APM 3.9.

Publicación digital. - Asociación Profesional de la Magistratura

JERÓNIMO PEDROSA DEL PINO

SECCIÓN CASTILLA LA MANCHA

CLEMENCIA

DE LA CLEMENCIA MERCANTIL A LA EXCUSA ABSOLUTORIA PENAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL SAN Nº 138/2025 ("CÁRTEL DEL FUEGO").

"Felicidad es conceder la vida a muchos, volverlos a la vida arrancándolos de la muerte y merecer el reconocimiento de los ciudadanos por tu ***clemencia****. No hay ornato más digno de un soberano, ni más bello, que la corona que se concede por salvar la vida a los ciudadanos; no las armas arrebatadas a los vencidos; no los carros ensangrentados con la sangre de los bárbaros, no los despojos conseguidos en guerra. El poder de los dioses es éste, salvar masa de gente y colectividades".*

(Séneca, Lucio Anneo).

El Derecho de la Competencia nace en los Estados Unidos de América en el **año 1.890** con la promulgación de la denominada **"Sherman Act"** que surgió como reacción a la formación de trusts que no eran sino uniones de empresas del mismo mercado, fundamentalmente de los grandes grupos empresariales surgidos al amparo de la revolución industrial y otrora de asociaciones agrarias, tendentes a obtener un mutuo beneficio eliminando la competencia. La *"Sherman Act"* tiene sus antecedentes en la **"Providence and Worcester Railroad (PW) de Massachusetts y Rhode Island de 1844"** dirigida a controlar el transporte ferroviario y en la legislación federal siendo que se creó la **"Comisión Interestatal de Comercio" (Interstate Commerce Commision, ICC el 4 de febrero de 1887),** que es la primera agencia administrativa que regula su ámbito competencial dando respuesta a la presión social ejercida por un grupo de campesinos

activistas (el denominado *"Granger Movement"*) contra la fijación de tarifas ferroviarias abusivas. La "ICC" no es sino el antecedente más remoto de la denominada **"Doctrina Chevron"** norteamericana en sede administrativista de los Años 80 del Siglo pasado **(Asunto Chevron U.S.A., Inc. V Natural Resoruces Defense Council, Inc., Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 25 de junio de 1984)** que propugna que *"dentro de ciertos límites, los jueces también deben ser deferentes con la interpretación del Derecho realizada por la autoridad administrativa"*.

Volviendo a la **"Sherman Act"** como punto referencia resulta que, formalmente se inspira, entre otros, en los postulados del estudio formal de la "competencia" expuesto por **Adam Smith** en su obra **"La riqueza de las naciones".** Posteriormente, otras leyes como **"Clayton Act" y la Ley de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (FTC)** vinieron a completar el **"·Sherman Act"** y ampliaron la legislación de competencia norteamericana. Todo este conglomerado normativo configura la **"Antitrust Law".**

Los denominados **"Programas de Clemencia"** tendentes a identificar y detectar los cárteles a través de la figura o de la institución de la delación tienen ya un amplio desarrollo temporal de más de treinta años siendo que sus orígenes también se encuentran en Estados Unidos en el año 1.993. Fueron introducidos después en el Viejo Continente por la Comisión Europea en el año 1996 con mucho éxito siendo modificado con posterioridad en los años 2002 y 2006 para profundizar en la política de integración en la Unión Europea en sede de competencia siguiendo, entre otros, los modelos teóricos de creación y de disolución expuestos por Harrington y Chang (2009, 2015).

Como paradigma de supuesto fáctico los **"Programas de Clemencia"** a nivel europeo podemos mencionar el denominado "**Cártel de los plátanos" (Asunto C-286-13 P, Asunto previo T-588/08 del Tribunal General de la Unión Europea).**

