

Prof. Dra. Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado

Prof. Ayudante Doctora de Derecho Penal, Univ. de Oviedo, España. Socia de la FICP.

**~Aspectos penales (muy) problemáticos de las prácticas restrictivas de la
competencia en la contratación pública¹~**

I. BREVE INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente estudio es analizar los aspectos penales de las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación pública y los problemas derivados de su “reciente criminalización”¹, especialmente a partir de la promulgación de la L.O 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, que ha significado un antes y un después en la protección penal de la competencia, con la introducción de la delación premiada para los delitos de los artículos 281, 284 y 262 del Código Penal, que tipifican los delitos de cárteles de fijación de precios y cárteles en licitaciones.

No nos dedicaremos al análisis de la totalidad de conductas de cárteles duros o *hard core cartels*², sino que centraremos nuestra atención exclusivamente en los denominados cárteles en

¹ Así lo expresa claramente el Preámbulo de la L.O. 14/2022, de 22 de diciembre: “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 (artículo 284.1º)”. Como vamos a tener la oportunidad de comprobar durante el desarrollo de estas líneas, no se puede afirmar -al menos, no sin dificultades- que los cárteles en licitaciones están tipificados en el art. 262 CP. Más ampliamente, por ejemplo, FONSECA FORTES-FURTADO, Cárteles duros y Derecho Penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España, InDret, n. 2, abril, 2023, pp. 292-324.

² Sobre la criminalización de los cárteles duros, cfr. 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, Granada, 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.)/GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIERO (Coords.), Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Oviedo, 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, núm. 65-1, 2012, pp. 225-251; y, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia?, en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN, (Dir.), Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia, Madrid, 2008, pp. 75 ss. Desde una perspectiva de política criminal, cfr. FONSECA FORTES-FURTADO, Cárteles de núcleo duro y Derecho Penal ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?, BdeF, Buenos Aires/Montevidéo, 2017, reimpr. 2019, con anterioridad a las reformas de los años 2019 y 2022. En el Perú: GARCÍA CAVERO, Delitos contra la competencia, 2ª ed., Perú, 2021; DELZO LIVIAS, Las prácticas empresariales anticompetitivas en licitaciones públicas concertadas, en MARTÍNEZ

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

licitaciones, o sus equivalentes en inglés *bid rigging* o *public procurement*³.

Hasta la reforma de la L.O. 14/2022, a las personas físicas y jurídicas que se involucraban en cárteles en licitaciones se les imponían penas de multa con arreglo a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que cuenta con programas de clemencia para beneficiar a los que “tocan el silbato” (los delatores o *whistleblowers*⁴) con rebajas o con la exención total de la sanción económica. Uno de los principales escollos para la no utilización de la vía penal era la inexistencia de programas de incentivo a la delación en ese ámbito, lo que quedó superado con la reciente reforma del año 2022.

Así las cosas, inicialmente, vamos a estudiar (a) la tipología de las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación pública para, entonces, contrastar (b) los indicadores de alertas y mejores prácticas para su detección y prevención; en un segundo momento, entraremos en el análisis de (c) los aspectos penales de las prácticas anti-concurrenciales en la contratación pública; y, a título de conclusión, señalaremos (d) algunos problemas derivados de la reforma del año 2022.

II. LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS CÁRTELES EN LICITACIONES

Las administraciones públicas deben garantizar la competencia en los contratos públicos a través del cumplimiento de la normativa de contratación pública, sea de ámbito general, con arreglo a lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo

HUAMÁN, (Dir.), *La corrupción. Criminología, Derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*, Lima, 2020, pp. 415-444; y MARTÍNEZ HUAMÁN, “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*, Lima, 2020. En Chile, cfr. ARTAZA VARELA/SANTELICES RÍOS/BELMONTE PARRA, *El delito de colusión*, Valencia, 2021. Un análisis más global en FERNANDES GODINHO/CASTRO MARQUES, *Competition criminal law: an international and global trend?*, SHS Web of Conferences, núm. 92, 2021.

³ La bibliografía en lengua inglesa es prácticamente inabarcable; seleccionamos algunas publicaciones más recientes que ilustran bien la actualidad y transversalidad del tema: SIGNOR/BALLESTEROS-PÉREZ/E.D. LOVE, *Collusion detection in infrastructure procurement: A modified order statistic method of uncapped auctions*, *IEEE Transactions on engineering management*, vol. 70, núm. 2, febrero, 2023; IMHOF/WALLIMANN, *Detecting bid-rigging coalitions in different countries and auction formats*, *International Review of Law and Economics*; HANSPACH, *The home bias in procurement. Cross-border procurement of medical supplies during the Covid-29 pandemic*, *International Journal of Industrial Organization*, núm. 89, 2023. Cfr., también, BAJARI, *Comparing Competition and collusion: a numerical approach*, *Economic Theory*, núm. 18, 187-205, 2001, sobre las colusiones empresariales en la industria de la construcción civil en Nueva York y Chicago.

⁴ Nótese que en los supuestos de cárteles que se desarrollan en más de un Estado miembro la competencia es de la Comisión Europea para conocer de las solicitudes de clemencia. Cfr. JIMÉNEZ/OJEDA-CABRAL/ORDÓÑEZ-DE-HARO, *Who blows the whistle on cartels? Finding the leniency applicant at the European Commission*, *Review of Industrial Organization*, julio, 2023.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁵, o específico, dentro de las posibilidades que ofrece dicha normativa, adoptando las alternativas más favorecedoras de la competencia o que la restrinjan lo menos posible. Según el Preámbulo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) “nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada ‘Estrategia Europa 2020’, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos⁶”.

