

Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?

Autor: Dr. Carlos Gómez-Jara Díez
Profesor asociado de Derecho Penal.
Universidad Autónoma de Madrid.
Abogado.

Resumen

La corrupción en el sector privado constituye uno de los mayores problemas necesitados de regulación en el panorama jurídico-penal español. Tanto las obligaciones internacionales asumidas por España como la inadecuación de los instrumentos jurídico-positivos existentes a la fecha de hoy presionan al Legislador español en la dirección de crear un tipo específico que aborde esta problemática. No obstante, la opción de la propuesta de reforma del año 2006 de vincular la competencia desleal a la administración desleal no parece acertada en tanto en cuanto introduce un elemento – la infracción de deberes por parte del representante para con su representado – que, en numerosas ocasiones, va a ser extremadamente difícil de constatar. Por tanto, resulta aconsejable ceñir la corrupción privada estrictamente a la competencia desleal y relegar dicha infracción de deberes a la constatación de si existe (o no) un delito de administración desleal subyacente.

Palabras clave: corrupción, comisiones, competencia desleal, administración desleal

Abstract

Corruption in the private sector constitutes one of the mayor problems needed of regulation in the criminal Spanish legal system. Both, the international duties assumed by Spain and the inadequacy of the existing legal instruments pressures the Spanish legislator on the direction of creating a new specific category of offense that tackles the issue. Nevertheless, the 2006 amendment proposal of linking unfair competition to the breach of does not seem appropriate as it introduces an element – the breach of the agent's duties- which, in numerous occasions, it is going to be extremely difficult to verify. Thereby, it is advisable to restrict private fiduciary dut corruption strictly to unfair competition and relegate the breach of duties to the verification of whether it exists or not an underlying unfair administration offence.

Key words: corruption, perpetrations, unfair competition, breach of fiduciary dut, kick-back.

Recibido: 01.12.2007

Aceptado: 18.01.2008

I. Introducción

En un momento histórico en el que el vocablo «corrupción» parece haberse convertido en un icono de aquello que el Estado de Derecho debe combatir¹, la tarea de delimitar conceptualmente el significado específico del concepto de «corrupción en el sector privado» presenta importantes dificultades². Así, *por un lado*, la tarea de deslindar la corrupción pública de la corrupción privada comporta no pocos inconvenientes, sobre todo a la luz de ordenamientos que pretenden hacer frente a la segunda mediante una regulación común para ambas³; *por otro*, y al hilo de lo ante-

¹ En general, sobre ello, vid. KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán», en: *Polit.Crim* 3 (2007), A1, pp. 1 ss. [<http://www.politicacriminal.cl>], si bien con referencia específica a los preceptos del Código penal alemán; vid. asimismo, en general, si bien referido fundamentalmente al sector público, FIEBIG, *Korruption und Untreue im öffentliche Dienst*, 2004, passim; en la literatura española vid. las contribuciones contenidas en: FABIÁN CAPARRÓS / RODRÍGUEZ GARCÍA (Coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004.

² Ello se aprecia especialmente en las investigaciones de Derecho comparado. Vid. en España el intento de NIETO MARTÍN, «Corrupción en el sector privado: España», en: *RP* 14 (2003), pp. 174 [con anterioridad ÍD., «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», en: *RP* 10 (2002), pp. 55 ss.]; en Alemania VOGEL, «Wirtschaftskorruption und Strafrecht – ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht», en: *FS-Weber*, 2004, pp. 395 ss.; vid. asimismo el informe de HEINE / ROSE, *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, 2003, p. 4 donde reconocen que no existe una definición uniforme y sistemática del concepto de corrupción en el sector privado en los trece países que examinan, ni en la legislación internacional al respecto.

³ Vid. el análisis de VOGEL, *FS-Weber*, pp. 400 ss. En cualquier caso, el fenómeno de privatización de la Administración, así como de las funciones públicas desarrolladas por determinadas empresas privadas conlleva que los problemas para delimitar ambas corrupciones se agudicen, dependiendo, en gran medida, el resultado final, de la amplitud con la que se interprete el concepto de funcionario ex art. 24.2 CP [vid. *Infra* III.2].

rior, dependiendo del modelo de fundamentación de la punición de estas conductas que se escoja, podrá variar lo característico de este concepto. Como se intentará mostrar a lo largo de esta contribución, la estrecha vinculación que presenta el concepto de «corrupción en el sector privado» con los conceptos de competencia desleal y administración desleal puede comportar importantes dificultades a la hora de delimitar el núcleo de la corrupción privada – si es que, en última instancia, debe existir – y sancionarla debidamente.

En líneas generales, puede afirmarse que, sobre todo a partir de la decisión marco de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado⁴, las conductas de corrupción en el sector privado consisten básicamente en la concesión de ventajas indebidas a empleados o directivos de una empresa en el marco de su actividad profesional, para que incumplan sus obligaciones. Como se puede observar claramente, en este tipo de sanciones siempre parece estar presente el riesgo de incluir conductas que son socialmente adecuadas⁵, por lo que una primera reflexión de carácter general en este ámbito consiste en señalar que ciertos criterios de la imputación objetiva pueden desempeñar aquí un papel importante – ¿puede constituir corrupción en el sector privado, el envío de cestas de Navidad a clientes para que sigan contratando los servicios de la empresa que se representa y no se vayan a otra? ¿Y los regalos al Director de una sucursal bancaria para que siga dispensando un trato flexible en la concesión de préstamos hipotecarios? ¿Y la propina a un camarero para que atienda mejor a una mesa que a otra? –.

Como acaba de señalarse, la discusión en torno a la corrupción en el sector privado parece haberse centrado notablemente, al menos en la Unión Europea, gracias a la decisión marco de 22 de julio de 2003, cuyo plazo de transposición expiró en julio de 2005. En este sentido, si bien tanto la Acción Común de la Unión Europea de 22 de diciembre de 1998 y el subsiguiente Convenio del Consejo de Europa contra la corrupción de 27 de enero de 1999, obligaban a introducir en los Estados firmantes un delito de corrupción en el sector privado antes de que finalizara el año 2000⁶, lo cierto es que la referida decisión marco, que deroga expresamente dicha Acción, adquiere, sobre todo a la luz del reciente *Case Law* europeo – denominado con acierto por NIETO MARTÍN como «activismo judicial» en memoria de la histórica fase de la Corte Suprema americana de los años sesenta⁷ – una significación extraordinaria.

