

Delito de prácticas anticoncurrenciales en licitaciones, concursos y remates públicos**Crime of anticurrent practices in bids, competitions and public auctions****Estuardo Leonides Montero Cruz**
Universidad Nacional de TrujilloDOI: <https://doi.org/10.46363/derecho.v1i2.7>

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 20/07/2023

RESUMEN

El Artículo 241° del CP peruano vigente tipifica el delito de prácticas anti concurrenciales en licitaciones, concursos y remates públicos. Los estudios dogmáticos a este tipo penal, por parte de la doctrina peruana, han sido mayormente comentarios exegéticos, por esta razón, el autor del presente artículo ha pretendido realizar un estudio interpretativo más concienzudo sobre cada uno elementos objetivos y subjetivos que componen este delito. Asimismo, ha intentado destacar los aspectos más problemáticos de este ilícito penal.

Palabras clave: Libre competencia, Cárteles, Licitaciones públicas, Concurso público, Remate público.



1 Abogado, Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Trujillo., emonteroc@unitru.edu.pe, <https://orcid.org/0000-0003-2682-9901>

ABSTRACT

Article 241° of the current Peruvian Criminal Law typifies the crime of anticompetition practices in bids, contests and public auction. The Peruvian studies of this type of crime, have been mostly exegetical commentaries, for this reason, the author of this article has intended to carry out a more thorough interpretative study on each one objective and subjective elements that are part of this crime. It has also tried to highlight the most problematic aspects of this criminal act.

Keywords: Free competition, Cartels, Public tenders, Public tender, Public auction.

INTRODUCCIÓN

El Artículo 241° está ubicado sistemáticamente en el Capítulo IV [«DE OTROS DELITOS ECONÓMICOS»], Título [«DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO»] del LIBRO SEGUNDO de la Parte Especial del CÓDIGO PENAL peruano vigente en adelante CP-. A la letra prescribe lo siguiente:

«Artículo 241°.-

Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa quienes practiquen las siguientes acciones:

Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios.

Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.

Derogado: Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un periodo no menor de tres ni mayor de cinco años».

Este Artículo ha sido sumillado por nuestro legislador con el nomen iuris: “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos”.

La fuente legislativa de este ilícito penal ha sido el viejo Código Penal español de 1973 en sus Artículos 539° y 540°.

Originalmente, el Artículo 241° de nuestro CP estaba compuesto por tres numerales. Sin embargo, el numeral tercero fue abrogado por el Decreto Legislativo N° 1034 (Segunda disposición complementaria y derogatoria, inciso b) de fecha veinticinco de junio del año dos mil ocho. Ley que entró en vigor a los treinta días de su publicación en el Diario oficial El Peruano, esto es, el veinticinco de julio de ese año. Esta es la única modificatoria que su texto originario ha tenido.

El delito de “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos” tal como lo denomina el legislador, ha recibido diferentes denominaciones en la doctrina, algunos han preferido llamarlo “delitos de cárteles de licitación” (Abanto, 1997, p. 146; García, 2007, p. 87), otros, en cambio, lo denominan delito de “maquinación para alterar el precio” (Santana, 2016, p. 331) de la licitaciones o remates públicos. Sin embargo, creo que ninguna de estas etiquetas encierra a todas las conductas que se describen en dicho tipo penal. La etiqueta legislativa, por ejemplo, destaca el fraude; pero aún en su significado más laxo deja afuera las amenazas. En cuanto a la etiqueta de “cártel”, este hace referencia a un convenio o colusión entre agentes económicos en el control de los precios y de la competencia (Tiedemann, 1999, pp. 285 y ss.), no obstante, se olvida que el único precepto que contenía la conducta de concertación (cártel) para alterar los precios, fue derogado por el D. Leg. N° 1034; además, su concepto excluye per se las conductas unilaterales que ya se describían en los numerales 1 y 2 del Artículo en análisis, por lo que tampoco me parece que el nombre era adecuado. En cuanto al concepto “maquinación”, este significa “proyecto o acechanza artificiosa y oculta, dirigida regularmente a mal fin”, sin embargo, tengo la impresión de que el término está más asociado al engaño o a la defraudación.

En todo caso, a título personal considero que el nombre más apropiado y que podría englobar las conductas típicas que se describen en el Artículo 241° del CP, sería el de delito de prácticas anticoncurrenciales (o anticompetitivas) mediante coacción, corrupción y defraudación en licitaciones, concursos y remates públicos. Este tipo penal busca, en general, castigar el control

ilegal de los agentes económicos que compiten en las licitaciones públicas de contratación y adquisición de bienes y servicios del Estado, así como de los remates públicos. Se trata de conductas anti concurrenciales que tienen lugar a través distintos medios como las amenazas, promesas, soborno, fraudes, etc. para alejar a los postores de la licitación, concurso o remate público. Conviene precisar en este punto, que este tipo penal, al contener entre sus medios típicos a las dádivas o promesas, constituye el primer antecedente histórico de corrupción privada en el Perú: concretamente, de corrupción a los postores.