Para favorecer la competencia en los procesos de licitación se recomiendan determinadas prácticas en la contratación pública que, sin ser de obligado cumplimiento por los órganos de contratación, contribuyen a dicha estrategia comunitaria. Para su implementación, hay que informarse sobre cuáles son los mecanismos y técnicas de que se valen las empresas para eludir la competencia. Este “deber de colaboración” entraña, de entrada, un problema al que volveremos más adelante, los órganos de contratación y la Junta Consultiva deben llevar al conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) los hechos de los que tengan conocimiento que pudieran constituir infracciones a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Pero no se puede garantizar con este mecanismo la detección de los denominados cárteles en licitaciones, ya que es a través de los meandros de la corrupción de los funcionarios⁷ como las empresas pueden lograr, fácilmente, la invisibilidad de dichas conductas colusorias.

Pues bien, partiendo de la premisa de que es difícil la detección de este tipo de conductas dada la corrupción de funcionarios públicos, vamos a ver ahora los mecanismos de colusión más usuales en las licitaciones públicas. La colusión en las licitaciones suele tener dos objetivos: la fijación del precio o presupuesto ofertado y el reparto del mercado, si bien las empresas pueden también optar por pactar otras condiciones específicas de los pliegos (los plazos de ejecución, las

⁵ El art. 12 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, menciona los siguientes tipos de contratos públicos: “1. Los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección. 2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación”.

⁶ Con este fin, aparecen las tres nuevas Directivas comunitarias, como son la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa, ya que carece de precedente en la normativa comunitaria, como es la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁷ JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, 2011, *passim*.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

características técnicas, etc.). Según la guía de CNMC, los dos principales tipos de prácticas contrarias a la competencia en la contratación pública son:

- a) Acuerdos de fijación de precios: con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva, los licitadores pueden, entre otras opciones, acordar los descuentos ofertados, fijar precios mínimos de participación o aplicar una misma fórmula de cálculo de precio.
- b) Acuerdos de reparto de mercado: las empresas licitadoras pueden tratar de acordar el reparto de mercados geográficos o de clientes. Es habitual que este reparto de licitaciones se realice sobre la base de las cuotas de mercado preexistentes.

Existen diversas técnicas para llevar a cabo los acuerdos entre oferentes, sea cual sea el objetivo de la colusión. Frecuentemente el acuerdo conlleva la selección previa entre sus participantes de la oferta que debe resultar ganadora en un contrato adjudicado mediante licitación. El monto de dicha oferta, o de otras que los participantes puedan presentar en el futuro, debe permitir aumentar las ganancias de todos los participantes, por lo que los acuerdos suelen incluir, además, diversas técnicas de compensación por la empresa adjudicataria al resto de los participantes para la distribución de esas ganancias.

Las técnicas de colusión más comunes para imponer la oferta ganadora previamente acordada, según la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* de la antigua CNC⁸, generalmente utilizadas de manera simultánea, son las siguientes:

- a) Posturas encubiertas: los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras. Estas ofertas, conocidas bajo distintas denominaciones, - “de resguardo”, complementarias, simbólicas...- pueden adoptar diversas formas; por ejemplo, los supuestos competidores pueden aceptar presentar una oferta demasiado elevada para ser tenida en cuenta o lo suficientemente alta para superar a la acordada como ganadora, o incluir en su oferta términos especiales difícilmente aceptables por el órgano contratante. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso;
- b) Supresión de propuestas: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de las empresas se abstienen de presentar ofertas;

⁸ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Guía sobre contratación pública y competencia*, pp. 37-39. Disponible en: [GUÍA CONTRATACION v4\[1\] 0 \(1\).pdf](#) Acceso el 17/09/2023.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

- c) Rotación del ganador: los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas. Al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias.

En cuanto a las técnicas de compensación utilizadas para retribuir a todas las empresas participantes en el acuerdo colusorio, una vez llevado a cabo el procedimiento de licitación, la empresa adjudicataria puede recurrir a varias vías, todas ellas encubiertas, para evitar en lo posible que sirvan de pista del acuerdo en cuestión. Estas vías incluyen:

- a) El uso de facturas fraudulentas por trabajos inexistentes, generalmente de consultoría;
- b) La subcontratación por la empresa adjudicataria de parte de las tareas asociadas al suministro de bienes y servicios objeto del concurso o subasta públicos, a favor de otras empresas que hayan colaborado con la presentación de posturas encubiertas o mediante cualquier otra técnica utilizada para asegurar el resultado de la licitación.

La colusión en la contratación pública tiende a ser más factible cuando el mercado es estable porque existen barreras de entrada que dificultan o impiden la entrada de nuevos competidores, y no parece probable que se produzcan modificaciones importantes de las condiciones de demanda, o innovaciones tecnológicas significativas en el producto en cuestión, como, por ejemplo, el cartel del abastecimiento de leche para las escuelas públicas norteamericanas⁹.

