

¿CRIMINALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA? LOS CARTELES ANTE LA JUSTICIA PENAL

Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO
Catedrático de Derecho procesal. Abogado

1. INTRODUCCIÓN

Qué, para qué y cómo castigar penalmente son las tres preguntas esenciales que se deben responder para afrontar con suficientes elementos de juicio el debate sobre la criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia, una discusión que se muestra ciertamente compleja, no sólo por su dificultad jurídica, sino también por su trascendencia económica y mercantil.

Qué penalizar es un interrogante que conduce a la identificación del objeto de la posible reforma, entendido como el hecho que debe ser con-vertido en punible —la acción u omisión constitutiva de forma de ataque reprochable del bien o los bienes jurídicos a proteger—. *Para qué criminalizar* es cuestión que se dirige al ámbito del fin de la norma penal, siempre tan resbaladizo. *Cómo hacerlo* se refiere al momento de la creación normativa, desde una perspectiva interna y también europea, sin olvidar la importancia de los aspectos procesales, en el plano legislativo y judicial. Al examen de los diversos puntos suscitados se dedica el presente trabajo.

2. ¿QUÉ PENALIZAR?

Plantear en España la posible conveniencia de criminalizar las prácticas restrictivas de la competencia constituye una formulación de la cuestión que, en sus estrictos términos, no es del todo correcta, pues nuestro Código Penal (CP, en lo sucesivo) ya contempla conductas anti-competitivas en los arts. 262 (*alteración de precios en concursos y subastas públicas*), 281 (*desabastecimiento*) y 284 (*alteración de precios mediante la difusión de noticias falsas, violencia, amenaza, engaño o utilización de información privilegiada*). Al margen de ello, los delitos que genéricamente se encuadran en la denominación de «corrupción» atacan, entre otros bienes jurídicos, a la competencia, razón fundamental por la que se ha penalizado la *corrupción de funcionarios extranjeros* (art. 445 del CP) y se pretende criminalizar la *corrupción en el sector privado*.

En realidad, el objeto del debate es la posible extensión de los comportamientos contrarios a la competencia penalmente relevantes, de forma que, aparte de los tipos ya establecidos, queden criminalizadas acciones u omisiones que hoy no lo están, a pesar de ser actos ilegales, para los que el ordenamiento prevé únicamente sanciones administrativas.

No se trata, claro está, de entablar una discusión bizantina acerca de la identidad consustancial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador dentro del *ius puniendi* estatal y de teorizar inútilmente sobre un hipotético modelo unitario y plenamente judicialista de aplicación de sanciones, al que un sistema ideal, utópico, de división de poderes habría de conducir, según advirtió la STC 77/1983. Asumiendo el modelo dualista, de convivencia entre las infracciones y sanciones penales y las administrativas, el problema es de deslinde de campos. Y para solucionarlo deberíamos estar en condiciones de utilizar criterios razonables y seguros.

Lamentablemente tales criterios no existen. Desde la perspectiva de las *infracciones*, la gravedad de la conducta constituye un factor valorativo que es útil, pero sólo relativamente, pues no se aplica siempre, ya que en ocasiones se atempera con el argumento de la eficacia. Una eficacia, conviene precisarlo para evitar equívocos, no entendida como utilidad de la ley para conseguir su finalidad última, sino de aptitud del aparato estatal para aplicar la norma. Desde el punto de vista de las *sanciones*, sólo el monopolio penal de las penas privativas de libertad está claro, al asegurarlo el art. 25.3 de la CE. El resto de sanciones, ni por su objeto (restrictivas de derechos o pecuniarias), ni por su gravedad, son o dejan de ser penales o administrativas (o civiles en algunos casos).

Centrándonos ahora en las infracciones, la delimitación de los ilícitos contrarios al Derecho de la Competencia y su asignación al ámbito penal o al administrativo, ¿debe basarse en la gravedad del hecho o han de aplicarse también criterios de eficacia? Y si tomamos en consideración la eficacia, ¿ofrece más ventajas el Derecho administrativo o el Derecho penal? Dos preguntas difíciles de responder.

Conforme al principio de *intervención mínima* del Derecho penal, sólo los comportamientos más perjudiciales deberían ser sancionados penalmente y los de menor lesividad por la Administración. De forma consecuente con dicho principio, en los países donde se ha criminalizado más ampliamente el Derecho de la Competencia, las sanciones penales recaen únicamente sobre los carteles en sentido estricto (*hard core cartels*), considerados los comportamientos más dañinos para el mercado y los consumidores. Ya sea en el mismo texto de la ley (Reino Unido), ya sea en la aplicación práctica de la normativa (EEUU, Canadá, Israel, Japón, Irlanda), en los referidos países se deja fuera del ámbito penal otras conductas anticompetitivas que se sancionan por la Administración o para las que sólo se contempla una posible reacción civil, de carácter simplemente resarcitorio o también punitivo («daños triples» en EEUU).

La discusión se centra, por tanto, en dilucidar si es preferible considerar delictivas las actuaciones incardinables en el concepto de cartel propiamente dicho, como son los acuerdos y las prácticas concertadas *horizontales* (entre empresas situadas en el mismo nivel en la cadena de producción y distribución) de fijación de precios, limitación de suministro de productos o servicios y reparto de mercados, conforme al modelo norteamericano¹, o evitar la utilización del Derecho y la Jus-

¹ En EEUU su originaria cultura liberal e individualista, proclive al desarrollo del potencial personal desde la igualdad de oportunidades y reacia a cualquier forma de concentración de poder, sirvió de base para el establecimiento de una legislación de defensa de la competencia en los mercados que, en el ámbito federal, arranca de la *Sherman Antitrust Act* de 1890. Dicha ley (15 U.S.C.), en sus Secciones 1.^a y 2.^a, declara ilegales y sanciona penalmente las conspiraciones, contratos o acuerdos en forma de *trust* o de cualquier otro modo que restrinjan el libre mercado o el comercio (*restraint of trade or commerce*) entre los distintos Estados o con naciones extranjeras, así como los monopolios o conspiraciones o acuerdos para monopolizar cualquier parte de dicho mercado o comercio. Las penas se sitúan actualmente, tras la última reforma de la ley mediante la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement Act* de 2004, en multa (de hasta cien millones de dólares para corporaciones y un millón para otras personas o el doble de las ganancias para la empresa o las pérdidas ocasionadas a terceros) o prisión hasta diez años o ambas penas cumulativamente, a discreción del tribunal. Adicionalmente se aplican sanciones de inhabilitación u otras restrictivas o suspensivas de derechos o autorizaciones.

Originalmente, junto con penas de multa, la *Sherman Act* previó una pena de prisión de hasta un año, máximo que en 1974 fue elevado a tres años —al rebufo de la preocupación social por las altas tasas de inflación (provocadas por la crisis del petróleo ocasionada por la actuación de la OPEP como cartel)—. En el año 2004 la pena de prisión se elevó hasta los diez años, en el con-

ticia penal para su investigación y sanción, según el modelo hegemónico en Europa, en la confianza de una mayor agilidad y eficiencia del sistema de sanciones administrativas, tanto nacionales² como comunitarias³.

Vaya por adelantado que actualmente se observa una clara tendencia internacional hacia la criminalización, fundamentalmente por influencia de EEUU, país que en los últimos años ha endurecido su normativa y ha redoblado sus esfuerzos para desmantelar los carteles, en especial los internacionales⁴.

3. ¿PARA QUÉ CRIMINALIZAR?

Al margen del objetivo estratégico de EEUU en lograr la criminalización en cuanto mayor número de países mejor, para facilitar que les sean extraditados los responsables y dotar así de mayor eficacia a su propio sistema legal⁵, varias son las razones que apoyan la opción de criminalización de los carteles:

- i) El efecto disuasorio derivado de la conminación penal.
- ii) La significativa asignación institucional de reproche que implica.
- iii) La mayor eficacia en la persecución que comporta, al alentar las autodenuncias de arrepentidos y las delaciones con afán de venganza que favorecerían la detección de las conductas prohibidas y al enrique-

texto del previo descubrimiento y persecución de graves fraudes contables y financieros (como el caso *Enron*) y con la intención de equiparar las sanciones por los delitos contra la competencia con las previstas para otros delitos «de cuello blanco».

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

³ Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado. *DOCE*, de 4 de enero de 2003. LJI/L.

⁴ Ver J. M. JOSHUA, «Extradition: Cartels, criminalisation and extradition», *Competition Law Insight*, septiembre 2003, pp. 21 y ss.

⁵ J. M. JOSHUA, «Extradition: The DOJ's new foreign policy weapon», *Competition Law Insight*, 14 junio 2005, p. 13.