Desde un punto de vista criminológico, como ha dicho Blanco (2011) en referencia a la realidad española, pero aplicable también a la realidad peruana: “el oscurantismo y secretismo propio de estas prácticas, su estructuración a veces en complejas redes, así como, en general, las dificultades de persecución inherentes a la delincuencia socioeconómica y de cuello blanco, hacen que sean escasos los procesos abiertos por este delito” (p. 126). Así, por ejemplo, en los remates, existen mafias que operan en este tipo de procesos logrando bajar el precio de forma significativa, adjudicándose el bien a un precio muy por debajo del vigente en el mercado. (Peña, 2016, p. 311).

Este contexto justifica la intervención del Derecho penal; sin embargo, pese a su criminalización, y como otro problema adicional, es que este tipo penal es poco conocido y aplicado por la judicatura pese a tratarse de conductas bastante frecuentes en la realidad (Prado, 2021, p. 266).

A continuación, analizaré cada uno de los elementos constitutivos que componen el tipo penal bajo estudio.

METODOLOGÍA

Tipo de investigación:

Se trata de una investigación de tipo básica.

Diseño

Esta investigación presenta un diseño no experimental o cualitativo, por tratarse de un trabajo dogmático o de teoría fundamentada.

Unidad de análisis

La unidad de análisis, en este trabajo, lo constituyen los libros y artículos de la doctrina.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Tipo Objetivo:

El bien jurídico protegido:

La rúbrica del codificador nacional parece sugerir que esta prohibición penal tiene la intención de tutelar el “orden económico”. El problema que se presenta aquí, sin embargo, es que el “orden económico” como objeto de protección penal sería muy general y no serviría para establecer una función protectora e interpretativa como bien jurídico. En todo caso tendría que precisarse la estructura elemental económica que específicamente se busca tutelar.

Un importante grupo de la doctrina, alejándose de los lineamientos de la rúbrica legislativa, ha elaborado variadas posiciones en torno al bien jurídico protegido de la presente prohibición delictiva.

Así, hay quienes señalan que a través de esta prohibición se pretende proteger el patrimonio. Al respecto existen dos vertientes. Por un lado, están los que señalan que la protección es al “patrimonio individual” del postor en el marco del mercado (Pedreira, 2011, p. 402), piénsese, por ejemplo, en el valor de la cosa subastada, o de la obra, etc. Y la segunda, precisa que lo que se protege es el “patrimonio estatal”, en tanto que con las conductas típicas se perjudican al comprador público incrementando los precios y restringiendo el suministro, provocando que los bienes y servicios no estén a su alcance (Delzo, 2020, p. 439).

Sin embargo, ninguna de estas posturas patrimonialistas de bien jurídico es correcta. En cuanto a la primera, no es correcta, porque, si bien a través de la coacción, corrupción o fraude en algún momento se puede buscar controlar el precio del concurso o la subasta, sin embargo, puede que no consigan el efecto deseado o, incluso, que produzcan un efecto inverso al perseguido, por ejemplo, “que el titular del bien subastado obtenga un precio superior a sus legítimas expectativas” (Pedreira, p. 402; Carbonell, 1999, p. 532, siguiendo la idea del “precio de remate resultante”). Y en cuanto a la segunda, tampoco es correcta, porque el tipo penal no exige perjuicio patrimonial alguno; de estarlo tendría que probarse que dicho patrimonio ha sido menguado de alguna manera, pero eso no se exige.

Por otro lado, se encuentran los que consideran que la prohibición del Artículo 241° del CP protege a la Administración Pública. Sigue este punto de vista en doctrina nacional PRADO SALDARRIAGA (2021). En su opinión, lo que protege el tipo penal en estudio es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, aunque el legislador lo haya rubricado con la denominación de “otros delitos económicos”. Dice el jurista nacional que “se debe considerar de “*lege ferenda*” que tales ilícitos sean ubicados, tal vez en un espacio más próximo a los delitos funcionariales de colusión como delitos periféricos a tales hechos punibles” (p. 266). Me parece que este autor considera que este delito es algo así como un delito de “colusión anticompetitiva”. El problema de esta postura, sin embargo, es que cae en la generalidad del objeto de protección, y no precisa cuál estructura específica, principio o deber de la Administración Pública es la que ha de proteger realmente. Asimismo, no tiene en cuenta que en el caso de los remates públicos no necesariamente interviene el Estado. Y, por último, porque el Artículo 241° no castiga conductas concertadas, aunque es posible que dicha concertación pueda acontecer, sin embargo, lo que castiga inmediatamente son conductas unilaterales, como por ejemplo la de intentar alejar a los postores mediante amenazas.

La idea de que mediante esta prohibición se pretenda proteger a la Administración Pública, en tanto que ésta aparece “como convocante de los procesos de selección y oferta pública”, como bien afirma el profesor GARCÍA CAVERO (2007), no es correcta. En todo caso, esto resultaría admisible en licitaciones y concursos públicos, pero no puede decirse lo mismo en los remates públicos. Dice el jurista de la Universidad de Piura que: “El hecho de que el remate público sea un proceso público no quiere decir necesariamente que tenga lugar en el marco de la actividad de la Administración Pública, sino que se trata de un proceso abierto al público y, por tanto, abierto a la competencia. En este sentido, también particulares podrán convocar a remates públicos sin intervención de la Administración Pública (algo que sucede cada vez con mayor frecuencia gracias a los medios de comunicación electrónica) y verse perjudicados por un manejo ilegal de las posturas” (pp. 88-89).

