

Tradiciones penales en la maquinación para alterar el precio de las cosas del Código Penal de 1848

RESUMEN

En el año 1963 entró en vigor la primera ley administrativa antitrust española. Esta ley consideró de difícil tipificación penal las prácticas restrictivas de la competencia mercantil. Sin embargo, en el lejano horizonte de 1848 se encontraba el primer Código Penal. Este Código perseguía penalmente la maquinación para alterar el precio de las cosas. Estas formas de maquinación pueden ser contempladas desde diferentes tradiciones penales. El Código de 1848 optó por la persecución penal de las coligaciones colusivas que dañaran la competencia en los mercados, a la vez que evitaba perseguir los monopolios. Estos hallazgos históricos ayudan a explicar mucho mejor por qué la legislación antitrust en Europa no persigue los monopolios sino las vías artificiosas para su consecución.

PALABRAS CLAVE

Alteración de precios, monopolio, colusión, regulación penal, Código Penal de 1848

ABSTRACT

In 1963 enforced the first Spanish administrative antitrust law. This law considered to be very difficult a criminal classification of the restrictive practices of mercantile competition. Nevertheless, in the distant horizon of 1848 there was the first Spanish Criminal Code, in which were typified as crimes several forms of machination to modify the price of merchandises. These ways of machination prosecution can be contemplated from different criminal law traditions. The Spanish Criminal Code of 1848 chose the criminal pursuit of those collusive combinations, which were damaging mercantile

competition, even though, at the same time, this Code avoids the criminal pursuit of monopolies. These historical findings help to explain much better why the European antitrust does not chase monopolies but the artful routes for his attainment.

KEY WORDS

Alteration of prices, monopoly, collusion, criminal regulation, penal code, 1848.

Recibido: 15 de marzo de 2014.

Aceptado: 9 de junio de 2014.

SUMARIO: I. Introducción. II. Posibles concordancias en la Edad Antigua con los delitos de maquinación para alterar el precio de las cosas del código penal de 1848. III. Concordancias medievales de los delitos de maquinación para alterar el precio de las cosas. IV. Monopolio y colusión en el código penal de 1848. V. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En 1963 entró en vigor la primera ley administrativa *antitrust* en España. Se trata de la *Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, de 20 de julio. Esta nueva legislación no reconocía ningún contacto, ni tomaba ningún antecedente de la tradición penal española, a pesar de que en el momento de su publicación todavía se mantuvieran vigentes en el Código Penal de aquel tiempo algunos artículos relativos a la «maquinación para alterar el precio de las cosas».

El mismo preámbulo de la ley de 1963 descartaba la técnica de la tipicidad penal¹ para este tipo de infracciones, porque «atentaría al principio de seguridad jurídica, dadas las dificultades de tal tipificación». Señalaba que es el concepto jurídico de «orden público» la «cláusula de reserva» para los actos con-

¹ El alineamiento progresivo de las instituciones económicas españolas con las economías de mercado, especialmente a partir del Plan de Estabilización de 1959, obligaba a la introducción de nuevas leyes, vigentes ya en occidente. El antecedente legal más inmediato era el propio Tratado de Roma, en sus artículos 85 y 86. Aunque, si se habla de la protección jurídica de la competencia mercantil, el antecedente común contemporáneo se encuentra en la *Sherman Act* norteamericana de 1890. Curiosamente, en Estados Unidos se consideró que esa nueva legislación federal era necesaria para poder aplicar un Derecho positivo uniforme a la regulación del comercio interestatal norteamericano. Pero aquello no era sino un reflejo más o menos directo del tradicional enfoque de la *common law* a la regulación del comercio. Era evidente que el desarrollo del comercio conllevaba una constante adaptación a las condiciones cambiantes del orden económico, social y político, pero se respetaba ese enfoque básico que venía de antiguo y que tenía carácter de legislación penal. Es decir, a nivel federal se codificaba en aquel momento lo que era *common law* procedente tanto de Inglaterra como de algunos estados norteamericanos.

trarios al interés de la comunidad, considerados «de imposible tipificación penal».

A pesar de ello, ponía de manifiesto cierto conocimiento de los antecedentes legislativos –se citaba la Novísima Recopilación o el Cuaderno de Alcabalas de 1566–, pero señalando que obedecían siempre «a razones de carácter muy concreto» y no contemplaban «la economía de mercado, incompatible con las ideas entonces imperantes, sino la defensa de las regalías fiscales»². También hacía referencia a la Cédula Real de libertad industrial de 1767, la de Comercio libre de 1778 y las leyes de 1813 –abolición de los privilegios monopolísticos señoriales y supresión de la agremiación forzosa–, que confirmaron «el principio de libertad industrial» y «despejaron el camino del liberalismo económico en España», pero sin una trascendencia jurisdiccional concreta.

Del mismo modo, reparaba en la aparición de «la maquinación para alterar el precio de las cosas», presente en los códigos penales del siglo XIX, pero subrayaba que la justicia se había limitado a castigar con ellos «la colusión para alterar los precios en perjuicio de las rentas fiscales en las subastas públicas». En todo caso, consideraba que esa prohibición penal de las colusiones «orientada a la libertad de mercado», se hizo «sin la instrumentación necesaria para garantizar su efectiva observancia y evitar las consecuencias desfavorables de la existencia de monopolios privados»³.

En definitiva, la primera ley administrativa *antitrust* española fue una novedosa norma legal, con una doctrina administrativa *ex novo* y cierta jurisprudencia en el orden de lo contencioso-administrativo⁴. Lo cierto es que esta legislación se irá desarrollando con una renuncia a cualquier influencia propicia generada en la jurisdicción penal española⁵, a pesar de que la norma de referencia internacional para la legislación *antitrust*, la *Sherman Act* estadounidense, tuviera ese carácter penal en su origen y en su desarrollo.

² Moxó, S. de: *La Alcabala*. CSIC, Madrid, 1963. En su erudito estudio sobre las alcabalas y los múltiples contenciosos sobre su origen y asignación, más allá de consideraciones más propias en relación con este tipo de exacciones fiscales, pone de manifiesto el interés del poder real a la hora de favorecer no ya este impuesto sobre la transacción sino la transacción misma, que sin duda se podía incrementar en función del número de bienes diferentes afectados y de las condiciones de competencia y, con ello, claro está, el volumen recaudado. Es decir, no se pueden separar en exceso las razones para cada una de las cuestiones referidas –una economía de transacción y una necesidad recaudatoria–, puesto que en este caso lo uno contribuía a lo otro.

³ El Diario «ABC» de 17 de abril de 1964 destacaba en su página 47 la intervención del ministro de Comercio, Señor Ullastres, ante el recién constituido Tribunal de Defensa de la Competencia y señalaba el «carácter de difícil y casi imposible aprehensibilidad y delimitación de aquéllas [transgresiones] dentro de tipos legales suficientemente concretos, por la propia naturaleza de la materia».

⁴ GARRIGUES, J.: *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, p. 62. Se contempla como una labor delicadísima la de enfrentarse a conceptos «exóticos y novísimos». Por ejemplo, trasladar al campo jurídico el concepto de competencia, el de monopolio, el de abuso de posición dominante, nivel de productividad de una empresa o exceso de capacidad productiva.

⁵ CUERDO, M.: «Breve historia de las asimetrías en la aplicación de la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, pp. 121 a 138.

Sin embargo, la defensa de la competencia en España tenía un antecedente muy elaborado que, a diferencia de la ley referida de 1963, respondía a unos antecedentes jurídicos profundos y consolidados, no solamente en la tradición penal española sino también en la europea.

Efectivamente, el Código Penal de 1848⁶ introdujo en su articulado la manipulación colusoria de los precios de mercado como materia criminal. En concreto, en el Libro II de *Delitos y Penas*, Título XIV, dedicado a los *Delitos contra la propiedad*, introducía en su Capítulo V un grupo de artículos bajo la denominación *De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas* que comprendía los artículos 449 a 452, cuyo literal establecía lo siguiente:

Art. 449: «Los que solicitaren dádiva o promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella a los postores, por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio, con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del 10 al 50 por 100 del valor de la cosa subastada, a no merecerla mayor por la amenaza u otros medios que emplearen»

Art. 450: «Los que se coligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones, serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado a ejecutarse, con las penas de arresto mayor y multa de 20 a 100 duros.

Si la coligación se formare en una población menor de 10.000 almas, las penas serán de arresto menor y multa de 15 a 50 duros»

Las penas se impondrán en ambos casos en su grado máximo a los jefes y promovedores de la coligación, y a los que para asegurar su éxito emplearen violencias o amenazas, a no ser que por ellas mereciesen mayor pena»

Art. 451: «Los que esparciendo falsos rumores, o usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas o privadas, o cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100 a 1.000 duros»

Art. 452: «Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas señaladas en el mismo, se impondrán la del comiso de los géneros que fueren objeto del fraude.

Para la imposición de estas penas bastará que la coligación haya comenzado a ejecutarse»

A la vista de ello, este trabajo de investigación se propone indagar en los orígenes que inspiraron este articulado, subrayando los fundamentos, si los hubiere, de tradiciones españolas o europeas, como elemento de arraigo y justificación de la codificación penal española del siglo XIX en esta materia, a pesar de que no encontrara pleno acomodo y desarrollo en la realidad jurisdiccional penal española en el siglo XX. Para ello, se analizarán primero algunos de los antecedentes más remotos de una legislación parecida en la Roma clásica. A

⁶ Vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª D.: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, «Boletín Oficial del Estado», 2004.

continuación se procederá a desarrollar algunas concordancias del articulado referido con algunas evidencias de legislación similar medieval, tanto en España como en Europa. Finalmente se procederá a señalar los contenidos del articulado a la vista de los antecedentes e influencias más inmediatos y evidentes y, con todo ello, derivar algunas conclusiones que expliquen la relevancia del texto del 1848 en esta materia a partir de las tradiciones penales recibidas.