D. BAKER ponía de manifiesto en 2001 que muchos de los carteles globales que estaban siendo descubiertos en EEUU eran dirigidos por extranjeros que podían haber sido menos conscientes de los riesgos que sus colegas norteamericanos. «The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid Rigging». Symposium: Pyrrhic Victories? Reexamining the Effectiveness of Antitrust Remedies in Restoring Competition and Detering Misconduct. *The George Washington Law Review*, 69, octubre-diciembre 2001, p. 693.

Hasta 1999 en EEUU no se condenaba a no residentes a penas de prisión por delitos contra la competencia. Se prefería la imposición de penas de multa. A partir de aquel año, en el que un ciudadano suizo directivo de Hoffmann-La Roche aceptó una condena a cuatro meses de prisión y multa por su participación en el «cartel de las vitaminas», los casos en los que no residentes son condenados a penas de cárcel se han ido incrementando y en la actualidad constituye una práctica normal. Ver A. CHÁVEZ, «The carrots and the stick approach to antitrust enforcement», *Practising Law Institute*, mayo-junio 2007, pp. 743 y ss.

cer el arsenal de medios de investigación utilizables para la obtención de datos y fuentes de prueba.

A) La disuasión

Una de las finalidades clásicas de la norma penal es la llamada *prevención general*, basada en el efecto disuasorio derivado de la amenaza de sanción penal de las conductas prohibidas. Tal efecto se deriva del temor no sólo a sufrir el mal constitutivo de la sanción aisladamente considerada —privación o limitación de derechos o multa—, sino a padecer las graves consecuencias estigmatizantes de la aplicación de la justicia penal.

Evidentemente, la mayor disuasión la ofrece la previsión de penas privativas de libertad para las personas físicas responsables. El temor a ir a la cárcel es más aterrador que el miedo del sujeto a que le sean impuestas otras penas de distinta naturaleza y es dicha reacción emocional el factor en el que se confía cuando se defiende la criminalización de los carteles. En realidad, la discusión no se centra tanto en castigar penalmente determinadas conductas restrictivas de la competencia, sino en hacerlo mediante penas de prisión.

El fenómeno es curioso. En el más inexplorado terreno para el Derecho penal económico europeo, como es la legislación *antitrust*, ni se debate sobre penas alternativas a la prisión ni se ofrece como solución la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, cuestiones ambas muy de moda en la dogmática penal. Frente a los carteles se plantea la posibilidad de criminalizar para disuadir y se piensa en la disuasión que proporciona la amenaza de mandar a prisión a administradores o directivos. Muy crudo, pero altamente realista. A nadie se le ocurre hablar, en este contexto, de finalidad preventiva especial de la pena o de resocialización. Tampoco se diserta en él sobre la obsolescencia del clásico principio *societas delinquere non potest*. Se asume que para sancionar a la empresa como tal ya está el Derecho administrativo y no se aduce ni se observa ventaja alguna de conducir a la empresa al ámbito de la norma penal si no es en la compañía de las personas físicas involucradas en la conducta prohibida. Que sea necesario o tan sólo posible que para la imposición de una sanción penal a la empresa sea también condenado un individuo, es problema distinto. Lo que aquí interesa destacar es que la respuesta punitiva que se ofrece en el modelo del Derecho *antitrust* penal no es posmoderna ni sofisticada: es la decimonónica y clásica pena de cárcel.

La base de partida es la generalizada admisión de la necesidad de una mayor disuasión que desaliente la creación de carteles, sobre la base

de los tremendos perjuicios que ocasionan al mercado como tal y a los consumidores⁶. Tal disuasión no parece que pueda lograrse mediante la amenaza de multas a las empresas, ya sean de carácter penal o administrativo, por razones económicas y por motivos psicológicos.

En efecto, desde la perspectiva de las repercusiones en el patrimonio social de las infracciones y las sanciones, del cálculo del riesgo de la conducta y del análisis de beneficios (seguros) y costes (tan sólo posibles), para que las multas fueran verdaderamente desalentadoras de comportamientos anticompetitivos, sumamente lucrativos a la par que difíciles de detectar, sus cuantías habrían de incrementarse en cifras que harían peligrar la supervivencia de las compañías afectadas, con daño para los trabajadores, terceros, consumidores y de la propia competencia⁷.

Por otro lado, si se toman en consideración las prioridades humanas, fácil es constatar cómo en la escala de intereses vitales de los administradores y directivos de las empresas su libertad, su profesión y su patrimonio personal se sitúan en lugares más altos que la reputación y los fondos de las sociedades que gestionan. En consecuencia, las penas que les puedan ser impuestas les infundirán mayor temor que las sanciones susceptibles de aplicarse a las empresas. Y entre las diversas especies de sanciones individuales la prisión se percibe como un mal de mayor entidad que la inhabilitación o la multa, por cuatro motivos.

En primer lugar, porque la libertad es un valor más apreciado por las personas que el patrimonio o el desarrollo de la profesión.

En segundo lugar, la libertad es un bien difícil de *escamotear* a las autoridades ante la ejecución de una condena. Huir y esconderse de la policía es más complicado que mantenerse en estado de insolvencia aparente o provocarlo para no abonar la multa (hecho, no obstante, que sería constitutivo de delito). La inhabilitación, por su parte, puede burlarse mediante la prestación de servicios a través de sociedades de asesora- miento o gestión empresarial o, simplemente, mediante una recolocación del directivo en el extranjero.

⁶ Ver los siguientes trabajos del Consejo y del Comité de Competencia de la OCDE, todos ellos accesibles en <http://www.oecd.org/competition>: «Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels», C(98)35/FINAL; «Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartel Under National Competition Laws» DAF/COMP (2002)7; «Second Report by the Competition Committee On effective Action Against Hard Core Cartels» DAF/COMP (2003)2; «Cartels: Sanctions Against Individuals», 10 de enero de 2005 DAF/COMP (2004)39; «Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendations», 2005.

⁷ Ver el Libro Blanco redactado en el 2001 por el Gobierno del Reino Unido con carácter previo a la reforma de 2002, «A World Class Competition Regime», Accesible en www.archive.official-documents.co.uk/document/cm25/25233/25233310.htm. Ver también W. P. J. Wils, «Is Criminalization of Competition Law the Answer?», *World Competition*, 28 (2), 2002, pp. 138 y ss.

En tercer lugar, debido a que la libertad perdida no es restituible, mientras que el dinero dejado de percibir o abonado como sanción pecuniaria sí es reembolsable por la empresa favorecida por el hecho punible a su administrador, directivo o empleado condenado. Podría pensarse en la solución de prohibir tal compensación, pero no parece que la interdicción pudiera imponerse en la práctica de un modo eficaz, pues el reembolso siempre podría enmascarse en el abono de altos salarios o retribuciones por la prestación de servicios⁸.

En cuarto lugar, la pena de prisión es más disuasoria por la gravísima afectación de derechos e intereses personales y familiares que la cárcel ocasiona, entre los cuales el prestigio social y el honor ocupan un lugar muy significativo (en especial para las personas involucradas en la delincuencia económica o «de cuello blanco»). Si inculpación y juicio son por sí mismos estigmatizantes, la prisión marca al individuo de por vida, de forma prácticamente irreversible para su buen nombre, consecuencia que en absoluto se deriva de la inhabilitación y, menos aún, del pago de una multa.

En EEUU muchos acusados de conductas anticompetitivas que confiesan su culpabilidad aceptan penas de multa para evitar penas de prisión y no se conoce caso alguno en el que un individuo haya propuesto cumplir una pena de prisión en lugar de la imposición de una sanción pecuniaria⁹. Se trata de datos de experiencia que se corresponden con la práctica de la conformidad en España, institución que supone la aceptación de la pena por el acusado en sentencia dictada sin juicio oral, mediante la que se trata siempre de evitar el ingreso en prisión o reducir la privación de libertad al mínimo tiempo posible, a costa muchas veces del patrimonio con el que se abona la multa y, en su caso, la responsabilidad civil.

En definitiva, aunque no existen estudios empíricos en el ámbito del Derecho de la Competencia que demuestren científicamente que la previsión de penas de prisión produce un efecto disuasorio mayor que otro tipo de sanciones y no parece que tales estudios puedan realizarse por la indisponibilidad de los datos que se precisarían para acometerlo¹⁰, la generalizada intuición de la aptitud de la pena privativa de libertad para retraer a los individuos de involucrarse en carteles resulta acertada.

⁸ Ver el Informe del Comité de Competencia de la OCDE «Cartels: sanctions...», cit., p. 8.

⁹ Cfr. ponencia de EEUU en el Informe del Comité de Competencia de la OCDE «Cartels: sanctions...», cit., p. 100.

