

DEBERES DEL ADMINISTRADOR Y PRÁCTICAS DE *KICK-BACK**

Carolina Bolea Bardon

Profesora titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

BOLEA BARDON, Carolina. Deberes del administrador y prácticas de *Kick-back*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-17, pp. 1-31. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-17.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 17-17 (2015), 28 nov]

RESUMEN: Con la expresión “*Kick-back*” se alude básicamente a aquellos supuestos en los que el administrador o el representante de una empresa, en el momento de cerrar un contrato, acuerda con la otra parte contratante que ésta le entregue una comisión que, posteriormente, repercute al alza en el importe total que acaba pagando su empresa al adquirir el producto o servicio contratados. Los pagos de corrupción en las relaciones comerciales son punibles desde el año 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio), manteniéndose su castigo tras la reforma de 2015, si bien ubicados bajo una nueva rúbrica (“Delitos de corrupción en los negocios”) y viéndose afectado el precepto que los incrimina (art. 286 bis CP) por algunas modificaciones. Con este trabajo se pretende poner de manifiesto que no todas las prácticas de *Kick-back* dan lugar a un delito de corrupción privada. Para determinar si el pago de comisiones para obtener una ventaja comercial es constitutivo de delito, además de partir de los intereses que se entienden protegidos en art. 286 bis, es imprescindible atender a la distribución de ámbitos de organización dentro de la empresa (competencias), a la delimitación de espacios de riesgo permitido y a la implementación de programas y procedimientos internos para la prevención de

delitos. En cualquier caso, la actuación del administrador debe ser valorada de forma muy distinta en función de la modalidad de corrupción (activa o pasiva) en la que se vea involucrado.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, sector privado, administrador, comisión, deslealtad, competencia, programa de cumplimiento, compliance officer, corrupción activa, corrupción pasiva.

ABSTRACT: The term “*Kick-back*” refers to a percentage of income given to a person (administrator) in a position of power or influence as payment for having made a contract possible. The commission is added to the wages the company has to pay for the product or service received. The Spanish legislation introduced by means of the LO 5/2010 the article 286 bis in the Penal Code, creating a new crime of corruption in the private sector. Some changes in the regulation have been introduced after the reform of the Criminal Code in 2015. This article tries to show how not every kick-back payment counts as a crime. Whether such a payment constitutes a crime or not depends not just on the interests preserved in art. 286 bis, but also on the delimitation of organizational structure (competence), delimitation of spaces of allowed risks and the implantation of compliance programs.

KEYWORDS: Corruption, private sector, organizational structure, bribery, disloyalty, administrator, incentives, private entity, compliance, commission.

Fecha de publicación: 28 noviembre 2015

SUMARIO: I. Introducción. II. La competencia como bien jurídico mediato. III. Deberes del administrador y corrupción pasiva. IV. Deberes del administrador y corrupción activa. V. Cuestiones comunes a la corrupción activa y pasiva. VI. Programas de cumplimiento y corrupción privada. VII. Responsabilidad penal del administrador por un delito de corrupción privada: vías de imputación. Bibliografía.

I. Introducción

Desde la reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el art. 286 bis, los pagos de corrupción en las relaciones comerciales son punibles¹. El delito de corrupción privada nace para hacer frente a conductas como el cobro de comisiones ocultas, una práctica bastante extendida en el ámbito de los negocios, a menudo vinculada a la existencia de sesgos cognitivos². Con la expresión “*Kick-back*” se hace referencia básicamente a aquellos supuestos en los que el administrador o el representante de una empresa, en el momento de cerrar un contrato en nombre y representación de su principal, acuerda con la otra parte contratante que ésta le entregue una comisión que, posteriormente, repercute al alza en el importe total que acaba pagando su empresa al adquirir el producto o servicio contratados³. Un ejemplo de este tipo de prácticas sería el siguiente: el representante de una cadena de restaurantes pacta con el administrador de la empresa X pagarle una comisión del 10% por cada comida de trabajo que se lleva a cabo en cualquiera de los restaurantes de la cadena. La comisión que cobra el administrador se suma al importe que tiene que pagar la empresa X por comida realizada. El dueño de la empresa X no está al corriente de esta práctica.

Frente a la tendencia tradicional a centrar la lucha contra la corrupción en el ámbito público, el legislador español ha hecho suyo el mensaje, difundido por los textos internacionales que se ocupan de la corrupción, de que ésta debe ser eliminada de todos los sectores de la sociedad por su disfuncionalidad, incluido también el sector privado. Con la tipificación del delito de corrupción entre particulares se

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: “Nuevos desafíos del Derecho penal ante el fraude de consumidores” (DER2011-29982).

¹ Precepto incorporado al Código penal.

² Sobre esta última cuestión, vid. *infra* Ap. VII.

³ Sobre las prácticas de “*Kick-back*” y su relevancia en el Derecho penal, vid. RÖNNAU, „*Kick-backs*”:

² Sobre esta última cuestión, vid. *infra* Ap. VII.

³ Sobre las prácticas de “*Kick-back*” y su relevancia en el Derecho penal, vid. RÖNNAU, „*Kick-backs*”: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue“, en *Festschrift für Kollmann*, 2004, pp. 239 y ss.; SZEBROWSKI, *Kick-back*, 2005, passim; SCHÜNEMANN, “El Tribunal Supremo Alemán en la maraña del tipo de la administración desleal”, en JAKOBS/SCHÜNEMANN, *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, pp. 123 y ss., quien considera los casos de *Kick-back* como el “cáncer de la macroeconomía actual” (p. 125); KINDHÄUSER, § 266, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.) *Nomos Kommentar*, 4ª ed., 2013, nm. 114. En España, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, pp. 236 y ss.; GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, pp. 46 y ss.

pretende contribuir a que las transacciones comerciales se vean presididas por una “competencia justa y honesta”⁴. Sin embargo, como apunta Feijoo Sánchez, el delito de corrupción privada “tiene en sus genes mucho que ver con una dinámica de estabilización de la ética de los negocios a nivel internacional, pero ello sólo explica el contexto de la criminalización, no su fundamentación dogmática como injusto merecedor de pena en el marco del ordenamiento español”⁵. En efecto, pese a la decisión de nuestro legislador de incriminar la corrupción entre particulares, no deja de ser cuestionable la necesidad de acudir al Derecho penal para garantizar la pureza del tráfico económico⁶.

Como es sabido, el origen del delito de corrupción entre particulares tipificado en el art. 286 bis se halla en la Decisión Marco 2003/568/JAI. Nace ubicado en una nueva sección 4ª (De la corrupción entre particulares) que en el Proyecto de Ley de reforma del Código penal de 4 de octubre de 2013⁷ pasa a denominarse: “De la corrupción en los negocios”, y en el Proyecto que entra en el Senado el 29 de enero de 2015 se rubrica: “De la corrupción en el sector privado”⁸. Y, finalmente, en el texto aprobado el 26 de marzo de 2015 se sustituye por: “Delitos de corrupción en los negocios”⁹. Por lo demás, tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el art. 286 bis se mantiene con las modificaciones introducidas en el PCP 2013. Entre las mismas destacan, como más llamativas, el cambio de posición de la corrupción pasiva, que pasa a tratarse en primer lugar, antes de la activa (igual que en el § 299 StGB alemán) y la sustitución de la expresión “incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”, que tanta discusión había generado, por la de “como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías”, que, sin duda, seguirá generando polémica. Y cabe mencionar, como positiva, la inclusión de la figura del tercero beneficiario del favorecimiento que no estaba prevista expresamente en la corrupción pasiva y sí, en cambio, en la corrup-

⁴ Vid. Apartado XIX de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010.

⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (eds.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 172.

⁶ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., 2011, p. 308; GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, p. 47. No se cuestiona, en cambio, la necesidad de un delito de corrupción privada, GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, p. 233.

⁷ 121/000065: Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁸ 621/000108: Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

ción activa, permitiendo superar problemas interpretativos derivados de un claro descuido del legislador¹⁰. No tan positiva resulta la incorporación de un tipo agravado (art. 286 quater), aplicable, según el Preámbulo a la LO 1/2015, de 30 de marzo, “a los casos de especial trascendencia”, puesto que las penas previstas en el art. 286 bis, ya venían siendo consideradas por la doctrina como considerablemente elevadas, especialmente si se comparan con las previstas para la apropiación indebida, la estafa o la administración desleal¹¹.

También cabe destacar que con la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales cambia de ubicación sistemática y deja de formar parte de los delitos contra la administración pública, trasladándose, como nuevo art. 286 ter, a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, e integrándose en la Sección 4ª del Cap. XI del Tít. XIII que, como se ha visto, pasa a denominarse: delitos de corrupción en los negocios. A diferencia de lo sucedido en otros países, no se ha aprovechado la ocasión para regular la corrupción privada cuando los actos de corrupción afectan al mercado internacional. Así, por ejemplo, el legislador alemán en el año 2002 extiende la protección del § 299 StGB (corruptibilidad y soborno en las relaciones comerciales) al ámbito internacional, sin limitarse por tanto ni al mercado nacional ni a los países de la Unión Europea¹². En la regulación española, en cambio, no queda claro qué sucede con los actos de corrupción realizados en el extranjero cuando el sujeto sobornado no es un funcionario público.

El objeto de este trabajo es analizar la actuación del administrador en relación con la posible comisión de un delito de corrupción privada tanto desde la perspectiva de la corrupción activa como pasiva. No se abordará la posible responsabilidad penal de la persona jurídica que establece el art. 288 CP, en principio limitada a los supuestos de pagos de corrupción realizados en beneficio de la propia persona jurídica, porque ello desbordaría los límites aquí propuestos. Sólo se examinará el delito del art. 286 bis CP en atención al administrador, previsto expresamente como posible sujeto activo del delito de corrupción privada en su modalidad pasiva, junto al directivo, empleado o colaborador; y mencionado como eventual autor del delito en su modalidad activa. Con todo, será necesario valorar las conductas de otros intervinientes, previstos o no expresamente en el art. 286 bis, además de tener en cuenta los intereses que se entienden protegidos en dicho delito. En definitiva, la presente contribución va dirigida a establecer reglas de atribución de responsabilidad individual frente a una práctica muy arraigada en nuestro país de ofrecer y

¹⁰ Sobre esto último, vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, p. 23.

¹¹ Sobre esta última cuestión, vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, pp. 24 y s.

¹² Sobre la protección del mercado extranjero en materia de corrupción privada en la regulación alemana, vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, pp. 8 y s.

admitir incentivos por parte de quienes se encargan de la adquisición de bienes y contratación de servicios en la empresa.

