

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

Juan Carlos Ferré Olivé, Enzo Musco, Jorge Almeida Cabral
Barbara Kunicka-Michańska i inni Autorzy

**KORUPCJA W SEKTORZE
PRYWATNYM**

**CORRUPCIÓN EN EL
SECTOR PRIVADO**

**CORRUZIONE NEL SETTORE
PRIVATO**

**CORRUPÇÃO
NO SECTOR PRIVADO**

PROGRAM GROTIUS II PENAL

Materialy z konferencji w Krakowie
10 - 13 lipca 2003



Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR

Korekta: *Alicja Chylińska, Joanna Kobylińska, Dorota Kwinta,
Agnieszka Marek, Aleksandra Prasek*

Projekt okładki: *Katarzyna Juras*

Copyright © by Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2004

ISBN 83-7383-133-9

Wydawnictwo Naukowe „Scholar” Spółka z o.o.
ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa
tel./fax 826 59 21, 828 95 63, 828 93 91
dział handlowy: jw. wew. 105, 108 lub 635 74 04 wew. 219
e-mail: info@scholar.com.pl; scholar@neostrada.pl
<http://www.scholar.com.pl>

Wydanie pierwsze

Skład i łamanie: WN „Scholar” (*Jerzy Łazarski*)

Druk i oprawa: Paper & Tinta, Warszawa

Corrupción privada y administración desleal

NIEVES SANZ MULAS
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca (España)

I. INTRODUCCIÓN

Como todos sabemos, la idea de corrupción tradicionalmente se ha vinculado al uso ilegítimo de potestades por parte de quien ejerce funciones públicas. Sin embargo, en los últimos tiempos asistimos a la tendencia a también hablar de “corrupción privada”, entendiendo por tal “el uso desviado del poder de decisión en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares”¹.

La consolidación de estos nuevos delitos obedece, sobre todo, a la evidente correspondencia que existe entre lo público y lo particular en las actuales sociedades. En todo caso, y por lo que a España se refiere, de momento nuestro Código Penal no recoge ninguna figura que de forma específica sancione el delito de corrupción en el sector privado. Luego no sigue el actual movimiento europeo e internacional que presiona para que así sea².

Con nuestras actuales herramientas penales en la mano, podríamos afirmar que algunas conductas de corrupción activa pueden encontrar cierto cauce a través del delito de apropiación indebida del art. 252 CP, y que otras

¹ Fabián Caparrós, E., *La corrupción internacional en el marco de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 18 y 19.

² En Europa el tema de la corrupción en el sector privado se trató en el marco de las medidas generales del 22 de diciembre de 1998. Unas medidas que debían tener efectos a partir de los dos años de su entrada en vigor contados desde el 31 de diciembre de 1998 en que se publicó en el boletín oficial de la UE. Esto es, a finales del año 2000 todos los Estados miembros debieron contemplar la incriminación del cohecho activo y pasivo en el ámbito privado, no obstante, éste no es el caso; tan sólo unos cuantos Estados han introducido este tipo penal en sus legislaciones. Vid., en HUBER, B., “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, en *Revista Penal*, n. 11, enero 2003, p. 49.

podrían reconducirse al delito de administración desleal del art. 295 CP. Con todo, y sin embargo, no se dispone de vías indirectas suficientes que permitan la sanción de todos los supuestos de corrupción posibles en este sector. Es más, aquéllas con las que sí contamos presentan problemas de base tan graves, que la perspectiva de su eficacia en la lucha contra esta nueva "versión" corruptora es ciertamente desalentadora.

II. CORRUPCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL (ART. 295 CP).

Como decíamos, entre las vías indirectas utilizadas para la sanción de algunas conductas "corruptas" desarrolladas en el sector privado, tenemos la de la administración desleal del art. 295 CP. Pero para que ello sea posible, se tienen que dar todos estos requisitos³: que se trate de una sociedad, que el administrador o los socios actúen con abuso de sus funciones, que disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad y que cause un perjuicio económicamente evaluable.