¹⁰ Informe del Comité de Competencia de la OCDE «Hard Core Cartels: Third Report...», cit., p. 27.

B) El carácter simbólico de la criminalización

El principio de *intervención mínima*, conforme al cual el Derecho penal debe proteger los bienes jurídicos esenciales para la comunidad, se entiende en la actualidad muy frecuentemente como principio de *intervención necesaria o exigible*, de forma que se asigna a la ley penal el papel de significar ante la ciudadanía el valor del bien que tutela y se le atribuye a la norma una función primaria de carácter pedagógico, particularmente importante en los casos en los que no existe un amplio consenso social sobre la reprochabilidad de la conducta prohibida. Son supuestos en los que el legislador no castiga lo que la sociedad rechaza, sino que sanciona para que los ciudadanos reprueben. Con ello se reconoce a la criminalización una función simbólica respecto al objeto del delito que, en el fondo, es correlativa al tradicional carácter estigmatizador de la justicia penal para el sujeto activo del hecho punible.

En nuestro entorno cultural no parece que la creación de carteles o la colaboración con los mismos se encuentren entre los hechos realmente reprobados por el ciudadano medio. A diferencia de la sociedad norteamericana, en la que existe una larga tradición de protección del mercado frente a las prácticas anticompetitivas, anclada en el siglo XIX y sentida como propia por gentes de negocios, comerciantes y consumidores, en España difícilmente llegan a conocer las personas legas en Derecho y no versadas en cuestiones comerciales incluso que los acuerdos de fijación de precios o reparto de mercados constituyen infracciones legales¹¹. Dicho de otro modo, lo que un estadounidense calificaría vulgarmente como *un robo*, para un español sería un simple acuerdo empresarial. Es tan distinta aproximación ética a la misma conducta la que explica la diferencia entre las legislaciones, el contexto en el que resulta posible que una persona condenada en EEUU a una pena de prisión por lo que allí se considera un grave delito económico pueda residir en la mayor parte de los países de Europa —los que no han criminalizado los carteles— sin temor a ser extraditado (gracias a la *cláusula de doble incriminación*) y sin sufrir rechazo social, aunque los problemas propios de la condición de *fugitivo* de la justicia norteamericana para los *hombres de negocios* han aconsejado a no pocos de ellos entregarse voluntariamente a las autoridades de EEUU para ser juzgados y para cumplir allí sus condenas¹².

¹¹ Sobre las distintas tradiciones culturales en la materia, ver C. HARDING, «Business Cartels as a Criminal Activity: Reconciling North American and European Models of Regulation», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2002 (9.4), pp. 393 y ss.

¹² M. J. JOSHUA, «Extradition...», *op. y loc. cit.*; «Competition Law Enforcement, Criminalisation, cartels, leniency and class actions: a look into the future», *Competition Law Insight*, 12 octubre 2004, pp. 3 y ss.

Si en el futuro la ley penal castiga tales prácticas, el legislador habrá puesto de manifiesto su lesividad y reprochabilidad y transmitirá así a la sociedad un mensaje susceptible de modificar las creencias y, en concreto, la valoración ética de la conducta¹³. Como la ligazón moral entre el ciudadano y la norma es condición que asegura su cumplimiento voluntario y la colaboración en su aplicación, la criminalización, en virtud de su función simbólica (y con independencia de su efecto disuasorio), reduciría las transgresiones y facilitaría su persecución.

Pero el problema es que la asignación a la pena de una función de *prevención general positiva* basada en la transformación de las valoraciones éticas de los ciudadanos es difícilmente justificable desde una óptica garantista y democrática que sitúe a la moral en un terreno metafísico. Por ello, el legislador sólo debería utilizar las sanciones penales tras constatar la existencia de un amplio consenso social en el reproche del hecho en cuestión, lo que en el campo de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia exigiría en España de los poderes públicos y de los agentes sociales la difusión de más información sobre la materia y una mayor explicación de las muy perniciosas consecuencias de los carteles para la eficiencia, la innovación tecnológica, el desarrollo económico y el bienestar de todos. Una vez formada la opinión pública y siendo entonces constatable el reproche social, los representantes del pueblo español harían bien en criminalizar los carteles, mucho más lesivos que otras conductas penalizadas en los últimos tiempos de forma

En el *espacio judicial europeo* la Orden Europea de Detención y Entrega (Decisión Marco de 13 de junio de 2002), comúnmente denominada «Euroorden», es una extradición especial sin discrecionalidad política y en la que se ha suprimido el principio de *doble incriminación* en relación con ciertas categorías de delitos, entre los que pudieran encontrarse los carteles si en el Estado de emisión de la Orden se encuadrara tal delito en la categoría de «defraudación» (art. 2 de la Decisión Marco). En opinión de JOSHUA la fijación de precios no se incluiría en ninguna de las categorías en las que se excluye la necesidad de *doble incriminación* («Competition...», cit., p. 6), pero en un procedimiento de extradición de un residente en el Reino Unido (Sr. Norris) a EEUU por una fijación de precios realizada con anterioridad a la entrada en vigor de la Enterprise Act de 2002, la High Court of Justice ha entendido en sentencia de 25 de enero de 2007 (EWHC 7; caso CO/8286/2005) —al igual que había hecho el 1 de junio de 2005 la Bow Street Magistrate's Court de Londres— que la conducta podría encuadrarse en la figura de la «conspiración criminal para defraudar» del *common law*. Si es así, la fijación de precios es una defraudación conforme al Derecho de Inglaterra y Gales y, en consecuencia, ningún país europeo podría denegar la extradición solicitada a través de una «Euroorden». En cualquier caso, conviene tener muy presente que la incardinación del delito en una de las categorías que excluyen la exigibilidad de *doble incriminación* es cuestión que atañe al Derecho del Estado de emisión de la Orden Europea de Detención y Entrega y no al de su ejecución.

Según la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de mayo de 2007, resolutoria de una cuestión prejudicial planteada por la Corte de Arbitraje belga (asunto C-303/2005), extraditar a una persona por un hecho que no es delictivo en el Estado de ejecución de la Orden no supone una quiebra del principio de legalidad, decisión muy discutible. Al respecto ver M. A. PÉREZ CEBADERA, «La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega», *Diario La Ley*, 31 de julio de 2007, pp. 1 y ss.

¹³ Ver W. P. J. WILS, *op. cit.*, p. 119.

ciertamente simbólica, no ya por carecer de respaldo en las creencias y valoraciones socialmente compartidas, sino por haberse introducido en el Código Penal con un afán políticamente propagandístico, con total abstracción de las posibilidades de aplicación práctica de las normas.

C) Mayor eficacia en la persecución de las infracciones

Normalmente las Administraciones públicas se cuejgan las medallas cuando de eficacia en la persecución de infracciones se habla. Sin datos objetivos que la avalen, es casi unánime la opinión de que la estructura y método de actuación de la Administración es más eficaz para la investigación del hecho y la sanción en comparación con los tribunales de justicia. ¿Pero no son la mayor disponibilidad de medios humanos y materiales, por un lado, y las menores o «matizadas» garantías del interesado, por otro, los factores que le otorgan la ventaja? Si es así, como parece, la eficacia no proviene realmente de la naturaleza administrativa o jurisdiccional del órgano, sino de la tendencia innata del Poder Ejecutivo a la concentración de poder y a la supresión de trabas para su ejercicio. Pero no se profundizará ahora en el punto suscitado, sino que se explicará por qué se aduce que la criminalización puede redundar en mayor eficacia de la persecución de las infracciones, precisamente en un sentido contrario del dogma que inicial y críticamente se ha enunciado.¹⁴

a) Efecto alentador de auto denuncias y delaciones

El establecimiento de penas de prisión se afirma que puede favorecer la detección de infracciones, por fomentar la autodenuncia y la delación.¹⁵

En principio parece claro que el efecto sobre la voluntad de las personas involucradas en los carteles habría de ser el contrario: cuanto más dura sea la reacción del ordenamiento frente al individuo, mayor será su interés personal en ocultar el acuerdo o la práctica ilegal una vez realizada. Pero si la persecución de los delitos se efectúa conforme al principio de *oportunidad reglada* y se concede inmunidad o un tratamiento

¹⁴ Frente al argumento de la posible merma de eficacia en la persecución de los carteles como consecuencia de la criminalización, debido a las mayores garantías del proceso penal, la ponencia notiega que se adjunta al Informe del Comité de Competencia de la OCDE «Cartels: sanctions...», cit. (p. 81), pone de manifiesto que en el país escandinavo no se ha observado tal problema, dado que en realidad los tribunales aplican a las sanciones administrativas estándares probatorios cercanos a los penales.