II. POSIBLES CONCORDANCIAS EN LA EDAD ANTIGUA CON LOS DELITOS DE MAQUINACIÓN PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1848

Tan atrás en el tiempo como en el Código de Justiniano, según Tomás de Mercado⁷, «se vedan so graves penas, y se manda, sean confiscados todos sus bienes, y desterrados perpetuamente, do se cuentan, y numeran varios modos de hacerlos» aquellos conciertos entre mercaderes que evitan bajar el precio de las mercancías y «que llamamos los castellanos monipodio». Es decir, según el escolástico, encontramos una recopilación de leyes romanas del siglo VI que estaría apuntando a un tipo de delito como los señalados en los artículos 449 a 452 del Código Penal de 1848. Mercado concreta y dice que en el epígrafe «sub rub. de monipodis» del Código romano se establecen los modos de perpetrarlo: entre mercaderes (en algunos géneros de ropa) y entre oficiales, por ejemplo, entre albañiles y canteros: «hacer una fábrica [...] se concertasen entre sí, no hacerla sino por tanto».

Es muy notorio que esa primera referencia al mundo romano también fuera subrayada posteriormente por los estudiosos penalistas españoles de mediados del siglo XIX. Si nos detenemos en el que probablemente fuera el penalista más reputado de la época –nos referimos al profesor D. Francisco Joaquín Pacheco–, en una de sus obras más consultadas y citadas al respecto⁸, esa tradición no pasó en absoluto desapercibida. En concreto, la referencia se encuentra en la concordancia que introdujo D. Francisco Pacheco en su estudio para el artículo 452 del Código Penal de 1848, que no es más que el artículo 451 aplicado a bienes de primera necesidad, es decir, cuando se tratara de bienes que representaban los abastos o *annona* para los romanos⁹. En concreto, la concordancia de Pacheco señala a la Ley 6 del Título 11 del Libro XLVII del *Digesto*.

Leyendo el texto correspondiente del *Digesto*¹⁰, la concordancia propuesta por el profesor Pacheco nos obliga a fijar nuestra atención en el uso de la pala-

⁷ MERCADO, T. de: *Suma de Tractos y Contratos*, Madrid, Editora Nacional, 1975 [1571], p. 182.

⁸ PACHECO, J. F.: *Código penal: concordado y comentado*. Madrid, Edisofer, 2000 [sobre 3.ª edición de 1865, última revisada en vida del profesor Pacheco]. Esta reedición del texto original de 1865, es decir, con el articulado final de la reforma de 1850, incluye un estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera.

⁹ *Annona* significa suministro de provisiones, abastos.

¹⁰ *Digesto*.– Lib. XLVII, tít. 11, L. 6.– «*Annonam adtemperare et vexare vel maxime Dardanarii solent, quorum avaritiae obviam itum est tam mandatis quam constitutionibus. Mandatis*

bra *dardanarii*, que llegó a manejarse en la Europa medieval como *dardanariat* para señalar a los especuladores de grano¹¹. Se trata de una práctica concreta de acaparamiento, que no tiene por qué, de acuerdo con el texto utilizado del *Digesto*, señalar un acuerdo colusorio, sino una práctica individual perseguida para el caso del comercio de granos¹². Curiosamente, la concordancia del *Digesto* se aproximaría más a otras referencias hechas por el propio Pacheco relativas a otros códigos europeos coetáneos, como el código austriaco de 1850 o el napoleónico de 1810¹³, en los que más claramente se persigue el acaparamiento de bienes de primera necesidad.

No obstante esta referencia, se puede decir que el mundo jurídico romano clásico en esta materia¹⁴ pivota, entre otros, sobre la *Lex Iulia de Annona* (a. 18 a. C.). Esta era una Ley de César o de Augusto que, aunque no es un texto de defensa de la competencia mercantil, sí es un texto de defensa de cierto funcionamiento de los mercados, que considera *contra legem* ciertos acuerdos o prácticas monopolizadoras, en tanto que va contra los mercaderes que tratasen de subir los precios de los alimentos, entre otros, mediante acuerdos colusorios –no solamente el acaparamiento individual, sino también la «*societas*» entre comerciantes para retirar oferta o acapararla y no sacarla al mercado («*quo annona carior fiat*»)– o poniendo obstáculos a los transportes y al almacenamiento.

denique ita cavetur: Praeterea debedis custodire ne Dardanarii ullius mercis sint, ne aut ab his qui coemptas merces supprimunt, aut, á locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent, dum minus uberes proventus expectant, ne annona oneretur: Poena autem in hos varie statuitur: nam plerumque qui negotiantes sunt, negotiatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent, humiliores ad opus publicum dari...»

¹¹ Véase DU CANGE, D. et al: *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, <http://ducange.enc.sorbonne.fr>

¹² PACHECO, *Opus cit.*, p. 1279. Esta concordancia, no obstante, presenta un interés añadido, puesto que el delito es para los artículos de primera necesidad, pero el artificio referido aquí no es el de coligación, sino el de operaciones de tipo especulativo –acaparamiento– con estos bienes de «*diaria necesidad*», con penas crecientes si hubiera conmoción pública o si se produjera con ocasión de algún episodio de conmoción pública. En este sentido, se podría interpretar que el efecto es el mismo, es decir, la alteración del precio natural de las cosas en los mercados, pero el medio es radicalmente distinto, puesto que se persigue la colusión y no las decisiones individuales e independientes de agentes económicos que deciden no vender sus existencias o reducir las en un momento determinado. Es cierto que los delitos de acaparamiento eran muy relevantes en las sociedades agrarias tradicionales, donde el tráfico de grano y sus condiciones de venta y almacén siempre preocuparon a los gobiernos. Aunque haya que retroceder mucho, este sería el caso de la *Lex Iulia de Annona* de los romanos.

¹³ Hay que subrayar que el artículo 420 del código napoleónico de 1810, del que bebe el artículo 452 del código español, concreta mucho más estos bienes de primera necesidad y lo acerca a la tradición romana. En concreto señala los granos, harinas, sustancias harinosas, pan, vino o «cualquier otra bebida».

¹⁴ Un análisis exhaustivo del derecho romano clásico en esta materia se encuentra en RESINA, P.: «Prácticas monopolísticas e intervencionismo público en materia de mercados.» En BELLO, S. y ZAMORA, J. L. (Coord.), *El derecho comercial, de Roma al Derecho moderno*, IX Congreso Internacional y XII Iberoamericano de Derecho Romano, Volumen II, Universidad de Las Palmas, 2007, pp. 771-794.

Se observa, *prima faciae*, que la cuestión de los abastos no era algo menor. Así, si el asunto afectaba al transporte, el simple intento de restringir la oferta quedaba penado, como, por ejemplo, cuando se señala que «nadie debe retener nave o marinero» –del transporte público–, ni obrar dolosamente para que otro los detuviera. La pena prevista era de 20.000 sestercios (Dio C. 54.17; Ulpiano, el propio D.48.12.2; Inst. 4.18.11). El cumplimiento de esta ley en relación con su contenido debía ser extremadamente importante. Hasta el punto de poder leerse en el *Pandectas* que «es posible un juicio entre un esclavo y su dueño cuando aquél acusa a éste de haber defraudado los abastos públicos».

Esta idea queda reforzada al citar las decisiones de los emperadores Augusto, Antonino y Vero¹⁵ que dieron un rescripto en estos términos: «No es nada justo que los decuriones vendan trigo a los ciudadanos de su localidad a precio más bajo del que exige el reglamento de abastos'. Y, en otro, esos mismos emperadores dijeron que los decuriones de una ciudad no pueden fijar el precio del cereal que se cosecha. A mayor abundamiento, existe uno –dirigido a una mujer– en el que se expresaron en estos términos: «aunque no suelen dedicarse las mujeres a este tipo de denuncias, sin embargo, como prometes probar algo que afecta al interés de los abastos, puedes hacerlo ante el precepto de abastos».

Por tanto, en Libro XLVIII, Título XII, del *Digesto*, nos encontramos con que efectivamente se sancionan los actos realizados en perjuicio de los depósitos de granos, pero también los convenios para motivar la subida de sus precios¹⁶. En consecuencia, se fija una pena contra el que especula con los abastos o hiciera una sociedad para aumentar su carestía.

Sin embargo, se detectan dos elementos distintos. Por una parte, la persecución de aquellos considerados acaparadores, especuladores y usureros en el comercio de abastos, a los que se les denominaba *dardanarii*¹⁷ y podían ser sancionados con multas, incluso perseguidos por delito de abastos, pudiendo llegar el castigo hasta la pena capital¹⁸. Por otra parte, es oportuno señalar,

¹⁵ Tomado de «El digesto de Justiniano», Pamplona, Aranzadi, 1975. 3 volúmenes. En el volumen III, Libro 48, Título XII, sobre la ley Julia de abastos, pp. 712 ss.

¹⁶ En el *Digesto* XLVIII, 12.1, *Corpus iuris civilis*, «Ulpianus libro nono de officio proconsulis. *Lege Julia de annonae poena statuitur adversus eum, qui contra annonam fecerit societatemve coierit, quo annonae carior fiat. Eadem lege continetur, ne quis navem nautamve retineat aut dolo malo faciat, quo magis detineatur, et poena viginti aureorum statuitur*».

¹⁷ En la Edad Media europea se utilizaba como sinónimo de monopolio la palabra *dardanariat*, si bien limitada a los monopolios de granos, representando siempre delitos de monopolización. No se conoce bien el origen de esta palabra, pero puede deberse a un tal Dardanus, que fue un conocido comerciante del periodo del Imperio Romano que consiguió, por medios artificiosos –*maleficis artibus*– y utilizando la especulación, importantes incrementos en el precio de los granos.

¹⁸ PIOTROWSKI, Roman: *Cartels and Trusts. Their origin and historical development from the economic and legal aspects*. Londres, George Allen & Unwin, 1933, pp. 96 y 97. Cita textos clásicos de Plauto o de Tito Livio en los que aparecen casos de procesamientos o sentencias en los que se aplica esta ley contra la especulación y la subida de precios por medios colusorios en los abastos. Dice también que en la *Historia Natural* de Plinio también se alude al lucrativo monopolio de los cangrejos que dio lugar a muchas quejas y querellas.

como lo hace Piotrowski¹⁹, que la *Lex Julia de annona* trata el asunto societario no como una cuestión separada del delito sino como un medio de cometerlo y no castiga tanto la compañía como a los socios en tanto que individuos infractores.