⁹ En concreto, la Guía sobre contratación pública y competencia, p. 34, señala que “en la década de los noventa se descubrió la existencia de acuerdos entre competidores para falsear la competencia en la contratación pública de leche para colegios de EE.UU. Esta práctica se vio favorecida por la concurrencia de las siguientes circunstancias: el producto ofertado era idéntico, el mercado era estable y existían múltiples licitaciones repetidas en lotes pequeños. La colusión en este ámbito se mantuvo durante décadas y fue caracterizada por el Departamento de Justicia de EE.UU. como ‘epidémica’. En este caso se propuso como mecanismo para prevenir la colusión entre licitadores la adición de contratos de diferentes colegios. De esta manera el número de licitaciones se reducía y el tamaño de los lotes se incrementaba, reduciendo la previsibilidad de los procedimientos y dificultando el reparto de los mercados”. En el mencionado documento se pueden ver algunos supuestos de cartelización en Europa, de entre ellos, el cártel de los ascensores (Otis, KONE, Schindler y Thyssen Krupp) que fue sancionado en el año 2007 por la Comisión Europea por formar parte de distintos acuerdos colusorios, entre 1995 y 2004, que incluían la manipulación de procedimientos de licitación; o el cártel en licitaciones de Bélgica, Holanda, Alemania y Luxemburgo en el que las empresas utilizaban un sistema de posturas encubiertas para repartirse el mercado: se decidía el ganador atendiendo a las cuotas de mercado y se coordinaban las ofertas del resto, presentando propuestas demasiado caras para salir vencedoras. En Alemania y Holanda se garantizaba, además, la cartera de clientes preexistentes: la empresa que ya suministraba a una Administración resultaba ganadora en las sucesivas licitaciones convocadas. También en Alemania y Dinamarca, la Comisión Europea sancionó en 1998 a diez productores de tuberías para radiadores por acuerdos colusorios para repartir licitaciones públicas a través de un sistema de rotación del ganador, en el que primero se designaba al ganador del proceso y a continuación el resto de los

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Todo ello propicia no solo la realización de acuerdos sino también la posibilidad de extender su duración a lo largo de mayores períodos de tiempo. También es más factible la colusión cuando el producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, lo que facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado¹⁰; cuando los productos o servicios objeto de la contratación pública no cuentan con sustitutivos cercanos, de manera que los órganos contratantes pueden tener pocas alternativas cuando los licitadores alcanzan un acuerdo, y cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas participantes en el mercado que pueden facilitar la coordinación y el seguimiento del comportamiento de todas ellas¹¹.

III. INDICADORES DE ALERTA (*RED FLAGS*) Y MEJORES PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

competidores presentaban ofertas más elevadas. En Bélgica, el cartel del sector de mudanzas internacionales operó durante diecinueve años, antes de su detección. En el año 2008 la Comisión Europea sancionó a las empresas belgas de este sector por manipulación en licitaciones públicas que utilizaban la técnica de rotación del ganador a través de posturas encubiertas. Las empresas se repartían las ganancias a través de compensaciones a las que denominaban *comisiones*, que entraban a formar parte del precio final y se distribuían entre las empresas perdedoras a través de facturas falsas. Obsérvese que en España ha realizado un estudio específico CORTI VARELA, Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC, Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, núm. 33, 2013, que se enmarcaba en el proyecto de I+D+i sobre el análisis y evaluación de la lucha contra los cárteles en España del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU. Cfr., también, BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, (Dir.)/PORRAS BELARRA (Coord.), La lucha contra los cárteles en España, Navarra, 2015; ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), La Lucha contra las Restricciones de la Competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español, Navarra, 2017; y BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, (Dir.)/PORRAS BELARRA (Coord.), Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos, Navarra, 2019.

¹⁰ Así, la Resolución del TDC de 12 de diciembre, 1995, Expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León*, donde la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León fue sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia por adoptar en 1992 una decisión en la que sus asociados acordaban concurrir con los mismos precios y condiciones al concurso convocado por el INSALUD de Burgos para la compra de corsés ortopédicos. Asimismo, la Asociación pactó los precios con otros cinco empresarios no asociados que acudieron al concurso. Cfr., también, la Res. TDC, de 30 de septiembre 1998, Expte. 395/97, *Vacunas antigripales*, donde se señala que entre los años 1992 y 1995 siete laboratorios presentaron precios iguales en concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud para la adquisición de vacunas antigripales. La Consejería de Salud de la Junta de Andalucía denunció el hecho ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1995 dado que, en dicho año, además de la presentación de siete ofertas idénticas en una convocatoria a sobre cerrado, se produjo una considerable elevación del precio con respecto a concursos anteriores y por encima del presupuesto máximo de licitación, y se les aplicaron multas a los laboratorios.

¹¹ Nótese que la utilización de UTE (Uniones Temporales de Empresas) o de AIE (Agrupaciones de Interés Económico) para participar en procedimientos de licitación puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES (pequeñas y medias empresas) que pongan en común recursos complementarios. No obstante, estas agrupaciones de empresas también pueden facilitar la colusión y por ello deben recibir una especial atención. (La CNMC apunta posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo en la p. 43 de la *Guía sobre contratación y competencia...*). Son muy conocidos los casos de las empresas de ambulancias que participaban en concursos públicos de Cuenca y Ourense y que incluían cláusulas dirigidas a repartirse el mercado público y privado (Resolución TDC de 5 de junio 2006, Expte. 565/03, *Ambulancias de Orense*; y la Resolución del TDC de 20 de septiembre de 2006, Expte. 565/05, *Ambulancias Conquenses*).

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

A nivel europeo¹², la unidad de Represión del Fraude de la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) de la Comisión Europea publicó en el año 2017 una recopilación de los indicadores de alerta -también conocidos como *red flags*- y de buenas prácticas en la contratación pública, a partir de la constatación de que en múltiples casos se “han revelado varios problemas de base que hacen que este sector concreto sea más proclive a las actividades fraudulentas: leyes nacionales sobre contratación pública poco claras o complicadas de difícil aplicación, carencia de conocimientos especializados y de capacidad administrativa por parte de las autoridades que han de aplicar las normas de forma coherente y homogénea, insuficiente preparación de los miembros de los comités de evaluación (especialmente en las licitaciones de infraestructuras complejas), nivel inadecuado de auditorías, controles y verificaciones realizadas por las autoridades reguladoras, etc.”, elaborada por expertos de los Estados miembros, donde se señala que “la corrupción sigue siendo un aspecto casi universal de los casos de fraude en la contratación pública y, al mismo tiempo, la tendencia de usar cuentas en el extranjero para ocultar las ganancias de tales delitos va en aumento”¹³, también en la vía penal se verifican las dificultades apuntadas por la Unidad de Represión del Fraude de la OLAF.

