

Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España

Sumario

-

En el presente artículo se analiza el nuevo escenario creado a partir de la publicación de La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Analiza en qué medida dichas alteraciones sugieren un refuerzo penal a la aplicación pública del Derecho de la Competencia en los casos de cárteles de núcleo duro, con especial atención a los cárteles en licitaciones, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la clemencia penal y el programa de cumplimiento antitrust.

Abstract

-

This article analyses the new scenario created from the edition of the Organic Law 14/2022, of December 22, intended to transpose European Union Directives and other provisions for the adaptation of criminal legislation to European Union law and reform of crimes against moral integrity, public disorder and smuggling of dual-use weapons. It considers to what extent these changes imply a penal reinforcement to the public application of Competition Law regarding hard core cartels, with special attention to bid rigging, criminal liability of legal entities, penal leniency and antitrust compliance programs.

Zusammenfassung

-

Dieser Artikel analysiert die durch das Gesetz 14/2022 vom 22. Dezember herbeigeführte Reform. Das Gesetz geht um die Umsetzung der europäischen Richtlinien und anderer Bestimmungen zur Anpassung des Strafrechts an das Recht der Europäischen Union sowie die Reform der Straftaten gegen die moralische Integrität, und des Schmuggels von Waffen mit doppeltem Verwendungszweck. Wird in dem Artikel die Frage gestellt, inwieweit diese Änderungen eine strafrechtliche Verstärkung der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Fällen von Hardcore-Kartellen nahelegen, mit besonderem Augenmerk auf Ausschreibungskartellen, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen, der strafrechtlichen Kronzeugenregelung und dem Programm zur Einhaltung der Kartellvorschriften.

Title: *Hard core cartels and Penal law: reflections from its recent criminalization in Spain*

Titel: *Hardcore-Kartelle und Strafrecht: Überlegungen zu derzeitigen Kriminalisierung in Spanien*

-

Palabras clave: *derecho penal de la competencia; cárteles duros; cárteles en licitaciones; responsabilidad penal de la persona jurídica; programas de cumplimiento antitrust*

Keywords: *Competition Criminal Law; Hard-core cartels; Bid rigging; Criminal liability of the legal person; Antitrust Compliance Programs*

Stichwörter: *Wettbewerbsstrafrecht; Hardcore-Kartelle; Angebotsabsprachen; Strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person; Kartellrechtliche Compliance-Programme*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.06

-

2.2023

Recepción
11.11.2022

-

Aceptación
27.12.2022

-

Índice

-

1. Planteamiento inicial

2. Una primera precisión relacionada con los cárteles duros

3. Aproximación al Derecho público de la competencia de corte angloamericano

4. Escenario europeo: la lucha contra el abuso de mercado

5. La competencia como bien jurídico-penal protegido

5.1. Integridad y confianza en los mercados

5.2. Sistema de economía de mercado y libre competencia

5.3. Protección penal de la competencia y cárteles duros

6. Cárteles duros y subsunción típica

6.1. Dificultades de subsunción típica de los cárteles duros en el art. 284.1 CP con anterioridad a la L.O. 1/2019

6.2. El nuevo art. 284.1.1º CP: finalmente la criminalización de los cárteles duros

6.3 El art. 262 CP y los cárteles en licitaciones

7. Responsabilidad penal corporativa


7.1. Programas de cumplimiento en materia de competencia o *compliance antitrust*

7.2. La «clemencia penal» y los *whistleblowers*

8. Breves conclusiones

9. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Planteamiento inicial

Resulta interesante -y a la vez intrigante- analizar cómo evolucionó la legislación de defensa de la competencia, o legislación *antitrust*, en España y su progresivo distanciamiento del orden penal, obviando la tradición decimonónica del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas que resulta de la libre competencia, mientras se trataba de consolidar lo que sería la primera normativa administrativa *antitrust* española -la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963- hasta llegar a la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, en adelante), que se transformó en el referente único a la hora de sancionar el fenómeno que aquí nos interesa más de cerca: los cárteles duros (*hard core cartels*) o restricciones horizontales contrarias a la competencia.

No es, sin embargo, el propósito de estas líneas profundizar en el análisis histórico de los motivos determinantes de dicho distanciamiento¹, sino constatar en qué medida las alteraciones de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, , además de las alteraciones efectuadas en el actual tipo penal de maquinaciones para alterar el precio de las cosas del art. 284.1.1º del Código Penal por la reforma del año 2019, permiten alcanzar las conductas de cárteles duros. La mirada hacia atrás se justifica tan solamente por el hecho de que la reforma llevada a cabo en el año 2019 resucitó la fórmula utilizada en los inicios del movimiento de codificación de la legislación penal en Europa y que también se utilizaba en el Código Penal español de 1848-50²: los «medios artificiosos».

Lo cierto es que los medios artificiosos como medios comisivos para promover alteraciones de precios anticompetitivas habían sido abandonados por el Código Penal de 1973, que los sustituyó por la famosa fórmula «usando cualquier otra maquinación» (art. 540, CP 1973) -y de ahí, el decimonónico delito de maquinaciones-, que a su vez, no sobrevivió a las críticas de que padecía de ambigüedad y generaba inseguridad jurídica, siendo eliminado definitivamente con la edición del Código Penal de la democracia, el Código Penal de 1995, que restringió la comisión del delito a los medios comisivos de la violencia, amenaza o engaño o la difusión de noticias falsas (art. 284, CP 1985).

La exclusiva utilización del ordenamiento administrativo-sancionador venía condicionada, en gran parte, por los medios comisivos exigidos por el art. 284 del Código Penal de 1995, que prácticamente inviabilizaban la subsunción de los cárteles duros, pues, como regla, no se emplea violencia o se difunden noticias falsas, ni opera un engaño para su comisión. En la casi totalidad de los casos se trata de un acuerdo voluntario entre empresarios, un pacto de no competir, fruto de la reunión de voluntades orquestada con el objetivo de falsear la competencia y obtener beneficios económicos extras a través de la práctica de sobreprecios por el cártel.

¹ Remitimos el lector al minucioso y detallado análisis histórico efectuado por CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho público de la Competencia*, 2016, pp. 383-390. Cfr., también, el monográfico de BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, 2001.

² Art. 451 CP 1848: «Los que esparciendo falsos rumores, o usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas o privadas, o cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación»; cuyas concordancias según PACHECO, son el Código penal napoleónico de 1810 de Francia, las Partidas, el Digesto y el Código Penal austríaco. Cfr. PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera*, 1848 (reimpresión 2000), pp. 1273-1283, donde señala que también fueron de gran influencia los Códigos Penales brasileño y napolitano.

Si bien algunos autores defendían -no sin dificultades- que algunas conductas colusorias contrarias a la competencia podían subsumirse en el decimonónico tipo penal de maquinaciones³, la jurisprudencia no se hizo eco de los reclamos doctrinales, quizás bajo la premisa de que el Derecho Administrativo Sancionador y la imposición de multas millonarias eran suficientes y desplegaban los efectos disuasorios necesarios. Ni siquiera con relación a los cárteles en licitaciones se planteó seriamente su tipificación como delito de alteración de precios en concursos y subastas públicos del art. 262 CP⁴, con lo cual -pudiendo o no-, hasta la fecha apenas se utilizó la vía penal, pese a la gran lesividad social que presentan los cárteles duros y los déficits -cada vez más evidentes- de que la sanción puramente económica no era capaz de detener este tipo de criminalidad.

Para poder entender bien la preocupación previa que subyace al análisis que pretendemos realizar en el presente trabajo, nos parece adecuado, primeramente, hacer una precisión conceptual de los cárteles duros (a), así como, una breve incursión en el Derecho público de la Competencia de corte angloamericano, en la medida en que se trata de la legislación paradigmática en este ámbito (b); para entonces adentrarnos en el análisis del cambio de paradigma impuesto por la L.O. 14/2022 y sus efectos en términos de tipificación penal de los cárteles duros (c) y las consecuencias en términos del sistema penal de responsabilidad corporativa actual (d).

2. Una primera precisión conceptual relacionada con los cárteles duros

El significado jurídico preciso de los cárteles duros puede ser elusivo. Inicialmente, en relación con su uso epistemológico, en la definición legal -como en las cosas de la vida-, puede ser más fácil reconocer el fenómeno que describirlo. Quizás ese sea el problema. ¿Qué son los cárteles empresariales? ¿Un acuerdo? ¿Una asociación empresarial para delinquir? Con frecuencia el término se utiliza en ambos sentidos, pero la discusión va más allá de los posibles significados semánticos, pues su conceptualización limita el objeto de regulación de este fenómeno, lo que, como veremos, tiene relevancia en términos de protección penal de la competencia.

La definición de cárteles viene dada por el apartado 2º de la Disposición Adicional 4ª de la LDC, como «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 tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta y otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la

³ Sobre la ponderación de las razones de inhibición penal frente a la eficacia de la sanción administrativa o, por el contrario, la necesidad de utilización de la sanción de prisión en virtud de los déficits de eficiencia y eficacia de la sanción administrativa, temas a los que no nos dedicaremos en este estudio, *vid.* FONSECA FURTADO, *Cárteles de núcleo duro y Derecho penal ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, 2017; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, 2017, pp. 79-121; también, BLANCO CORDERO, «La sanción penal de los cárteles horizontales de núcleo duro: propuesta político-criminal para el Derecho penal y de la Unión Europea», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, pp. 75-109; MENDO ESTRELLA, «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro (1)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (65-1), 2012, pp. 225-251; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia?», en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÓ JUAN (dirs.), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 2008, pp. 75 ss. Un análisis más global en FERNANDES GODINHO/CASTRO MARQUES, *Competition criminal law: an international and global trend?*, SHS Web of Conferences, 92, 03011, 2021.

⁴ Si bien el problema con relación al art. 262 CP es distinto, pues se refiere a los «postores» lo que restringe el ámbito de aplicación únicamente a las subastas, *vid. infra* 6.3.

propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia»⁵.

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) adopta un concepto un poco distinto, como «la actividad que consista en coordinar el comportamiento de una empresa en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de ventas, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos»⁶.

Resulta evidente que son definiciones muy amplias, que incluyen conductas que no coinciden con el concepto más restrictivo de cárteles duros o *hard core cartels*⁷. Hay algunos elementos que son comunes a los cárteles en sentido amplio y, específicamente, al subgénero de los cárteles duros: a) un acuerdo de voluntades; b) entre competidores; c) para restringir la competencia. Ahora bien, aunque estos elementos comunes son claros, no nos ayudan a precisar exactamente qué tipo de conductas determinan que el acuerdo empresarial pueda restringir o eliminar la competencia o que puedan considerarse integrantes del concepto más restrictivo de cárteles duros.

Una primera precisión técnica importante es que los acuerdos anticompetitivos pueden ser realizados entre empresas en un mismo plano o nivel en el mercado, es decir, entre competidores directos -llamados «acuerdos horizontales»-, o en niveles diversos como, por ejemplo, entre proveedores y principales, y, por este motivo, se denominan «acuerdos verticales»⁸ para restringir o eliminar la competencia.

En la definición que acabamos de mencionar es imprescindible que las empresas «compitan entre sí», con lo cual los acuerdos «verticales» contra la competencia no integran el concepto de

⁵ El concepto fue modificado por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, que supuso la transposición de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia. Cfr. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, «El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2019, pp. 37-82.

⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA, *¿Qué es un cártel?* - CNMC Blog, acceso en 09/11/2022. Esta definición se basa en la Disposición Adicional 4ª, apartado 2, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁷ Sobre la tipología de los cárteles duros a través de un análisis de los casos resueltos por la CNC y la CNMC véase CORTI VARELA, J. «Tipología de cárteles duros: un estudio de los casos resueltos por la CNC y la CNMC», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, 2015, pp. 109-130.

⁸ A nivel internacional, cfr. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, C/M (98)7/PROV, adoptada por el Consejo en la 921ª Sesión en 25 de marzo 1998, disponible en: Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels - OECD, acceso el 16/05/2022; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, «Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties», *Building blocks for effective anti-cartel regimes*, Grupo de Trabajo sobre Cárteles, 4ª Conferencia anual, Bonn, Alemania, 6-8 junio, 2005, disponible en: Building Blocks Report - ICN (internationalcompetitionnetwork.org), acceso el 09/11/2022.

cárteles duros⁹. La clave para entender el tratamiento jurídico diferenciado que se da a las restricciones verticales está en que se consideran conductas racionales desde el punto de vista económico y jurídico¹⁰, una vez que las empresas involucradas no compiten entre sí. Por consiguiente, los acuerdos «horizontales» son los que únicamente integran el concepto de «cárteles duros», pues como se trata de empresas que están en un mismo eslabón del mercado y compiten entre sí, la colusión entre ellas configura la especie de cárteles económicos que más daños causa a la competencia y por este motivo se califican como «duros».