⁴ DOCE L 192/54, de 31 de julio de 2003.

⁵ Vid. DANNECKER, en: KINDHÄUSER / NEUMANN / PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 2005, § 299, n.m. 39; DIEMER / KRICK, en: JOECKS / MIEBACH, *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*, 2005, § 299, n.m. 20; TIEDEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 2001, § 299, n.m. 49.

⁶ Sobre la legislación europea en esta materia y su desarrollo vid. NK-DANNECKER, StGB, comentario previo al § 298, n.m. 10; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español?», en: DIEZ RIPOLLÉS (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, pp. 258 ss.

⁷ NIETO MARTÍN, «Activismo judicial vs. euroescepticismo: comentario a los casos Comisión v. Consejo, Pupino y Berlusconi», en: *iustel.com*, RGDP 4 (2005), pp. 1 ss.

*Ello no sólo porque la presión internacional ya existente para que España introduzca un tipo específico de corrupción en el sector privado se acrecienta notablemente, sino porque se concreta en gran medida el modelo que debe instaurarse.*⁸

Probablemente haya sido ésta la razón por la cual el Legislador español, en su propuesta de reforma del Código penal español que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria, haya decidido introducir, entre otras medidas, un artículo 286bis) que sanciona la corrupción en el sector privado. A la vista de esta circunstancia, la presente contribución irá dirigida a explorar con mayor detalle el modelo de fundamentación instaurado por la decisión marco – *Infra II* –, y después a comprobar cómo se recoge dicho modelo en la incipiente reforma penal española, intentando mostrar la problemática que su actual redacción puede comportar para un grupo de casos especialmente problemáticos: los denominados *Kickbacks* – *Infra V* –, que por lo que se alcanza a ver no han despertado casi el interés de la Jurisprudencia y la doctrina española, pese a tratarse, según algunos autores alemanes, del «cáncer actual de la macroeconomía»⁹.

II. Fundamentación de la punición de la corrupción en el sector privado

II.1. Introducción

En la discusión sobre la corrupción en el sector privado se suele hacer referencia a cuatro modelos básicos para fundamentar la punición de estas conductas¹⁰, si bien lo cierto es que pueden darse modelos mixtos que combinen diversos aspectos¹¹. El primero de ellos – modelo laboral – se basa en la quiebra de la buena fe contractual en la relación laboral entre empleador y empleado. Para el segundo – modelo de

⁸ No puede obviarse que la lucha contra la corrupción, en general, y contra la corrupción privada, en particular, se ha convertido en un fenómeno netamente internacional. Si bien en un principio la preocupación se centró fundamentalmente en la corrupción pública, no pasó mucho tiempo hasta que se percibió no sólo la importancia de su homólogo en el ámbito privado, sino también la necesidad de otorgar una tendencia extraterritorial a este tipo de regulaciones – como ya había ocurrido en el sector público – como puede leerse en la referida decisión marco al señalar que «la corrupción en el sector privado de un Estado Miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional» Dicha necesidad permite explicar, probablemente, por qué se ha producido un fenómeno tan sintomático como que tanto la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) como la CIC (Cámara Internacional de Comercio) se hayan constituido en importantes valedores de la punición de estas conductas, efectuando importantes estudios de campo y promoviendo la celebración de diversas Convenciones [vid. las referencias y los propios informes contenidos en HEINE / ROSE (nota 2)]

⁹ LK-SCHÜNEMANN § 266 n.m. 125 d.

¹⁰ NIETO MARTÍN, RP 2002, pp. 56 ss; FOFANI, «La “corrupción privada” Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en: ARROYO ZAPATERO / NIETO MARTÍN (Coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*, 2006, pp. 384 ss.; VOGEL, FS-Weber, pp.398 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI / BLANCO CORDERO, LH-Cerezo Mir, pp. 267 ss.

¹¹ Quizás el ejemplo más claro sea combinar el modelo de infracción de deberes con el de competencia desleal, exigiendo un perjuicio patrimonial además de la afectación de la competencia leal, como ocurre en el modelo español propuesto – vid. *Infra III.3* –.

competencia – resulta decisivo la perturbación de la libre competencia que implica este tipo de actuaciones. En el tercero – modelo de administración desleal – la ruptura del deber de lealtad del agente con su principal desempeña un papel fundamental. Finalmente, el cuarto modelo resuelve el problema estableciendo una regulación genérica de la corrupción – tanto pública como privada –. La pregunta es ¿cuál es el modelo de fundamentación de la decisión marco de 22 de julio de 2003?

II.2. El modelo de fundamentación de la decisión marco de 22 de julio de 2003

Como se puede leer en el **Considerando Noveno** de dicho instrumento legislativo europeo el fundamento último parece residir en el modelo de la competencia. Así, se señala expresamente que *«Los Estados miembros conceden una importancia especial a la lucha contra la corrupción tanto en el sector público como en el privado, por estimar que en ambos sectores constituye una amenaza para el Estado de Derecho, al tiempo que distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido»*. Por lo tanto, ya en la Exposición de Motivos se contiene una expresión clara e inequívoca de la importancia que, en este ámbito, tiene para el Legislador Europeo la distorsión de la competencia.

Dicha importancia se acrecienta cuando se observa que, a la hora de regular las conductas concretas que constituyen corrupción privada, permite expresamente en el artículo 2, apartado 3º, que *«Todo Estado miembro [pueda] declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales»*. En consecuencia, da la impresión de que lo que realmente importa al legislador comunitario es que el bien jurídico «competencia leal» quede en todo caso tutelado.

La posición adoptada por el Consejo Europeo resulta perfectamente comprensible, y de hecho es la más coherente con los principios fundamentales de la Unión Europea. Como bien es sabido, la libre competencia constituye un pilar básico del Mercado Único Europeo y precisamente a la tutela de la misma ha dedicado la Unión Europea desde antaño sus instrumentos coercitivos más importantes hasta la fecha: las sanciones administrativas de los antiguos artículo 85 y 86 del TCE. Por lo tanto, no puede extrañar que cuando se ha presentado la oportunidad de construir un modelo respecto de la corrupción privada haya dado primacía a la libre competencia sobre otros planteamientos.

