

# ***LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980\****

**JAVIER BOIX REIG**

*Catedrático de Derecho penal*

SUMARIO: I. Introducción. II. Regulación actual. III. Proyecto de Código Penal de 1980. IV. Reflexiones finales.

## **I. INTRODUCCION**

Nuestra Constitución proclama en su artículo 1 que España es un Estado social y democrático de Derecho. Los constitucionalistas han abordado ya en no pocas ocasiones dicha fórmula, precisa por otra parte de ser clarificada (1). Ante lo que pueden parecer dos formulaciones si no contrapuestas sí al menos diferenciables o no yuxtaponibles, Estado social y Estado democrático de Derecho, se ha articulado

---

\*Comunicación presentada a las "Jornadas sobre estudios de Delitos económicos y Economía de mercado", celebradas en Madrid, 24 y 25 de septiembre de 1981.

(1) Vid., por todos, ALZAGA VILLAAMIL, O: "La Constitución española de 1978". Madrid, 1978, pág. 73 y ss.; DE ESTEBAN, J. y otros: "El régimen constitucional español". Barcelona, 1980, pág. 67 y ss.; DIAZ, E.: "El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978" en Sistema 1981 n.º. 41, pág. 41 y ss.; y SANCHEZ AGESTA, L.: "Sistema político de la Constitución Española de 1978". Madrid, 1980, pág. 69 y ss.

una que lejos de ser taxativa respecto a cualquiera de las dos mencionadas posibilidades, está abierta a cualquiera de ellas.

Y dichas formulaciones se afinan en sistemas económicos dispares. Sistema de economía social de mercado y sistema de economía socializada. Desde esta perspectiva económica, que es la que ahora interesa, conviene también señalar cómo nuestra Constitución particulariza en su articulado el sistema de economía seguido que concuerda con el de una economía de libre mercado, aunque social, y abierta por otra parte a la intervención pública cuando el interés general así lo reclame. Así se ha posido afirmar por algún autor que el sistema adoptado es de economía mixta, lo que constitucionalmente permitiría una cierta adaptabilidad. Se ha indicado en este sentido que “la redacción del artículo 38 de la Constitución y su conexión con otros artículos constitucionales (como el 51, el 128 y el 131) permite afirmar la no rigidez del modelo diseñado, hasta el punto de que sus comentaristas hayan podido desde acusarlo de indefinido —válido tanto para una política gubernamental conservadora como socialista— hasta ver en él el arquetipo de lo que es la llamada “economía mixta” (2).

En cualquier caso parece claro que el artículo 38 de la Constitución opta por un sistema libre de mercado, y lo hace en los siguientes términos: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Pero no se reconoce el sistema libre de mercado sin más, como sistema propio del liberalismo económico más puro. Ya se ha dicho que nuestra Constitución parte al menos de una concepción a su vez social de la economía. Lo que significa compaginar, dentro de las coordenadas del sistema mismo, libertad con igualdad, lo que comporta intervencionismo, lo que conlleva proteccionismo. El propio artículo 38 contiene un segundo inciso: “Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación” (3).

El artículo 38 de la Constitución viene a proclamar pues la defensa del sistema de libre mercado. Siendo protegido, en su caso, por parte de los poderes públicos. Intervencionismo estatal compatible de

---

(2) GARRIDO FALLA, F.: en Prólogo a “El modelo económico en la Constitución española” por Garrido Falla y otros. Madrid, 1981. Sobre el tema vid. VICENT CHULIA, F: “Compendio crítico de Derecho mercantil” T-I. Valencia 1981. pág. 45 y 55.

(3) Congruentemente el artículo 128.2 de la Constitución proclama: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

manera clara, como se ha visto, con la configuración jurídica que adquiere el Estado español (4).

A nadie puede extrañar que en este marco constitucional se articulen medidas sancionatorias, sin entrar en este momento en el carácter de las mismas, de aquellas conductas que obstaculicen de algún modo la operatividad del sistema económico enunciado en la propia Constitución. De esta forma se está haciendo uso de la propia protección de los poderes públicos, que recaba su artículo 38 y en alguna medida el propio artículo 51.

