

Déficits de la regulación penal española para la lucha contra la manipulación de licitaciones

María Gutiérrez Rodríguez

Universidad Complutense de Madrid

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA. Déficit de la regulación penal española para la lucha contra la manipulación de licitaciones. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-28, pp. 1-20.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-28.pdf>

RESUMEN: Las conductas de manipulación de precios en licitaciones públicas mediante prácticas colusorias (conocidas como “bid rigging”) son altamente dañinas para el sistema económico al alterar las reglas de la libre competencia y suponen en los casos de concursos organizados por entes públicos un grave perjuicio para el interés público. Pese a ello la mayoría de los casos en nuestro país son sancionados en la vía administrativa, sin que los preceptos penales que protegen los bienes jurídicos afectados gocen de la suficiente consistencia. El presente trabajo analiza desde un punto de vista crítico la regulación penal vigente y propone algunos cambios que podrían servir para hacer más efectivo el recurso a la vía penal en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: libre competencia en el mercado, ofertas o pujas fraudulentas, alteración de precios en concursos públicos, *bid rigging*, manipulación de licitaciones, responsabilidad penal de la persona jurídica, programas de clemencia, *whistleblower*.

TITLE: Deficits of Spanish criminal legal regulation for fighting bid rigging

ABSTRACT: Price manipulations in public tenders through collusive practices (known as “bid rigging”) are highly damaging to the economic system as they alter the rules of free competition and, in the case of tenders organized by public bodies, are also seriously detrimental to the public interest. Despite this, most cases in Spain are sanctioned only administratively. Criminal regulation in this matter is not sufficiently consistent. This paper critically analyses the current sections of the criminal code that aim to protect the free competition in this area and proposes some modifications that could serve to make criminal sanction of these behaviors more effective.

KEYWORDS: free market competition, bid rigging, price manipulations, criminal liability of legal entities, leniency programs, whistleblower.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2023

Fecha de publicación en RECPC: 30 noviembre 2023

Contacto: maria_gutierrez@ucm.es

SUMARIO: I. Introducción. II. La necesaria protección de la competencia en el mercado y la libre formación de precios mediante la sanción de los denominados cárteles de núcleo duro. III. La sanción penal de los denominados cárteles de núcleo duro: especial referencia a las conductas colusorias en el ámbito de las subastas o concursos públicos. IV. El delito de alteración de precios en subastas o concursos públicos en su configuración actual en el Código Penal español. A) Ámbito de aplicación del artículo 262 CP. B) Sujeto activo y conductas típicas sancionadas en el artículo 262 CP. C) La finalidad perseguida: alterar el precio de remate. D) Aplicación práctica del delito contenido en el artículo 262 CP. V. Problemas para la subsunción de las pujas fraudulentas en el tipo penal contenido en el artículo 262 CP y propuestas de lege ferenda. VI. Alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de alteración de precios en subastas o concursos públicos. VII. Exención de responsabilidad penal como consecuencia de la colaboración con las autoridades (art. 262.3 CP). VIII. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

La actividad legislativa en materia penal ha sido muy prolífica en los últimos años, y las reformas del Código Penal (CP) han sido tantas que, en ocasiones, ante la lentitud de la justicia penal para la resolución de los casos, resulta complicada la decisión sobre qué regulación resulta aplicable a un determinado supuesto de hecho.

El artículo 262 del CP tipifica el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas, que incluye una modalidad específica de conducta colusoria cuando entre los diversos postores se llevan a cabo determinadas conductas para intentar alterar el precio que debiera surgir de la libre competencia. Este precepto, al menos en parte, también ha sido objeto de este afán revisionista del legislador, que mediante la LO 14/2022, de 22 de diciembre, le ha añadido un apartado tercero, que incorpora una cláusula de exención de responsabilidad penal bajo ciertas condiciones para determinadas personas por colaboración con las autoridades competentes tras la comisión del delito.

Sin embargo, son otras muchas las cuestiones que el legislador penal español ha pasado por alto y que hubieran merecido un estudio más detenido del tenor literal del referido precepto, para valorar su eficacia práctica en la lucha contra una de las conductas más graves que afectan a la libre competencia en el mercado. Nos referimos a las denominadas pujas fraudulentas (conocidas en inglés como *bid rigging*), que es una modalidad de conducta colusoria entre quienes presentan sus ofertas en una licitación pública. Estas conductas de manipulación de licitaciones son una práctica anticompetitiva que resulta especialmente negativa y dañina para el interés público.

Siendo la competencia en el mercado un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal, resultaría cuestionable desde un punto de vista político criminal no contar con una tipificación adecuada de los casos más graves, conforme al principio de *ultima ratio* que rige en Derecho penal, que permita luchar contra estas conductas colusorias. El propio legislador penal, al introducir la referida exención de responsabilidad penal, siguiendo las directrices europeas en esta materia, parece dar por sentado que estas conductas sí tienen naturaleza penal. Sin embargo, el análisis realizado

a continuación pone de manifiesto que resulta discutible que la redacción actual del precepto permita la subsunción de estas conductas en el tipo contenido en el artículo 262 del CP, lo que el legislador parece haber ignorado en sus últimas reformas. El trabajo trata de realizar algunas sugerencias para contribuir a la reflexión sobre una eventual reforma legislativa para la mejora técnica del precepto en cuestión acorde a la finalidad que debería perseguir.

II. La necesaria protección de la competencia en el mercado y la libre formación de precios mediante la sanción de los denominados cárteles de núcleo duro

El artículo 38 de la Constitución Española (CE) reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y obliga a los poderes públicos a su protección. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, que genera una eficiencia productiva que se traslada al consumidor final, en forma de menores precios o mejores productos. Es por ello que existe un acuerdo generalizado respecto a la importancia de la defensa de la competencia, tratándose de uno de los principales elementos de la política económica en la actualidad. Además, el artículo 51 de la CE obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, incluyendo de forma expresa sus intereses económicos.

El sistema legal español cuenta con instrumentos que prohíben y sancionan los acuerdos entre empresas que afectan negativamente a la competencia en el mercado, esto es, las denominadas prácticas colusorias entre empresas competidoras. Así, la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), Ley 15/2007, de 3 de julio, contempla entre las conductas prohibidas las denominadas “conductas colusorias” que aparecen definidas en su artículo 1 y que se consideran una infracción grave del Derecho de la competencia. Este precepto, en sintonía con el artículo 101 del TFUE, prohíbe todo *acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del territorio nacional*. A modo de ejemplo se citan, entre otros, los acuerdos para fijar precios u otras condiciones comerciales, limitar la producción, repartirse el mercado, etc.

Dentro de estas conductas colusorias prohibidas se enmarcan los cárteles empresariales o económicos. La propia LDC en su Disposición Adicional 4.^a nos proporciona una definición de cártel: “todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas como la fijación o coordinación de precios, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados o clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las

restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”. En una fórmula más sencilla, podríamos afirmar que se trata de acuerdos o pactos entre empresarios para no competir entre sí. En términos parecidos, el Diccionario de la RAE define el cártel, en su acepción económica, como “convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial”¹.