Pues bien, una vez que ya se ha determinado que el modelo fundamental sobre el que se asienta es la competencia desleal, pasemos a examinar su contenido:

Corrupción Activa: *prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo*

para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Corrupción pasiva: pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Un análisis de la regulación contenida en la decisión marco arroja como resultado que se fundamenta, básicamente, en la vulneración de la competencia leal; o dicho de otra manera, en la realización de una conducta de competencia desleal frente al resto de los participantes en el mercado libre¹². Ahora bien, además del hecho de que la competencia leal no aparezca expresamente mencionada en el tenor literal de la regulación, se suma la circunstancia de que se introduce una «coletilla» no presente en los clásicos modelos de corrupción privada basados en la competencia desleal – sc. el modelo alemán –: «un acto incumpliendo sus obligaciones». Quizás consciente de la importancia que esta frase puede tener para definir la implantación de un modelo u otro, la decisión marco define qué debe entenderse por «incumplimiento de las obligaciones». La cuestión no es ni mucho menos baladí, puesto que la regulación que propone incluir el Proyecto de Ley de reforma del Código penal español contiene una concepción similar, por lo que conviene indagar en dicha fórmula para adivinar la intención del Legislador español de la reforma.

En efecto, el **artículo 1** de la tan citada decisión marco indica que, como mínimo, será «cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en un sector de actividad»¹³. En el fondo, da la impresión de que se podría concluir

¹² Vid. también en este sentido FOFFANI, en: *Fraude* (nota 9), p. 389. En sentido similar interpreta la Exposición de Motivos de la propuesta de reforma del Código penal planteada en 2006, cuando indica que «la mentada decisión parte de la consideración de que la garantía de que una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas en manera similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. La corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omita algo que puede repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado, sino que rompe las reglas de buen funcionamiento del mercado».

¹³ Puede resultar igualmente conveniente observar las formulaciones en idiomas distintos del español, puesto que pueden arrojar ciertos matices importantes. En su versión en inglés se habla de «breach of duty»: «'breach of duty' shall be understood in accordance with national law. The concept of breach of duty in national law should cover as a minimum any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a person who in any capacity directs or works for a private sector entity.». En alemán de *Pflichtverletzung*: «„Pflichtverletzung“ gemäß dem einzelstaatlichen Recht zu verstehen. Der Begriff der Pflichtverletzung im einzelstaatlichen Recht sollte zumindest jegliches treuwidrige Verhalten umfassen, das eine Verletzung einer gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht bzw. einer beruflichen Vorschrift oder Weisung darstellt, die für den geschäftlichen Aufgabenbereich einer Person gilt, die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist.»

que la esencia de la corrupción en el sector privado radica en la doble vertiente del concepto de «deslealtad»: competencia *desleal* y administración *desleal*. O expresado de otra manera: incumplimiento de las obligaciones *ad extra* - competencia desleal - e incumplimiento de las obligaciones *ad intra* - administración desleal -. Por tanto, dependiendo del modelo que se escoja se acentuará una o la otra; o incluso ambas. En cualquier caso, debe tenerse presente que, del tenor literal de la decisión marco, parece derivarse que el modelo basado exclusivamente en la competencia leal es más limitado, ya que, como acaba de señalarse el apartado 3º *permite que los Estados Miembros limiten la sanción sólo a aquellas conductas que distorsionen la competencia*.

III. El Derecho Penal Español

III.1. Introducción

Como es sabido, el Derecho penal español no contiene una regulación específica referida a la corrupción en el sector privado. Sin embargo, resulta igualmente evidente que el Estado español ha asumido una serie de obligaciones no sólo en virtud de la firma de diversos compromisos internacionales, sino también del hecho de ser un Estado Miembro de la Unión Europea. En este sentido ya se apuntó al comienzo de esta contribución que la decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado contenía un plazo de transposición que expiraba en el año 2005. A la luz de esta circunstancia es de recibo examinar las actuales propuestas de *lege ferenda* para abarcar con el arsenal dispositivo vigente las conductas de corrupción privada. Por otro lado, debe considerarse la propuesta de *lege ferenda* incluida en el reciente Proyecto de Ley de reforma del Código penal.

III.2. La situación actual: ¿ampliación del concepto de funcionario público (art. 24 CP) e inclusión de la corrupción privada en el tipo de la administración desleal?

Como mínimo desde la existencia de la Acción Común de 1998 se han venido planteando en España diversas posibilidades de interpretación del Derecho vigente para intentar aprehender los casos típicos de corrupción privada. En este sentido, pese a carecer en el ordenamiento español de un precepto específico que sancione jurídico-penalmente este tipo de conductas, se ha propuesto el logro de la mayor eficiencia posible de la mano tanto de otras ramas del ordenamiento jurídico - es decir: no recurriendo exclusivamente al Derecho penal - como de determinados preceptos del Código penal que, al menos para ciertos casos, pudieran brindar cierta protección de carácter jurídico-penal.

Así las cosas, y por lo que se refiere a sectores extra-penales, la vulneración, por parte del empleado, de la lealtad al empleador puede tutelarse mediante una reclamación de daños y perjuicios de carácter jurídico-civil – art. 1902 del Código Civil –. A mayor abundamiento, la Ley de Competencia Desleal prevé en su artículo 14 una sanción para conductas típicas de entrega de dádivas o ventajas económicas a trabajadores de la empresa para asegurar una relación contractual. Siguiendo en el ámbito de la competencia, la Ley de Defensa de la Competencia prevé en sus artículos 7 y 10 determinadas sanciones siempre y cuando se distorsione gravemente las condiciones de competencia del mercado. Ahora bien, pese a todo lo expuesto, lo cierto es que la práctica habitual muestra cómo resulta un supuesto quasi-excepcional que se entable una acción judicial en cualquiera de estos ámbitos, por lo que la tutela de los diversos intereses aquí protegidos resulta más teórica que práctica.