Semajante protección se dispensa a la libertad de empresa concebida, no en su dimensión idílica o decimonónica, calificada ciertamente de utópica (5), sino con las limitaciones propias que el mismo sistema impone y sin los que el propio modelo económico difícilmente podría entenderse en la actualidad. Se trata más bien de una competencia imperfecta (6). Y esta clase de competencia es a la que se protege de ciertas prácticas que pretenden restringirla aún más, por mecanismos que no proceden de las que podríamos denominar leyes naturales del sistema mismo. Son los que se han llamado *obstáculos artificiales* a la libertad de competencia o *patológicos*; “aquellos que no surgen de la propia estructura del mercado, sino que son creados o impuestos voluntariamente por los propios competidores para eliminar, falsear, limitar o restringir entre ellos la competencia imperfecta o practicable, normalmente en beneficio propio y en perjuicio de los demás competidores y de los consumidores” (7).

## II. REGULACION ACTUAL

La regulación actual sobre la represión de las practicas restrictivas de la competencia se encuentra fundamentalmente circunscrita a la Ley de 20 de Julio de 1963 (LRPRC), y en el aspecto estrictamente penal a la posible inclusión de aquellas prácticas en los

---

(4) BAJO FERNANDEZ, M.: “Los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código Penal” en La reforma Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1980, n.º. 3, pág. 19.

(5) QUINTERO OLIVARES, G.: “Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal español” en Estudios penales y criminológicos, III, Santiago de Compostela, 1979, pág. 233.

(6) Sobre sus requisitos, vid. BROSETA PONT, M.: “Manual de Derecho Mercantil”, Madrid, 1978, pág. 105.

(7) BROSETA PONT, M.: ob. cit. pág. 107.

delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (artículos 539 á 541 del Código Penal) (8).

No es este el momento, por la brevedad propia que requiere una comunicación, de entrar en el análisis de la LRPRC de manera permenorizada, ni siquiera de plantear en igual medida el estudio de aquellas prácticas que la misma pretende reprimir de forma diversa. Para ello me remito a la bibliografía que al respecto se cita. Si quisiera, sin embargo, exponer sucintamente cuales son las conductas que dicha ley considera contrarias al sistema de libre competencia y que en definitiva, como se indica en su propia Exposición de Motivos, comportan auténticos abusos atentatorios a los intereses de los consumidores; intereses que como en dicho lugar se pone de manifiesto, constituye "indeclinable y permanente deber del Estado" el defenderlos. Deber que por otra parte se insta claramente en el artículo 51 de la Constitución. Todo ello en orden a poder concretar con posterioridad de alguna manera en qué medida esta suerte de conductas pueden constituir ilícitos penales.

La Sección primera del Capítulo primero de la LRPRC contiene las prácticas prohibidas. Se trata de dos grandes grupos de prácticas. Prácticas colusorias y prácticas abusivas. Las *prácticas colusorias o concertadas* (9) se prohíben en los supuestos que se prevén en el artículo 1º. 1 en los siguientes términos: "Quedan prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional".

Obsérvese cómo pueden en principio disgregarse estas conductas en tres momentos. Se requiere como punto de partida la existencia de un convenio, decisión o conducta conscientemente paralela. De alguna de estas conductas, y como consecuencia de ella, surgen unas prácticas o actividades que sólo se prohíben si tienen por finalidad u objeto, o efectivamente producen, impedir falsear o limitar la competencia.

(8) Sobre el tema, vid. GALAN CORONA, E.: "Acuerdos restrictivos de la competencia". Madrid, 1977, y recientemente BAENA DEL ALCAZAR, M.: "La ordenación del mercado interior" en *El modelo económico en la Constitución española* cit. pág. 237 y ss. Sobre su vertiente penal, vid. por todos, BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho Penal económico", Madrid, 1978, pág. 340 y ss.; BOIX REIG, J.: "Represión penal de las prácticas restrictivas de la competencia" en *Revista de Derecho público*, 1977, nº. 67, pág. 275 y ss.; y FERNANDEZ ALBOR, A.: "Estudios sobre criminalidad económica", Barcelona, 1978, pág. 27 y ss.

(9) Un estudio a fondo de las mismas por GALAN CORONA, E.: ob. cit.

