

# ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO DE LOS CARTELES ECONÓMICOS DE NÚCLEO DURO

*Regina Helena Fonseca Fortes Furtado*<sup>1</sup>

**Sumario:** I. Introducción; II. Carteles económicos de núcleo duro: definición; III. Principio de subsidiariedad y Análisis Coste-Beneficio (ACB); IV. Variables del ACB; IV.1 Beneficios para la sociedad en general; IV.1.a La efectividad del sistema: cifra negra, rapidez de la aplicación, agilidad del proceso, medios materiales, certeza de la sanción, mejor preparación técnica; IV.1.b La eficacia del sistema: si la aplicación de la ley logra la protección del bien jurídico, si se cumplen los fines de la norma; IV.1.c Otros beneficios sociales: aumento de ingresos de la Administración, disminución de los precios, mejora de la competitividad, aumento de las inversiones en I+D; IV.2 Beneficios para el infractor e indirectamente para la sociedad en general; IV.2.a Las garantías penales como beneficio y no como coste para el infractor; IV.2.b El principio de oportunidad y los programas de clemencia; IV.3 Los costes del sistema punitivo para la sociedad en general, para las víctimas y los infractores; IV.3.a Los costes para la sociedad en general: sistemas de vigilancia, el castigo de inocentes y el coste económico de mantenimiento del sistema punitivo; IV.3.b Los costes para la víctima o perjudicado de la infracción; IV.3.c Los costes para el infractor: el daño infligido por la sanción, por las técnicas de investigación y por las medidas de aseguramiento; V. Conclusiones

## ***I. Introducción***

El presente trabajo aplica las variables del Análisis Coste-Beneficio (ACB) a los carteles<sup>2</sup> económicos de núcleo duro utilizando la metodología que propone Rando Casermeiro, que, a su vez, se basa en la Teoría de la Legislación de Atienza.<sup>3</sup> Este asunto se inserta en una discusión más amplia: la de la criminalización de los carteles de núcleo duro que, por razones obvias, no se puede desarrollar en los estrechos ámbitos de este estudio.<sup>4</sup>

Utilizaremos, por lo tanto, el ACB en la medida en que enlaza con el principio de subsidiariedad del Derecho penal, tradicionalmente utilizado para decidir la necesidad de pena a través de criterios utilitaristas. Por consiguiente, el método elegido y el objetivo del estudio han condicionado la selección de la bibliografía y el análisis de datos.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho penal por la Universitat Pompeu Fabra. Ex-integrante de la ENACC – Estrategia nacional de combate a los carteles, Brasil. Dirección electrónica: regfur@yahoo.com

<sup>2</sup> El término cartel no lleva tilde en su acepción económica, cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, 23ª edición, 2014, Voz: *cartel*.

<sup>3</sup> Cfr. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, 1997; y RANDO CASERMEIRO, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia, 2010.

<sup>4</sup> Me ocupé de ella en mi Tesis doctoral *Carteles económicos y Derecho penal. Análisis político-criminal de los acuerdos horizontales restrictivos de la competencia (hard core cartels)*, Universitat Pompeu Fabra, 2015.

## **II. Carteles económicos de núcleo duro: definición**

Carteles económicos de núcleo duro son acuerdos entre empresas para no competir, en los que se adoptan una o más de las siguientes conductas: <sup>5</sup> a) la fijación de precios; b) el amaño de licitaciones; c) el establecimiento de restricciones o cuotas de producción; d) la división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio.

Los acuerdos anticompetitivos pueden ser realizados entre empresas en un mismo plano o nivel en el mercado; o sea, entre competidores directos (*acuerdos horizontales*), o entre empresas que se sitúan en niveles diversos y no compiten entre ellas, como, por ejemplo, proveedores y principales (*acuerdos verticales*); por consiguiente, se trata de conductas racionales tanto desde el punto de vista económico como jurídico. Nuestro análisis se centra en los acuerdos *horizontales* contrarios a la competencia, que se llevan a cabo entre empresas que compiten –o deberían competir– entre sí, por lo que se suelen denominar carteles *hard core* o de núcleo duro y, como en regla, están prohibidos, pues implican una restricción o eliminación de la competencia.<sup>6</sup>

## **III. Principio de subsidiariedad y Análisis Coste-Beneficio (ACB)**

Tradicionalmente, el principio de subsidiariedad del Derecho penal ha tenido como finalidad decidir la necesidad de pena mediante criterios utilitaristas, lo que se concreta a través de un análisis coste-beneficio.

El principio de subsidiariedad puede operar en dos niveles: interno y externo, tanto del Derecho punitivo estatal general (*ius puniendi*),<sup>7</sup> como del Derecho penal.