El otro importante grupo de la doctrina, siguiendo el pensamiento de que este tipo penal en estudio

trata de un delito económico, y, estando de acuerdo en que se debe precisar la estructura elemental que específicamente se busca tutelar; tiende a dividirse entre los que señalan, por un lado, que se protege el “orden socioeconómico” respecto a “la política económica de precios” (Muñoz, 2001, p. 489.), y por otro lado, los que señalan que se protege a la “libre competencia” (por todos, Abanto, 1997, p. 146).

La idea de que la “política económica de precios” en las licitaciones, concursos y subastas públicas sea el bien jurídico protegido del Artículo 241°, se sustenta en la lógica de la economía social de mercado (Muñoz, p. 488.), a saber: que la oferta y la demanda libre entre los agentes económicos particulares del mercado son los que definen autorregular mente los precios de los bienes y servicios, no el Estado. Por eso suele hablarse de una protección penal de “la correcta formación de los precios en los concursos y subastas públicas” (Pedreira, p. 402).

La concepción de que este tipo penal protege los precios de las licitaciones, concursos y remates públicos, es sólo aparente. En caso contrario, llevaría a ciertas lagunas de punibilidad. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un representante legal de un consorcio que postula a un concurso público, que para lograr la experiencia de su representada -en futuros concursos- aleja a los postores competidores mediante alguna promesa o dádiva, quedando el consorcio que representa como único postor, teniendo incluso una propuesta económica justa, tanto para el Estado como para él. En este caso, qué duda cabe que no se ha pretendido afectar el precio del concurso público. En efecto, si a través del Artículo 241° se pretendiera proteger el control de precios para salvaguardar el “orden económico”, entonces en este caso no se habría realizado dicho peligro al bien jurídico, por lo que sería atípico. Pero, qué duda quepa también que, pese a que no se ha realizado un control de los precios, se ha menoscabado arbitrariamente el derecho a la libre concurrencia.

Cabe mencionar que la protección penal al control de precios en nuestro país ha sido asegurada a través de otros tipos penales como los de especulación de bienes de primera necesidad (Artículo 234° CP) y de usura (Artículo 214° CP). En su momento, el texto original del Artículo 241°, en el numeral 3, hacía referencia a una concertación de precios en el contexto de licitaciones, concursos y remates públicos; sin embargo, como dije al principio, fue abrogado por el Decreto Legislativo N° 1034 (Segunda disposición complementaria y derogatoria, inciso b) de fecha veinticinco de junio del año dos mil ocho. Se trataba de un verdadero supuesto delictivo de cárteles (colusión) en la alteración de precios que naturalmente establece el mercado en el contexto de licitaciones, concursos y remates públicos.

En cuanto a la concepción que señala que la prohibición del delito de “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos” tiene como bien jurídico a la “libre competencia”, punto de vista que comparto; conviene precisar que algunos tienden a señalar que no es la “libre competencia” sino la “libertad de concurrencia” lo que se protege. Lo cierto es que se utilizan ambos conceptos para referirse a la libertad de pujar, en tanto libertad de acceso a la licitación o subasta pública e igualdad de oportunidades de los postores. De cualquier manera, como ha señalado SALAZAR CÁDIZ (2016), “competition” (término angloamericano que aludía a la rivalidad) y “concurrence” (término francés que aludía también a la rivalidad), son términos que tienen un significado equivalente que se habrían construido con el tiempo luego de un proceso de transferencia y adaptación lingüística (2016, p. 415); en consecuencia, deben ser entendidos como sinónimos.

Para salvaguardar el “modelo social de competencia” (García, p. 19), el Estado ha asegurado el derecho a competir libremente y también las reglas que autoriza la participación del mayor número de postores, por cuanto sin concurrencia no es posible realizar la selección, una concurrencia menguada, sin garantías suficientes, impide una correcta selección (Retamozo, 2018, p. 391). Este aseguramiento lo ha realizado no sólo a través de mecanismos administrativos, sino también penalmente a través del Artículo 241° en mención, castigando las conductas que ha considerado más graves para atentar contra la libre concurrencia.

La prohibición del Artículo 241° del CP, en efecto, busca proteger la expectativa normativa de libre competencia en las licitaciones, concursos o subastas públicas entre los agentes económicos (García, p. 89).

Algunas de las posturas antes mencionadas, incluida la nuestra, se alinean a considerar que el bien jurídico que se pretende proteger mediante el Artículo 241°, es monosubjetivo, esto es, que el bien jurídico que se protege a través de este tipo penal es único (delito uniofensivo). Las otras posturas, en cambio, señalan que el bien jurídico que se protege es plurisubjetivo, es decir, que lo protegido son dos o más bienes jurídicos (delito pluriofensivo).