Cuando nos encontramos ante acuerdos horizontales entre competidores directos suele hablarse de un cártel de núcleo duro (*hardcore cartel*)². Los elementos configuradores de un cártel duro son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo que involucre a competidores directos que actúan en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio respectivo; y ii) que el acuerdo tenga por objeto neutralizar la decisión independiente de estos competidores respecto de variables esenciales de la competencia, al fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignar zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación. La LDC ha eliminado la mención expresa al carácter secreto de los cárteles, aunque suele ser la regla general.

Se considera que los cárteles duros son intrínsecamente anticompetitivos y que resultan *per se* nocivos para la economía. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) las infracciones del artículo 101 pueden serlo “por objeto” o “por efecto”, situando los cárteles entre las primeras, porque la experiencia muestra que dichas conductas dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio, especialmente, de los consumidores³. Esta misma presunción rige en nuestro Derecho administrativo, pues no resulta necesario acreditar el daño anticompetitivo para declarar la infracción, pudiendo ser relevante solo para graduar la sanción⁴. Y ello a diferencia de otros acuerdos de colaboración entre competidores que se encuentran permitidos (*joint ventures*),

¹ Vid. <https://dle.rae.es/cartel>

² Sobre la tipología de cárteles de núcleo duro a través de un análisis de los casos resueltos por la CNC y la CNMC, CORTI VARELA, 2015, pp. 109-130.

³ Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Allianz Hungaria Biztosító y otros, C-32/11, apart. 35) “la distinción entre “infracciones por objeto” e “infracciones por efecto” reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”. En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su Sentencia de 27 de abril de 2017, (FSL, C-469/15 P, apart. 104) y en su Sentencia de 23 de enero de 2018 (F. Hoffmann-La Roche y otros, apart. 78). Sobre los criterios legales y jurisprudenciales para la apreciación de la figura de la restricción por objeto y las cuestiones relativas a la carga de la prueba de la infracción, FERNÁNDEZ / PICÓN, 2020, pp. 65-90.

⁴ Vid., por ejemplo, STS (Sala 3ª), n.º 633/2021, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1878); STS (Sala 3ª) 43/2019, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2019:259); STS (Sala 3ª) n.º 331/2018, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:671). Según esta jurisprudencia, “en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante “infracciones por objeto” no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta apreciación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado”.

pues representan un esfuerzo colaborativo entre compañías para lograr unos fines específicos como, por ejemplo, una investigación conjunta, la producción de un determinado producto, o las compras conjuntas para obtener mejores condiciones⁵.

La OCDE empezó en 1998 su programa de lucha contra los cárteles duros mediante la publicación de unas recomendaciones⁶, al entender que se trata de la mayor violación de las leyes de competencia, alertando del riesgo de subestimar los daños que estas conductas causan en el sistema económico de un país y de la necesidad de imponer sanciones que tengan verdaderos efectos disuasorios. Destacan como efectos negativos de estas conductas la elevación de los precios que conllevan o la restricción en el suministro de bienes y servicios que puede hacerlos inaccesibles para muchos consumidores e innecesariamente caros para otros. Estos acuerdos colusorios impiden la entrada de nuevos competidores en el mercado y conducen a una falta de innovación, porque sin ellos las empresas buscarían mejorar sus productos para obtener una ventaja competitiva.

En el año 2019, la OCDE actualizó sus recomendaciones para exigir a los países miembros que establezcan sanciones efectivas para disuadir a las empresas e individuos de participar en carteles de núcleo duro e incentivar a los miembros del cartel a abandonarlo⁷. Recomienda, en consecuencia, utilizar una combinación de sanciones (civiles, administrativas y/o penales, así como económicas y no económicas) que vayan dirigidas también contra los individuos intervinientes. Y alerta de que, lejos de disminuir, cada año se descubren más cárteles internacionales.

Las conductas colusorias más graves se producen, además, en los procedimientos de contratación pública, que suponen de media el 12% del PIB en los países de la OCDE y que son utilizados para prestar a los ciudadanos servicios básicos, como la sanidad, la educación, la construcción de infraestructuras, las recogidas de residuos, etc. Las conductas de manipulación de licitaciones suponen un elevado y considerable perjuicio al interés general, de modo que, en estos casos, el daño no se circunscribe en realidad a otros competidores directos, sino que afecta a la propia Administración que presta los servicios públicos objeto de la licitación y, en consecuencia, a la generalidad de la ciudadanía⁸.

⁵ En este sentido, los acuerdos de cooperación entre competidores que no recaen sobre variables competitivas, que permiten alcanzar eficiencias que no se logran individualmente y que, al menos parcialmente, se traspasan a los consumidores son, en principio, lícitos desde la perspectiva de la libre competencia. Así, el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, excluye -bajo ciertas condiciones- del concepto de acciones prohibidas los acuerdos “que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”.

⁶ La Recomendación de 1998 puede encontrarse en inglés en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0294>

⁷ La Recomendación de 2019, que sustituyó a la anterior, puede consultarse en inglés en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>

⁸ En este sentido, poniendo de manifiesto como las administraciones públicas están entre los más importantes consumidores de los bienes y servicios proveídos por el sector privado, siendo en algunos ámbitos el principal, ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2023, pp. 769-771.

III. La sanción penal de los denominados cárteles de núcleo duro: especial referencia a las conductas colusorias en el ámbito de las subastas o concursos públicos

En los últimos años muchos países (Reino Unido, Francia, Irlanda, Chile, Japón y Australia) se han sumado a la criminalización de estas conductas⁹. La motivación de esta corriente criminalizadora la encontramos, esencialmente, en argumentos preventivos, por el mayor efecto disuasorio de la amenaza penal, en concreto de la imposición de penas privativas de libertad en comparación con las multas¹⁰. Desde una perspectiva preventiva existe un marcado consenso en que las sanciones propias del Derecho administrativo resultan insuficientes, de modo que se hace necesario el recurso al Derecho Penal, porque la pena privativa de libertad es la única pena individual que no resulta transferible a terceros¹¹. La LDC permite la sanción a las personas físicas, si bien la cuantía económica de las multas se encuentra limitada y no ha sido hasta una época bastante reciente que la CNMC ha incluido su sanción en las resoluciones de condena¹².

Junto a lo anterior, más recientemente la doctrina científica extranjera ha realizado también algunos estudios buscando la justificación de la criminalización de los cárteles en argumentos retributivos, analizando si reúnen el suficiente desvalor para ser considerados delictivos. Se trata de verificar si existe un bien jurídico merecedor y, a su vez, necesitado de protección por el Derecho Penal¹³. Además, podemos discutir

⁹ Durante muchos años el único país que luchó de forma activa contra los cárteles a través del Derecho penal fue EEUU, que prohibió los cárteles en la Ley Sherman de 1890 y lo convirtió en un delito en 1974. Ya en 1776 Adam Smith en “La riqueza de las Naciones” observaba que los competidores normalmente no se reúnen, ni siquiera por diversión, pero que cuando lo hacen su conversación siempre acaba en una conspiración contra el público. El TS de EE.UU. considera las conductas colusorias como el “mal supremo de la libre competencia”, en *Verizon Communications vs. Law Offices of Curtis Trinko*, 2004.