En esta legislación de abastos se ponen de manifiesto varios aspectos relevantes, desde el punto de vista de cómo pensaban los romanos clásicos que tenía que ser la formación de los precios en los mercados. En primer lugar, el asunto de los granos era tan crítico en las sociedades antiguas que ya se había desarrollado un interés público que se protegía jurídicamente. El comercio de granos representaba un producto de masas. En segundo lugar, contrariamente a lo que se persigue en los tiempos actuales, se cuidaba mucho de afectar a los precios de la materia prima puesta a la venta, exigiendo que no se vendiera demasiado bajo –lo que ocasionaría un exceso de demanda y probablemente una escasez excesiva en el futuro inmediato–, llegado el caso con una fijación del precio por parte de los reguladores.

Por último y más importante a los efectos de la presente investigación, esta ley orienta su acción en dos frentes, uno el especulativo, en relación con la gestión de los almacenes o, si se quiere, con el manejo de existencias. El otro claramente de carácter anticolusorio. Se persigue administrativa y penalmente una consecución artificial, mediante la *societas*, de un tamaño excesivo que pudiera dañar las condiciones del mercado de granos.

Ahora bien, sea individual o colectivamente, no se puede obviar que lo que se persigue, en términos económicos, es la monopolización o la adquisición de un poder de mercado, que asegure al que lo hace un encarecimiento no transitorio y general del precio de esos granos en los mercados. La *Lex Julia de annona* tiene análogas ‘constituciones’, estatutos y «mandata» que fueron aplicadas por Roma y que perseguían no solamente las prácticas y acuerdos de monopolización de granos sino también de otros productos y mercados, como puede comprobarse fácilmente en el libro 47 del Digesto, tal y como subrayaban las referencias de Pacheco. Pero no se puede ni siquiera sugerir que el Derecho romano persiguiera la colusión en general, sino solamente la colusión por causa del acaparamiento y encarecimiento de abastos y de algunos otros productos específicos.

En el Edicto de Diocleciano «*de pretiis rerum venalium*» del año 301²⁰, en el que se desarrollaba una política de precios máximos para productos de gran consumo –más de 1300 mercancías–, se apuntaba a ciertos comerciantes y artesanos como los causantes de un alza injustificada de precios a través de la monopolización de esos mercados. Aunque no atacaba a la organización monopolizadora, sino a cada uno de sus miembros. Del mismo modo, este Edicto desarrolló la famosa «*laesio enormis*», que se convirtió en la base para todas las posteriores leyes contra la usura. Lo cierto es que este tipo de legislación continuó actualizándose y modificándose después de la caída del imperio romano de occidente.

¹⁹ PIOTROWSKI, *Opus cit.*, p. 100.

²⁰ <http://es.cyclopaedia.net/wiki/Edictum-De-Pretiis-Rerum-Venaliu>

Así es como aparece en el Código de Justiniano, donde se lee como título de uno de los libros, tal y como señalaba Mercado en su texto, «*Sobre los monopolios y los acuerdos ilícitos de mercaderes o sobre las prácticas prohibidas e ilegales de los artesanos, maestros mecánicos y propietarios de baños*».

Con anterioridad al Código de Justiniano, un buen fundamento se encuentra en la Constitución de Zenón del año 483²¹. Curiosamente, Justiniano recogió y mantuvo vigente la Constitución de Zenón²², pero basó lo fundamental de «su política económica en un sistema de monopolios», tal y como señala Piotrowski en su texto. Eran monopolios del Estado, gestionados por oficiales imperiales.

Volviendo a la concordancia con el Pandectas realizada por el profesor Pacheco, quizás hubiera sido más acertado señalar la Ley 121 del Libro XLVIII del Digesto²³, porque aquí no solamente se establece como delito los actos realizados en perjuicio de los depósitos de granos, sino también, de forma expresa, los convenios entre aquellos que *fecerit societas*, con el fin de producir una subida de sus precios.

La tradición penal romana, por tanto, no puede interpretarse como una legislación de defensa de la competencia, que persigue los acuerdos colusorios. Se podría decir que la tradición penal romana, sobre todo, establece como delito el acaparamiento o la especulación de abastos. La cuestión es que estas prácticas, que provocaban el encarecimiento general y permanente de los granos, a veces se realizaban a través de *societas*, más o menos informales, es decir, a través de lo que hoy podríamos llamar acuerdos de cartelización entre productores o entre comerciantes. Pero no dejaba de ser un medio para cometer un delito de acaparamiento o de especulación y no un delito separado por hacerse colusivamente. La legislación romana perseguía la monopolización de los mercados como delito y las coligaciones de tipo colusorio no eran sino un medio para producir ese resultado. Lo que no puede descartarse es que la persecución de la monopolización a través de coalición dejara un poso jurídico que siglos después acabara considerando cualquier colusión entre comerciantes o entre productores con el fin de alterar las condiciones naturales de mercado como delito *per se*. En este sentido, no es solamente el monopolio lo que se persigue, sino la monopolización como artificio mediante colusión, que no deja de ser la acepción adecuada para una buena comprensión de la antigua palabra castellana monopodio.

²¹ PIOTROWSKI, *Opus cit.*, p. 114, recuerda que la Constitución de Zenón encuentra una análoga provisión en el código indio de Kautilya. En este sentido, ambas regulaciones no solamente castigan cualquier forma de monopolización de la vida económica sino también acuerdos entre productores, entre artesanos, o entre empleadores, incluso entre empleados.

²² En la Constitución de Zenón se puede leer:

«*Si quis autem monopolium ausus fuerit exercere, bonis propriis spoliatus perpetuitate damnatur exilii... officio tuae sedis quadraginta librarum auri condemnatione multando, si in prohibitis monopolis et interdictis corporum pactionibus commissas forte, si hoc evenerit, saluberrimae nostrae dispositionis condemnationes venalitate interdum aut dissimulationes vel quolibet vitio minus fuerit exsecutum*».

²³ Vid. Nota a pie de página 18.

III. CONCORDANCIAS MEDIEVALES DE LOS DELITOS DE MAQUINACIÓN PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS

Lo que si podemos afirmar es que el artificio de la colusión aparece ya en la Edad Media como un delito *per se* perseguido penalmente. Como puso de manifiesto el estudio referido del profesor Pacheco, hay concordancia en el artículo 450²⁴ del Código Penal de 1848 con un derecho anterior al derecho revolucionario francés de principios del siglo XIX. La concordancia es de notable raigambre jurídica castellana, puesto que se trata de las Siete Partidas – Libro de las Leyes en su literal– de Alfonso X el Sabio, que contiene leyes concordantes con el espíritu y el texto del Código Penal de 1848. Esto no es óbice para que el Código de 1848 esté directamente influenciado por el literal del código napoleónico francés. Si bien, sí pondría de manifiesto que no sería casualidad que el código francés bebiera en las mismas fuentes jurídicas medievales que propiciaron las leyes españolas anteriores a esos códigos decimonónicos.

Como cuestión general, hay que tener en cuenta el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y el orden de prelación que allí se establecía en la aplicación de las leyes. Orden que quedó ratificado en las Cortes de Toledo de 1502 y en las de Toro de 1505, para luego volverse a confirmar por las recopilaciones de las leyes castellanas en la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805²⁵. De acuerdo con el Ordenamiento de Alcalá, que se irá recogiendo posteriormente en la primera Ley de Toro y luego ésta en las siguientes recopilaciones, se aplican las leyes del Derecho Real antiguas y las nuevas que vayan entrando en vigor, en su defecto las de los Fueros municipales²⁶ que no contradigan a las primeras y, en defecto de las dos anteriores, como Derecho supletorio, las Partidas, en vez de todo el *ius commune*. Por tanto, hasta la codificación del siglo XIX las leyes de las Partidas que no hubiesen quedado manifiestamente

²⁴ PACHECO, *Opus cit.*, pp. 1278 y 1279, reitera esta misma concordancia de las *Partidas* para los artículos 451 y 452 del Código Penal de 1848.

²⁵ Sobre la controvertida cuestión histórica de la prelación de las leyes o del alcance territorial de las mismas, especialmente a partir de los decretos de nueva planta, se considera oportuno referir aquí alguna de las numerosas obras al respecto. Si bien se está asumiendo en el texto la vigencia y el carácter supletorio que tuvieron Las Partidas hasta bien entrado el siglo XIX. En este sentido es muy ilustrativa y esclarecedora la obra de GALVÁN, E.: *Consideraciones sobre el proceso recopilador castellano*, Universidad de Las Palmas, Las Palmas, 2003. También es de obligada consulta el texto de GAY ESCODA, J. M.: «Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el decreto de Nueva Planta hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en B. CLAVERO et al.: *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*. Milán, 1990, pp. 805-865.

²⁶ Los autores son conscientes de la importancia que puede tener el estudio sistemático de los distintos fueros municipales en orden a arrojar mayor luz sobre la existencia en España de una normativa medieval de defensa de la competencia en los mercados. Sin embargo, dado lo heterogéneo de los propios fueros y la gran exigencia de texto y sistemática que requeriría su estudio dentro de este artículo, se considera suficiente señalar algún libro general de policía municipal como el de la nota a pie de página núm. 32 y dejar para un análisis más específico la revisión de los distintos fueros medievales españoles.

derogadas por el Derecho real eran de aplicación legal al menos en buena parte de España.

Para los artículos referidos a la «maquinación para alterar el precio de las cosas» el Código de 1848, el profesor Pacheco utiliza como concordancia común la Ley 2.^a del Título 7.^o de la Partida 5.^a²⁷. Esto significa que el Rey a través del Derecho real mantiene un compromiso con la defensa jurídica de la formación «natural» del precio en los mercados y, en consecuencia, redacta leyes anticolusorias que, como la que se ha citado a pie de página, no solamente se preocupan de evitar la colusión en las subastas reales sino también aquellos acuerdos colusorios de mercaderes, menestrales, etc. que alteraran el precio «natural» o «corriente» del mercado.

No obstante lo anterior, la prohibición de estos «cotos e posturas» solamente eran nulos de pleno derecho cuando «non sean puestos sin sabiduría é otorgamiento del Rey». Con ello, quizás cobra cierta vigencia el alegato del preámbulo de la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas de 1963, referido anteriormente, en el sentido del alcance efectivo de estas leyes reales. Es verdad que la corona estuvo siempre preocupada por conseguir el mayor rédito para muchos de los monopolios que ostentaba y cuya gestión ponía en subasta, pero también la ley citada iba más allá, regulando en un orden más general lo que se podría calificar de garantía legal de cierto entorno competitivo. Si bien en estos momentos no estamos en condiciones de calibrar hasta qué punto eso podía ocurrir, a pesar de las referencias en contrario.