Defienden la idea de un bien jurídico plurisubjetivo, en nuestro país, ABANTO VÁSQUEZ (1997), quien señala que “no sólo se trata de la protección de un aspecto supraindividual como es la competencia, ni individual como el patrimonio del Estado o el de los intervinientes en la licitación, o a los consumidores, sino también en cuanto se trata del funcionamiento de la Administración Pública”. En tal sentido, dice este autor, “querer ver en el tipo penal únicamente la protección de alguno de estos intereses significaría no entender sus verdaderos alcances” (p. 147). Asimismo, hay posturas que señalan se trataría de un delito biofensivo, en alusión al menoscabo de la libre concurrencia, con cualquiera de los otros bienes jurídicos expuestos arriba.

Sin embargo, la idea de que el bien jurídico protegido del Artículo 241° sea plurisubjetivo, considero es cuestionable. Primero, porque toda conducta siempre puede comprometer fácticamente varios bienes jurídicos, pero de esto no se puede concluir que el objeto de protección penal sea toda realidad comprometida. Así, por ejemplo, en el caso de un delito de robo con subsiguiente resultado muerte (último párrafo del Artículo 189° del CP), qué duda cabe que se ha comprometido fácticamente no sólo el patrimonio, sino también la vida, sin embargo, mediante este tipo penal sólo se protege al patrimonio, no la vida. El resultado muerte, es decir, la afectación al derecho a la vida incrementa el desvalor de la conducta patrimonial y como tal, cualifica severamente la pena de este ilícito. En este sentido, que el delito objeto de estudio pueda comprometer en algún momento el patrimonio individual, los precios del mercado o la Administración Pública, no hace que estos necesariamente sean, junto a la libre competencia, objeto de tutela penal.

En segundo lugar, y creo la objeción más importante, es que la combinación de bienes jurídicos desorienta al intérprete para desentrañar el alcance de protección de la norma, en tanto que, todo bien jurídico tiene una función interpretativa, pero que no se logra si un tipo penal protege más de un bien jurídico. Así, por ejemplo, ¿cómo se podrían interpretar los elementos del Artículo 241° del CP si se postulan dos o más bienes jurídicos como objeto de protección penal? ¿Con la libre competencia y/o el patrimonio individual y/o con la Administración Pública? ¿Cuál de estos bienes jurídicos dotarán de sentido a los elementos del tipo? ¿Todos o algunos? En cualquier caso,

¿en qué orden? En efecto, pienso que sostener la existencia de un bien jurídico plurisubjetivo en este caso, lleva a la desorientación del intérprete, por eso estoy en desacuerdo.

Ahora bien, la estructura típica que presenta el Artículo 241° del CP es la de un delito de peligro abstracto, y como tal no admite conato (tentativa), en tanto que el tipo exige la creación de un peligro abstracto al bien jurídico libre concurrencia; no requiere que se logre realmente la exclusión de los competidores en la licitación, concurso o remate público. Como dice GARCÍA CAVERO (2007) “no requiere una efectiva exclusión de la competencia en los procedimientos públicos de selección y mucho menos un perjuicio patrimonial a la entidad convocante, por lo que la lesividad del delito se encontrará en su idoneidad para afectar los ámbitos de libertad en los procesos de contratación abiertos al público” (p. 89). De esta manera, la coacción, la corrupción y el fraude en las licitaciones, concursos y remates públicos son suficientes para menoscabar la expectativa normativa penalmente tutelada de libre concurrencia (competencia), aunque no se logre a través de estos medios excluir efectivamente a los competidores.

Dato:

¹Aunque se acepta la participación de éste en la justa distribución de los recursos, e impidiendo los abusos económicos por particulares.

²Es importante anotar, como señala el profesor Abanto, que «la competencia como valor dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico. Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; la libre competencia es el instrumento que hace real la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el permitir el máximo desarrollo posible de libertad individual. No puede haber economía (social) de mercado sin libertad de competencia. Tampoco puede existir libertad de competencia, si ésta no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, que en sus inicios puede ser competitivo, tiende a ser destruido por los propios agentes económicos mediante prácticas restrictivas, si éstas no son controladas administrativa y/o penalmente. Queda entonces claro que la protección de la competencia no interesa únicamente a los agentes económicos del mercado y participantes directos en el proceso económico, sino a toda la colectividad». ABANTO, p. 144.

Sujetos:

Sujeto Activo:

El Artículo 241° comienza describiendo al sujeto activo del delito con el término “quienes”. Esta palabra describe la estructura típica de intervención de un delito común, precisamente porque el sujeto agente puede ser cualquier persona física imputable, y no se requiere de cualidades especiales en el interviniente para realizar las conductas prohibidas de los numerales 1 y 2.