Nuestra LRPRC no prohíbe el convenio previo que a modo de consecuencia dará lugar a la práctica, por más que el apartado 2 del artículo 1º. venga en declararlo nulo. Como tampoco se prohíben, insisto, en el marco de la finalidad de esta ley, las decisiones o conductas conscientemente paralelas consideradas en sí mismas. Se prohíbe la práctica que, con dicha finalidad, surge de las mencionadas conductas. Creo que es importante en orden a su posterior calificación penal particularizar claramente cuál va a ser el objeto de análisis; y este no es más que la práctica que procede del convenio, por más que en no pocas ocasiones presente dificultades diferenciar ambos momentos. Este es el criterio, que sigue la LRPRC, que ha adoptado el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), por contra de la posición adoptada en el artículo 85-1 del Tratado de Roma y en otras legislaciones, como por ejemplo la alemana. Legislaciones que desde esta perspectiva deben calificarse, en consecuencia, como más preventivas que represivas (10), en la medida en que adelantan el momento de la prohibición.

Estas son las prácticas que prohíben la ley que se comenta. Y ello es así, cualquiera que sea la conducta, siempre que presente estas características, de concertada o colusoria, y que contenga la finalidad referida o produzca el efecto indicado. En forma más concreta el artículo 3º de la LRPRC enumera una serie de prácticas concertadas o abusivas, que deben considerarse prohibidas (11). Se trata simplemente de una particularización legal, que por supuesto no excluye la posibilidad de concebir como prohibidas prácticas no previstas en dicho artículo 3º, siempre que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 1º. 1.

---

(10) Una explicación del criterio seguido en nuestra legislación puede verse en GALAN CORONA, E.: ob. cit. pág. 115 y ss.

(11) Artículo 3º. En particular, quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que, incluidas en los artículos anteriores, consistan en:

a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción.

b) Limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de la economía nacional.

c) Repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento.

d) Desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores.

e) Aplicar, en las relaciones comerciales con terceros contratantes, condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con ello desigualdades en su situación competitiva.

f) Subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Junto a las prácticas colusorias se prohíben también las llamadas *prácticas abusivas*. El artículo 2º. 1 establece: “Asimismo quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales, una o varias empresas, exploten su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores”. La prohibición de las prácticas abusivas, enmarcadas esencialmente en coordinadas oligopolistas (12), sólo adquiere relevancia en la medida en que lesiona alguno de los referidos intereses (economía nacional, consumidores, otros competidores).

Tras regular, en los términos indicados, qué prácticas están prohibidas, la LRPRC prevé en su artículo 4º determinados supuestos de prácticas excluidas de las prohibición, así como en su artículo 5º casos de prácticas en principio prohibidas pero que pueden autorizarse por el TDC: se trata de las prácticas exceptuables.

Analizada someramente la regulación que la LRPRC hace de las prácticas restrictivas de la competencia, es el momento de preguntarnos por la posible dimensión jurídico-penal de la represión de esta clase de prácticas, y ello a partir de la propia Ley de 1963.

Debe anticiparse que la LRPRC no contiene tipos penales. Tan sólo se remite al Código penal en orden a pasar el tanto de culpa a la jurisdicción ordinaria por conductas que el TDC estima son constitutivas de delito. Y en este momento tan sólo nos interesa la remisión contenida en su artículo 15.1, c), en el que se establece: “Declarada la existencia de prácticas prohibidas, el Tribunal resolverá: c) Pasar, en su caso, el tanto de culpa a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria a los efectos de la exigencia de la responsabilidad criminal prevista en los artículos quinientos treinta y nueve a quinientos cuarenta y uno y quinientos setenta y cuatro del Código penal”. Existe, pues, una remisión por parte de la LRPRC a los tipos de *maquinaciones para alterar el precio de las cosas* regulados en los mencionados preceptos del Código penal. Semejante remisión, no presupone por otra parte

---

(12) 2. A los efectos de esta Ley se entiende:

a) Que una empresa goza de posición de dominio cuando para su determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo.

b) Que dos o más empresas gozan de posición de dominio para un determinado tipo de producto o servicio, cuando no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él.