II. La competencia como bien jurídico mediato

Siguiendo lo establecido en el Preámbulo a la LO 5/2010 (Ap. XIX) y en la Decisión Marco de 23 de julio de 2003, la tesis dominante en España sostiene que el bien jurídico protegido en el art. 286 bis del Código penal es la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado¹³. De este modo, se entiende justificada su ubicación sistemática entre los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores¹⁴. También en la doctrina alemana existe amplio consenso respecto a que el tipo descrito en el § 299 StGB protege de forma prioritaria la competencia leal como interés supraindividual¹⁵. Si bien es cierto, que no reina acuerdo en cuanto a la amplitud que la protección del precepto alcanza, es mayoritaria la postura que defiende su configuración como delito de peligro abstracto, al no requerir el tipo ni la efectiva lesión de los intereses patrimoniales de la competencia ni un resultado de peligro concreto para un bien jurídico individual¹⁶. Nótese, sin embargo, que en el § 299 StGB, a diferencia del art. 286 bis CP, se recoge expresamente que el favorecimiento en la adquisición de mercancías o contratación de servicios ha de ser “de un modo desleal para la competencia”¹⁷.

Volviendo a nuestro país, existe una línea doctrinal que, apartándose de la postura dominante, centra su atención en los deberes de lealtad del empresario a la hora

¹³ Según el Preámbulo a la LO 5/2010 (Ap. XIX): “La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado”.

¹⁴ En España se manifiestan a favor de interpretar el art. 286 bis como un modelo puro de defensa de la competencia, entre otros, CASTRO MORENO, “Corrupción entre particulares”, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010*, 2010, nm. 2732, p. 291; SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, “Arts. 278-289”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 635; MENDOZA BUERGO, “Corrupción entre particulares”, en AAVV, *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, 2011, p. 1098; BLANCO CORDERO, “La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, p. 5; OTERO GONZÁLEZ, “La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, *La Ley penal*, n° 87, 2011, p. 43; NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret* 4/2011, p. 13.

¹⁵ Vid., por todos, TIEDEMANN, “§ 299”, en *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., 2008, nm. 1 y 5. Sobre esta cuestión, con ulteriores referencias, vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, p. 11.

¹⁶ Cfr. TIEDEMANN, “§ 299”, en *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., 2008, nm. 6; DANNECKER, “§ 299”, *Nomos Kommentar*, 4ª ed., 2013, nm. 4; RÖNNAU, “Wirtschaftskorruption”, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2011, pp. 234 y ss.; SINNER, “§ 299”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, nm. 5.

¹⁷ Sobre la regulación de la corrupción privada en el StGB alemán, vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, pp. 7 y ss.

de establecer cuál es el interés protegido en el nuevo delito de corrupción entre particulares¹⁸. Por otro lado, cabe destacar la propuesta de Silva Sánchez que apunta hacia un bien jurídico distinto en función del apartado del art. 286 bis que se elija. Según este autor, la perspectiva de la deslealtad interna sería preferente en la corrupción pasiva, esto es, en los supuestos recogidos, tras la reforma del Código penal operada por LO 1/2015, de 26 de marzo, en el Ap. 1 del art. 286 bis. En cambio, prevalecería la perspectiva de la deslealtad externa en la corrupción activa, esto es, en los casos previstos a partir de dicha reforma en el Ap. 2 del art. 286 bis¹⁹.

El planteamiento defendido por los partidarios de un modelo puro de la competencia plantea algunos problemas. En primer lugar, entender que en el delito de corrupción entre particulares lo que se protege es única y exclusivamente la libre y leal competencia parece desconocer que gran parte de las relaciones comerciales que se producen a diario encajarían en el tipo porque afectan de un modo u otro a la competencia. En segundo lugar, la mera alusión a la competencia libre y justa no tiene la virtualidad de servir de guía de interpretación del tipo, ni permite una clara delimitación entre injusto penal e ilícito civil o mercantil. Es más, la afectación o vulneración de las reglas de la competencia no contiene por sí sola un grado de lesividad suficiente para legitimar la intervención penal²⁰. En tercer lugar, la decisión del legislador de mantener fuera del tipo al titular de la empresa hace muy difícil sostener que el bien jurídico protegido en el delito de corrupción privada

¹⁸ Así, MORALES PRATS/MORÓN LERMA, en VVAA, *La Corrupción a examen*, 2012, p. 123. En su reflexión acerca de la tipificación del delito de corrupción entre particulares NIETO MARTÍN, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, *Revista Penal*, núm. 10, 2002, apunta hacia una perspectiva claramente patrimonial, alejándose de la supraindividual, basada en la protección de la competencia. En esta línea marcadamente patrimonialista, se manifiesta también recientemente GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, p. 50, para quien “con el delito de corrupción privada se incrimina el pago a un empleado para que favorezca a un competidor, pero siempre que ello tenga lugar perjudicando también (potencialmente) a su propio principal”. Y añade que “la realidad legislada no ha obedecido sin embargo al modelo puro de competencia desleal, sino que se ha escorado hacia el modelo de infracción de deberes, alumbrando una solución mixta en la que se exige (el peligro de) perjuicio patrimonial para el propio empresario además de una afectación (por cierto, muy remota y entumecida) de la Competencia” (p. 51).

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en SILVA SÁNCHEZ (dir)/PASTOR MUÑOZ (coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, 2011, p. 420. Distingue este autor entre conductas “internamente desleales” y conductas “externamente desleales”; diferenciándose unas de otras en que las primeras “perjudican a la empresa a la que los sujetos corruptos se hallan vinculados por lazos más o menos intensos de lealtad institucional”, mientras que las segundas, perjudican “los intereses de las empresas o particulares, que ofreciendo sus bienes y servicios sin acompañarlos de incentivos individuales injustificados, son preteridos a favor de aquellos que, aun ofreciendo bienes o servicios de calidad inferior o superior precio, sí incentivan a administradores, directivos, empleados o colaboradores de la empresa receptora”.

²⁰ No hay que olvidar, tal como advierte ROBLES PLANAS, “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en ROBLES PLANAS (coord.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, p. 41, que “si el Derecho penal se ampliara a toda infracción normativa, perdería por completo su sentido normativo: significaría que el Estado tendría el mismo interés en el cumplimiento de todas las normas”.

pueda ser exclusivamente la competencia leal. De hecho, en atención al bien jurídico que vengo entendiendo como protegido en este delito, tiene pleno sentido que el empresario quede excluido del círculo de posibles sujetos activos del mismo²¹.

Visto lo anterior cabe preguntarse: ¿Es posible hallar en el delito de corrupción entre particulares un bien jurídico digno de protección penal? La respuesta a esta pregunta será afirmativa siempre que se admita que, pese a que la protección de la competencia leal fuese inicialmente la razón que motivó al legislador español a crear un delito de corrupción privada en el art. 286 bis CP, siguiendo las directrices marcadas por el legislador europeo, el precepto resultante no puede ser interpretado en términos de exclusiva tutela de la competencia²². Tampoco debe ser entendido en términos de exclusiva protección de los intereses patrimoniales de la empresa, modelo adoptado por el legislador italiano y fuertemente criticado por la doctrina de aquel país²³. A mi juicio, tal y como vengo sosteniendo en anteriores trabajos, lo que se intenta proteger a través de este delito es la afectación de la capacidad competitiva de la empresa *ad extra* y *ad intra*, esto es: por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el administrador adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado. Y ello, con independencia de la modalidad corrupción (activa o pasiva) de que se trate, pues en todo caso estaríamos ante un único hecho contemplado desde distintas perspectivas²⁴.

De lo anterior se desprende que la infracción de las obligaciones que se derivan de las relaciones de confianza dentro de la misma empresa acaba afectando al buen funcionamiento del mercado en una doble dimensión: lesionando la capacidad competitiva de terceras empresas que se esfuerzan por ofrecer el mejor producto y, a su vez, lesionando la capacidad competitiva de la propia empresa que se queda con la peor oferta. No obstante, hay que reconocer que la afectación a la capacidad competitiva de la empresa no se produce directa sino mediatamente, a través de la actuación del administrador que comete una especie de engaño sobre el titular: se queda con la peor oferta y, a cambio, recibe una recompensa, incumpliendo así su compromiso de no defraudar.

Por consiguiente, cabe afirmar que la afectación de la competencia es siempre un

²¹ De otra opinión, NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret* 4/2011, pp. 17 y ss., quienes consideran que la exclusión del titular de la empresa se debe a un “olvido del legislador”.

²² En este sentido, GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, p. 50.

²³ Vid., por todos, FOFFANI, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del Derecho comparado”, *Revista Penal*, 2003, pp. 66 y ss.

²⁴ Vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, p. 13.

bien jurídico mediato, que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y administrador. Lo que se protege en el delito de corrupción privada no es la competencia en sí misma, ni siquiera entendida como confianza en la existencia de una competencia leal (competencia en igualdad de condiciones). Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado (estableciendo un paralelismo con el cohecho) constituye sin más el interés protegido en este delito. Resulta más acertado entender que la protección penal sólo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del administrador, empleado o colaborador (afectación de la capacidad competitiva de la empresa a través de un acto de deslealtad)²⁵.

Respecto a las conductas idóneas para perjudicar los intereses de la empresa, cabe destacar dos situaciones diferentes que pueden resultar problemáticas: la derivada de aumentar directamente el importe de lo que debe pagar la empresa por el producto o servicio como consecuencia de la adición de la ventaja o incentivo, y la que consiste en dejar de repercutir en la empresa el beneficio ofrecido por el vendedor. En principio, tanto si la ventaja o incentivo repercute directamente en contra del titular de la empresa como si pudiendo repercutir en beneficio de la empresa (por ejemplo, rebajando el coste del producto) no lo hace, sólo cabe apreciar un delito de corrupción privada cuando el administrador se queda con la peor oferta, actuando en contra de los intereses de su empresa²⁶. Y ello porque el injusto propio del delito de corrupción privada surge de la toma de decisión no razonable en favor de una determinada opción (peor oferta seguida de una comisión). Por tanto, hay delito cuando no se puede explicar en términos de racionalidad económica la decisión a favor del producto que representa una peor opción en el mercado, sin desvin-

²⁵ Vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, pp. 13 y 14. De otra opinión, OTERO GONZÁLEZ, “La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, *La Ley penal*, n° 87, 2011, pp. 42 y s., entendiendo que “es aconsejable reducir la corrupción privada a la competencia desleal y la infracción de deberes cuando pueda probarse el perjuicio patrimonial al delito de administración desleal. De lo contrario nunca podrá ser operativo el delito de corrupción de particulares pues siempre estará absorbido por la conducta de administración desleal”. No obstante, desde el planteamiento que aquí se defiende, sucede exactamente lo contrario, pues es el delito de corrupción privada el que absorbe la conducta de administración desleal, siempre que se acepte que el administrador que se queda con la peor oferta a cambio de una comisión realiza una conducta idónea para perjudicar el patrimonio administrado. De ahí, que quepa apreciar un concurso de leyes en favor del delito de corrupción privada en aplicación del principio de especialidad, lo que se justifica además atendiendo a la pena prevista para el delito de corrupción privada (más grave) en comparación con la establecida para el delito de administración desleal previsto en el nuevo art. 252 CP. A favor de entender que el delito de corrupción privada es ley especial respecto de la administración fraudulenta, QUERALT JIMÉNEZ, “Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código penal”, *Iuris*, núm. 147, 2010, p. 16. En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)”, *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 707.