Por otro lado, este delito de prácticas anti concurrenciales (o anticompetitivas) es un delito mono subjetivo, en tanto que el tipo penal está configurado para que una persona, como mínimo, pueda realizar alternativamente cualquiera de las conductas típicas que se prohíben en los numerales 1 y 2 del Artículo 241°: solicitar, aceptar e intentar alejar. Si bien el término “quienes” hace referencia a un pronombre en tercera persona plural -así también los verbos típicos se encuentran en plural- sin embargo, este funge como equivalente a “el que”, y no debe llevarnos a pensar que las conductas típicas -también en plural- deban ser realizadas necesariamente por dos o más intervinientes, sino que, por lo menos podría cometerlo una sola persona.

Asimismo, se trata de un delito que puede ser realizado a mano propia o por mano ajena. Finalmente, se trata también de un delito de dominio, y como tal, le son aplicables las reglas tradicionales de autoría y participación delictiva.

Sujeto Pasivo:

El sujeto pasivo de este delito, en todos los supuestos serán los convocantes de las licitaciones, concursos o remates públicos; y sólo en algunos supuestos (coacción y fraude) también será el competidor o competidores. Esto es así, porque como he señalado arriba, la libre competencia del modelo social de competencia que rige en nuestra economía es una estructura socioeconómica esencial que garantiza el derecho a competir libremente y también las reglas que permiten la participación del mayor número de postores. Sin esta no es posible realizar la selección adecuada en favor de la sociedad. La sociedad (sus miembros) es quien recibirá finalmente las prestaciones. Una concurrencia mermada, evidentemente no garantiza a los convocantes una adecuada selección, afectando a la sociedad misma.

Los competidores, como agraviados de este delito, pueden ser personas naturales o jurídicas, si se trata de los remates públicos. En el caso de las licitaciones o concursos públicos pueden ser personas jurídicas, es decir, empresas (Santana, p. 331.), necesariamente inscritas en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). El RNP es un requisito esencial que les permite a estas empresas poder tener la condición de participante o postor en el proceso de contratación. En cuanto a los convocantes de la licitación, concurso o subasta públicos, estos pueden ser el Estado, las empresas (Cajas Municipales, Bancos, etc.) o particulares.

Conducta típica:

“Solicitar y aceptar”:

En el numeral 1 del Artículo en mención, se describen alternativamente dos verbos típicos: solicitar y aceptar.

En cuanto al verbo “solicitar”, significa pedir algo. En este caso se hace referencia a que el sujeto activo pide o requiere una dádiva para abstenerse de participar en el proceso de selección de la licitación, concurso o remate público. La solicitud de dádivas históricamente ha sido la conducta más común de corrupción privada (Blanco, p. 127). Ahora bien, no es difícil, por otro lado, pensar que también se puede solicitar una promesa para no tomar parte de dichas licitaciones, concursos o remates públicos.

Respecto del verbo “aceptar”, este significa recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga. El verbo típico “aceptar” de este delito, está referido a que el sujeto activo reciba una dádiva, esto es, incorpore dinero u otra ventaja económica a su esfera de organización; asimismo, que el sujeto activo acepte una promesa, esto significa, que apruebe un ofrecimiento futuro a cambio de no tomar parte en las licitaciones, concursos o remates públicos (en este sentido, PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 313).

“Intentar alejar”:

El numeral 2 del Artículo 241º, por su parte, describe como conducta típica el “intentar alejar”. Intentar alejar significa hacer el esfuerzo de apartar algo o a alguien, aunque no se logre tal fin. Este verbo típico, sin embargo, adquiere su desvalor a través de la amenaza, dádivas, promesas o artificios. En el caso en concreto se refiere al intento de apartar a los postores en una licitación,

concurso o remates públicos, por los medios típicos antes mencionados. Así, por ejemplo, quien persuade a un competidor de forma libre y voluntaria, a no participar de un remate público no estará incurso en esta figura delictiva (PEÑA CABRERA FREYRE, p. 314), pero si utilizara la amenaza o el engaño, sí se configuraría el delito.

Consumación:

Como puede observarse, las prácticas anticoncurrenciales de los numerales 1 y 2 del Artículo 241° del CP constituyen delitos de mera actividad, porque se consuman con la simple realización de cada una de las conductas, y no necesitan de un resultado típico, también por esto no es posible.

Casos problemáticos: se han planteado la interrogante de si deben responder penalmente en el supuesto del numeral 1 también quienes aceptan entregar la dádiva o cumplir la promesa. Sin embargo, consideramos se trataría de un comportamiento posterior a la consumación (agotamiento) que no podría castigarse como participación en esta modalidad (en contra, Pedreira, pp. 406-407). Por otro lado, también se ha planteado la cuestión de la posible responsabilidad del que accede a retirarse del remate público en virtud de la dádiva o promesa, aunque no, obviamente, la del que se ve obligado a ello por amenazas o engaños. En este último caso, no habría problema en castigar dicha conducta a título autor respecto del verbo “aceptar” del numeral 1 del Artículo 241° del CP.

Medios comisivos:

El numeral 1 del Artículo 241° contiene dos medios típicos alternativos de comisión: “dádivas” y “promesas”. Por su parte, el numeral 2 de dicho Artículo contiene la referencia a cuatro medios típicos: “amenazas”, “dádivas”, “promesas” y “artificios” (este último, en el texto de la ley aparece como “cualquier otro artificio”).