¹⁰ La literatura económica que ha analizado la multa mínima disuasoria pone de manifiesto que si esta multa mínima es muy elevada, nos encontramos con lo que se conoce en la literatura norteamericana como “deterrence trap”, la trampa de la disuasión, COFFEE, 1981, pp. 396 y ss.; es decir, la sanción económica para ser disuasoria tiene que ser tan elevada que acaba siendo inasumible para la empresa (situación de concurso) y, además, perjudicial para terceros inocentes como los trabajadores o los accionistas. Y los mismos efectos perniciosos puede tener la prohibición de contratar, pues paradójicamente expulsa del mercado a los competidores. En España, un análisis de la “valoración económica de las sanciones de competencia” se realizó por JAVIER GARCÍA-VERDUGO SALES en 2016, llegando a la conclusión de que las multas impuestas en el periodo 2011-2015 no fueron, por lo general, lo suficiente disuasorias.

¹¹ Entre otros, WHELAN, 2013, pp. 540-541; WAGNER VON PAPP, 2016, pp. 21-22. En la doctrina española, ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2021, pp. 445-446.

¹² En los últimos años el número de multas impuestas a personas físicas (administradores y directores generales de las empresas) por conductas constitutivas de cártel ha ido en aumento. Según la memoria de la CNMC del año 2021 se impusieron multas a personas físicas en 4 de los 9 expedientes sancionados con un total de 18 personas condenadas a multas que oscilaron entre 1.000 y 60.000 euros (cifra esta última que es el tope legalmente establecido para estas multas por el art. 63.2 LDC). Resulta especialmente llamativa la imposibilidad de sancionar en los expedientes S0013/19 (Conservación de Carreteras) y S0003/20 (Proptech), porque los procedimientos no se incoaron frente a los directivos, pese a que constaba una intervención relevante de varios de ellos en los hechos. Información disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Memorias/Memoria%202021.pdf

¹³ Sobre la libre competencia como bien jurídico digno de tutela penal, en tanto que institución con valor

si la sanción penal de estas conductas serviría para transmitir a la sociedad un mensaje sobre su lesividad y reprochabilidad, que coadyuvara a una cultura de cumplimiento, y si es admisible esta función simbólica o educadora de la criminalización (como parte de la prevención general positiva)¹⁴, o si es preciso que exista previamente un consenso o un rechazo social de estas conductas por considerarlas desvaloradas, para lo que sería preciso difundir más información para formar una opinión pública al respecto¹⁵. Aunque ambas cuestiones se encuentran relacionadas esto último sería lo deseable, pues carece de sentido introducir preceptos penales de forma propagandística que a la postre carezcan de verdadera aplicación práctica.

Algunos estudios empíricos se han encargado de verificar si la ciudadanía considera las conductas colusorias lo suficientemente graves para justificar el reproche penal. En esta línea, en el año 2014 se realizaron encuestas por varias instituciones públicas lideradas por el Centro de Política de la Competencia de la Universidad de East Anglia en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania e Italia. Los resultados del estudio concluyeron que, en general, los ciudadanos consideran que la competencia debe de ser la norma y que existe una expectativa de que los empresarios fijen sus precios de forma independiente sin hablar de ello con sus competidores¹⁶. La mayoría de los encuestados también pensaba que los cárteles eran dañinos y que deberían ser sancionados, apuntando que la multa y la inhabilitación profesional eran las sanciones más adecuadas, seguidas de la pena infamante de hacer pública la condena¹⁷ y, por último, de la prisión.

También aparece respaldada en la literatura científica la justificación de la intervención jurídico-penal en esta materia, tomando en consideración que se trata de conductas que desde un punto de vista valorativo son asimilables a otras vulneraciones del derecho de propiedad; así, el aumento de los precios propios de la colusión, el sobreprecio, que se repercute al consumidor –que éste entrega a los miembros del cártel y del que estos se apropian– sería equiparable al hurto o a la estafa¹⁸.

constitucional que maximiza el bienestar social, al menos respecto de las conductas más graves, BENITO SÁNCHEZ, 2021, pp. 181-209. Por el contrario, se muestra reacio a la intervención del Derecho penal en este ámbito, LASCURAIN SÁNCHEZ, 2019.

¹⁴ Como parece apuntar BLANCO CORDERO, 2013, p. 99, en atención al efecto expresivo integrador de la norma penal, de forma que el legislador puede hacer progresar la conciencia social, pp. 82-83.

¹⁵ Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 2008, p. 83.

¹⁶ Sobre las justificaciones normativas de la criminalización de los cárteles y los estudios empíricos realizados que demuestran que existe una base sólida para ello, STEPHAN, 2017, pp. 621 y ss.; el mismo, de forma resumida, 2016, pp. 40-44.

¹⁷ Se trata de la denominada pena de “public naming and shaming”. En nuestro país también existe esta sanción difamatoria, pues desde que la CNMC aplica sanciones a las personas físicas, sus nombres aparecen publicados en las resoluciones, que son accesibles en su web. El TS, Sala de lo contencioso-administrativo (STS n.º 430/2019, de 28 de marzo [ECLI: ES:TS:2019:952]), ha confirmado que esta publicidad es conforme a Derecho y no vulnera el honor o la intimidad del directivo sancionado. La misma filosofía estigmatizante late quizás detrás de lo previsto en el art. 288 CP respecto a la publicación de la Sentencia (condenatoria) en periódicos oficiales u otros medios informativos, que afecta al delito previsto en el art. 284 CP.

¹⁸ Este enfoque es propio de los países del sistema angloamericano, vid. el análisis sobre el oprobio moral en GÜNSBERG, 2015, pp. 23 y ss.; FONSECA FORTES-FURTADO, constata que el reproche ético-

Sin embargo, el acento no debe ponerse tan sólo en la protección de un bien jurídico de carácter patrimonial individual, sino en su proyección socioeconómica. La afectación al patrimonio individual, aunque puede producirse en los casos de sobreprecio, pues se transfiere un beneficio de forma indebida a las empresas –que han actuado al margen de las reglas del juego–, puede llegar a ser complicada de determinar, porque hay que partir de un escenario hipotético, que implica descifrar cómo hubiese sido la evolución de los precios de no haber mediado el acuerdo entre los competidores. Y, en la práctica, será difícil aislar este sobreprecio de otras razones legítimas por las que el precio puede haberse elevado (por ejemplo, un incremento de costes).

Los intereses afectados por estas conductas tienen más bien una dimensión social y colectiva. En el marco de las sociedades liberales, el mercado es un mecanismo de distribución, es una institución de justicia distributiva, pues en el mercado se ofrecen y adquieren por los individuos los bienes que estos necesitan para el desarrollo de sus propias vidas, para la consecución de sus objetivos¹⁹. De esta forma, los efectos lesivos asociados a los denominados cárteles duros erosionan la confianza de quienes intervienen en el mercado de forma voluntaria y defraudan sus expectativas de que las transacciones se desarrollen en condiciones de equidad, con pleno conocimiento de la información relevante, de forma transparente, lo que excluye desde luego que se oculte la existencia de pactos entre los competidores²⁰. En un sistema de libre mercado, el Estado debe proteger las posibilidades de acceso y de participación de los ciudadanos en el tráfico económico. Las infracciones más graves contra la competencia en el mercado pueden y deben ser sancionadas mediante el Derecho penal.

