

cuadernos de política criminal

1978

NOTAS JURISPRUDENCIALES

CONVENIO ENTRE POSTORES DE UNA SUBASTA Y LAS MAQUINACIONES PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS

A propósito de la sentencia 25 marzo 1976.

I. *Hechos.*

En la sentencia de la Sala segunda del T. S. de 25 marzo 1976 (ponente Escudero del Corral) se ventilaron los siguientes hechos: «Los dos procesados, con ocasión de una subasta que se iba a celebrar en un pueblo para adjudicar la explotación de una cantera de pizarra, se intercambiaron promesas con el fin de excluirse mutuamente de la subasta y obtener la adjudicación de la explotación por un precio inferior al que resultaría de no mediar tales promesas; obran a tal efecto Vicente A., prometiendo a Baltasar F. arrendarle la cantera en 25.000 pesetas al año si retiraba la oferta que previamente había presentado en plica por importe de 2.050.000 pesetas, lo que así hizo, facilitando que a Vicente se le adjudicara la misma en la baja suma de 800.000 pesetas, siendo así que el valor pericial era de 1.400.800 pesetas, por lo que con su connivencia alteraron de forma cierta el precio de la cosa subastada como pretendían con su concierto interesado y lucrativo para los dos».

La Audiencia condenó por delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas del artículo 539 del Código penal, confirmando tal fallo el Tribunal Supremo.

II. *El problema,*

Dos son los problemas que plantea, fundamentalmente esta sentencia. En primer lugar, si la celebración de un contrato de arrendamiento en las condiciones y características referidas en la sentencia, constituye el ofrecimiento o solicitud de dádiva o promesa a que se refiere el artículo 539 del Código penal (1). En segundo lugar, en qué condición (autores o partícipes) se hacen responsables criminalmente ambos procesados de los hechos realizados. Veamos cada una de las cuestiones por separado.

III. *El convenio como comportamiento típico del artículo 539.*

Decía Quintano que el comportamiento típico «ha de concretarse en todo caso a ofrecimientos o dones *gratuitos*; esto es, sin otra contraprestación que

(1) Art. 539. Los que soliciten dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella a los postores por rrisidio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio, con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del diez al cincuenta por ciento del valor de la cosa subastada, sin perjuicio de la sanción correspondiente a la amenaza u otros medios que emplearen. La multa no podrá bajar en ningún caso de 10.000 pesetas.

la de retirarse o no concurrir a la subasta, sin comprender los *onerosos* en que mediaren otras compensaciones económicas al margen del negocio sobre que el acto versare. Es el caso, tan frecuente, de licitaciones de obras o contratos en que se conviene entre los interesados arreglos o cesiones que no suponen el pago de la retirada de la subasta, sino de otros servicios más o menos concomitantes con ella» (2). Por ejemplo, en licitación de obra dos postores conciertan que si A consigue la subasta, B le suministrará tal o cual material contra su precio justo, por lo que B se retira de la subasta.

Estos conciertos no siempre se presentan dignos de sanción penal, ya que pueden ser una manifestación más de las relaciones comerciales entre dos sujetos. Para Quintano el criterio que distingue la licitud o ilicitud a efectos del artículo 539 del Código penal es el carácter oneroso o gratuito -del mismo. A mi juicio, no es el carácter oneroso o gratuito del concierto lo que decide la impunidad o no del comportamiento, sino, como en otras muchas ocasiones en que se trata de delitos de índole patrimonial, *la finalidad perseguida por el agente*. Si el convenio lo realiza quien resta como postor en la subasta con «el fin de alterar el precio del remate» en palabras de la ley, o lo realiza quien pretende retirarse a conciencia de que su conducta es idónea para alterar, en favor de aquel con quien se concierta, el precio del remate, estaremos en presencia de un delito del artículo 539. Si, por el contrario, quien aleja a su compañero lo hace exclusivamente movido por razones derivadas del contrato, y quien solicita la dádiva o promesa no es consciente de que ello influya en el precio del remate, el hecho resta impune. En el ejemplo que apuntamos más arriba el hecho sería punible si A aleja a B de la subasta para conseguir un mejor precio, independientemente de que concertase con él válidamente un contrato de suministro. Y por lo que respecta a B, la existencia de delito depende de que B realizara el convenio a conciencia de que A va a conseguir, con su retirada, un mejor precio en la subasta.

La sentencia que estamos comentando justifica la condena en que el artículo 539 «indudablemente acoge los contratos civiles, beneficiosos para la parte que se retira o aleja de la puja y que tienen su causa en este hecho para permitir la adjudicación al que logró la no concurrencia, pues tal negocio opera como causa injusta de la eliminación del postor concurrente y en beneficio de la adjudicación favorable con lucro en el precio, por lo que ese contrato es criminalizable a los efectos de estimarlo incluido dentro de los medios comisivos» del precepto. Pero la argumentación fundamental en apoyo de la tesis de la sentencia coincide con el criterio que apuntamos arriba referido al elemento subjetivo del delito. En efecto, dice la sentencia que «*la finalidad* que a los dos guiaba con confabulación abusiva era alterar el precio del remate» y «el concierto fraudulento de los dos postores de la subasta, determinó ventajas particulares entre sí al resultar la adjudicación de la cosa a bajo precio, que es la conducta reprochada judicialmente con acierto por la sentencia recurrida».