²⁶ Así, BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, p. 18.

culación de la ventaja obtenida. En cambio, la decisión a favor de un precio estándar (oferta igual) no puede llegar a ser típica en el sentido del art. 286 bis, aunque el sujeto hubiera podido conseguir un descuento para su empresa, que de hecho ha ido directamente a su bolsillo, dejando así de beneficiar a su principal²⁷.

De lo anterior se deriva que no todas las prácticas de *Kick-back* pueden dar lugar a un delito de corrupción privada²⁸. Así, por ejemplo, la conducta del administrador consistente en no negociar a la baja el importe de lo que debe pagar su empresa, cuando hubiera podido adquirir el producto a un precio inferior renunciando a su comisión, no será típica en el sentido del art. 286 bis si la cuantía del importe es conforme a mercado²⁹. En efecto, si el administrador se queda con la mejor oferta (o, incluso, igual), no habrá afectación de la competencia por mucho que la ventaja o incentivo pudiera repercutir en beneficio de la empresa³⁰. En tal caso, siendo la oferta conforme a mercado, se dará una conducta de deslealtad *ad intra*, que queda fuera del art. 286 bis, pese a ser merecedora de sanción penal. No obstante, dicha conducta puede encajar en el nuevo tipo genérico de administración desleal (art. 252) introducido en el Código penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 26 de marzo³¹.

²⁷ Así, BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, p. 19.

²⁸ En este sentido, GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, p. 101. No obstante, parece que el autor se conforma con no haber preferido la oferta desventajosa (es decir, oferta igual) para seguir apreciando un delito de corrupción privada (p. 102). Solución que, a mi juicio, no puede ser admitida porque en dicho caso no habría afectación a la competencia.

²⁹ Cfr., SCHÜNEMANN, “§ 266”, en *LK-StGB*, 12ª ed., 2011, nm. 167, para quien supuestos como éste vendrían a ser el prototipo de administración desleal, entendiéndose que la rebaja del importe representa una expectativa patrimonial jurídicamente reconocida, siempre que se hubiera podido cerrar el precio final descontando la cantidad pagada en concepto de *Kick-back*. A favor de entender que se da perjuicio patrimonial en estos casos pero no porque exista una expectativa patrimonial que el autor haya destruido, sino porque el titular del patrimonio tiene una pretensión con valor patrimonial a que se cierre el contrato en las mejores condiciones, KINDHÄUSER, “§ 266”, *Nomos Kommentar*, 4ª ed., 2013, nm. 114.

³⁰ Cabe advertir, no obstante, que no siempre será posible negociar a la baja la oferta rebajando el importe de la comisión. Como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, p. 240, “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”.

³¹ Con la creación de un delito genérico de administración desleal, tal como prevé el nuevo art. 252 CP, se produce una ampliación de este delito ya que deja de limitarse al ámbito societario. Sin embargo, a diferencia de lo previsto tanto en el APCP 2013 como en el PCP 2013, la nueva regulación no sigue íntegramente el modelo alemán de administración desleal (*Untreue* § 266 StGB), que establece dos modalidades típicas, una de abuso de poderes y otra de infidelidad, pues el nuevo art. 252.1 se limita a recoger la modalidad de abuso (la modalidad de infidelidad desaparece en el Proyecto de Ley de reforma del Código penal que entra en el Senado el 29 de enero de 2015). Sobre el significado y las características del delito de administración desleal, tal como se preveía en el APCP 2013, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código penal”, *iuris* 2ª, junio 2013, pp. 36 y ss.

III. Deberes del administrador y corrupción pasiva

El delito de corrupción privada en su modalidad pasiva responde a situaciones que se conocen como delincuencia en la empresa. Con esta expresión se alude, por regla general, a los delitos que se cometen por los administradores, directivos o empleados de una empresa contra los intereses de la propia empresa³². El art. 286 bis menciona al administrador como uno de los posibles sujetos activos del delito de corrupción privada (pasiva). El precepto no distingue entre administrador de hecho y de derecho, a diferencia de lo que sucede en otras figuras delictivas, como pueden ser los delitos societarios, en los que el legislador introduce dicha distinción para designar al sujeto activo de los diversos tipos. No obstante, no hay razón para dejar de entender que la alusión al administrador va referida tanto a administradores de derecho como de hecho, pues de lo contrario no se explicaría la inclusión en el círculo de posibles sujetos activos del delito de corrupción privada a figuras como el empleado o el colaborador.

En cuanto al administrador de derecho, habrá que estar al concepto que maneja la doctrina mercantilista, que exige una designación conforme a las normas legales y estatutarias por el órgano social competente y la formalización de su nombramiento e inscripción en el Registro Mercantil³³. Por lo que afecta, en cambio, al administrador de hecho en la doctrina penal se parte de un concepto de administrador desvinculado de la noción jurídico-mercantil del mismo, restringida tradicionalmente a los supuestos de nombramiento que presentan alguna irregularidad formal, aunque recientemente se percibe una ampliación de esta concepción en el propio Derecho mercantil³⁴. El concepto penal de administrador de hecho se caracteriza por atender al ejercicio efectivo de las funciones propias del cargo de administrador³⁵. Por tanto, desde una perspectiva material también debe verse como órgano penalmente competente a aquél que ocupe realmente dicha posición incluso

³² Sobre el concepto de criminalidad en la empresa (*Betriebskriminalität*), vid. SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad en la empresa”, *ADPCP* 1988, p. 530. En España, vid., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., 2014, p. 133.

³³ Al respecto, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., 2011, p. 349; FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho*, 2007, pp. 277 y ss.; LA MISMA, “La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador”, en *LH-Mir Puig*, 2010, p. 590.

³⁴ Vid. Informe de octubre de 2013 de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, que en relación con el deber de lealtad del administrador dice expresamente: que “es conveniente extender el deber de lealtad a los administradores de hecho, en sentido amplio, que incluyen también los denominados administradores ocultos”.

³⁵ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., 2011, 349 y s.; SCHÜNEMANN, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *ADPCP*, vol. LV, 2002, p. 37 y s., para quien la esencia de la posición del administrador de hecho radica en “la efectiva entrada en la esfera de actuación con el consentimiento del destinatario primario de la norma o de algún otro facultado para la delegación, es decir, en la asunción de un ámbito de dominio”.

sin delegación formal o inscripción en el Registro Mercantil en connivencia con el órgano competente de la sociedad³⁶.

De lo expuesto en relación con el bien jurídico protegido se deriva que, para apreciar un delito corrupción privada en su modalidad pasiva, es necesario que el administrador infrinja sus obligaciones para con su principal, no siendo suficiente con una mera infracción de las reglas de la competencia. En realidad, al administrador no le vinculan deberes específicos dirigidos a proteger la competencia leal y honesta. El administrador no tiene deberes de lealtad frente a los terceros competidores³⁷. Ni él ni los demás sujetos activos del art. 286 bis tienen obligaciones directas en este ámbito. El administrador sólo tiene un deber genérico de lealtad frente a su principal, pero no frente a terceras empresas que puedan establecer contactos comerciales con su principal. De hecho, la regulación en materia de defensa de la competencia se dirige a las empresas (y a los empresarios) como sujetos activos y no a los individuos que trabajan para la empresa³⁸.

Asimismo, debe destacarse que a diferencia del funcionario, a quien atañe un deber de garantizar el buen funcionamiento de la administración pública, el administrador no tiene el deber de asegurar el buen funcionamiento del mercado. Al funcionario le vincula un deber institucional que no alcanza al administrador. A mi juicio, no cabe sostener que el deber de lealtad que tiene el administrador hacia su principal constituye un deber positivo derivado de una institución. Incluso, aunque consideremos el mercado como una institución social, no se trata de una institución en sentido estricto³⁹. De ahí que los límites de lo punible en uno y otro caso sean y deban ser diversos. En efecto, cuando se trata de valorar la conducta del administrador que acepta un incentivo, el favorecimiento indebido es punible sólo cuando se vincula directamente a la contraprestación recibida. Algo muy distinto ocurre en los delitos de funcionarios, en los que no se exige ese intercambio, pues la figura del cohecho no requiere necesariamente dicha vinculación. Tal como se aprecia en

³⁶ Así, FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho*, 2007, pp. 312 y ss., incluyendo esta autora en el concepto de administrador de hecho no sólo al denominado administrador de

hecho notorio, sino también al administrador de hecho oculto (p. 315).

³⁷ En este sentido, SINNER, “§ 299”, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, nm. 19; FELIJO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (eds.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 174, nota 57, señalando que “el corrupto tiene deberes con respecto a su principal pero no frente a los que pueden contratar con su principal”.

³⁸ Como advierten, NAVARRO FRÍAS/MELERO BOSCH, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret* 4/2011, p. 12, “los empresarios son (y de hecho son los empresarios principalmente) los sujetos a los que van referidas las leyes protectoras de la competencia (LCD y LDC)”.

³⁹ Tal como señala, ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret* 4/2013, p. 8, “no cualquier institución social, sólo por el hecho de ser una «forma de relación permanente y jurídicamente reconocida» genera deberes positivos que hayan de ser relevantes para la imputación penal”. Y advierte (p. 9) que “no puede seguirse hablando de “instituciones” en un sentido amplio y mantener que, sólo por ello, de ellas se derivan deberes positivos en sentido fuerte (deberes de mejorar cuya infracción da lugar a la imputación del resultado)”.

la regulación actual de los delitos de cohecho, la asignación de ventajas ya es punible cuando se hace en atención al cargo, porque crea un ambiente de simpatía o benevolencia (vid., por ejemplo, art. 422 CP, que tipifica el cohecho de facilitación, caracterizado porque el ofrecimiento de la dádiva o regalo no se vincula a una actuación determinada del funcionario).

