

- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, págs. 207-258, Santiago de Compostela, 2011.
- LACRUZ LÓPEZ, J.M., «Conceptos básicos del Derecho Penal» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas, la Parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.
- MAGRO SERVET, V., «El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal» en *Diario La Ley*, n.º 7492, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2010.
- MARTÍN LORENZO, M., «Delito de ciberacoso sexual», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto: reforma penal 2012*, Francis Lefebvre, Madrid.
- MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosh, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 18.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante» en *Diario La Ley, Especial Reforma del Código penal*, n.º 7534, 23 de diciembre de 2010, Madrid.
- «La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 1 (2009).
- *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (II): Abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y acoso sexual», en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Parte Especial*, 3.ª Edición Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia 2001.

- PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código penal español (artículo 183 bis)», en *Diario La Ley*, n.º 1915, Sección Doctrina, 4 de septiembre de 2012, Madrid 2012.
- RAMÓN RIBAS, E., «La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8 (julio de 2012).
- «El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado 2» en *Diario La Ley*, n.º 7746, Sección Doctrina, 29 de noviembre de 2011, Madrid, 2011.
- SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Acoso sexual cibernético a menores de trece años» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «Delitos contra la libertad sexual», en CÁNDIDO-CONDE PUMPIDO-FERREIRO, J., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Madrid, 1997.

¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España?

Propuestas de futuro (1)

DR. ÁLVARO MENDO ESTRELLA

Profesor de Derecho penal
Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad Católica de Ávila
Abogado

RESUMEN

En el presente trabajo, partiendo de un concepto más o menos aceptado de cártel, se analiza si los comportamientos normalmente considerados como tal pueden o no ser constitutivos de algún delito previsto en el Código penal vigente: así, del delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas, del delito de desabastecimiento de productos esenciales con el fin de alterar los precios, del delito de alteración personal de los precios o del delito de alteración operativa de los mismos. Igualmente, se establecen una serie de consideraciones acerca de la criminalización de los cárteles en el futuro y, en este sentido, se reflexiona sobre si es necesaria o no la persecución penal de los cárteles, si deben o no establecerse tipos penales específicos, al tiempo que se proponen directrices que, en cualquier caso, no debiera olvidar una futura regulación, etc.

Palabras claves: *Cártel, delito, código penal.*

ABSTRACT

For this study which has been based on a more or less accepted view of price fixing, we analyze whether the behaviors normally considered as such may or may not

(1) El presente artículo se encuentra enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción», englobado dentro de los Proyectos de Investigación Fundamental no orientada de la Dirección general de Investigación y Gestión del Plan Nacional de I+D+i.

constitute an offense under the present criminal code, for example: the offense of altering prices in competitions and public auctions, the crime of creating a deficiency of essential commodities in order to alter prices, the crime of personal or operational alteration of crime rates. They also establish a future progression of deliberations about the criminalization of companies that price fix. Along this same line we will have to examine whether it is necessary or not to prosecute companies that price fix, whether or not to establish specific criminal penalties as regulatory guidelines in the future are proposed. In any case, future regulation should not be over looked.

Keywords: *Cartel, crime, penal code.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Sobre la posibilidad de sancionar penalmente los cárteles en España actualmente. 2.a) Cuestiones preliminares. 2.b) Análisis de tipos penales actualmente vigentes: 2.b.1) De la alteración de precios en concursos y subastas públicas. 2.b.2) Detracción de materias primas o productos de primera necesidad. 2.b.3) De la alteración personal de los precios. 2.b.4) Alteración operativa de precios.–3. Opciones de futuro en la represión penal de los cárteles en España.–4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de las presentes páginas se centra en analizar la posibilidad de sancionar penalmente los cárteles en España, tanto en el presente como en el futuro, poniendo de manifiesto que las dificultades para consensuar un concepto de cártel y, sobre todo, la ausencia de literatura científica en relación al objeto de este trabajo así como de antecedentes jurisprudenciales al respecto en nuestro país, dificultan, pero a la vez justifican, una investigación con este objetivo.

Partiremos para ello, aún siendo conscientes de las dificultades y ambigüedad al respecto, de la identificación normativa de los comportamientos constitutivos de cárteles, con el fin de comprobar si tales comportamientos pueden subsumirse en algún tipo penal vigente. En este sentido, analizaremos los tipos que a priori pudieran ser aplicables, pues solo así podremos concluir fundadamente si el comportamiento constitutivo de cártel encaja o no en el correspondiente tipo penal.

Quede por sentado desde este momento que quedarán fuera del análisis todos aquellos comportamientos accesorios o instrumentales al fin del cártel que por sí solos no constituyen una práctica anticompetitiva y que, muy posiblemente, sí puedan constituir algún tipo delictivo (por ejemplo falsificaciones documentales, delitos societarios, relativos a secretos de empresa, corrupción entre particulares, etc.).

La segunda parte del trabajo, como ya se ha podido advertir, versará sobre la posibilidad de criminalización de los cárteles en el futuro, posicionándonos sobre la necesidad o no de su persecución penal y, en cualquier caso, sentando principios, instituciones y reglas de juego que no debiera olvidar una futura ordenación al respecto.

El trabajo se cerrará, como es de rigor, con una serie de conclusiones derivadas de la investigación que se lleva a cabo.

Pasemos, por tanto, a analizar si existe la posibilidad de sancionar penalmente los cárteles en España actualmente.

2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE SANCIONAR PENALMENTE LOS CÁRTELES EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD

2.a) Cuestiones preliminares

Como acabamos de advertir, antes de analizar qué tipos penales vigentes pueden ser aplicables a los comportamientos constitutivos de cárteles, debemos partir de la base de un concepto jurídico de cártel lo más consensuado posible para, de esta forma, poder acotar los comportamientos considerados normalmente como cárteles en aras de la taxatividad y seguridad jurídica que debe imperar, especialmente, en el orden jurídico penal.

Tarea ésta en absoluto nada fácil, pues resulta verdaderamente complejo «acotar el concepto en un texto legislativo» (2) como pone de manifiesto el hecho de que existan dificultades y contradicciones (3) en las propias resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia a la hora de calificar determinadas conductas como cárteles, dificultad que se incrementa ante la ausencia de decisiones jurisprudenciales al respecto.

Existen varias definiciones de cárteles tanto a nivel legal como institucional. En este sentido, la propia Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007 establece, en su disposición adicional 4.^a, que a efectos de lo dispuesto en la ley «se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de

(2) RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. «¿Qué es un cártel para la CNC?», p. 7, enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».

(3) RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. *Op. cit.*, pp. 19 y ss. al tratar en el epígrafe quinto «algunas contradicciones en la línea decisoria de la CNC».

mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o las restricción de las importaciones o las exportaciones».