Sistematicemos el caso. La investigación de la Comisión Europea se inició en base a unas inspecciones sorpresa efectuadas en Italia por La Guardia di Finanza en el año 2005 con motivo de la solicitud de clemencia por parte de "Chiquita". La Comisión Europea descubrió que los importadores de plátanos "Chiquita", "Dole" y "Weichert" habían participado en un cártel entre 2000 y 2002 infringiendo per se **el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**. Los miembros del cártel habían coordinado el establecimiento de sus precios de referencia para los plátanos en ocho Estados Miembros de la Unión. En el momento de la infracción, "Weichert" comerciaba principalmente plátanos de la marca "Del Monte" y el 80% de Weichert pertenecía, a su vez, a "Del Monte". El cártel afectó a Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Suecia, donde el precio de venta conjunto (combined retail value) de los plátanos en 2002 ascendió a cerca de 2,5 billones de euros. En octubre de 2008, la División de Competencia de la Unión Europea sancionó a "Dole", "Weichert" y "Del Monte" con una multa que ascendió a 60,3 millones de euros en total por participar en un cártel de plátanos en el noreste de Europa. "Dole" presentó recurso frente a la Decisión de la Comisión Europea ante el Tribunal General de la Unión. El Tribunal General rechazó la apelación en marzo de 2013 y contra esa decisión "Dole" recurrió ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europa que confirmó la totalidad de la sentencia previa del Tribunal General y, consecuentemente, la Decisión previa de la División de Competencia de la Comisión Europea. Así, el Tribunal General confirmó que *"las comunicaciones entre competidores que conllevan fijaciones de precios horizontales por medio de un cártel son infracciones anticompetitivas por objeto y suponen la violación de las normas de competencia de la Unión Europea, sin que sea necesario analizar los efectos en la competencia en el mercado"*.

“Chiquita” recibió inmunidad/clemencia por haber confesado con anterioridad a las autoridades de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la infracciones anticompetitivas y vino además a establecer doctrina al fijar que *“la Comisión Europea tiene permiso para usar pruebas aportadas por las autoridades tributarias italianas de un empleado de “Pacific Fruit Company” en una investigación tributaria a nivel nacional en un proceso judicial contra un cártel que fijaba los precios de las bananas en Grecia, Italia y Portugal. Y ello, al considerar tanto el TJUE como la Comisión que el intercambio de información sobre competencia no impide a la Comisión Europea reunir fuentes de prueba que se han recabado desde dentro de la propia Unión Europea de una forma legal y con una credibilidad impoluta.”*

No está de más volver a recordar que los preceptos básicos sobre prácticas incompatibles con el mercado interior de la Unión Europea son los **artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOU3-Z-2010-70002), que se encuentran dentro** del **Capítulo 1 del Título VII** sobre **“Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”** y que coinciden, a grande rasgos, con los antiguos **artículos 81 y 82 del Tratado de Constitución de la propia Unión Europea**.

Establece el **artículo 101 del TFUE** que*: “1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

El **artículo 102 del TFUE** adiciona que *"Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.*

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

En España, la **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (artículos 65 y 66 "LDC")** introdujo la clemencia como cauce específico para obtener la exención o reducción del importe de la multa en casos de cárteles. Su efectiva aplicación, se demoró hasta la entrada en vigor del **Decreto 261/2008, de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia** que dedica la **Sección 7ª del Capítulo II** a desarrollar las previsiones de la "LDC" siguiendo, stricto sensu, el marco regulatorio comunitario. Las primeras decisiones de la Comisión Nacional de la Competencia fueron, entre otras, las de los *"fabricantes de gel, las de peluquería profesional, la de bombas de fluido, la de transitorios aduaneros o la de vinos finos de Jerez"*.

De suyo, los "Programas de Clemencia" pueden ser aplicados en el ámbito administrativo y en la jurisdicción civil-mercantil, dentro del ámbito nacional, comunitario e incluso internacional, en un mercado globalizado. Pero **¿se pueden aplicar "Programas de Clemencia" en el orden jurisdiccional penal?**

Dos instrumentos normativos básicos.

El primero de ellos es la **Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo**, **de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado** que establece normas mínimas en materia de sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada, la comunicación ilícita de información privilegiada y la manipulación del mercado, con el fin de garantizar la integridad de los mercados financieros de la Unión y de aumentar la protección de los inversores y la confianza en los mercados.