Llegados a este punto, cabe preguntarse si el concreto deber infringido por el administrador coincide con el vulnerado por el empleado o el simple colaborador (sujetos mencionados expresamente junto al administrador como posibles sujetos activos del delito de corrupción privada pasiva). En otras palabras: ¿el deber de no perjudicar el patrimonio de la empresa, anteponiendo los propios intereses a los de aquélla, tiene la misma relevancia o el mismo contenido que los deberes que incumplen el resto de sujetos activos del delito de corrupción pasiva? En principio, parece que mientras que el administrador vulnera su deber de lealtad (acto de deslealtad), el empleado infringe un deber de diligencia y el colaborador incumple una obligación derivada de las reglas de la buena fe contractual⁴⁰. De ahí que, en atención a la propia posición que cada sujeto ocupa en relación con la empresa, quepa plantearse si el deber vulnerado por el administrador no es de mayor intensidad que el que infringe el empleado y mucho más intenso que el del colaborador.

Esta hipótesis, que a primera vista pudiera parecer correcta, queda descartada desde el momento en que el legislador ha decidido equiparar como posibles autores del delito a todos los sujetos mencionados en el tipo. En efecto, el deber vulnerado por el autor en el delito de corrupción privada es idéntico con independencia de que aquél reúna la condición de administrador, directivo, empleado o simple colaborador. Se trata en todo caso de un deber negativo de no emprender acciones que puedan perjudicar el patrimonio de la empresa. De lo anterior no se deriva que tengan que responder todos por igual, pues el grado de influencia en la toma de decisión en contra de los intereses de la empresa debe ser tenida en cuenta a la hora de atribuir cuotas de responsabilidad por el hecho. Quien dispone de poder de decisión sobre la adquisición o contratación (normalmente el administrador) y opta por la peor oferta a cambio de una comisión no puede responder igual que quien, sin disponer de dicho poder, se limita a influir en la toma de decisión contraria al interés de la empresa⁴¹. Por otro lado, no hay que olvidar que el legislador ha deci-

⁴⁰ La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, introduce novedades en materia de deberes y responsabilidades de los administradores, en particular, establece que entre las obligaciones derivadas del deber genérico de lealtad (arts. 227 y 228) que vinculan al administrador (deber de anteponer el interés social por delante del personal) está el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses, lo que a su vez obliga a abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía (art. 229.1. e)).

⁴¹ Considérese el supuesto en el que un administrador convence (inducción) o refuerza la decisión (complicidad psíquica) de otro administrador que es quien toma la decisión y recibe el incentivo a cambio del favorecimiento indebido. En principio, el administrador que toma parte en el hecho de corrupción pero carece de poder de decisión debería responder como partícipe y no como autor.

dido introducir una atenuación facultativa de la pena en función de la cuantía del beneficio o el valor de la ventaja y la trascendencia de las funciones del culpable (núm. 3 del art. 286 bis)⁴².

En cualquier caso, independientemente de la fuente origen del deber (la ley, la relación laboral o el contrato), el incumplimiento del mismo es esencial para configurar el injusto penal del delito de corrupción privada. Pero ello no significa que nos hallemos ante un delito de infracción de un deber, pues el deber infringido no es un deber positivo, sino negativo, esto es, de no emprender acciones que puedan perjudicar los intereses de la empresa⁴³. Es cierto que en el caso del administrador, la obligación de quedarse con la mejor oferta en el mercado se engloba en el deber genérico de lealtad que tiene el administrador para con la empresa, deber que parte de un compromiso previo asumido al acceder a su cargo y que consiste en actuar en todo caso velando por el interés de la empresa⁴⁴. Por consiguiente, en cuanto toma la decisión de quedarse con la peor oferta a cambio del incentivo, cabe afirmar que infringe su deber sin necesidad de un concreto acto de asunción del compromiso de hacerse con la mejor oferta (a diferencia de lo que sucede en el supuesto del colaborador en el que será necesario que exista un compromiso asumido por parte de éste de buscar la mejor oferta).

En todos aquellos casos en los que es el propio administrador quien decide quedarse con la peor oferta a cambio de un incentivo no cabe desconocer la existencia de engaño respecto al principal (empresa o empresario). En efecto, el administrador engaña a la empresa haciéndole creer que se queda con la mejor opción en el mercado cuando en realidad se está quedando con la peor oferta. Se aprecia una clara instrumentalización de la empresa, a través de la cual ésta acaba vulnerando las reglas de la competencia. En cambio, cuando es el empleado o colaborador quien engaña al administrador, que es quien toma finalmente la decisión en error (de tipo invencible, se produce una doble instrumentalización que nos lleva a poder apreciar una autoría mediata en la persona del que engaña al administrador.

IV. Deberes del administrador y corrupción activa

El delito de corrupción privada en su modalidad activa forma parte del grupo de los denominados riesgos típicamente empresariales. Se trata de situaciones que dan

⁴² La atenuación de la pena consiste en la posibilidad de imponer por parte del tribunal la pena inferior en grado y la reducción de la multa a su prudente arbitrio.

⁴³ Sobre la importancia de la distinción entre deberes positivos y negativos, vid. ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret* 4/2013, pp. 1 y ss.

⁴⁴ De otra opinión, FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, *InDret* 2/2009, pp. 34 y s., quien aludiendo expresamente a los supuestos de *Kick-back*, identifica el deber de lealtad del administrador, y más concretamente el deber especial de no actuar en perjuicio de la sociedad o de su socios, con un deber positivo.

lugar a lo que se conoce como criminalidad de empresa⁴⁵. Pertenece a la clase de delitos contra bienes jurídicos ajenos que surgen de la propia empresa y que de algún modo la favorecen⁴⁶. Son delitos que la empresa está obligada a impedir por estar vinculados a la propia actividad empresarial. El pago de comisiones por parte del administrador en el ámbito de los negocios para obtener una ventaja comercial es por tanto un riesgo típicamente empresarial que puede llegar a constituir un delito de corrupción entre particulares⁴⁷. Delito del que pueden acabar respondiendo tanto el administrador como la empresa a la que representa. En efecto, la conducta del administrador es susceptible de generar responsabilidad penal para su propia empresa, puesto que ha actuado en provecho de la misma⁴⁸.

En la doctrina se ha llegado a plantear la posibilidad de que el pago de comisiones, además de un delito de corrupción privada, pueda llegar a constituir un delito de administración desleal por el hecho de someter a la propia empresa al riesgo de verse sometida a sanciones penales⁴⁹. Una opción sin duda discutible porque, además de las dificultades de entender como perjuicio el riesgo derivado del pago de comisiones (incluso desde un concepto jurídico de patrimonio), idéntica solución sería predicable de cualquier delito que se cometiera por parte del administrador en beneficio de su empresa. En otras palabras, todo delito cometido por el administrador en el marco de la actividad empresarial en interés de la misma acabaría implicando la comisión de un delito de administración desleal. A esta conclusión llegan, no obstante, Pastor Muñoz y Coca Vila, quienes partiendo de la posición de garantía del autor respecto al patrimonio administrado, consideran posible apreciar, junto a la infracción de la norma correspondiente, una deslealtad, un injusto adicional, si bien matizando que el hecho ilícito solo será relevante a los efectos del delito de administración desleal “cuando constituya, además de la infracción correspondien-

⁴⁵ Sobre el concepto de criminalidad de empresa (*Unternehmenskriminalität*), vid. SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad en la empresa”, *ADPCP* 1988, p. 529. En España, vid., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., 2014, p. 133.

⁴⁶ Así, BOCK, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en KUHLEN/ MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, p. 108.

⁴⁷ De otra opinión LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO/ GÓMEZ MARTÍN (dir.), HORTAL IBARRA/VALIENTE IVÁÑEZ (coord.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, 2014, p. 316, negando que la empresa sea garante de que “no se corrompa a funcionarios o a empleados de otras empresas, porque tales riesgos no son riesgos imbricados en la producción o en el servicio, sino sólo relacionados con él”.

⁴⁸ Cfr. BACIGALUPO, “Problemas constitucionales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la administración desleal”, *LH-Rodríguez Ramos*, 2013, pp. 398 y ss., destacando el peligro para el patrimonio administrado de una eventual responsabilidad para la persona jurídica.

⁴⁹ Así, PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código penal”, *Iuris*, 2ª, 2013, pp. 38 y s., pp. 38 y s., entienden que los pagos de corrupción comportan un perjuicio patrimonial porque “la introducción de dinero en un negocio ilícito supone la pérdida de la protección jurídico-civil” con lo que la expectativa de enriquecimiento no estaría jurídicamente garantizada. En contra, GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, pp. 83 y ss.

te, una lesión del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos”⁵⁰. En cualquier caso, la eliminación del delito de administración desleal de la modalidad de infidelidad, prevista en el PCP 2013 pero que no llegó a superar el trámite parlamentario puesto que fue eliminada en el texto presentado al Senado el 29-01-2015, hace prácticamente imposible seguir defendiendo esta postura, al menos en España⁵¹.

Partiendo de la postura defendida en este trabajo en relación con el bien jurídico protegido, resulta evidente que no todo pago de comisiones por parte del administrador para obtener una ventaja comercial constituye un delito de corrupción entre particulares. Para que el hecho sea típico es necesario que el pago se realice en perjuicio de la empresa del sobornado⁵². El elemento de deslealtad que entiendo incorpora el tipo de corrupción se justifica atendiendo al hecho de que en las relaciones comerciales no opera el principio de imparcialidad que rige en la contratación pública. Favorecer a una empresa frente a otra por razones que no se ajustan a criterios de eficiencia podrá, en algún caso, infringir la legislación en materia de defensa de la competencia, puesto que determinados pagos de comisiones constituyen actos ilícitos según la el art. 14 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (inducción a la infracción contractual por parte de empleados de otra sociedad); pero más allá de dicha regulación se impone la libertad de mercado. Libertad de contratar incluso la oferta menos ventajosa⁵³. De modo que únicamente cuando la conducta de favorecimiento vulneradora de las reglas de la libre competencia es idónea para perjudicar los intereses de la empresa para la que trabaja el corrompido, cabe apreciar el delito previsto art. 286 bis⁵⁴.