Evidentemente esta definición puede servir de orientación como base para el objeto de este trabajo, pero no de forma única o excluyente, pues su infalibilidad es muy cuestionable desde el momento en que la Comisión Nacional de la Competencia se ha visto obligada a defender una interpretación más amplia de cártel, al calificar como tal supuestos no secretos o prácticas claramente anticompetitivas, no incluidas en la definición trascrita (4).

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define el *hard core cartel* como «... an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce».

De interés resultan igualmente las definiciones propuestas por la Comisión Europea en sus Comunicaciones sobre clemencia en los años 2002 y 2006. En la primera Comunicación se hacía referencia a «los acuerdos secretos entre dos o más competidores que tengan por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones» destacándose su plena identidad con la definición, ya vista, de la LDC de 3 de julio de 2007.

Más amplia es la definición de la Comunicación de 2006 al considerar los cárteles como «acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores.»

Pues bien, a la vista de las definiciones trascritas, podemos concluir que existe acuerdo en cuanto a la finalidad que puede perseguir el cártel pero no tanto en cuanto a la conducta que da origen al cártel. Así, no hay mayor problema en considerar que la finalidad perseguida

(4) Así parece desprenderse en la Resolución Bombas de Fluidos de 24 de junio de 2011 al considerar como cártel una conducta que bien podría calificarse como recomendación colectiva, dado el esencial papel jugado por la correspondiente asociación.

por lo que debemos entender por cártel es la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, las pujas fraudulentas y las restricciones de las importaciones o exportaciones, todo ello con una finalidad anticompetitiva.

Más controvertido resulta sin embargo, como se acaba de decir, cuál es la conducta causal de esa finalidad: ¿un acuerdo?, ¿una práctica concertada?, ¿ambas?, ¿el acuerdo debe ser secreto? Considero que, teniendo en cuenta que la propia Comisión Nacional de la Competencia ha calificado como cárteles acuerdos no secretos o no totalmente secretos, que la definición aportada por la Comunicación de clemencia de 2006 no ha sido cuestionada por el Tribunal de Justicia y que es conveniente que el concepto de cártel que se adopte en España debe estar en armonía con lo previsto en el marco de la Unión Europea (5), debemos considerar como conducta causal de un cártel los acuerdos no secretos y las prácticas concertadas.

En conclusión y en aras de la taxatividad y seguridad que debe imperar en cualquier análisis penal, consideraremos como cártel para verificar si la legislación penal española lo sanciona actualmente, todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores con la finalidad de fijar precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, asignar cuotas de producción o de venta, repartir mercados, pujar fraudulentamente o restringir las importaciones o exportaciones.

2.b) Análisis de tipos penales actualmente vigentes

Realizadas las consideraciones precedentes, dedicaremos las siguientes páginas a analizar aquellos tipos delictivos vigentes en nuestro Código penal que, a priori, pudieran ser aplicables a los comportamientos constitutivos de cárteles para, a posteriori y como consecuencia del análisis, concluir si esa aplicación o subsunción es posible.

2.b.1) DE LA ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS

En el Capítulo VIII del Título XIII del Libro II del Código penal y bajo la rúbrica «De la alteración de precios en concursos y subastas públicas» (6), el artículo 262 establece que:

(5) RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. *Op. cit.*, pp. 7 y 9.

(6) Los dos primeros comportamientos típicos de este artículo, junto con el comportamiento recogido en el actual 284 del Código penal, se recogían en el Código

«1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

El análisis de este precepto cuyo bien jurídico protegido es, desde una perspectiva supraindividual, la correcta formación de los precios en los concursos y subastas a los que alude y, desde una perspectiva individual, la libertad de los licitadores y los intereses patrimoniales de los titulares de los bienes subastados, debe realizarse al hilo de los cuatro comportamientos claramente diferenciados (tipicidad objetiva) que describe:

1.º Solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública.

La acción típica consiste, por tanto, en la mera solicitud de dádivas, entendidas como dinero o bien de contenido económico, o de promesas, entendidas como anuncio firme de la entrega de la futura dádiva (7).

Mencionar que, en cuanto al sujeto activo, pudiera pensarse en aquél que se considera con posibilidades de realizar la mejor puja en el proceso de adjudicación, pues si así no fuera no tendría sentido su solicitud (8).

penal anterior bajo la rúbrica «De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas» en los artículos 539 a 541.

(7) Así las define MESTRE DELGADO, E., «Los delitos de alteración de los precios en un sistema de economía de mercado», en LAMARCA PÉREZ, C (*et al.*) *Derecho penal, parte especial*, ed., Colex (Madrid, 2011), p. 355.

(8) *Ibíd.*

Resulta de interés precisar que la referencia a subasta debe entenderse hecha a las ventas públicas de bienes o productos y el concurso a aquellos procesos que tienen como fin la adjudicación de contratos y la gestión de servicios (9).

Por último, destacar que nos encontramos ante un delito de mera actividad por lo que el delito se consuma con la mera solicitud sin requerirse, en consecuencia, ningún resultado separable de la acción descrita. Cabe, no obstante, la tentativa inacabada (p. ej.: interceptación de la solicitud de dádivas o promesas).

2.º Intento de alejar a los postores mediante amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.

Por lo que respecta a este segundo comportamiento típico previsto en el artículo 262 del Código penal debemos destacar, al igual que en el comportamiento anterior, como el legislador adelanta la intervención punitiva, equiparando un mero intento con la consumación delictiva. En coherencia con ello, no es necesario para entender cometido el delito que quienes han recibido amenazas, dádivas, promesas, etc., no hayan tomado parte en la puja, bastando por tanto con el intento de alejarlos de la misma.

A diferencia del comportamiento anterior, el apartamiento de la puja no es buscado por el postor en cuestión sino por terceros que pueden ser otros postores o el promotor de la subasta.

De interés resulta destacar, por último, que la literalidad del precepto al referirse a «los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de...» autoriza a pensar que este comportamiento se refiere, únicamente, a las subastas y no a los concursos.

3.º Concertación para alterar el precio del remate.

El comportamiento típico que ahora comentamos se introduce por primera vez en nuestro texto punitivo con el vigente Código penal de 1995, añadiéndose por tanto a los dos comportamientos previamente señalados.

Al igual que los anteriores, el delito se consuma con la mera concertación para alterar el precio del remate sin necesidad de que, efectivamente, se altere y se consiga la adjudicación. No obstante, considero que al menos debe exigirse la presencia de alguno o algunos de los concertantes en el proceso de adjudicación y su intento de alterar el precio pues, de lo contrario, y con quiebra evidente del principio

(9) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (X): Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Alteración de precios en concursos y subastas públicas» [en CD] en VIVES ANTÓN, T (*et al.*), *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición (Valencia, 2010).

de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos, se estaría elevando a la categoría de delito un acto preparatorio conspirador, normalmente impune.