3. La prohibición contenida en el apartado uno de este artículo será también de aplicación a las prácticas abusivas que se realicen al amparo de una posición de dominio en el mercado establecida por disposición legal.

vinculación alguna por parte del Juez penal. Este sigue siendo absolutamente independiente tanto en el orden procesal como en el de apreciación y valoración de los hechos que enjuicia. Las declaraciones del TDC en modo alguno suponen merma de dicha independencia (13). En suma, en palabras de Bajo, ni la LRPRC crea obstáculos al proceso criminal, ni limita la competencia del juez penal (14).

Interesa ahora, sin embargo, precisar hasta qué punto los preceptos del Código penal a que se remite la LRPRC son los idóneos en orden a la tipificación penal de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en dicha ley. Tras la reforma de 1971, que incide entre otros en los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (15) se confirma cuáles son las prácticas restrictivas incluibles en los tipos de maquinaciones, fundamentalmente en los artículos 540 y 541 (16).

Sin duda que puede resultar polémica la conclusión de que las distintas clases de prácticas prohibidas por la LRPRC pueden estar incluidas en los referidos preceptos del Código Penal (17), y que son precisamente las prácticas abusivas las que suscitan más reservas en orden a llegar a esta conclusión, precisamente por las mayores dificultades de encaje en los distintos tipos legales que pueden presentar las conductas de abuso de posición de dominio (18).

---

(13) Una argumentación en profundidad de lo aquí expuesto en BOIX REIG, J.: ob. cit. pág. 283 y ss.

(14) BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho penal..." cit. pág. 344 y ss.

(15) Sobre el alcance de dicha reforma en esta materia, vid. QUINTERO OLIVARES, G: "Maquinaciones para alterar el precio de las cosas". N.E.J. T.XV, pág. 843.

(16) Art. 540. C.P. Serán castigados con las penas de presidio menor y multa de 20.000 á 1.000.000 de pesetas los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño, o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueran objeto de contratación.

Art. 541. C.P. Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior, en su grado máximo:

1º. Cuando, cualquiera que fuera la forma de determinación del precio, las conductas previstas en él recayeren sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad.

2º. Cuando se haya perpetrado el delito con abuso de la condición de beneficiario de alguna concesión, subvención o protección pública.

(17) En ese sentido, BOIX REIG, J.: ob. cit. págs. 297-298.

(18) En otros términos, restringiendo para toda clase de prácticas su inclusión en los artículos 540 y 541, vid. BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho penal..." cit. págs. 341-342.

En términos generales puede decirse que por la amplitud con que la conducta típica viene descrita en el artículo 540 y en base a la indudable incidencia que en los precios tiene cualquier clase de práctica restrictiva de la competencia, sí cabe pensar en que los actuales tipos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas engloban o comprenden en principio las conductas atentatorias a la libre competencia que se están estudiando.

En efecto, la conducta delictiva viene muy ampliamente descrita en el artículo 540; y a este precepto se remite el número 1 del artículo 541, preveyéndose en su número 2 un supuesto peculiar de "abuso de la condición de beneficiario". No pueden, pues, restringirse los supuestos contenidos en el artículo 540 a aquellas conductas en que se emplee fraude, violencia o amenaza (19), por cuanto el propio precepto ejemplifica las modalidades de conductas aludiendo, entre otras, a las tres mencionadas y concluyendo con una cláusula ciertamente amplia como es la expresión "usando de cualquier otra maquinación". Cláusula que si bien es amplia se acota por la propia significación del término maquinación: "Proyecto o asechanza artificiosa y oculta dirigida regularmente a mal fin" (20). Fácil es concluir que tanto las conductas de prácticas colusorias como las abusivas serían reconducibles a este precepto. Y la equiparación en orden a su inclusión en el artículo 540, de las conductas colusorias y abusivas restrictivas de la competencia, se pone más claramente de manifiesto en determinados supuestos de dudosa inclusión en uno u otro caso, pero en cualquier caso prohibidos. Piénsese por ejemplo en las *conductas conscientemente paralelas* (práctica prohibida a tenor del artículo 1º 1 de la LRPRC) y en el *abuso de posición de dominio* (artículo 2º de la LRPRC) en mercados oligopolistas, por referencia a aquellos supuestos en los que las distintas empresas se comportan de igual manera durante cierto periodo de tiempo en orden al establecimiento de precios (21). Si bien estamos ante conductas conscientemente paralelas, se produce, como con acierto ha indicado Galán, un abuso de posición de dominio. En suma, concluye dicho autor, "no cabe duda de que la prohibición del abuso de posición dominante puede ser un instrumento apto para, al lado de la prohibición de las conductas conscientemente paralelas, atacar las restricciones de la competencia que se pueden originar en mercados con estructura fuertemente oligopolista" (22).