El administrador que paga una comisión para conseguir una ventaja comercial en perjuicio de la empresa del corrompido es en realidad un *extraneus*. Ello parte de la consideración de que en el art. 286 bis existe un solo hecho de corrupción en el que intervienen varios sujetos: *intraneus*, cualquiera de los mencionados en el Ap. 1 del CP, y *extraneus*, el sujeto activo previsto en el Ap. 2 del CP⁵⁵. La conducta del

⁵⁰ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?”, *InDret* 1/2015, p. 14.

⁵¹ Sobre el importante debate que en Alemania ha generado la cuestión de si puede constituir delito de administración desleal (§ 266 StGB) la comisión por parte del administrador de un ilícito que crea un riesgo de sanción para el patrimonio del administrado, vid. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?”, *InDret* 1/2015, pp. 3 y ss.

⁵² Así, también, GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm., 109, 2013, pp. 74 y ss.

⁵³ Así, también, GILI PASCUAL, “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109, 2013, pp. 76 y s.

⁵⁴ Sobre esta cuestión, vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, pp. 15 y ss.

⁵⁵ Así, BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, vid. p. 13, en relación a la regulación vigente hasta la reforma operada por LO 1/2015.

administrador consistente en ofrecer un incentivo al directivo, administrador, empleado o colaborador de otra empresa debe entenderse como una proposición específicamente tipificada a la defraudación interna, estos es, como una puesta en peligro concreta del patrimonio del titular de la empresa, tentando a cualquiera de los sujetos mencionados de forma idónea para que acepten dicho incentivo⁵⁶.

La expresión “para que le favorezca indebidamente”, introducida en el Ap. 2 del art. 286 bis, tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, debe interpretarse en el sentido de influenciar a otro para que actúe vulnerando su propio deber. En efecto, “favorecer indebidamente” requiere un acto contrario a deber, pero esta exigencia, que aparentemente se refiere tanto al corruptor como al corrompido, en realidad sólo afecta al *intraneus*, pues la única obligación que infringe el *extraneus* es la de abstenerse de tentar al directivo, administrador, empleado o colaborador para que acepte el incentivo; o, en su caso, de no sucumbir ante la solicitud de cualquiera de ellos. La locución “favorecer indebidamente”, que viene a sustituir en el actual Código penal a la anterior referida al “incumplimiento de sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”, constituye un elemento del tipo que ha de ser entendido en idéntico sentido que aquélla. La incorporación de dicho elemento favorece una interpretación (ciertamente restrictiva) del delito de corrupción privada como la que vengo sosteniendo en este y anteriores trabajos, vinculada a las relaciones de confianza y fidelidad dentro de la empresa⁵⁷.

V. Cuestiones comunes a la corrupción privada activa y pasiva

Es bien sabido que en la criminalidad empresarial se imponen nuevos criterios de atribución de responsabilidad que atienden a los mecanismos de delegación en la empresa, a la distribución de ámbitos de organización (competencias), a la reconfiguración de espacios de riesgo permitido y a la implementación de programas y procedimientos internos para la prevención de delitos. Para determinar si el pago de comisiones en el ámbito de los negocios para obtener una ventaja comercial es constitutivo de un delito de corrupción privada es imprescindible atender a los espacios de riesgo permitido, pues resulta evidente que el riesgo permitido excluye la tipicidad del hecho en el sentido del art. 286 bis. Con carácter general, se sostiene que sólo serán típicos los beneficios o ventajas que son idóneos para influir en una decisión comercial. Pero siempre queda un margen de actuación que obliga a

⁵⁶ De hecho, se trata de una conducta estructuralmente de participación elevada a la categoría de autoría por decisión del legislador.

⁵⁷ Debe reconocerse que puede resultar más difícil mantener esta interpretación frente a legislaciones como la alemana. Ya se ha mencionado que el § 299 StGB exige que el favorecimiento sea desleal para la competencia, lo que lleva a la doctrina dominante a interpretar el precepto en clave de un modelo puro de competencia.

decidir entre un contacto social permitido y otro que adquiere el sentido de corrupción⁵⁸. A la hora de tomar esa decisión, puede resultar de ayuda contar con códigos de conducta (o éticos) desarrollados en algunos sectores de actividad que establecen cuáles son incentivos permitidos y cuáles no⁵⁹. En este sentido, advierte Nieto Martín que “las normas internas de las empresas acabarán finalmente integrándose en los tipos penales y deberán ser tomadas en cuenta por el juez para determinar los casos dudosos de corrupción”⁶⁰. A lo que habría que añadir, que si bien los procesos de autorregulación pueden aportar reglas útiles para configurar espacios de riesgo permitido, la última palabra la tiene el juez porque no sería admisible que las empresas dictaran la barrera entre lo penalmente lícito o ilícito⁶¹.

Cuando se trata de llenar de contenido el concepto de adecuación social, hay que reconocer que el ámbito de impunidad debe ser necesariamente más amplio en el art. 286 bis que en el delito de cohecho. Ciertamente, los límites de lo que pueden ser consideradas actuaciones socialmente adecuadas en el art. 286 bis son más flexibles que en el contexto de la corrupción de funcionarios⁶². Y ello, porque el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción de funcionarios es mucho más sensible que el de la corrupción privada⁶³. En efecto, en el ámbito público prácticamente cualquier conducta de favorecimiento es interpretada como cohecho por afectar al buen funcionamiento de la Administración pública.

Admitido que el principio de adecuación social opera de forma más amplia en la corrupción privada que en la pública, hay que ver qué conductas pueden llegar a ser penalmente relevantes por traspasar los límites de lo socialmente adecuado en este

⁵⁸ Así, FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (eds.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 175.

⁵⁹ Vid., por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (eds.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 178 y s., aludiendo al Código de Buenas Prácticas del Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria con los Profesionales Sanitarios, aprobado en octubre de 2010, donde se detallan las prácticas permitidas en el sector de la industria farmacéutica. Sobre la relación entre los códigos de conducta y el Derecho penal económico, vid. NAVAS MONDACA, “Los códigos de Conducta y el Derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 122 y ss.

⁶⁰ NIETO MARTÍN, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN(eds.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, p. 203.

⁶¹ En contra de la remisión dinámica a regulaciones privadas se manifiesta en la doctrina SCHÜNEMANN, “Die Regeln der Technik im Strafrecht”, en WILFRIED KÜPER (ed.), *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, p. 376, por entender que está jurídico-constitucionalmente prohibida por ceder a instancias sociales genuinas competencias legislativas; y, por ser incompatible con el mandato de publicación de las disposiciones jurídicas contenido en el principio del Estado de Derecho, debido a la arbitrariedad de la publicación de las regulaciones privadas.

⁶² Así, KOEPEL, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr* (§ 299 StGB), 2006, pp. 131 y 132.

⁶³ Sobre esta cuestión, vid. BOLEA BARDON, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013, p. 15.

ámbito. Parece evidente, que no todo regalo, incentivo o ventaja que ofrece al administrador al encargado o empleado de otra empresa puede repercutir directamente en un beneficio para la empresa de este último. Así, por ejemplo, regalar una entrada para un partido de fútbol o para ir al teatro como atención a un cliente en un contacto comercial quedaría amparado por el principio de insignificancia y no tendría sentido prohibir tampoco su aceptación porque no redundaría directamente en beneficio de la empresa⁶⁴. No obstante, habría que matizar según los casos y el contexto, porque si la entrada en cuestión es para un partido de final de liga Barça-Madrid y no quedan más entradas disponibles, seguramente el incentivo dejaría de parecer irrelevante. Con ello, se pone de manifiesto que en realidad más importante que el valor del incentivo en sí mismo es si efectivamente la aceptación de la oferta viene motivada por la obtención de dicho incentivo.

Una vez superada la barrera del riesgo permitido, ante la posible responsabilidad del administrador por un delito de corrupción privada, hay que averiguar si aquél tiene poder de decisión en el marco de sus competencias en relación con la comisión o evitación del hecho punible. Afirmada la competencia previamente asumida sobre un ámbito de organización, todavía queda por decidir si al administrador le pertenece el hecho por completo o sólo una parte del mismo⁶⁵. Una correcta valoración de la aportación que realiza el administrador en el concreto acto de corrupción pasa necesariamente por examinar el contenido específico del deber infringido. Así, pues hay que preguntarse por el concreto deber asumido e infringido por el sujeto⁶⁶. Ahora bien, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, en el ámbito empresarial no es posible concretar cuáles son los deberes que infringe el administrador sin hacer referencia al fenómeno de la delegación en la empresa. La propia complejidad de la actividad empresarial lleva al administrador a emplear el mecanismo de la delegación como medio de asegurar la no vulneración de sus deberes en el ámbito

⁶⁴ En cambio, regalar prendas de vestir a medida por un importe de 1.400 euros quedaría fuera de las prácticas comerciales habituales y tolerables (ejemplo propuesto por FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (eds.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 177).

⁶⁵ Precisamente, hay que evitar caer en el error de identificar competencia con autoría como parece que hacen algunos autores (así, por ejemplo, según FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 227: “si la idea orientadora pasa a ser la idea más normativa de competencia y si al que ejerce una competencia dentro de la empresa (más genérica o más específica) se le puede imputar directamente el hecho, no habrá problemas en afirmar la autoría”). De hecho, tener la competencia respecto a un determinado ámbito de organización, si bien es presupuesto para afirmar la intervención en el hecho, no determina todavía si la responsabilidad es a título de autor o de partícipe. La distribución de competencias, como cuestión previa a la determinación de responsabilidad penal, nos sirve para delimitar (excluir) la imputación objetiva del hecho respecto a determinadas conductas, pero no nos dice nada sobre la mayor o menor importancia de la contribución al hecho.

⁶⁶ La vulneración de deberes por parte del sujeto o sujetos competentes por el curso lesivo ha de concretarse en la infracción de un deber de no injerencia, de aseguramiento directo del riesgo, de no favorecimiento del riesgo, de vigilancia o supervisión de la actuación de los inferiores jerárquicos, de intervención ante la actuación defectuosa de otros garantes, etc.

de su competencia. Cuanto más grande es una empresa más evidente resulta la necesidad de acudir a la descentralización y delegación de funciones, con lo que se hace difícil afirmar que el que está en la cúspide de la jerarquía tiene el control de todos los posibles *outputs* lesivos que surgen de la organización empresarial⁶⁷.