El segundo instrumento normativo es la **Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las**

autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, conocida popularmente como **"Directiva ECN+".** Esta Directiva establece determinadas normas para garantizar que las autoridades nacionales de competencia (ANC) dispongan de las garantías de independencia, recursos y competencias de aplicación e imposición de multas, necesarias para poder aplicar efectivamente los **artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** antes enunciados de modo que no se falsee la competencia en el mercado interior y que los consumidores y las empresas no se vean perjudicados por el Derecho y las medidas nacionales que impiden la aplicación eficaz de las normas por parte de las autoridades nacionales de competencia. La implantación de garantías fundamentales que aseguren que las "ANC" apliquen de manera uniforme y eficaz los **artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea lleva a instar a los Estados Miembros a que prevean la exoneración o reducción de la responsabilidad penal de personas que hayan podido cometer un delito relacionado con estas prácticas anticompetitivas y presten cooperación activa en los términos que establece la Directiva**. Dice la propia Directiva que ***"los Estados miembros podrían prever que las autoridades competentes puedan elegir entre la protección a las personas frente a sanciones o solo la atenuación de dichas sanciones, en función del resultado de la evaluación del interés por procesar o por sancionar en función de su contribución a la detección e investigación del cártel".***

La primera de estas Directivas fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la **Ley Orgánica 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.** Se incorporó entonces la modificación del **apartado 5 del artículo 285 del Código Penal**. Esta ley orgánica extiende al **apartado 5 del artículo 285** la aplicación de las penas señaladas en el resto del artículo para el tipo general del **apartado 1** y el tipo agravado del **apartado 3**, cuya duración máxima sí supera los cuatro años exigidos por la norma europea.

La segunda Directiva, **la denominada "ECN+"**, ha sido traspuesta parcialmente mediante el **Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores**. La transposición por este Real Decreto-ley ha sido exclusivamente del **apartado 1 del artículo 23**, relativo a procedimientos administrativos. El Código Penal español sanciona con penas privativas de libertad conductas subsumibles en los **artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**: la alteración de precios en concursos y subastas públicas **(artículo 262),** la detracción de materias primas o productos de primera necesidad **(artículo 281)** y la alteración de los precios **(artículo 284.1.º).** El **apartado 3 del artículo 23 de la Directiva ECN+** deja libertad a los Estados miembros para elegir entre no imponer ninguna sanción en el procedimiento judicial penal o solamente atenuarla, en la medida en que la contribución de las personas, contemplada en el **apartado 2**, a la detección e investigación del cártel secreto sea mayor que el interés por el enjuiciamiento o la sanción a estas personas.

Finalmente, en este curso normativo, la **Ley Orgánica 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 al albur de, entre otras, las **Directivas 14/57 y 19/1 de la Unión, ha introducido el apartado 3º del artículo 262 del Código Penal, esto es, la posible aplicación de la excusa absolutoria, en el delito sobre alteración de precios en concursos y subastas públicas.** Explicita de forma taxativa el **Preámbulo de esta Ley Orgánica** que *"Si bien en nuestro ordenamiento jurídico penal las medidas premiales basadas en la colaboración con las autoridades por parte del responsable del delito han sido la rebaja o atenuación de penas, tal precedente no puede llevar, sin más, a una solución simplista de la atenuación. Por el contrario, razones relativas conducen a la exención de la responsabilidad criminal. En concreto:*

a) Los acuerdos restrictivos de la competencia no solo perjudican a los consumidores a través del incremento de precios y de la reducción de la producción y calidad de bienes y servicios, sino que también privan a la economía del dinamismo y la innovación que producen las presiones competitivas.

b) La política de clemencia supone un mecanismo efectivo y esencial en la lucha contra conductas anticompetitivas. Busca detectar cárteles secretos mediante la denuncia de alguno de sus integrantes: el informante debe ofrecer a la autoridad de competencia información y pruebas útiles que le permitan perseguir el cártel. Por tanto, contribuyen al enjuiciamiento eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves del Derecho de la competencia.

