

## ESTADO ACTUAL DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES, TRAS LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL A CONSECUENCIA DE LAS LEYES ORGÁNICAS 1/2019 DE 20 DE FEBRERO Y 14/2022 DE 22 DE DICIEMBRE

### 1. Introducción

Los delitos relativos al mercado y a los consumidores están previstos en los artículos 278 a 286 del Código Penal y se encuentran ubicados en la Sección 3ª, Capítulo XI, dentro del Título XIII, relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. A grandes rasgos, se califican como punibles las siguientes conductas: la competencia desleal, la detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, la publicidad engañosa, la facturación fraudulenta, la estafa de inversores, las manipulaciones para alterar el precio de las cosas, el abuso de información privilegiada y el pirateo de servicios de comunicación y electrónicos.

La razón de ser de estos tipos delictivos viene dada por la propia protección al consumidor que dispensa la Constitución Española como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 51, el cual, además, pone en manos de los poderes públicos la defensa de consumidores y usuarios, a través del desarrollo de las pertinentes leyes, como bien podrían ser la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (Ley 44/2006) o la Ley de Competencia Desleal, entre otras muchas. Cabe decir, asimismo, que la ubicación sistemática de este precepto dentro de los principios rectores de la política social y económica nos permite sostener que no estaríamos en presencia de una norma de distribución competencial (STC 132/2019, de 13 de noviembre), sino ante una materia con un carácter absolutamente



pluridisciplinar, que *«resulta, en todo caso, compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas»* (STC 15/1989, de 26 de enero).

De otro lado, la confianza e integridad en los mercados podría relacionarse con otro precepto constitucional, el artículo 38, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y se traslada a los poderes públicos el papel de garantes para la protección de su ejercicio y defensa. Tal libertad de empresa, según criterio constitucional consolidado, como el contenido en la STC 37/1987, de 26 de marzo, *«se habrá de ejercer de acuerdo con las exigencias de la economía general»*.

Una vez perfilado su origen y legitimación constitucional, el presente artículo tiene como objetivo principal analizar el estado actual de estos delitos, más concretamente, de los contenidos entre el artículo 284 y 285 *quáter* (junto con la incorporación de la cláusula de exoneración de la responsabilidad criminal del nuevo artículo 288 bis), tras las reformas del Código Penal operadas a consecuencia de las Leyes Orgánicas 1/2019, de 20 de febrero y 14/2022, de 22 de diciembre, las cuales, a su vez y respectivamente, trasponen en nuestro ordenamiento jurídico Directivas de la Unión Europea en el ámbito financiero y de mercado.

**2. Reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional**

Tal y como expresa la propia exposición de motivos de esta Ley Orgánica (que entró en vigor el 13 de marzo de 2019), la modificación de estos tipos delictivos responde a la necesidad de transponer en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/57 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, completada por los Reglamentos Delegados 2016/522 y 2016/957 de la



Comisión, respectivamente, ya que la misma había sido transpuesta únicamente de forma parcial en el anterior Código Penal español.

Esta reforma pone de manifiesto la expansión del Derecho Penal en los delitos de tipo socioeconómico ya que opera, fundamentalmente, en dos vías: la generalizada elevación de las penas (tanto de privación de libertad como de multa) y la ampliación de las conductas típicas, a través de la incorporación de nuevos tipos penales y la inclusión de nuevos posibles sujetos activos.

En este punto, el análisis se realizará según los preceptos que concretan los respectivos tipos.

- **Delito de manipulación de mercado del art. 284 CP**

Con carácter previo, se ha de decir que esta reforma clarifica el bien jurídico protegido por el tipo. Así, el Preámbulo de la ley señala que *«el bien jurídico protegido no se configura tanto en atención al contenido patrimonial o al propio orden socioeconómico, como a la integridad de los mercados y la confianza de los inversores que actúan en ellos»*.

Previo a la reforma, y en los pocos pronunciamientos que han existido sobre la naturaleza y alcance del delito de manipulación del mercado, la doctrina mayoritaria en España se decantaba por una tesis colectivista del bien jurídico. Por ejemplo, la SAN 28/2017, de 17 de octubre, señala que *«la manipulación de mercado en todas sus modalidades influye en la adecuada formación de la cotización de los valores e instrumentos financieros, perturbando así la integridad de los mercados de capitales»*.