Ahora veamos las modalidades de cárteles duros. La primera y más común de ellas es el pacto de fijación de precios, que se produce cuando se fija o altera, al alza o a la baja, voluntariamente y de manera más o menos simultánea, el precio de un mismo producto. No es necesario que todas las empresas pongan el mismo precio, además el acuerdo puede consistir en establecer precios mínimos o crear o eliminar descuentos.

Con relación al sistema de precios, resulta imprescindible que se efectúen algunas consideraciones preliminares relacionadas con las colusiones. Las políticas de precios que se entienden como anticompetitivas son: a) las de precios excesivamente elevados; b) excesivamente bajos; y c) discriminatorios. Los primeros son los típicos de empresas monopolistas u oligopolistas o con poder de mercado (los supuestos de abuso de posición dominante) y son propios de situaciones de ausencia o disminución de la competencia.

En general, los cárteles económicos practican alteraciones de precios al alza y logran beneficios superiores a los que se obtendrían con unos precios a nivel competitivo, con una lesividad que se destaca en términos cuantitativos y cualitativos de las demás conductas de alteración de precios.

Los precios excesivamente bajos son denominados precios predatorios y, si se mantienen durante un período largo de tiempo, obligan a entrar en pérdidas a empresas rivales y, en ocasiones, provocan su desaparición del mercado.

Los precios discriminatorios se traducen en la práctica de diferentes precios por prestaciones equivalentes. La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal dispone en su artículo 17 que, salvo disposición contraria de las leyes o reglamentos, la fijación de los precios es libre y señala que, no obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal. El abuso en la fijación de precios -en el caso del *discriminatory pricing* de que habla este precepto-, es un tema de competencia desleal entre empresas, que no tiene por qué integrar el tipo de injusto de cárteles de núcleo duro. Las leyes antidiscriminación de precios suelen formar parte de la normativa dirigida a salvaguardar los intereses de los pequeños negocios (Pymes), pues la ilegalidad de la discriminación no depende en absoluto de su efecto nocivo para la competencia.

⁹ Tampoco integran el concepto de cárteles duros otras conductas prohibidas enumeradas en el art. 1º de la LDC como, por ejemplo, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, la venta casada, etc.

¹⁰ Como correctamente señala ZURIMENDI ISLA, A. «El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales», *InDret*. (1), 2007: «los acuerdos verticales, al ser celebrados por no competidores, esto es, por personas con intereses distintos pero que sí son conciliables y compatibles, son desde el punto de vista económico totalmente racionales, pues la intención natural de las partes será colaborar contractualmente resolviendo los problemas de las partes compatibilizando sus intereses con el objetivo de optimizar los beneficios de ambos reduciendo los costes de transacción, fin que resulta lícito».

La formación de los precios debe ocurrir con una cierta libertad. Lo que existe en el mercado es una libertad relativa de precios que arroja, cuando no hay escasez de un producto, unos precios normales, que oscilan entre un máximo y un mínimo, pero que, al mismo tiempo, son sumamente relativos -por eso, los precios pueden subir en Navidades y en verano en zonas turísticas aun cuando no exista razón de escasez que lo justifique¹¹. Se trata de la evolución ordinaria del mercado, dentro de sus propias circunstancias.

Por otro lado, otra importante modalidad de cárteles duros es la del amaño de licitaciones, que suele producirse en los concursos de adjudicación de contratos públicos y consiste en acordar conjuntamente las ofertas a presentar con el fin de eliminar o reducir la competencia¹², establecer precios más elevados o los denominados sobrepuestos para obtener ventajas económicas ilícitas.

Por último, la limitación de la producción y reparto de mercados consiste, respectivamente, en fijar cuotas de producción para mantener artificialmente alto el precio de un producto y pactar las empresas no entrar en el territorio una de la otra o repartir los clientes entre sí.

En suma, los acuerdos horizontales sobre los términos de la competencia o sobre cuando competir «no se consideran una actividad normal de unión» entre empresas integrando sus actividades como forma de garantizar más eficiencia y beneficiar a los consumidores (v.g., una *joint venture*), sino que se entienden como un «juego sucio» que no respeta las reglas y, por eso, merecen ser sancionados. Las alteraciones artificiosas de precios a través de los pactos o acuerdos colusorios empresariales están prohibidas en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de países con economía de mercado, lo que incluye a los países miembros de la Unión Europea, varios de los cuáles utilizan sanciones penales contra una o varias modalidades de conductas de cárteles duros¹³.

3. Aproximación al Derecho público de la competencia de corte angloamericano

Como es bien sabido, la cuna del Derecho *antitrust* es Estados Unidos, donde desde muy tempranamente se desarrolló un Derecho público de la competencia con un brazo articulado en el Derecho penal. El Derecho de la Competencia norteamericano se estructura en dos grandes bloques que operan en dos planos distintos: a) en el «plano vertical», en el que el Poder público

¹¹ Esto explica por qué en Estados Unidos: a) algunos acuerdos verticales también forman parte de la Sección 1ª de la *Sherman Act*; b) las prácticas que hacen referencia a otros aspectos de la relación comercial distintos al precio, como por ejemplo, los acuerdos anudados o los acuerdos de distribución exclusiva, regulados por la Sección 3ª de la *Clayton Act*, han sido más toleradas tanto por los Tribunales como por la legislación del Congreso, a no ser que sus efectos anticompetitivos fueran evidentes. En España, son atípicas las conductas de precios abusivos ante la escasez de un bien y las conductas de acaparamiento tienen relevancia penal solo si los productos son de primera necesidad (art. 281 CP). Por otro lado, si el precio es intervenido por el Estado y no se fija libremente, pues está sometido a control o autorización administrativa, no se da la posibilidad de formación de cárteles económicos.

¹² Sobre la colusión entre oferentes a licitaciones véase la *Guía sobre contratación pública y competencia*, elaborada por la antigua Comisión Nacional de la Competencia, pero que explica las modalidades de posturas encubiertas, supresión de propuestas, rotación del ganador, comúnmente utilizadas por las empresas participantes en cárteles en licitaciones. Disponible en: [guia_contratacion_v41_0.pdf](#) ([hacienda.gob.es](#)). Acceso el 09/11/2022. Cfr., también, RAMOS MELERO, «Diseño de la competencia por el mercado de los servicios de interés económico general: evitar el ‘bid rigging’», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2019, pp. 531-556.

¹³ Cfr. el mapa de la criminalización de cárteles duros en los países miembros de la Unión Europea en FONSECA FORTES-FURTADO, *Cárteles de núcleo duro*, 2017, p. 117.

es el protagonista a través de órganos judiciales u otro orden gubernativo con poderes de investigación y procesales, con capacidad para imponer sanciones; y b) en el «plano horizontal», en el que se encarga la protección de la competencia al ámbito privado, dentro de una relación entre iguales o, al menos, entre sujetos con igual acceso a medios y recursos, y donde un tercero, que puede ser un órgano jurisdiccional civil o mercantil, puede declarar ilícita la conducta y cesarla, además de poder fijar la reparación de los daños ocasionados a la víctima¹⁴.

El Derecho público de la Competencia se desarrolló de manera muy discreta en Europa en términos comparativos con Estados Unidos, sobre todo en el plano vertical en el que la protección penal de la competencia tiene particularidades que descansan, principalmente, pero no solo, en la posibilidad de aplicar penas privativas de libertad a las personas físicas que desde el entramado empresarial son las que, en efecto, controlan las actividades colusorias de las empresas.

Así, la sección penal de la *Antitrust Division* del *Department of Justice* (DOJ)¹⁵ se ocupa de los casos más graves que afectan a la competencia¹⁶, o sea, de las restricciones horizontales, o los denominados cárteles duros, cuya definición hemos visto más detalladamente en el apartado anterior. Así que la intervención del DOJ está sujeta al principio acusatorio¹⁷ y es selectiva, pues no se ocupa de las demás infracciones que están en la legislación administrativa sancionadora *antitrust*.

Así las cosas, la jurisprudencia norteamericana ha restringido la acción penal a los supuestos de cárteles duros a los que se les aplica la regla *per se*¹⁸ de la *Sherman Act* y que causen una grave afectación de la dinámica competitiva¹⁹ y exige una relación de imputación entre la afectación

¹⁴ Cfr. JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del derecho antitrust en los EEUU*, 2021, p. 17.

¹⁵ La *Antitrust Division* en la actualidad se divide en dos secciones: la penal y la civil. En principio, es el órgano que ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal, sin olvidarnos de los sujetos legitimados para actuar en otras jurisdicciones.

¹⁶ El modelo norteamericano adopta el sistema de triple atribución de legitimación, como pone de relieve JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del Derecho antitrust en los EEUU*, p. 77: «En dicho sistema se reconoce la legitimación para la incoación y represión de conductas anticompetitivas, en sede de *public enforcement*, tanto a la *Antitrust Division* (en virtud de la sección 15, letras a y f, de la *Clayton Antitrust Act*), como a la *FTC* (de acuerdo con lo dispuesto en la sección 42 y siguientes de la *Federal Trade Comision Act*). Igualmente, se contempla la capacidad para promover acciones civiles a aquellos particulares que resulten afectados por las prácticas anticompetitivas en virtud de lo dispuesto en la sección 4, letra a, de la *Clayton Antitrust Act*; así como, de forma más excepcional, a los fiscales generales de los diferentes Estados, según lo dispuesto en las secciones 4, letra c, y 16 de la *Clayton Antitrust Act* (ambas referidas a las acciones *parens patriae*). El criterio de la gravedad es el que determina la actuación penal por parte de la *Antitrust Division*; sin embargo, el cauce principal de las demandas se verifica en la jurisdicción civil – medio de resolución de conflictos por excelencia –, lo que implica una distancia abismal entre el sistema estadounidense y el europeo.

¹⁷ Este órgano tiene determinadas facultades resolutorias, tales como iniciar una acción judicial contra un determinado sujeto sin la previa decisión favorable del órgano jurisdiccional penal por infracción de las disposiciones de la *Sherman Antitrust Act* (el *Grand Jury*), poner fin anticipadamente al proceso a través de un acuerdo transaccional o conformidad (*pleas*).

¹⁸ La regla *per se* del Derecho de la competencia norteamericano se refiere a determinados tipos de acuerdos restrictivos de la competencia que se consideran prohibidos por su propia naturaleza y cuya ilegalidad se presume.

¹⁹ La restricción no es casual, como explica JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del Derecho antitrust en los EEUU*, p. 85: «Ello es así, porque si la jurisdicción penal hubiera optado por extender su conocimiento a las restantes tipologías de conductas anticompetitivas se hubiera acabado por comprometer seriamente la viabilidad del proceso civil. A causa de las *vis attractiva* que envuelve el proceso penal y del efecto suspensivo que comporta sobre el ejercicio de las restantes acciones de reclamación civil (vid. la sección 15 de la *Clayton Antitrust Act*), el ejercicio de la acción penal por parte de la *Antitrust Division* acarrearía la suspensión o la no incoación de las actuaciones en sede jurisdiccional civil, lo que, en definitiva, además de vaciar de contenido el objeto del proceso civil, acabaría por asignar, *ipso facto*, derechos de acción de primera y segunda categoría.», pues solo en caso de no actuación de la *Antitrust División* los demás legitimados podrían deducir pretensiones civiles.

de la competencia y la conducta colusoria, y, por último, se exige un elemento subjetivo consistente en el ánimo o intención de subvertir la dinámica competitiva por parte del infractor²⁰.

Los países miembros de la U.E. en general adoptan un modelo administrativo/civil (*private enforcement*) de protección de la competencia, cuya característica básica es la no utilización del Derecho penal y de la prisión como pena, con la sanción económica como protagonista exclusiva, con excepción de los países que optaron por una criminalización parcial de las conductas de cárteles, como es el caso de Alemania después de haber destapado graves casos de cárteles en licitaciones de importantes obras públicas y sus relaciones con la corrupción de funcionarios y con el amaño de licitaciones (§ 298 del StGB)²¹. Con la reforma del año 2022 España se suma a los países que optan por la criminalización y a continuación veremos los antecedentes de la reforma y su alcance.