En lo que a la esfera jurídico-penal concierne, las principales vías de aprehensión de supuestos de corrupción privada, vienen dadas por determinadas interpretaciones de los tipos de malversación de caudales públicos y de apropiación indebida. Por lo que al primero se refiere, la regulación de funcionario público contenida en el artículo 24 del Código penal permite incluir en el mismo – y por tanto sujeto a la regulación de artículo 422 del mismo texto legal – a personas particulares que desempeñen funciones públicas, sin vínculo funcional u orgánico con la administración. Esta vía interpretativa¹⁴ resulta especialmente importante para todos aquellos sectores administrativos que en virtud de la denominada «privatización del sector público» están siendo gestionados por empresas privadas. Con otras palabras, la paulatina privatización del sector público – de la mano, entre otras circunstancias, de los fenómenos de autorregulación regulada – permite una cierta interpretación que sujeta a sus titulares a una regulación jurídico-penal que sí contempla la corrupción (¿privada / pública?). Asimismo, determinadas profesiones privadas que cumplen determinadas funciones públicas – auditores / empresa auditora de las cuentas de empresas públicas – pueden verse igualmente incluidas en dicho concepto laxo de «funcionario público» que, de esta manera, desempeña una importante labor en la lucha contra la corrupción.

Siguiendo en la esfera jurídico-penal, la otra vía de alcance de estas conductas, viene proporcionada, como se apuntó, por el delito de apropiación indebida y/o administración desleal societaria. A este respecto debe indicarse, en primer lugar, que la situación actual del ordenamiento jurídico-español respecto del delito de apropiación indebida y de administración desleal no es precisamente idónea para plantear la inclusión de supuestos que no aparecen claramente comprendidos por estos tipos. En este sentido, en relación con el tipo de apropiación indebida, la juris-

¹⁴ No obstante, debe advertirse que esta propuesta de interpretar el artículo 24 CP de forma extensiva para incluir a los administradores de empresas públicas, contradice la tendencia alemana cuyo ordenamiento preveía en el § 12 de la UWG dicha posibilidad y posteriormente fue específicamente suprimida [vid. al respecto ahora sólo LK-TIEDEMANN, StGB, § 299, nn.mm. 13 ss.]

prudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo desde mediados de los años noventa que dentro del artículo 252 CP – que, a priori, regula la apropiación indebida – se contiene, además, un delito de administración desleal. De las dos variantes que, como bien es sabido, configuran dicho delito, las resoluciones del Alto Tribunal venían afirmando la existencia del tipo de infidelidad (*Treubruchtatbestand*); sin embargo, en tiempos recientes se puede constatar una paulatina rectificación del rumbo emprendido y la preferencia por un tipo de abuso (*Missbrauchtatbestand*)¹⁵.

En segundo lugar, debe incidirse en el hecho de que el delito de apropiación indebida / administración desleal muestra una idoneidad muy limitada a la hora de comprender supuestos característicos de administración. Sin perjuicio de un análisis más detallado que será llevado a cabo *Infra* al tratar los *Kick-backs* o cobro de comisiones por contratar con una determinada empresa, lo cierto es que cuestiones como la inexistencia de una infracción del deber de lealtad, la imposibilidad de constatar un perjuicio patrimonial, o, en fin, la relevancia del consentimiento del propio empresario – entre otras cuestiones – hacen que la aplicación de la administración desleal a estos supuestos resulte sumamente discutible, sobre todo a la luz de la prohibición de interpretaciones extensivas de los tipos penales.

III.3. La reforma del Código penal español: el artículo 286bis)

De lo que acaba de exponerse no resulta difícil extraer como conclusión que existe una cierta necesidad en el ordenamiento jurídico-penal español de introducir un tipo de regule específicamente las conductas fundamentales de la corrupción privada. No sólo las regulaciones extra-penales se están mostrando como inadecuadas – o al menos ineficaces – para hacer frente a este tipo de delincuencia, sino que incluso los tipos penales existentes no parecen ofrecer una tutela efectiva de los bienes jurídicos en juego. De ahí que no resulte extraño que la propuesta de reforma del Código penal introduzca un nuevo precepto con la intención de regular este tipo de comportamientos.

En efecto, en la reforma planteada por el ejecutivo en el año 2006, se introduce una nueva denominación para la Sección Cuarta del Título XIII: *De la corrupción entre particulares*, plasmando un novedoso artículo en dicha sección, el artículo 286bis), que reza como sigue:

286bis)

Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición

¹⁵ Vid. *Infra* nota 20.

o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto del triple del valor del beneficio o ventaja.

Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

Como se puede observar el modelo que recoge la propuesta de reforma española se asemeja en gran medida al de la decisión marco y es que, ciertamente, se puede decir que dicho artículo es una consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento del referido instrumento legislativo europeo. En este sentido, la Exposición de Motivos de la reforma apunta claramente que *«la renovación de los delitos financieros exigía una incorporación al Código penal provocada por la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado»*. Más adelante recalca esta necesidad de adaptación al ordenamiento comunitario indicando que el cumplimiento de la decisión marco *«lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado»*.

Entrando a comparar ya el tenor literal del artículo de la reforma con el de la decisión marco, la expresión de este último de «ventaja indebida» se corresponde con la indicación «beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados». Por otro lado, se transcribe literalmente el hecho de estar «incumpliendo sus obligaciones», lo cual, como se adverará más adelante, puede plantear determinados problemas y, por lo demás, se aleja del modelo de protección de la competencia leal puro que existe en otros ordenamientos como el alemán.

No obstante, tampoco puede pasarse por alto el hecho de que el propuesto artículo español parece constreñirse a los supuestos que distorsionen la competencia, y, así, señala que se tendrá que favorecer «frente a otros» (corrupción activa) o «frente a terceros» (corrupción pasiva). Ello parece acentuar el componente de tutela de la competencia leal, pese a que, como se ha apuntado anteriormente, exige el requisito típico del incumplimiento de las obligaciones, por lo que da la impresión de que introduce un decisivo elemento de administración desleal. A la vista de esta mezcla de circunstancias conviene hacer referencia, antes de evaluar definitivamente la propuesta española, qué importancia puede tener la referencia típica específica a la concurrencia de un determinado grado de administración desleal en supuestos característicos de corrupción privada.