(19) En otro sentido, BAJO FERNANDEZ, M.: "Derecho penal..." cit. pág. 341.

(20) Diccionario Real Academia de la Lengua.

(21) Este tema se trata en profundidad por GALAN CORONA, E.: ob. cit. pág. 368

y ss.

(22) ob. cit. pág. 372.

Tampoco creo es inconveniente para concluir que el artículo 540 posibilita en general la inclusión de ambas clases de prácticas, el elemento subjetivo del tipo "intentaran alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia". Antes al contrario, la cumplimiento del mencionado requisito se verifica con sólo pensar en la evidente interrelación existente entre libertad de precios y de competencia o mejor en cómo la libre fijación de precios se erige en síntoma esencial de la libertad de competencia (23).

### III. PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980

La materia que se está analizando sufre importantes modificaciones en el Proyecto de Código Penal. Más concretamente, en su novedoso Título VIII —*Delitos contra el orden socio-económico*— se incluye una Sección —la tercera de su Capítulo III— que se denomina *De la alteración de precios y de las prácticas restrictivas de la competencia* (artículo 343 á 346).

Semejante epígrafe es ya indicativo de las modificaciones introducidas. De una parte ya no se emplea el término *maquinaciones* como cláusula genérica descriptiva de la conducta. El nuevo artículo 344 (24), contiene diversas modalidades de conductas, en su vertiente objetiva, por lo que claramente no se circunscribe al empleo de engaño, violencia o amenaza. Más aún, admite el uso de *cualquier otro medio*, con tal que sea malicioso. La amplitud con que se tipifican los medios a emplear en la realización de la conducta permite, sin duda, incluir en el tipo toda suerte de práctica.

Por otra parte ya el epígrafe de la Sección pone de manifiesto la creación de un *nuevo* tipo legal relativo a las prácticas restrictivas de

(23) BAENA DEL ALCAZAR, M.: ob. cit. pág. 235.

(24) Artículo 344.

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y de multa de seis a veinticuatro meses los que difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, abusando de una situación de necesidad, omitiendo datos o información que debieran proporcionarse, usando de cualquier otro medio malicioso, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que fueran objeto de contratación.

La pena se aplicará, aun cuando el delito se hubiere cometido en el extranjero, si tuviera como objeto la moneda nacional o títulos o valores relativos a pesetas.

la competencia. Efectivamente, en el artículo 346 del Proyecto se establece:

“Los que se prevalieren de su posición de dominio en el mercado, para impedir o limitar considerablemente la competencia, serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Para la determinación de la pena atenderán los Tribunales al peligro que la conducta revistiere para la economía nacional e intereses de los consumidores, o competidores, pudiendo en los casos más graves imponer a los agentes o a las empresas concertadas las medidas de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate, por tiempo que no exceda de cinco años”.

Llama la atención que en este tipo sólo se incluyan las conductas de prevalimiento de posición de dominio y no así las colusorias. Sólo desde la perspectiva de que estas últimas pueden encajarse, en su caso, en el artículo 344, lo que por distinta clase de razones no compartiría un sector de la doctrina (25), puede admitirse dicha solución, si bien surgirían ciertas incongruencias por la diferencia de regulación de unas y otras prácticas, que se pretende salvar aludiendo a la gravedad que fuera de dudas revisten las conductas previstas en el artículo 346 (26).

Pero ya se ha indicado que la interpretación realizada no se asume por la generalidad de la doctrina. No obstante, se trata de un criterio que de ninguna manera solventaría satisfactoriamente los problemas que procederían de los conflictos de leyes que surgieran, en los que no es este el momento de entrar, cuando de supuestos de abuso de posición de dominio se tratara, entre los artículos 344 y 346.