4. Escenario europeo: la lucha contra el abuso de mercado

Una de las primeras directivas de la Unión Europea en materia penal²² trata del abuso de mercado, bajo cuyo concepto se encuentran acciones que persiguen intervenir el normal funcionamiento de los mercados y que, por consiguiente, afectan a la competencia y pueden estar relacionadas con el abuso de información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y con las alteraciones de precios fraudulentas²³.

²⁰ Sobre el elemento subjetivo consistente en infringir el normal funcionamiento del mercado véase *United States vs. Guy Potter and Matthew Giovenco*, 11-CR-316 (2014). También sobre la intencionalidad de la conducta exigida para la configuración del ilícito penal: *United States v. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974); *United States vs. Brighton Bldg. Maintenance Co.*, 598 U.S. 1101 (7th Cir. 1979); *United States vs. Cargo Service Stations Inc.*, 657 U.S. 676 (5th Cir. 1981); *United States vs. Seville Indus. Machinery Corp.*, 696 F. Supp. 986 (1988).

²¹ Sobre los modelos de criminalización (total, parcial y el de no-criminalización) y su incidencia global, véase FONSECA FORTES-FURTADO, *Cárteles de núcleo duro*, 2017, pp. 111-150.

²² Respecto del alcance y dimensiones de las competencias penales de la Unión Europea con relación a los cárteles, cfr. LOZANO MANEIRO, «La Criminalización de los cárteles en la Unión Europea», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, 2015, pp. 763-794, especialmente las conclusiones (pp. 791-793), donde profundiza sobre las ventajas y desventajas de la criminalización de los cárteles, concluyendo que «parece difícil negar que las sanciones penales, especialmente las que se traducen en medidas privativas de libertad, son el mejor mensaje que puede darse sobre el juicio que merecen determinadas conductas por parte de una sociedad», añadiendo enseguida que «las dimensiones de los cárteles y las dificultades para detectar prácticas que llevan un enorme enriquecimiento injusto apuntan a que son obra de sofisticadas organizaciones en las que parece diluirse la responsabilidad personal» y que «la criminalización conjunta a nivel europeo de los cárteles sería una clara señal sobre el reproche moral que merecen las personas que se esconden en la opacidad de la responsabilidad empresarial».

²³ En aras de no extendernos, nos hacemos eco simplemente de la definición de abuso de mercado que nos aporta, por ejemplo, NIETO MARTÍN, «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ et. al., *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 367-368: «de un lado, nos encontramos la regulación del mercado de valores, contenida en la Ley del Mercado de Valores y el Reglamento 596/2004 sobre abuso de mercado, cuyo funcionamiento se encuentra supervisado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la AEMV (Autoridad Europea del Mercado de Valores). En el mercado de valores las reglas de comportamiento básicas se centran en la protección de la información. Se trata de garantizar tres: que ningún participante opere con una información que otros no tienen, que la información no sea manipulada y que los sujetos que emiten títulos valores sean transparentes y revelen con prontitud al mercado cuantos hechos sean relevantes para determinar el precio de sus acciones. Los tipos penales que tutelan estas tres reglas básicas son el abuso de información privilegiada (art. 285), la manipulación de mercados (art. 248.2 y 3), la falsedad en el folleto informativo y la comunicación de hechos relevantes (art. 282 bis)», mientras que, en los demás mercados el objetivo es el de «mantener el mercado abierto, con el fin de que en cualquier momento puedan entrar nuevos competidores. Por esta razón, la libre competencia es esencial para la libertad de empresa (art. 38 CE). El segundo objetivo es impedir comportamientos de los propios competidores que la restrinjan y la falseen. Estas restricciones se evitan y prohíben a través de dos cuerpos normativos conexos, colindantes: el Derecho de la competencia y el Derecho de la competencia desleal».

El Parlamento Europeo, en la Resolución de 19 de enero de 2016 sobre el Informe anual de la política europea en materia de competencia considera que «las normas vigentes en materia de multas imponibles a las personas jurídicas en caso de infracciones deben completarse con sanciones concomitantes contra las personas físicas responsables», en una clara referencia a un posible uso del Derecho penal en la protección de la competencia por los Estados Miembros.

Se puede argumentar que dicha resolución no especifica qué tipo de sanciones hay que imponer a las personas físicas; sin embargo, no nos parece lógica la imposición de otra pena de multa, ya que se sanciona con pena de ese mismo tipo a ambas personas, física y jurídica, por la vía administrativa. Como es bien sabido, las sanciones económicas «podrían ser objeto de compensación por parte de las empresas (bien mediante una indemnización o mejora en las condiciones laborales *ex post*, bien compensando *ex ante* el riesgo ofreciendo mejores condiciones laborales)» a los eventuales directivos como incentivo a cometer la infracción. Lo mismo se podría afirmar con relación a la pena de inhabilitación especial, lo que nos lleva a la conclusión de que el Parlamento Europeo se refiere, sin mencionarlo expresamente, a la sanción privativa de libertad, única sanción intransferible y que, por este mismo motivo, despliega un efecto disuasorio superior.

La discusión sobre la utilización del Derecho penal en este ámbito ganó nuevos contornos directamente relacionados con una mayor preocupación a nivel europeo por los mencionados abusos de mercado²⁴, especialmente por los abusos en el mercado financiero, pero no solamente, algo que en los países de la familia del *common law* se viene haciendo desde hace bastante tiempo a través de la lucha contra el abuso económico -concepto más amplio y que engloba el abuso de mercado-, en la medida en que se constata la necesidad de mejorar la disuasión ahí donde las autoridades de competencia de los Estados miembros no están logrando llegar: a los cárteles económicos²⁵. Por este motivo, se aprobó la Directiva ECN+ 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 interior²⁶, lo que deja entrever una preocupación latente en términos de mejorar el *enforcement* en relación con algunos supuestos que podrían afectar a la competencia, de entre ellos, fundamentalmente, los abusos en los mercados financieros, pero que también afectan a los mercados de bienes y servicios, con el objetivo de proteger penalmente a la competencia. La L.O. 14/2022, de 22 de diciembre ha finalizado la transposición de la Directiva ECN+ con la introducción de la eximente de

²⁴ El artículo 7º del Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, dispone que «el concepto de abuso de mercado abarca conductas ilegales en los mercados financieros y, a los efectos del presente Reglamento, debe entenderse como la realización de operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de la misma y la manipulación de mercado. Tales conductas impiden la plena y adecuada transparencia del mercado, que es una condición previa para la negociación por parte de los agentes económicos en unos mercados financieros integrados». Obsérvese que el reglamento trata tan solamente de los abusos en los mercados financieros, que se inserta dentro del concepto más amplio de abuso de mercado.

²⁵ Nos hemos ocupado de la cuestión en FONSECA FORTES-FURTADO, «Nuevos vientos en la criminalización de los cárteles duros en España: la Directiva sobre abuso de mercado (DAM) y la Directiva ECN+», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, 2022, pp. 119-138.

²⁶ Real Decreto-Ley 7/2021, del 28 de abril de 2021, por el que se transpone la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 y se modifica, entre otras, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Vid.* un análisis crítico de esta regulación, por ejemplo, en COSTAS COMESAÑA, «La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, 2022, pp. 27-56.

colaboración premiada en el art. 288 bis CP, superando el principal escollo señalado por la doctrina para la no persecución penal de las colusiones empresariales.

5. La competencia como bien jurídico-penal protegido

5.1. Integridad y confianza en los mercados

Situados en el contexto de la reforma del año 2022 y delimitado el objeto que nos interesa, en primer lugar, hay que delimitar el bien jurídico-penal protegido. Inicialmente, con relación al tipo penal de alteración de los precios que deberían resultar de la libre competencia, la doctrina oscilaba entre la protección de un bien jurídico de cuño patrimonial²⁷, como es el patrimonio del consumidor (o de los inversores), y, en el otro extremo, la protección de un bien supraindividual o colectivo, que se identificaba con el libre desarrollo de la economía²⁸. La doctrina y jurisprudencia se han alejado de ambos extremos, evitando tanto la concepción patrimonialista exclusiva, por restrictiva, como la protección de la economía, por amplia y de difícil comprobación práctica, para ubicarse en la protección de la competencia como bien jurídico-penal protegido.

Se trata de un bien jurídico de naturaleza supraindividual, colectivo, como reconoce el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, pues se trata de proteger la integridad de los mercados y la confianza de los inversores que actúan en ellos. Además, se trata de un bien jurídico pluriofensivo, pues puede afectar de forma directa a la competencia y de forma indirecta a los intereses de consumidores e inversores. De todas formas, la sencilla referencia a la integridad y confianza en los mercados ayuda a concretar el bien jurídico en relación con los distintos mercados de que se trate.

Nos movemos aquí en el mercado de bienes y servicios, con lo cual importantes valores como la integridad y confianza en el mercado estarían totalmente comprometidos por el «pacto de no competencia» fruto de la colusión empresarial y los consumidores, afectados directa o indirectamente, se verían expoliados de parte de su dinero en virtud del sobreprecio generalmente practicado por el cártel. Esto nos ayuda a entender porque, en Estados Unidos, se suele asociar las conductas de cárteles duros a los delitos de apoderamiento²⁹, como el hurto.

²⁷ Sigue defendiendo esta posición ESTRADA I CUADRAS, «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2020, p. 534, donde señala que «la protección del mercado no tiene sentido si no es para preservar los intereses patrimoniales de quienes intervienen en él». En sentido contrario: vid. la STS 369/2019, de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2499, Caso CAM), donde se afirma que «el precepto no está orientado a la protección del patrimonio individual, sino a garantizar la transparencia, fiabilidad y seguridad del mercado». Se observa en la actualidad una tendencia a alinearse con una interpretación de cuño europeísta basada en el «abuso de mercado», tanto en los mercados financieros (art. 285 ter CP), como en el mercado de bienes y servicios (art. 284.1.1º CP), alejándose de la visión personalista y patrimonialista del bien jurídico, así se reconoce en el Preámbulo de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero. Se trataría, como vamos a ver, de proteger de forma inmediata a la competencia y de forma mediata a los intereses del consumidor o del propio Estado (*v.gr.*, en los supuestos de cárteles en licitaciones).

²⁸ Nótese que MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 24ª ed., 2022, p. 523, aboga por la protección de la economía de mercado a través de una determinada «política económica» de precios entendida ésta como el «poder ordenador» que tiene la Administración para fijar los precios en función de los diversos factores concurrentes (libre concurrencia, importancia de determinados artículos, etc.); sin embargo, la mera alteración de precios fijados por una determinada política estatal es atípica en la medida en que el tipo penal exige que se afecte a la competencia «en el libre mercado», con lo cual los precios intervenidos y regulados por el Estado quedarían fuera.

²⁹ En los países del *Common Law* es común que se afirme que no hay mucha diferencia entre la fijación de precios y el hurto. En este sentido, cfr. WILS, «Is criminalization of EU Competition Law the answer?», en

Lo cierto es que se trata indudablemente de un delito socioeconómico, lo que viene avalado también por la actual ubicación sistemática del tipo del art. 284.1.1º CP, en el capítulo que trata «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores»; en todo caso, en necesario seguir concretando el objeto de protección penal.

5.2. Sistema de economía de mercado y libre competencia

En términos constitucionales, la integridad y confianza en los mercados se relaciona con el contenido del art. 38 de la Constitución Española, que sienta las bases para la libre competencia como principio del sistema de economía de mercado, en el cual los agentes económicos acceden libremente y los precios se fijan en función de la oferta y la demanda. Conforme a dicho sistema de libertad de empresa, las conductas atentatorias a la libre competencia podrían sancionarse administrativa o penalmente, pues no existe un mandato constitucional expreso de criminalización³⁰.

Como hemos visto, en una colusión entre empresas para la fijación de precios al alza los agentes económicos que participan en ella desafían, en términos ideológicos, el sistema de libre comercio, ya que conocen la injusticia ínsita en la conducta y atentan contra la competencia conscientemente. Los cárteles duros son acuerdos entre empresarios para cesar o disminuir la competencia entre empresas que producen algo o prestan servicios, de ahí que como regla el fenómeno de formación de un cártel tenga lugar en el sector productivo de la economía y no en el mercado financiero o de valores (bursátil), donde es más difícil coordinarse y controlar factores que a veces no dependen de la exclusiva voluntad de los involucrados en la colusión, como es la subida o bajada de una cotización en el mercado de valores.