Las dádivas y promesas constituyen medios corruptores. Estos hacen de los numerales 1 y 2 del Artículo 241° supuestos particulares de corrupción privada. Se trata de la primera criminalización a la corrupción privada que ha tenido nuestro país en la legislación penal.

Las dádivas hacen referencia a dinero, bienes u otros objetos de valor económico. Las conductas típicas de “solicitar” y “aceptar” (del numeral 1) e “intentar alejar” (numeral 2), adquieren su desvalor a través de o en alusión a las dádivas.

Las promesas son ofrecimientos hechos a una persona de efectuar en el futuro una entrega de dinero, de un bien, o de la realización de una prestación de contenido patrimonial en sentido amplio como, por ejemplo, la condonación de una deuda, la realización de un contrato, o no tomar parte de una futura licitación, concurso o remate (García, p. 92). Las promesas también incluyen prestaciones de carácter inmaterial y de naturaleza subjetiva, por ejemplo, solicitar relaciones sexuales a cambio de no participar en el concurso o subasta (Pedreira, p. 405). Conviene mencionar que la promesa típica siempre es idónea y precisa. Los ofrecimientos futuros imposibles de cumplir, de contenido fantasioso, inexistentes e irreal, no tienen aptitud para ser una promesa típica. Tampoco si son vagas e imprecisas.

Las amenazas (vis compulsiva), por otro lado, constituyen un medio coactivo para intentar alejar a los postores de la licitación, concurso y subasta pública. Esta consiste en el anuncio de un mal futuro y cierto sobre los postores, o que afectará a algo o a alguien estrechamente vinculado con

él. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que amenaza al representante legal de una empresa postora con quemar las instalaciones de ésta, si no hace que esta última que renuncie al proceso de selección. La amenaza típica, además, nunca es inocua, vaga e intrascendente, en caso contrario carecería de relevancia típica (PEÑA CABRERA FREIRE, p. 315).

Los artificios, por otra parte, son medios fraudulentos, relacionados con el engaño, la simulación, el ardid, etc. El numeral 2 del Artículo 241°, después de la mención a las amenazas, dádivas y promesas, hace referencia a “cualquier otro artificio”. Esto lleva a pensar que todos los medios típicos antes señalados serían artificios, pero es evidente que no lo pueden ser; en realidad, se trata de un mal lenguaje utilizado por el legislador (en este sentido, Chirinos, 2012, p. 850). A través de este medio típico se busca provocar un conocimiento inexacto en el postor o deformado de la realidad, para intentar alejarlo del proceso de selección. Por ejemplo, una persona que pertenece a un grupo económico, que hace postular a su empresa para una licitación pública, y a su vez hace figurar la aparente concurrencia de empresas en realidad ficticias en el que ofertan sus servicios por menor precio que su verdadera empresa y la empresa competidora oponente, buscando que ésta última renuncie a la competencia, para que, de darse esta situación, hacer renunciar a las empresas ficticias y quedarse como único postor en el proceso de selección.

Ahora bien, siguiendo algunas reflexiones críticas de ESTRADA i CUADRAS (2014) cuando analiza este tipo penal en España, objeciones que considero válidas también para nuestro tipo penal, señala que el legislador ha optado por castigar las prácticas anticoncurrenciales en supuestos en los que se emplean medios comisivos especialmente reprobables, como lo son, al menos en Perú, las amenazas y el artificio, en España se incluye también a la violencia. Sin embargo, esta técnica no ha estado liberada de objeciones. Sin duda que estos medios introducidos como filtro son censurables singularmente, no obstante, guardan una considerable distancia de las formas más comunes que atentan a la libre concurrencia, ya que normalmente no se emplean ni las amenazas ni los artificios (tampoco la violencia en referencia al tipo penal hispanoparlante), sin que por esto dejen de ser, en ciertos casos, menos censurables. El tipo penal, en esta forma, no comprende las conductas más frecuentes de prácticas anticompetitivas, sólo engloba las conductas y medios más burdos, lo que en la práctica lo vuelve inidóneo. Sólo tipifica conductas “primitivas” y, como se dice la doctrina, desconoce de conductas sofisticadas, como los acuerdos clandestinos o abusos de posiciones privilegiadas que sí afectan inequívocamente la competencia (pp. 10-11).

Contexto típico:

Según un sector de la doctrina, el objeto material del delito del Artículo en estudio, es un “remate público”, “licitación pública” y “concurso público de precios” (Abanto, p. 147). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esto es equivocado. El objeto material de la acción siempre es tangible y es descrito literalmente por el legislador en los tipos penales. En este sentido, ni los procedimientos administrativos antes señalados son tangibles, ni el legislador ha señalado que las conductas delictivas deban recaer directamente en ellos. En todo caso, consideramos que la referencia a las licitaciones, concursos y remates públicos en el tipo, sólo son contextos sociales (García, p. 91) en donde tendrán lugar estas conductas típicas.