A mayor abundamiento de estos argumentos, hay reputados especialistas actuales, como Julio Pascual²⁸, que consideran que la Ley referida de las Partidas es la prueba de que «el hito más antiguo en la evolución de la legislación antitrust en el mundo se sitúa en Castilla y León en el siglo XIV, y no en los Estados Unidos en el siglo XIX». Es decir, si fuera así, habría que atender a una legislación de defensa de la competencia de tradición española de tanta importancia como, aparentemente, podría serlo en Economía la llamada teoría cuantitativa del dinero atribuida a la Escuela de Salamanca.

²⁷ Partidas.- Ley 2, tít. 7, P. V: «Cotos, é posturas ponen los mercaderes entre sí, faziendo juras é cofradías que se ayuden unos con otros, poniendo precio entre sí, por quanto dén la vara de cada paño, é por quanto dén otrosí el peso, á la medida de cada una de las otras cosas é non menos. Otrosí los menestrales ponen coto entre sí, por quanto precio dén cada una de las cosas que fazen de sus menesteres. Otrosí fazen posturas, que otro ninguno non labre de sus menesteres, si non aquellos que ellos reciben en sus compañías. E aun, que aquellos que así fueren recibidos, que non acaben el uno lo que el otro oviere comenzado. E aun ponen coto en otra manera, que non muestren sus menesteres á otros, si non aquellos que descendieren de sus linajes dellos mismos. E por que se siguen muchos males dende, defendemos, que tales cofradías, é posturas, é cotos, como estos sobredichos, nin otros semejantes dellos, non sean puestos sin sabiduría é otorgamiento del Rey, é si los pusieren, que non valan. E todos cuantos de aquí adelante los pusieren, pierdan todo cuanto que ovieren, é sea del Rey. É aun demás desto, sean echados de la tierra para siempre. Otrosí dezimos, que los jugadores mayores de la villa, si consentieren que tales cotos sean puestos; ó si después que fueren puestos, non los fizieren desfazer si lo sopieren; ó non lo embiaren decir al Rey, que los desfaga; que deben pechar al Rey cinquenta libras de oro.»

²⁸ PASCUAL, J. (2003): «Los más antiguos antecedentes conocidos de legislación antitrust son españoles». *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 225, pp. 113-115.

La idea de Pascual, igual que la concordancia de Pacheco en 1848, es que hay normas *antitrust* «que prohíben y sancionan las conductas colusorias anti-competitivas en el reino de Castilla y León, que se remontan al siglo XIV²⁹ y que estaban vigentes en España a mediados del siglo XIX». Este argumento, señala el propio Pascual, encuentra un magnífico apoyo en el siglo XVI, en la Suma de Tratos y Contratos de Fray Tomás de Mercado y, como prueba de su vigencia en el siglo XVIII en la Guía de Alcaldes y Ayuntamientos, escrita por Jorge Torres en 1847³⁰.

Si atendemos a la obra de Tomás de Mercado, la obligación mayor es «guardar el precio justo³¹, que llamamos natural» que es variable («más que el viento») y al contado, público y de acuerdo con las cambiantes circunstancias, sin fuerza ni engaño. El engaño para Mercado puede venir por vicio en la mercancía o porque el mercader ejerce así su «arte», «haciendo monopolio con sus consortes y compañeros: que no se baje».

Para Mercado el problema de esto es que «tiene este negocio tan manifiesta injusticia [...] que es género de fuerza, y violencia que hacen a los que mercan concertarse ellos entre sí, y que compelen consecuentemente a los otros que no pueden no mercar, a darles cuanto ellos piden». Ahora bien, Mercado considera también que «lo mismo se entiende, de los que compran, si se concertan de no dar más», es decir, el artificio de la colusión para conseguir lo que en economía se denomina monopsonio. De igual forma, estas maquinaciones son consideradas delito en otros ámbitos: «Lo mismo se entiende de lo que se pone en almoneda: almojarifazgos, diezmos, si se confederasen los que pueden haberlos de no subir de tantos cuentos o si uno o dos, o más rogasen y sobornasen a otros, que no pujasen, y que desistiesen del arrendamiento, sería monopolio». Es decir, no puede haber concertación para que no se puge en estos casos. Este monopolio es para Mercado «vicio abominable, y aborrecible a todo género de gente, porque es muy perjudicial, tirano, y dañoso, y por tal condenado en todas las leyes».

²⁹ La referencia al siglo XIV la hace Pascual en relación a la positivación por parte de Alfonso XI de las Partidas de su antepasado, datadas en el siglo XIII, al incluirlas como legislación vigente en el Ordenamiento de Alcalá de 1348.

³⁰ TORRES, F. J.: *Guía de Alcaldes y Ayuntamientos o Recopilación metódica en que se consigian cuantos deberes y atribuciones competen a los Alcaldes y Ayuntamientos*, Madrid, Imprenta de Corrales y Compañía, 1847. La referencia de Pascual a este libro es de especial importancia cuando lo cita en su Tratado VIII titulado *Del monopolio* donde dice que «el monopolio [...] consiste en un convenio que varios hacen para estancar los géneros o artículos de que se proveen los pueblos, y con el objeto de impedir que bajen los precios [...] Puede ser considerado además como un acto de monopolio el acuerdo de los menestrales y jornaleros de no trabajar sino por cierto dispendio».

Es decir, el monopolio no como resultado natural de mercado, por razón de eficiencia, innovación, gestión, etc., sino por concertación o convenio entre aquellos que deben competir.

³¹ El precio justo según MERCADO, *Opus cit.*, p. 167, «débese considerar lo que a ellos les cuesta, las costas que hacen en traerlo, el riesgo a que lo exponen, por mar o por tierra, el tiempo que tienen ocupado en ello su dinero, hasta que se saca, ya junto esto, añadiendo un moderado interés, se hallará, y pondrá el precio justo».

Podemos estar de acuerdo con el profesor Garrigues³² cuando, en sus comentarios a la Ley española de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 1963, resumió cuál era la situación de la competencia y los mercados en la Edad Media. Se trataba de una organización económica «dirigista y monopolista», donde el acceso al mercado no era libre. Tanto la corona, como los municipios o las corporaciones, regulaban los términos en los que se podía competir. Además, la organización de gremios por un lado y los consorcios de grandes mercaderes y negociantes por otro procuraban con su enorme poder favorecer las regulaciones de mercados. Pero tampoco cabe ninguna duda acerca de producciones y mercados sometidos a cierta competencia en lugares concretos³³. Por lo que es, desde aquí, desde donde se puede plantear la existencia de una tradición sancionadora de la restricción de la competencia en los mercados.

Esta tradición encuentra también antecedentes en esa misma época a lo largo y ancho de Europa, más allá de los antecedentes españoles arraigados en las Partidas, a los que fueron sensibles algunos escolásticos, convencidos de la superioridad de la institución del mercado como mecanismo de asignación eficiente de recursos escasos. Incluso podemos encontrar regulaciones muy antiguas contra los artesanos o mercaderes que hicieran acuerdos colectivos para alterar el precio corriente del mercado. En lugares tan alejados como la India³⁴, en tiempos tan antiguos como algunos siglos antes de Cristo, hay legislación para castigar a aquellos que impiden o intentan impedir que otros puedan comerciar libremente. Por ejemplo, una legislación contra el llamado *boicot* comercial. Se les consideraba «pecadores» y delincuentes y se les sometía a importantes multas u otro tipo de castigos. Junto con esta regulación, también se creaban cuerpos específicos de control y supervisión.

No obstante, es de común conocimiento que en la Edad Media existían mercados bajo monopolios públicos y fueron muy numerosos. Tampoco se puede negar que estaba a la orden del día la existencia de acuerdos de cartelización que no se perseguían. Por ejemplo, en España en el siglo x, los panaderos

³² GARRIGUES, *Opus cit.*, pp. 3 a 5.

³³ PIRENNE, H.: *Las ciudades de la Edad Media*, Madrid, Alianza, 2011 [1971], p. 120. Señala este especialista que en la aparición y desarrollo de las ciudades europeas en los siglos XI y XII, ya se pone de manifiesto que las exigencias de libertad de mercado y autonomía que exigían los nuevos burgueses mercantiles facilitaba la consolidación del poder real de modo que la autonomía y la libertad de movimientos de mercancías y personas en las ciudades supone que «el interés de la corona les impulsaba de manera tan imperiosa a sostener a los adversarios del feudalismo como para no dejar de otorgar su apoyo, cada vez que lo podían hacer sin comprometerse, a aquellos burgueses que, al rebelarse contra sus señores, combatían en el fondo a favor de las prerrogativas reales». Otra cosa distinta es como utilizarían estos comerciantes y artesanos su poder ciudadano para consolidar organizaciones profesionales cerradas a la competencia en el interior de las ciudades a medida que avanzaba la Edad Media.

³⁴ PIOTROWSKI, *Opus cit.*, pp. 87-89. En el caso concreto de los acuerdos colosorios de la antigua India, se cita la obra de J. Meyer, *Das altindische Busch vom Welt und Staatsleben. Das «Athaçastra» des Kautilya*, Leipzig, 1926. En concreto sus pp. 323– 815. Este tipo de acuerdo colosorio fue denominada por el profesor Meyer como «*rings*», que es un nombre frecuentemente utilizado en historia y en economía alemanas para definir los antiguos cárteles medievales y modernos.

de algunas ciudades acordaban vender sus productos solamente ciertos días del mes, evitando posibles pérdidas de una producción y venta continua³⁵. La reducción de oferta les aseguraba un volumen de ventas y de beneficios extraordinario. No era extraño encontrar normas en las que se prohibía vender a precios diversos o lugares donde quedaban limitadas las cantidades que se podían comerciar, incluso las prohibiciones de publicidad de los productos ofertados.