Con independencia de que las posibles interpretaciones sobre los contenidos de los artículos 344 y 346, y sus relaciones, abocan a resultados siempre insatisfactorios, el propio artículo 346, y tal vez en parte por ello se producen dichos problemas, presenta imperfecciones e induce a confusión, sin duda por asumir en la estructura del tipo componentes propios bien de las prácticas colusorias bien de las abusivas. Así, la finalidad requerida consistente en que el prevalimiento de la posición de dominio en el mercado sea para *impedir o limitar* considerablemente *la competencia*, elemento más propio de las

---

(25) Así, para la regulación actual, BAJO FERNANDEZ, M.: “Derecho penal...” cit. pág. 441. En relación con el Proyecto, vid. STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: “La reforma del derecho penal económico español”. Madrid, 1980, págs. 40-41.

(26) STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: ob. cit. pág. 45.

prácticas colusorias (27) y que parece es de más difícil asimilación cuando se parte ya de una situación de dominio en el mercado, en el que lógicamente la competencia se encuentra ya limitada; los parámetros a que alude el precepto para determinar la pena, peligro para la *economía nacional e intereses de los consumidores o competidores*, que nos recuerdan a las referencias contenidas en la LRPRC para concretar la prohibición esta vez de las prácticas abusivas (28); y por último la previsión de la medida de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate a los agentes o a las empresas *concertadas*.

Parece como si se hubiera articulado un precepto híbrido entre las conductas colusorias y las abusivas, tal vez porque en ocasiones diferenciarlas tajantemente sea una falacia. Recuérdese en este sentido el supuesto antes mencionado de conductas conscientemente paralelas en un mercado oligopolista. Sin embargo mientras la redacción del precepto sea la propuesta, por las razones que fuere, surgirán los problemas antes mencionados.

Es interesante pues reseñar, siquiera sea brevemente, las enmiendas que se han formulado al meritado artículo (29). No son muchas las enmiendas presentadas, pero en cualquier caso suponen matizaciones o modificaciones importantes del texto que se comenta. Así, quienes pretenden sustituir la expresión "dominio en el mercado" por la de "dominio en la totalidad o parte del mercado", en orden a evitar la posible inaplicabilidad del precepto cuando la conducta se refiera tan sólo a un sector del mercado (30). O quienes restringen el ámbito de aplicación del precepto requiriendo el *resultado* de impedir o limitar efectivamente la competencia (31).

Distinto alcance tienen las otras enmiendas presentadas, por cuanto bien pretenden dotar de mayor congruencia al artículo 346, incluyendo también las prácticas concertadas (32) o, por el contrario, defienden la desaparición del precepto en punto a una despenalización o mejor no

---

(27) Como en parte se recoge para esta clase de prácticas en el artículo 1º. 1 de la LRPRC

(28) Artículo 2º. 1 en fine: "... de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores".

(29) Vid. el anexo a este trabajo, con las enmiendas presentadas al artículo 346 del Proyecto.

(30) E. 178 y 588.

(31) E. 1367.

(32) E. 1419.

penalización de las conductas descritas en el mismo (33). No obstante, debe tenerse en cuenta que no porque desaparezca este precepto dejarían de ser punibles las prácticas en él descritas, con tal que reunieran los requisitos propios de los supuestos típicos de alteraciones de precios o más particularmente, en su defecto, de algún otro precepto jurídico-penal que sea de aplicación a aspectos concretos de dicha conducta.

Si se quieren solucionar los problemas, ya analizados, que suscita la incorporación de este nuevo precepto, el artículo 346, podría adoptarse, alternativamente, alguna de las siguientes propuestas: 1) desaparición del artículo 346, formulando a su vez el artículo 344 en forma comprensiva de las distintas hipótesis de prácticas restrictivas de la competencia, con el entendimiento de que la alteración de precios, en alguna de sus modalidades, se produce a modo de consecuencia necesaria (34); 2) si se quiere conservar un tipo legal que específicamente sancione las prácticas restrictivas de la competencia, debiera incluir ambas clases de prácticas, colusorias y abusivas (35), introduciéndose a su vez ciertas modificaciones en el artículo 346 que lo hagan más aceptable desde las exigencias propias del principio de legalidad. El empleo del término *considerablemente* en relación, por otra parte, con una finalidad de la conducta que se lleva a cabo (el prevalimiento de la posición de dominio se produce *para* impedir o limitar *considerablemente* la competencia), entra en contradicción con las aludidas exigencias (36). Igualmente sería deseable que la conducta se describiera en forma más acabada, y no empleando términos cuyo contenido exige una pormenorización administrativa o mercantilista.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

El proyecto de nueva regulación penal de las prácticas restrictivas de la competencia se inserta, como ya se ha dicho, en el Título VIII del Libro II, Título que es ciertamente novedoso, incluso en ocasiones audaz. Sin duda que los denominados delitos contra el orden socio-económico requieren en su proyectada normativa de profundas

---

(33) E. 1581.