c) La Directiva ECN+ amplía el ámbito subjetivo de los beneficiarios de clemencia para abarcar tanto a los que pueden ser beneficiarios de la misma como a los que pueden solicitarla. En efecto, como regla se entiende por las autoridades de competencia que, salvo que la empresa indique expresamente lo contrario, al solicitar la clemencia lo hace también en beneficio de los directivos partícipes en la conducta. Además, se permite que la persona física pueda solicitar a título particular el beneficio de exención, ya no en nombre de la empresa a la que representa, sino en su propio nombre. El que se establezca en favor de las personas físicas la posibilidad de acudir a la autoridad nacional de competencia para solicitar, en su propio nombre, el beneficio de la clemencia por su participación en un cártel, tiene una relevancia fundamental y potenciadora, puesto que su efecto inmediato es que la persona física ocupe a título individual el primer puesto en el orden de prioridad del programa de clemencia.

d) Finalmente, la mayoría de los Estados miembros ha optado por la exención de la responsabilidad criminal para los directivos gestores y otros miembros del personal, presentes y pasados, que acuden a los programas de clemencia. En este sentido, cabe citar Francia (apartado IV artículo L. 420-6-1 del Código de Comercio), Italia (artículo 31 quater de la Ley de Competencia), Dinamarca o Eslovenia. En Austria se establece como un supuesto de suspensión del procedimiento por razones de oportunidad. Atendiendo a la finalidad de la Directiva y sus consideraciones sobre los programas de clemencia en cuanto instrumento eficaz para la lucha contra los cárteles secretos y un enjuiciamiento eficiente, quedaba pendiente la transposición del artículo 23 de la misma, para la que se propone en el

Derecho interno que, cuando se dé una cooperación activa por parte de directivos, gestores y otros miembros del personal, actuales y antiguos, de empresa que participan en

cártel secreto, en los términos previstos en la Directiva, la consecuencia debe ser la exoneración de la responsabilidad penal."

El tenor del **artículo 262 del Código Penal que es el primer artículo del Capítulo VIII del Título X sobre alteración de precios en concursos y subastas públicas** queda como sigue:

"1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

3. 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 este artículo, 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 o anteriores de la sociedad, constituida o en formación, hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos,

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."

En fecha reciente, el día 5/2/2025, la Sala de lo Penal de la Audiencia Penal ha aplicado por primera vez en España la excusa absolutoria prevista en el **apartado tercero del artículo 262 del Código Penal en el denominado "Cártel del Fuego" (ROJ: SAN 138/2025**

– ECLI:ES:AN:2025:138)

Podemos resumir el caso con el siguiente expositivo.

Entre los años 1999 a 2018 un grupo de empresarios del sector de la navegación aérea dedicados a la extinción de incendios, se concertaron para repartirse geográficamente los concursos públicos licitados a nivel nacional, fundamentalmente en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Valencia, Castilla-La Mancha y Cataluña contando, en determinados casos, con la colaboración activa de autoridades o funcionarios públicos con competencias en la materia. Con pactos clandestinos y ánimo de lucro, imponían a las administraciones contratantes precios superiores a los que derivaría de la libre y transparente concurrencia repartiéndose de forma fraudulenta el mercado (ora mediante la concurrencia previa concertada o con la concurrencia a concursos de un solo oferente ora con 0 bajas o bajas insignificantes ora expulsando a terceros posibles fraudulentes con compensaciones internas con entregas de dinero a cuenta, hospedajes, viajes, cacerías, etc. ora empleando técnicas para elevar los costes de contratación). Incluso en los pactos rotarios alcanzados, tomaron en consideración los concursos en España, Portugal y el uso de aeronaves en Italia.

En diciembre de 2012, uno de los acusados, "D. Nicolás", cesó voluntariamente como director gerente del "GRUPO AVIALSA" y en fecha 9/10/2014, desconectado ya del resto de acusados, denunció los hechos e infracciones en los que ha participado y otros de los que tuvo conocimiento, cooperando de forma activa, en la transmisión de toda esa información a la autoridad judicial y al cuerpo policial correspondiente. Interpuso sendas denuncias los días 9/10/2014 y 9/7/2015 ante la Fiscalía Contra la Corrupción de Valencia ya antes, el día 22/10/2013 dirigió una comunicación al Protectorado de Fundaciones de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Generalitat Valenciana.