¹⁵ Cfr. W. P. J. Wils, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

penal favorable, conforme a criterios claros y seguros, a las personas que colaboren en el descubrimiento y la investigación del hecho punible, quedará la pena de prisión situada como espada de Damocles sobre la cabeza de los interesados y la promesa de su retirada actuará como acicate del *arrepentimiento*.¹⁶ Cuando la inmunidad o las rebajas de pena se administran en programas de indulgencia (*leniency*) que, emulando el juego del dilema del prisionero, privilegian a los primeros en acudir ante las autoridades para desvelar la existencia del cartel, la natural confianza de los participantes en el acuerdo o la práctica prohibida en la firmeza de sus compinches en el silencio agudoneará su ánimo para dar el paso adelante y llamar a la puerta de las autoridades.

Es el modelo exportado por Estados Unidos¹⁷ a la Comunidad Europea¹⁸ y a muchos países¹⁹, incluida muy recientemente España con la

¹⁶ En materia de defensa de la competencia no parece que, si penalizan los carteles, el principio de oportunidad deba tener alguna manifestación adicional a la aquí propuesta. La criminalización de los carteles no resultaría conciliable con la extensión al ámbito penal de la discrecionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* que autoriza el art. 52 de la LDC, sobre terminación convencional del procedimiento sancionador. Con la rigurosa descripción típica que con posterioridad se dirá no son imaginables supuestos en los que no exista interés público en la persecución.

¹⁷ En EEUU los programas de indulgencia (*leniency programs*) se iniciaron en 1978 y se reforzaron en 1993 para asegurar la inmunidad (*immunity, amnesty*) a la primera empresa o individuo en denunciar un cartel no detectado o proporcionar pruebas de una actuación bajo investigación, con la condición de que no se trate del instigador de la creación del cartel o haya forzado a otros a involucrarse en el mismo, de que haya hecho esfuerzos de buena fe para la terminación de la infracción, incluida la reparación de la víctima, y de que prescrite una colaboración continuada y completa. Los beneficios concedidos a la empresa se hacen extensivos a los administradores, directivos y empleados de la misma que cooperen. Las empresas que prestan su colaboración en segundo lugar después de iniciada la investigación y que no pueden alcanzar la inmunidad por no ser los primeros (*second-in cooperation*) pueden disfrutar también de rebajas en las sanciones si aportan pruebas importantes. Existe un programa denominado Amnesty Plus que introduce una mayor atenuación para las personas que no gozan de inmunidad y contra la que se sigue un procedimiento y, a la par que cooperan en el mismo, denuncian un segundo cartel. Como recompensa se maximizan las rebajas de las sanciones respecto a la primera infracción y se les concede inmunidad en relación con la segunda. En el caso de que tales personas cooperen en el primer procedimiento y no denuncien un segundo cartel posteriormente descuberto sufren una agravación de las sanciones (Penalty Plus). Desde 2004 la compañía que logre la inmunidad puede atraer a otros socios civiles por daños sin que los mismos se tripliquen, si colabora con los demandantes. Cuando los administradores, empleados y directivos de las empresas no gozan de inmunidad pueden alcanzarla si la empresa negocia un acuerdo de no persecución a cambio de colaboración. Pero en ese caso la Antitrust Division sigue actualmente una política de exclusión de responsables (*corporate ou*) mediante la que se deja fuera a alguno o varios individuos, muchas veces el principal responsable, que son acusados. Ver *Antitrust Division Manual*, Department of Justice, 3.ª ed., 2007, accesible en <http://www.usdoj.gov>. A. CHAVEZ, *op. cit.*, p. 748, y S. HAMMOND, «Measuring the value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations», «Antitrust Issues in a Global Marketplace», *George Mason Law Review*, Antitrust Symposium, 13 de septiembre de 2006.

¹⁸ La Comisión Europea introdujo un programa de inmunidad y reducción de multas en 1996, inspirado en el sistema norteamericano (*Leniency Notice*). El programa fue modificado en 2002 y en 2006 (DO, de 8 de diciembre de 2006). A la primera empresa en acudir ante la Comisión se le otorga inmunidad si no ha forzado a ninguna otra a entrar en el cartel y desvela su existencia

(Ver nota 19 en página siguiente)

previsión en los arts. 65 y 66 de la Ley 17/2007, de 3 de julio, de un «procedimiento de clemencia» «similar al vigente en el ámbito comunitario», en palabras de su Exposición de Motivos.²⁰

El método consiste en administrar muy selectivamente ciertas dosis de impunidad para garantizar la imposición del castigo. Con razón se afirma que el éxito del sistema en EEUU se ha basado en la creación por el Departamento de Justicia de un ambiente en el que *perro como carne de perro*.²¹

Por supuesto, los *programas de indulgencia* pueden establecerse con independencia de la naturaleza penal o administrativa de la infracción y de la entidad de la sanción. Pero cuanto más grave sea la afectación derivada del mal contraído, más intensa será el ansia de conseguir un remedio que se encuentra sólo a disposición de quienes toman la iniciativa. Es, sin duda, el temor de los individuos a ser condenados a penas de prisión en EEUU el factor que explica por qué los carteles

²⁰ En caso de que el cartel este siendo investigado o la Comisión tenga ya información sobre el mismo, proporciona pruebas suficientes. Para asegurarse el primer puesto y alcanzar la inmunidad las empresas pueden pedir una reserva de posición, en tanto se preparan para prestar su colaboración. En todo caso la empresa debe colaborar genuina y completamente y poner fin a la infracción. Las empresas que no son las primeras en acudir ante la Comisión pueden beneficiarse de una reducción de las sanciones si cooperan con la investigación y aportan pruebas de valor adicional a las que obtiene ya en el procedimiento. La reducción se efectúa en una escala que depende del orden de prestación de la colaboración, (entre un 30 a un 50 por 100 a la primera que solicite la reducción, entre un 20 a un 30 por 100 a la segunda y hasta un 20 por 100 a las siguientes). Las informaciones o pruebas que se refieran a hechos adicionales que supongan que la infracción sea de mayor gravedad o de más larga duración pueden ocasionar reducciones superiores a las ordinarias. Se otorga confidencialidad a las informaciones desveladas por los interesados frente a posibles reclamaciones civiles de los perjudicados.

²¹ Ver el Informe del Comité de Competencia de la OCDE «Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels», DAF/CLP (2001)13, accesible en <http://www.oecd.org/commitment>. Una relación actualizada de países con programas de indulgencia se encuentra en A. CHÁVEZ, *op. cit.*, pp. 772-773. Muy interesante, desde un punto de vista económico, es el trabajo de S. ARJMAN, «Crime but not Punishment. An empirical study of the EU's Leniency Notice and cartel fines in art. 81 proceedings», Master Thesis, Facultad de Económicas de la Universidad de Amsterdam, agosto de 2005.

²² Lamentablemente, en la Comunidad Europea y en España las informaciones proporcionadas por quienes acuden al programa de indulgencia no se comunican a los perjudicados, en contraste con el sistema estadounidense en el que la reparación de la víctima constituye un requisito para acogerse al programa y no se ocultan los datos. El art. 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (introducido por la Disposición Adicional Segunda L DDC) incluso prevé que la Comisión Europea, la Comisión de Defensa de la Competencia y los órganos competentes autonómicos no desvelen a los jueces civiles las informaciones y documentos «obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia». Sorprende una regulación que, para primar la eficacia del sistema sancionador, deja en la estacada al perjudicado por la infracción.

²³ D. BAKER, antiguo Assistant Attorney General en la Antitrust Division, tras referir la preferencia de los fiscales por acusar a los más altos responsables de las empresas y proponer inmunidad a los directivos o empleados subordinados para conseguirlo, evoca un «*dog-eat-dog environment*» que dice que los fiscales aman, *op. cit.*, p. 708. Ver también Informe del Comité de Competencia de la OCDE «Cartels: sanctions...», *cit.*, p. 19.

trasatlánticos que han aflorado a través de *programas de indulgencia* han sido comunicados primero a la División Antitrust del Departamento de Justicia estadounidense y sólo más tarde a las autoridades comunitarias²². Precisamente uno de los motivos por los que en EEUU se ha elevado la pena de prisión para los delitos contra la competencia hasta un máximo de diez años ha sido el interés por potenciar dichos programas²³.

También en relación con los terceros podría plantearse que la existencia de penas de prisión podría hacer disminuir el número de denuncias, pero la experiencia parece demostrar que el mal que la pena implica para el infractor es muchas veces el acicate que mueve al denunciante, quien frecuentemente no transmite la *notitia criminis* por el cumplimiento del deber de colaborar con la justicia, sino precisamente para vengarse. Ejemplos paradigmáticos de *soplores* vengativos son las parajas despedchadas y los empleados despedidos, tal y como se ha observado específicamente en la práctica *antitrust* estadounidense²⁴ y como acontece también en el ámbito de la justicia penal española (recuérdese el caso *Gal* o el caso *Filesa*).