IV. El núcleo de la discusión presente y futura: ¿implica la competencia desleal siempre una administración desleal?

IV.1. Introducción

Hasta este punto se ha podido observar que la decisión marco de la Unión Europea abordando la corrupción privada parece poner el acento en la tutela de una competencia leal, si bien teniendo en cuenta la importancia que para dicha corrupción tiene la vulneración de ciertos deberes que tiene el agente para con su principal. Por otro lado se ha constatado que tanto en las propuestas de abordaje del problema de *lege lata*, como en la reforma proyectada, se otorga a la infracción de los deberes de un administrador leal una importancia decisiva. En resumidas cuentas, da la impresión de que la existencia de algún tipo de administración desleal se encuentra indisolublemente unida a la constatación de una corrupción privada.

Dicha circunstancia no debería resultar del todo extraña puesto que en el ámbito de la corrupción pública ocurre una circunstancia similar. Y es que, en definitiva, el funcionario que en un concurso público favorece, previo «pago», a una de las empresas frente a las demás, no sólo está vulnerando la competencia leal entre las mismas, sino que, además, está infringiendo sus deberes como funcionario leal; está conculcando la institución funcionarial. Por tanto, si en el ámbito de la corrupción pública ello es así, ¿por qué debería ser diferente en el sector privado? El problema que ello puede plantear es que en caso de no constatarse dicho «grado» de administración desleal en la conducta del administrador, se corre el riesgo de que la conducta finalmente sea totalmente atípica: esto es, ni constituyente de corrupción privada, ni tampoco de administración desleal. Asimismo, no conviene olvidarlo, también aflora la problemática de qué relaciones concursales establecer entre corrupción privada y administración desleal; o expresado de otra forma, ¿absorbe la corrupción privada el ilícito de administración desleal que incluye como elemento típico? ¿O debe quizás sancionarse separadamente la conducta administradora desleal?

Pues bien, si la anterior disquisición teórica pudiera parecer carente de anclaje práctico, lo cierto es que un ordenamiento como el alemán, en el que la corrupción privada se construye fundamentalmente sobre el eje de la competencia leal, este tipo de cuestiones se han presentado con especial intensidad en tiempos recientes de la mano de los casos denominados como «kick-backs». Así, el enjuiciamiento de importantes casos como el escándalo del sistema de recogida de basuras de Colonia (*Kölner Müllskandal*) o el de la construcción del estadio *Allianz Arena* en Munich (*Allianz Arena München*) han provocado importantes comentarios doctrinales¹⁶. La disyuntiva allí

¹⁶ Vid. así, entre otros, BERNSMANN, «“Kick-back“ zu wettbewerbswidrigen Zwecken – keine Untreue», en: StV 2005, pp. 576 ss.; ÍD., «Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB», en: GA 2007, pp. 219 ss., 233 ss.; RÖNNAU, «“kick-backs“: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue – Eine kritische Bestandsaufnahme →», en: HIRSCH / WOLTERS / BRAUNS (eds.), *Festschrift für Kohlmann*, 2003, pp. 239 ss.; SCHÜNEMANN, *Organuntreue. Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*, 2004 [existe una traducción de Car-

se ha centrado en la existencia de un concurso entre el § 299 del CP alemán – corrupción privada – y el § 266 mismo *codex* punitivo – administración desleal –, cuestión que entra de lleno en el tema de si este tipo de comportamientos implican, en todo caso, una administración desleal además de una (posible) competencia desleal¹⁷. De ahí que convenga examinar, siquiera brevemente, los términos del debate alemán.

IV.2. El grupo de casos denominados «Kick-backs»

IV.2.1. Introducción

Si bien se ha dicho, con razón, que los *kick-backs* constituyen el cáncer de la macroeconomía actual, lo cierto es que la atención prestada por la doctrina y la jurisprudencia tanto española como, incluso, alemana, a este grupo de casos, ha sido más bien escasa. Aventurando posibles causas de esta indiferencia, no parece desafortunado manifestar que el hecho de que las conductas de *kick-backs* constituyan una práctica habitual en el mundo empresarial, o, a mayor abundamiento, que en ciertos ámbitos no se puedan «hacer» negocios sino es sometiéndose a la cultura de los *kick-backs*¹⁸, proporcionan importantes incentivos para que la atención que se le preste a estos grupos de casos sea más bien escasa. Sin embargo, la magnitud que en ocasiones alcanzan estos comportamientos – dejando, en cualquier caso, la esfera de lo socialmente adecuado – ha sido un catalizador tanto para legisladores como para otros operadores jurídicos.

En líneas generales, y desde el punto de vista jurídico-penal, se habla de *kick-back* cuando al *representante* de una de las partes contratantes se le abonan por la contraparte, ya sea por la firma del contrato, ya sea por la ejecución del mismo, una serie de ventajas económicas deducidas de las prestaciones efectuadas por la empresa representada¹⁹. En el argot tanto alemán como español se trata del pago de «comisio-

los Gómez-Jara Díez «La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, Cap. I] ; Íd., «Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes», publicado en: *NStZ* 2006, pp. 196 ss. [existe una traducción de Carlos Gómez-Jara Díez: «El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de administración desleal», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, Cap. IV]; SZEBROWSKI, *Kick-Back*, 2005, pp. 1 ss., y *passim.*; en España vid. GÓMEZ BENÍTEZ, «Corrupción y delito de administración desleal», en: *La Ley* 2000, p. 1283 ss.

¹⁷ De acuerdo con la sanción de ambos vid. NIETO, *RP* 2002, p. 67.

¹⁸ Vid. en este sentido BERNSMANN, *StV* 2005, p. 576; en el ámbito jurídico se hace eco de esta circunstancia, entre otros GÓMEZ BENÍTEZ, «Corrupción y delito de administración desleal», en: *La Ley* 2000, p. 1283 ss. introduciendo la distinción entre corrupción inevitable (ajena al tipo de injusto penal) y corrupción agresiva basada en la consecución del fin social [en contra vid. NIETO MARTÍN, *RP* 10 (2002), pp. 66 s., indicando que cualquier soborno ha de considerarse un perjuicio patrimonial y un acto de disposición abusivo por parte del administrador, apelando a la dificultad de distinguir entre sobornos que atienden al fin social y los que no].