A través de la delegación de competencias se produce lo que se conoce como transferencia de la posición de garantía del delegante al delegado. Si bien es sabido que una delegación eficaz no exime al delegante de toda responsabilidad una vez transferida la posición de garantía, pues permanecen en el ámbito de organización del administrador las denominadas competencias residuales⁶⁸. En efecto, en la esfera de responsabilidad del administrador que emplea el mecanismo de la delegación queda un deber de supervisión y de vigilancia, lo que presupone que existe un deber previo de informarse sobre posibles conductas delictivas del delegado y un deber de establecer mecanismos de control para detectar dichas conductas⁶⁹. Asimismo, queda en el esfera de responsabilidad del administrador el poder de revocación de la delegación cuando se constata el incumplimiento de los deberes asumidos o su incapacidad para llevar a cabo las tareas encomendadas. Rige por tanto en este ámbito el principio de desconfianza.

Junto al fenómeno de la delegación de competencias, hay que tener presente que en muchas empresas opera el mecanismo de la división del trabajo en un plano de igualdad. Así, por ejemplo, entre los miembros del Consejo de Administración el reparto de competencias asegura una gestión más eficaz de la empresa. Cuando lo que se establece son relaciones no jerárquicas entre varios administradores, cada

⁶⁷ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, en *Estudios monográfico. Empresa y Derecho penal, La Ley Penal*, núm. 40, 2007, pp. 10.

⁶⁸ Alude expresamente a la competencia residual en materia de delegación y asunción de competencias, SILVA SÁNCHEZ “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, LH- Roxin*, 1995, p. 372. Cfr., también, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 108, quien ya en su día advertía que “por cada delegación de competencias los deberes de garante se transforman necesariamente, sin que la instancia delegante, en la medida en que sólo se reserva elementos de dominio, como consecuencia de sus deberes de garante quede libre; más bien se transforma el deber en un deber de dirección y control (*Leitungs und Kontrollpflicht*)”.

⁶⁹ Sobre la posición de garantía de vigilancia y supervisión, vid. SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 57; PEÑARANDA RAMOS, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO (coord.), *Derecho y justicia penal en el s. XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, p. 42. Sobre las diversas clases de deberes que integran la posición de garantía del delegante, vid. MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, pp. 95, 157 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico, Parte General*, 2003, pp. 357 y ss.; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2008, pp. 159 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, pp. 172 y ss., destacando la importancia de la distinción entre deberes de supervisión activa y reactiva; los primeros, orientados hacia la obligación de realizar labores periódicas de investigación, inspección y control; mientras que los segundos, estarían centrados en la obligación de actuar si se detecta una situación de riesgo concreta.

administrador responde de su ámbito de competencia, pues lo que rige es el principio de confianza en toda su extensión⁷⁰. En principio, entre administradores situados a un mismo nivel en la empresa, las competencias están claramente delimitadas y no existe deber de vigilancia recíproco. Se reconoce una posición de garantía compartida con otros administradores en plano de igualdad (división de competencias en un plano horizontal). En aplicación del principio de confianza, se parte de la separación de esferas de organización y de la expectativa de que los demás administradores actúan conforme a Derecho⁷¹.

Ahora bien, en el momento en que uno de los miembros del Consejo de Administración detecta un déficit organizativo de otro administrador, ya no puede confiar en que el otro no llevará a cabo una conducta delictiva y surge la obligación de actuar para evitar la comisión del delito, pues no deja de ser garante (originario) aunque no exista un deber de vigilancia de un Consejero frente a los otros⁷². Importante es advertir aquí que el deber no surge del conocimiento, sino que preexiste y se actualiza en el momento en que se tiene conocimiento del riesgo de comisión delictiva creado en la esfera organizativa de otro administrador⁷³. Por ejemplo: si un miembro del Consejo de Administración de la empresa X se percató de que otro de sus miembros mantiene una caja negra con la que paga sobornos a administradores de otras empresas para obtener contratos, debe actuar para impedir el delito de corrupción, aunque no tenga un deber de vigilancia sobre los demás consejeros, pues sigue siendo garante originario y ya no puede confiar en que ese otro no llevará a cabo una conducta delictiva.

⁷⁰ Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., 2014, pp. 515 y ss.

⁷¹ Sobre la relevancia del principio de confianza para el Derecho penal, vid., ampliamente, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, 2009, passim.

⁷² Así, SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración (a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo)”, *InDret* 2/ 2011, p. 5. Según este autor, “los miembros de un Consejo de Administración tienen deberes de garante recíprocos. Sin embargo, estos deberes no son de vigilancia. Ello significa que los consejeros no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significa que, si un Consejero adquiere el conocimiento, aunque sea en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita”. Llega a la misma conclusión, ROBLES PLANAS, “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 455 y ss.

⁷³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 57, nota 67, señalando que en los casos en que existe una posición de garantía vinculada a la evitación del resultado producido en la esfera de organización ajena, “no se trata de que el conocimiento genere deber alguno, sino que el deber ha de preexistir (correspondiendo normalmente a relaciones internas de grupos bien delimitados)”.

VI. Programas de cumplimiento y corrupción privada

En la praxis empresarial están adquiriendo un papel muy destacado los programas de cumplimiento⁷⁴. En efecto, viene siendo cada vez más habitual que las grandes empresas, ante el riesgo de incurrir en responsabilidad penal por actos realizados por sus administradores o directivos, asignen a un responsable o encargado de cumplimiento (*compliance officer*) la tarea de desarrollar programas de cumplimiento de la legalidad en todos aquellos ámbitos en que se advierte el peligro de posibles sanciones (corrupción, fraude, relaciones laborales, medio ambiente, etc). En concreto, en materia de corrupción esta figura se ocupa del seguimiento de las reglas de prevención de la corrupción, desarrollando para ello programas anti-corrupción.

El *compliance* puede definirse como el conjunto de medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurar el cumplimiento de las normas que les son aplicables, tanto a ellas como a sus empleados, y la denuncia y eventual sanción de sus infracciones⁷⁵. Los programas o protocolos de prevención delictiva no sólo establecen reglas de conducta, sino también sistemas de control de dichas conductas⁷⁶. Sin embargo, es importante tener en cuenta que de la mera implantación formal de un programa de cumplimiento no se puede inferir sin más el cumplimiento del deber jurídico de vigilancia por parte del administrador⁷⁷. De hecho, en el célebre “caso Siemens” (ejemplo paradigmático de la relación entre *Compliance* y Derecho penal) la empresa alemana disponía de un programa de cumplimiento cuando sus administradores y directivos se dedicaban a pagar sobornos a particulares y funcionarios de todo el mundo para obtener contratos o adjudicaciones en los distintos

⁷⁴ Sobre la relevancia de los programas de cumplimiento en el Derecho penal empresarial, vid. ROTSCH, “Criminal Compliance”, *InDret* 1/2012, pp. 1 y ss.; SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, pp. 63 y ss.

⁷⁵ Así, KUHLEN, “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho penal”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 51. Sobre el concepto de *Compliance*, vid. HAUSCHKA, “Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?”, *NJW*, Heft 5, 2004, p. 257; BOCK, “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance”, *ZIS* 2/2009, p. 68. En España, vid. NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 21 y ss.; COCA VILA, “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.) y MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 54 y s.

⁷⁶ Tal como señala, LASCURAIN SÁNCHEZ, “Compliance, debido control y unos refrescos”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, p. 130, “en materia de prevención de la corrupción pública y privada no se trata sólo de determinar qué actos de corte-sía, atención y promoción son lícitos, sino con qué medidas se va a controlar que la actividad comercial se enmarca en ese límite. Un buen protocolo anticorrupción debería incluir, por ejemplo, medidas formativas, de limitación de pago en efectivo, de control de pago, de control de contratación o de control de intermediarios”.

⁷⁷ Así, SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, p. 100.

países en que la empresa operaba⁷⁸. Ahora bien, el programa que actualmente tiene implementado la empresa Siemens (*Siemens Compliance Guide anti-corruption*), desarrollado como consecuencia de las elevadas sanciones económicas y el coste en su reputación que supuso para la multinacional el pago de grandes cantidades de dinero destinadas al soborno, se pone a menudo como ejemplo de modelo de programa de cumplimiento, pues, prevé un complejo sistema de medidas de prevención, control y reacción frente a posibles actos de corrupción⁷⁹.

Mención aparte merece la posible responsabilidad penal del propio *compliance officer*. Admitir una posición de garantía del encargado de cumplimiento podría llegar a descargar de responsabilidad al administrador en algunos supuestos. Piénsese en casos de instrumentalización del órgano de administración a través engaño, haciendo llegar, por ejemplo, información falsa a la dirección de la empresa que permanece inactiva frente a la comisión de un delito de corrupción, provocando en ésta un error de tipo invencible, lo que conduciría a apreciar una autoría mediata en la persona del encargado de cumplimiento y determinaría la impunidad del administrador (partiendo de que la delegación se haya realizado correctamente y no se vulneren deberes residuales de vigilancia)⁸⁰.

Considérese también el supuesto del administrador que encarga al *compliance officer* la tarea de desarrollar y poner en marcha un programa de prevención de delitos de corrupción. En lugar de cumplir con su cometido, este último decide posponer la puesta en marcha de dicho programa hasta que finalice una determinada operación económica que comporta el pago de sobornos, siendo plenamente

⁷⁸ Entre los años 2000 a 2006 los administradores y directivos de la empresa Siemens mantuvieron cajas negras con las que se pagaban sobornos a particulares y funcionarios de todo el mundo para obtener contratos o adjudicaciones en los distintos países en que la empresa operaba. La normativa infringida era tanto de carácter nacional como supranacional y afectaba a distintos ámbitos del ordenamiento jurídico. Además de la vulneración de las normas de la competencia de la Unión Europea (la Comisión Europea le impuso una multa de casi 420 millones EUR en 2007 por infracción de la Ley de Cáteles), se dieron infracciones de Derecho tributario, infracciones del Derecho de contravenciones, infracciones del Código penal italiano en materia de cohecho y violación de la Foreign Corrupt Practices Act Americana (FCPA) que sanciona el cohecho en las relaciones internacionales. La empresa tuvo que hacer frente a multas millonarias, así, por ejemplo, en el año 2007 el LG Munich le impuso una multa de 201 millones de EUR por sobornos en el sector de las telecomunicaciones; si bien, gracias a los pactos con la Fiscalía de Munich y con otros organismos internacionales, como el Banco Mundial, consiguió evitar sanciones más graves. Sobre este caso, vid., por todos, KUHLEN, “Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal”, en KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 52 y ss.