Los agentes económicos que intervienen en el mercado confían en que las transacciones de bienes y servicios se llevarán a cabo de manera justa y de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda. Lo que se espera es que exista, valga la expresión, competencia entre los competidores, que el intercambio se produzca de manera voluntaria y que se respeten las reglas del juego (*fair play*). La formación de un cártel supone la negación de todo ello³¹.

Se podría argumentar que ya es suficiente para mantener un cierto nivel de competencia en el mercado que uno de los competidores no participe en el acuerdo colusorio, aunque, en la práctica, resulta extremadamente difícil que ocurra esta hipótesis; aun así, se trataría de una colusión empresarial con vistas a eliminar o reducir la competencia, lo que de por sí ya se consideraría una quiebra importante de la libertad de competencia. Además, las empresas que no forman parte del cártel también se suelen considerar víctimas por la imposibilidad de competir en un mercado fuerte y artificialmente monopolizado por un grupo de empresas (el

EHLERMANN/ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels*, 2007, pp. 275 s., donde afirma que una colusión empresarial secreta reúne el mismo contenido moral de reproche que un delito contra el patrimonio como el hurto («*is considered to be immoral, like theft*»).

³⁰ La protección penal de la competencia se extiende a conductas de competencia desleal (arts. 278, 279, 280), corrupción en los negocios (art. 286 bis), competencia en el deporte (art. 362 quinquies), etc.

³¹ Así, BLANCO CORDERO, en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 90: «al ponerse de acuerdo sobre precios, cantidades y mercados, los miembros del cártel crean reglas ocultas conocidas solo por ellos, y que imponen a los demás. La presencia de dichas actividades socava la confianza en la justicia del mercado, cuestiona su credibilidad e integridad. La conducta de los integrantes del cártel supone un ataque directo a la competencia, que es el principio rector del modelo de organización económica de nuestra sociedad, y representa la forma más importante de manifestación del ejercicio de la libertad de empresa».

fenómeno de cartelización genera una concentración del poder económico y una monopolización o abuso del mercado); es el caso, por ejemplo, de la formación de un cártel para bajar los precios y eliminar la competencia de un único competidor que se niega a tomar parte en el acuerdo colusorio; por este motivo, incluso cuando solamente algunas empresas se involucran en el cártel ya se produce una lesión o peligro de lesión grave de la competencia.

Por otro lado, también el Estado y los consumidores son potenciales víctimas del acuerdo colusorio: piénsese en los cárteles en licitaciones³² que comportan un perjuicio para las compras del Estado y un incremento del gasto público; en segundo lugar, en un mercado en el que operan cárteles duros los consumidores sufren perjuicios económicos derivados del sobreprecio de los servicios y mercancías a los que ya nos hemos referido.

No pocas veces, se confunde la competencia con competencia perfecta, lo que genera abundantes malentendidos; por este motivo, trataremos de concretar mejor el bien jurídico-penal protegido³³ relacionándolo con el objeto de estudio, o sea, con los cárteles duros.

5.3. Protección penal de la competencia y cárteles duros

Llegados a este punto, queda claro que el bien jurídico-penal protegido es la libre competencia en el mercado -y no el mercado en sí mismo, o los intereses de los inversores y consumidores-. Ya señalaba TIEDEMANN que la competencia elimina y neutraliza la concentración de poder económico, de donde se deriva que en este ámbito corresponde primariamente al Derecho penal la función de garantizarla y oponerse al «abuso de poder económico»³⁴. Según BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE se trata de garantizar un mínimo de libertad de competencia, que implica la igualdad jurídica de los competidores³⁵.

Al igual que la regulación administrativo-sancionadora, el Derecho penal se ocupa de los ataques más graves a la competencia. Como pone de relieve GARCÍA CAVERO, la identidad funcional no es tal, pues «cada ámbito jurídico cumple una función cualitativamente diferenciable», a lo que añadiríamos también una función cuantitativamente diferenciable, una vez que el Derecho penal debe ocuparse solo de las conductas que afecten gravemente al bien jurídico, o sea, adoptando un criterio cuantitativo-cualitativo de diferenciación entre el ilícito administrativo y el penal. Según este autor, hay que «mantener la funcionalidad global de la competencia en el mercado, lo que hace que el ilícito administrativo consista fundamentalmente en un acto de desobediencia

³² Nótese la definición propuesta por el GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS EN DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA (UNCTAD), en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, TD/B/C.I/CLP/17, de 30 de abril de 2012: «Por licitación colusoria se entiende el mecanismo que utilizan los competidores que participan en una trama para hacer subir los precios en caso de que los contratos se adjudiquen a las empresas por medio de la convocatoria de una licitación. (...) Casi todos los países tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales debido a sus aspectos fraudulentos y, en particular, a los perjuicios para las compras del Estado y el gasto público».

³³ Lo que se maneja es un concepto de competencia viable (*workable competition*), pues la competencia perfecta o pura en cierto sentido es una configuración ideal, una consideración teórica útil a los efectos del análisis de mercado, pero en los mercados reales lo que existe es una competencia imperfecta. Así la STS 14371/1988, de 21 de octubre, ponente Enrique Ruiz Vadillo (ECLI:ES:TS:1988:14371), donde se afirma que «la expresión legal referida a la 'libre competencia' es equívoca y difícilmente asumible en la actualidad porque no se está en un sistema económico puro que permita la llamada competencia perfecta», aunque, como hemos visto, los términos *libre competencia* y *competencia perfecta* no son sinónimos. En esta línea: FONSECA FORTES-FURTADO, *Cárteles de núcleo duro*, 2017, pp. 12-20.

³⁴ Cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, p. 37.

³⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 477.

a las reglas de juego impuestas, que la imputación se decida por su falta de correspondencia con los estándares de actuación sobre el correcto funcionamiento del sistema competitivo global y que los mecanismos de reacción admitan medidas de corrección cognitiva»³⁶.

Eso no implica en un vaciamiento del Derecho administrativo-sancionador de la competencia, que es bastante más amplio y al que se encargan otras conductas relacionadas con el control de estructuras (concentración de empresas, fusiones, adquisiciones), los abusos de posición de dominio relacionados al *market share* (poder de mercado), poder de negociación o por causas tecnológicas, los mercados regulados por el Estado (energético, nuclear, ...), en aras al mantenimiento de la funcionalidad global de la competencia en los mercados.

La doctrina más reciente³⁷ -a falta de un epígrafe dedicado a la libre competencia en el CP- entiende que se trata de proteger penalmente la competencia, pues garantizar previamente la existencia de la libre competencia como pilar que sostiene la igualdad y la libertad en la contratación y la transparencia en la formación de los precios³⁸, bien jurídico colectivo y de naturaleza pluriofensiva, permite, en cierta medida, vincularla a bienes jurídicos individuales, como la afectación a los consumidores o al Estado (en el caso de los cárteles en licitaciones), para que no tengan que soportar prejuicios patrimoniales en virtud del sobreprecio. Así, se superan algunas dificultades interpretativas que no impiden una interpretación favorable a la subsunción típica de determinados supuestos de cárteles duros en el art. 284.1.1.º CP, como veremos a continuación.

³⁶ GARCÍA CAVERO, *Delitos contra la competencia*, 2ª ed., 2021, p. 52. Propone este autor una definición desde la Teoría de las normas, de forma que «el panorama se presenta diferente si el delito deja de interpretarse como la lesión de una realidad supraindividual valorada positivamente y se entiende, más bien, como la defraudación de una expectativa normativa esencial de la organización social. Desde esta segunda forma de comprensión, lo penalmente protegido es la vigencia de la norma defraudada por la conducta anticompetitiva del autor. El que la expectativa normativa provenga del ejercicio de ciertos derechos individuales o de una estructura social de participación, no le da al bien jurídico penalmente protegido una naturaleza distinta. En este orden de ideas, puede decirse que los delitos contra la libre competencia protegen la expectativa normativa de los agentes económicos de poder participar en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes. Su defraudación requiere, por lo tanto, cierto nivel de afectación al esquema de orientación de los intervinientes en el mercado por parte de quienes cuentan con el poder de imponer sus propios intereses. En este sentido, la lesión al bien jurídico se presentará en la medida que se produzca una limitación del ámbito de libre actuación o de las posibilidades de lección de otros sujetos económicos».

³⁷ Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La reforma del artículo 284 del Código penal: menos maquinación y más manipulación», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código penal*, 2011, pp. 407-424; SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, a los mercados y a los consumidores», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 627; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Aspectos político-criminales de los delitos socio-económico en el Código penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal de la empresa*, 2002, p. 214; GARCÍA CAVERO, *Delitos contra la competencia*, 2ª ed., 2021, pp. 51-55. Sobre los supuestos de cárteles en licitaciones, vid. DELZO LIVIAS, «Las prácticas empresariales anticompetitivas en licitaciones públicas concertadas», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, proceso penal y ejecución penal*, 2020, pp. 419-422; MARTÍNEZ HUAMÁN, «Delito de colusión: Cuestiones problemáticas del art. 384ª del CP», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, proceso penal y ejecución penal*, 2020, pp. 448-456. En Chile, véase el monográfico de ARTAZA VARELA/SANTELICES RÍOS/BELMONTE PARRA, *El delito de colusión*, 2021, pp. 29/35.

³⁸ Así, también BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 228 (citando, por su vez, a Jan SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Berlin, 2010, p. 19), advierte que se puede deducir dicha legitimidad «de las funciones económicas y político-sociales de la misma, concebida como medio para garantizar la libertad, el bienestar y la justicia en una economía de mercado».

6. Cárteles duros y subsunción típica

Como hemos mencionado al inicio, el tipo penal de alteración de los precios del art. 284.1.1º CP es el que más correlación guarda con el fenómeno más moderno de cárteles duros. Sin embargo, con respecto a los cárteles en licitaciones, parece ser de aplicación el art. 262 del CP que se refiere a una alteración de precios en concursos y subastas públicas. También se podría verificar el encuadramiento típico en el delito de estafa (art. 248 CP) y detracción de materias primas y productos de primera necesidad (art. 281 CP), a los que haremos referencia conjuntamente con el análisis del delito de alteración de precios. En efecto, el Preámbulo de la L.O. 14/2022, de 20 de diciembre es clarísimo al afirmar que: «El Código Penal español sanciona con penas privativas de libertad conductas subsumibles en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: la alteración de precios en concursos y subastas públicas (artículo 262), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (artículo 281) y la alteración de los precios (art. 284.1.º)», en los que nos centraremos.

Por otro lado, el único tipo penal que menciona expresamente el término «concertar» es el del art. 436 CP de contrataciones públicas fraudulentas, que da a entender que podría tratarse de una colusión; sin embargo, se trata de un delito de defraudación contra la administración pública cometido por autoridades o funcionarios públicos, en el que la participación de particulares se restringe a concertarse con la autoridad o funcionario público, lo que determinaría que quedasen fuera del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de acuerdos exclusivamente entre particulares y por este motivo, no se incluye en el análisis. Del mismo modo, quedarán fuera los supuestos de corrupción de autoridades o funcionarios públicos para facilitar que se lleven a cabo los acuerdos colusorios y que podrían tipificarse como delitos de prevaricación de autoridades o funcionarios públicos, pero que exceden el objetivo de este estudio.

6.1. Dificultades de subsunción típica de los cárteles duros en el art. 284.1 CP con anterioridad a la L.O. 1/2019

Con anterioridad a la reforma de la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, las dificultades de subsunción típica de los cárteles duros en el art. 284.1 CP residían principalmente en los medios comisivos exigidos: la violencia, la amenaza o el engaño. Lo cierto es que la violencia y la amenaza no son inherentes a los acuerdos colusorios, una vez que la adhesión al cártel es, como regla, voluntaria³⁹. Se argumentaba que el tipo penal no alcanzaba a los convenios limitadores de la competencia por tratarse de «un fenómeno criminológico moderno y más sutil que la exclusión de concurrentes por medio de amenazas u otros medios cuya utilización es por sí misma delictiva»⁴⁰.

Nos parece intuitivo que empresarios que deciden pactar precios no tienen que utilizar tácticas de coerción o amenazas en contra de otros participantes del mercado (*Bullying behaviour*).

³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código penal: comentarios a la reforma*, 2012, p. 406, donde señalan, en relación con la reforma del 2015, que «numerosas conductas pertenecientes al ámbito de las prácticas *antitrust* no fueran objeto de sanción penal».

⁴⁰ Así BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 270. En el mismo sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas», *Cuadernos de Política Criminal*, (14), 1981, p. 221. La paradoja había sido advertida por ESTRADA I CUADRAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 537, pues se ha utilizado cuasí exclusivamente la vía administrativa para sancionar dichas conductas, mientras que «la jurisdicción penal se ha reservado para las formas más primitivas -y menos idóneas, por burdas- de afectación del libre mercado».