La "reunión fundacional" se hizo en la localidad sevillana de Palma del Río el día 20/9/2001 y los acusados mantuvieron reuniones periódicas en Manzanares, Ciudad Real, los días 17/12/2001, 6/4/2002, 5/11/2002 (manuscrita), 23/172003, 15/12/2003, 4/2/2004, 31/8/2004, 1/12/2004, 29/3/2005, 17/7/2005, 19/7/2005…7/4/2010, 7/7/2010, 3/11/2010. "D. Nicolás" aportó a las actuaciones más de 500 documentos, incluidas las denominadas "actas de Manzanares".

En la sentencia, tras fijaron los Hechos Probados, estudiar todo el acervo probatorio y los tipos penales enjuiciados, se analiza (Fundamento de Derecho Cuarto) si procede o no aplicar la excusa absolutoria contemplada en el **apartado 3º del artículo 262 del Código Penal** a "D. Nicolás" (folios 72 a 80). Se parte del tenor de la **Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre** que transpone la **Directiva (UE) 2019/1** haciendo mención expresa de los Considerandos 11, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 64, 65, 66 y 67 y se extrapola luego su aplicación al caso concreto. Se parte de la consideración básica de que sí que cabe aplicar en su caso con carácter retroactivo esta excusa absolutoria al ser una norma penal más favorable al reo, ex **artículo 2.2 del Código Penal**, pese a que el **apartado 3º del art. 262 del Código Penal** entró en vigor el día 22/1/2023 y se pasa luego a analizar si en el caso de autos concurren o no los requisitos, cuatro y acumulativos, previstos, en el **apartado 3º. Esto es:**

a) Que exista una cooperación activa con la autoridad competente.

b) Que se ha presentado por la sociedad o persona física una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la

Competencia.

c) Que dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que "otros" hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos y

d) Que 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.

Entiende la Sala que es indubitado que en el actuar de "D. Nicolás" concurren los requisitos previstos en los apartados tanto c) (colaboración iniciática) como d) (colaboración activa tanto con la autoridad judicial como con la acusación pública aportando indicios útiles para asegurar tanto las pruebas del delito como para identificar a otros autores).

Las dudas de la Sala recaen en los apartados c) y d) y se plantea si "D. Nicolás", que acudió a denunciar los hechos a la Fiscalía Anticorrupción, tenía que haber acudido también a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a denunciar lo acontecido solicitando además la exención en el pago de la multa. Entiende la Sala que no es necesaria la concurrencia de estos dos requisitos en el caso de autos analizando la propia **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**, haciendo una *"interpretación finalista y unitaria"* acorde con la propia **Directiva comunitaria ECN+ 2019/1** y con todos los elementos de prueba aportados a las actuaciones por "D. Nicolás", una *"interpretación analógica in bonam partem"* del propio precepto e incluso una "interpretación temporal" dado que al tiempo de los hechos y de la delación (año 2014), no estaba aún en vigor, lógicamente, el **apartado tercero del artículo 262 del Código Penal** que fue introducido por la **Ley Orgánica 14/2022** y que traspone parte de las **Directivas 14/57 y 19/01 (UE).** Y es que la Sala considera que *"…carece de razón de ser la exigencia de tener que cumplimentar un trámite previo ante la autoridad de competencia cuando existe prejudicialidad penal siendo que el* ***art. 46 de la Ley de Defensa de la Competencia*** *establece que "La existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resulta por los órganos penales a quien corresponda"…siendo que en el caso de autos… "los funcionarios públicos de la CNMC manifestaron en juicio…se abrió un expediente sancionador…pero que no llegaron a efectuar inspecciones ni ninguna otra diligencia de averiguación porque tales hechos estaban siendo objeto de investigación en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Sagunto, procediendo en consecuencia al archivo de las actuaciones…"*