Sin embargo, en otras resoluciones se le daba poca relevancia real al bien jurídico protegido, afirmando indistintamente que el tipo protegería conceptos tan diversos como el patrimonio, la formación de precios, la libertad de contratación, la libre competencia, la política de precios, el mercado o los consumidores. A este respecto, resulta relevante citar como exponente de tal inconcreción jurídica lo dispuesto en la STS 867/2002 de 29



de julio (Caso Banesto): *«Ahora bien, el problema doctrinal subyacente es el de la determinación del bien jurídico protegido. Así por algún sector se habla de la protección del “patrimonio personal de los ciudadanos”. También se sitúa la protección sobre los precios que resultarían en un sistema económico de libertad de mercado y de libre competencia. No faltan referencias a la libertad de contratación y al libre juego de los tráficos económicos. Posiciones mixtas conjugan la protección del propio patrimonio con valores de más compleja caracterización y de cierta naturaleza comunitaria. Desde una perspectiva economicista, se habla de la protección de la libre competencia y de la garantía de una concreta política de precios».*

Precisamente por eso, esta aclaración es útil en la medida que permite sostener que, además de tratarse de un bien jurídico de naturaleza colectiva, también es de carácter pluriofensivo, ya que con el delito se puede afectar directamente a la competencia, pero también de forma indirecta a los intereses de los consumidores y de los inversores, que se mueven dentro de un mercado de bienes y servicios.

Con lo cual, nos estaríamos alejando de la antigua protección dispensada por el Código Penal, que era doble: de un lado, al bien jurídico del propio patrimonio de los consumidores o inversores y, de otro, al libre desarrollo de la economía, el cual, en ocasiones, pecaba de amplio y de difícil comprobación a efectos prácticos.

Entrando al propio contenido del ilícito y a su conducta típica, partimos de que la jurisprudencia siempre ha exigido y seguirá exigiendo sin duda que la conducta desplegada tenga un plus de desvalor que haga necesaria la intervención del Derecho Penal frente a una mera sanción administrativa (STS 549/1997, de 26 de abril).

Igualmente, debe existir en el plano subjetivo una finalidad específica y directa del sujeto activo de llegar a la alteración del precio en el mercado de que se trate, no bastando generalmente para la concurrencia del delito otras



finalidades distintas. Por ejemplo, la STS 600/2007, de 11 de septiembre, rechaza la apreciación de esta infracción legal porque los acusados urdieron un plan que no tenía «*de modo evidente el objetivo de alterar el precio de las cosas, como es inherente al tipo penal cuya indebida aplicación se denuncia, sino el de eludir la normativa vigente que suponía un obstáculo insalvable para la operación de la recompra de las acciones de Prima, que era lo que, en último término se perseguía con dicho plan*».

En cualquier caso, con la reforma se siguen manteniendo las tres modalidades con las que se puede llegar al resultado de la alteración del precio que habría de resultar de la libre concurrencia de productos o instrumentos del mercado.

Esto es:

- a) El empleo de violencia, amenaza o engaño.
- b) La manipulación informativa, es decir, difundir noticias, rumores o señales falsas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos, ya fuera por sí, de manera directa o indirecta, o a través de cualquier medio de comunicación, internet o tecnologías de la información.
- c) La manipulación consistente en efectuar operaciones o dar órdenes de operación que pudieran proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio. También sería punible, dentro de este apartado, la conducta de asegurarse una posición dominante en el mercado para conseguir la manipulación del precio.

Pues bien, con la mencionada reforma, se (re)introduce<sup>1</sup> en la primera modalidad (apartado 1º del art. 284) una nueva conducta relativa al empleo de «*cualquier otro artificio*», lo cual, de entrada, requeriría: a) un menor desvalor de la acción, pero b) un mayor desvalor del resultado, pues se habrá

---

<sup>1</sup> Y se dice reintroduce, porque esta expresión ya ha estado presente en nuestra legislación penal, más concretamente, en el Código de 1848 (art. 451), 1850 (art. 462), 1870 (art. 557), 1932 (art. 520) y 1944 (art. 540). Por su parte, en el Código Penal de 1973, se sustituyó tal expresión por la de «*cualquier otra manipulación*», de la cual se infiere un sentido casi idéntico.



de lograr una efectiva alteración de los precios, alejándose así –o, al menos eso parece formalmente– de la consideración de este delito como uno de mera actividad que venía sosteniendo la jurisprudencia española (a modo de ejemplo, se cita la STS 575/2004, de 11 de mayo, que explicita que, para hablar de delito de manipulación del mercado, se habrá de ejecutar *«alguna de las conductas que describe la norma encauzadas a realizar el fin de la alteración de los precios del mercado, conductas que han de albergar, por lo tanto, un peligro para el bien jurídico»*).