Aunque el empleo de violencia o amenaza sea la excepción, en ocasiones puede producirse, como en el caso del cártel de las tuberías pre aisladas establecido en 1990, en Dinamarca (*Pre-Insulated Pipes Cartel*), que se extendió posteriormente a Italia y Alemania en 1991, y se reorganizó en 1994 para abarcar el mercado comunitario europeo, incluso con actos de violencia física y que se sancionó por la Comisión Europea en 1998⁴¹; sin embargo, se trata de un caso totalmente excepcional. La conclusión a que se llega es que exigir el empleo de violencia o amenazas prácticamente obstaba de manera irremediable a la adecuación típica antes de la reforma de 2019, una vez que en la mayoría aplastante de los casos no se utilizaban dichos medios comisivos.

Queda por verificar si se puede cometer el delito a través del engaño. Con relación a este tema se generó un interesante debate en Alemania, que culminó con la introducción del tipo de injusto de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones (art. 298 StGB), a raíz del problema generado por el hecho de que no se podía probar el elemento típico del «perjuicio patrimonial» exigido por el tipo alemán de estafa (§ 263 StGB), lo que desembocaba en sucesivos sobreseimientos de importantes y graves casos de cárteles en licitaciones⁴².

La diferencia con relación al injusto del tipo básico de estafa del art. 248 CP⁴³ es que en éste el engaño típico está orientado a dañar a una o más víctimas, mientras que en los supuestos colusorios se trata de un engaño colectivo, que afecta a un número indeterminado de personas⁴⁴. Además, no se trata de influir en la psique de un colectivo de personas (los consumidores), sino de impedir que exista la libre competencia en el mercado. Al ponerse de acuerdo, los beneficiarios del cártel tienen por objetivo eliminar la competencia y obtener unos beneficios económicos extras, pero hay una contrapartida al consumidor en términos de la entrega del producto. El consumidor, de hecho, puede elegir entre no comprar el producto, comprar otro similar o sustituirlo por otra clase de producto que cumpla con la finalidad deseada. Además, la colusión puede darse a la baja beneficiando al consumidor y afectando tan solo a las empresas concurrentes.⁴⁵ En conclusión, tampoco ese medio comisivo satisface las necesidades de tipificación de las conductas colusorias de cárteles duros que hemos visto más arriba.

⁴¹ En el asunto CE OJ 1999 L24, p. 1, Decisión 1999/60/EC, de 21 de octubre de 1998 (Caso núm. IV/35.691/E-4 - *Pre-Insulated Pipe Cartel*), se sancionó con penas de multa a las empresas involucradas.

⁴² La necesidad de introducir en Alemania el tipo de injusto de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones (§ 298 StGB) se hizo patente pues «pese a que se habían descubierto evidentes casos de concertación de precios (y favorecimiento descarado) entre algunas empresas de distintos ramos de la industria, sobre todo de la construcción, que formaron durante años verdaderos ‘cárteles de licitación’, los procesos penales solían terminar en sobreseimientos debido a que no se podía probar la presencia del elemento ‘perjuicio patrimonial’ necesario según el tipo alemán de ‘estafa’ (§. 263 StGB)», véase ABANTO VÁSQUEZ, «Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia», en SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, 2010, p. 153.

⁴³ Así, PASTOR MUÑOZ, «Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa», *Revista brasileira de ciências criminais*, (70), 2008, pp. 157-189. Con amplias referencias, LA MISMA, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004.

⁴⁴ Planteamiento destacado por BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, 2001, pp. 221-222, al señalar que «el engaño, que debe estar orientado a la alteración de los precios, debe ostentar un carácter general, esto es, debe ir dirigido normalmente a una generalidad de personas, como en las estafas colectivas». En la estafa se observa una relación directa, mediata o inmediata, entre autor y sujeto pasivo del delito, mientras que con relación a los cárteles duros esta relación puede no darse y, más bien, normalmente no existe.

⁴⁵ Si bien es cierto que el delito del artículo art. 281 CP protege básicamente intereses de los consumidores y no la competencia, pues lo que se pretende es que el abastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad se lleve a cabo en condiciones de normalidad, con lo cual, resulta coherente la agravante de practicar el delito en situaciones de grave necesidad o catastróficas, como en épocas de pandemia, crisis económica, guerras, etc. En este caso, los precios pueden incluso estar intervenidos por el Estado, pues se trata de garantizar

Como ya se ha dicho, las políticas de precios que se entienden como anticompetitivas son las de precios excesivamente elevados o bajos, así como los precios discriminatorios. Así las cosas, y con relación al grado de riesgo permitido, no toda alteración de precios es penalmente relevante, pues es necesario que el hecho sea «objetivamente idóneo» para alterar la competencia en el mercado. No basta con cualquier comportamiento, sino que debe tener cierta «gravedad» y, además, «idoneidad» para afectar a la competencia, es decir, que la alteración de los precios que se pretende debe tener un «alcance general»⁴⁶. Por consiguiente, los cárteles económicos de núcleo duro sin entidad suficiente para causar dicho perjuicio a los consumidores - por ejemplo, cárteles con una actuación muy limitada en términos geográficos y que afectan a un mercado relevante pequeño-, serían perseguibles únicamente a instancias administrativas. Lo cierto es que la mera referencia a los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia no supone una barrera a la adecuación típica⁴⁷, sino que ahora se exige un mayor desvalor del resultado, como veremos a continuación.

6.2. El nuevo art. 284.1.1º CP: finalmente la criminalización de los cárteles duros

A continuación, nos adentraremos en un terreno en el que aún no se ha manifestado la jurisprudencia y en el que nos encontramos con una importante alteración legislativa: la reintroducción de la cláusula abierta «o cualquier otro artificio» en el apartado 1º, del art. 284.1 CP, lo que hace sospechar que se trata de un intento de criminalizar algunos supuestos de cárteles duros⁴⁸, pues de lo contrario, ¿por qué se habría incluido tal medio comisivo? Los puntos centrales de la reforma del 2019, por lo tanto, son: a) la exigencia de un menor desvalor de la acción, al poder cometerse el delito mediante cualquier otro artificio⁴⁹, mientras que b) se exige un mayor desvalor de resultado.

Con relación al primer punto, se trata de concretar la amplitud de los medios artificiosos a efectos de fijar su alcance en lo que se refiere a los cárteles duros. Como hemos visto, dicha fórmula ya se utilizaba por el legislador español de 1848 en el decimonónico delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, logrando avanzar incluso más que el correspondiente articulado del Código Penal francés de 1810, el conocido como Código Penal napoleónico. En el debate legislativo que culminó con la redacción de los arts. 449 a 452 del CP 848, artículos 460 a 463 del

el abastecimiento de determinados productos como, por ejemplo, las mascarillas faciales durante la época de la pandemia por Coronavirus.

⁴⁶ Véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 575/2004, de 11 de mayo de 2004, ponente Juan Saavedra Ruiz (ECLI:ES:TS:2004:3167), y la STS 570/1983, de 11 de noviembre, ponente Martín Jesús Rodríguez López (ECLI:ES:TS:1983:570), respecto de la existencia de una especulación de largo alcance. Véase, también, la STS 4067/1979, de 2 de octubre, ponente Manuel García Miguel (ECLI:ES:TS:1979:4067), que trata de un caso de un colectivo de panaderos que intentó forzar una alteración general del precio del pan mediante el procedimiento concertado consistente en la reducción del peso del pan en un 30%.

⁴⁷ De ahí la referencia a la manipulación de precios que hace GÓMEZ-JARA DÍEZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, pp. 407-424.

⁴⁸ Más bien escéptico a este respecto, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Son ahora punibles los cárteles?», *Almacén del Derecho*, 2019. Disponible en: *¿Son ahora punibles los cárteles? - Almacén de Derecho* (almacenederecho.org), acceso en 09/11/2022.

⁴⁹ Que como hemos visto se utilizaba en el Código penal de 1848 (art. 451) y se mantuvo en el CP de 1850 (art. 462), CP de 1870 (art. 557), CP de 1932 (art. 530), y en el CP de 1944 (art. 540) y que solamente en el CP de 1973 se sustituye por la expresión «o usando de cualquier otra maquinación», posteriormente también abandonada. Sobre antecedentes históricos del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas véase, entre otras, la STS 4354/1992, de 1 de junio, ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (ECLI:ES:TS:1992:4354) y la SAP Barcelona, Sección 6ª, de 14 de febrero de 1996, ponente José Luis Florensa Labazuy.

texto reformado de 1850⁵⁰, la Comisión Codificadora del CP 1848 ubicó los delitos relacionados a la colusión y alteración de precios de mercado como delitos contra la propiedad, en el capítulo «De las Colusiones y Coligaciones fraudulentas», junto al capítulo «De la usurpación» y el de «De las quiebras, estelionatos y otras defraudaciones».

También la redacción del art. 449 del Código Penal de 1848, que no se modificará en la reforma de 1850 en el art. 460, se refería a dicha cláusula abierta al sancionar a «los que solicitaren dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella a los postores, por medio de amenazas, dádivas, promesas «o cualquier otro artificio», con el fin de alterar el precio del remate»⁵¹ (el destaque es nuestro). Según CUERDO MIR, se entendía entonces que el artificio «es una modalidad de conducta que pudiera alcanzar para algún tipo de convenio o acuerdo entre los licitadores, de modo que unos se pueden abstener a actuar ficticiamente, a la vez que el adjudicatario final consigue con su puja hacerse con lo subastado y repartir las rentas con todos los demás que han suscrito el acuerdo, apuntando por tanto, a una conducta anticompetitiva»⁵².

Sin embargo, la utilización de medios artificiosos no constaba en el art. 450 del Código Penal de 1848 (art. 461, de la reforma de 1850), que decía lo siguiente: «los que coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones, serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con las penas de arresto mayor y multa de 20 a 100 duros», y el empleo de medios violentos o amenazas determinaban la imposición de la pena en su grado máximo. Las concordancias señaladas para este tipo penal por PACHECO son las Partidas, el Código Penal napoleónico y el Código austriaco, siendo así que en la segunda mitad del siglo XIX en España era el que más se verificaba en la jurisprudencia, pero fue el que más rápido ha dejado de existir con su supresión en 1909 por la Ley de Huelgas.

Otra importante concordancia es la del Código Penal francés de 1810 que en su art. 419⁵³ empieza con la divulgación de «hechos falsos o calumniosos» en el mercado, pero a continuación clasifica la «reunión o coalición» de los oferentes de una mercancía como configuradora de los medios

⁵⁰ Cfr. CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 302, 303.

⁵¹ Aunque no hubiese intervenido en los debates de la Comisión de codificación, PACHECO señala que los antecedentes del Código Penal de 1848 son la Novísima Recopilación de las Leyes de España, Leyes 10 y 11 del Título 12, del Libro XII, así como la influencia francesa del Código Penal napoleónico a la que nos hemos referido al inicio de este estudio. Cfr. PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, pp. 1274-1275. Apunta QUINTANO la influencia del art. 222 del Código de Nápoles, aunque se referían a la coyuntura político-económica de la época relacionada a «los agios más desenfrenados» observados en las subastas de los bienes eclesiásticos y de nobles incautados por el régimen revolucionario francés. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, t. III, 1978, p. 191.

⁵² Así lo explicita CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 313, 352-358. Recoge las sentencias del Tribunal Supremo relativas a los arts. 449 a 452 del CP 1848: en relación con las subastas, la sentencia de 16 de febrero de 1872 y la de 10 de mayo de 1881. También menciona un Recurso de Casación por la Sentencia de la Audiencia de La Coruña, Sala de lo Criminal, de 15 de diciembre de 1871, que revisaba la sentencia del Juzgado de primera instancia de Lugo en una subasta judicial de venta de bienes de hijos menores en la que propuso a varios postores que no se presentasen (art. 555 del CP 1870), que declaró que los hechos probados constituían un delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, mientras quedaba sobreseída la acusación por delito de estafa tentada. El TS rechazó el recurso y mantuvo la sentencia.