Nos encontramos, pues, ante una función de la pena por ahora ajena a la teorización de sus fines y silenciada por la dogmática al uso. Pero no por ello es irreal. Se trata de una función alentadora de la denuncia y la delación que permite el afloramiento de prácticas difíciles de detectar. Una función endógena desde la perspectiva de la propia justicia penal, que refuerza su eficacia aplicativa y redobla así el potencial de la norma para alcanzar sus fines exógenos, cualesquiera que éstos sean. Lo hace, además, en el caso de la autodenuncia, desestabilizando los carteles (a través de la introducción de la desconfianza entre los involucrados) y propiciando el reconocimiento por parte del infractor de sus actos y, en el supuesto de la delación vindicativa, a través del encauzamiento en la legalidad de un deso irracional y criticable, pero muy humano, tan propenso a generar conflictos violentos si se desborda.²⁵

²² Ver S. ARJMAN, *op. cit.*

²³ G. HARRISON y M. BELL, «Recent Enhancement in Antitrust Criminal Enforcement», *Houston Business and Tax Law Journal*, 2006 (6), pp. 235 y 236; S. HAMMOND, «An Update of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program», *ABA Section of Antitrust Law Cartel Enforcement Roundtable*, 2005 Fall Forum, Washington DC, 16 de noviembre de 2005, p. 14, accesible en www.usdoj.gov.

²⁴ D. BAKER, *op. cit.*, pp. 708.

²⁵ En este último punto, relativo a la utilidad de la denuncia como instrumento para la canalización de la venganza a través del sistema, se sigue la opinión expresada por A. AZARREAN LURCAS al autor en relación con el tema analizado.

b) Enriquecimiento del arsenal de medidas de investigación

Aunque ya las autoridades administrativas tienen a su alcance un nutrido arsenal de armas para esclarecer los hechos constitutivos de infracciones anticompetitivas, incluida la entrada y registro en domicilios privados y sedes de empresas —con la condición de la obtención de autorización judicial—, la criminalización permitiría dotar a la investigación de medios que no estaría justificado poner al servicio del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, concretamente la intervención de telecomunicaciones y la infiltración de *agentes encubiertos*.

i) La intervención de telecomunicaciones

La observación e interceptación de las telecomunicaciones (incluidos tanto los datos externos o «de tráfico» como el contenido del mensaje) constituye una formidable herramienta de investigación, susceptible de aportar datos ocultos en los más reservados ámbitos y servir como fuente de prueba de los hechos punibles, cuya utilización se condiciona constitucionalmente a la obtención de autorización judicial y a la observancia de las exigencias propias del principio de prohibición de exceso, al igual que sucede con la entrada y registro en el domicilio. Existe, sin embargo, un elemento diferencial entre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) que explica la razón por la cual las intervenciones de las telecomunicaciones no se autorizan, ni siquiera condicionadas a la obtención de autorización judicial, en el procedimiento administrativo sancionador, a diferencia de la entrada y registro, admisible en ciertos casos. El motivo consiste en la mayor vulnerabilidad del derecho ante actuaciones arbitrarias, susceptibles de ser realizadas incluso en forma masiva, de permanecer ocultas y de prolongarse indefinidamente. Mientras es difícil imaginar que resultara factible una práctica sistemática de registros subrepticios que se quisiera mantener ocultos, los avances tecnológicos permiten, cada vez con mayor facilidad, la observación e interceptación de comunicaciones en *contextos orwellianos*. Por ello, se trata de un tipo de medida de investigación limitativa de derechos fundamentales que se debe contemplar con un enfoque muy restrictivo y excluirse, como lo está, del ámbito del procedimiento administrativo. Incluso en nuestro proceso penal se reserva para las investigaciones de *delitos graves*, que en los códigos procesales de muchos países se especifican más concretamente en atención a criterios de variada índole mediante sistemas de lista.

Según la jurisprudencia constitucional, un *delito grave* a efectos de la admisibilidad de la intervención de telecomunicaciones no es necesariamente coincidente con un *delito grave* según la catalogación que realiza el Código Penal conforme a las penas asignadas a los tipos, pues la valoración de la gravedad puede fundarse en criterios relativos al bien jurídico o a la forma de comisión, con independencia de la naturaleza o extensión de la pena (STC 104/2006, de 3 de abril). Así pues, si los carteles fueran penalizados, no parece que surgieran importantes obstáculos para que se acordara su investigación mediante la intervención de telecomunicaciones, no ya en consideración a la pena que se fijara, sino más bien en atención a la relevancia de la conducta para el orden socioeconómico y a la forma, organizada y casi siempre secreta, de comisión del delito. No obstante, conviene recordar aquí que en nuestro país resulta necesaria una reforma que desarrolle legalmente el derecho al secreto de las comunicaciones, mediante la que se regulen con precisión los requisitos de admisibilidad y condiciones de ejecución de las injerencias, así como las garantías que deben rodearlas. En dicha reforma habrían de incluirse los carteles como delitos susceptibles de ser investigados mediante la intervención de telecomunicaciones si se optara por su criminalización.

ii) Los agentes encubiertos

La necesidad de la utilización de *agentes encubiertos* en la lucha contra la criminalidad organizada es difícilmente rebatible. Se trata de un mecanismo —eficaz en grado sumo para detectar, investigar, desmantelar y perseguir penalmente mafias y bandas de delincuentes— que hoy en día no se considera una herramienta éticamente rechazable, pese a que se basa en la mentira como herramienta de actuación estatal y su admisión exige aceptar la moralidad del engaño en ciertas circunstancias, así como hacer oídos sordos a las advertencias de San Agustín, quien en el siglo V se pronunciaba en contra de infiltrar informadores en los grupos de herejes priscilianistas que actuaban en Galicia: «¿Cuándo dijo Jesucristo: Vestíos con piel de lobos para descubrir a los lobos, aunque sigáis siendo ovejas?... Si no hay otro modo de descubrirlos, vale más que sigan ocultos?» (*Contra medicum*. *Ad Consentium*, año 420)³⁶.

Por supuesto, los agentes encubiertos no están autorizados para *provo-car* el delito y su intervención debe realizarse conforme a la ley y con el adecuado control judicial. Nuestra legislación procesal penal regula la figura en el art. 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en ade-

³⁶ Cit. por M. MENÉNDEZ PIELAYO, «Historia de los Heterodoxos Españoles», t. I, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2006, p. 153.

lante, LECrim.), el cual habría de enmendarse — aunque sólo muy puntualmente — para que se aplicara en la investigación de carteles, una vez que se criminalizaran. Dicho precepto autoriza la actuación de policías con identidad supuesta «cuando se trate de investigaciones propias de la delincuencia organizada», definida como «asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer» ciertos delitos que expresamente se prevén, entre ellos algunos delitos «contra el orden socioeconómico». Así pues, como los carteles son acuerdos y prácticas realizados por un conjunto de sujetos que sería incardinable en la categoría de «organización criminal» y tales conductas afectan al orden socioeconómico, bastaría con indicar el número del artículo del Código Penal bajo la indicación del mencionado bien jurídico en el listado del art. 282 bis LECrim., para que pudieran emplearse agentes encubiertos en la persecución de tales conductas anticompetitivas una vez criminalizadas.

4. ¿CÓMO ESTABLECER EL DELITO?

A) Legalidad y seguridad jurídica en el mercado

Una precisa descripción del hecho constitutivo del delito contra la competencia, exigible conforme al principio de legalidad penal y al mandato de determinación de la norma sancionadora que del mismo se desprende, es condición inexcusable de la seguridad jurídica, especialmente importante desde el punto de vista del desarrollo económico y social en el ámbito comercial. Al referido principio se opondría una penalización de los carteles redactada en términos confusos, ambiguos o tan generales que disuadieran conductas lícitas, incluso beneficiosas para el comercio y la competencia, que la oscuridad o imprecisión de la disposición penal hiciera temer que pudieran ser consideradas delictivas²⁷. Una norma de unas características así merecería la calificación de *norma perversa*, llamada a ser sistemáticamente incumplida con carácter general y a ser aplicada con rigor sólo en casos muy particulares en virtud de criterios arbitrarios.

La pregunta es ¿cómo evitarlo? Sentada la premisa formal de la necesidad de claridad y concreción en la descripción de las conductas punibles, el problema a resolver es el contenido del tipo, tanto objetivo como subjetivo.