En todos los casos se tratará de procesos o convocatorias dirigidas a quienes pueden participar en la adjudicación de obras, servicios, suministros y otros (licitación o concurso público) o para la adquisición de bienes o productos buscan al postor que pague el mejor precio (remate). Ahora, se

hace referencia a los procesos de selección de licitaciones, concursos y remates públicos, pero ¿en qué consisten cada uno de estos procedimientos?:

La licitación pública, “es el procedimiento de selección base, a partir del cual se desprenden los otros tipos y modalidades. En la doctrina se la define como el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el Pliego de Condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente” (Retamoso, p. 603). La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras (Artículo 22.1 del TUO de la LCE).

El concurso público, es también un procedimiento de selección del contratista, en el que prima la mayor capacidad técnica, científica, económico-financiera, cultural o artística entre los presentantes o intervinientes; éste se utiliza para la contratación de servicios (Artículo 22.1 del TUO de la LCE). Sin embargo, la ley penal precisa que se trata de un “concurso público de precios”, por lo que no se refiere al concurso público con exclusividad en los servicios, sino al concurso público de comparación de ofertas (precios) para la contratación de servicios y bienes, en el sentido del Artículo 25 del TUO de la LCE.

En cuanto al remate público, se define como “la venta de un bien mueble o inmueble, que ha sido ofrecido de manera innominada a los miembros de la comunidad a través de medios idóneos, como son los avisos en órganos de difusión. Remate Público es el que realiza un Juez al término de un procedimiento judicial, para vender los bienes del deudor y pagar al acreedor con el dinero resultante de la subasta. Remate Público, es, por tanto, la venta de bienes de propiedad privada”. (Chirinos, p. 850) La calificación de público, por tanto, no se debe a la intervención que a veces tiene la Administración Pública, sino que se trata de un proceso abierto al público (García, p. 88).

Tipo Subjetivo:

El ilícito penal de prácticas anti concurrenciales es doloso; no admite una imputación subjetiva culposa. Debe precisarse que, el numeral 1 del Artículo bajo análisis, describe un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente: “para no tomar parte en un (...)” (en contra Peña Cabrera, p. 314). En este supuesto, el tipo no exige que el sujeto activo no tome parte en la licitación, concurso o remate público, sino, sólo que con su conducta haya apuntado a esa finalidad. El numeral 2, en cambio, no presenta elemento subjetivo de tendencia alguno.

Consecuencias jurídicas:

Según el párrafo primero del Artículo 241° del CP, las penas a imponerse en los supuestos del delito de prácticas anti concurrenciales son de dos clases: privativa de libertad y multa. Se tratan de penas alternativas. La pena privativa de libertad será no mayor a tres años; y, la pena de multa, de ser el caso, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días.

El párrafo último del citado Artículo señala que si el delito acontece teniendo como contexto una licitación o concurso públicos de precios (no en remates públicos), se deberá imponer también al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un periodo no menor de tres ni mayor de cinco años. Este precepto, sin embargo, debe ser cuidadosamente interpretado, pues, en el caso del autor (persona natural), podría sostenerse que se trata de una pena limitativa de derechos de inhabilitación (Peña Cabrera, p. 315) en el sentido del numeral 4 del Artículo 36° del CP. En este supuesto, la imposición de esta pena

limitativa de derechos concurrirá juntamente con una de las penas alternativas arriba expuestas. Pero si se impone la suspensión del derecho a contratar con el Estado a la empresa (persona jurídica) a la que el autor representa, no podría afirmarse que se trate de una pena, justamente por los principios *societas delinquere non potest* y de culpabilidad que rigen en nuestro país (García, pp. 97-98), en tal sentido, cabría entenderla como una consecuencia accesoria (Abanto, p. 147).

Relación concursal:

Este delito de prácticas anticoncurrenciales, por lo general, acontece en el seno de la Administración Pública en donde intervienen los funcionarios públicos. Estos, algunas veces, pueden cometer dicho delito en concurso con los delitos funcionales de concusión, abuso de autoridad, negociación incompatible o cohecho.

En cuanto al supuesto de amenazas del Artículo 241.2 del CP, presenta una posibilidad de concurso con el delito de coacción del Artículo 151° de mismo cuerpo normativo, sin embargo, se trata de un concurso aparente de delitos, que se resuelve aplicando el principio de consunción (así también Peña Cabrera, p. 315). En todo caso, podría invocarse el principio de subsidiariedad e imputar el delito de coacciones cuando no pueda configurarse el delito del Artículo 241.2 del CP (García, p. 99).

Respecto al supuesto de artificios del Artículo 241.2 CP, en el caso de los remates convocados por la Administración de Justicia, podría sostenerse un concurso con el delito de estafa procesal del numeral 1 del Artículo 197° del CP (Abanto, p. 148) en la medida que también se lesione el patrimonio individual.

Nuestra legislación penal no reconoce que este delito se resuelva como un concurso medial, sí en cambio España, el cual tiene un tratamiento especial. (Pedreira, p. 413).