⁵³ Código penal francés de 1810: «Art. 419. El que por hechos falsos o calumniosos divulgados intencionalmente entre el público, por medio de ofertas hechas a los mismos vendedores, por la reunión o coligación entre los principales tenedores de una misma mercancía o artículo, formada para no venderla, o venderla sólo a cierto precio, o por otras vías o medios fraudulentos, hicieren subir o bajar el precio de géneros, mercancías, documentos o efectos públicos, en más o menos suma de la que hubiere resultado de la libre y natural concurrencia del comercio, será castigado con las penas...».

artificiosos para la consecución del delito y de ahí viene el uso de la fórmula «cualquier otro artificio» en el art. 451 CP 1848⁵⁴.

Ahora bien, no podemos extendernos aquí en la evolución normativa de dichos tipos penales, sino señalar la importancia contemporánea que adquieren a partir de la constatación de que la protección penal de la competencia se justifica en varios supuestos, principalmente en el fenómeno más moderno de los cárteles duros y la modalidad del *bid rigging* o cárteles en licitaciones⁵⁵, una vez que el Estado asume tareas socialmente importantes como la gestión del sistema de salud o de educación en las que la adquisición de mercancías se da a través de procedimientos de licitaciones públicas mayormente.

Lo que queda claro es que se trata de una vuelta a los orígenes del delito de maquinaciones⁵⁶, que sí se refería expresamente a las «reuniones o coligaciones», lo que puede servir de referente jurisprudencial a la hora de delimitar la amplitud del artificio como medio comisivo del delito, para llegar a la conclusión de que a partir de ahora los cárteles duros son penalmente típicos.

En el sentido literal, «artificio» es cualquier procedimiento o medio ingenioso para conseguir, encubrir o simular algo, lo que facilita enormemente la subsunción típica de los pactos colusorios, pues «se está haciendo uso de un amaño o una simulación, en definitiva, de un artificio»⁵⁷. La jurisprudencia entiende que se trata de la «argucia, ardid o subterfugio» empleados para cometer el delito. La sociedad tiene la expectativa de una competencia verdadera en los mercados de bienes y servicios, por consiguiente, los medios artificiosos abarcarían las conductas deshonestas, fraudulentas, en conclusión, los acuerdos secretos que subvierten gravemente a la competencia, que eliminan el *fair play*.

Por otro lado, no hay que perder de vista el camino señalado desde las instituciones europeas hacia las denominadas prácticas abusivas de mercado⁵⁸, que también se puede utilizar en clave de interpretación para un posible acercamiento al modelo anglosajón. Por ejemplo, se puede entender artificio la utilización de medios deshonestos (la *dishonesty* del *actus reus* del delito de cárteles). Por supuesto, es discutible el punto de partida por el que la intervención del Derecho

⁵⁴ Nótese que se perseguían penalmente las colusiones que restringían la libertad de las empresas en los albores del Estado Liberal, como señala CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 332-333: «De esta manera, si lo unimos al artículo anterior del mercado de trabajo, el Código Penal de 1848 persigue como delitos toda colusión -por coligación- que, en sentido más contemporáneo, restrinja las cuatro libertades comerciales básicas: de bienes, de servicios, de trabajo y de capitales. En esta medida, el Estado liberal que se está construyendo en España a mediados del siglo XIX, sobre la base de sus nuevos Códigos legales, está teniendo en cuenta las restricciones a la libertad de empresa y al comercio que pueden generar los propios operadores en esos mercados, a través de su comportamiento. El CP de 1848 lo intenta corregir interviniendo en la jurisdicción penal, considerando delitos tales restricciones».

⁵⁵ Por dos motivos, como señala CUERDO MIR: «el gasto público de los Estados en el mundo desarrollado representa una parte importante del PIB del país, que en algunos casos supera el 50% del mismo» y, por otro lado, la importancia de la «eficiencia económica del sistema en la previsión de esos bienes y servicios por parte de las Administraciones Públicas es causa de interés general, que perfectamente podría justificar un ámbito penal, del mismo modo que se reconoce ese ámbito en la fiscalidad, por ejemplo» (*Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, 2016, pp. 311-312).

⁵⁶ Así, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, en BENEYTO PÉREZ/GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2015, p. 599.

⁵⁷ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, en BENEYTO PÉREZ/GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, 2015, p. 601.

⁵⁸ Es llamativa la nueva agravante introducida por la L.O. 01/2019 que obliga a imponer la pena en su mitad superior si el sujeto se dedica de forma habitual a estas prácticas abusivas.

penal debe ocurrir con relación a la competencia en el mercado, pero nos parece correcto afirmar que, a partir «del límite en que la destreza para los negocios deja de ser ‘justa’ y empieza la que es ‘injusta’ por excesiva; es decir, aquella ‘destreza’ comercial que perjudica a otros y, en conjunto, aporta a la sociedad más daños que beneficios»⁵⁹, estaría legitimada la intervención penal.

Es muy pronto para saber cómo se posicionará la jurisprudencia, sin embargo, desde una perspectiva teleológica, habrá que analizar hasta qué punto, o en qué supuestos, el contenido de desvalor de un acuerdo colusorio artificioso puede ser equivalente al del uso del engaño, por deshonesto o abusivo.

Debe señalarse que la barrera que se presentaba a la tipificación de las colusiones con relación a los medios comisivos del tipo del art. 284.1.1º CP se ha superado con la reforma del año 2019, siendo perfectamente posible la subsunción de algunas conductas, como las conductas artificiosas de alteraciones de precios, en el nuevo tipo.

Con relación al segundo punto al que hemos hecho referencia al empezar este apartado, la verdad es que no se trata de un verdadero obstáculo a la subsunción típica. El anterior delito del art. 284.1.1º CP era de «consumación anticipada» o «delito de emprendimiento», en el que se adelanta la línea de la intervención penal a un momento anterior al de la lesión, con lo que la mera «tentativa de alteración de los precios» aunaba suficientes riesgos para el bien jurídico protegido y generaba un indeseable solapamiento con el ámbito administrativo sancionador.

La reforma del 2019, acertadamente, exige un mayor desvalor del resultado al determinar que para la consumación es necesario la efectiva alteración de precios. La tentativa⁶⁰ sería posible, aunque el mero intercambio de informaciones sensibles sobre los precios entre competidores entraría en la categoría de mero acto preparatorio del acuerdo, que se podría sancionar únicamente por vía administrativa⁶¹.

6.3. El art. 262 CP y los cárteles en licitaciones

Ahora se analiza la posible subsunción típica de la modalidad de cárteles en licitaciones o *bid rigging* en el art. 262 que sanciona la alteración de precios en concursos y subastas públicas a quienes «se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate». La clave está en que el «concerto» va referido a la alteración del precio «del remate», que es propio de las subastas que están disciplinadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Enjuiciamiento Civil.⁶²

⁵⁹ Ya insistía en la necesidad de un mínimo ético económico para la convivencia social, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, p. 22.

⁶⁰ ABANTO VÁSQUEZ, en SERRANO-PIEDCASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, 2010, p. 148. Este autor sitúa las reuniones y deliberaciones en el campo de la tentativa y la alteración de precios como el inicio de ejecución.

⁶¹ Cfr. POSADA DE LA CONCHA/GARCÍA DE FRUTOS, «Intercambios de información entre competidores. Actuaciones de la CNMC en un caso reciente», en CASES PALLARÈS (dir.), *Anuario de la competencia 2014*, 2015.

⁶² La subasta se configura como uno de los mecanismos de realización de los bienes embargados para la obtención de dinero suficiente para el pago del acreedor-ejecutante; mientras que el remate es la aprobación judicial, a través de un auto, de la mejor postura de las admisibles realizada en una subasta de un bien mueble o inmueble. La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la subasta de bienes muebles en la Sección 5ª del Capítulo IV – Del procedimiento de apremio, Título III, Libro III, ocupándose en el artículo 650 de la aprobación del *remate, pago y adjudicación de bienes*, y trata de la subasta de bienes inmuebles en la Sección 6ª. La aprobación del remate, pago y adjudicación de los bienes al acreedor, lo cuida en su art. 670. Las subastas electrónicas de bienes muebles, de bienes inmuebles

Mirando con más detenimiento el art. 262 CP se llega a la conclusión de que contempla algo que se podría denominar «cárteles en subastas públicas»⁶³, que a su vez es lo que impide la aplicación a los cárteles «en licitaciones».⁶⁴ La pregunta, entonces, sería ¿la mera supresión del término remate -o su sustitución por el término adjudicación- sería suficiente para la tipificación de los cárteles en licitaciones? Antes de contestar, vamos a ver las demás conductas típicas del art. 262 CP.

Como hemos visto, la primera modalidad típica de «concertaren entre sí» exige expresamente que se actúe con el fin de «alterar el precio del remate»⁶⁵, así entiende la jurisprudencia⁶⁶: la conducta típica se refiere solo a los sujetos participantes en las «subastas»; por este motivo, «los hechos típicos realizables en concursos quedan reducidos a los incluidos en el primer inciso, esto es, la solicitud de contraprestación para no tomar parte en una de estas convocatorias»⁶⁷. Por lo tanto, los cárteles en licitaciones en los que no se constate la solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en la convocatoria no alcanzarían la tipicidad penal. O sea, la casi totalidad de los casos.

y de bienes inmuebles en los casos en los que estos hubieran sido hipotecados, con las especialidades propias de la ejecución hipotecaria, se regulan en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

⁶³ La no inclusión de los licitantes podría tratarse de un error, «habiéndose dejado el legislador arrastrar inercialmente por la regulación anterior», como señalan GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, 2017, p. 91, n. 39. Si bien los autores mencionan una sentencia del Tribunal Supremo (STS 508/2015, de 27 de julio, ponente Juan Saavedra Ruiz, ECLI:ES:TS:2015:3699) que hace una interpretación muy amplia del término «remate» del art. 262 CP abarcando también a los concursos, acaban por llegar a la conclusión de que proponer una interpretación muy amplia del término postores para incluir también a los licitantes, sería muy discutible en términos del principio de legalidad penal. Cfr. también HERNÁNDEZ BASUALTO, «La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el Derecho chileno», *Política Criminal*, (7-13), 2012, *passim*.

⁶⁴ La inclusión de esta modalidad de conducta en el tipo penal se dio a raíz del llamado caso de los *subasteros*, que consistía en ponerse de acuerdo entre sí con carácter previo a la celebración de la subasta para distribuirse de antemano la adjudicación de los bienes, establecer el precio resultante, pactar la abstención de licitantes, etc. Véase la STS 692/1997, de 7 de noviembre, ponente Francisco Soto Nieto (ECLI:ES:TS:1997:6660) y la SAP AL 232/2007, de 20 abril, ponente Manuel Espinosa Labella (ECLI:ES:APAL:2007:232), sobre un abandono fraudulento de subasta y condena por el art. 262, CP por el hecho de que, «iniciada la puja y previo concierto entre los dos último acusados, A., realizó la primera puja por la cantidad de 25.000 euros e inmediatamente después, su cuñado, el acusado G., elevó rápida y subrepticamente la postura considerablemente a la cantidad de 120.000 euros, sin dar oportunidad alguna a nuevas pujas entre las concurrentes, y produciéndose la aprobación judicial del remate a su favor, pendiente únicamente de consignar la diferencia entre dicha cantidad y la previamente consignada para tomar parte en la subasta».

⁶⁵ Cfr. BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, 2001, pp. 415-416, donde señala que la finalidad de alterar el precio del remate solo afecta a la concertación, de forma que las demás conductas son delictivas sin necesidad de demostrar finalidad alguna. Cfr. también ABANTO VÁSQUEZ, en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, 2010, p. 141: «Pero en parte la doctrina señala que en algunas modalidades podría necesitarse también un elemento subjetivo adicional: la intención de querer ‘alterar el precio’. P.ej. en la modalidad de ‘concertación’ o cuando se intenta alejar de la subasta a otro. Por lo menos en el primer caso resulta exagerado exigir tal elemento subjetivo adicional; la intención de ‘eliminar competidores’ (e indirectamente alterar el precio de los bienes o servicios) suele ser reflejo de la conducta anticompetitiva típica». A nuestro juicio, el elemento subjetivo del injusto se limita a la única modalidad de conducta cuya descripción lo incorpora de forma expresa; esto es, a la modalidad de concertarse.

⁶⁶ SAP Valladolid, Sección 4ª, núm. 261/2005, de 19 de abril, ponente María Teresa González Cuartero, FD 1º: «es indiferente como bien dice el juez *a quo*, que solamente se tenga sospecha del acuerdo de voluntades entre el acusado y el Sr. Y, porque lo que el tipo castiga es el abandono injustificado de la subasta, para alterar el precio de la misma, lo que ha quedado totalmente demostrado».

⁶⁷ Cfr. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t.1, 2004, p. 910.