¹⁹ Vid. LK-SCHÜNEMANN, *StGB*, § 266, n.m. 125; *Münch-Komm-DIERLAMM*, *StGB*, § 266, n.m. 31; NK-KINDHÄUSER, *StGB*, n.m. 114; TRÖNDLE / FISCHER, *StGB*, 54ª ed., § 266, n.m. 38ª; BERNSMANN, *StV* 2005, p. 576; BUSL, *DSStZ* 2006, p. 618; SCHÜNEMANN, *NSStZ* 2006, p. 200.

nes», de tal manera que, por ejemplo, al representante A de la empresa X se le abona, por parte de la empresa Y, el 10% de la facturación total que X abone a Y. Probablemente al lector le venga a la mente numerosos ejemplos conocidos de sectores económicos en los que este tipo de conductas constituyen una práctica más que habitual.

En Alemania ciertos casos recientes han atraído la atención no sólo de los operadores jurídicos, sino del público en general. En este sentido, resultan especial conocidos los casos del escándalo de basuras de *Köln* – en el cual en el proceso adjudicación (a sobre cerrado) del servicio de recogida de basuras una de las empresas sobornó al representante del adjudicador para que le comunicara la oferta más económica de la competencia y así poder mejorarla –, el del estadio *Allianz-Arena München* – «comisiones» abonadas para que se suministrara importante información relevante para la adjudicación de la construcción del referido estadio – o, pese a estar todavía *subjudice*, el caso Siemens.

IV.2.2. Problemas con el tipo de administración desleal

Pues bien, el hecho de que este tipo de conductas constituyan supuestos de administración desleal por parte del representante para con su empresa ha suscitado importantes dudas entre los académicos, pese a la contundente jurisprudencia reciente – de manera especial la alemana –. Los motivos para ello, que serán desarrollados brevemente en los apartados que a continuación siguen, residen principalmente en la imposibilidad – especialmente marcada en ciertos supuestos – de constatar la existencia de un verdadera infracción del deber de lealtad por parte del representante – *Infra* IV.2.2.1 – y de un auténtico perjuicio patrimonial – *Infra* IV.2.2.2 –. Debe advertirse, en cualquier caso, que ello dependerá mucho de la configuración de la administración desleal que rijan en un determinado ordenamiento jurídico²⁰, si bien, lo que resulta indudablemente cierto, es que cuanto más «abierto» se configure o interprete el tipo de administración desleal, mayor vaguedad se estará proporcionando a un tipo que, de manera generalizada, ha sido criticado, desde el punto de vista del principio de legalidad, de una inaceptable indeterminación.

IV.2.2.1. ¿Infracción del deber de lealtad por parte del representante?

Como resulta sabido, la infracción del deber de lealtad del representante para con el representado constituye el núcleo esencial del delito de administración desle-

²⁰ No se puede entrar ahora en profundidad en la discusión respecto de si en el ordenamiento español existe un delito administración desleal genérico – esto es: aparte del tipo específico de administración desleal societario del artículo 295 CP – y de si dicho delito – afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español para el artículo 252 CP – contiene un tipo de abuso o un tipo de infidelidad [sobre esta cuestión vid. con mayor detalle GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código penal?», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008].

al. En este sentido, incluso, en la Jurisprudencia alemana más reciente se ha venido estableciendo que no toda mera infracción de deber – como la infracción de un deber de deudor (*Schuldnerpflicht*) – cualifica un comportamiento en administración desleal, sino que, en puridad, se precisa de una infracción de un deber cualificado (*gravierende Pflichtverletzung*). Sin perjuicio de las críticas que dicha construcción ha recibido en tiempos recientes, lo cierto es que no puede negarse la tendencia jurisprudencial, al menos en Alemania, a limitar los supuestos de administración desleal.

Pues bien, ante esta situación la constatación de una infracción del deber de lealtad en los supuestos de *Kick-backs*, se puede mostrar sumamente ardua. Así, en líneas generales, se argumenta que la administración desleal implica la vulneración de un deber de salvaguarda patrimonial que, como deber principal (*Hauptpflicht*), tiene como objeto un cuidado del patrimonio ajeno, caracterizado por la autorresponsabilidad y por la autonomía, en una situación que, desde el punto de vista económico, no sea en absoluto irrelevante²¹. Desde esta perspectiva, sólo adquieren relevancia típica los deberes *cualificados* de salvaguarda patrimonial, por lo que las infracciones de deberes patrimoniales de entidad menor no se ven abarcados por el tipo de administración desleal²².

Por lo tanto, la punibilidad de estos comportamientos – en atención a este tipo penal – reside en afirmar que un representante leal hubiera deducido del importe total de la prestación la parte correspondiente a su soborno; esto es, que en la negociación con la otra parte contratante hubiera, cuando menos, propuesto una rebaja en la oferta a cambio de no percibir la correspondiente «comisión». De esta manera, parece evidente que *la punibilidad de estas conductas se fundamenta en una omisión impropia por parte del representante que tiene una posición de garante sobre el patrimonio del representado*. Sin embargo, se plantean importantes dudas sobre dicha posición de garante y sobre el comportamiento obligado en el sentido del § 13 del CP alemán y del artículo 11 de CP español. Y es que, por un lado, resulta un tanto complicado afirmar que un mero representante tiene un deber de salvaguarda patrimonial de tal entidad que su omisión adquiere relevancia jurídico-penal – a diferencia de lo que ocurría con un verdadero administrador de la empresa –²³; pero es que, por otro lado, se plantea un problema especialmente notable con el hecho de que el propio comportamiento exigido resulta, a su vez, delictivo: no debe olvidarse que mediante esa

²¹ LPK-KINDHÄUSER, 1ª ed., 2002, § 266, nn.mm. 34 ss. con ulteriores referencias.

²² Vid. por todos, LACKNER / KÜHL, StGB, 24ªed., 2001, § 266, nn.mm. 11 ss.

²³ No obstante, cfr. la argumentación de SCHÜNEMANN, en: *Administración* (nota 16), Cap. I, § V para quien el dominio fáctico sobre la causa del resultado (perjuicio patrimonial) constituye el criterio fundamental para imputar responsabilidad jurídico-penal, por lo que, en este tipo de casos, con independencia de la posición que ostente el autor – ya sea mero representante, ya sea administrador de Derecho – lo cierto es que tiene dominio sobre el perjuicio patrimonial que padece el representado y, por tanto, tiene el deber de evitar dicha lesión. Sin embargo, en este punto, se plantea la crítica que, en general, se ha dirigido a la brillante construcción de la omisión impropia elaborada por SCHÜNEMANN: no todo el que puede fácticamente evitar un resultado, tiene el deber (jurídico-penal) de hacerlo.

rebaja del contrato se está igualmente vulnerando la libre competencia.

