2017. (Caso Bankia).

Sentencia Audiencia Nacional 14/2019 de 24 de abril, 14/2019 (Audiencia Nacional, Sección 1ª, 24 abril de 2019) (Operación Rimet).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª núm. 173/2018, de 28 de febrero (AP Barcelona, 28 de febrero 2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 123/2019 de 8 de marzo, 123/2019 (Tribunal Supremo 8 de Marzo de 2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016 del 16 de marzo, 221/2016 (Tribunal Supremo 16 de Marzo de 2016).

Sentencia del Tribunal Supremo 668/2017 de 11 de octubre, 668/2017 (Tribunal Supremo 11 de Octubre de 2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 693/2019 de 29 de abril, 693/2019 (Tribunal Supremo 29 de abril de 2019). (Caso Palau de la Música)

8.- LEGISLACIÓN.

8.1.- LEGISLACIÓN NACIONAL.

Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (Diario Oficial de la Unión Europea 192 de 31 de julio de 2003, pág. 54-56).

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

Instrumento de Ratificación del Convenio 173 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010, pág. 65780 a 65812).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24/11/1995).

8.2.- LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRANJERA.

Prevention of Corruption Act (1906), Londres.

ONU (2003). Capítulo III, Artículos 6, 12, 21, 39 y 40. En ONU, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. (págs.. 14-30). Nueva York.

ANEXO I.

CARACTERÍSTICAS DE UN PROGRAMA ANTICORRUPCIÓN

El programa anticorrupción de ética y cumplimiento consiste en políticas y procedimientos que abordan el riesgo de corrupción. El desarrollo y la mejora continua de las políticas y procedimientos deben reflejar las siguientes características:

CONSISTENCIA CON TODAS LAS LEYES APLICABLES



Las empresas deben hacer una amplia investigación sobre las distintas leyes y regulaciones de los países en los que operan. Las empresas también deben asignar expertos jurídicos para que revisen el diseño del programa respecto de su consistencia con las leyes nacionales e internacionales.

LECTURA SIMPLE



El contenido del programa anticorrupción debe ser de fácil comprensión. Por lo tanto, es preferible evitar siglas o términos técnicos. Se puede potenciar su comprensión ofreciendo ejemplos de la vida real, orientación y herramientas adecuadas, que hacen que las políticas genéricas adquieran relevancia a nivel práctico.

ADAPTACIÓN A REQUERIMIENTOS ESPECÍFICOS



Los resultados de la evaluación de riesgos de la empresa determinan la extensión de los riesgos y las áreas específicas a las que deberían apuntarse las medidas anticorrupción. Otros requerimientos podrían ser la cultura institucional o costumbres.

PROMOCIÓN DE UNA CULTURA INSTITUCIONAL BASADA EN LA CONFIANZA



Una cultura basada en la confianza permite transformar las políticas anticorrupción en valores, normas y principios y crea un ambiente favorable para los empleados honestos y éticos, que buscan asesoramiento en situaciones difíciles.

PARTICIPACIÓN DE LAS PARTES INTERESADAS



Invitando a los sindicatos, auditores o socios comerciales a comentar sobre el programa anticorrupción. El enfoque participativo en la aplicación y mejora continua del programa crea entre las partes la percepción de haber asumido el programa como propio.

APLICABILIDAD



El programa anticorrupción no solo debe ser aplicable a los empleados de la empresa, sino también a los socios comerciales y a otras partes interesadas externas. La participación de esas partes interesadas en las estrategias de comunicación, capacitaciones y otras medidas puede ayudar a alcanzar un mayor nivel de comprensión y a reducir el riesgo de corrupción.

RESPONSABILIDAD COMPARTIDA



El cumplimiento del programa anticorrupción es obligatorio y debe aplicarse en todos los niveles, funciones y áreas de la empresa. Es crucial evitar la impresión de que existe una doble moral y flexibilidad en la interpretación de las políticas y los procedimientos.

CONTINUIDAD



El establecimiento de un programa anticorrupción no debe ser considerado como un proyecto que se realiza de una sola vez, sino más bien como un proceso continuo.