Si el legislador pretendía dotar al precepto del art. 262 CP de una mayor amplitud de protección penal, sobre todo en el ámbito de los «concursos administrativos», incorporando una formulación típica más idónea para captar conductas de indudable lesividad social cuya gravedad, y reiteración, sobre todo en el ámbito de los concursos y subastas administrativos, corren parejas al aumento de la actividad del sector público en la economía, no logra cumplir dicho objetivo. En virtud de la poca aplicabilidad del tipo de injusto del art. 262 CP, resulta que el Tribunal Supremo, en supuestos de cárteles en licitaciones, entiende que se trata de delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 540 CP/1973), actualmente el tipo de injusto de alteración de precios del art. 284.1 CP⁶⁸.

Muy ilustrativa es la SAP M 2512/2001, de 21 de febrero, ponente Javier Martínez Lázaro (ECLI:ES:APM:2002:2512), en la que un concejal ofrece a un postor la «posibilidad de que el Ayuntamiento de Getafe le adjudicase obras a través del Servicio de Obras y Mantenimiento y a cambio de percibir para sí una comisión en metálico por cada una de las obras adjudicadas de aproximadamente un 10%», y no para que él no tomase parte en la licitación. Se les condena por delitos continuados de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Se observa en la sentencia que aparentemente se cumplía el imperativo legal de requerir al menos a tres empresas, «a sabiendas de que una sola iba realmente a licitar para, de esta forma, eludir la libre concurrencia de otras empresas independientes, alterando con ello o, por lo menos, intentando alterar el precio de la contratación de la obra de referencia», lo que se configura como *modus operandi* de cárteles en licitaciones.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público menciona las siguientes modalidades de contratación pública en su art. 5º: contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Exactamente por las peculiaridades que envuelven a la contratación pública, la conclusión a que se llega es de que podrían ubicarse en el art. 284.1.1º CP analizado anteriormente, pero difícilmente encontrarían fácil acomodación típica en el injusto del art. 262 CP.

7. Responsabilidad penal corporativa

El Derecho penal económico y de la empresa viene experimentando un creciente interés por la introducción en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁹ en el año 2010 -y

⁶⁸ STS 575/2004, de 11 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz (ECLI:ES:TS:2004:3167), en la que se condena por delitos de cohecho y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el supuesto en el que se presentaron a concurso público tres empresas concertadas entre sí; y la STS 504/2003, de 2 de abril, ponente Andrés Martínez Arrieta (ECLI:ES:TS:2003:2278), en el supuesto en el que se constituyó una empresa por la esposa del funcionario que debía adjudicar, empresa que fue vendida ficticiamente al concursante que finalmente consigue la adjudicación (en el fallo se le condena por cohecho, maquinaciones y prevaricación). Cfr. JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la administración pública*, 2011, pp. 55-59 y 56, sobre la última sentencia, donde observa que: «aunque en este caso el Tribunal llega a plantearse la aplicación del delito de prevaricación, finalmente lo descarta porque la actuación del concejal no encajaba en el tipo del artículo 404, al no ‘dictar’ una resolución. Lo que había hecho este miembro del consistorio era ‘proponer’ ante el órgano que realmente debía resolver. Finalmente, se valoran los hechos como un delito de ‘maquinación para alterar el precio de las cosas’ del artículo 284 del Código penal, en su versión anterior a la reforma 5/2010, que ahora constituye parcialmente el párrafo 1º».

⁶⁹ Con amplias referencias, vid. FERNÁNDEZ TERUELO, Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance), 2020; RAGUÉS I VALLÈS/ROBLES PLANAS, *Delito y empresa*, 2018; CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva*

la posterior reforma del año 2015-, que supuso un giro copernicano al incluir en el artículo 31 bis del Código Penal sanciones para ciertas corporaciones por algunos delitos cometidos por sus directivos o empleados, que conforman una lista cerrada y exclusiva en la que se incluye el art. 284.1.1º CP.

Tanto el Derecho administrativo sancionador, como el Derecho penal prevén sanciones para las personas físicas y jurídicas -en un sistema de doble vía-, con la gran diferencia que supone, en términos preventivo-generales, la posibilidad de aplicar penas de prisión a las primeras. En este momento no vamos a efectuar un análisis comparativo de dichos estándares sancionadores -tarea que podrá ser desarrollada en el futuro-, sino que nos dedicaremos a dos temas más específicos: a) los programas de cumplimiento en materia de competencia (*compliance antitrust*), inexistentes en el Derecho administrativo sancionador; b) la exención de responsabilidad o la reducción de la penas en ambos ordenamientos, es decir, los programas de clemencia, las delaciones o colaboraciones premiadas a los alertadores (*whistleblowers*).

7.1. Programas de cumplimiento en materia de competencia o *compliance antitrust*

Como hemos adelantado, los programas de cumplimiento en materia de competencia o *compliance antitrust* no están previstos en el ordenamiento administrativo sancionador⁷⁰ y son una de las novedades más importantes introducidas por la reforma del Código Penal del año 2015: pueden eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas o, si solo se cumplen parcialmente los requisitos legales, implicar una rebaja de la pena.

Los *compliance programs*, importados del derecho angloamericano⁷¹, desempeñan un rol decisivo, sea para fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, o bien para excluirla. Se deja al libre albedrío de los jueces y fiscales el análisis de eficacia e idoneidad de los programas de cumplimiento, con un análisis caso a caso, como se puede deducir de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016.

en el Derecho penal: *Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008; BACIGALUPO SAGGESE/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Cuestiones Prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, 2005. Sobre las sanciones que se pueden aplicar a las personas jurídicas, véase TUGUI, *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español*, 2022; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017.

⁷⁰ En Chile se discutió sobre si puede generar efectos el programa de cumplimiento cuando una empresa comete una infracción contra la competencia; el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Corte Suprema, en el «Caso Supermercados», consideraron que la única eximente *antitrust* son los programas de clemencia por expresa previsión en la ley administrativa de la libre competencia, con lo cual no se otorgó efectos eximentes para las empresas que cuenten con un programa de cumplimiento adecuado y eficaz, lo que deja claro las incompatibilidades entre estos dos programas y la problemática relación entre ellos. Véase BELMONTE PARRA, «El compliance y los cárteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad?», *CeCo Centro Competencia*. Disponible en: El compliance y los cárteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad? | CeCo (centrocompetencia.com), acceso el 11/09/2022.

⁷¹ Lo cierto es que en el ámbito internacional se ha vivido un importante avance de la autorregulación regulada en un entorno estandarizador y, en el plano nacional, cabe mencionar que España abandonó, desde el año 2017, la estructura clásica de normalizadores-certificadores en un mismo órgano y la desdobló en dos entidades jurídicas diferentes: la UNE, que es la Asociación Española de Normalización, que, como su nombre indica, se ocupa de las funciones de normalización, y la Aenor Internacional, sociedad mercantil cuyo objeto social fundamental es la verificación, inspección y certificación, es decir, opera como prestadora de servicios de evaluación de la conformidad.

A efectos prácticos y para implementar una estructura de prevención del delito, es cada vez más común que las empresas acudan a estándares específicos (tales como la norma ISO 19601, sistema de gestión de *compliance* penal) o que se utilice el estándar UNE-ISO 37301:2021⁷², pues se trata del primer estándar mundial de *compliance* transversal con pretensiones de poder aplicarse a organizaciones de todos los sectores y tamaños, que está dotado de requisitos medibles para hacerlo efectivo y cuya gran novedad es que no establece un área concreta de obligaciones de cumplimiento a integrar bajo su estructura, sino que puede adaptarse a varias áreas a la vez.

El estándar UNE-ISO 3730:2021 sirve para gestionar el *compliance* y cada empresa puede incluir las concretas áreas en las que operará, con lo cual empresas del mismo sector pueden priorizar los riesgos de cumplimiento de diferente manera y por eso cabe hablar de una «superestructura de *compliance*» integradora de lo que serían las pequeñas «islas» de cumplimiento (anti-soborno, medio ambiente, tributario, etc.), que deberán orbitar en torno a la misma cultura -y estructura- de *compliance*. Esta norma es muy importante, pues se podría acoger bajo su metodología de buenas prácticas un área para la que aún no hay un estándar específico, como el programa de cumplimiento en material de competencia.

Los programas de clemencia o *leniency programs* operan *ex post* al cometimiento de la infracción, con lo cual su alcance y principios rectores son totalmente distintos a los de los programas de cumplimiento. Los programas de clemencia se destinan a la detección -o a avanzar en la investigación de aquellos ya detectados-, apoyando la actividad investigadora de la CNMC para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigados⁷³; por lo tanto, serían lo que en Derecho penal se conoce como delación o colaboración premiadas.

Según los arts. 65 y 66 de la LDC, las personas físicas y jurídicas compiten por ser la primera que presente la correspondiente solicitud de exención. Quienes la presenten después se ponen a la cola para obtener una eventual reducción de la multa, siempre y cuando hayan colaborado con la CNMC. Se trata, y hay que insistir en ello, de una acción post delictual dirigida a la exención o reducción de la multa, y que solo se puede presentar hasta el momento procedimental del Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

⁷² El estándar UNE-ISO 37301:2021 nace del marco de regulación nacional e internacional como un sistema de gestión de *compliance* con requisitos de orientación para su uso, que sustituye a la famosa UNE 19601:2017, y va un paso más allá al contener requisitos y obligaciones a respetar. De esta manera se dejan atrás las directrices no obligatorias de la ISO 19600:2015 (UNE 19601:2017) y se comparte la Estructura de Alto nivel de las normas de sistemas de gestión internacionales ISO, con lo que se abre la posibilidad de integración con otros sistemas y, lo más importante, que a la implementación de estos sistemas de gestión de *compliance* puede seguirle una auditoría de tercera parte que evalúe la conformidad del sistema implementado en relación precisamente con lo contenido en el texto del estándar, es decir, permiten excluir modelos meramente cosméticos o de copia-pegar.

⁷³ De acuerdo con el art. 65 de la LDC, para obtener la exención del pago de la multa, el solicitante debe ser el primero (empresa y/o persona física) en aportar a la Dirección de Investigación de la CNMC (o de la Comisión Europea) suficiente información y elementos de prueba que le permitan ordenar una inspección en relación con un cartel o establecer la existencia de dicha infracción. Será descalificado el solicitante de exención que haya coaccionado, es decir, que haya adoptado medidas para obligar a otras empresas y/o personas físicas a participar en el cartel o a mantenerse en él. Los solicitantes de clemencia que no reúnan los requisitos necesarios para optar a la exención podrán beneficiarse de una reducción del importe de la multa, si facilitan elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNMC y colaboren durante el procedimiento. Las reducciones se hacen por bandas respetando el orden de presentación de las solicitudes y los primeros que presenten la solicitud se benefician de mayores reducciones.

La casi totalidad de los cárteles se descubre a través de los programas de clemencia de la CNMC, lo que da pie a que un sector doctrinal critique su criminalización, pues esto generaría tanto la inoperancia penal, cuanto administrativa, al no existir en Derecho penal un programa de clemencia⁷⁴, óbice que acaba de superarse con la reforma del año 2022.

Sin embargo, nos parece oportuno efectuar algunas matizaciones: primero, la propia duración media de los cárteles destapados por la vía administrativa rompe con el mito de que los programas de clemencia sirven para incentivar las delaciones⁷⁵; segundo, con relación a las personas físicas, la pena privativa de libertad genera incentivos superiores de delación; tercero, el Derecho penal cuenta con instrumentos de investigación más invasivos, como por ejemplo las intervenciones telefónicas, que podrían suponer mejores oportunidades de destapar cárteles duros, en un ambiente en el que entre las empresas existe una verdadera «omertá», en el sentido de que prima la unión basada en el compromiso mutuo de obtener beneficios económicos derivados del pacto secreto y la regla es el silencio; finalmente, se mezclan dos niveles distintos: a) el preventivo, a través de actuaciones anteriores al cometimiento del delito (a través de los programas de *compliance antitrust*); y, b) los represivos: actuaciones posteriores al hecho y que operan como factor estimulante de la delación y cooperación con las autoridades (los programas de clemencia o de colaboración o delación premiada). Sin duda, el primer efecto prima sobre el segundo.