A efectos prácticos, esta modificación puede llevar a una interpretación más laxa del precepto que abarque una diversidad de conductas típicas, en consonancia con lo dispuesto en la Directiva traspuesta, que incluye la referencia a *«mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio»*.

A este respecto, hay quienes abogan por incardinar en este nuevo apartado el fenómeno de los cárteles duros, previstos en el Apartado 2º de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia y definidos como *«todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia»*.

Así, según dicha tesis, cabría su criminalización porque el medio artificioso es la argucia que se utiliza para cometer el delito. Es decir, los distintos competidores hacen uso de un amaño, llevando a cabo conductas deshonestas y fraudulentas, concertando acuerdos secretos para contravenir las reglas de



la competencia. Y ello, porque, tal y como sostiene el meritado sector, esta reintroducción de la expresión supondría volver a los orígenes del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (presente en el Código Penal de 1848, ya referenciado), *«que sí se refería expresamente a las “reuniones o coligaciones”, lo que puede servir de referente jurisprudencial a la hora de delimitar la amplitud del artificio como medio comisivo del delito, para llegar a la conclusión de que a partir de ahora los cárteles duros son penalmente típicos»*<sup>2</sup>.

Sin embargo, hay otro sector de la doctrina<sup>3</sup> que considera que no cabría la punibilidad de los cárteles a través de este precepto, por varias razones.

En primer lugar, porque existe una patente inconcreción del propio término de *“artificio”*, ya que el legislador no se refiere a si éste debería ir más ligado al engaño o al mero concierto (por ejemplo, en el delito de fraude por parte de funcionario en la contratación pública del art. 436 CP, se equipara el artificio con la conducta de *«concertarse con los interesados»*).

En segundo lugar, porque la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ya dispone de un mecanismo específico para los casos de colusión entre competidores o de cárteles, regulado en los arts. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia. A grandes rasgos, en este procedimiento, la persona física o jurídica puede beneficiarse de la exención o reducción (dependiendo esta última del orden de llegada a la Comisión de las distintas solicitudes) de la multa si aporta en primer lugar elementos de prueba relevantes para que la CNMC pueda ordenar el inicio de una inspección o establecer la existencia de la infracción, esto es, supeditándose a un deber de cooperación plena, continua y diligente y a la terminación inmediata de la

---

<sup>2</sup> Fonseca Fortes-Furtado, R.H (2023). *Cárteles duros y Derecho Penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España*. InDret, 2.2023, pp. 292-324.

<sup>3</sup> Lascaraín, J.A (2019). *¿Son ahora punibles los cárteles?* Almacén de Derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/son-ahora-punibles-los-carteles>.



participación en la presunta infracción (salvo, claro está, que la Comisión dispusiera lo contrario).

En tercer lugar, porque los acuerdos colusorios se caracterizan por ser conductas comunicativas secretas, en las que se torna difícil la equiparación al desvalor que pueden tener los restantes elementos de violencia o amenaza, ya que son comunicaciones muy raramente violentas o intimidatorias, al margen, evidentemente, de que resulten absolutamente dañinas y perjudiciales para el Derecho de la competencia.

A este respecto, se ha de decir que ha existido algún pronunciamiento reciente sobre lo que ha de considerarse por «*artificio semejante*» (por ejemplo, la STS 838/2023, de 16 de noviembre, ha señalado que, para el delito de estafa informática, «*la expresión de “artificio semejante” quedaría vacía de contenido si se exigiera que éste tuviera que ser de carácter informático [...] ha de referirse a cualquier otra conducta realizada sobre el sistema que dé lugar al resultado que el propio delito trata de impedir, esto es, la producción de una transferencia no consentida de activos patrimoniales*»), pero no para el concreto tipo que hoy nos ocupa.

Por ello, se ha de concluir afirmando que se habrá de esperar a la concreción jurisdiccional del alcance y sentido de la meritada muletilla en el delito de manipulación del mercado.