Esto es, la conducta típica consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad (lo que supone realizar actos de transmisión dominical o gravamen sobre los mismos, pero sin contraprestación real y adecuada para la sociedad y con beneficio para el autor o un tercero) o contraer obligaciones a su cargo (lo que significa asumir deudas o compromisos de pago sin un correspondiente incremento patrimonial), y todo ello a los fines de beneficiarse económicamente el autor del hecho o un tercero. En definitiva, la acción consiste en asumir riesgos intolerables, caracterizables como fraudulentos, que desembocan en un perjuicio patrimonial⁴ aprovechando la situación de ventaja que proporciona la condición de administrador o de socio de una compañía mercantil⁵.

Ahora la pregunta clave es: ¿en qué medida los delitos de administración desleal pueden contribuir a la función social de lucha contra la corrupción?⁶

Esta figura, como todos sabemos, tiene como cometido la protección del patrimonio y no la lucha contra la corrupción, lo que, de entrada, complica

³ Gómez Benítez, J.M., "Corrupción y delito de administración desleal", en *La Ley*, 2000, pp. 1283 y ss.

⁴ Ferré Olivé, J.C., "La administración social fraudulenta (art. 295 del CP)", en Galán Corona-García-Cruces González (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 129.

⁵ Mestre Delgado, E., en Lamarca Pérez, (Coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Colex, Madrid, 2001, p. 372.

⁶ Nieto Martín, A., "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", en *Revista Penal*, n. 10, julio 2002, p. 58. En idéntico sentido, Gómez Benítez, J.M., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 161 y ss.

sobremanera las cosas. Porque si se atiende en exclusiva a este bien jurídico – esto es, el patrimonio –, el pago de sobornos ciertamente puede constituir una disposición patrimonial que quede ampliamente compensada por los beneficios económicos que posteriormente se obtengan – por ejemplo con la captación de nuevos clientes –, por lo que faltaría el resultado típico recogido en el tipo como “un perjuicio económicamente evaluable a los socios o demás titulares de los bienes o valores administrados”⁷. O lo que es lo mismo, la exclusión del patrimonio social como objeto de tutela y la configuración del tipo como de resultado material han hecho que la aplicación de este delito sea excepcional y anecdótica⁸.

Es más, la reciente jurisprudencia del TS sobre el delito de apropiación indebida (art. 252) y sus relaciones con la administración desleal, convierten al art. 295 en un precepto poco menos que inútil, por lo que el precepto a aplicar en los casos de soborno sería el de apropiación indebida en su versión de administración desleal⁹. Y es que la exclusión del patrimonio social del ámbito de protección del delito de administración desleal, así como su configuración como un delito de resultado de lesión, parece abocar indefectiblemente a tal solución¹⁰.

III. CONCLUSIONES VALORATIVAS

Tras todo lo visto, no queda sino que mostrarse ciertamente pesimista respecto de las aportaciones a esperar del delito de administración desleal del art. 295 en la lucha contra la corrupción en el sector privado. Convendría, en consecuencia, que el legislador, en lugar de esperar a intervenciones indirectas de las figuras ya existentes, creara un delito específico de cohecho activo entre privados. O mejor, y para no dar lugar a confusiones terminológicas, *de administración desleal mediante pago de sobornos*. Pero, eso sí, sin olvidar que el bien jurídico aquí sería nuevamente el patrimonio, por lo que no cabría trasladar acriticamente la estructura de los delitos de corrupción de funcionarios públicos¹¹. Y es que, a diferencia del cohecho en el ámbito público, debe verificarse la lesión de un deber¹²: el de lealtad para con la administración del patrimonio societario.

Porque no debemos olvidar que no todo el mundo está de acuerdo con tales nuevas criminalizaciones, al estimar que tales actuaciones “privadas”

⁷ Nieto Martín, A., “La corrupción en el sector privado”, op. cit., p. 67.

⁸ Valle Muñiz, J.M., en Quintero Olivares (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1333.

⁹ Nieto Martín, A., “La corrupción en el sector privado”, op. cit., p. 67.

¹⁰ Valle Muñiz, J.M., *Comentarios al Nuevo Código penal*, op. cit., p. 1336.

¹¹ Nieto Martín, A., “La corrupción en el sector privado”, op. cit., pp. 68 y 69.

¹² Huber, B., “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, op. cit., p. 50.

deben reservarse a otras instancias jurídicas de control, y que de mantenerse en el Código penal debe ser por presentar una lesividad distinta y, en consecuencia, su inclusión se haría con una denominación diferente a la asignada a ciertos delitos contra la Administración Pública. Hacer lo contrario, y utilizar el mismo vocabulario crearía cierta confusión al definir fenómenos, en realidad, muy diversos entre sí¹³.