También es verdad que los propios príncipes eran los mejores abanderados de los monopolios que ellos ostentaban en muchos casos en el régimen señorial, a la vez que otorgaban monopolios legales a aquellos que habían sido particularmente útiles a sus propósitos. Por ejemplo, encontramos en 1301 cómo el rey Felipe el Justo y el rey Carlos II de Nápoles pactan un cártel para la extracción de sus minas de sal de Aigues-Mortes y Provenza, respectivamente, con un sistema de venta centralizado a gran escala de carácter internacional, gestionado por dos banqueros de Florencia. Banqueros con los que se habían endeudado de manera notable los gobernantes de Nápoles, Francia, Roma o Inglaterra. El modo de hacerlo era mediante la creación de una «*societas communis venditionis*», con la que ejercían conjuntamente los derechos concedidos por los monarcas. Junto con estos ejemplos, se pueden citar otros en ese mismo siglo que corresponden a acuerdos colusorios de comerciantes hanseáticos para la exportación a Inglaterra de cera. También de los banqueros Bardi, Peruzzi y Acciajuoli de la Florencia de 1316, gestionan créditos con unas condiciones de mercado de consuno.

Eran conocidas, por otra parte, las importaciones en régimen de monopolio que tenían los comerciantes italianos en las minas de alumbre del imperio otomano, tan importantes para el desarrollo de las tinturas en la ropa y en los cueros. Incluso cuando este mineral apareció a mediados del siglo xv en las ricas minas de Tolfa en los Estados Vaticanos³⁶, el Papa se apresuró a dejar la explotación de la mina a una «*Societas Aluminium*», que obviamente tendría el monopolio de comercio en los estados del Papa, pero que también conseguiría competir en mejor posición con los yacimientos turcos, cuando el propio Papa condenó la compra de este producto por parte de los cristianos si el mismo procedía de Turquía.

Todas estas regulaciones tenían en común la consideración de que las prácticas y los acuerdos que se perseguían tenían como propósito una restricción de la oferta y una fijación discrecional de precios, como rasgos esenciales de los mismos. En la ciudad de Nevers se encuentran documentos municipales que prueban que en el siglo xv existían ya «*des tentatives d'organisation de syndicats financiers*»³⁷. Por tanto, es innegable que las prácticas monopolizadoras tuvieron un extendido uso en la Edad Media.

³⁵ PIOTROWSKI, *Ídem*, pp. 132 y 133.

³⁶ ZIPPEL, G.: «L'allume di Tolfa e il suo commercio». En el *Archivio della R. Società Romana di Storia Patria*, Roma, Vol. XXX, 1907, pp. 11 a 34.

³⁷ CHASTIN, J.: *Les trusts et les syndicats de producteurs*, Felix Alcan, Paris, 1909 [1862], p. 4. El profesor Chastin tiene claro que los sindicatos de productores vienen de lejos y que siempre tienen un mismo objetivo: «*maintien ou relèvement des bénéfices industriels para la restriction de la concurrence*».

Sin embargo, tampoco se debería ocultar que también se desarrolló un cuerpo legislativo mercantil anticolusorio, si bien desigual y disperso, como corresponde al florecimiento y desarrollo de las ciudades europeas. Un buen ejemplo es el de la ley municipal de Florencia de 1322 –solamente estuvo en vigor tres años– declarando cualquier acuerdo de estas características como *nulo ipso iure*. Este mismo decreto reaparecerá en Florencia en 1415. Se citan también los estatutos municipales de Motefeltro en 1384 o de Teramo de 1440.

En muchos países y ciudades europeas, para algunos mercados, como el las compras de granos, vino u otros bienes, existían normas que castigaban a aquellos que tuvieran la intención de revender esos bienes posteriormente a precios exorbitantes. Así consta en las capitulaciones de los reyes francos Carlomagno y Luis el Piadoso³⁸, que establecían precios regulados para ciertos productos cuando los precios subían excesivamente. Del mismo modo, se tiene constancia de otro tipo de legislación en algunas ciudades alemanas, como Colonia en 1348 o como Núremberg en el los siglos XIII y XIV, que prohibía los «*furkauf*», monopolios privados y las prácticas monopolizadoras, no como esporádica especulación o «ring» especulativo, sino como mecanismo que lleva a la monopolización sistemática de mercados. Son frecuentes también las «*ordonnances*» francesas establecidas por los reyes³⁹ en los siglos XIV y XV, dirigidas contra todo tipo de monopolios de granos y muy relacionadas con las legislaciones antiguas como las de Carlomagno.

El profesor Garrigues⁴⁰ reconoce que ante este tipo de situaciones tanto el pueblo como los propios juristas reaccionaban y presionaban a los príncipes para que modificaran las condiciones de competencia. Recuerda cómo fue posible un acuerdo de la Dieta Imperial de 1512 que prohibía los monopolios y cómo Carlos V presionaba al fiscal de Ausburgo para que quedara sobreesido el procedimiento contra un grupo de mercaderes que habían infringido la norma. También así se puede explicar, por ejemplo, cómo los estatutos municipales de las ciudades italianas de Viterbo y Urbino en 1251 prohibieron⁴¹, so pena de importantes multas, los acuerdos entre pescaderos para la compra y venta conjunta de pescado. Del mismo modo que Wenceslao II prohibió en Bohemia a finales del siglo XIII los acuerdos monopolísticos entre los comerciantes de metales⁴².

³⁸ PIOTROWSKI: *Opus cit.*, p. 131. Señala que lo recoge de *Ansegiso Abbate et Benedicto Levita collecta, lib. I, cap. 131: Caroli Magni et Ludovici Pii Christianiss, regum et imper. Francorum Capitula...* En concreto, en la Capitulación de Carlomagno del año 806 se puede leer: «*turpe lucrum exercent qui per varias conventiones lucrandi causa inhoneste res quaslibet congregare decertant*».

³⁹ Se citan en PIOTROWSKI, *Ibidem*, p. 140, las ordenanzas de Felipe IV de 1305, la de Juan de 1350 y 1355, la de Carlos IV de 1415 o la de Carlos VII de 1439. El autor encargado de esta investigación fue el profesor Delamare que lo cita en su texto *Traité de la Police de France touchant le commerce des Grains*.

⁴⁰ GARRIGUES, *Opus cit.*, p. 16.

⁴¹ KOHLER, Josef: *Der unlautere Wettbewerb*, Walter Rothschild, Berlin, 1914, p. 2. En concreto, el estatuto de estas ciudades decía «*Venditores piscum non faciant societatem de piscibus comparandis aut vendendis...*».

⁴² Citado por PIOTROWSKI, *Ídem*, p. 133.

Por su parte, la *common law* inglesa fue beneficiaria de los principios de una legislación anti monopolio. La *Magna Charta* –llamada en inglés *Great Charter*⁴³– de 1215 permitía la libertad de movimiento de oficios, de mano de obra a lo largo y ancho del territorio inglés o, dicho de otro modo, la libertad de contratación. Además, el monopolio infringía lo señalado por él y, como tal, era declarado nulo de pleno derecho y sancionable por la ley. El capítulo XXX de este *Great Charter* provee de «*full and unrestricted*» libertad para los comerciantes en el ejercicio de su actividad comercial.

Tampoco se puede dejar de lado la experiencia británica con la citada⁴⁴ sentencia de 1415, en la que se declaró ilegal una práctica restrictiva de la competencia por atentar contra la *common law*. Además, en 1623 se aprobó el *Estaduto de Monopolios* que si bien legalizaba los estancos de la corona, también les ponía límites y desde entonces se ha considerado como el punto de arranque hacia el libre comercio británico⁴⁵.

Por lo tanto, las referencias medievales, algunas coetáneas a las Partidas, aparecen dispersas, pero por doquier en Europa. Aunque muchas de esas normas se distinguen porque persiguen la monopolización y otras, en cambio, persiguen los acuerdos colusorios para conseguir la monopolización.

IV. MONOPOLIO Y COLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1848

A pesar de esta realidad jurídica medieval y moderna, no se puede negar que hubo que esperar a la revolución francesa para que se produjera un rechazo tanto a los sistemas de monopolios públicos como al sistema gremial. Fue la llamada *Ley Chapelier* en Francia en 1791 la que cambió radicalmente el mundo de la competencia en los mercados al eliminar las agrupaciones gremiales y sus prerrogativas. Lo mismo que en España el Decreto de 1813 en el que se declaraba la libertad de todos los españoles para ejercer cualquier industria u oficio sin necesidad de autorizaciones o títulos, aunque en nuestro caso su vigencia fuera especialmente corta, puesto que en 1815 se volverían a restablecer los gremios, si bien en los años treinta volviera a estar vigente. Con estos mimbres es posible entender la construcción codificadora penal del siglo XIX en lo relativo a la protección pública de unos bienes jurídicos como la libertad de

⁴³ El *Charter* de 1215 en cuestión decía «*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiat de libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis...*».

⁴⁴ COKE, E.: *Institutes of the Laws of England*, Londres, 1642, (2.ª parte) (tomado de la edición de R. Pheney & S., Londres, 1823).

⁴⁵ COKE, *Opus cit.*, p. 45. Es muy valiosa la aportación de Sir Edward Coke a partir de su definición de monopolio, basada en el precepto legal citado:

«*A monopoly is an institution, or allowance by the King, by his Grant, Commission, or otherwise, to any person or persons, bodies politique, or corporate, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of any thing, whereby any person or persons, bodies politique, or corporate, are sought to be restrained of any freedom, or liberty that they had before, or hindered in their lawfull trade*».

empresa y la competencia mercantil, a través de los artículos correspondientes a los delitos de maquinación para alterar el precio de las cosas.

En la introducción del estudio del profesor Pacheco⁴⁶ al texto penal de 1848 señala la clara influencia del código penal brasileño de 1830, pero subraya también la evidente influencia que en el texto español, y antes en el propio brasileño, va a tener como fuente básica el llamado código napoleónico, es decir, el código penal francés de 1810.

En lo relativo a los comentarios y concordancias de los artículos 449 a 452 no hace un comentario general. Lo poco que dice el profesor Pacheco enfatiza el hecho de que pueda producirse esta maquinación tanto por particulares como por empleados públicos. Probablemente porque siendo todo ello «maquinación para alterar los precios de las cosas», el primero de los artículos se refiere a las subastas públicas y los otros tres tienen que ver con la formación artificiosa de precios en distintos mercados, a saber: mercado de trabajo, mercados de bienes, servicios y activos y, finalmente, mercados de bienes de primera necesidad.