Las otras dos modalidades requieren consecuencias específicas, más allá de la mera alteración de precios del apartado 1º, como la obtención de un beneficio superior a 250.000€, que el importe de los fondos empleados fuera superior a 2 millones de euros o que se cause un grave impacto en la integridad del mercado, aunque éstas circunstancias no se han visto alteradas por la reforma.

Concretamente, en la tercera de las modalidades, se ha eliminado con la reforma la referencia al uso de información privilegiada al inicio del artículo,





por lo que se puede afirmar que se cometerá el delito en la tercera modalidad aunque el sujeto no se valga de la misma. Sin embargo, parece que existe un error de transposición, en la medida en la que se mantiene la expresión «*utilizando la misma información*», la cual, precisamente, se refería a la información privilegiada que abría el antiguo artículo 284.3 CP.

Por último, la reforma ha elevado las penas correspondientes al delito de manipulación del mercado, de forma que ahora se castigará con:

- a) Prisión de 6 meses a 6 años.
- b) Multa de 2 a 5 años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados si la cantidad resultante fuera más elevada.
- c) Inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de 2 a 5 años.

Anteriormente, la pena privativa de libertad oscilaba de los 6 meses a los 2 años, y era alternativa a la multa de 12 a 24 meses. La reforma elimina esta alternatividad y se decanta por la cumulatividad, con el objetivo último de reflejar el grado de lesividad social que tiene la conducta.

- **Delito de abuso de información privilegiada del art. 285 CP**

Con la Ley Orgánica 1/2019, se amplía el ámbito de protección, pues ya no sólo se prevé como posible condición para considerar la existencia del delito una determinada cuantía económica (que se rebaja de 600.000 euros a 500.000), sino que también se establecen otras dos alternativas (que el valor de los instrumentos financieros empleados sea superior a 2 millones de euros o que se cause un grave impacto en la integridad del mercado, lo cual incurre en cierta indeterminación, sobre todo a la hora de investigar hechos que pudieran ser constitutivos de tal delito).

Con respecto a la cuantía económica, la jurisprudencia, cuando ocasionalmente se ha pronunciado sobre este tipo (por ejemplo, en las SSTS



571/2006 de 21 de abril o 160/2009, de 12 de febrero), se ha decantado por entender que es una condición objetiva de punibilidad, para así enfatizar la necesidad de diferenciar el delito de la infracción administrativa.

Así, por su claridad argumentativa, se puede traer a colación el siguiente fragmento de la STS 491/2015, de 23 de julio: *«Este sistema de cuantía mínima, aún cuando en nuestro ordenamiento tenga su origen en el sistema establecido en los delitos patrimoniales para diferenciar diversos grados de penalidad o su diferenciación entre los tradicionales delito y falta, cumple diversa finalidad en los delitos económicos, fundamentalmente, restringir el ámbito delictivo a conductas relevantes así como delimitar el límite entre delitos e infracciones administrativas. Así, al igual que en el delito de uso o suministro de información privilegiada del artículo 285.1 CP, encontramos cuantías mínimas con tal funcionalidad, en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social de los artículos 305 y ss. CP, o en la legislación especial de represión del contrabando (artículo 2 LO 12/1995 ) [...] de modo que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía mínima establecida como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas se relega al Derecho administrativo sancionador».*

Por ello, podemos entender que si, actualmente, no se superan esas cuantía económicas de 500.000 € (de beneficio obtenido o perjuicio causado) ó 2.000.000 de euros (de valor de los instrumentos financieros empleados), no cabría acudir al Derecho Penal como instrumento sancionador.

Con la reforma, además, se especifican los sujetos que -a efectos del tipo- se considera que tienen acceso reservado a información privilegiada, expandiendo así la lista de posibles sujetos activos del ilícito. A saber: (a) quien sea miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, (b) quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, (c) quien conozca la información con ocasión del ejercicio de su



actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones; ó (d) quien obtenga la información a través de una actividad delictiva.

También se han elevado las penas previstas para el ilícito, el cual ahora es castigado con:

- a) Pena de prisión de 6 meses a 6 años.
- b) Multa de 2 a 5 años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados si la cantidad resultante fuese más elevada.
- c) Inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de 2 a 5 años.

Previo a la reforma, la pena de prisión era de 1 a 4 años, y la pena de multa sólo era la de tipo proporcional, añadiéndose ahora la multa de 2 a 5 años como alternativa.