IV. El delito de alteración de precios en subastas o concursos públicos en su configuración actual en el Código Penal español

El tipo penal contenido en el artículo 262 del CP se encuentra ubicado entre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, pese a que en puridad en atención al bien jurídico protegido debería incluirse entre los delitos contra el mercado y los consumidores, pues más que el orden socioeconómico como intervención del Estado en la economía, protege la competencia como institución y en el concreto proceso de formación de precios; también, de forma mediata, se protege el patrimonio del resto de licitadores que actúan al margen del concierto y del convocante del concurso o titular del bien subastado²¹. El Tribunal Supremo, en los escasos

social de las conductas colusorias se podría equiparar al de otros delitos patrimoniales o a las estafas, 2015, p. 159.

¹⁹ En este sentido, WARDHAUGH, 2012, pp. 369-395.

²⁰ Ídem.

²¹ En este sentido, BONILLA PELLA, 2016, p. 493; también GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2017, pp. 88-89. Por el contrario, considera más adecuada esta dispersión, VEATO VÍBORA, 1997, p. 170.

pronunciamientos sobre la materia, ha señalado que el delito protege los pilares estructurales de una economía basada en la libre competencia, afectando a la estabilidad de los precios, al distorsionarlos, con repercusión negativa en el orden socioeconómico²².

A) *Ámbito de aplicación del artículo 262 CP*

El precepto se refiere en su enunciado a la alteración de precios en subastas o concursos públicos. Se trata en ambos casos de procesos para la selección del mejor adjudicatario de entre los postores o licitadores concurrentes, bien sea para la prestación de un servicio, normalmente, en el ámbito de los concursos, o para la adquisición de un bien o producto, en el marco de las subastas; ambos conceptos se pueden equiparar al de licitación.

En cuanto al ámbito de aplicación del precepto, no hay motivo para limitar el ámbito típico a las que se organicen por las administraciones o entes públicos; también son públicas, las subastas privadas desde el punto de vista del organizador, pero abiertas a la competencia pública²³. El propio texto legal también parece abonar esta interpretación cuando hace una diferenciación para imponer una pena adicional de prohibición de contratar si se trata de un concurso convocado por la Administración o por un ente público, por lo que parece admitir que no sólo se aplica a este tipo de concursos. No obstante, resulta algo confuso el hecho de que la pena de inhabilitación genérica este prevista solo para licitar en subastas judiciales, lo que seguramente responde al interés inicial del legislador, cuando incluyó la modalidad colusoria en el precepto, de sancionar los casos de los denominados “subasteros”, a los que luego aludiremos; en cualquier caso, el precepto no exige que nos encontremos ante subastas judiciales o administrativas²⁴.

B) *Sujeto activo y conductas típicas sancionadas en el artículo 262 CP*

Por lo que se refiere al sujeto activo del delito, nos hallamos ante un delito común, aunque el círculo de autores está delimitado en la modalidad colusoria a los postores o licitadores. En otros países de nuestro entorno, haciendo alusión a la accesoriedad del Derecho penal en este ámbito respecto del Derecho de la competencia, por vía

²² STS n.º 692/1997, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6660); igualmente, la SAP Barcelona n.º 118/2016, de 8 de febrero (ECLI:ES:APB:2016:11730).

²³ En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 439; el mismo, 2023, p. 535; también, MENDO ESTRELLA, 2012, pp. 233 y 235; MUÑOZ CONDE, 2021, p. 499, incluye subastas privadas de libre acceso por parte del público en general; también BACIGALUPO SAGGESE, 2023, p. 1386.

²⁴ La SAP Barcelona n.º 8011/2016, de 27 de mayo (ECLI:ES:APB:2016:8011), lo aplicó en un supuesto de una subasta pública de una central hidroeléctrica realizada por los liquidadores de la sociedad ante notario y señala que el precepto no exige que nos encontremos ante subastas judiciales o administrativas, de tal forma que se protegen también las subastas privadas abiertas a la competencia pública.

interpretativa, se ha limitado el círculo de autores del tipo penal únicamente a aquellos que pueden serlo del ilícito administrativo (propietario de la empresa, representante legal y órganos de dirección)²⁵. Sin embargo, no existe motivo para llevar a cabo esta restricción, que dejaría fuera del ámbito típico las conductas de personas que no pertenezcan a una empresa o que no ostenten dichos cargos²⁶.

A efectos de poder subsumir en el tipo penal las prácticas colusorias antes descritas, el delito de alteración de precios en subastas o concursos públicos, junto con conductas que incluyen el uso de amenazas, dádivas, promesas o cualquier artificio, incluye la sanción del concierto entre los postores con el fin de alterar el precio de remate.

La conducta típica de colusión exige un simple concierto de voluntades entre los postores o licitadores con una finalidad: alterar el precio de remate. De todas las fases por las que podría atravesar el desarrollo normal de los acontecimientos previos a la adjudicación del bien o el servicio (acuerdo, envío o presentación de las ofertas, recepción de las ofertas y adjudicación), la consumación de la conducta típica se produce en el tipo penal español con el mero concierto de voluntades. A diferencia, como hemos señalado, del tipo contenido en el ordenamiento penal alemán (§ 298 StGB), que sanciona la “presentación de una oferta en una licitación basada en un acuerdo antijurídico”, siendo el acuerdo una mera conducta preparatoria.

Nos encontramos, por tanto, ante un delito de peligro y de mera actividad, en el que no se exige la efectiva causación de un daño patrimonial, entendiéndose consumado cuando se produce la concertación anticompetitiva, con independencia de que los efectos se puedan mantener en el tiempo mientras dure la ejecución del contrato²⁷. No es preciso que se consiga el resultado perseguido: la adjudicación del bien o del contrato. Se ha elevado a la categoría de delito autónomo una conducta preparatoria

²⁵ Es el caso del Código penal alemán (StGB) cuyo § 298 señala, bajo el nombre “Acuerdos restrictivos en las licitaciones”, que: “Toda persona que, en una licitación de bienes o servicios, presente una oferta basada en un acuerdo ilícito destinado a inducir al organizador a aceptar una oferta determinada podrá ser condenada a una pena privativa de libertad de hasta cinco años o a una sanción pecuniaria”. Además, el precepto aclara que se considera equivalente a la licitación la adjudicación directa de un contrato tras un concurso previo. Sobre este delito, vid. ROTSCH, 2022.

²⁶ En el ámbito administrativo español también existe esta limitación, pues el artículo 63.2 LDC se refiere como personas sancionables a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta. No obstante, el Tribunal Supremo (Sala 3ª), por ejemplo, en su Sentencia de 28 de marzo de 2019, ha señalado que el precepto se refiere a órgano directivo, de modo que “resulta aplicable a aquellas personas físicas que, al margen de cualquier consideración formal, tengan *de facto* la capacidad para adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan la actuación de la empresa infractora” y que “no excluye otros tipos de intervención de menor entidad de los indicados sujetos activos del tipo infractor, incluidos los modos pasivos de participación, como la asistencia a las reuniones en las que se concluyeron los acuerdos o decisiones infractoras sin oponerse expresamente a ellas”. Se está planteando, por tanto, ahora la posibilidad de sancionar en vía administrativa conductas omisivas y de mera complicidad.