Concluye la Sala diciendo ***"…Considera el Tribunal que realizando una interpretación del art. 262.3 conforme a la finalidad de la Directiva comunitaria y del propio legislador nacional, han de considerarse cumplidos los requisitos exigidos para la aplicación de la excusa absolutoria, cuya razón de ser está en la puesta en conocimiento de los hechos ilícitos cuando no hay investigación abierta, aportación de elementos probatorios útiles y relevante y colaboración activa y eficaz. La interpretación literal de la norma conduciría a un resultado contrario al pretendido por el legislador comunitario y también por el nacional, y contradictoria además con la declaración de prejudicialidad penal…En definitiva, el Tribunal entiende que debe apreciarse al acusado Sr. Nicolás la excusa absolutoria respecto al delito continuado de concierto para alteración de precio en los concursos públicos. No es necesario entrar a analizar su extensión o no a los delitos de asociación ilícita y falsedad***

continuada en documento mercantil, pues conforme a la calificación jurídica realizada, el tribunal ha concluido…en la atipicidad e la falsedad ideológica de particulares y en la absorción del delito de asociación ilícita en el delito específico de delito continuado de alteración de los precios en los concursos públicos”.

Unas últimas reflexiones personales.

Está claro que los “Programas de Clemencia” y su normativa de desarrollo constituyen en la actualidad una herramienta procedimental básica para destapar prácticas anticompetitivas. Para ello se incentiva al delator con reducciones o exenciones de las multas a imponer. En el caso español, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia aplica reducciones del 50%, 30% y 20% según se trate del primer solicitante, del segundo o de los subsiguientes. Gracias a los “Programas de Clemencia” se identifican y prueban hechos colusorios y se imponen sanciones a las personas implicadas restableciendo un marco competitivo que en ausencia de tales “Programas” no serían visibles. Pero, no sólo en el ámbito comercial/mercantil sino también penal en el marco de la ahora denominada “Justicia Restaurativa” que instaura la recién promulgada **Ley Orgánica 1/2025**.

La implementación de las **Directivas Comunitarias 2014/57 y 2019/01** se acompasa además con la **Directiva UE 2019/1937, de Protección de los Denunciantes, de fecha 16 de diciembre de 2019** ,la denominada **“Directiva Whistleblowing”** que impone a los Estados Miembros el establecimiento, en el seno de las empresas y de las propias administraciones públicas, de canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros, así como la adopción de medidas de protección de los denunciantes que utilicen esos canales internos, frente a posibles represalias de su empresa o de sus superiores. Esta Directiva se transpone en España a través de 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 (BOE 2-02-23).**

Hay que luchar contra la corrupción.

La **Sentencia nº 138/2025 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional** ha sido la primera en aplicar la excusa absolutoria penal prevista en el **apartado tercero del art. 262 del Código Penal**. Considero que el análisis que hace la Sala de los requisitos del precepto es el correcto. La conjugación de los requisitos que se articula no es la correcta. Situar la cooperación activa del delator con la autoridad de la competencia (con la solicitud paralela de exención del pago de la multa correspondientes según la Ley de Defensa de la Competencia) al mismo nivel que la cooperación primigenia con la Autoridad Judicial y/o con la acusación pública (Fiscalía) supone, en sede penal, tratar de situar al mismo nivel, a la Autoridad Nacional de la Competencia y al Poder Judicial desconociendo el instituto mismo de la “prejudicialidad penal” **(artículos 10 y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial),** con la consiguiente disfunciones que en la práctica pueden plantearse para aquellos supuestos en los que no exista una correcta y completa “correa de transmisión” de información y de datos desde la autoridad de la competencia nacional a la Autoridad Judicial en aquellos supuestos en que el delator acude a aquélla y no a ésta inicialmente. Este déficit legislativo, extrapolable a otros tipos penales como los delitos contra la Hacienda Pública, tiene que subsanarse vía jurisprudencial acudiendo, como ahora ha hecho la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a preceptos básicos como el de la prejudicialidad penal y a la interpretación unitaria, lógica, sistemática, temporal…,e incluso analógica in bonam partem.

Esta es la primera sentencia nacional que aplica la excusa absolutoria del **apartado tercero del artículo 262 del Código Penal** pero, quizás, no sea la última vez que la aplique la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el panorama jurídico penal español actual.

Compasión, benignidad, benevolencia, indulgencia, misericordia, piedad, magnanimidad, remisión, absolución, indulto, merced y/o moderación al aplicar justicia.

Esto es la clemencia.