B) El tipo penal

a) El tipo objetivo

i) Descripción típica

Posiblemente la más acertada definición de los carteles en sentido estricto se encuentra en la Recomendación del Consejo de la OCDE, aprobada el 25 de marzo de 1998, concerniente a la Acción Efectiva contra los Carteles, la cual constituye la fuente más segura para la criminalización, por su concisión y claridad²⁸. En consecuencia, puede servir de punto de partida para la descripción del tipo objetivo del delito, que comprendería los acuerdos, prácticas o planes conjuntos anticompetitivos, adoptados entre competidores con la intención de fijar precios, restringir la producción o establecer cuotas o compartir o dividir mercados mediante el reparto de clientes, proveedores o líneas de comercio, con la excepción de los acuerdos, prácticas o planes que se realicen conforme a la ley para reducir costes o aumentar la eficiencia en la producción o se encuentren legalmente permitidos para satisfacer otra finalidad. Las pujas colusorias en subastas públicas, englobadas en la noción de cartel en la Recomendación, quedan aquí al margen, dada su actual inclusión en el art. 262 del CP vigente.

ii) Sujetos activos

Los sujetos activos del delito serían los *competidores*, posición que en el mercado asumen tanto personas físicas como las jurídicas (cuya cualidad típica para la comisión del delito se trasladaría a los individuos que actuaran por las empresas conforme al art. 31 del CP). Son *competidores* los sujetos que se sitúan en el mismo nivel en la escala de producción o distribución, lo que de por sí supone la inaplicabilidad del tipo a las actuaciones anticompetitivas *verticales* (entre, por ejemplo, un productor y un distribuidor), que se entienden menos perjudiciales que las *horizontales*²⁹. Desde otra perspectiva, quedarían excluidos los casos en los que existiera una absoluta convergencia de intereses económicos entre los agentes³⁰.

²⁸ C. HARROING y J. JOSHIUA, «Breaking Up the Hard Core: the Prospects for the Proposed Cartel Offence», *The Criminal Law Review*, diciembre 2002, p. 935.

²⁹ C. HARROING y J. JOSHIUA, «Breaking Up...», cit., p. 942.

³⁰ El Tribunal Supremo de EEUU ha negado en la sentencia *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp* —467 US 752 (1984)— que pueda considerarse «conspiración» un acuerdo entre una sociedad matriz y su filial al 100 por 100.

²⁷ Prevención a la que se refiere el Informe del Comité de Competencia de la OCDE «Cartels: sanctions...», cit., p. 9, así como el Libro Blanco británico *A World Class Competition Regime*, cit.

iii) La actuación colusoria penalmente relevante

Al establecerse que la conducta típica abarca la actuación efectuada con la intención de alcanzar determinados objetivos se crea un delito de mera actividad, que se consuma sin necesidad de que el resultado se materialice. Basta el acuerdo, el concierto para la práctica o el plan conjunto.

No es necesario un contrato como tal. Lo que se requiere es una confluencia de voluntades en la toma de una decisión compartida, que puede adoptarse mediante contactos directos entre los autores o, indirectamente, a través de partícipes.³¹ Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense *American Tobacco Co. v. United States* 328 US 781, 809, 810 (1946), no es necesario un acuerdo formal, basta una unidad de propósito, un designio y entendimiento común o un encuentro intelectual en un acuerdo ilegal. Añade la sentencia del mismo Tribunal *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.* 346 US 537 (1954) que, aunque no es necesaria la prueba de un acuerdo expreso, las actuaciones paralelas de las empresas no son punibles como *conspiracy* (así, por ejemplo, el establecimiento de precios como consecuencia de los precios puestos por el competidor). Pero —aclara la sentencia *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 465 US 768 (1984)— una cosa es que queden excluidas del ámbito de la norma las acciones independientes y otra la posible prueba directa o indirecta de una «actuación consciente en un esquema común diseñado para alcanzar un objetivo ilícito». En palabras de la sentencia *Theatre Enterprises* (antes citada), se necesitan «*ingredients extra de orquestación centralizada de políticas*» para llevar la acción paralela a la zona prohibida del acuerdo colusorio.³²

Quedan así fuera de la definición del tipo las prácticas «conscientemente paralelas», consideradas, no obstante, *conductas colusorias prohibidas* por el art. 1 de la LDC. Son actuaciones que, sin perjuicio de su trascendencia administrativa, no podrían justificar, por sí mismas y aisladamente consideradas, una condena penal, sin perjuicio de su valor indiciario para la demostración del acuerdo. Su prueba, como se ha dicho, exigirá de la presencia de elementos adicionales, que permitan alcanzar la certeza de su existencia mediante la satisfacción de los requisitos de la «prueba de presunciones».³³

³¹ C. HARDING y J. JOSHUA, «Breaking Up...», cit. pp. 940 y 941. Estos autores, sobre la base de la doctrina sobre la «conspiración» (como propósito común para delinquir) en el Derecho inglés, más allá del estado de la mera negociación.

³² W. E. KOVACIC, «Antitrust Policy and Horizontal Collusion in the 21 St Century», *Loyola Consumer Law Reporter* 1997 (9), pp. 97 y ss.

³³ La alusión por la jurisprudencia norteamericana a «colusión expresa» y «lícita» hace referencia normalmente a la prueba, bien directa, bien indirecta o circunstancial, del acuerdo.

iv) Carácter anticompetitivo

Se precisa que el acuerdo, la práctica o el plan tengan carácter anticompetitivo, por su idoneidad para producir efectos de tal naturaleza. Como las leyes económicas y otras máximas de la experiencia demuestran que las prácticas enunciadas, constitutivas de carteles en sentido estricto, son aptas para conseguir tales efectos, suelen ser calificadas como infracciones *per se* y se resalta la innecesariedad de ulteriores esfuerzos de la acusación para probar las consecuencias anticompetitivas y la consiguiente asignación a la defensa de la carga de justificar, en su caso, el efecto contrario.³⁴ Pero enténdase bien que, desde una perspectiva técnico-procesal estricta, la *carga de la prueba* no se desplaza. Lo que sucede es que la existencia de las leyes económicas y máximas de la experiencia demostrativa de los efectos anticompetitivos de la actuación en la generalidad de los casos será, de ordinario, suficiente para que la acusación convenza al tribunal. Por supuesto, si el juzgador al final alberga dudas habrá de absolver (en aplicación del principio *in dubio pro reo*, que se mantiene incólume). Evidentemente, interesará al acusado convencer al tribunal del efecto pro-competitivo del acuerdo o, al menos, crear la incertidumbre al respecto (sentido en el que cabe hablar de una *carga* de la defensa, no de la *prueba*, sino de la *creación de una duda razonable*).

Dada la complejidad técnica que, en bastantes casos, puede presentar la valoración del efecto anticompetitivo de la actuación —por la dificultad de seleccionar y comprender las leyes económicas o máximas de la experiencia aplicables—, resultaría deseable la atribución de la tarea de la investigación penal previa y de la acusación a la Fiscalía Antitrust y contra la Delincuencia Organizada³⁵ y la asignación de la competencia a tribunales especializados (como son los integrados en la

W. KOVACIC, «The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws», *Antitrust Bulletin*, 38 núm. 1, pp. 5 a 81, Spring, 1993; D. A. YAO y S. S. DE ANTI, «Game theory and the legal analysis of Tacit Collusion», *Antitrust Bulletin*, 38 núm. 1, Spring, 1993, pp. 113 a 141.

³⁴ En FEDU cuando se aplica la «*per se* rule» se dice que no es necesario probar el efecto anticompetitivo de la conducta (sentencia del Tribunal Supremo *United States v. Seaman-Vaccum Oil, Co.* 310 US 150/1940). Si se actúa conforme al estándar de la *rule of reason* abreviada (sistema de *quick look*) los tribunales atribuyen al acusado la carga de justificar el efecto procompetitivo de la infracción. Por último, fuera del campo penal, se utiliza el criterio de la *rule of reason*, en relación con prácticas que podrían interferir el juego de la libre competencia pero que son admisibles cuando son razonables. No obstante, no existen fronteras nítidas entre unos supuestos y otros. Ver M. EDWARDS-FORD y M. J. MACDONALD, «Antitrust Violations», en *American Criminal Law Review*, 44, Spring, 2007, pp. 241 y ss.

³⁵ El art. 19. Cuatro del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal —reclutado por la Ley 24/2007, de 9 de octubre— atribuye a dicha Fiscalía, entre otros delitos, la *alteración de precios en concursos y subastas públicas*.