(34) Obsérvese que esta propuesta de desaparición del artículo 346 no es equiparable a la pretensión de no penalización de las conductas que en él se describan.

(35) Ambas prohibidas, como se ha visto, en la LRPRC, e igualmente en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.

(36) Vid. STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: ob. cit. pág. 46.

reflexiones y justifican sobradamente unas Jornadas como las que ahora nos ocupan.

Pero no puede decirse que el sentimiento de necesidad de articulación —y sistematización— de unos delitos económicos sea nuevo. Esta necesidad, reflejo de un cambio socio-económico que ha ido operando lentamente, ya se manifestó, y valga ello como botón de muestra, en la Exposición de Motivos de la Ley de 15 de noviembre de 1971 que reformó parcialmente el Código Penal, en donde se afirmaba: “La preocupación, muy difundida en el ámbito social, por los denominados delitos económicos, ha aconsejado una revisión de las *maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, con objeto de adecuar las figuras y las sanciones a las necesidades actuales, dando de este modo un primer paso en pro de la instauración de aquellos delitos en nuestro sistema, siquiera limitada a un mínimo aspecto de los mismos”.

De ahí que sea acertado incluir la nueva regulación de estos delitos entre las que responden al cambio social, tal y como hace la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal que se comenta. Se ha criticado que junto a ellos se aluda también a los delitos contra la libertad sexual lo que, sin embargo, responde a que la nueva regulación que se hace de estos delitos, hasta ahora denominados contra la honestidad, también es fiel reflejo del referido cambio social, e igualmente jurídico, a partir de la Constitución, pues priman los valores propios del Estado de Derecho; en suma la protección de la libertad de la persona y la igualdad entre ellas. Se protege, pues, de un lado la libertad, en su vertiente sexual, de todos los ciudadanos, sin intromisiones de índole moral, que difícilmente pueden ser patrimonio de todos ellos, y se protege también el propio orden económico, lo que debe redundar en beneficio de todos, es decir de la colectividad (37). Que la concreta regulación que se hace en una y otra clase de delitos sea en ocasiones insatisfactoria, es claro. Poner de manifiesto sus imperfecciones es tarea de todos.

Desde el punto de vista político-criminal conviene recordar la inoperatividad en que se sumió la LRPRC en su vertiente penal y la inaplicación de los tipos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas en los supuestos que comentamos. La falta de perseguibilidad de estas conductas depende de muy distintos factores, y como en otra

---

(37) Otra explicación, que no comparto, de esta referencia conjunta en la Exposición de Motivos del Proyecto, en STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E.: ob. cit. págs. 8 á 10.

oportunidad ya expusimos (38) la creación de nuevas figuras legales no debe inducir a pensar que por sí misma es suficiente para atajar la inoperatividad legal en esta materia.

Justo es reconocer que algunos de esos distintos factores que concurren para la inaplicación de estos preceptos, en ocasiones comunes a la delincuencia de cuello blanco en general (39), pretenden abordarse en el Proyecto que se comenta. La deducción de responsabilidad criminal de quien actúa en nombre de otro —artículo 35— o la articulación de sanciones más apropiadas a la índole de infracción y de infractor —por ejemplo último inciso del artículo 346—, son muestra de ello (40). Con todo las dificultades de perseguibilidad de esta clase de delitos subsisten; inhibición del particular, fomento social, complejidad técnica en los supuestos y correlativa ausencia de medios, etc... (41). Subsiste, en suma, el pesimismo sobre si la nueva regulación posibilitará poner en marcha unos preceptos que formulados de una u otra forma nunca tuvieron excesiva virtualidad.

---

(38) ob. cit. pág. 305.