Debemos poner de relieve, cómo la mejor doctrina (10) ha considerado que este comportamiento típico está reservado, únicamente, a las subastas y no a los concursos, pues la referencia al precio del remate así lo sugiere.

4.º Quiebra o abandono fraudulento de la subasta habiendo obtenido la adjudicación.

Por lo que respecta al presente comportamiento resulta evidente que solo es aplicable, al igual que los dos anteriores, a la subasta, lo que resulta evidente en este caso al referirse de forma expresa únicamente a esta.

En este caso, el sujeto activo es el postor que ha obtenido la adjudicación y que, sin embargo, no formaliza los actos necesarios para la obtención efectiva del bien subastado, todo ello con carácter fraudulento entendiéndose por tal «la finalidad de provocar una nueva convocatoria de la subasta y obtener así el bien a un precio más bajo» (11).

Analizado el tipo objetivo del artículo 262 corresponde ahora, en sede de tipicidad subjetiva, destacar que este delito sólo puede ser cometido dolosamente lo cual resulta evidente pues no se recoge expresamente, como ordena el artículo 12 del Código penal, la punición imprudente. Pero es que además, la existencia de determinados fines o, dicho de otra manera, de otros elementos subjetivos del injusto expresamente previstos en el tipo (p. ej.: «... para no tomar parte en un concurso o subasta pública», «alejar a postores», «... con el fin de alterar el precio del remate», «... fraudulentamente») descartan igualmente cualquier clase de dolo que no sea el dolo directo de primer grado por lo que, en consecuencia, no cabe tampoco el dolo eventual.

En sede de antijuridicidad es prácticamente inimaginable la aplicación de alguna causa de justificación y en sede de imputabilidad, al menos teóricamente pero poco factibles, la minoría de edad, alteraciones psíquicas, estados de intoxicación o el error de prohibición.

Como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son aplicables las atenuantes de confesión y de reparación del daño y las agravantes de precio, recompensa o promesa, reincidencia y prevalimiento de carácter público.

(10) Claramente, en el sentido indicado en el texto, MESTRE DELGADO, E., *op. cit.* p. 355 y SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, parte especial*, ed. Dykinson (Madrid, 2011), p. 467.

(11) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *op. cit.*

Por lo que respecta a la autoría y participación son aplicables, sin más, las reglas generales, por lo que son posibles todos los títulos de imputación de autoría y participación.

En cuanto a la penalidad o, en general, consecuencias jurídicas del delito que comentamos, este se castiga con «pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años».

Además, como establece el apartado segundo, «El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

Si bien la penalidad suele ser, en casi todos los delitos, un elemento meramente descriptivo que no ofrece posibilidades de interpretación, los párrafos transcritos del artículo que comentamos sí merecen, sin embargo, algunas apreciaciones y comentarios de interés:

a) Se hace referencia a la inhabilitación para licitar en subastas judiciales, no entendiéndose bien por qué no se amplía dicha inhabilitación a otro tipo de subastas y a los concursos.

b) La mención expresa a Administraciones o entes públicos del segundo inciso del primer párrafo autoriza a pensar que el primer inciso también incluye las subastas privadas a pesar de su mención a concursos o subastas públicas (12).

c) La perfección técnica del párrafo referido al concurso o subasta convocados por Administraciones o entes públicos es dudosa (13), pues para imponer la pena de inhabilitación a «la empresa por él representada» será necesario, si dicha empresa ostenta personalidad jurídica propia, que el legislador haga referencia expresa al ar-

(12) Así lo considera la doctrina mayoritaria destacando, por todos, a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *op. cit.*, quien, con buen criterio, señala que el término «pública» al que se refiere el primer inciso del 262.1 no es un elemento normativo del tipo sino un elemento descriptivo «que incluye no sólo los concursos y las subastas que posean carácter oficial (celebrados con arreglo a una norma determinada), sino también los privados, abiertos a la participación de cualquier persona».

(13) En este sentido MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 361.

título 31 bis), regulador de la responsabilidad penal de personas jurídicas.

d) La mención expresa, en el apartado segundo, al artículo 129 del Código penal (referido únicamente a entidades sin personalidad jurídica), supone, incomprensiblemente, la responsabilidad de estas entidades sin personalidad frente a la exención de entidades con personalidad jurídica.

Pues bien, llegados a este punto corresponde entonces, tal y como nos comprometimos al inicio de este trabajo, determinar a la luz del análisis realizado si alguno de los comportamientos (14) que habitualmente son considerados como cárteles pueden subsumirse en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas.

Pues bien, a priori, parece que no hay especiales inconvenientes en afirmar la identidad de comportamientos entre el acuerdo o práctica concertada para pujar fraudulentamente y el comportamiento típico consistente en concertarse entre sí con el fin de alterar el precio del remate.

En este sentido, algunos casos investigados por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, podrían ser constitutivos del delito analizado en la modalidad mencionada. Así, en el caso Gestión de Residuos Sanitarios (15) donde algunas de las empresas que conformaban el cártel se presentaban de forma selectiva a las licitaciones públicas; o el de Licitaciones de Carreteras (16) en el que se celebraban reuniones y se tomaban acuerdos de modificación de ofertas para la licitación convocada por Provinsa o, por último, en el asunto de Envases Hortofrutícolas (17) donde se concertaron las ofertas en procedimientos de licitación convocados por grandes clientes.

Decíamos anteriormente que, a priori, no había especiales inconvenientes en afirmar la identidad entre los acuerdos o prácticas concertadas para pujar fraudulentamente y el comportamiento típico de

(14) No nos referiremos aquí, por exceder el ámbito de este trabajo, a aquellos comportamientos accesorios o instrumentales al fin del cártel que por sí solos no son tal y que, muy posiblemente, sí puedan constituir algún tipo delictivo: por ejemplo, la entrega de dádiva a la autoridad o funcionario público convocante del concurso constituiría un delito de cohecho del artículo 424 del Código penal, por no hablar de posibles falsificaciones documentales o delitos societarios. Igualmente, es imaginable la eventual entrega a un postor de dádiva, promesa, etc., para alejarlo de la puja, constitutivo del segundo comportamiento del artículo 262 analizado.

(15) Resolución de 18 de enero de 2010 (Expte. S/0014/07).

(16) Resolución de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10).

(17) Resolución de 2 de diciembre de 2011 (Expte. S/0251/10).

concertarse para alterar el precio del remate. Pero solo a priori pues, como hemos puesto de manifiesto en el análisis del precepto, la mención expresa en el tipo penal al «precio del remate» debe relacionarse, según la doctrina mayoritaria, con las subastas y no con los concursos que, como también se ha señalado, se refieren a la adjudicación de contratos y gestión de servicios que es donde, en su caso, actúan principalmente los cárteles.