Se trata de un extenso documento, que por cuestiones de espacio no podremos reproducir aquí en su totalidad, pero sí hay que dejar señalado que se estructura de acuerdo con las fases del procedimiento: Capítulo I — Fase previa a la licitación; Capítulo II — Fase de licitación y Capítulo III — Fase posterior a la licitación. Asimismo, en el capítulo IV se presentan herramientas horizontales para la prevención del fraude y se añade al final un anexo con un conjunto de documentos de referencia sobre la contratación pública y un glosario.

¹² En aras de no extendernos, nos hacemos eco simplemente de la dicción de la norma vinculante para España y demás Estados miembros, la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

¹³ COMISIÓN EUROPEA, Ares(2017)6254403, de 20/12/2017, *Fraude en la Contratación Pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas*, p. 3. Disponible en: [PRE-TENDERING PHASE \(mapa.gob.es\)](https://mapa.gob.es) Acceso el 12/09/2023. Los indicadores de alerta tienen un doble aspecto: están relacionados tanto con la prevención como con la detección de las irregularidades en las tres fases: antes, durante y después del procedimiento licitatorio.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

A efectos de los cárteles en licitaciones nos interesa reproducir la lista de indicadores de alerta y de soluciones recopilada para la fase de licitación, es decir, para la fase de presentación de ofertas:

- El número de licitadores es muy inferior a la media en otras licitaciones similares.
- Los proveedores habituales no presentan ofertas en una licitación en la que normalmente se esperaría que lo hicieran, pero han seguido presentando ofertas en otras licitaciones similares.
- El adjudicatario suele ser la misma empresa aunque el mercado parece ser competitivo.
- Algunas empresas se retiran inesperadamente de una determinada licitación.
- Algunas empresas se niegan continuamente a presentar ofertas en licitaciones de determinados poderes adjudicadores o en determinadas zonas geográficas.

- El adjudicatario no acepta el contrato, sin existir motivos razonables para ello.
- Hay empresas a las que nunca se les adjudica un contrato aunque suelen presentar ofertas en las licitaciones de un determinado poder adjudicador.
- Una determinada empresa casi nunca presenta ofertas pero siempre resulta adjudicataria del contrato cuando lo hace.
- Determinados licitadores obtienen reiteradamente contratos de un poder adjudicador pero no de otros poderes adjudicadores para bienes o servicios similares.
- Determinadas empresas presentan ofertas incompletas o que incluyen información que hace improbable o imposible que resulten seleccionadas (por ejemplo, no incluyen ninguna información relativa a uno o varios criterios de adjudicación).
- El adjudicatario subcontrata reiteradamente a licitadores no seleccionados o a empresas que normalmente presentarían ofertas en la licitación pero que no lo hicieron en esa ocasión.
- Parece existir un patrón que determina el adjudicatario para que cada una de las empresas que normalmente presentan ofertas obtenga parte de los contratos: por ejemplo, las empresas establecen turnos o cada empresa obtiene siempre los contratos para el mismo tipo de producto o con la misma gama de precios.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

- Una empresa presenta una oferta que incluye información muy distinta a la que suele incluir en sus ofertas para otras licitaciones: por ejemplo, precios para el mismo producto o productos similares, duración de los contratos, calidad ofrecida para productos similares, etc.
- Varias empresas presentan ofertas en todas las zonas geográficas pero cada una de ellas gana licitaciones únicamente en determinadas zonas geográficas. Parece haber una distribución geográfica de las licitaciones entre los licitadores.
- Empresas que podrían presentar ofertas independientes deciden unirse y presentar una sola oferta de forma conjunta.
- Cuando una determinada empresa presenta una oferta otras empresas no presentan ofertas, sin existir motivos razonables que expliquen dicho comportamiento.
- Algunos licitadores siempre compiten entre sí o nunca compiten entre sí.
- Dos o más licitadores tienen vínculos significativos; por ejemplo, administradores comunes o relacionados, propiedad cruzada, los mismos domicilios legales, los mismos empleados, los mismos números de teléfono, vínculos familiares, etc.
- Los licitadores no seleccionados son completamente desconocidos o no parecen ser empresas reales: por ejemplo, no aparecen en internet, no pueden localizarse en bases de datos o directorios de empresas, carecen de una trayectoria comercial, no es posible contactar con ellos a través del teléfono y la dirección indicados en los documentos de la oferta, etc.
- Existen relaciones entre los participantes: en algunos casos, comparten directivos o accionistas.
- También puede ocurrir que, después de la adjudicación del contrato, el contratista coopere con los licitadores que retiraron sus ofertas o que fueron rechazados.
- Hay empresas conocidas de la zona que no participan.

Los indicadores de alerta se presentan de forma detallada -pero no exhaustiva- y le siguen posibles soluciones a los problemas detectados y una lista de buenas prácticas elaboradas por la OLAF. A nivel estatal, las autoridades de competencia suelen utilizar los indicadores de alerta y buenas prácticas ya mencionados. En España, se da la peculiaridad de que también las administraciones autonómicas suelen elaborar documentos con la

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

finalidad de prevenir el fraude en los contratos y en la contratación pública¹⁴. Sin embargo, pese el gran esfuerzo de los expertos y autoridades de competencia todo puede quedar en papel mojado si los funcionarios o empleados públicos son captados por las empresas del cártel a través de los meandros de la corrupción.