Audiencia Nacional)³⁶. En absoluto sería aconsejable el otorgamiento de competencia al Tribunal del Jurado, a pesar de ser el sistema que se sigue en EEUU, Reino Unido e Irlanda.

v) Efecto significativo

Si las conductas de menor importancia, que no afectan de manera significativa a la competencia, no se encuentran prohibidas, como establece el art. 5 de la LDC, obviamente no pueden quedar englobadas en el tipo penal. Lo deseable sería su expresa exclusión en el artículo del Código Penal que se redacte, mediante una disposición con forma de «norma penal en blanco» que se remita al reglamento previsto por el citado precepto de la ley mercantil para la fijación de los criterios que deben ser tomados en consideración (entre los que se encuentra la cuota de mercado).

b) El tipo subjetivo

No parece que las conductas anticompetitivas simplemente negligentes deban ser sancionadas penalmente. Criminalizar los comportamientos dolosos resulta más consecuente con el principio de *intervención mínima*.

Cuestión distinta es que sea correcto equiparar al dolo el dolo eventual. Como declaró el Tribunal Supremo de EEUU en su sentencia *United States v. United States Gypsum*, 438 US 422, 444 (1978), la condena requiere la demostración del dolo (*criminal intent, mens rea*) a través de la prueba del propósito de producir efectos anticompetitivos o el conocimiento de las probables consecuencias³⁷. En el Reino Unido, la Sección 188 de la Enterprise Act de 2002 sólo criminaliza los acuerdos adoptados de forma «deshonestas» (*dishonesty*), elemento tradicionalmente requerido en los delitos contra la propiedad que exige la presencia de una conducta objetivamente calificable como tal según el criterio de una persona honesta y razonable y, desde un punto de vista subjetivo, que el autor haya debido conocer el carácter deshonesto de su conducta con-

³⁶ El art. 65.1.º) de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en redacción desacompañada con la ley penal material vigente— atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de «defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia», salvo cuando por la pena a imponer corresponda al Juzgado Central de lo Penal.

³⁷ Ver E. EINHANGE y D. GRADIN, «Global Competition», *Law and Economics*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 7 y 8.

forme a tal criterio³⁸. Se trata de una expresión imprecisa y confusa, que aludiría a la conciencia de la ilegalidad de la actuación, pero con una perturbadora carga moral³⁹.

Un problema diferente también es que la prueba de la conciencia y voluntad de la transgresión pueda ser probada bien directamente bien por medio de la prueba indiciaria, también llamada de presunciones (*hominis*). Ello no equivale a aceptar una presunción legal *iuris tantum* de culpabilidad como la establecida en Israel⁴⁰ o la introducida en Irlanda⁴¹, que en nuestro país resultaría contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Un indicio claro del dolo será el carácter secreto de la actuación, que normalmente se halla presente en la creación y el mantenimiento de los carteles. No se trata, sin embargo, de un elemento consustancial a los mismos, por lo que su inclusión en el tipo objetivo no parece conveniente⁴².

C) La pena para el individuo, las consecuencias accesorias para la empresa y la responsabilidad civil

Ya se han explicado los motivos por los cuales los carteles habrían de sancionarse con penas de prisión. A la vista de la gravedad de las conductas y de las penas previstas para delitos de similar entidad, parece proporcionada una pena de uno a cuatro años de privación de libertad, con multa que podría establecerse de forma acumulativa o alternativa, así como la fijación de una pena adicional —prevista con carácter principal— de inhabilitación para ejercer la profesión o cargo durante un tiempo determinado. No puede decirse que sea una reacción penal demasiado dura, en comparación con EEUU, donde la pena de prisión se sitúa en un máximo de diez años desde 2004, o en contraste con Inglaterra e

³⁸ Ver R. WILSON, «Competition Law», Oxford University Press, 2005, p. 390.

³⁹ Ver C. HARDING y J. JOSHUA, «Breaking Up...», cit., pp. 937 a 939.

⁴⁰ Según la Sección 48 de la *Israeli Restrictive Trade Practices Law*, 5748-1988, en el caso de un delito cometido por una corporación, toda persona que trabaje en dicha corporación en el momento de la comisión del delito, como administrador, socio o directivo con responsabilidades en el ámbito concernido, será responsable de tal delito a menos que pueda mostrar que el delito fue cometido sin su conocimiento y que tomó todas las medidas razonables para asegurar el cumplimiento de la ley.

⁴¹ La Sección 6 de la Competition Act de 2002 presume el carácter anticompetitivo de los carteles y el conocimiento de la infracción.

⁴² El secreto forma parte, sin embargo, de la definición de cartel realizada por la Disposición Adicional Cuarta, apartado segundo, de la LDC: «a efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por cartel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

Irlanda, países ambos en los que en 2002 se han establecido penas de hasta cinco años de privación de libertad, el mismo límite que rige en Canadá.

Además, junto con la exigencia de responsabilidad penal a los individuos involucrados en los carteles, su criminalización llevaría aparejada la aplicabilidad a las empresas de las *consecuencias accesorias* establecidas por el art. 129 del CP, precepto que habría que repensar, entre otros aspectos, en cuanto a la posibilidad de prever en él la imposición de sanciones pecuniarias a las sociedades y demás entidades contempladas por el mismo, de forma que sea posible que el hecho punible sea enjuiciado en su conjunto en relación con todas las consecuencias sancionatorias reguladas por el ordenamiento.

Adicionalmente, al acumularse en España la pretensión civil de resarcimiento, reparación o indemnización a la pretensión penal en el proceso penal, la cuestión de los daños ocasionados por la conducta anticompetitiva a otras empresas o a los consumidores sería tratada en el proceso penal, salvo renuncia o reserva de la acción por los perjudicados.

D) La deseable armonización penal en Europa

Mucho se ha hablado en los últimos años en Europa sobre «armonización penal», de forma paralela al fortalecimiento del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el que se pretende basar el denominado *espacio judicial europeo*. Pero tras la STJCE Comisión/Consejo de 13 de septiembre de 2005, anulatoria de la *Decisión Marco sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho penal* (C-173/03), ha quedado claro que, fuera del ámbito de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas, la armonización penal no es materia del Tercer Pilar de la Unión Europea, sino cuestión que atañe a la Comunidad Europea en el ámbito de las competencias que conforman el Primer Pilar. Dentro del mismo se han establecido normas reguladoras del Derecho penal material de los Estados miembros a través de directivas en ámbitos tales como el blanqueo de capitales y tráfico de personas y se proyecta hacerlo —no sin dificultades— en medio ambiente y contaminación proveniente de buques. Curiosamente, en relación con el Derecho de Defensa de la Competencia, joya de la corona de los poderes legislativos y administrativos de la organización supranacional europea, ni existe una regulación armonizadora de las leyes penales nacionales ni se proyecta acometerla. ¿Por qué? Quizás la respuesta se encuentre, más que en el campo jurídico, en el terreno de la sociología.

Desde lo jurídico es difícil negar la conveniencia de la armonización en el ámbito que aquí se analiza⁴³, aunque los penalistas que manifiestan un europeísmo más ferviente curiosamente no se ocupen mucho de él, ni siquiera cuando de proponer *eurodelitos* se trata⁴⁴. Si hay un campo en el cual incluso estaría justificada la creación de un Derecho penal europeo es el Derecho de la Competencia, pues, en un *mercado único* en el que la competencia se rige por normas europeas, las disposiciones penales sobre la materia deberían ser también europeas, con el fin de evitar incoherencias en el sistema y distorsiones en el comercio⁴⁵. Pero como parece muy improbable que la Comunidad se convierta, a corto y medio plazo al menos y en la medida en que el desarrollo de los acontecimientos puede pronosticarse, en una organización en la que exista algo así como un Derecho penal federal, la única alternativa viable a la coexistencia en el mismo mercado de sistemas penales descoordinados y disímiles sería la armonización. Es decir, la aprobación de una directriz sobre si se criminaliza en todos los Estados o en ninguno y, en caso de que se opte por la criminalización, como parece deseable, acerca de cómo habría de hacerse.

Desde una perspectiva material, parece claro que las mismas conductas no deben recibir un tratamiento distinto que haga imprevisibles para los individuos y las empresas las consecuencias de sus actos o les compela a adoptar decisiones empresariales diferentes tan sólo por la heterogeneidad de los sistemas sancionadores de cada uno de los Estados miembros. Un mercado así no es un *mercado único*.

Desde un punto de vista procesal, sería muy positivo que la persecución y el enjuiciamiento por las distintas jurisdicciones estatales de las actuaciones anticompetitivas de ámbito supranacional pudiera realizarse de forma coordinada, por dos motivos.