En cualquier caso, cuando se analizan las concordancias que encuentra Francisco Pacheco con códigos de la época, todos los artículos del capítulo de la maquinación coinciden con diferentes artículos del código penal francés, mientras que las otras concordancias responden a fuentes distintas en función de los artículos tratados. En este sentido la influencia francesa es unificadora del propio articulado, no así las otras fuentes.

En relación con el artículo 449 las concordancias remiten tanto al código napoleónico –artículo 412– como al código penal de Nápoles de 1819 –artículo 222–. El napolitano reproduce en lo fundamental el francés. En el español, finalmente, como se puede leer en su literal, se produce el delito si se solicita una retribución por no participar en las subastas o si se intenta alejar a los que puján mediante amenazas, retribución o «cualquier otro artificio»⁴⁷. En el francés se describen las adjudicaciones y se sanciona a los que perturban la libertad de puja por medio de la amenaza o violencia «de hecho».

De lo más interesante de las concordancias en este artículo es la referencia que hace el profesor Pacheco a la Novísima Recopilación de 1805. En concreto a las Leyes 10 y 11 del Título 12 del Libro XII, que como sabemos integraba todas las leyes penales vigentes hasta ese momento. Estas leyes son muy claras, utilizan la primera persona real para fijar el sujeto que recibe el daño y caracteriza el delito. En la Ley 10 se trata de aquellos que «haciendo liga y monopolio» se conciertan entre sí para «defraudar nuestras rentas» en aquellas cosas «que son de trato». La pena es de destierro durante un año y la quinta parte del patrimonio del penado. En la Ley 11 se trata de los propios «recaudadores mayores y menores» de las rentas reales que «facen fraudes y ligas» para que las rentas

⁴⁶ PACHECO, J. F.: *Opus cit.*, pp. 49-91.

⁴⁷ En este punto es muy interesante el comentario de PACHECO, *Opus cit.*, p. 1275, al observar que hay en esta Ley dos clases de hechos y, en lo que se refiere al de los que obtienen una prima por no presentarse a la puja finalmente, «moralmente hablando», hay diferencias con respecto a la otra, en tanto que el abandono y su retribución no tiene por qué proceder de «ese inoble lucro» consecuencia de la maquinación.

reales no se arrienden o se arrienden a precios alterados. En este caso, el penado pierde todos sus bienes en favor de la corona.

Resulta evidente que, primero la Corona y después el Estado liberal, a través de los códigos penales persiguiera a aquellos que se coaligan para dañar las rentas por la gestión de ciertos monopolios reales o públicos que salen a subasta. Nos atrevemos a señalar en este punto la importancia contemporánea de este delito, al menos por dos razones que se reiteran en los foros actuales tanto académicos como de reguladores o de *practitioners* del derecho de la competencia⁴⁸. Por un lado, el gasto público de los Estados en el mundo desarrollado representa una parte importante del PIB del país, que en algunos casos supera el 50% del mismo. Una parte relevante de los bienes y servicios provistos por las Administraciones Públicas se realiza mediante procedimientos de subasta pública, con lo que la persecución de los llamados cárteles de subasta⁴⁹ a través de un articulado de estas características puede resultar una pieza importante para la eficacia y eficiencia del modelo económico vigente. Por otro lado, la eficiencia económica del sistema en la provisión de esos bienes y servicios por parte de las Administraciones Públicas es causa de interés general, que perfectamente podría justificar un ámbito penal⁵⁰, del mismo modo que se reconoce ese ámbito en la fiscalidad, por ejemplo.

En todo caso, este artículo del código de 1848 ha tenido peso cuando se han realizado valoraciones históricas sobre la aplicación del derecho penal a los temas de defensa de la competencia. En general, estas críticas habían servido para subrayar que el antecedente de un derecho *antitrust* en los códigos decimonónicos o en leyes del Antiguo Régimen había respondido a la protección de las rentas de monopolio de la corona y no a las condiciones de competencia mercantil⁵¹. Sin embargo, el literal de ese artículo pone de manifiesto cierta

⁴⁸ OCDE: *Detecting big rigging in public procurement*. Paris, OCDE, 2008.

⁴⁹ CUERVO, M.: «Subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del derecho de la competencia», en el libro GUILLÉN, J. (Dir.) *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 321-351. Se subraya la existencia frecuente de suministros en los que las administraciones públicas son los demandantes principales, convirtiendo los mercados en *bidding markets*, al utilizar los sistemas de subasta. Cuando no se cumplen ciertas condiciones en estos mercados aparecen importantes incentivos a la colusión, apareciendo de vez en cuando el fenómeno de *bid-rigging* o cártel de subasta, tan pernicioso para las cuentas públicas, el coste de los servicios públicos y la eficiencia del sistema.

⁵⁰ En la actualidad, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo español (Véase STS de 20 de febrero de 1992) que la única autoridad administrativa competente para entender de cuestiones relativas a colusión mercantil es aquella que se designa en la legislación de defensa de la competencia, con independencia de que sus resoluciones se revisen en sede judicial de lo contencioso-administrativo.

⁵¹ GARRIGUES, *Opus cit.*, p. 14. Señala que desde el siglo XII al siglo XVII que la inscripción en la matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, la regulación de los municipios y el estado, además de las normas gremiales o corporativas dentro de cada actividad limitaban extraordinariamente la competencia. Sin embargo, no se puede negar un margen y una voluntad pública para la supervivencia de la competencia mercantil en los mercados, como lo prueban estas leyes. Es más cuando se califica de «curioso» el fenómeno del florecimiento del derecho mercantil en las ciudades europeas de la Edad Media, a pesar de la falta de libertad profesional existente, es posible analizarlo como un espacio de libertad comercial que hay que aprovechar y que viene propiciado por la existencia de competencia entre los agentes.

capacidad para afrontar problemas importantes relativos a la formación de los precios y las condiciones de competencia en general que tienen que gestionar las Administraciones Públicas, como ya se citó en la introducción.

Por su parte, el artículo 450 está redactado pensando en el mercado de trabajo y persigue como infracción la coligación de trabajadores o de empresarios que modifiquen «abusivamente» el precio del factor trabajo o regulen sus condiciones, siempre que haya comenzado a ejecutarse. En este sentido cabe preguntarse si la coligación es el delito o lo es solamente aquella que produzca un cambio abusivo del precio del factor trabajo.

Los artículos 414 a 416 del código napoleónico tratan la misma cuestión. En el código francés se separa, por una parte, la coligación de empresarios para abaratar el precio del trabajo injusta y abusivamente, con el añadido de un principio de ejecución. Se castiga la coligación de trabajadores que suponga cesación simultánea de su trabajo o impedirlo a terceros, con tentativa o principio de ejecución, junto con un tercer artículo en el que castiga a los trabajadores que impusieren multas, prohibiciones o interdicciones a los directores de los talleres o a los contratistas o a los dos. Además del código francés, Pacheco señala la concordancia del español con el código penal austriaco⁵² en sus artículos 227 a 229. Más allá de las penas y el lenguaje de antiguo régimen que destila este código, en lo fundamental del delito se trata de lo mismo que castiga el código francés, que es anterior.

Caben dudas en relación con la naturaleza del delito tanto en el código francés como en el español, al señalar el carácter abusivo del encarecimiento o el abaratamiento del factor trabajo y no la coligación *per se* que se ha comenzado a ejecutar o está en grado de tentativa en el caso francés. El comentario de Pacheco⁵³ al respecto no puede ser más oportuno al observar que es delito «toda coligación [...] para forzar en un sentido o en otro el curso libre del trabajo y su precio natural», si bien «es menester que haya, no cualquier propósito de bajar o hacer subir los salarios, sino coligación efectiva, comenzada a realizarse». De ello cabe deducir que una alteración por coligación del precio natural, sea mucha o poca, se considerará abusiva si ha comenzado a ejecutarse.

En relación con este artículo concreto cabe decir que es anterior a cualquier legislación laboral en el sentido actual. El derecho laboral se iría conformando a lo largo del último cuarto del siglo XIX y va a tener algunos hitos significativos que irán modificando el carácter y la aplicación del artículo 450 del Código Penal de 1848⁵⁴. En este sentido los sindicatos de trabajadores y las organiza-

⁵² El código austriaco es el vigente en 1852, de acuerdo con las notas a pie de página del propio PACHECO, *Opus cit.*, p. 97.

⁵³ PACHECO, *Ídem*, p. 1277.

⁵⁴ HIDALGO GARCÍA, J. A.: *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, Madrid, Hijo de Reus, 1908, 2 volúmenes. En las páginas 888 y 889 de este libro se recoge la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1902 en la que se dice que «en uso de la facultad que reconoce el artículo 13 de la Constitución [1876], y cumplido lo que dispone la ley de Asociaciones de 1887, los trabajadores se asocian y coligan para fin tan humano como el de mejorar las condiciones del trabajo con que atienden al diario sustento, la asociación es perfectamente lícita, y si se produce la huelga o la abstención colectiva del trabajo, se ejercita un derecho que no puede ser cohibido ni sometido a juicio mientras no surja la excepción que para el

ciones empresariales conforman una parte básica del marco institucional de las economías de mercado actuales. Es decir, en tanto que coligaciones tienen amparo legal y, en este sentido, tienen capacidad legal para fijar precios colectivamente, a través entre otros, del reconocimiento y la fuerza legal de los convenios colectivos. No en vano, aunque en la reforma de 1850 y en el Código de 1870 el artículo apareciera en los mismos términos, en el Código Penal de 1928 ya no tiene una redacción independiente dentro del Capítulo de la maquinación para alterar el precio de las cosas. Aunque se mantiene en su artículo 737 que aquellos que atenten contra la libertad de trabajo por medio de amenazas o con violencia con el fin de imponer condiciones de trabajo o alteraciones en el precio del mismo serán castigados con penas de destierro y multas.