- **Nuevo delito de revelación ilícita de información privilegiada del art. 285 bis CP**

Este nuevo tipo penal es diferente al anteriormente expuesto, porque no requiere ninguna condición específica, sino que basta con que el sujeto posea y revele información privilegiada y efectivamente ponga en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, circunstancia indeterminada cuyos principios y criterios rectores habrán de ser concretados por los órganos jurisdiccionales españoles.

Además, a efectos prácticos, la incorporación de este tipo en nuestro ordenamiento jurídico penal ha sido criticable por su proximidad con ciertas infracciones previstas en el Derecho Administrativo, por ejemplo, la dispuesta en el art. 295.15 de la Ley del Mercado de Valores, que precisamente sanciona el incumplimiento de las obligaciones de transparencia e integridad del mercado.



Con respecto a los sujetos activos que pueden cometer tal ilícito, el precepto, en principio, destaca por su amplitud, al recoger únicamente que el tipo se aplicará a aquel que revele información «*fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones*».

Además, considera la posibilidad de su aplicación también en aquellos casos en que, en una prospección de mercado, la comunicación de información privilegiada se haya realizado con inobservancia de los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros.

Por último, y por lo que respecta a su punibilidad, se prevé:

- a) Pena de prisión de 6 meses a 4 años.
- b) Multa de 12 a 24 meses.
- c) Inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de 1 a 3 años.

- **Art. 285 ter**

Este nuevo artículo, de forma sucinta, extiende el objeto de la conducta delictiva de los artículos 284, 285 y 285 bis, pues sus previsiones se extenderán a los instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstas en la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros.

- **Art. 285 quater**

Este precepto no incluye ningún tipo penal nuevo, sino que únicamente tipifica que la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 284 a 285 bis se castigará con la pena inferior en uno o dos grados. O, dicho de otra manera, con la citada reforma, se comienzan a criminalizar los denominados actos preparatorios para estos concretos tipos delictivos.



**3. Reforma operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso**

Con carácter previo, se ha de decir que, con esta Ley Orgánica, que entró en vigor el 12 de enero de 2023, se completa la transposición de la denominada Directiva ECN+, que tiene como objetivo último dotar a las autoridades de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y así garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

- **Modificación del art. 285.5 CP en relación al acceso a la información privilegiada**

Con respecto al ya visto delito de abuso de información privilegiada del art. 285 CP, la reforma de 2022 introduce un nuevo apartado por el que se pasa a castigar con la misma pena al responsable del hecho que, sin tener acceso reservado a la información privilegiada (esto es, se estaría refiriendo a individuos que se alejan de la presunción legal de acceso reservado a información privilegiada), la obtenga de cualquier modo distinto al del apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada.

Esto es, se modifica el tipo atenuado que se encontraba en el anterior art. 285.5 CP para convertirlo en un delito específico, que no contiene ninguna atenuación.

- **Nuevo art. 288 bis CP**

Es, sin duda, el aspecto más relevante de la reforma, ya que con este nuevo precepto, el ordenamiento jurídico-penal pasa a tener instrumentos de colaboración premiada para aquellas personas físicas que quieran denunciar y colaborar con las autoridades en la investigación y persecución de los delitos



del art. 281 (cuya conducta típica consiste en detraer del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores y está penado con la pena de prisión de 1 a 5 años y multa de 12 a 24 meses) y 284 (delito de manipulación del mercado anteriormente analizado) del Código Penal.

Ello ejemplifica de forma muy expresa lo que ya ha sido objeto de desarrollo en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, que traspone a su vez la denominada Directiva *Whistleblower*.

Así, el nuevo art. 288 bis CP dispone expresamente lo siguiente:

*«En los supuestos previstos en los artículos 281 y 284 de este Código, quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en ellos, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

- a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso,*
- b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia,*



*c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos<sup>4</sup>,*

*d) se trate de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores.»*

De su lectura, se observa que el precepto recoge un programa de clemencia porque éste opera con posterioridad al cometimiento de la infracción y tiene como objetivo la detección o el avance de la investigación de los hechos delictivos, por lo que habría que distinguirlo tajantemente de los programas de cumplimiento *antitrust*, que tienen por objeto precisamente la defensa de la competencia y sirven para la prevención del delito.