²⁷ En el ámbito administrativo, sin embargo, se toma como *dies a quo* en materia de prescripción el momento de la celebración del contrato entre el adjudicatario y el órgano de contratación. Así la STJUE, de 14 de enero de 2021, en el asunto C-450/19, señaló que es en ese momento cuando los elementos esenciales de la contratación quedan fijados, y cuando el órgano de contratación se ve privado definitivamente de las alternativas más competitivas que pudieran haberse obtenido en ausencia de la colusión.

de conspiración: una vez alcanzado el acuerdo, el delito se encuentra consumado. Ahora bien, el concurso o subasta debe al menos haberse convocado (si no, estaríamos ante actos preparatorios impunes)²⁸; el tenor literal del tipo no exige que alguno de los concertados llegue a presentar la oferta²⁹.

Tampoco exige el tipo la cuantificación de un perjuicio concreto, pues el licitador no tiene un derecho consolidado a recibir un determinado servicio o a vender el bien a un determinado precio; eso sí, tiene el derecho a recibir el servicio o vender el bien al precio libremente fijado por el juego de la competencia, pero nos movemos en el terreno de las hipótesis: ¿cuál sería el precio de no haber existido ese acuerdo? Se trata de proteger la libre formación de precios cuando estos se alcanzan mediante uno de estos procedimientos de licitación.

Es preciso que concurren al menos dos postores. La colusión, como señala el tipo, es entre los particulares, es decir, entre los propios licitadores, pero no entre éstos y el adjudicador. En esta relación, si es la Administración o un ente público quien convoca el concurso o subasta, y el funcionario público se concierta con el particular, entraría en juego, además, el artículo 436 del CP (fraude en la contratación pública)³⁰ y, en su caso, de concurrir sus elementos típicos los delitos de prevaricación, malversación o cohecho³¹.

C) *La finalidad perseguida: alterar el precio de remate*

Como elemento subjetivo adicional al dolo, los postores deben actuar con la finalidad enunciada en el tipo penal, con la intención de que se produzca una alteración del precio por el que el supuesto mejor postor va a obtener la adjudicación del bien. Esta alteración será, por consiguiente, en el caso de las subastas, a la baja; en el ámbito de los concursos, por el contrario, la finalidad será la de obtener la adjudicación a un mayor precio que el que resultaría de la libre competencia, pudiendo incluir

²⁸ Como señala la STS (Sala 2ª) n.º 3699/2015, de 27 de julio, FJ 200 (Caso Malaya) (ECLI:ES:TS:2015:3699): “una cosa es que no sea exigible que la alteración haya tenido lugar, y otra que sí lo sea para la ejecución la existencia del concurso o subasta y otra distinta que hayan existido negociaciones previas a la convocatoria de estos procedimientos de adjudicación que constituirían actos meramente preparatorios que son impunes por disposición del artículo 269 CP”; igualmente, BONILLA PELLA, 2016, p. 494.

²⁹ A favor de esta exigencia, sin embargo, MENDO ESTRELLA, 2012, p. 231.

³⁰ Igualmente, apunta que en el art. 436 CP el concierto se configura como un delito de defraudación contra la Administración pública cometido por autoridades y funcionarios, FONSECA FORTES-FURTADO, 2023, p. 307.

³¹ La jurisprudencia en estos supuestos ha llegado a aplicar el tipo penal de alteración de precios contenido en el artículo 284 CP, especialmente en los supuestos en los que se adjudican obras a cambio de comisiones concurriendo al concurso empresas ficticias para simular la existencia de competencia: STS n.º 2278/2003, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2003:2278) y STS n.º 3167/2004, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:3167). Igualmente, la STS n.º 4701/2015, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4701), en un caso en el que el concurso se adjudicó a cambio de la entrega de cantidades a los funcionarios encargados de la adjudicación previa entrega de los pliegos al empresario que propuso algunas condiciones. Ahora bien, el tipo penal contenido en el artículo 284 CP fue objeto de una profunda reforma mediante la LO 1/2019, de 20 de febrero, y desde entonces exige la producción efectiva de una alteración de los precios, convirtiéndolo en un delito de resultado.

el acuerdo para prestar un servicio en peores condiciones. De todas formas, en la redacción actual, no es preciso acreditar que dicha alteración se ha producido, dado que no nos encontramos, como hemos mencionado, ante un delito de resultado; es suficiente con que conste tan solo la capacidad objetiva del acuerdo para alterar el precio³².

D) *Aplicación práctica del delito contenido en el artículo 262 CP*

En su aplicación práctica, el artículo 262 del CP, en la modalidad de concierto entre los postores, ha sido aplicado en contadas ocasiones en supuestos de subastas que se conocen como “salto de la rana” y, también, en los denominados “subastillas” o “segundas”. Los primeros se refieren a casos en los que, previo acuerdo entre dos postores, uno de ellos realiza una oferta excesivamente alta para luego dejarla desierta y que se adjudique la oferta a la inmediatamente anterior, muy inferior; es más bien una modalidad de lo que el tipo denomina y sanciona expresamente “quiebra de la subasta”³³. Y el segundo caso hace referencia a supuestos en los que los postores, con carácter previo a la subasta oficial, llevan a cabo un reparto interno tendente a determinar quién va a ser el adjudicatario y a qué precio máximo; con posterioridad, según el pacto alcanzado, los bienes se venden a un tercero y se reparte el beneficio obtenido³⁴.

En muchos de los casos que se han sancionado administrativamente por la CNMC, el cártel consistía precisamente en el amaño de licitaciones públicas mediante prácticas colusorias³⁵. Así, en aquellos supuestos en los que –previo acuerdo– los licitadores pactan las ofertas que van a realizar en la licitación o en los que alguno de los licitadores no se presenta a cambio de ser luego subcontratado por el adjudicatario para prestar una parte del servicio licitado, debería poder aplicarse el artículo 262 del CP para sancionar a las personas físicas intervinientes en el cártel³⁶.

³² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 440.

³³ Por ejemplo, en la SAP de Baleares n.º 224/2003, de 24 de octubre (ECLI:ES:APIB:2003:2353); SAP de Valladolid n.º 126/2005, de 19 de abril (ECLI:ES:APVA:2005:463); SAP de Almería n.º 114/2007, de 20 de abril (ECLI:ES:APAL:2007:232).

³⁴ Estas conductas resultaban impunes con el tenor literal del artículo 539 CP de 1973 que exigía un intento de alejamiento de los postores desarrollado mediante los medios comisivos enunciados en el precepto (amenazas, dádivas, promesas o cualquier artificio): STS n.º 692/1997, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6660); SAP Zaragoza n.º 359/1999, de 7 de septiembre (ECLI:ES:APZ:1999:2023). La tipificación se llevó a cabo precisamente en el CP de 1995 para englobar los supuestos de acuerdos o convenios entre distintos postores.

³⁵ En los últimos años, según se desprende de las memorias anuales de la CNMC, la mitad de los cárteles sancionados anualmente por este organismo se refieren a casos de pujas fraudulentas en licitaciones de la Administración pública en diversos sectores, como, por ejemplo, radares meteorológicos, electrificación y electromecánica ferroviarias, agencia de medios, aplicaciones informáticas, transportes de viajeros, absorbentes para adultos, mudanzas, etc.