En cuanto a los artículos 451 y 452 se deben observar algunas cuestiones. En primer lugar, el 452 está conectado estrechamente al 451⁵⁵, en tanto que se trata del mismo delito para en el caso de «mantenimientos u otros objetos de primera necesidad» y la pena queda aumentada por el «comiso» de los bienes, siempre en el bien entendido que la coligación haya comenzado a ejecutarse. En segundo lugar, el artículo 451 es mucho menos claro en su redacción. De hecho la palabra «coligación» solamente aparece en el artículo 452⁵⁶ y, en la medida en que éste se refiere al mismo delito que el anterior, habrá que entender que la coligación como medio para alterar las condiciones naturales de mercado es la forma que se persigue. El literal del artículo 451 prefiere señalar que se persigue a aquellos que esparcen «falsos rumores» o utilizan «cualquier otro artificio» para alterar los «precios naturales que resultaran de la libre concurrencia». Por tanto y al margen de la más que probable mayor extensión del término, habrá que entender que la coligación es el artificio para producir esa alteración. En tercer lugar, el artículo señala la alteración de la libre competencia en diferentes mercados. Es decir, aquellos de «mercancías» –bienes y servicios–, pero también «acciones, rentas públicas o privadas» –mercados de capitales– o «cualquiera otras cosas que fueren objeto de contratación». En definitiva, se persigue como delito la colusión en los mercados de bienes y servicios y en los mercados de capitales.

En cuanto a las concordancias en relación con otros códigos europeos anteriores, hay que señalar sobre todo la referida al Código francés en sus artículos 419⁵⁷ y 420, que en su composición y redacción se adivina la influencia que

abuso, es decir, para la violencia y la amenaza, establece el art. 556 [450 del Código de 1848] del Código tantas veces citado».

⁵⁵ PACHECO, *Opus cit.*, p. 1279. Cita para el artículo 452 español su concordancia con el artículo 230, en su segunda parte, del Código austriaco de 1852, posterior a la entrada en vigor del español de 1848.

⁵⁶ PACHECO, *Ídem.*, p. 1280, En el comentario a este artículo señala el profesor que solamente cabe que sean los dueños de los artículos los autores del fraude y que el objeto es el de subir el precio, cosa que no ocurre cuando los autores del delito pretenden bajar el precio que solamente podría ir contra los dueños de las mercancías y en este sentido es absurdo el decomiso.

⁵⁷ Se transcribe aquí al lector el texto original francés y no una traducción, con el fin de poder valorar la norma desde su estricto literal. El artículo 419 del Código napoleónico decía:

«Tous ceux qui par des faits faux on calomnieux semés á dessein dans le public, par des surffres faites au prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunion ou coalition entre le principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre ou à ne

tuvo sobre el español. En el caso francés, el artículo 419 comenzará con aquellos que divulgan «hechos falsos o calumniosos», pero a continuación redacta los otros medios artificiosos, entre los que está la «reunión o coalición» de los principales oferentes de una mercancía⁵⁸. En estas condiciones, se puede señalar que, dada la más que evidente influencia del código francés y la redacción del último párrafo del artículo 452 del español, el uso «de cualquier otro artificio» en el artículo 451, distinto de esparcir rumores, se refiere también a las coligaciones para alterar el precio de las cosas.

De esta manera, si lo unimos al artículo anterior del mercado de trabajo, el Código Penal de 1848 persigue como delitos toda colusión –por coligación– que, en el sentido más contemporáneo, restrinja las cuatro libertades comerciales básicas: de bienes, de servicios, de trabajo y de capitales. En esta medida, el Estado liberal que se está construyendo en España a mediados del siglo XIX, sobre la base de sus nuevos Códigos legales, está teniendo en cuenta las restricciones a la libertad de empresa y al comercio que pueden generar los propios mercados a través del comportamiento de sus agentes y lo intenta corregir interviniendo en la jurisdicción penal, considerando delitos tales restricciones. Pero, además, lo está haciendo de acuerdo a pautas comunes europeas, en tanto que el código napoleónico, más allá de la dominación temporal de Napoleón, se ha extendido por diferentes países del continente.

De acuerdo con el literal del código francés napoleónico o con la interpretación más plausible del Código Penal español de 1848, en el articulado no se estaría contemplando como delito el monopolio. En cambio, sí se consideraría delito si éste se hiciera a través de una «sociedad», con el fin de aumentar su carestía, es decir, mediante coligación, y de forma más señalada para aquellos artículos de primera necesidad, como los granos u otros.

En el caso del Código Penal español de 1848, en la medida en que el artículo 451 señalaba a los que usaran de cualquier artificio, muy bien podría ser este artificio el del sistema de acaparamiento de bienes de primera necesidad, tal y como señala el artículo 452. Sin embargo, si la fuente es el código francés de 1810, como ya se ha comentado, se requiere un acaparamiento por acuerdo de coligación o reunión, de modo que la mercancía no se vendiera o se vendiera solamente «*qu'un certain prix*». Por lo tanto, su análisis nos lleva inevitablemente

la vendre qu'un certain prix, ou qui, par des voies et des moyens frauduleux quelconques, auront opéré la haute ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers ou effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. Les coupables pourront de plus être mis, para l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus.

⁵⁸ LAUR, F.: *De l'Accaparement*. Paris, Société Anonyme des Publications Scientifiques et Industrielles, 1900, p. 14. En este análisis sobre el problema legal del acaparamiento y la especulación y su relación con las normas legales de la restricción al comercio, el autor señala que el artículo 419 del código napoleónico quedó confirmado repetidas veces en el Tribunal Supremo francés, citando las sentencias de 24 de diciembre de 1812, de 1 de febrero de 1834, de 29 de mayo de 1840 y de 9 de abril de 1863. No obstante, señala que el artículo 419 solamente es aplicable cuando se prueba fehacientemente que el incremento o la rebaja de los precios ha sido producida por medios fraudulentos o a través de una «coalición».

al medio de coligación como artificio y no al de acaparamiento en sí⁵⁹. En este caso cobra sentido el último párrafo del artículo 452 cuando se señala que para la imposición de penas bastará que «la coligación haya comenzado a ejecutarse».

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, el Código Penal de 1848 introduce el articulado de los delitos de la «maquinación para alterar el precio de las cosas» con cierto fundamento en una tradición penal europea que pasa por la España medieval y se pierde en el derecho romano, pero con muchos matices.

Siendo esto muy importante, más relevante resulta el alcance del literal, puesto que de ninguno de los cuatro artículos se puede predicar que se persigan los monopolios sino la colusión, como artificio para la monopolización. Lo que resulta muy contemporáneo, a la luz de la legislación y de la doctrina de la defensa de la competencia española y europea. Se podría decir que se persiguen estas coligaciones, incluso frente al poder público encarnado en monopolios diversos, cuya gestión y rentas se someten a subastas, que, lógicamente, la Corona primero y luego el Estado, necesitan que se realicen en condiciones de competencia.

Por lo tanto, el Código Penal de 1848 recoge como delito la coligación para alterar el precio de las cosas y no la monopolización en general, ni tampoco formas más concretas de monopolización temporal, como podría ser el acaparamiento. En este sentido se pueden distinguir dos tradiciones distintas. Por una parte, la persecución de la monopolización, bien individual o independiente, bien por medios colusorios, especialmente la de aquellos de carácter especulativo que afectan a los bienes de primera necesidad, de raigambre en la legislación romana.

Por otra parte, los acuerdos artificiosos para la monopolización de los mercados, con los previsibles efectos de alteración del precio natural de mercado y el

⁵⁹ *Vid.* en relación con ello, Congreso de los Diputados: Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1847 a 1848, Tomo III, Madrid, Congreso de los Diputados, 1877, pp. 1705 y 1706. En la Sesión que tuvo lugar el día 10 de marzo de 1848 y salvadas las distancias, hay que recordar el debate parlamentario de la tramitación del Código Penal de 1848 en relación con la usura. El pago de un interés o la fijación de precio por el préstamo de dinero –tipo de interés– se consideraba con anterioridad al código penal una práctica usurera penada por las leyes del Antiguo Régimen. En la intervención del diputado Sr. Pardo Montenegro el día 10 de marzo, consideró a la usura como «uno de los delitos que en mi humilde opinión trae más graves daños y perjuicios a la sociedad», recordando el principio romano de «pecunia non parit pecuniam». Planteó el asunto desde una perspectiva que no nos es del todo ajena, incluso en algunos temas relacionados con la defensa de la competencia actual en casos de los llamados «precios excesivos». Así, el Diputado señalaba que no entendía por qué no se castigaban los «réditos excesivos y exorbitantes que los usureros o logreros, como llaman nuestras leyes, perciben de los infelices a quienes dan dinero prestado, arruinándolos y empobreciéndolos». Era entonces Ministro de Gracia y Justicia el Sr. Arrazola, quien contestó al Diputado señalando que el delito estaba preterido en el nuevo Código, porque no sobrepasaba lo que podría considerarse una «condición irritante del contrato de mutuo», remitiendo al futuro Código Civil las posibles sanciones por ello, entre otras la revocación o anulación del contrato. De hecho en la Sesión del día siguiente, apuntilló «excesos como este –se refería a un exagerado tipo de interés– se presentan a cada paso en la esfera civil».

correspondiente daño al interés general. Estos delitos no aparecen separados del acaparamiento, la especulación o la usura en la tradición romana, ni en muchos lugares de la Europa medieval que perseguía penalmente los monopolios. El caso paradigmático sería Inglaterra, como se ha tenido ocasión de señalar.

Sin embargo, no tiene que ir unido necesariamente lo uno a lo otro. En este sentido, se puede hablar de una tradición penal capaz de tratar de forma separada la coligación entre operadores económicos, con el fin de alterar los precios «naturales», de otra tradición que considera delito la usura, el acaparamiento o, simplemente, los precios excesivos.

El problema con la tradición penal de persecución de la monopolización es que aquellas corporaciones monopolísticas de artesanos, condenadas por la Constitución de Zenón en el siglo V, fueron a partir de la segunda mitad del siglo IX organizaciones oficiales y de carácter obligatorio para toda la industria manual y, tal y como había recomendado Aristóteles en su *Política*⁶⁰, los príncipes se acostumbraron a utilizar el monopolio como medio frecuente para allegarse recursos regularmente. Este estado de cosas continuó así hasta el siglo XIII.