IV. ASPECTOS PENALES DE LAS PRÁCTICAS RESTRICCTICAS DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La hoja de ruta marcada, por un lado, por la europeización y, por otro lado, por la americanización¹⁵, es un indicativo claro, que ya se puede notar a través de las sucesivas reformas promovidas por el legislador en los años 2019 y 2022, de que ciertamente estamos presenciando una aproximación a este último modelo en el que se utiliza la sanción penal para los supuestos más graves contra la competencia, es decir, contra los cárteles de núcleo duro o restricciones horizontales contrarias a la competencia. En lo que aquí nos interesa, nos proponemos a verificar si es correcta -y en qué medida- la afirmación que consta en el Preámbulo de la L.O. 14/2022, de 22 de diciembre, de que los cárteles en licitaciones se encuentran criminalizados en España y tipificados en el art. 262 CP.

El tipo penal del art. 262.1 CP sanciona con pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años, y si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años, a las personas físicas que realizaren las siguientes conductas: a) solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; b) los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; c) los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate; d) o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación.

¹⁴ Cfr., por ejemplo, la elaborada por la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Cantabria, a través de la Sociedad Gestora Interreg Espacio Sudoeste Europeo S.L., El fraude en los contratos y en la contratación pública. Sistemas de Alerta. Disponible en: [Microsoft Word - El fraude en los contratos y en la contratación pública Sistema de Alertas 1 \(interreg-sudoe.eu\)](#) Acceso el 17/09/2023.

¹⁵ Sobre la incidencia del discurso jurídico angloamericano en las normas penales de protección del mercado, cfr. NIETO MARTÍN, ¿Americanización o europeización del Derecho Penal Económico?, Revista Penal, núm. 19, 2007, pp. 120-136.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Inicialmente, el tipo penal se utilizó en los supuestos de fraudes en las subastas públicas a raíz del conocido caso *Subasteros de Madrid*¹⁶. Como se puede observar, su actual redacción prevé la modalidad típica de “concertaren entre sí” -que es la que más se aproxima del acuerdo de voluntades de los cárteles en licitaciones-, que exige expresamente que se actúe con el fin de alterar el precio del “remate”. El término remate, con todo, es propio de las subastas que vienen disciplinadas por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.¹⁷ Por consiguiente, el tipo penal no abarcaba a las colusiones empresariales en los contratos públicos¹⁸, pero una vez que técnicamente no se emplea el término remate a los procedimientos de licitación en la contratación pública, sino a las subastas, parece ser que la mera inclusión de los concursos en el primer inciso del tipo genera dudas sobre su alcance.

Extrañamente, la referencia a los contratos se encuentra únicamente en la modalidad comisiva de solicitar dádivas o promesas¹⁹ para no tomar parte en un concurso o subasta

¹⁶ STS 692/1997, de 7 de noviembre. Cfr., también, la SAP-AL 232/2007, de 20 abril, donde se condena por el art. 262 CP por un abandono fraudulento de subasta 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”. Sin embargo, incluso la imposibilidad de demostrar el acuerdo previo no impedía la tipificación del delito en su modalidad omisiva, como se verifica de la SAP Valladolid, Sección 4ª, núm. 261/2005, de 19 de abril, 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”.

¹⁷ La LEC regula la subasta de bienes muebles en la Sección 5ª del Capítulo IV, 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.

¹⁸ CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), Comentarios al Código penal. Parte Especial, t.1, Madrid, 2004, p. 910, ya ponían de relieve que “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”.

¹⁹ Muy ilustrativa es la SAP-M 2512/2001, de 21 de febrero, 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 afirma en la sentencia que aparentemente se cumplía el imperativo legal de requerir al menos a tres empresas, pero “a sabiendas de que una sola iba realmente a licitar para, de esta forma, eludir la libre concurrencia de otras empresas independientes,

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

pública, o sea, para abstenerse de presentarse al concurso público. Los incisos del art. 262.1 CP que vienen a continuación en los demás apartados del tipo penal hacen referencia expresa a los que intentaren alejar “de ella” (en femenino), pues se refiere a la subasta; a los “postores” o a los que fraudulentamente quebraren o abandonaren “la subasta”. Sólo vuelve a referirse a los concursos al imponer la pena de inhabilitación especial en determinadas circunstancias. Todo eso tiene importantes consecuencias prácticas y parece ser el fundamento por el que poco, o casi nunca, se ha aplicado este tipo penal a los supuestos de cárteles en licitaciones.

Recientemente, la CNMC²⁰ sancionó al cártel de los contratos públicos de obras de construcción civil con multas por un total de 203,6 millones de euros por haber alterado durante 25 años miles de licitaciones públicas destinadas a la edificación y obra civil de infraestructuras de hospitales, aeropuertos, puertos, etc.; según las autoridades de competencia, “se trata de prácticas cuyos efectos han sido especialmente dañinos para la sociedad, ya que afectaron a miles de concursos convocados por Administraciones Públicas españolas para la construcción y edificación de infraestructuras como hospitales, puertos y aeropuertos, carreteras, etc.”. Se trata de uno de los más llamativos casos de cárteles en licitaciones en España; sin embargo, hasta la fecha no se tiene noticia de la apertura de

alterando con ello o, por lo menos, intentando alterar el precio de la contratación de la obra de referencia”, lo que se configura claramente como el *modus operandi* de los cárteles en licitaciones, como hemos visto más arriba.