⁴³ A favor de la armonización, W. P. J. WILS, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

⁴⁴ Es significativo que en la obra *Eurodelitos. El Derecho Penal Económico de la Unión Europea*, dirigida por K. TIEDERMANN y editada por el Servicio de Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Ciencia, 2003), se proponen como eurodelitos para la protección penal de la competencia la «publicidad engañosa en general y sobre inversiones de capital», «cohecho activo y pasivo en el tráfico económico» y «manipulaciones restrictivas de la competencia en licitaciones y subastas» (pp. 83 a 91 y 153 y 154). La propuesta en este punto se redacta por el propio TIEDERMANN. No se contempla la armonización de los acuerdos de fijación de precios, restricción de suministros y reparto de mercados.

⁴⁵ Es una cuestión que afecta al núcleo de la integración económica, basada en la creación de un mercado común regido por el principio de libre comercio y por la prohibición de los carteles, que en la belicosa historia europea fueron fomentados por los Estados con la excusa de que, con la concentración del poder económico-empresarial, se potenciaba la musculatura financiera e industrial de la nación y su capacidad para vencer en la guerra. Con ello se suspendían los intereses nacionales a las de las grandes corporaciones, principales beneficiarias de los esfuerzos bélicos. Cfr. M. R. JOELSON, «An International Antitrust Primer: A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy», *Kluwer Law International*, Holanda, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 3 y 4.

En primer lugar, para evitar solapamientos tan innecesarios como generadores de tratamientos punitivos que, en su conjunto, pueden resultar desproporcionados, en una medida que aumenta según sube el número de países que criminalizan dichas actuaciones y con ello se hace más probable que un individuo sea juzgado en más de un Estado por los mismos hechos.⁴⁶ Una conducta anticompetitiva que afecte al *mercado único* debe enjuiciarse penalmente en los países de la Unión tomando en consideración la afección del mercado como un todo y no examinarse por los tribunales penales de forma fragmentaria. Es verdad que, como las normas penales castigan los comportamientos por su efecto en el mercado nacional, la imposición de distintas condenas a la misma persona por jurisdicciones diversas en razón al mismo acuerdo o práctica, no constituye técnicamente una infracción del principio *non bis in idem*, en cuanto cada Estado proteja su propio mercado, si bien en el *espacio Schengen* la cuestión dista de estar clara.⁴⁷ Con independencia de ello,

⁴⁶ Ver el Informe de la OCDE «Cartels: sanctions...», cit.

⁴⁷ Como el Informe «Cartels: sanctions...», cit., señala acertadamente el principio *non bis in idem* o prohibición del *double jeopardy* no se reconoce en el Derecho internacional (p. 25). Sin embargo se establece en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, su aplicación no depende de la calificación jurídica del hecho ni del interés jurídico protegido, sino tan sólo de la coincidencia del sujeto y del hecho natural. Se extiende así el principio a supuestos en los que no existe una identidad de fundamento en las sanciones, solución muy discutible y contradictoria con la configuración doctrinal del principio generalmente aceptada. La sentencia del caso *Van Esbroeck*, dictada el 6 de junio de 2006 (asunto C-436/2004), emitió tal doctrina en un asunto en el que se analizaba la posibilidad de condenar a un individuo por exportación de drogas desde un país, después de haber sido condenado por su importación en otro. Pese a que el Derecho internacional convencional sobre tráfico de drogas y el Derecho penal de los Estados consideran los actos de tráfico cometidos en cada país como delitos independientes, el Tribunal resolvió la cuestión prejudicial que le había sido planteada entendiendo que el enjuiciamiento por segunda vez, en el país desde el que se exportó, tras la condena en el país donde se importó, constituye un lesión del principio *non bis in idem*. Según el Tribunal, «el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del art. 54 del CAAS es la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolubles ligadas entre ellas» en el espacio, en el tiempo y por su objeto, aunque se deja la decisión definitiva en manos de los tribunales de los Estados miembros. Posteriormente se ha ratificado esta jurisprudencia en relación con un delito de contrabando, en la sentencia del caso *Gusparini*, de 28 de septiembre de 2006 (asunto C-467/04). De nuevo en un caso sobre tráfico de drogas, en la sentencia *Van Straaten*, de 28 de septiembre de 2006 (asunto C-150/05). Posteriormente, en la sentencia del caso *Kratzinger*, de 18 de julio de 2007 (asunto C-288/2005), según la cual los «hechos consistentes en recibir tabaco extranjero de contrabando en un Estado contratante y en importar y poseer ese mismo tabaco en otro Estado contratante, caracterizados por la circunstancia de que el acusado, inculcado en dos Estados contratantes, tenía desde el principio la intención de transportar el tabaco, tras tomar posesión del mismo por primera vez, a un destino final atravesando varios Estados contratantes, constituyen comportamientos que pueden estar incluidos en el concepto de "los mismos hechos" a efectos del citado art. 54», aunque reitera que «la apreciación definitiva a este respecto corresponde a los órganos nacionales competentes». No obstante, en la sentencia del caso *Kraaijenhrik*, de 18 de julio de 2007, el Tribunal de Justicia ha matizado que «unos hechos diferentes —consistentes, por un lado, en poseer en un Estado contratante cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes y, por otro lado, en desahucarse, a través de las oficinas de cambio de moneda situadas en otro Estado contratante, de cantidades de dinero proce-

una multiplicación de sanciones penales por cada mercado nacional con-cernido difícilmente arroja un resultado correlativo al incremento del desvalor de la acción punible que se deriva de su difusión a los distintos mercados, lo que provoca que la suma final de sanciones pueda consistir en la realidad un exceso.

En segundo lugar, resulta muy conveniente coordinar los *programas de indulgencia* (inmunidad y rebaja de sanciones) de los diversos países para crear un marco jurídico uniforme que simplifique el panorama para los interesados.⁴⁸ La creación de una «ventanilla única» para las solicitudes de indulgencia no es una mala idea⁴⁹ pero no es practicable sin el presupuesto previo de la armonización.

Pero de lo jurídico pasamos a lo sociológico para tratar de encontrar la razón por la que no se muestra entusiasmo en Bruselas en la armonización penal del Derecho *antitrust*, campo en el que más interés tendría. Lisa y llanamente, la desgana sólo es explicable por la natural tendencia de las organizaciones y grupos en concentrarse en las tareas que permiten expandir sus funciones y relegar todo aquello que pueda reducir en un recorte de sus atribuciones.

La armonización penal sólo tiene sentido ante la criminalización de las conductas y en realidad la Comisión carece de interés alguno en la penalización de los cartels, porque aquí la armonización penal no supone ampliar sus tareas (apabullantes en el sector de la competencia) y debido a que la entrada en juego de la justicia penal conduce más bien a potenciales conflictos con los tribunales y al posible recorte de sus potes-⁵⁰ des, en virtud de las consecuencias procesales y materiales del principio *non bis in idem*.

dentés también de tal tráfico— no deben considerarse "los mismos hechos", a efectos del art. 54 del CAAS, por el mero hecho de que el órgano judicial nacional competente compruebe que los hechos en cuestión están relacionados entre sí por una misma intención criminal». Esta última sentencia insiste en la necesidad de valoración por los tribunales nacionales de la ligazón espacial, temporal y material en las actuaciones.

El modo como se aplicará la jurisprudencia extractada —bastante confusa y nada depurada técnicamente— en un supuesto de afección de distintos mercados nacionales europeos por el mismo cartel resulta difícilmente previsible. Dado que el delito del que nos ocupamos se configura como delito de mera actividad y no de resultado, basado en un acuerdo, práctica o plan conjunto, no parece que, en la mayor parte de los casos, pudiera realizarse una diferenciación de los hechos relevantes que impedirían hablar del conjunto de circunstancias indisolubles ligadas en el tiempo y en el espacio que, conforme a la jurisprudencia europea, provocan la entrada en juego del principio *non bis in idem*.

⁴⁸ Report on leniency...», cit., p. 16.

⁴⁹ Ver J. JOSHI, «The European Cartel Enforcement Regime Post-Modernisation: Is it working?», *Lawyers Europe*, Autumn, 2005, p. 29.

⁵⁰ También prevé complicaciones en el terreno de la jurisdicción y el proceso C. HARDING, «Business Cartels...», cit., p. 418.

En su vertiente procesal, del citado principio se deriva la preferencia de la investigación y enjuiciamiento por los tribunales penales. ¿Qué papel jugaría mientras tanto la Comisión? ¿Qué participación le corresponde en el proceso penal? El Reglamento 1/2003 no es muy claro al respecto.

Como garantía material, la prohibición de la doble sanción ante la identidad de sujeto, hecho y fundamento impide la sanción administrativa de un hecho sobre el que ha recaído una condena penal. La criminalización supone, en consecuencia, un transvase de la potestad sancionadora de la Comisión a los tribunales nacionales, la pérdida de una importante cuota de poder.

LOS REMEDIOS EN MATERIA DE CONDUCTAS PROHIBIDAS