Paralelamente, se observa otra tradición, de origen medieval, muy relacionado con el florecimiento de las ciudades, que persigue penalmente la coligación de carácter colusorio como medio de actuación en los mercados. En la medida en que las rentas, a menudo de monopolio, de los reyes, a través de mecanismos de subasta, se ponían en riesgo por estas coligaciones, el derecho real, es evidente en el caso de España, asumió la persecución penal de esas coligaciones con carácter más general, como queda de manifiesto en las referidas *Partidas* de Alfonso X.

Abundando en diferentes tradiciones para diferenciar la monopolización como delito de la colusión para monopolizar como delito, es posible que exista cierta correspondencia entre *societas* monopolizadoras y los posteriores gremios occidentales y a su vez, entre éstos y los cárteles obligatorios, como los *syndicats* franceses de principios del siglo XX⁶¹, o los cárteles privados alemanes alentados desde el Estado⁶². Desde luego, en la Alemania de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la idea dominante era que los cárteles eran

⁶⁰ ARISTÓTELES: *Política*. Madrid, Alianza Editorial, Biblioteca temática, Libro I, Capítulo XI, 1998 [s. IV a. C.], pp. 65 a 68.

⁶¹ MARTIN SAINT-LEON, R.: *Cartells et trusts*, V. Lecoffre, Paris, 1903, pp. 4 ss. Se señalan los monopolios romanos de la misma naturaleza que los cárteles y *trusts* modernos y, por ello, perseguibles por la constitución de Zenón en el Imperio Romano. Lo más interesante es que el profesor Martin reconoce en estas prácticas monopolizadoras una restricción de la competencia y reconoce a la vez que la Ley francesa referida ya de 2 de febrero de 1791 en la que se pone fin al sistema corporativo gremial y se introduce el principio de libertad de producción, trabajo y comercio, rompe con toda aquella tradición. Por lo que solamente cabe esperar formas nuevas del antiguo fenómeno romano. De hecho, él considera que la aparición de los cárteles en el siglo XIX se deben a la intensa competencia, las sucesivas bajadas de precios y la introducción de maquinaria y producción de masa, lo que lleva a un problema de sobreproducción en el periodo 1830-1870.

⁶² Un texto en el que por primera vez se subrayan estas conexiones entre los antiguos monopolios privados y públicos del Imperio Romano Oriental y los cárteles alemanes es el del profesor MENZEL, G.: «Die wirtschaftliche Kartelle und die Rechtsordnung» en la revista *Schriften der Vereins für Sozialpolitik*, Vol.61, 1894, página 32.

un fenómeno contemporáneo que no se había conocido antes. Según esta corriente de ideas, en el Imperio Romano se trataba solamente de «*rings*» de carácter especulativo⁶³. Mientras que los *trusts* o los cárteles del siglo XIX eran una reacción contra los excesos derivados de la libre competencia.

Para estos autores⁶⁴, los casos clásicos estaban referidos a un periodo de monopolios privados que derivan de un problema de exceso de demanda, mientras que en los cárteles modernos el problema era de exceso de oferta. La «*societas*» es básica para poder mantener o subir los precios si hay exceso de oferta, mientras que en casos de exceso de demanda, se pueden subir los precios, tanto como se desee, individualmente y, por lo tanto, no es tan importante recurrir a formas organizativas de monopolización.

Los intelectuales alemanes de último cuarto del siglo XIX veían en el cártel un fenómeno nuevo y una forma alemana de resolver los problemas de exceso de oferta de la segunda industrialización. De hecho, la palabra cártel, en el estricto sentido de acuerdo entre competidores con el fin de ejercer el suficiente poder de mercado que permita su control efectivo, es un neologismo del siglo XIX. Más concretamente del año 1879⁶⁵, cuando públicamente fue utilizada por el diputado Richter en el Reichstag alemán en mayo de ese año, durante un debate sobre algunos acuerdos en el seno de las industrias relacionadas con los ferrocarriles –raíles, locomotoras y coches o carruajes-. No hubo que esperar mucho para la publicación del primer libro sobre cárteles en el imperio austrohúngaro⁶⁶. El texto data de 1883, fue editado en Innsbruck y fue escrito por el profesor de Economía de la Universidad de Czernovitz –actualmente Rumania– Friedrich Kleinwächter. En este libro se describe el cártel como un tipo de acuerdo de productores-empresarios de la misma rama de comercio, orientado a la eliminación de una competencia mutua ilimitada y la introducción de una regulación de la producción que potencialmente se pudiera adaptar a la demanda.

⁶³ Vid. LIEFMANN, R.: *Kartelle und Trusts*, Stuttgart, Moritz, 1904, p. 9.

⁶⁴ Por ejemplo, SOMBART, W.: *Der moderne Kapitalismus*, Munich, Duncker y Humbolt, 1902. También en LEHNICH, O.: *Kartelle und Staat*, Berlin, 1928, citado por PIETROWSKI.

⁶⁵ Según refiere PIETROWSKI, *Opus cit.*, p. 18, en un conocido periódico económico alemán de la época, un comentarista, Schoenlank, señaló el 9 de mayo de 1873 como la fecha en la que repicaron las campanas en Viena para anunciar el fin de una época de prosperidad y el nacimiento de los cárteles. Fue el momento del estallido de la «Larga Depresión» o de la «Gran Depresión» (así se llamó hasta 1929), con una importante crisis de la Bolsa de Viena, precedida de la guerra franco-prusiana, que traería la unificación alemana y la caída del III Imperio napoleónico, además del abandono de la acuñación alemana de monedas de plata, con la correspondiente crisis de demanda.

⁶⁶ Al respecto, hay que señalar que entre los historiadores económicos alemanes estaba extendida la idea del origen contemporáneo de los cárteles a raíz de la crisis de 1873 en Alemania y Austria. Del mismo modo, enfatizan el papel desarrollado por los gremios medievales a la hora de fijar precios y regular la oferta a la demanda. Hay que tener en cuenta sus investigaciones sobre las crisis de la industrialización como crisis de sobreproducción en la industria manufacturera, que se venían repitiendo desde mediados del siglo XVIII. Pensaban que una solución a estas crisis de sobreproducción se encontraba en los cárteles decimonónicos. Esta concepción en Alemania se desarrolló en muchos autores y artículos a través de la revista *Industrie*, especialmente en los años 1888 y 1889, a lo que añadirán que cuando haya un nuevo crecimiento de la demanda, los cárteles constituidos desaparecerán tal y como han llegado.

No obstante, aunque en el libro no se señala el arranque de estos cárteles contemporáneos en Alemania o Austria, en su introducción Kleinwächter sugirió que el fenómeno del cártel era contemporáneo y desde luego no había sido tratado previamente en la literatura económica. Esta idea tuvo una influencia tan notable en la literatura económica alemana y europea que acuerdos similares u organizaciones de productores, con estas características, también llegaron a ser considerados como un producto propio de su tiempo. Así, la misma consideración de fenómenos contemporáneos tendrán los *syndicats* franceses, las asociaciones empresariales, las coaliciones, los denominados *concerns* ingleses o los *comptoirs* belgas, así como las *combinations* anglosajonas, los *pools*, los *trusts*, etc.

A pesar de todo, el propio Kleinwächter cita como ejemplos de esta institución económica de carácter colusorio el llamado cártel de la cerveza de Amiens en 1444 y la correspondiente legislación que perseguía este tipo de acuerdos de fijación de precios en la Edad Media. Tampoco parece tener en cuenta algunos debates previos en el seno de Europa, como el habido en Francia en la primera mitad del siglo XIX en relación con el nuevo Código Penal napoleónico y con algunas asociaciones de productores y de comerciantes. En concreto aquellas relacionadas con el mercado del carbón⁶⁷. Ni siquiera algunas normas medievales que perseguían las coligaciones de productores o de comerciantes como delitos con el fin de alterar el precio corriente de mercado.

El hecho de que la literatura anterior a la palabra cártel no dispusiera de este concepto, no puede excluir que no se pudiera tratar de un fenómeno similar. Incluso Kleinwächter no duda en asimilar las prácticas de los medievales *handicrafts* a formas organizativas de producción con el objetivo de la monopolización. Sin considerarlos del mismo modo, sí señala a los gremios medievales como un tipo de acuerdo adecuado para regular la oferta a la demanda existente. Además, esta experiencia histórica le sirve para reclamar del Estado que reconozca ese carácter de monopolista a los «nuevos» cárteles, de modo que puedan actuar como reguladores de la producción, porque «sin un cierto grado de monopolio la regulación de la producción de acuerdo a la demanda es absolutamente impensable»⁶⁸.

Por tanto, cuando se intenta asignar una tradición romana a la existencia de coligaciones tan alemanas como los cárteles, en Alemania se reacciona negando esa tradición romana y asumiendo que el neologismo responde a un fenómeno también novedoso.

En lo que parece que aciertan los especialistas alemanes del finales del siglo XIX es en señalar que la legislación penal romana, como se ha tenido ocasión de ver, estuvo preocupada por la monopolización de ciertos productos –los abastos y productos como los de la Constitución de Zenón– y los fenómenos asociados a ella, como el acaparamiento o la especulación, dentro de lo cual, la colusión no es sino un medio para cometer el delito y no el delito en sí.

⁶⁷ PROUDHON, P. J.: *Philosophie de la misère. Système des contradictions économiques*. Tomado de <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm> [1846].

⁶⁸ KLEINWACHTER, *Opus cit.*, p. 178.

Sin embargo, se equivocaron estos profesores alemanes al no valorar en su justa medida la dispersa legislación medieval que fue apareciendo en distintos puntos de Europa, en la que ya se distingue como delito, no tanto la monopolización de ciertos productos, de evidente raigambre romana, sino la colusión para la monopolización. Del mismo modo que los legisladores españoles pasaron muy por encima de la existencia de una tradición penal española, compartida con Europa, que, de acuerdo con el proceso de industrialización y modernización del siglo XIX, quizás, se codificó sin ser muy conscientes del verdadero alcance que podría tener ese articulado. Esto significó un uso muy escaso y sesgado, del que no se pudo sacar partido cuando apareció la necesidad de legislar contra los acuerdos mercantiles colusorios y el abuso de la propia posición de dominio en los mercados de los años sesenta del siglo XX.

MIGUEL CUERDO MIR

Universidad Rey Juan Carlos

DOLORES DEL MAR SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Universidad Nacional de Educación a Distancia