Esto es, de incluirse estas conductas, el Derecho penal debería reservarse para las más graves¹⁴, por lo que habría que exigir, al menos, un peligro concreto para el patrimonio de terceros (empresario, competidores, consumidores, etc.) derivado de la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato¹⁵. El resto de comportamientos deberían quedar en el ámbito civil o administrativo, en tanto no se demuestre su ineficacia desde el prisma preventivo, o por la escasa entidad de su respuesta a la vista de la menor gravedad de la agresión¹⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- De La Cuesta Arzamendi-Blanco Cordero, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español?", en Diez Ripollés-Romeo Casabona-Gracia Martín, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 257 y ss.
- Fabián Caparrós, E., *La corrupción internacional en el marco de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- Ferré Olivé, J.C., "La administración social fraudulenta (art. 295 del CP)", en Galán Corona-García-Cruces González (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid 1999.
- Gómez Benítez, J.M., "Corrupción y delito de administración desleal", en *La Ley*, 2000, pp. 1283 y ss.

¹³ Fabián Caparrós, E., *La corrupción internacional en el marco de la globalización*, op. cit., pp. 19 y 20.

¹⁴ Tal y como exige La Acción Común de la Unión Europea en su art. 4.2.

¹⁵ Arts. 2.2 y 3.2 de la Acción Común de la Unión Europea. Sin olvidar que también están aquellos autores que, como Ferré Olivé, consideran imposible admitir delitos de peligro contra el patrimonio, salvo que se trate de delitos pluriofensivos, en los que el peligro hacia un bien jurídico tan peculiar como es el patrimonio haya sido suficientemente refrendo con, al menos, la lesión efectiva de otro bien jurídico. Vid., en Ferré Olivé, J.C., "La administración social fraudulenta (art. 295 del CP)", op. cit., p. 131.

¹⁶ De La Cuesta Arzamendi-Blanco Cordero, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente del Derecho penal español?", en Diez Ripollés-Romeo Casabona-Gracia Martín, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 290.

- Gómez Benítez, J.M., *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid, 2001.
- Huber, B., "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", en *Revista Penal*, n. 11, enero 2003.
- Mestre Delgado, E., en Lamarca Pérez (Coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Colex, Madrid, 2001.
- Nieto Martín, A., "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", en *Revista Penal*, n. 10, julio 2002.
- Valle Muñiz, J.M., en Quintero Olivares (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

SUMMARY

In the Spanish penal code, the private perspective of corruption may only be sanctioned indirectly, through other crimes such as disloyal administration offence. However, this criminal offence is scarcely applied, as social property is not included in the protected good and it is regarded as a crime of result. Consequently, Spanish legislators should develop a specific offence for disloyal administration by bribery, regarding the transgression of the oath of loyalty in the administration of social property. Nevertheless, according to the inspiring principle of criminal law as a last-ditch strategy (*ultima ratio*), this offence should encompass only the most serious cases that is, those endangering other's property (entrepreneurs, competitors, consumers, etc.). The other cases should be addressed by civil and administrative law.

STRESZCZENIE

W hiszpańskim kodeksie karnym korupcja prywatna może być karana jedynie pośrednio, poprzez inne przestępstwa, takie jak przestępstwo niełojalnego zarządzania. Jednakże przepis dotyczący tego czynu stosowany jest bardzo rzadko, ponieważ tu własność publiczna nie stanowi przedmiotu ochrony oraz przestępstwo to ma charakter skutkowy. W konsekwencji hiszpański ustawodawca powinien wprowadzić szczególne przestępstwo niełojalnego zarządzania przez korupcję, odnoszące się do złamania przyrzeczenia lojalności w zarządzaniu własnością publiczną. Niemniej jednak, zgodnie z zasadą, że prawo karne stanowi *ultima ratio*, przestępstwo to powinno odnosić się tylko do najpoważniejszych czynów, czyli takich, które narażają na niebezpieczeństwo cudzą własność (przedsiębiorców, konkurentów, konsumentów itd.). Pozostałe przypadki powinny z kolei być regulowane przez prawo cywilne i administracyjne.