A modo de conclusión podemos decir que no es posible subsumir el acuerdo o práctica concertada para pujar fraudulentamente en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (18) para lo que, como propuesta de lege ferenda, quizás debiera añadirse la expresión «precio de adjudicación» u «oferta» a la de precio del remate.

2.b.2) DETRACCIÓN DE MATERIAS PRIMAS O PRODUCTOS DE PRIMERA NECESIDAD

Bajo la rúbrica «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores» se enmarca el artículo 281 a cuyo tenor «1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas».

Por lo que respecta a la tipicidad objetiva, el comportamiento típico consiste en detraer del mercado materias primas o productos de primera necesidad con una finalidad expresa cual es desabastecer un sector del mismo, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores. Como podemos comprobar el tipo se encuentra cargado de elementos descriptivos tales como detraer, materias primas o productos de primera necesidad. Por detraer debemos

(18) No obstante, si concurre entre los partícipes en el acuerdo o práctica concertada ánimo de lucro (lo que no es difícil de imaginar), apariencia de veracidad asumida por el convocante de la licitación o demás postores y adjudicación a los defraudadores del contrato o servicio en cuestión con el consecuente perjuicio para terceros, no es descabellado pensar en la existencia de una estafa del artículo 248 del Código penal, que podría entrar en concurso con el tercer comportamiento del 262 si éste se extendiera a los concursos y no solo a subastas.

entender retirar (19) o apartar (20), por materias primas «los productos base del sistema industrial» (21) y por productos de primera necesidad «los destinados a cubrir las necesidades personales básicas en materia de alimentación, vestido, educación y sanidad» (22).

Nos encontramos ante un delito de mera actividad pues no se exige un resultado separado de la acción, bastando pues para la consumación del mismo con la detracción del mercado de los productos mencionados eso sí, acreditando que se realiza con alguna de las finalidades descritas en el tipo pero sin que sea necesario, como decimos, que éstas lleguen a producirse. En consecuencia y dado el carácter de delito de simple actividad, solo será posible la tentativa inacabada y la consumación.

En cuanto a la tipicidad subjetiva es este un delito eminentemente doloso pues no existe la cláusula expresa de imputación imprudente y la existencia expresa de tendencias subjetivas (intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores) permite descartar incluso la posibilidad del dolo eventual.

En sede de antijuridicidad es inimaginable la aplicación de alguna causa de justificación y en sede de imputabilidad, al menos teóricamente aunque poco factibles, la minoría de edad, alteraciones psíquicas, estados de intoxicación o el error de prohibición.

Como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son factibles las atenuantes de confesión y de reparación del daño y las agravantes de precio, recompensa o promesa y la reincidencia.

Por lo que respecta a la autoría y participación son aplicables, sin más, las reglas generales, por lo que son posibles todos los títulos de imputación de autoría y participación. Debemos destacar sin embargo en este apartado la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica a tenor de lo dispuesto en el artículo 288 del Código penal.

Por lo que respecta a la penalidad el precepto comentado establece la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses fijándose la superior en grado, por razones evidentes,

(19) MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», en LAMARCA PÉREZ, C. (et al.) *Derecho penal, parte especial*, ed. Colex (Madrid, 2011), p. 387.

(20) Diccionario de la lengua española, ed. Espasa, 22.^a edición, Vol. I, 2001. Voz *detraer*, 1.^a acepción.

(21) MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos...», *op. cit.*, p. 387.

(22) *Ibídem.* En la misma línea MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), p. 509, al referirse a alimentos y medicamentos.

si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas; la agravación supondría una pena de prisión de 5 años y un día a 7 años y seis meses y una pena de multa de 24 a 36 meses. Por lo que respecta a la persona jurídica, y en coherencia con lo establecido en el artículo 288.1.II, puede establecerse una pena de multa de uno a tres años.

Por último, resaltar que para poder proceder por este delito es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales configurándose como un delito semipúblico si bien, y esto será lo más habitual, no será precisa la denuncia referida cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 287.2 del Código penal.

De nuevo y tras el análisis del precepto que comentamos corresponde entonces, tal y como nos comprometimos al inicio de este trabajo, determinar si alguno de los comportamientos que habitualmente son considerados como cárteles puede subsumirse en el delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad.

En este sentido creo que, a modo de conclusión, no hay especiales problemas en considerar posible esa subsunción si el acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra y de venta estriba precisamente en retirar determinados productos del mercado (materias primas o productos de primera necesidad) para lograr la consecuente y normal subida de precios al reducirse la oferta (23). No obstante nos encontramos ante una conducta muy específica que, por ello, muy poco va a contribuir en la prevención de los cárteles.

2.b.3) DE LA ALTERACIÓN PERSONAL DE LOS PRECIOS (art. 284.1.º)

Establece el artículo 284.1.º, también bajo la rúbrica de los delitos relativos al mercado y a los consumidores que «se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que: 1.º Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles

(23) Este acuerdo será factible y posible siempre que, evidentemente, sea rentable y en este sentido no genere el riesgo de entrada de nuevos competidores en el mercado que aprovechen el desabastecimiento o que el beneficio por la subida de precios no supere el perjuicio por dejar de ofrecer temporal y espacialmente esos productos.

que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos».

Por lo que respecta a la tipicidad objetiva del delito que nos ocupa, y cuyo bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento del sistema de formación de los precios de los bienes objeto de contratación (24), debe resaltarse que la acción típica consiste en intentar alterar los precios pero no de cualquier forma, sino a través de los medios comisivos de la violencia, amenaza o engaño. Nos encontramos por tanto ante un delito de mera actividad donde no se exige un resultado específico separado de la acción, por lo que solo son posibles la consumación y la tentativa inacabada. Dos son, pues, los extremos que merecen comentario en relación al comportamiento típico: los precios y los medios comisivos.

En cuanto a los primeros vaya por delante que, al no distinguirse específicamente en el Código penal, la alteración puede consistir tanto en una alteración al alza como a la baja. Con el fin de perfilar adecuadamente el tipo de precios al que se refiere el precepto cabe destacar, siguiendo a GARCÍA PABLOS (25), que los precios «pueden ir referidos tanto al momento de la producción como al de la comercialización o distribución del bien o servicio. Y puede consistir lo mismo en una fijación directa que indirecta de los precios: afectando al precio mismo de la cosa o incidiendo en sus componentes o en el de las materias primas; en sus sustitutivos o accesorios...».