³⁶ El precepto contempla la imposición de la pena de prisión de 1 a 3 años de forma conjunta con la multa (de 12 a 24 meses), de tal forma que el efecto disuasorio podría ser mayor al de las sanciones administrativas, por la amenaza de la pena personal y porque la multa podría oscilar entre 1.440 euros y 288.000 euros. Por el contrario, en la vía administrativa, el artículo 63.2 de la LDC permite la imposición de multas a las personas

V. Problemas para la subsunción de las pujas fraudulentas en el tipo penal contenido en el artículo 262 CP y propuestas de lege ferenda

La experiencia demuestra que la colusión en el ámbito de las licitaciones públicas suele tener dos objetivos: la fijación de los precios, con el fin de alcanzar un precio superior del que se derivaría de la lícita competencia, o el reparto de mercados ya sean geográficos o de clientes³⁷. Además, las técnicas que se suelen utilizar para realizar la colusión consisten, principalmente, en la realización de posturas encubiertas previamente acordadas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras (denominadas de resguardo, simbólicas, complementarias...), la abstención de presentación de ofertas o la rotación del ganador de forma coordinada entre los licitadores que forman parte del acuerdo³⁸.

Si analizamos el tenor del tipo penal encontramos que ninguna de estas conductas aparece expresamente mencionada, y respecto a la modalidad colusoria surgen serias dudas sobre su aplicación a los concursos, pues debido a la mala técnica legislativa, la mención que el tipo penal hace al “precio de remate” parece referida únicamente a las subastas. Esto se explica igualmente por el origen del delito, que inicialmente estaba previsto para sancionar las conductas de los denominados “subasteros”, de ahí la referencia al precio de remate (y en la pena a la inhabilitación para acudir a subastas judiciales), lo que no tiene sentido desde que el legislador decidiera incluir también los concursos. Un sector doctrinal, como es lógico, exige en consecuencia – derivado de la garantía del principio de legalidad y la interpretación restrictiva de los tipos penales– que el precepto en esta modalidad colusoria solo se aplique a las subastas³⁹.

La jurisprudencia –quizás por la escasez de pronunciamientos condenatorios– no ha sido muy clara sobre si el tipo penal en la modalidad típica de concierto puede

físicas hasta un máximo de 60.000 euros. Desde 2015 el TS venía reclamando la aplicación de este precepto de la LDC para sancionar administrativamente a las personas físicas (vid. STS, Sala 3ª, n.º 112/2015, de 29 de enero [ECLI:ES:TS:2015:112]) como parte de la tendencia a incrementar el nivel de disuasión efectiva, y desde el año 2016 hasta 2020, según consta en las memorias anuales de la CNMC, se impusieron sanciones en 7 casos (Infraestructuras Ferroviarias, Prosegur-Loomis, Hormigones de Asturias, Agencias de Medios, Electrificación y Electromecánica ferroviarias y Montaje y mantenimiento industrial).

³⁷ Guía sobre Contratación pública y Competencia de la CNMC, págs. 34-35, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702_10.pdf. También, RAMOS MELERO, 2019, pp. 531-556.

³⁸ Guía sobre Contratación pública y Competencia de la CNMC, págs. 36-37, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185702_10.pdf. Según este mismo documento, las técnicas de compensación utilizadas para retribuir a las empresas participantes en el acuerdo colusorio, por parte de la empresa adjudicataria, suele incluir el uso de facturas fraudulentas por trabajos inexistentes, generalmente de consultoría o la subcontratación de parte de las tareas objeto del concurso o subasta públicos, a favor de las empresas que hayan colaborado para asegurar el resultado de la licitación (pág. 38).

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 440, considera discutible la interpretación contraria si se quiere respetar el principio de legalidad; MESTRE DELGADO, 2020, p. 480, lo considera una aplicación analógica prohibida; también, BACIGALUPO SAGGESE, 2023, p. 1387, señala que en esta modalidad típica el texto legal se refiere únicamente a las subastas.

aplicarse en ambos procedimientos de licitación, la subasta y el concurso, o solo respecto de los primeros. La Sentencia del Tribunal Supremo n.º 508/2015, de 27 de julio (Caso Malaya) parece afirmar una cosa y la contraria, cuando señala que el tenor exige la existencia de una subasta, pero que rematar significa poner fin o concluir en cualquiera de los referidos procedimientos⁴⁰.

A fin de sortear este obstáculo, el legislador debería mejorar la redacción del precepto para despejar las dudas y que cualquiera de las modalidades comisivas sea aplicable indistintamente a las subastas y a los concursos, lo que podría conseguirse si cambia la referencia a “ella” contenida en la segunda modalidad típica, si sustituye el término “postores” por licitantes u oferentes y si modifica el “precio de remate” por precio o importe de adjudicación del bien o contrato y, por último, si la pena de inhabilitación no aparece limitada a las subastas judiciales. Así quedaría clara su aplicación a los concursos⁴¹.

Es más, para evitar que el tipo pudiera resultar inaplicable en los casos en los que la Administración pública o la persona convocante del concurso fije el precio de la adjudicación, podría ser razonable que la finalidad exigida no sea la de alterar el precio sino la de manipular o direccionar el resultado de la licitación⁴².

La mayor lesividad de este tipo de cárteles de manipulación de licitaciones justificaría de *lege ferenda* su posible configuración como un tipo agravado del delito de manipulación de precios en el mercado (art. 284 CP), que podría referirse a los supuestos en los que la concertación para la alteración del precio tenga lugar en el ámbito específico de la contratación pública.

En cualquier caso, y pensando igualmente en una posible reforma del precepto, para no dejar vacía de contenido la infracción administrativa, podría igualmente establecerse una diferenciación entre ambas infracciones en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto de la licitación, reservando la vía penal a los más básicos; o, sin tener que llegar a esta solución, introduciendo una condición objetiva de punibilidad en función del valor económico de la adjudicación (no del sobreprecio, ante las dificultades para su cuantificación).

⁴⁰ STS n.º 508/2015, de 27 de julio, FJ 200 (ECLI:ES:TS:2015:3699): “La estructura típica desde luego se integra objetivamente por la existencia previa de un concurso o subasta pues si rematar significa poner fin o concluir uno u otra no puede entenderse el tipo objetivo de otra forma. En el primero se trataría de concertarse para alterar el precio final de la adjudicación y en la segunda el de la subasta, bastando, insistimos, para su consumación con la existencia de una concertación, generalmente entre distintos postores o concursantes, aunque también pueden sumarse a la misma los funcionarios encargados de dichos procedimientos”.

⁴¹ Con el tenor actual proponer una interpretación amplia del término “postores” para incluir a los licitantes y de la expresión “precio de remate” para abarcar el precio de adjudicación y ampliar el ámbito típico a los concursos plantearía dudas desde la óptica del principio de legalidad, como se expusimos en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2017, p. 92; igualmente señala que con la redacción actual los cárteles en licitaciones no encuentran un fácil acomodo típico en el injusto del artículo 262 CP, FONSECA FORTES-FURTADO, 2023, pp. 313-314.

⁴² En un sentido más amplio, FONSECA FORTES-FURTADO, 2015, p. 263, propone el siguiente tenor para esta modalidad típica: “los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio o cualquier otra condición que garantice la competencia en las licitaciones”.

VI. Alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de alteración de precios en subastas o concursos públicos

En apariencia el delito tipificado en el artículo 262 del CP no contempla la posible responsabilidad penal de la persona jurídica en los términos del artículo 31 bis del CP, sino tan solo la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP, que no permite la imposición de una multa.