²⁰ CNMC, S/0021/20 – Obra Civil 2. Las empresas sancionadas fueron: Acciona Construcción, S.A. (29,4 millones), Dragados, S.A. (57,1 millones), FCC Construcción (40,4 millones), Ferrovial Construcción (38,5 millones), Obrascón Huarte Lain, S.A. (21,5 millones) y Sacyr Construcción, S.A. (16,7 millones). Según la CNMC: “desde 1992, el Grupo se reunía semanalmente para analizar las licitaciones de obra pública que se habían publicado en diferentes plataformas de contratación del Estado. En las reuniones, las empresas decidían los concursos en que iban a compartir -entre todas o en un subgrupo- una parte o la totalidad de los trabajos que compondrían las ofertas técnicas de las licitaciones. Los trabajos se encargaban conjuntamente por los miembros del Grupo a empresas externas. Las empresas no podían modificar los trabajos generados en conjunto para presentarlos en sus ofertas sin el conocimiento y la aprobación del resto de miembros del grupo. La única personalización admitida era la inclusión de logos y denominaciones de cada empresa en el documento conjunto para dar a las administraciones una apariencia de independencia en la presentación de las ofertas. Las empresas desarrollaron unas complejas normas de funcionamiento que fueron evolucionando durante el tiempo que duró la conducta. Además, en los encuentros semanales, las empresas intercambiaban información comercial sensible (diferente de la necesaria para compartir los trabajos), por ejemplo, su intención de concurrir o no a licitaciones, o la intención de formar UTEs (Unión Temporal de Empresas) y los miembros que las integrarían”. El cártel, que se autodenominaba “G7”, también compartía información sensible y acordaba la presentación de ofertas técnicas, que era en muchas ocasiones la variable competitiva con mayor importancia (que llegaba a alcanzar el 70% de la puntuación del concurso, frente al 30% correspondiente a la puntuación económica). Disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/sancionador-obra-civil-20220707> Acceso el 17/09/2023.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

expediente algún por parte la fiscalía para la investigación del eventual delito de cártel en licitaciones.

Lo cierto es que si el legislador pretendía dotar al precepto del art. 262 CP de una mayor amplitud, sobre todo en el ámbito de los concursos públicos, incorporando una formulación típica más idónea para captar conductas de indudable lesividad social cuya gravedad y reiteración -sobre todo en el ámbito de las licitaciones públicas- es empíricamente comprobable, la conclusión a que se llega es de que no se logró cumplir dicho objetivo.

Hay que recordar la existencia de un precedente jurisprudencial, la STS 508/2015, de 27 de julio, en la que la Sala Segunda realizó una interpretación amplia del término remate para abarcar también a los concursos, pero que no parece cumplir con las exigencias del principio de legalidad penal²¹. Sin embargo, aunque se constaten óbices oriundos de una indebida interpretación expansiva y extensiva de la ley penal, otro camino que se puede trillar es el de reconducir algunos supuestos en los que no se verifica inicialmente la corrupción de funcionarios públicos por el cártel al tipo de injusto de maquinaciones para alterar el precio de las cosas del art. 284.1.1º CP²² o, en el caso de que haya la participación

²¹ En este sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Conductas restrictivas, p. 91, achaca al legislador el error por haberse dejado “arrastrar inercialmente por la regulación anterior, que sólo se refería a las subastas, cuando en 2003 incluyó las referencias a la contratación”; aunque a continuación la autora señale que “el principio de legalidad penal obliga a que en esta rama del Derecho los errores legislativos no puedan recaer sobre los acusados, una solución que no sólo debe entenderse como adecuada en términos deontológicos, sino igualmente en términos instrumentales, toda vez que, de corregirse estos ‘errores’ por la jurisprudencia el legislador carecería de incentivos para hacer bien su trabajo, incluso en situaciones como ésta, en los que el error era manifiestamente detectable y evitable”. Propone una interpretación histórica, NIETO MARTÍN, Protección penal de la competencia y del mercado de valores, en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURAIN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, Derecho penal económico y de la empresa, Madrid, 2018, p. 376, donde afirma el autor que: “para la interpretación de estos términos [concursos, subastas] resulta esencial la legislación de contratos del Estado vigente en el tiempo en que fue aprobado el Código Penal”.

²² Lo que se ve enormemente facilitado por la nueva redacción conferida por la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, con la inclusión de la fórmula “mediante cualquier otro artificio” en los medios comisivos del delito, siempre y cuando se constate una efectiva alteración de los precios, que en el caso de las licitaciones públicas podría calcularse a través del precio que hubiera habido de existir la debida competencia entre los licitantes. Con relación a los medios artificiosos, se podría considerar la colusión como un medio artificioso en sí mismo. En este sentido: ALFARO/LASCURAIN, ¿Son ahora punibles los cárteles?, Blog Almacén del Derecho, 2019, donde señalan los autores que “(...) el artículo 436 CP, cuando tipifica el delito de fraude por parte de funcionario en la contratación pública, se refiere a ‘concertarse con los interesados o usar de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público’, catalogando así el mero concierto como artificio”. Disponible en: [¿Son ahora punibles los cárteles? - Almacén de Derecho \(almacenderecho.org\)](https://www.almacenderecho.org) Acceso el 18/09/2023.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

de funcionarios o empleados públicos en la trama colusoria, a través de la aplicación del dispuesto en el tipo de injusto de fraude en licitaciones del art. 436 CP²³, que expresamente prevé la posibilidad de punición del particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público con la misma pena de prisión que a éstos (de dos a seis años), así como la de inhabilitación especial por un tiempo de dos a siete años.