A mayor abundamiento, si esta situación se puede predicar, en general, respecto del delito de administración desleal, la tesis de la atipicidad cobra especial relevancia cuando se está en presencia del llamado «tipo del abuso» (*Missbrauchtatbestand*). Debido a que, como ya se ha tenido ocasión de mostrar en otro trabajo²⁴, la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo español, el delito de administración desleal contenido en el artículo 252 CP únicamente abarca el tipo de abuso – y no así el tipo de infidelidad – conviene examinar con algo más de detenimiento este tipo de razonamientos ya que repercuten directamente sobre el ordenamiento jurídico-penal español.

Así las cosas, el fundamento de la atipicidad viene dado por el hecho de que *el tipo de abuso se caracteriza por una actuación válida desde el punto de vista de las relaciones con terceros, pero ineficaz desde la perspectiva interna de la relación con el la empresa*. Pues bien, los contratos firmados con motivo del pago de dichos sobornos no pueden considerarse válidos desde el punto de vista jurídico-civil de conformidad con lo dispuesto en los artículos § 134, 138 del Código Civil Alemán, y lo mismo puede afirmarse respecto de la situación en el ordenamiento español. En general, dicha validez respecto de terceros no se produce cuando concurre o bien un acuerdo para perjudicar a un tercero – la esencia de los casos examinados donde se paga por favorecer a unos en detrimento de otros – o bien un abuso evidente del poder de representación (*offensichtlicher Missbrauch der Vertretungsmacht*). Ante esta situación resulta difícil plantearse supuestos en los cuales no concorra ninguna de estos dos supuestos de nulidad de pleno Derecho de los contratos.

IV.2.2.2. ¿Existencia de un perjuicio patrimonial?

Junto con la infracción del deber de lealtad o fidelidad, la existencia de un perjuicio patrimonial del representado por la actuación del representante constituye la piedra angular de la administración desleal. Si no se constata perjuicio patrimonial alguno no se podrá sancionar la conducta por administración desleal. Llegado este punto resulta obligado indicar que la constatación de este elemento del tipo dependerá en gran medida de la concepción de patrimonio que se maneje²⁵, de tal manera que concepciones laxas de patrimonio abrirán la puerta a la sanción de un mayor número de supuestos, mientras que las más restrictivas dificultarán la constatación de este requisito típico. Con todo, la *questio juris* radica fundamentalmente en valorar si la no consecución de determinadas expectativas patrimoniales puede conside-

²⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: *Administración* (nota 20).

²⁵ Sobre las distintas concepciones de patrimonio vid. por todos SK-SAMSON / GÜNTHER, § 263, nn.mm. 102 ss.; LK-TIEDEMANN, StGB, nn.mm. 127 ss. apuntando a la supremacía de una concepción mixta jurídico-económica de patrimonio, de tal manera que el puro concepto económico se corrige de tal manera que sólo entran en consideración aquellos valores económicos que tienen una cierta protección del ordenamiento jurídico o que, al menos, no lo contradicen.

²⁶ Vid. en este sentido RÖNNAU, FS-Kohlmann, 2003, p. 253. En general, HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, 1994, pp. 25 ss., 115 ss.;

rarse *ab initio*, como un perjuicio patrimonial padecido por la empresa representada²⁶.

En este sentido, el caso evidente en el cual concurre un perjuicio patrimonial para la empresa representada es aquel en el que el representante encargado de la adjudicación de un determinado contrato, en lugar de contratar a la empresa más económica – manteniendo el nivel de calidad exigido – lo hace con una más cara debido a que es ésta la que le abona la comisión para su exclusivo beneficio personal. El perjuicio patrimonial se deriva aquí de la diferencia entre la prestación más económica ofertada y la más gravosa económicamente finalmente contratada. En estos casos no parecen presentarse especiales dudas respecto de la concurrencia no sólo de la infracción de deber, sino también del necesario perjuicio patrimonial²⁷. Tampoco parecen plantear especiales problemas aquellos supuestos en los que la oferta inicial propiciada por la empresa contratista se incrementa con un monto que corresponde a la comisión que abonará al representante de la contrata.

El verdadero problema se produce en los casos en los que la cuantía de la oferta permanece inalterada, siendo además conforme a mercado, y la empresa contratista ofrece una «porción» del dinero que recibirá de la contrata al representante de ésta, puesto que es aquí donde se puede argumentar que la contrata tiene, como mucho, la expectativa patrimonial de que su representante negociará «a la baja» la oferta inicial recibida menos el importe derivado de su comisión²⁸. Ello no significa, empero, que dicha expectativa sea en todo caso real, o, incluso tutelada por el ordenamiento jurídico. Y es que, en efecto, en ciertos supuestos puede que no exista un posibilidad real; puede ser que a la contratista no le interese dicha «rebaja» del precio pero sí el abono de la referida comisión al representante. Por tanto, la existencia de un perjuicio patrimonial depende en gran medida de la motivación que pueda tener la empresa que abone la comisión, ya que si nunca se pudiera producir una rebaja del precio, no concurre el elemento típico del perjuicio patrimonial.

En este sentido, se ha argumentado que a la empresa contratista puede estar interesada sólo en «cebar» (*anfüttern*) al representante para mantener las buenas relaciones empresariales con él de cara a futuras oportunidades de negocio, o que el pago sea parte de su estrategia de «cuidar al cliente»²⁹. Más aún, puede que existan determinadas regulaciones jurídicas que impidan vender ciertos productos por debajo de un precio preestablecido, por lo que, aunque quisiera, la contratista no puede ofrecer ese bien al precio inicial menos la rebaja correspondiente a la comisión del representante.

En todos estos casos se producen importantes problemas de prueba que la doctrina alemana ha denunciado toda vez que es la acusación la que debe probar que realmente existía una posibilidad cierta para la contrata de obtener un precio sustancialmente inferior en caso de que su representante hubiera procedido a exigirlo de la

²⁷ Vid. por todos LK-SCHÜNEMANN, StGB, § 266, nn.mm. 134, 145.

²⁸ HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung* (nota 26), pp. 240 s.; LK-SCHÜNEMANN, StGB, n.m. 135.