⁷⁹ También cabe destacar en nuestro país, el modelo de gestión de riesgos para la prevención de delitos en las organizaciones, lanzado por AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación), siendo el Banco Santander la primera entidad que obtiene la certificación que acredita que ha implementado un sistema de gestión eficaz para la prevención de delitos.

⁸⁰ En este sentido, ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el Derecho penal, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, p. 328. A favor de apreciar autoría mediata mediante omisión del *Compliance Officer* cuando a éste le incumbe el error de tipo o de prohibición en el que ha incurrido el ejecutor, BERMEJO/PALERMO, “La intervención delictiva del compliance officer”, en KUHLEN/ MONTIEL/ ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, p. 200.

consciente de ello, con el objetivo de que dicha operación no fracase⁸¹. Si la función de prevención e investigación de delitos de corrupción (y muy especialmente la vigilancia de la actuación de otros) ha sido asumida por el encargado de cumplimiento y no existen otros canales de transmisión de información que pudieran servir para evitar el delito por parte de quien tiene competencias directas para la evitación del mismo, aquél responderá como autor mediato del hecho típico de corrupción, quedando el administrador exento de pena, siempre que no se vulneren deberes residuales de vigilancia que implicaran la obligación de detectar la situación de riesgo de corrupción.

En esta línea, favorable a hacer responsable penal al encargado de cumplimiento, destaca la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 17-07-09 en la que el BGH afirma, en *obiter dictum*, que al encargado de cumplimiento le incumbe, por regla general, un deber de garante jurídico-penal en el sentido del § 13 StGB en el contexto de la actividad de impedir delitos que surjan de la empresa por parte de sus miembros⁸². No obstante, la doctrina dominante en Alemania niega que el encargado de cumplimiento asuma de forma originaria el deber de impedir que se cometan delitos en la empresa⁸³. Esta es la postura defendida también por un sector cualificado en nuestro país, contrario a admitir una posición de garantía originaria del encargado de cumplimiento por los delitos cometidos en el seno de la empresa⁸⁴. Más acertada resulta la tesis que defiende que la posición de garantía del encargado

⁸¹ Ejemplo propuesto por DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control: una aproximación tónica, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era compliance*, 2013, p. 178.

⁸² Sobre esta controvertida sentencia vid., entre otros, RÖNNAU/SCHNEIDER, “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant: Überlegungen zum BGH-Urteil v. 17.7.209-5 StR 394/08“, *ZIP* 2/2010, pp. 53 y ss.; ROTSCH, “BGH, Urt. v. 17.7.209-5 StR 394/08 (Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung)“, *ZJS* 6/2009, pp. 712 y ss.

⁸³ Vid., por todos, G. DANNECKER /C. DANNECKER, “Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, *JZ* 20/2010, p. 988; RÖNNAU/SCHNEIDER, “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant: Überlegungen zum BGH-Urteil v. 17.7.209-5 StR 394/08“, *ZIP* 2/2010, p. 57.

⁸⁴ Así, ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el Derecho penal”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 319 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., 2014, p. 545; DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, pp. 169 y ss.. Advierte este último autor (pp. 166 y ss.), que los encargados de cumplimiento pueden tener distintas funciones según las empresas. Y añade que “esta falta de uniformidad en la configuración de la figura del responsable de cumplimiento hace muy complicado examinar la posible responsabilidad por la no evitación de delitos en una empresa”, por lo cual el análisis de la cuestión debe ser necesariamente tónico (p. 169). Pese a reconocer que las funciones del encargado de cumplimiento pueden variar según la legislación o la propia organización de la empresa, advierten BERMEJO/PALERMO, “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en KUHLEN/ MONTIEL/ ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, 2013, pp. 182 y ss., que la responsabilidad penal del encargado de cumplimiento puede extenderse o contraerse en función del grado de intervención en cada una de las etapas del programa de cumplimiento (diseño, implementación y control interno del cumplimiento).

de cumplimiento se recibe por delegación de los deberes que incumben a la dirección de la empresa (órgano de administración)⁸⁵.

Cabe advertir, sin embargo, que para hacer responder al encargado de cumplimiento en comisión por omisión, el riesgo de corrupción no impedido debe pertenecer a la clase de riesgos cuyo compromiso de control haya sido asumido previa y expresamente por el mismo⁸⁶. Asimismo, es necesario que exista como mínimo dolo eventual, ya que el delito de corrupción no admite la modalidad imprudente. La posterior decisión en torno a la calificación de autor o partícipe del encargado de cumplimiento, dependerá de si el riesgo de corrupción no impedido por éste hubiera supuesto un obstáculo a la comisión del delito (por ejemplo, no informando al órgano de administración de las eventuales denuncias de corrupción para que éste pudiera impedir el delito), lo que en principio no pasaría de constituir una participación (complicidad), siempre que existieran otra vías de transmisión de la información; o de si el administrador ha sido instrumentalizado por el encargado de cumplimiento, provocándole un error invencible, lo que nos llevaría a afirmar una autoría mediata en comisión por omisión; o de si tenía competencias directas para evitar la conducta delictiva de un miembro de la empresa. En este último caso hablaríamos de autoría directa en comisión por omisión por no impedir el delito cometido por el empleado desde una posición equivalente a la de un cargo directivo (directivo de cumplimiento).

VII. Responsabilidad penal del administrador por un delito de corrupción privada: vías de imputación

De lo expuesto hasta el momento, se desprende que el administrador puede responder por un delito de corrupción privada por dos vías⁸⁷:

⁸⁵ Así, G. DANNECKER/C. DANNECKER, "Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, JZ 20/2010, p. 990; RÖNNAU/SCHNEIDER, "Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant: Überlegungen zum BGH-Urteil v. 17.7.2015 StR 394/08", ZIP 2/2010, p. 57.

⁸⁶ Así, lo apunta, con carácter general, ROBLES PLANAS, "El responsable de cumplimiento ("Compliance Officer") ante el Derecho penal", en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, p. 326, exigiendo como uno de los presupuestos para hacer responsable al encargado de cumplimiento por delitos referidos la actividad propia de la empresa, que el riesgo de comisión delictiva no impedido sea uno de aquellos que el encargado de cumplimiento ha asumido impedir.

⁸⁷ Una tercera vía de imputación, prevista en el PCP 2013, ha sido finalmente descartada con gran acierto en el Proyecto presentado al Senado el 29 de enero de 2015 y, finalmente, en el texto aprobado por LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015. Ésta se basaba en el incumplimiento del deber de vigilancia o control de personas jurídicas y empresas establecido expresamente en el art. 286 seis del PCP 2013. Del tenor literal del precepto se desprendería que el administrador podía ser hecho responsable por la mera infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa. Lo que se perseguía con el art. 286 seis era algo más que evitar que quien está en la cima de la organización (empresario o administrador) quedara sin castigo cuando se comete un delito en el ámbito de la empresa, puesto que aplicando las reglas generales de la estructura de la comisión por omisión dicho sujeto ya podía responder como autor o partícipe del delito cometido por cualquier otro empleado de la empresa siempre que la evitación del mismo estuviera en su esfera de competencia. De lo que se trataba era de ampliar la responsabilidad del administrador, castigando la mera infracción de deberes de vigilancia y control de la empresa, con independencia del control del riesgo asumido por el sujeto

- A) Por su contribución activa a un acto de corrupción: ya sea organizando directamente la actividad delictiva, ya sea dando instrucciones a los subordinados jerárquicos (p. ej. a los directivos sectoriales) para que lleven a cabo dicha actividad, ya sea convenciendo a los demás administradores (del Consejo de Administración) para organizar la actividad delictiva. Considérese el caso de la empresa de artes gráficas (juzgado en la STS 09-12-2010, MP: Saavedra Ruiz) que pasa a convertirse en proveedora de una empresa de servicios cuyo director de aprovisionamiento instó al titular de la empresa gráfica a “elevar al alza el precio del material que fuese sirviendo, en porcentaje que no superaba el 10% y que en cualquier caso no sobrepasó en ningún momento los márgenes de precios del mercado en ese sector comercial”. El proveedor generaba facturas “infladas” y la diferencia se la entregaba personalmente al acusado quien, a su vez, las presentaba a su aprobación ante el comité de dirección de la empresa al que pertenecía, haciéndolas pasar por el importe real del valor de los bienes suministrados⁸⁸. Con el Derecho penal vigente, los hechos no podrían ser subsumidos en el delito de corrupción privada por no haberse superado el margen de precios del mercado, pero sí en el nuevo tipo genérico de administración desleal previsto en el nuevo art. 252 CP⁸⁹. Por el contrario, de haberse superado dicho margen (peor oferta), sería aplicable el art. 286 bis, precepto por el que responderían tanto el titular de la empresa gráfica que acepta la propuesta como el director de aprovisionamiento.
- B) Por no impedir la comisión de un acto de corrupción llevado a cabo por un subordinado jerárquico estando en posición de garante. Como cuestión previa hay que advertir que la posición de garantía del administrador no conduce a hacer responder a éste en comisión por omisión de cualquier delito de corrupción que se cometa en el ámbito de la empresa. Si bien se reconoce que en principio el administrador tiene el deber de controlar los riesgos que surgen de la actividad empresarial por el hecho de haber asumido la dirección, gestión y control de la empresa, no basta con ostentar la condición de administrador para que se le imputen todos los resultados lesivos derivados de la actividad empresarial⁹⁰. En realidad, la responsabilidad del administra-

(deberes positivos). De modo que los deberes de vigilancia y control vendrían impuestos desde fuera y convertirían al administrador en una especie de policía interno a la empresa que debe impedir la comisión de delitos (omisión pura de garante).

⁸⁸ El procesado fue absuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona 10ª y condenado por el Tribunal Supremo por estafa.

⁸⁹ Entiendo que acudir al nuevo tipo previsto en el art. 252 CP sería más acertado que apreciar un delito de estafa puesto que el ataque al patrimonio de la empresa se produce desde dentro, que es lo propio del injusto de la administración desleal (sobre esto último, vid. SCHÜNEMANN, “Die “gravierende Pflichtverletzung” bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?”, NStZ, núm. 9, 2005, p. 474).

⁹⁰ Como advierte SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho

dor acaba con una correcta organización y coordinación de los procesos internos, la disposición de mecanismos de seguridad y la implementación de sistemas de vigilancia y control referidos a las tareas propias de la actividad empresarial que llevan a cabo los empleados⁹¹.