Dejando a un lado los problemas de subsunción típica, dada la inexistencia en el Código Penal de un capítulo en el que se puedan reunir las conductas que atentan contra la competencia, sigue existiendo una separación artificial de lo que históricamente se agrupaba bajo el mismo paraguas de las “maquinaciones de precios”, y que culminó con la creación de un capítulo específico en el Código Penal, el Capítulo VIII – “De la alteración de precios en concursos y subastas”, ubicado en el Título XIII – “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, al que se trasladó el tipo penal del art. 262, y que ahí quedó desproveído de su identidad histórica, con implicaciones tan importantes como la de que para el delito del art. 262 CP no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mientras que para los delitos del art. 281 y 284 CP -que podrían cobijar conductas de cárteles-, sí responden penalmente las empresas, creando una asimetría injustificable.

El panorama se complica aún más con la reforma del año 2022, que introdujo la delación premiada²⁴ para los delitos de los arts. 281, 284 y 262 CP, sin haberse percatado el legislador del desigual tratamiento penal dado a las empresas.

Con anterioridad a la reforma del año 2019, vid. STS 575/2004, de 11 de mayo, en la que se condena por delitos de cohecho y maquinaciones para alterar el precio de las cosas en un supuesto en el que se presentaron a concurso público tres empresas concertadas entre sí. Cfr., también, la STS 504/2003, de 2 de abril, en un supuesto donde 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). Como pone de relieve JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia*, p. 56: “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”.

²³ Ésta parece ser la tipificación penal utilizada en el cártel de las obras públicas de infraestructura vial de Cantabria. Vid. AAP-S 332/2023, de 16 de marzo de 2023.

²⁴ Nos hemos dedicado a esta cuestión en FONSECA FORTES-FURTADO, *Delitos de cárteles y delación premiada: el nuevo paradigma de la ley orgánica 14/2022*, de 22 de diciembre, ponencia presentada en la VIII

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Así las cosas, una primera e importante conclusión a que se llega es que para los delitos del art. 262.1 CP las personas jurídicas no responden penalmente y claro está que no habrá por parte de las empresas una preocupación con la prevención de los cárteles en licitaciones a través de programas de *compliance* y tampoco la instauración de una cultura de cumplimiento con relación a lo apuntado anteriormente de las buenas prácticas e indicadores de alertas.

Una vez que no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el art. 262.1 CP, también queda claro que la delación premiada referente a los delitos de cárteles en licitaciones del apartado tercero del art. 262.3 CP se aplica exclusivamente a las personas físicas: los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en este apartado primero del artículo 262 CP.

Otro aspecto muy llamativo es que en caso de que la tipificación del cártel en licitaciones se de en el delito de fraudes en licitaciones del art. 436 CP por haber quedado demostrado la participación de autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, volveríamos a la crítica que se dirigía a la utilización del Derecho Penal por no contar con un sistema de delación para destapar a los cárteles, pues no está prevista la delación premiada para el tipo penal del art. 436 CP.

Otra incoherencia sistemática es que para el tipo penal del art. 436 CP no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con lo cual, para una situación más grave, un cártel en licitaciones con corrupción de funcionarios, las consecuencias serían más leves, si comparadas con una colusión entre empresas sin la corrupción de funcionarios, que eventualmente se tipificase como un delito del art. 284.1.1º CP para el que sí está prevista la responsabilidad penal de la persona jurídica.

V. BREVES CONCLUSIONES

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

Las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación pública conocidas por cárteles en licitaciones integran la noción de cárteles duros como las conductas que más daños causan a la competencia y que, en el caso de la contratación pública, suelen estar asociadas a la corrupción de autoridades y funcionarios públicos.

Las técnicas preventivas aplicadas en Europa a través de indicadores de alertas y de buenas prácticas por la Unidad de Represión del Fraude de la OLAF tienen una eficacia reducida, pues se deposita en manos de los funcionarios públicos su aplicación, incluso a sabiendas de la posibilidad de que sean captados por los cárteles empresariales, participando en el cártel o, incluso, para que se omitan en el control de los procedimientos en licitaciones, mirando hacia el lado en casos perfectamente detectables a través de los indicadores de alertas o *red flags*.

Las autoridades de competencia, por otro lado, cuentan con que empresas o sus representantes presenten solicitudes de clemencia para poder actuar administrativamente contra los cárteles en licitaciones, que por su duración tan alargada en el tiempo demuestran que el sistema no es totalmente fiable y la imposición de multas tampoco despega efectos preventivos óptimos.

En estos momentos, la opción por la utilización del Derecho Penal en estos supuestos se ve facilitada por la introducción de la delación premiada en los tipos penales relacionados con los cárteles de fijación de precios y en licitaciones por la reforma del año 2022. Aún es pronto para saber cómo se posicionará la jurisprudencia; no obstante, ya se detectan necesidades de mejoras en la legislación penal para evitar que para algunos delitos responda criminalmente la empresa y para otros supuestos de colusión no esté prevista dicha responsabilidad penal corporativa.

No se trata de un fenómeno exclusivo de nuestro país: en el Reino Unido la autoridad de competencia ha sancionado a más de cien empresas que pactaron en licitaciones públicas y privadas para la construcción de hospitales, colegios o universidades en el período 2000-2006. Los cárteles en la construcción civil en Inglaterra fueron investigados a partir de la

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

denuncia de un auditor del sistema nacional de salud²⁵. En Alemania, desde el año 1997, en la sección vigesimosexta titulada “Delitos contra la Competencia”, se prevé el tipo penal de acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones y concursos públicos del § 298 StGB, juntamente con el tipo de injusto de corrupción privada (§ 299 StGB). La introducción de este tipo de injusto de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones tuvo lugar para reprimir graves casos que conmovieron a la opinión pública, pues se habían descubierto cárteles en licitaciones, principalmente en el sector de la construcción civil, que habían durado décadas²⁶.