Además, en el mismo se reitera la necesidad de la colaboración con la autoridad de la competencia, esto es, con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, como se ha tenido ocasión de introducir, ya posee un procedimiento específico para los casos de colusión entre competidores. Este procedimiento es, de forma general, eficaz para que la Comisión pueda comprobar el alcance y la naturaleza antijurídica de la infracción, siempre que la información suministrada por la persona física o jurídica sea fiable y se acompañe de datos y elementos de prueba con cierto valor y entidad (por ejemplo, la propia Comunicación emitida por la CNMC sobre el programa de clemencia recoge que tal solicitud deberá contener aspectos tales como los datos del solicitante, de los participantes en el cártel, la descripción de sus objetivos, actividades, estructura, duración y

---

<sup>4</sup> Obsérvese la defectuosa redacción, por demás lamentablemente frecuente en los últimos años en nuestro legislador patrio y en el europeo.



naturaleza, etc), para que así, en última instancia, la institución pueda adoptar las medidas necesarias de investigación sobre tal comportamiento.

En cuanto a la protección penal de la competencia, se ha de poner de manifiesto que no hay unanimidad sobre la virtualidad y verdadera efectividad de la introducción de esta cláusula de exoneración.

De un lado, es innegable que el Derecho Penal cuenta con una serie de instrumentos de investigación que son más intensos que los de la CNMC, como bien podrían ser las intervenciones telefónicas, lo cual podría destapar más fácilmente estas conductas delictivas y contribuir al enjuiciamiento eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves al Derecho de la competencia. Además, determinadas personas físicas (como directivos, administradores o gerentes de las empresas) podrían llegar a verse disuadidos de la comisión de tales prácticas, en la medida en que cualquiera otro de los participantes en el hecho podría acogerse a la promesa de exoneración de la responsabilidad criminal de conductas que pasan a estar castigadas con penas privativas de libertad de hasta 6 años, así como con penas de multa de cantidades considerables.

Sin embargo, y en el plano contrario, podría afirmarse que el Juez de Instrucción, por lo general, no posee el mismo grado de especialización sobre el Derecho de la competencia que tienen los distintos profesionales que componen la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Adicionalmente, es indudable que, en algunos casos, podrían surgir usos indebidos y fraudulentos de esta cláusula de exoneración, en la medida que siempre existiría la posibilidad, por mínima que fuera, de que un sujeto actúe ilícitamente durante un período de tiempo prolongado bajo el pretexto de poder acogerse, en un futuro, a lo dispuesto en el art. 288 bis CP, con las consecuentes discrepancias en el seno de las empresas. Por último, esta protección penal podría llegar a interferir con el ya mencionado Derecho administrativo sancionador, contraviniendo así el principio de *ultima ratio* del





Derecho Penal que ha de regir en nuestro ordenamiento y añadiendo el problema de la prejudicialidad penal consagrado en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En cualquier caso, y al igual que con el resto de modificaciones expuestas a lo largo del presente artículo, los Tribunales españoles aún no han tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de este nuevo programa de protección penal de las conductas anticompetitivas y mucho menos de las dificultades añadidas que podría conllevar.

#### **4. Conclusiones**

La evolución de la legislación española de defensa de la competencia en el orden penal ha culminado, al menos en estos momentos, con la transposición a nuestro ordenamiento de las Directivas de la Unión Europea 2014/57 y 2019/1, y con la consecuente reforma del Código Penal.

Así, dicha reforma ha supuesto el acomodo de la realidad jurídica a la realidad fáctica del escenario europeo, en el que, de forma especialmente intensa, se pone el foco en la necesidad de dotar a los diversos Estados miembros de instrumentos eficaces y seguros que permitan sancionar aquellas infracciones más graves al Derecho de la competencia, tanto si éstas provienen de personas físicas como de jurídicas.

Y, aunque el legislador español, en ocasiones, haya adolecido de concreción e indeterminación jurídica a la hora de transponer determinadas disposiciones de las meritadas Directivas, se ha de poner en valor el objetivo último que éstas tienen, que no es otro que la protección absoluta frente al abuso de mercado, el cual puede manifestarse en conductas muy diversas, pero igualmente dañinas frente a las normales reglas de la competencia y que tienen la virtualidad de comprometer, en última instancia, la integridad del mercado y de su economía.

**Elena Mañes Herrera**

*Legal Trainee* en Bufete Trallero