IV. *Los sujetos del concierto como autores de las dos modalidades del artículo 539.*

El artículo 539 castiga dos modalidades distintas de comportamiento: la

(2) A. Quintano: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 111, Madrid, 1965, p. 190.

solicitud de dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta y el intento de alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas o promesas. Al tratarse de delitos plurisubjetivos que requieren la concurrencia de otra persona distinta al sujeto activo, surge de inmediato la cuestión de si es punible la conducta concurrente de aquélla.

Viada había entendido como inductores del número 2 del artículo 14 a quien da la dádiva solicitada por el autor de la primera modalidad, y a quien acepta retirarse ante las amenazas o promesas del autor de la segunda modalidad (3). Quintero, por el contrario, entiende que ambas conductas son impunes porque se realizan con posterioridad a la consumación de los hechos descritos en la Ley (4), argumento que, a mi juicio, elimina, en efecto, la posibilidad de apreciar autoría o complicidad de los artículos 14 y 16. Sin embargo, creo posible que quien acepta entregar dádiva solicitada comete la conducta de la segunda modalidad, porque quien *consigue* alejar al postor en algún momento ha *intentado* alejarlo, como exige expresamente la Ley. Sería impune, sin embargo, la conducta de aceptar recibir la dádiva para abandonar la subasta porque su comportamiento es posterior a la consumación del hecho realizado por el postor que intenta alejarlo y no cabe, por ello, la participación de los artículos 14 y 16; y porque de ningún modo la aceptación de la dádiva puede entenderse como la «solicitud» a que se refiere la primera modalidad del artículo 539.

Por todo ello considero incorrecta la tesis de la sentencia 7 diciembre 1961, al entender cooperadores necesarios del número 3, artículo 14, a quienes se limitaron a aceptar la dádiva. Su conducta —dice la sentencia— consistió en «impedir que acudiesen otros licitadores a la subasta, representada por la actuación activa del oferente de las dádivas y por la pasiva de los aceptantes de éstas ... que con su conducta cooperaron con un acto sin el cual la maquinación fraudulenta operada no hubiera podido tener lugar, coautoría con acoplamiento perfecto en el número 4 del artículo 14».

Ahora bien, en muchos de los casos, entre los que se encuentra el que trató la sentencia que estamos comentando, las conductas no pueden diferenciarse con la finura con que estamos haciendo aquí, apreciándose más bien un simple *convenio mutuo* en el que ambas partes estudian las ventajas que les puede proporcionar el que uno de ellos se retire de la subasta y el otro permanezca. En tales casos de convenio entiendo que quien se retira de la subasta comete la conducta de la primera modalidad del artículo 539, ya que convenir retirarse de la subasta para obtener un beneficio presupone la existencia de ofertas y contraofertas y, por tanto, de solicitud de dádiva. Así podía haberse entendido el caso de la referida sentencia de 7 diciembre 1961, en que el procesado Ángel «se puso en contacto con el contratista Isaías, asimismo procesado, llegando a convenir en que si éste no se presentaba a la subasta ... le gratificaría con 10.000 pesetas, interviniendo también en este convenio el procesado José ... que aceptó a no presentar nuevos pliegos si le daba (Ángel) otras 10.000 pesetas», y con posterioridad el tal José «y otro procesado, Justo, que facilitó medios para el convenio y estaba enterado de él, exigieron al (Ángel) otras 10.000 pesetas para el Justo». En las complicadas

(3) Cfr. Quintero Olivares: «Maquinaciones para alterar el precio de las cosas», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XV, 1974, p. 846.

(4) Quintero Olivares: *Maquinaciones*, cit., p. 846.

operaciones múltiples de este convenio entiendo existentes tanto ofertas como solicitudes y no había necesidad de acudir, como hizo la sentencia, a la cooperación necesaria del artículo 14, número 3, porque unos son autores de la primera y otros de la segunda modalidad del artículo 539.

Lo mismo ocurre con los hechos enjuiciados en la Sentencia 9 noviembre 1963, en que «con el fin de evitar competencia entre todos ellos, se convino verbalmente, primero entre todos los procesados y antes de comenzar la subasta, que dos de ellos serían los únicos que presentarían pliegos y que una vez se les adjudicasen los remates cederían éstos a dos de los procesados mediante el compromiso de distribuir 40.000 pesetas que pagarían los cesionarios a los otros cuatro procesados». En este caso igualmente hay que entender que los que se retiran han «solicitado» dádiva o promesa, y quienes permanecen en la subasta como postores han «alejado» de ella al resto.

La solución que apuntamos aquí es, precisamente, la que utiliza la sentencia que comentamos de 25 marzo 1976, al concluir que «Vicente no sólo *intentó*, sino que consiguió *alejar* de la subasta a Baltasar mediante la promesa de arrendarle, en precio muy favorable e ínfimo, la cantera que se la adjudicaría, y ... Baltasar *solicitó* y aceptó promesa, que se concretó luego en dádiva posterior efectiva, para dejar de tomar parte en la subasta dicha al conseguir tal arrendamiento, *por lo que ambos dieron vida a los dos diversos contenidos típicos de dicha norma*». Obsérvese que las mutuas promesas del convenio que se declara probado en el resultando de hechos transcrito al comienzo de este comentario, son interpretadas por la sentencia como comportamientos de *solicitar* y de *alejar* que son los recogidos en el precepto.

El entendimiento de la sentencia, que nosotros aplaudimos, no sólo es técnicamente posible conforme al texto legal, sino político-criminalmente aconsejable por encerrar un tratamiento correcto de los abundantes conciertos entre postores altamente perjudiciales para el procedimiento de las subastas públicas.

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