(39) Sobre el problema vid. FERNANDEZ ALBOR, A.: ob. cit. pág. 9 y ss.

(40) En relación con las sanciones, vid. BAJO FERNANDEZ, M. "Los delitos..." cit. pág. 24 y ss.

(41) RUIZ VADILLO, E.: "Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1979, n.º. 3 pág. 225-226, alude a alguna de dichas insuficiencias y añade: "Tal vez hayan faltado los presupuestos sociales apropiados para llevar a cabo una tarea complicada sí, pero no más que la que supone enjuiciar otras muchas conductas más difíciles de investigar y valorar".

ANEXO

ENMIENDAS PRESENTADAS AL ARTICULO 346.-

ENMIENDA NUM. 178

PRIMER FIRMANTE: Grupo Socialistes de Catalunya.

En nombre del Grupo Parlamentario Socialistes de Catalunya, según el artículo 94 del vigente Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, presentó la siguiente enmienda al proyecto de Ley Orgánica del Código Penal.

ENMIENDA

Al Artículo 346

Consistente en la sustitución de "dominio en el mercado" por la de "dominio en la totalidad o parte del mercado".

MOTIVACION

Se debe evitar que se presente eludir la aplicación de este tipo mediante la alogación de que no se tiene en la totalidad del mercado.

ENMIENDA NUM. 583

PRIMER FIRMANTE: Grupo Socialista.

En nombre del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso tengo el honor de presentar, al amparo de lo establecido en el artículo 94 del vigente Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, la siguiente enmienda al articulado del proyecto de Ley Organica del Código Penal.

ENMIENDA

Al artículo 346.

Se propone sustituir la expresión "en el mercado" por "en la totalidad o parte del mercado".

MOTIVACION

Con esta enmienda técnica se pretende evitar que se arguya por el incurso en el tipo que ha impedido o limitado la competencia únicamente en el sector del mercado, supuesto que estimamos punible.

ENMIENDA NUM. 1.367

PRIMER FIRMANTE: Don Perfecto Yebra Martul-Ortega (Grupo Centrista-UCD).

ENMIENDA

Al artículo 346.

Se propone la siguiente redacción:

"Los que prevaliéndose de su posición de dominio en el mercado impidan o limiten considerablemente la competencia serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Para la determinación de la pena atenderán los Tribunales al daño o peligro que la conducta revista para la economía nacional e intereses de los consumidores o competidores, pudiendo en los casos más graves imponer a los agentes o a las empresas concertadas las medidas de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate, por tiempo que no exceda de cinco años".

## JUSTIFICACION

Para conseguir una redacción de mejor técnica jurídica.

## ENMIENDA NUM.1.419

PRIMER FIRMANTE: Don Gervasio Martínez-Villaseñor García (Grupo Centrista-UCD).

## ENMIENDA

Al artículo 346.

“Los que se concierten o prevalgan de su posición de dominio en el mercado, para impedir o limitar considerablemente la competencia, serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Para la determinación de la pena atenderán los Tribunales al peligro que la conducta revistiere para la economía nacional e intereses de los consumidores o competidores, pudiendo en los casos más graves imponer a los agentes o a las empresas concertadas las medidas de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate, por tiempo que no exceda de cinco años”.

## JUSTIFICACION

Debe castigarse también la creación de la posición de dominio mediante convenios tendientes a los fines explicitados en el precepto.

## ENMIENDA NUM. 1.581.

PRIMER FIRMANTE: Grupo Coalición Democrática.

## ENMIENDA

Al artículo 346.

Debe desaparecer:

## JUSTIFICACION

A este artículo le son aplicables las mismas ideas expuestas al articular diversas enmiendas a los posibles delitos contra la lial competencia y en especial al artículo 341. Si este problema ya está condenado —y con multas superiores a las del proyecto en la Ley 110/1963, parece normal que sea retirado del Código Penal y se juzgue, lo mismo que la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia, por una sala especializada de la jurisdicción ordinaria, unificando así la jurisprudencia y matizando las infracciones según su gravedad económica con un sistema gradual de multas, de prohibiciones, de autorizaciones, etc. En otro caso va a ser dificilísimo determinar, por no decir imposible, donde termina lo ilícito administrativo y donde empieza lo ilícito penal.