Ahora bien, el propio artículo 262 del CP en su apartado 1 prevé la imposición directa y automática de una pena de inhabilitación especial a la persona jurídica (prohibición de contratar con la Administración pública de 3 a 5 años) para los supuestos en los que el concurso o subasta en cuestión fuera organizado por la Administración o por un ente público. Se trata de una *rara avis* dentro del propio Código penal, pues tras la introducción de un régimen general regulador la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis y ss. CP) no parece razonable mantener penas al margen de la cobertura general.

El legislador también debería eliminar esta previsión, pues parece más propia de un sistema de responsabilidad objetiva, proscrita en Derecho Penal, y, si lo estima preciso, someter a estas empresas al régimen general de responsabilidad de las personas jurídicas. En cualquier caso, mientras esto no suceda debería garantizarse a la persona jurídica afectada el estatuto jurídico de la persona jurídica investigada. En este sentido, no debería imponerse esta pena de forma automática, siendo necesario que la persona jurídica sea llamada al procedimiento, como cualquier investigado, en un momento procesal en el que pueda ejercitar correctamente su derecho de defensa. También debe aceptarse que la persona jurídica implicada pueda acogerse a las exenciones de responsabilidad contempladas en los artículos 31 bis 2 y 4 del CP, para el caso de que contara al momento de la comisión de los hechos con un programa de prevención de delitos idóneo en el que concurren los requisitos exigidos legalmente.

VII. Exención de responsabilidad penal como consecuencia de la colaboración con las autoridades (art. 262.3 CP)

La LO 14/2022, de 22 de diciembre, con entrada en vigor el 12 de enero de 2023, ha introducido un nuevo párrafo tercero en el artículo 262 del CP, para declarar la exención de responsabilidad de ciertos intervinientes en el delito, siempre que colaboren con las autoridades. Se incorporan de esta forma a la norma española, las exigencias contenidas en la denominada Directiva ECN+, que en su artículo 23 señala que los Estados miembros deben velar porque los sujetos solicitantes de la exención del pago de multas (administrativas), en atención a su colaboración con las autorida-

des de competencia, estén igualmente protegidos frente a sanciones en procedimientos penales por su intervención en el concreto cartel económico⁴³.

El objetivo es claro: salvaguardar la eficacia de los denominados programas de clemencia que fueron introducidos en el ordenamiento español a través de la LDC en el año 2007⁴⁴, y que permiten que las empresas que forman parte de un cartel puedan beneficiarse de una exención o reducción de la multa si finalizan su intervención en el cartel, comunican su existencia a la autoridad de competencia y aportan elementos de prueba. Estos programas son una importante herramienta en la lucha contra los cárteles, pues permiten su detección con mayor facilidad⁴⁵. El legislador prima la detección frente al castigo de las personas que colaboran en la investigación delatando a otros miembros y aportando pruebas de la existencia del cartel.

En el ámbito penal la previsión legislativa va dirigida tan sólo a determinadas personas: los directores, administradores de hecho o de derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en este artículo. La restricción inspirada en el texto de la Directiva europea no tiene mucho sentido en el ámbito penal porque no nos encontramos ante un delito especial, dado que cualquier persona puede cometerlo, con independencia de que pertenezca o no a una sociedad, aunque será lo más habitual. En todo caso, la referencia a “otros miembros del personal de la sociedad” resulta lo suficiente amplia para poder abarcar a todas las personas que hayan colaborado en el cartel dentro de la empresa.

Por otra parte, aun cuando –como hemos expuesto–, sin sujeción al régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sí existe una previsión que posibilita la imposición de una pena de inhabilitación bastante severa. Teniendo en cuenta que esta pena específica a la persona jurídica se encuentra anudada a la condena de la persona física, la exención para esta última debe conllevar automáticamente la no imposición de la pena a la persona jurídica, así como de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP.

A fin de poder gozar de la exención de responsabilidad penal se exige que “pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción

⁴³ Se trata de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

⁴⁴ Vid. los arts. 65 y 66 LDC, desarrollados por los arts. 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, y la Comunicación de 19 de junio de 2013 sobre el Programa de Clemencia de la CNC (BOE de 16 de agosto de 2013), disponible en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>.

⁴⁵ Vid. sobre los programas de clemencia como elemento de éxito de la lucha contra los cárteles en España, PRIETO KESSLER, 2018.

de las demás personas implicadas”. Y, además, deben cumplirse las siguientes condiciones: presentación de una solicitud de clemencia de conformidad con lo establecido en la LDC por parte de dichas personas antes de saber que están siendo investigadas en relación con los hechos y cooperación activa tanto con la autoridad de competencia como con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores.

La exigencia de colaboración con todo tipo de autoridades resulta en cierto modo reiterativa, aunque parece realizada de forma intencional, a fin de garantizar la eficacia de los programas de clemencia frente al riesgo que supondría gozar de una exención del pago de la eventual multa administrativa que pudiera imponerse, pero no de una condena penal. Lo cierto es que en los supuestos en los que la CNMC compruebe la existencia de indicios de una conducta de puja concertada con trascendencia penal debería poner los hechos en conocimiento de la Fiscalía, a fin de que se tramite el correspondiente procedimiento penal, al menos respecto de las personas físicas que hayan podido intervenir en estas conductas. De esta forma, en los supuestos propiamente penales bastaría con que la colaboración se realizara con la Fiscalía.

VIII. Conclusiones

Pese a las múltiples reformas legislativas que se han aprobado en los últimos años en materia penal, el legislador parece haber pasado por alto que existen importantes lagunas de punibilidad en relación con una de las conductas que más gravemente afectan a la libre competencia en el mercado: la manipulación de las licitaciones. Especialmente en el sector público los concursos son el mecanismo más utilizado por las administraciones para prestar a los ciudadanos que en muchas ocasiones afectan a servicios básicos (sanidad, educación, infraestructuras, etc.).

El tipo penal contenido en el artículo 262 del CP, que sanciona las manipulaciones o alteraciones de precios en subastas y concursos públicos, contiene un inciso dedicado a las concertaciones, pero tiene su origen en el objetivo del legislador de prevenir y sancionar a los denominados “subasteros”. El legislador ha reformado este precepto a través de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, siguiendo los postulados marcados por la normativa comunitaria, para introducir una exoneración de responsabilidad penal respecto de determinadas personas basada en la cooperación con la investigación para el esclarecimiento de los hechos. Se trata de salvaguardar la eficacia de los denominados “programas de clemencia” introducidos en la LDC en el año 2007 y considerados una de las herramientas más útiles para detectar los cárteles entre competidores.

Sin embargo, a fin de poder sancionar adecuadamente las referidas conductas de pujas fraudulentas en los concursos públicos el tipo penal necesita de una reforma

más profunda. El precepto sigue siendo confuso en cuanto a la aplicación de la modalidad colusoria a los concursos, al referirse a los postores y a la intención de alterar el precio de remate, términos más propios del ámbito de las subastas. Así, siendo respetuosos con el principio de legalidad penal, la modificación propuesta debería ampliar los sujetos para incluir el genérico “el que” o referirse a los “licitadores” u “oferentes”; igualmente, se debería sustituir el término “precio de remate” por “precio de adjudicación”. También podrían valorarse otras modificaciones como ampliar el elemento subjetivo para que comprendiera no sólo el ánimo de “alterar el precio”, sino también el propio “resultado de la licitación”. Y para diferenciar la infracción administrativa de la penal, podrían buscarse fórmulas para limitar estas últimas a los casos más graves, bien por los bienes o servicios a los que afecte la conducta, bien por la cuantía implicada.