ACCESIBILIDAD

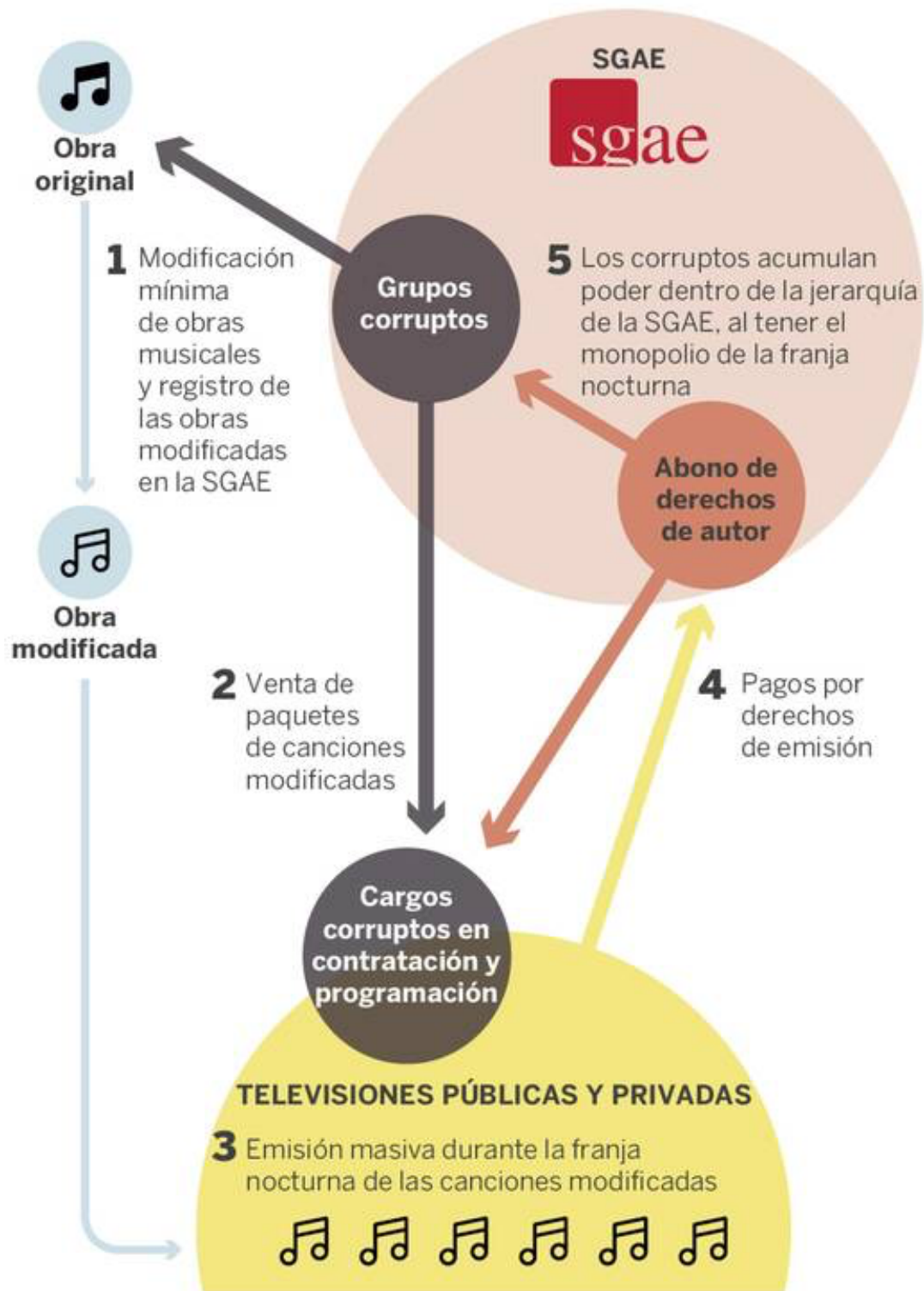


La información sobre el programa anticorrupción y los materiales de apoyo debe ser de fácil acceso. Las empresas podrían considerar la publicación de información en su página web y en boletines, publicaciones y otros medios de comunicación.

FUENTE: ELENA LAZAREVA – WWW.ACADEMIA.EDU.COM

ANEXO II.

EL MONOPOLIO DE LA EMISIÓN NOCTURNA DE MÚSICA



Fuente: Auto judicial del 'caso Rueda'. EL PAÍS