Igualmente, en cuanto a los precios, debe resaltarse que el precepto se refiere a precios libres es decir, que no será aplicable el delito que nos ocupa cuando los precios, de alguna manera, están sometidos a control o a autorización administrativa (26). El Código penal anterior, en el artículo 541.1.º, sí incluía esta clase de precios, siendo desde mi punto de vista poco adecuada la exclusión que realiza actualmente el precepto que comentamos.

En cuanto a los medios comisivos resaltar que la violencia y las amenazas debemos equipararlas a la vis física y psíquica, respectivamente, y el engaño al propio del delito de estafa (27) es decir, cualquier maquinación o artimaña susceptible de producir error en otro. Además,

(24) MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 356.

(25) Cit. por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Económico y de la empresa. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch, (Valencia, 2005), p. 288.

(26) *Ibíd.*, p. 282, refiriéndose a precios autorizados, comunicados o de vigilancia especial.

(27) En este sentido SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La manipulación de los precios del mercado» en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir), *Derecho penal español, parte especial (II)*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia 2011), p. 635.

en base al principio de intervención mínima, creo que deben tener la entidad suficiente para conseguir una alteración en los precios.

Continuando en sede de tipicidad objetiva, referir simplemente que nos encontramos ante un delito común que, por tanto, puede ser cometido por cualquiera, donde el sujeto de la acción, que no el sujeto pasivo, puede ser «cualquiera que intervenga en el proceso de formación de los precios (productores, fabricantes, intermediarios, consumidores...)» (28) y que el objeto de la acción son los precios libres, en el sentido antes indicado, de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles, que sean objeto de contratación, listado que debemos entender como meramente ejemplificativo pero, eso sí, excluyendo todo aquello que se encuentre fuera del comercio legal de los hombres.

Por lo que respecta a la tipicidad subjetiva nos encontramos, de nuevo y sin duda alguna, ante un delito exclusivamente doloso dados los medios comisivos ya citados, la intención expresa requerida por el tipo y, desde luego, la inexistencia de cláusula específica de punición imprudente.

En sede de antijuridicidad es inimaginable la aplicación de alguna causa de justificación y en sede de imputabilidad, al menos teóricamente aunque muy poco factibles, la minoría de edad, alteraciones psíquicas, estados de intoxicación o el error de prohibición.

Por lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son factibles las atenuantes de confesión y de reparación y las agravantes de precio, recompensa o promesa y la reincidencia.

En cuanto a la autoría y participación son aplicables las reglas generales y no existe ningún inconveniente especial en admitir todas y cada una de las formas de participación teniendo en cuenta la expresa referencia a los medios comisivos de violencia, amenaza y engaño, estando prevista, igualmente, la responsabilidad penal de personas jurídicas según lo dispuesto en el artículo 288.

La penalidad establecida para el delito de alteración personal de los precios es de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Por lo que respecta a la persona jurídica, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 288.1.II, puede establecerse una pena de multa de seis meses a dos años.

(28) ESTEBAN MESTRE, E., *op. cit.*, p. 357.

Especial mención merece en este artículo la cuestión referente a los concursos, dada la referencia expresa que el precepto hace a la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

En efecto, entiendo que los delitos que pudieran derivarse de la violencia, amenaza o engaño (así, por ejemplo, lesiones, coacciones, amenazas o estafa), teniendo en cuenta que afectan a un bien jurídico muy diferente al tutelado en el artículo 284 que comentamos y donde el sujeto pasivo es bien diferente, deben entrar en concurso medial con el delito de alteración personal de los precios.

Analizado el precepto que comentamos, es momento de determinar si alguno de los comportamientos que habitualmente son considerados como cárteles puede subsumirse en el delito de alteración personal de los precios previsto en el artículo 284.1.º del Código penal.

Pues bien, concluyendo, no hay especiales problemas en considerar posible esa subsunción si el acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra y de venta se lleva a la práctica utilizando alguno de los medios comisivos expresamente previstos es decir, mediante violencia, amenaza o engaño (29). No obstante lo que deba entenderse, a título de ejemplo, por engaño (30), puede impedir la subsunción en este precepto de numerosos supuestos de cárteles y, en consecuencia, dejar fuera de su ámbito de aplicación supuestos verdaderamente graves.

2.b.4) ALTERACIÓN OPERATIVA DE PRECIOS (art. 284.3.º)

A tenor de lo dispuesto en el artículo 284.3.º del Código penal, «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que: Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

(29) Pudiera servir de ejemplo el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979, en el que un colectivo de panaderos trató de forzar una alteración de precios mediante la práctica concertada de disminuir su peso en un 30 %.

(30) Si, como entiende la mejor Doctrina, debe reconducirse al entendimiento que del mismo se hace en la estafa, no será fácil argumentar un error en, por ejemplo, el consumidor u otro competidor derivado directamente de una maquinación por parte del cartelista/s.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador».

El artículo acabado de reseñar no es, ni más ni menos, que la incorporación al Derecho interno de lo dispuesto en la Directiva 2003/06/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado. En efecto, el artículo 1.2 de dicha Directiva establece que «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por manipulación de mercado las transacciones u órdenes para realizar operaciones [...] que aseguren, por medio de una persona o de varias personas que actúen de manera concertada, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, a menos que la persona que hubiese efectuado las transacciones o emitido las órdenes para realizar operaciones demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se ajustan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate».

Por lo que respecta a la tipicidad objetiva y en relación con el objeto del presente trabajo, debemos destacar como comportamiento típico el consistente en, utilizando información privilegiada y con el fin de fijar los precios de valores o instrumentos financieros en niveles anormales o artificiales, asegurarse una posición dominante en el mercado de dichos objetos financieros, todo ello por sí solo o en concierto con otros.

Según un importante sector doctrinal (31) nos encontramos también en este caso ante un delito de mera actividad en cuanto no se exige un resultado separado de la acción si bien no resulta tan claro como en los comportamientos analizados más arriba, pues considero que el precepto que ahora comentamos exige, al menos, el aseguramiento de una posición dominante en el mercado que bien podía no tenerse antes.

Nos encontramos de nuevo, técnicamente, ante un delito común, si bien el propio significado de alguno de los elementos del tipo restringe, de hecho, el círculo de potenciales autores.

En este sentido y continuando en sede de tipicidad objetiva, con el fin de aclarar algunos elementos del tipo, debemos entender por información privilegiada aquella «información de carácter concreto, no publicada, que es conocida por un círculo reducido de personas, que

(31) En este sentido MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 360, y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *op. cit.*, p. 641.

tiene capacidad para influir en los precios de cualquier bien o servicio, y que el autor conoce por cualquier medio» (32).