Suponiendo que la fijación de precios cometida por un cártel se subsuma en el art. 284.1.1º CP las consecuencias serían: a) la paralización del procedimiento administrativo-sancionador a favor del penal, con lo cual primaría el programa de cumplimiento en materia de competencia sobre el programa de clemencia administrativo-sancionador; b) todas las personas jurídicas involucradas en el cártel que cuenten con un programa de cumplimiento en materia de competencia idóneo y eficaz podrían obtener la exención de la responsabilidad penal y no solo de la multa; c) las personas jurídicas involucradas en el cártel que cuenten con programas de cumplimiento en materia penal que solo cumplan parcialmente con los requisitos legales podrían beneficiarse de una rebaja de penas; c) las personas físicas podrían beneficiarse de la colaboración premiada del artículo 288 *bis* CP.

Así las cosas, dos puntos fuertes pueden actuar como factores diferenciales para preferir el uso de la vía penal: a) más incentivos a la delación por las personas físicas en virtud de la pena de prisión; b) más prevención del delito a través de la adopción de programas de cumplimiento en materia de competencia por las personas jurídicas, que pueden contar con la superestructura de cumplimiento de la UNI-ISO 37301:2021.

La conclusión a que se llega es la de que es más ventajoso para la protección de la competencia que las empresas cuenten con un eficaz e idóneo programa de *compliance antitrust* para alentar a que no se cometan tales delitos y que cuenten con una estructura capaz de detectar riesgos y evitarlos a través de controles previos. En segundo lugar, la previsión de penas privativas de libertad para las personas físicas involucradas en un delito de cártel sin duda despliega factores

⁷⁴ Cfr. LASCURÁIN SÁNCHEZ, «¿Son ahora punibles los cárteles?», en *Almacén del Derecho*, <https://almacenederecho.org/son-ahora-punibles-los-carteles>, acceso en 09/11/2022, p. 3. Para este autor, cualquier estrategia sensata, penal o administrativa, pasaría por la exención del miembro denunciante.

⁷⁵ Cfr. CORTI VARELA, «Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC», *Documento de trabajo. Serie Política de la Competencia*, (33), 2013, pp. 10-11, sobre la tipología de los cárteles duros en relación con su duración.

óptimos de disuasión y no genera efectos colaterales para las empresas y los trabajadores, como el cierre o suspensión de las actividades empresariales.

7.2. La «clemencia penal» y los *whistleblowers*

A partir de la reforma del año 2022, el ordenamiento jurídico-penal español cuenta con instrumentos de colaboración premiada para las personas físicas que quieran denunciar y colaborar con las autoridades en la investigación y persecución de cárteles duros en los términos dispuestos por el art. 288 *bis* CP: «En los supuestos previstos en los artículo 281 y 284 de este Código, quedarán exentos de responsabilidad criminal 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 ellos, cuando 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 de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso, b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia, c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que 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 sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos, d) se trata de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores»⁷⁶.

Con relación a los cárteles en licitaciones la reforma de la L.O. 14/2022 introdujo la colaboración premiada en el nuevo apartado tercero del art. 262 CP. Así las cosas, para los sujetos activos de delitos de cárteles en licitaciones que tengan cabida en el tipo penal del art. 262 CP podrían beneficiarse del instituto de la colaboración premiada penal, al que indebidamente se le denomina a veces «clemencia penal» para diferenciarlo de los programas de clemencia de la LDC, pero, en realidad, se trata de medidas premiales basadas en la colaboración con las autoridades por parte del responsable del delito como consta en el Preámbulo de la L.O. 14/2022, de 20 de diciembre.

Por otro lado, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, publicada en el BOE de 21 de febrero de 2023, ha significado la transposición de la Directiva (UE) 2019/ 1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, conocida como Directiva *Whistleblower*, que ya debería haber entrado en vigor el pasado 17 de diciembre de 2021⁷⁷. Este nuevo sistema de protección de los informadores ciertamente repercutirá en los programas de cumplimiento en materia de competencia como potentes instrumentos facilitadores de la

⁷⁶ La combinación entre sanciones penales e instrumentos típicos del *antitrust* como la clemencia es la solución óptima para la protección de la competencia como señalan FERNANDES GODINHO/CASTRO MARQUES, «Competition criminal law: an international and global trend?», *SHS Web of Conferences*, (92), 2021, *passim*.

⁷⁷ La norma indica un límite temporal según el número de trabajadores; para las empresas del sector privado situadas entre 50 y las 249 personas trabajadoras, se habla de un periodo de transición de dos años (hasta el 17 de diciembre de 2023).

utilización de un canal interno por parte de los alertadores para que toquen el silbato⁷⁸, algo sobre lo que no podemos profundizar en estos momentos, pero que seguramente generará una interesante discusión.

8. Breves conclusiones

Aunque durante mucho tiempo, ni en la mayoría de la doctrina ni en la jurisprudencia se consideró que el Derecho penal debería ocuparse de la protección de la competencia en los mercados de bienes y servicios, lo cierto es que la actual redacción del art. 284.1.1º CP, introducida por la L.O. 1/2019, ha derribado las principales barreras que impedían la subsunción típica de determinadas conductas anticompetitivas, como la fijación de precios entre competidores directos o cárteles de núcleo duro, en dicho tipo penal de maquinación de precios para alterar la libre competencia. En un increíble *looping* histórico, vuelven los medios artificiosos como medios comisivos del delito de maquinaciones, que se aleja cada vez más de las manipulaciones bursátiles para ganar nuevos terrenos. En suma, menos manipulaciones y más maquinaciones, como diría algún autor.

Además de la superación de los obstáculos dogmáticos, la reciente adopción de un sistema de colaboración premiada por la L.O. 14/2022 es un factor decisivo para desequilibrar definitivamente la balanza a favor de la protección penal de la competencia. La introducción, junto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a los programas de cumplimiento penal de la competencia, de los programas de colaboración premiada para las personas físicas zanja cualquier duda al respecto. La previsión de penas de prisión para las personas físicas y los programas de exención de la responsabilidad penal que incentivan la delación y el soplo del silbato por los alertadores suponen la combinación perfecta para evitar lo que desde hace tiempo viene siendo un fenómeno verificable empíricamente y tan grave como los cárteles económicos duros.

9. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, «Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia», en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, pp. 139-176.

ARTAZA VARELA/SANTELICES RÍOS/BELMONTE PARRA, *El delito de colusión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BACIGALUPO SAGESSE/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Cuestiones Prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

⁷⁸ El tema es complejo y no podemos dedicarnos a un análisis más profundo en los estrechos ámbitos de este trabajo. Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013.

BELMONTE PARRA, «El compliance y los cárteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad», en *CeCo Centro Competencia*, disponible en: El compliance y los carteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad? | CeCo (centrocompetencia.com)

BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

—————, *La lucha contra los cárteles en España*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

BLANCO CORDERO, «La sanción penal de los cárteles horizontales de núcleo duro: propuesta político-criminal para el Derecho penal y de la Unión Europea», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.)/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO (coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 75-110.

BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, Comares, Granada, 2001.

CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal: Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t.1, Marcial Pons, Madrid, 2004

CORTI VARELA, «Tipología de cárteles duros: un estudio de los casos resueltos por la CNC y la CNM», BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi-Thompson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 106-130.

—————, «Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC», *Documento de trabajo. Serie Política de la Competencia*, n. 33, 2013.

COSTAS COMESAÑA, «La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (Dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 27-56

CUERDO MIR, *Tradiciones penales y Derecho Público de la Competencia*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

DELZO LIVIAS, «Las prácticas empresariales anticompetitivas en licitaciones públicas concertadas», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, Perú, 2020, 415-444.

ESTRADA I CUADRAS, «Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 495-570.

FERNANDES GODINHO/CASTRO MARQUES, *Competition criminal law: an international and global trend?*, SHS Web of Conferences, 92, 03011, 2021.

FERNÁNDEZ TERUELO, *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

FONSECA FORTES-FURTADO, «Nuevos vientos en la criminalización de los cárteles duros en España: la Directiva sobre abuso de mercado (DAM) y la Directiva ECN+», en ROBLES MARTÍN-LABORDA/OLMEDO PERALTA (dirs.), *Estudios de la Red Académica de la Competencia (RADC)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 119-137.

———, *Cárteles de núcleo duro y Derecho penal ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?*, Editorial BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2017, reimpr. 2019.

GARCÍA CAVERO, *Delitos contra la competencia*, Instituto Pacífico, Perú, 2021.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas», *Cuadernos de Política Criminal*, (14), 1981.

GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La reforma del artículo 284 del Código Penal: menos maquinación y más manipulación», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 407-424.

———, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ/TEJADA PLANA, «La reforma del delito de manipulación de mercado en el Código Penal español: luces, sombras y algún claroscuro», *Diario La Ley*, (9838), 2019.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia?» en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN (dirs.), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, pp. 75-100.

GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS EN DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA (UNCTAD), *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, TD/B/C.I/CLP/17, 2012.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La protección penal de la libre formación de los precios en el mercado» en BENEYTO PÉREZ/GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 585-609.

———, «La criminalización de los *hardcore cartels*. Reflexiones a partir de la experiencia de EEUU y Reino Unido», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 795-813.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Conductas restrictivas de la competencia y Derecho penal», en ROBLES MARTÍN-LABORDA (coord.), *La lucha contra las restricciones de la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español*, Comares, Granada, 2017, pp. 79-121.

HERNÁNDEZ BASUALTO, «La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el Derecho chileno», *Política Criminal*, (7-13), julio, 2012.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, «Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties», en *Building blocks for effective anti-cartel regimes*, Grupo de Trabajo sobre Cártels, 4ª Conferencia anual, Bonn, Alemania, 6-8 junio, 2005.

JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la administración pública*, Iustel, Madrid, 2011.

JIMÉNEZ CARDONA, *La aplicación del Derecho antitrust en los EEUU*, Colección Procesal Civil, David VALLESPÍN PÉREZ (coord.), Editorial Juruá, Oporto, 2021.

LASCURÁIN SÁNCHEZ, «¿Son ahora punibles los cárteles?», *Almacén del Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/son-ahora-punibles-los-cárteles>, 2019.

LIÑÁN LAFUENTE, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020.

LOZANO MANEIRO, «La criminalización de los cárteles en la Unión Europea», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi-Thompson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 763-793.

MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, Perú, 2020.

———, «Delito de colusión: Cuestiones problemáticas del art. 384º del CP», en MARTÍNEZ HUAMÁN (dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Editores del Centro, Lima, Perú, 2020.

MENDO ESTRELLA, «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro (1)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (65-1), 2012, pp. 225-251.

MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, 12ª impresión, Cambridge University Press, New York, 2009.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 24ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NIETO MARTÍN, «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURÁIN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 367-414.

———, *La responsabilidad pena de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid., 2008.

———, «El Derecho penal económico español», *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales/Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional/Universidad de Castilla-La Mancha*, disponible en: [1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf](https://www.uclm.es/1adan-nieto-introduccion-al-derecho-penal-economico.pdf) (uclm.es)

PACHECO, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Edisofer, Madrid, 1848, reimpr. 2000.

PASTOR MUÑOZ, *Riesgo permitido y principio de legalidad. La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Atelier, Barcelona, 2019.

———, «Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa», en *Revista brasileira de ciências criminais*, (70), 2008.

———, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

POSADA DE LA CONCHA/GARCÍA DE FRUTOS, «Intercambios de información entre competidores. Actuaciones de la CNMC en un caso reciente», en CASES PALLARÈS (dir.), *Anuario de la competencia 2014*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 117-132.

QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, t. III, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Madrid, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS/ROBLES PLANAS (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018.

RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, «El nuevo concepto de cártel de la LDC a la luz de la práctica de la CNMC», en BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (dirs.)/PORRAS BELARRA (coord.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 37-82.

SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, a los mercados y a los consumidores», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 613-633.

SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona 2022.

SUÁREZ GONZÁLEZ, «Aspectos político-criminales de los delitos socio-económico en el Código Penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 209-220.

TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte Especial con importantes textos legales y reglamentos*, Grijley, Perú, 2011.

———, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

———, *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*, Ariel, Barcelona, 1985.

TUGUI, *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español: Un estudio teórico-práctico sobre el contenido y la aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas*, Editorial Colex, A Coruña, 2022.

VERSELE, *Las “cifras doradas” de la delincuencia, Resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas en abril de 1976*, en nombre del Centro de Sociología, Derecho y Justicia, Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas, Bruselas, 1976.

WILS, «Is criminalization of EU Competition Law the answer?», en EHLERMANN/IATANASIU, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, pp. 267-315.

WHISH/BAILEY, *Competition Law*, 9ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Los delitos bursátiles*, La Ley, Madrid, 2011.

ZURIMENDI ISLA, “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, *InDret*, (1), 2007.