²⁹ Vid. RÖNNAU, FS-Kohlmann, pp. 258 ss.; BERNSMANN, StV 2005, p. 577.

contratista; o expresado de otra manera, debe probarse que existía una expectativa patrimonial cierta que la actuación del representante ha lesionado. Si no se puede probar lo contrario, el principio *in dubio pro reo* consigna que debe presumirse que la comisión estaba incluida en el precio ofertado y que no había posibilidades reales de reducción de la oferta³⁰.

Más aún, cuando existen casos de adjudicación de contratos, que en los últimos tiempos han dado lugar a importantes discusiones en Alemania, la imposibilidad de constatar un perjuicio patrimonial se vuelve incluso más patente. En este sentido, los casos del escándalo de recogidas de basuras en *Köln* o de la construcción del estadio Allianz-Arena en *München* reflejan una conducta consistente en *abonar comisiones a cambio, básicamente, de información sobre las ofertas de los demás competidores con la finalidad de poder mejorarlas y obtener la adjudicación*. Así, la contrata se beneficia de una oferta más económica y la contratista de haber obtenido la adjudicación, pudiendo, a lo sumo, constatarse un perjuicio patrimonial por parte de los otros competidores, que no obtienen la adjudicación, pero para con los cuales el representante no tiene ningún deber de fidelidad. El único deber que se infringe aquí es el de ser un competidor leal – que da lugar al delito de corrupción privada «puro» o basado exclusivamente en la competencia desleal –, pero nada más.

No obstante, también debe reconocerse que, de cara a la propuesta de reforma de 2006, la situación que acaba de comentarse puede variar sustancialmente toda vez que, como se apuntó con anterioridad, el propuesto artículo 254 bis) comprendería no sólo la causación de un perjuicio sino también la frustración de un «beneficio legítimo»³¹. Por lo tanto, la cuestión aquí residirá en determinar si por beneficio legítimo puede entenderse la comisión abonada al representante para vulnerar la competencia leal o si, por el contrario, el calificativo de «legítimo» no puede predicarse de unos pagos efectuados en detrimento de los demás competidores.

IV.2.2.3. En general: ¿Consentimiento del empresario?

Por último, no puede ocultarse que, en numerosas ocasiones, estas conductas son claramente consentidas por la empresa representada, por lo que, en términos generales, y con independencia, en principio, de la posición que se atribuya a este tipo de

³⁰ RÖNNAU, *FS-Kohlmann*, p. 261; BERNSMANN, *StV* 2005, pp. 577 s.

³¹ «Art. 254 bis.

El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviere encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier otro acto que implique deslealtad con aquéllos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de cuatrocientos euros a su principal si se trata de una persona física o a los socios si se tratare de una sociedad, o bien, en este último caso, a los depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria o comercio».

consentimiento en la teoría jurídica del delito, el hecho de que el empresario, que no puede ser sujeto activo de este delito, consienta la conducta del representante, hace que, cuando menos, el merecimiento de pena sea sustancialmente menor. Si bien resulta cierto que puede discutirse igualmente sobre si por consentimiento del empresario debe entenderse únicamente el expresado por el Consejo de Administración, o por sus accionistas, o incluso, si existe un interés social de la propia empresa más allá de los dos antes citados, no puede negarse relevancia al consentimiento expresado por cualquiera de éstos.

Y es que, a mayor abundamiento, en algunos casos el pago de comisiones por parte de terceros puede constituir un importante complemento para la remuneración que perciben los representantes, de tal manera que la propia empresa cuenta ya con éstas como parte del sueldo que percibe su empleado. Incluso, puede llegar a ser una cierta política de remuneración que tenga en vigor la propia empresa toda vez que los gastos laborales y fiscales que se ahorra constituyen, sin duda, un importante incentivo para que el empresario vea «con buenos ojos» este tipo de actuaciones por parte de sus empleados.

Bibliografía

- BERNSMANN, ““Kick-back“ zu wettbewerbswidrigen Zwecken – keine Untreue”, en: *StV*, 2005
- “Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB”, en: *GA*, 2007
- BUSL, *DSzZ* 2006
- DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español?” en: DÍEZ RIPOLLÉS (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002
- DANNECKER, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 2005
- DIEMER/KRICK, en: JOECKS/MIEBACH, *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*, 2005
- DIERLAMM en: JOECKS/MIEBACH, *Münchener Kommentar. Strafgesetzbuch*, 2005, § 266
- FABIÁN CAPARRÓS/RODRÍGUEZ GARCÍA (Coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, 2004
- FIEBIG, *Korruption und Untreue im öffentliche Dienst*, 2004.
- FOFFANI, “La “corrupción privada” Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización”, en: ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo*, 2006

- GÓMEZ BENÍTEZ, “Corrupción y delito de administración desleal”, en: *La Ley* 2000
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código penal?”, en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2007
- HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, 1994
- HEINE/ROSE, *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, 2003
- KINDHÄUSER, «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán», en: *Polit.Crim* 3, 2007
- KINDHÄUSER, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, 2005, § 266
- NIETO MARTÍN, “Corrupción en el sector privado: España”, en: *RP* 14, 2003
- “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», en: *RP* 10, 2002
- “Activismo judicial vs. euroescepticismo: comentario a los casos Comisión v. Consejo, Pupino y Berlusconi”, en: *iustel.com*, *RGDP* 4, 2005
- RÖNNAU, ““Kick-backs“: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue – Eine kritische Bestandsaufnahme –”, en: HIRSCH / WOLTERS / BRAUNS (eds.), *Festschrift für Kohlmann*, 2003
- SCHÜNEMANN, *Organuntreue. Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?*, 2004 (traducción de GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann”, en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, Cap. I)
- “Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes”, publicado en: *NStZ* 2006 (traducción de GÓMEZ-JARA DÍEZ: “El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de administración desleal”, en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios*, 2007, Cap. IV)
- SCHÜNEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed. 2001, § 266
- SZEBROWSKI, *Kick-Back*, 2005
- TIEDEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 2001
- TRÖNDLE / FISCHER, *StGB*, 54ª ed., § 266
- VOGEL, “Wirtschaftskorruption und Strafrecht – ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht”, en: *FS-Weber*, 2004