CONCLUSIONES

El Artículo 241° del CP tipifica el delito de prácticas anticoncurrenciales (o anticompetitivas) mediante coacción, corrupción y defraudación en licitaciones, concursos y remates públicos, si bien el legislador la sumillado con el nombre de “fraude en remates, licitaciones o concursos públicos”, sin embargo, esta nomenclatura no es correcta.

Este delito tiene como objeto de tutela penal a la libre concurrencia (o llamada también libre competencia), en tal sentido, se trata de un delito uniofensivo. Así también, es un delito de peligro abstracto, y como tal, no admite tentativa.

Por otro lado, el Artículo 241° configura un delito común, monosubjetivo y de dominio, que puede ser realizado por mano propia o mano ajena.

El titular del bien jurídico libre concurrencia respecto de este delito, es la sociedad (sujeto pasivo del delito).

Son delitos de mera actividad.

El Artículo 241° numeral 1 establece dos medios típicos alternativos de comisión: “dádivas” y “promesas”. En el numeral 2, en cambio, se contiene la referencia a cuatro medios típicos:

“amenazas”, “dádivas”, “promesas” y “artificios” (este último, en el texto de la ley aparece como “cualquier otro artificio”).

La referencia a las licitaciones, concursos y remates públicos en el tipo bajo estudio, sólo son contextos sociales en donde tendrán lugar estas conductas típicas.

El delito de prácticas anticoncurrenciales en los dos supuestos es doloso. No admiten supuesto culposos.

El numeral 1 del Artículo 241° del CP describe un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente. El numeral 2, en cambio, no presenta elemento subjetivo de tendencia alguno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABANTO VÁSQUEZ, M. (1997) Themis. Revista de Derecho. Segunda Época, N° 36. Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima-Perú).

BLANCO LOZANO, C. (2011) Alteración de precios en concursos y subastas públicas. Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. En Miguel Polaino Navarrete (Director) Lecciones de Derecho Penal - Parte Especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal, Editorial Tecnos (Madrid-España).

CARBONELL MATEU, J. (1999) 6. Alteración de precios en concursos y subastas públicas. En Vives Antón y otros, Derecho Penal - Parte Especial. Tirant lo blanch. 3ra edición (Valencia-España).

CHIRINOS SOTO, F. (2012) Código Penal. 5ta edición. Rodhas (Lima-Perú).

DELZO LIVIAS, G. (2020) “Las prácticas empresariales anticompetitivas en licitaciones públicas concertadas”. En Raúl Ernesto Martínez Huamán (Director), La Corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal. Editores del Centro (Lima-Perú).

ESTRADA i CUADRAS, A. (2014) “Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)”, en InDret Revista para el análisis del Derecho (Barcelona-España). Disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1024.pdf> [Fecha de la consulta, julio de 2021].

GARCÍA CAVERO, P. (2007) Derecho penal económico. Tomo II. Grijley (Lima-Perú).

MUÑOZ CONDE, F. (2001) Derecho Penal - Parte Especial. Tirant lo blanch (Barcelona-España).

OSCE, Opinión N° 55-2013/DTN de fecha 11 de julio 2013. Disponible en <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/738202-opinion-n-055-2013-dtn> [Fecha de la consulta, marzo de 2022].

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. (2011) Lección 12. Alteración de precios en concursos y subastas públicas. En Javier Álvarez García (director) Derecho penal español. Parte Especial (II) Tirant lo blanch. (Valencia-España).

PEÑA CABRERA FREIRE, A. (2016) Derecho penal. Parte Especial. Tomo III. 3ra edición. IDEMSA (Lima-Perú).

PRADO SALDARRIAGA, V. (2021) Derecho penal. Parte especial. Una introducción en sus conceptos fundamentales. Instituto Pacífico (Lima-Perú).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/maquinaci%C3%B3n>> [Fecha de la consulta, febrero de 2022].

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/aceptar>> [Fecha de la consulta, febrero de 2022].
- RETAMOZO LINARES, A. (2018) Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios. Tomo I. 12va edición actualizada. Gaceta Jurídica (Lima-Perú).
- SALAZAR CÁDIZ, A. (2016) “La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285° del Código Penal chileno y su interpretación”, en Política Criminal. Volumen 11, N° 22. (Santiago-Chile). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v11n22/art03.pdf> [Fecha de la consulta, noviembre de 2021].
- SANTANA VEGA, D. (2016) “VIII. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas (Art. 284)”, En Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (directores) Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial. Adaptado a las LLOO 1/2015 Y 2/2015 de Reforma del Código Penal) Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2. Tirant lo blanch (Valencia-España).
- URQUIZO OLAECHEA, J. (2016) Código Penal Práctico. Tomo II. Gaceta Jurídica(Lima-Perú).
- TIEDEMANN, K. (1999) “La regulación penal en materia de monopolios”. En ÉLMISMO, Temas de Derecho penal económico y ambiental. IDEMSA (Lima-Perú).
- VIVES ANTÓN, T.S y OTROS. Derecho Penal - Parte Especial. Tirant lo blanch. 3ra edición (Valencia-España).