Es cierto que el Derecho Penal Económico puede ser una expresión del denominado Derecho Penal del amigo o de clase (plutofilia)²⁷; sin embargo, queremos creer que con las nuevas tecnologías será cada vez más fácil detectar conductas tales como las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación pública.

Hemos apuntado algunas dificultades prácticas en la aplicación de la ley penal en el ámbito de la protección de la competencia en la contratación pública y pretendemos, en un futuro próximo, contribuir a presentar posibles soluciones a los problemas aquí detectados.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO/LASCURAIN, ¿Son ahora punibles los cárteles?, 29 de noviembre de 2019, Blog Almacén del Derecho.

²⁵ OFT, CE/4327-04, *Construction industry in England*, abril, 2008. Disponible en: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/bid_rigging_construction. Acceso el 17/09/2023.

²⁶ Ante la imposibilidad práctica de recurrir al tipo tradicional de estafa, los procesos penales solían ser archivados debido a que no se podía probar la presencia de un perjuicio patrimonial, elemento típico necesario del tipo penal alemán de estafa (§ 263 StGB); el problema consistía en que, debido a su naturaleza, las prestaciones que se dan a la Administración pública suelen tener un carácter particular; o sea, no existe un mercado paralelo que pueda demostrar el costo competitivo (justo) y, por lo tanto, es imposible deducir el perjuicio exigido por el tipo penal de estafa, causado en el sentido de un monto excesivo exigido o pagado por la Administración pública. Sin embargo, en la actualidad, en relación con el tipo de estafa, la mayoría de la doctrina admite el pertinente concurso ideal de delitos; con todo, a diferencia de lo que ocurre en la estafa de subvenciones (§ 263.3), el § 298 no contiene ninguna previsión para los casos especialmente graves.

²⁷ Especial atención se presta al uso de este término -en contraposición a la aporofobia- en la obra de TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Barcelona, 2020, pp. 71-80, quien centra el análisis en los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social, aunque manifiesta su preocupación en el sentido de que “el catálogo de ejemplos de respuesta penal amigable con los potentados -plutofilia- es, pues, muy amplio”, y, como tendremos la ocasión de comprobar, también las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación pública pueden considerarse una manifestación de un Derecho Penal plutofílico.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

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

BAJARI, Comparing Competition and collusion: a numerical approach, *Economic Theory*, núm. 18, 187-205, 2001.

BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (Dir.)/PORRAS BELARRA (Coord.), La lucha contra los cárteles en España, Navarra, 2015; ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), La Lucha contra las Restricciones de la Competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017.

BENEYTO PÉREZ/MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (Dir.)/PORRAS VELARRA (Coord.), Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos, Thomson Reuters, Navarra, 2019.

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 SIERO (Coords.), Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, *Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2013, pp. 75-109.

COMISIÓN EUROPEA, Ares(2017)6254403, de 20/12/2017, Fraude en la Contratación Pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas. Disponible en: PRE-TENDERING PHASE (mapa.gob.es)

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, Guía sobre contratación pública y competencia. Disponible en: GUIA_CONTRATACION_v4[1]_0 (1).pdf

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO DEL GOBIERNO DE CANTABRIA/INTERREG SUD, El fraude en los contratos y en la contratación pública. Sistemas de Alerta. Disponible en: Microsoft Word - El fraude en los contratos y en la contratación pública_Sistema de Alertas_1 (interreg-sudoe.eu)

CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dir.), 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, Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, núm. 33, 2013.

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, 2020, pp. 415-444.

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

FONSECA FORTES-FURTADO, Cárteles duros y Derecho Penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España, *InDret*, n. 2, abril, 2023, pp. 292-324.

———, Delitos de cárteles y delación premiada: el nuevo paradigma de la ley orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, ponencia presentada en la VIII Jornadas de la RADC - Entre jueces y autoridades: La aplicación privada y pública del Derecho de la Competencia, Universidad de Barcelona, 25-26 de mayo de 2023 (en prensa).

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

———, Cárteles de núcleo duro y Derecho Penal ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2017, reimp. 2019.

GARCÍA CAVERO, Delitos contra la competencia, 2ª ed., Instituto Pacífico, Breña, Perú, 2021.

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, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2008, pp. 75 ss.

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.

HANSPACH, The home bias in procurement. Cross-border procurement of medical supplies during the Covid-29 pandemic, International Journal of Industrial Organization, núm. 89, 2023.

IMHOF/WALLIMANN, Detecting bid-rigging coalitions in different countries and auction formats, International Review of Law and Economics.

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

JIMÉNEZ/OJEDA-CABRAL/ORDÓÑEZ-DE-HARO, Who blows the whistle on cartels? Finding the leniency applicant at the European Commission, Review of Industrial Organization, julio, 2023.

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

MARTÍNEZ HUAMÁN, 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, 2020.

NIETO MÁRTIN, ¿Americanización o europeización del Derecho Penal Económico?, Revista Penal, núm. 19, 2007, pp. 120-136.

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

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Sanciones y remedios contra las restricciones de la competencia y principio de efectividad, en ROBLES MARTÍN-LABORDA (Coord.), La Lucha contra las Restricciones de la Competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español, Granada, Comares, 2017.

SIGNOR/BALLESTEROS-PÉREZ/E.D. LOVE, Collusion detection in infrastructure procurement: A modified order statistic method of uncapped auctions, IEEE Transactions on engineering management, vol. 70, núm. 2, febrero, 2023.

* * * * *