Igualmente, la exigencia típica de asegurarse una posición dominante en el mercado queda colmada bien porque se mantiene la que ya se tiene o bien porque, como consecuencia del uso de esa información privilegiada, se accede a una posición de tal carácter.

Por último, en cuanto a los precios en niveles anormales o artificiales, cabe preguntarse si la finalidad que exige el tipo debe estar encaminada a mantener dichos niveles en el tiempo o basta, simplemente, con que en algún momento hayan alcanzado dichos niveles. Pues bien, para contestar a esa pregunta, nada mejor que acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que en sentencia de 7 de julio de 2011 (33) declaró expresamente que, «para que pueda considerarse que el precio de uno o de varios instrumentos financieros se ha fijado a un nivel anormal o artificial, no se exige que ese precio se mantenga en un nivel anormal o artificial más allá de un cierto tiempo» es decir, basta con que en algún momento se haya alcanzado ese nivel.

Por lo que respecta al tipo subjetivo una vez más nos encontramos ante una conducta dolosa en la que, además del dolo genérico, se exige una finalidad concreta cual es fijar los precios de los instrumentos financieros que cita en niveles anormales o artificiales.

En sede de antijuridicidad y al contrario de lo que ocurre con el resto de delitos que hemos comentado, puede ser imaginable la del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo toda vez que la propia Directiva 2003/06/CE ya mencionada, recoge expresamente en su artículo 1.2 que no se considerará una manipulación del mercado siempre que el autor «demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se ajustan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate».

Por lo que respecta a la imputabilidad, no son imaginables ninguna de las causas de inimputabilidad previstas en el Código penal salvo, al menos teóricamente, el error de prohibición en su modalidad vencible.

Por lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son factibles las atenuantes de confesión y de reparación y las agravantes de precio, recompensa o promesa y la reincidencia.

(32) BRAGE CENDÁN, S. *Los delitos de alteración de precios. Especial atención a los artículos 262, 281 y 284 del Código penal*. Ed. Comares (Granada, 2001), p. 232.

(33) Sentencia derivada de la petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beropep voor het Bedrijfsleven (Países Bajos).

En cuanto a la autoría y participación son aplicables las reglas generales destacando en este caso expresamente la posibilidad de la coautoría dado que el propio tipo penal se refiere expresamente a la realización «por sí o en concierto con otros», fórmula quizás superflua precisamente por la posibilidad de aplicación, sin más, de la cláusula general de la coautoría del artículo 28 del Código penal. Destacar igualmente, una vez más, la responsabilidad penal de personas jurídicas según lo dispuesto en el artículo 288.

La penalidad establecida para el delito de alteración personal de los precios es de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, previéndose expresamente para este delito la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente, mediador o informador. Por lo que respecta a la persona jurídica, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 288.1.II, puede establecerse una pena de multa de seis meses a dos años.

En cuanto a las relaciones concursales, merece destacarse la posibilidad de concurso con el delito previsto en el artículo 285 del Código penal según el cual «Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años».

Pues bien, el problema concursal podrá plantearse cuando el autor del delito previsto y penado en el artículo 285 pretenda con su actuación, además, fijar los precios en niveles anormales o artificiales. En mi opinión, el concurso planteado debe resolverse como un concurso, seguramente ideal, de delitos y no como un concurso aparente de normas o concurso de leyes (34) pues, a pesar de la identidad de bienes jurídicos protegidos, el ámbito de afectación es diferente, ya que en el 285 puede causarse un perjuicio a determinado número de personas mientras que en el 284.3 no se trata de personas determinadas sino del propio mercado y de asegurarse una posición dominante en el mismo.

(34) Aprecia concurso de normas o leyes, a favor del 285, SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *op. cit.*, p. 641.

Siguiendo el esquema utilizado en los delitos analizados con anterioridad es momento ya, tras el estudio realizado del precepto que nos ocupa, de determinar si alguna conducta de las tenidas normalmente como cártel puede o no subsumirse en el delito tipificado en el apartado 3.º del artículo 284 del Código penal.

En este sentido creo que nada impide esa subsunción, pues el acuerdo o práctica concertada propia de un cártel tiene su reflejo en la expresión típica «concierto con otros», la finalidad habitual del acuerdo colusorio de fijar precios tiene su paralelo en el elemento subjetivo típico de «fijar sus precios en niveles anormales o artificiales» y, es más, la finalidad de repartir mercados, que también está presente en varios acuerdos considerados como cárteles, no plantea problema de ningún tipo para identificarse con la «posición dominante en el mercado» a la que alude el precepto penal. Todo ello sin olvidar, por supuesto, que en el contexto y en la ejecución del acuerdo o práctica concertada se esté utilizando información considerada como privilegiada (35).

3. OPCIONES DE FUTURO EN LA REPRESIÓN PENAL DE LOS CÁRTELES EN ESPAÑA

Como ya se adelantó en la introducción de este trabajo y tras analizar en qué tipos delictivos vigentes pueden subsumirse las conductas que habitualmente son consideradas constitutivas de cárteles, corresponde ahora reflexionar sobre la necesidad o no de su persecución penal y, en su caso, sentar los principios, instituciones y reglas de juego que no debiera olvidar una futura ordenación al respecto.

En este sentido y para responder a la cuestión de si es necesaria o no la criminalización de los cárteles, hemos de partir del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos que le está encomendado al Derecho penal. Así, el Derecho punitivo debe responder exclusiva-

(35) Si bien el sector no es el previsto en el artículo 284 (valores o instrumentos financieros) no son pocos los casos de cárteles en los que se ha tratado con información sensible, por lo que en algún momento podría darse también en el sector financiero. Como nos muestra CORTI VARELA, J., «Tipología de cárteles: un estudio de los 20 casos resueltos por la CNC» pp. 21 y ss, en *Peluquería profesional* (Resolución de 2 de marzo de 2011), las empresas implicadas se intercambiaron datos comerciales de carácter sensible que les permitió conocer la política de precios de la competencia, coordinarse y mantener, precisamente, la posición de dominio en el mercado. O en *Asfaltos* (Resolución de 26 de octubre de 2011) donde hubo intercambio de información sensible sobre obras y clientes. El trabajo citado se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».

mente ante los ataques a los bienes jurídicos más importantes y de mayor trascendencia social, ya sean estos individuales o colectivos. La pregunta inmediata es obligada ¿qué se trata de proteger con la criminalización de los cárteles?

Al respecto podemos acudir a dos definiciones de cárteles que nos arrojarán algo de luz en este sentido. Así, el Consejo, en la resolución (36) sobre Peluquería Profesional consideró que «Es un acuerdo entre competidores, que por la propia lógica de su carácter fraudulento para otros competidores, los consumidores y para el interés general, se hace con ocultación y que tiene por finalidad afectar al mercado de cualquiera de las formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general» (F.D. 7.º).