Sentado lo anterior, el administrador sólo responderá penalmente por los concretos actos de corrupción que puedan llevar a cabo los empleados cuando no cumpla con las medidas de vigilancia y control sobre sus subordinados (posición de garantía de vigilancia y control). En cuanto a la extensión de ese deber de vigilancia dependerá del tipo de actividad y de la personalidad del empleado⁹². Asimismo responderá de los actos de corrupción realizados por un subordinado cuando infrinja los deberes relacionados con la selección, instrucción y coordinación. Así, por ejemplo, designar a una persona para un puesto determinado (comercial), siendo consciente de que la designación comporta cierto riesgos, ya sea porque el sujeto en cuestión tiene antecedentes de corrupción, o bien porque el sector de actividad es especialmente vulnerable a este tipo de conductas, puede obligar a adoptar medidas de cuidado específicas como cambiar la designación cada cierto tiempo (posición de garantía de selección, formación y coordinación).

Hay que tener en cuenta que la posición de garante del administrador también puede surgir de la constatación de sesgos cognitivos en los empleados derivados de concepciones equivocadas sobre la lealtad (“lo he hecho todo por mi empresa”), falsas representaciones de la realidad (“es por todos conocido que en nuestro ramo no se puede operar sin pagar sobornos”), o confianza en que la empresa tolera este tipo de prácticas (“en nuestra empresa es perfectamente normal aceptar este tipo de invitaciones o de regalos”)⁹³. La existencia de tales sesgos debe ser neutralizada por el administrador mediante procesos de información y de forma-

español”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, LH-Roxin*, 1995, pp. 371 y s., “no puede afirmarse que todos los directivos respondan por omisión de los delitos cometidos en la empresa. La posición de garantía reviste en la criminalidad de empresa una naturaleza mucho más específica. Aparece como un compromiso de contención de riesgos determinados, para bienes jurídicos determinados, en donde son las reglas de atribución y distribución de competencias las que delimitarán los concretos riesgos que deben controlarse, y las medidas cuya no adopción fundamentará la presencia de un delito omisivo, equivalente a la acción”.

⁹¹ En este sentido, ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento (“compliance office”) ante el Derecho penal”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), 2013, p. 323.

⁹² Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, 2014, p. 309, señalando que “cuanto mayor sea el riesgo a controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante”. Y añade, que “la cualificación y experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan, por contra, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia”.

⁹³ Sobre esta problemática en la literatura anglosajona, vid. COHAN, “I Didn’t Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Governance Careened Out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia, *Journal of Business Ethics*, v. 40, 2002, pp. 275 y ss.; PRENTICE, “Teaching Ethics, Heuristics, and Bienes”, *Journal of Business Ethics Education* 1(1), 2004, pp. 55 y ss.

ción. El incumplimiento del deber de neutralizar dichos sesgos comporta responsabilidad penal⁹⁴.

Una vez constatada la responsabilidad penal del administrador por la actuación de un subordinado jerárquico, la decisión de atribuirle el hecho a título de autor o de partícipe dependerá del contenido y de la medida del concreto deber asumido. Se empezará por apreciar participación cuando el administrador detecte la conducta de riesgo en un primer momento y no haga nada para obstaculizar los pagos de corrupción. La participación dará paso a la autoría cuando el administrador sea plenamente consciente de que se llevan a cabo prácticas de corrupción de forma reiterada y su no intervención pueda ser equiparada a mantener a la empresa en situación de riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo (2013), “Problemas constitucionales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la administración desleal”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Bermejor/Palermo (2013), “La intervención delictiva del compliance officer”, en Kühlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid
- Blanco Cordero (2010), “La reforma de los delitos de corrupción mediante Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas”, *Diario La Ley*, núm. 7534
- Bock, “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2009
- Bock (2013), “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en Kühlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid
- Bolea Bardon, “El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura típica e intervinientes”, *InDret* 2/2013
- Castro Moreno (2010), «Corrupción entre particulares», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Francis Lefebvre. Reforma Penal, Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid
- Coca Vila (2013), “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en Silva Sánchez (dir.) y Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona
- Cohan (2002), “I Didn’t Know” and “I Was Only Doing My Job”: Has Corporate Govern-

⁹⁴ Sobre la importancia y las implicaciones derivadas de los sesgos cognitivos en la criminalidad de empresa, vid. SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (eds.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 50, 63 y ss. Sobre la neutralización de sesgos cognitivos en la empresa, vid. SILVA SÁNCHEZ/VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, 2013, pp. 282 y ss.

- ance Careened Out of Control? A Case Study of Enron's Information Myopia, *Journal of Business Ethics*, vol. 40
- Gerhard Dannecker (2013), “§ 299”, en Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (eds.) *Nomos Kommentar*, 4ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
- Gerhard Dannecker/Christoph Dannecker (2010), “Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, *Juristen Zeitung* 20/2010
- Demetrio Crespo (2008), *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid
- Dopico Gómez-Aller (2013), “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica”, en Luis Arroyo Zapatero/Nieto Martín (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Feijoo Sánchez (2013), “Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en Silva Sánchez / miró Llinares (eds.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid
- Feijoo Sánchez (2009), “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, *InDret* 2/2009
- Fernández Bautista (2007), *El administrador de hecho y de derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Fernández Bautista (2010), “La adscripción de un hecho a su autor: la pertenencia del hecho. Especial referencia al administrador”, en Luzón Peña (dir.) en *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, Libro Homenaje a Santiago Mir Puig, La Ley, Madrid
- Foffani (2003), “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del Derecho comparado”, *Revista Penal*
- García Cavero (2003), *Derecho penal económico, Parte General*, Ara, Lima
- Gili Pascual (2013), “Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 109
- Gómez-Jara Díez (2008), “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74
- Kindhäuser (2013), § 266, en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar*, 4ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
- Kuhlen (2013), “Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal”, en Kuhlen/Montiel/ Ortíz de Urbina (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid
- Lascuraín Sánchez (2013), “Compliance, debido control y unos refrescos”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (eds.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Lascuraín Sánchez (2014), “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en Mir Puig/ Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dir.), Hortal

- Ibarra/Valiente Iváñez (coord.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Edisofer, Madrid
- Martínez-Buján Pérez (2014), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia
- Martínez-Buján Pérez (2011), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia
- Martínez-Buján Pérez (2013), “La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Mendoza Buergo (2011), “Corrupción entre particulares”, en AAVV, *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid
- Montaner Fernández (2008), *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona
- Morales Prats/Morón Lerma (2012), en AAVV, *La Corrupción a examen*,
- Navarro Frías/Melero Bosch (2011), “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret* 4/2011
- Navas Mondaca (2013), “Los códigos de Conducta y el Derecho penal económico”, en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona
- Nieto Martín (2002), “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, *Revista Penal*, núm. 10
- Nieto Martín (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en Lothar Kuhlen/Juan Pablo Montiel/Íñigo Ortíz de Urbina (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid
- Nieto Martín (2013), “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (eds.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*
- Otero González (2011), “La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal”, *La Ley penal*, núm. 87
- Pastor Muñoz/Coca Vila (2013), “El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código penal”, *iuris* 2ª, junio
- Pastor Muñoz/Coca Vila (2015), “¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?”, *InDret* 1/2015
- Peñaranda Ramos (2006), “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en Díaz-Maroto y Villarejo (coord.), *Derecho y justicia penal en el s. XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid
- Prentice 2004, “Teaching Ethics, Heuristics, and Bieses”, *Journal of Business Ethics Education* 1(1)
- Queralt Jiménez (2010), «Notas sobre la corrupción privada en el Proyecto de Código Penal», *Iuris*, núm. 147
- Robles Planas (2012), “Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Robles Planas (coord.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona
- Robles Planas (2013), “Imputación en la empresa y conductas neutrales”, en Silva Sánchez/Miró Llinares (dir.), *La Teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid

- Robles Planas (2013), “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”, en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona
- Robles Planas (2012), “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito”, *InDret* 2/2012
- Robles Planas (2013), “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret* 4/2013
- Rönnau (2011), «Wirtschaftskorruption», en Achenbach/Ransiek (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg
- Rönnau (2003), ““Kick-backs”: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue“, en Hirsch/Wolter/Brauns (edit.), *Festschrift für Kolhmann*, Dr. Otto Schmidt, Köln.
- Rönnau/Schneider (2010), “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant: Überlegungen zum BGH-Urteil v. 17.7.2009-5 StR 394/08“, *Zeitschrift für wirtschaftsrecht*, 2/2010.
- Rotsch (2009), “BGH, Urt. v. 17.7.2009-5 StR 394/08 (Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung)“, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6/2009
- Rotsch (2012), “Criminal Compliance”, *InDret* 1/2012
- Santana Vega/Gómez Martín (2011), «Arts. 278-289», en Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirantlo Blanch, Valencia
- Schünemann (1988), “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad en la empresa”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*
- Schünemann (2002), “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*
- Schünemann (2012), “§ 266“, en Laufhütte/Rissing-Van Saan/Tiedemann (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, 12ª ed., De Gruyter, Berlin
- Schünemann, “El Tribunal Supremo Alemán en la maraña del tipo de la administración desleal”, en Jakobs/Schünemann, *La administración desleal de los órganos societarios*, 2008, Atelier, Barcelona
- Sieber (2013), “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín (eds.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Silva Sánchez (1995), “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español”, en Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch, Barcelona
- Silva Sánchez (2011), “Deberes de los miembros de un Consejo de Administración (a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo)”, *InDret* 2/2011
- Silva Sánchez (2013), “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en Lothar Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid
- Silva Sánchez (2013), “Teoría del delito y Derecho penal económico-empresarial”, en *La Teoría del delito en la práctica penal económica* (dir. Silva Sánchez/Miró Llinares), La Ley, Madrid
- Silva Sánchez, “El delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, en Silva Sánchez

- (dir)/Pastor Muñoz (coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, 2011, *La Ley*, Madrid
- Silva Sánchez/Varela (2013), “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en Silva Sánchez (dir.)/Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona
- Sinner (2013), “§ 299” en Matt/Renzikowski (ed.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Franz Vahlen München
- Stanitzek (2013), *Die Bedeutung von Criminal Compliance für das Strafrecht bei der Bekämpfung von Wirtschaftskorruption*, Dr. Kovac, Hamburg
- Szebrowski (2005), *Kick-back*, Carl Heymanns, Köln
- Tiedemann (2008), «§ 299», en Laufhütte/Rissing-Van Saan/Tiedemann (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed., De Gruyter Recht, Berlin