Igualmente, resulta incomprensible la aplicación a las personas jurídicas de las denominadas consecuencias accesorias del artículo 129 del CP y la no inclusión del precepto entre aquellos que pueden generar la responsabilidad penal de los entes colectivos, manteniendo por el contrario una previsión específica que permite imponer una pena de inhabilitación de forma objetiva. Una vez introducida la responsabilidad penal de la persona jurídica sobre postulados que escapan de la transferencia de responsabilidad desde la persona física y se fundamentan en su propia culpabilidad, basada en una defectuosa organización, lo lógico sería someter su responsabilidad al régimen general contenido en los artículos 31 bis y siguientes del CP. Mientras esto no suceda, debería garantizarse a la persona jurídica afectada el estatuto jurídico de la persona jurídica investigada, siendo llamada al procedimiento, como cualquier investigado, en un momento procesal en el que pueda ejercitar correctamente su derecho de defensa y pudiendo acogerse a las exenciones de responsabilidad contempladas en los artículos 31 bis 2 y 4 del CP, para el caso de que la persona jurídica tuviera implantado en el momento de comisión de los hechos un programa de prevención de delitos idóneo en el que concurren los requisitos exigidos legalmente.

Bibliografía

- BACIGALUPO SAGGESE, S. (2023), “Alteración de precios en concursos y subastas públicas”, en AA.VV., *Memento Práctico Penal Francis Lefebvre*, Madrid, pp. 1385-1389.
- BENITO SÁNCHEZ, D. (2021), “La protección penal de la competencia: un ejemplo de exceso punitivo en el delito de corrupción entre particulares”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Protocolo I*, pp. 181-209.
- BLANCO CORDERO, I. (2013), “La sanción penal de los cárteles horizontales de núcleo duro: propuesta político criminal para el Derecho español y de la Unión Europea”, en AA.VV., Fernández Teruelo/González Tascón/Villa Sieiro (Coords.): *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, pp. 75-110.
- BONILLA PELLA, J. (2016), “Alteración de precios en subastas y concursos públicos”, en AA.VV.,

- Ayala Gómez/Ortiz de Urbina Gimeno (eds.): *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa Oliva-Ayala Abogados*. Francis Lefebvre, Madrid, pp. 493-495.
- COFFEE, J.C. (1981), “No Soul to Damn: no Body to Kick”: An unscandalized inquiry into de problem of corporate punishment”, *Michigan Law Review*, n.º 79, pp. 396 y ss. Disponible en <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol79/iss3/7>
- CORTI VARELA, J. (2015), “Tipología de cárteles duros: un estudio de los casos resueltos por la CNC y la CNMC”, en AA.VV., Beneyto Pérez/Maíllo González-Orús (Dirs.): *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters – Aranzadi, Madrid, pp. 109-130.
- FERNÁNDEZ, C.; PICÓN, A. (2020), “Carga de la prueba, presunciones y restricciones por objeto en el Derecho de la competencia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 73-74, junio de 2020, pp. 65-90, https://doi.org/10.37417/REDE/num73-74_2020_507
- FONSECA FORTES-FURTADO, R. H. (2015), *Cárteles económicos y Derecho Penal. Análisis político criminal de los acuerdos horizontales restrictivos de la competencia*, tesis doctoral UPF, disponible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/315285#page=1>.
- FONSECA FORTES-FURTADO, R. H. (2023), “Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España”, *Indret* n.º 2, pp. 294-324.
- GARCÍA-VERDUGO SALES, J. (2016), “Valoración económica de las sanciones de la autoridad de competencia (2011-2015), Documento AE-01/16(0428).2, disponible en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Documento%20AE-01_16\(0428\).2.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/Documento%20AE-01_16(0428).2.pdf)
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2008), “¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la justicia penal”, en AA.VV., Serrano-Piedecabras Fernández /Demetrio Crespo (Dirs.): *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, pp. 305-328.
- GÜNSBERG, P. (2015), *Criminalizing business cartels in Europe – A comparative perspective*, tesis doctoral, Forum Fortis, Helsinki.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2017), “Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal”, en AA.VV., Robles Martín-Laborda (Coord.): *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Comares, Granada, pp. 79-121.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2019), ¿Son ahora punibles los cárteles?, Almacén de Derecho, 29 de noviembre de 2019, <https://almacenederecho.org/son-ahora-punibles-los-carteles>
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2019), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2023), en AA.VV., González Cussac (Dir.), *Derecho Penal, Parte Especial*, 8ª ed., 2023, Tirant lo blanch, Valencia.
- MENDO ESTRELLA, A. (2012), “¿Es posible sancionar penalmente a los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro (1)”, *ADPCP*, vol. LXV, pp. 225-251.
- MENDO ESTRELLA, A. (2015), “Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España” en AA.VV., Beneyto Pérez/Maíllo González-Orús (Dirs.): *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters – Aranzadi, Madrid, pp. 815-841.
- MESTRE DELGADO, E. (2020), “Los delitos de alteración de los precios en un sistema de economía de mercado”, en AV.VV., Lamarca Pérez (Coord.), *Delitos: la Parte especial del Derecho Penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, pp. 477-491.
- MUÑOZ CONDE, F. (2021), *Derecho penal. Parte especial*, 23ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2021): “Problemas (reales y ficticios) y necesidad de protección penal de la competencia: el caso de la fijación de precios”, *El Derecho Penal Desde La Política criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 437-459.

- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2023), “Delitos contra la Administración como agente económico”, en AA.VV., Silva Sánchez (ed.): *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, pp. 769-771.
- PRIETO KESSLER, E. (2018), “La lucha anticártel en España (2009-2018)”, *Anuario de la Competencia*, n.º 1, pp. 11-40, disponible en <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/b35e8a560f551b112df36508a280bfce0c5e9afc.pdf>
- RAMOS MELERO, R. (2019), “Diseño de la competencia por el mercado de los servicios de interés económico general: evitar el “*bid rigging*””, en AA.VV., Beneyto Pérez/Maíllo González-Orús (Dirs.): *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, pp. 531-556.
- ROTSCH, T. (2022), “Mitología y logos del § 298”, en *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*, Capítulo XIII, traducción de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Luis Varela-Ventura, Marcial Pons, Madrid.
- STEPHAN, A. (2016), “Is there a public support for cartel criminalization?”, *Concurrences Review*, n.º 2, pp. 40-44.
- STEPHAN, A. (2017), “An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalization”, *Legal Studies*, vol. 37, n.º 4, pp. 621 y ss.
- VEATO VÍBORA, M. (1997), “Protección penal de concursos y subastas de naturaleza públicas: el artículo 262 del Código penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, pp. 167-188.
- WAGNER VON PAPP, F. (2016), “Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges”, *Concurrences Review*, n.º 2, pp. 14-44.
- WARDHAUGH, B. (2012), “A normative approach to the criminalization of cartel activity”, *Legal Studies*, 32(3), pp. 369-395.
- WHELAN, P. (2013), “Cartel Criminalization and the Challenge of ‘Moral Wrongfulness’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33:3, pp. 535-561.