Por su parte, la Dirección General de la Competencia (DGCMP), se refirió a los cárteles como «Acuerdo entre empresas competidoras destinado a limitar o eliminar la competencia entre ellas, con objeto de aumentar los precios y los beneficios de las empresas participantes, sin producir ninguna ventaja compensatoria objetiva. En la práctica, esto suele hacerse fijando los precios, limitando la producción, repartiendo los mercados, asignando clientes o territorios, coludiendo en los procedimientos de licitación o combinando varias de estas restricciones específicas. Los cárteles son perjudiciales para los consumidores y la sociedad en su conjunto debido a que las empresas participantes aplican precios más altos (y obtienen mayores beneficios) que en un mercado competitivo».

Pues bien, baste con atenerse a estas definiciones emanadas de importantes organismos en materia de competencia y, especialmente a lo destacado en letra cursiva, para darse cuenta que el objeto de protección de cualquier legislación que pretenda proscribir los cárteles es esencial, fundamental y de gran importancia e interés en cualquier sociedad que se precie: los consumidores, otros competidores, la sociedad o el interés general, materializado en el buen funcionamiento del mercado, son elementos que por sí solos justifican sobradamente la necesidad y conveniencia de una protección penal frente a prácticas colusorias como los cárteles que tiene como consecuencia el ataque a los elementos relacionados. Por tanto podemos concluir que, en coherencia con el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, la criminalización de los cárteles es necesaria (37) y está plenamente justificada.

(36) Resolución de 2 de marzo de 2011.

(37) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal» en SERRANO-PIEDRACAS FERNÁNDEZ, J.R. (Coord), *Cuestiones actuales de Derecho penal*

Dicho lo anterior, no obstante, hay que prestar atención a dos realidades: así, debemos tener en cuenta que «la política de represión especializada contra los cárteles, singularizada respecto de la realizada contra las demás prácticas antitrust, es relativamente reciente y se halla especialmente vinculada al desarrollo de una política de clemencia que se ha configurado como un instrumento de especial utilidad» (38). En el mismo sentido, «el desarrollo de la política de clemencia ha impulsado no solo la creación de unidades especializadas en la lucha contra los cárteles, sino que se haya incrementado notablemente el éxito en su detección y sanción» (39).

Estas dos afirmaciones, que nos ponen de manifiesto la existencia de una maquinaria administrativa incipiente a la vez que efectiva, entronca directamente con otro de los principios básicos y fundamentales que deben orientar toda política criminal y que es el principio de intervención mínima. Según este principio, el Derecho penal solo debe actuar en aquellos casos en los que han resultado o resultan insuficientes otras ramas del ordenamiento jurídico (normalmente el Derecho administrativo sancionador o el civil). Pues bien, si los mecanismos administrativos funcionan y están dando sus frutos ello debe ser considerado para modular el alcance de esa intervención penal que, ya hemos dicho, es no obstante necesaria y conveniente.

Y en este contexto, en coherencia con lo acabado de expresar, la criminalización de los cárteles en el futuro no debe dejar de lado ni olvidar algunas directrices esenciales (40). Así, en primer lugar, y tras el análisis realizado de cada uno de los tipos delictivos estudiados, considero que sería necesario incluir en el Código penal una sección, capítulo o tipos específicos dedicados a los cárteles. Y ello es así porque los delitos a los que nos hemos venido refiriendo en este trabajo, o bien no permiten o dificultan subsumir comportamientos constitutivos de cárteles (artículo 262 y 284.1.º) o se refieren a conductas muy

económico, ed. Colex (Madrid, 2008), pp. 308 y ss., destaca el efecto disuasorio de la conminación penal, el reproche que implica y la mayor eficacia de la misma al favorecer delaciones y enriquecer los medios de prueba como razones para criminalizar este tipo de conductas.

(38) RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J.A., «Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España (división de poderes y funciones con la U.E, reparto interno de las CC.AA., aplicación administrativa-judicial, dotación de recursos humanos y materiales)» p.3, enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».

(39) *Ibídem*, p. 13.

(40) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 319 ss., ofrece unas pautas para la configuración típica del hecho constitutivo de delito contra la competencia.

concretas y muy poco probables en la práctica (281 y 284.3.º), por lo que suponen una débil e ineficaz respuesta a unos comportamientos (los cárteles) para los que, desde luego, no fueron creados cuando se redactaron.

En segundo lugar considero que una nueva regulación debería dejar suficientemente claras las fronteras entre el Derecho de la competencia o el Derecho administrativo y el Derecho penal. En este sentido, por ejemplo, deberían considerarse las formas o medios de comisión, la penalización de aquellos acuerdos que tuvieran un carácter más o menos secreto pues, por su carácter oculto, justificarían un mayor reproche de culpabilidad, las dimensiones (geográficas, económicas, estructurales..), etc.

En tercer lugar y también como propuesta de futuro, estimo que una potencial y futura regulación debería integrar tipos que adoptaran la configuración de delitos de resultado de lesión y no elevar a la categoría de delito consumado lo que, realmente, es más próximo a una forma imperfecta de ejecución (tentativa acabada o inacabada). Así, se justificaría un aumento de la pena de prisión mínima superior a dos años, por lo que el carácter disuasorio de la pena aumentaría, máxime en este tipo de delitos que puede encuadrarse dentro de los delitos económicos.

Por último y en cuarto lugar, no podemos cerrar el presente trabajo sin referirnos al tratamiento y a las conexiones que la incipiente y valiosa política de clemencia debe tener en el ordenamiento jurídico penal. En este sentido cabe preguntarse si la solicitud de clemencia debiera tener alguna consecuencia en la responsabilidad penal del infractor.

Pues bien, a priori, son varias las opciones que se plantean acerca del tratamiento penal de la solicitud de clemencia: así, podría considerarse la atenuación de responsabilidad por la vía del artículo 21.5 estimando que tal actitud podría equipararse, en los términos del precepto acabado de citar, con disminuir los efectos del delito.

Otra opción podría ser plantearlo como una excusa absolutoria, al estilo de la regularización prevista para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (artículos 305.4 y siguientes del Código penal), que exime de responsabilidad penal al que regulariza sus deudas antes de iniciarse frente al defraudador actuaciones administrativas de comprobación o, en su defecto, antes de que se dirija contra él querrela o denuncia.

Por último, podría ser aplicable a la actuación que venimos comentando la atenuante del artículo 21.4 del Código penal consistente en «haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento

judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades» bien como tal o bien como atenuante analógica del artículo 21.7.

En mi opinión, quizás la excusa absolutoria sea la más adecuada pues, de lo contrario, probablemente los efectos sobre la política de clemencia serían muy perjudiciales ya que serían reducidas las solicitudes de clemencia por el miedo a las consecuencias penales (incluidas inhabilitaciones).

4. CONCLUSIONES

Dejando de lado todos aquellos comportamientos accesorios o instrumentales al fin del cártel que por sí solos no constituyen una práctica anticompetitiva y que, muy posiblemente, sí puedan constituir algún tipo delictivo (por ejemplo falsificaciones documentales, delitos societarios, relativos a secretos de empresa, etc.), alguno de los comportamientos normalmente considerados como cártel, principalmente los más habituales tendentes a alterar los precios podrían, a priori, encajar en los tipos delictivos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 Código penal), desabastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad con el fin de alterar los precios (art. 281), alteración personal de precios y alteración operativa de los mismos (art. 284.1.º y 3.º).

No obstante, y por lo que respecta a la alteración de precios en concursos y subastas públicas, la mención expresa en el tipo penal al «precio del remate», relacionado con las subastas y no con los concursos que es donde, en su caso, actúan principalmente los cárteles, impide subsumir el acuerdo o práctica concertada para pujar fraudulentamente en el delito de alteración de precios en concursos y subastas.

Por su parte no hay especiales problemas en considerar subsumible un acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra o venta en el delito tipificado en el artículo 281 del Código penal si ese acuerdo o práctica estriba precisamente en retirar determinados productos del mercado (materias primas o productos de primera necesidad) para lograr la consecuentemente y normal subida de precios al reducirse la oferta. Sin embargo, nos encontramos ante una conducta muy específica que, por ello, muy poco va a contribuir en la prevención de los cárteles.

En cuanto al delito de alteración personal de los precios (artículo 284.1.º) no hay tampoco especiales problemas en considerarlo de aplicación si el acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra y de venta se lleva a la práctica utilizando alguno de los medios comisivos expresamente previstos en el tipo es decir, mediante violencia,

amenaza o engaño. No obstante, lo que deba entenderse por engaño puede impedir la subsunción en este precepto de numerosos supuestos de cárteles y, en consecuencia, dejar fuera de su ámbito de aplicación casos verdaderamente graves.

Por último, un acuerdo o práctica concertada constitutivo de cártel puede encajar sin esfuerzo en el delito de alteración operativa de precios tipificado en el artículo 284.3.º del Código penal, pues el acuerdo o práctica concertada propia de un cártel tiene su reflejo en la expresión típica «concierto con otros», la finalidad habitual del acuerdo colusorio de fijar precios tiene su paralelo en el elemento subjetivo típico de «fijar sus precios en niveles anormales o artificiales» y, es más, la finalidad de repartir mercados, que también está presente en varios acuerdos considerados como cárteles, no plantea problema de ningún tipo para identificarse con la «posición dominante en el mercado» a la que alude el precepto penal. Todo ello sin olvidar, por supuesto, que en el contexto y en la ejecución del acuerdo o práctica concertada se esté utilizando información considerada como privilegiada.

Por lo que respecta a la criminalización de los cárteles en el futuro y a la conveniencia o no de su persecución penal, debemos concluir que la misma es necesaria y está plenamente justificada teniendo en cuenta la trascendencia de los objetos y los bienes jurídicos que se ven afectados por este tipo de prácticas.

Además, debiera incluirse en el Código penal una sección, capítulo o tipos específicos dedicados a los cárteles pues los delitos a los que nos hemos venido refiriendo en este trabajo, o bien no permiten o dificultan subsumir comportamientos constitutivos de cárteles (artículo 262 y 284.1.º) o se refieren a conductas muy concretas y muy poco probables en la práctica (281 y 284.3.º), por lo que suponen una débil e ineficaz respuesta a unos comportamientos (los cárteles) para los que, desde luego, no fueron creados cuando se redactaron.

Por otro lado, *lege ferenda* debieran tenerse en cuenta una serie de directrices orientadoras que conviene no perder de vista. Así, deben quedar nítidas las fronteras entre el Derecho de la competencia y el Derecho penal, pudiendo considerarse como parámetros diferenciadores, a título de ejemplo, las formas o medios de comisión, la penalización de aquellos acuerdos que tuvieran un carácter más o menos secreto pues, por su carácter oculto, justificarían un mayor reproche de culpabilidad, las dimensiones (geográficas, económicas, estructurales...), etc.

Del mismo modo, una futura regulación específica, debe incluir tipos penales que adopten la configuración de delitos de resultado de lesión y no elevar a la categoría de delito consumado lo que, realmente, es más próximo a una forma imperfecta de ejecución. De esta forma, además, se justificaría un aumento de la pena de prisión

mínima superior a dos años lo que reforzaría la función de prevención general negativa de la intervención penal.

Por último, también como propuesta de futuro, y teniendo en cuenta la importancia de la incipiente política de clemencia, la solicitud de la misma debe tener alguna consecuencia en el tratamiento de la responsabilidad penal del infractor, bien considerándola como una forma de excusa absolutoria, lo que parece más apropiado, o bien como una atenuación por la vía de la atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código penal o de la atenuante analógica del 21.7 en relación con la mencionada de confesión.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAGE CENDÁN, S. *Los delitos de alteración de precios. Especial atención a los artículos 262, 281 y 284 del Código penal*. Ed. Comares (Granada, 2001).
- CORTI VARELA, J., «Tipología de cárteles: un estudio de los 20 casos resueltos por la CNC» enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal» en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R. (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, ed. Colex (Madrid, 2008).
- ÍÑIGO CORROZA, E. «La relevancia del fraude en los delitos de competencia. En concreto: maquinaciones para elevar el precio de las cosas (art. 284 CP) y uso de información privilegiada» en SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a (dir), *¿Libertad económica o fraudes punibles?, riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, ed. Marcial Pons (Madrid, 2003).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (X): Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Alteración de precios en concursos y subastas públicas» [en CD] en VIVES ANTÓN, T (*et al.*), *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.^a edición (Valencia, 2010).
- *Derecho penal Económico y de la empresa. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2005).
- MESTRE DELGADO, E., «Los delitos de alteración de los precios en un sistema de economía de mercado», en LAMARCA PÉREZ, C (*et al.*) *Derecho penal, parte especial*, ed., Colex (Madrid, 2011).

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. «¿Qué es un cártel para la CNC?, enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».
- RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J.A., «Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España (división de poderes y funciones con la U.E, reparto interno de las CC.AA, aplicación administrativa-judicial, dotación de recursos humanos y materiales)», enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La manipulación de los precios del mercado» en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho penal español, parte especial (II)*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia 2011).
- SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, parte especial*, ed. Dykinson (Madrid, 2011).
- SOTO NIETO, F. «Alteración de precios en concursos y subastas públicas», La Ley, 1998.