---

<sup>5</sup> Cfr. OCDE, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, C/M (98)7/PROV, adoptada por el Consejo en la 921ª Sesión en 25 de marzo 1998.

<sup>6</sup> La clave para diferenciar de forma sencilla entre acuerdos horizontales y verticales es verificar si las empresas compiten entre sí en el mercado. Cfr. ZURIMENDI ISLA, “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, en *InDret*, Barcelona, 1/2007, afirma que “aplicando parámetros de racionalidad económica, si dos competidores, esto es, personas que concurren en el mismo mercado y por tanto con intereses en principio inconciliables e incompatibles, acuerdan algo (restricción horizontal), lo más probable es que lo hagan con fines colusorios (obtener precios supracompetitivos, repartir mercados, eliminar competidores), ya que los pactos entre competidores con fines lícitos son altamente improbables y sólo económicamente racionales en circunstancias excepcionales. En cambio, los acuerdos verticales, al ser celebrados por no competidores, esto es, por personas con intereses distintos pero que sí son conciliables y compatibles, son desde el punto de vista económico totalmente racionales, pues la intención natural de las partes será colaborar contractualmente resolviendo los problemas de las partes compatibilizando sus intereses con el objetivo de optimizar los beneficios de ambos reduciendo los costes de transacción, fin que resulta lícito”.

<sup>7</sup> Partimos de la misma premisa que RANDO CASERMEIRO, de que Derecho penal y Derecho administrativo sancionador son especies del género Derecho punitivo estatal. Para el autor, “las construcciones limitadoras del Derecho penal superponen *ius puniendi* y Derecho penal, obviando la existencia de un Derecho administrativo sancionador que conforma una parte esencial del Derecho punitivo. Es por ello que el subsistema punitivo administrativo no debería ser tratado analíticamente junto al Derecho civil o al establecimiento de políticas de prevención en niveles de control primarios, por poner dos ejemplos citados frecuentemente como alternativas menos dañosas al Derecho penal. Más bien, su pertenencia al género

En el *nivel externo del Derecho punitivo* se verifica si se va a acudir al control punitivo o a otro tipo de control no punitivo (optar entre sanciones punitivas estatales u otros medios alternativos de control social).<sup>8</sup>

Por otro lado, en el *nivel interno del Derecho punitivo* se busca saber cuál es el subsistema de control punitivo que debería intervenir (cuáles son los objetivos de tutela perseguidos, los niveles de garantías necesarios, la aflicción de la sanción, la eficacia y efectividad de cada técnica sancionatoria, etc.).

En el *nivel interno del Derecho penal* se debe prescindir de una determinada sanción siempre que quepa esperar *similares efectos preventivos* de otra sanción menos gravosa; mientras que a *nivel externo del Derecho penal* lo racional es no sancionar penalmente en cuanto quepa esperar *similares (o superiores)*<sup>9</sup> efectos preventivos de la intervención a través de otros medios menos lesivos.

El nivel externo del Derecho penal es bastante similar al nivel interno del Derecho punitivo, aunque no son equivalentes, pero es en el nivel externo del Derecho penal donde vamos a desarrollar el ACB de los carteles de núcleo duro.<sup>10</sup>

---

común *derecho punitivo* le acerca al Derecho penal.” (*La distinción*, pp. 378-380 y 384). Tanto es así, que muchas de las garantías penales se adentraron en el Derecho administrativo sancionador.

<sup>8</sup> Los medios alternativos a las sanciones punitivas estatales podrían ser: a) la coacción administrativa directa o indirecta, b) las vías de reparación o compensación de carácter civil, c) dejar la solución a la libre interacción ciudadana, d) controles sociales no jurídicos. La coacción administrativa directa o indirecta no representa ejercicio de poder punitivo, pero tampoco resulta factible, ya que no hay como aplicarla cuando no se sabe cuáles son las empresas que están involucradas en una práctica colusoria. Con relación a las dos últimas, hay poca transcendencia en la práctica en virtud del carácter secreto de los carteles de núcleo duro. La alternativa más interesante es la vía de reparación o compensación civil. La tendencia a la utilización de la reparación como tercera vía se nota incluso en la aplicación interna del principio de subsidiariedad e, incluso, hay quienes abogan por su elevación a la categoría de pena o sanción. Con todo, los resultados de las tentativas de privatizar el *antitrust* no han llegado a buen puerto, pues en Europa aún no está desarrollada una cultura de judicialización de las cuestiones de consumo.

<sup>9</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed. amp. y act., Montevideo/Buenos Aires, 2010, p. 394; y PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Cizur Menor, 2004, pp. 286-287, donde señala que se debería prescindir del Derecho penal incluso en aquellos supuestos en los que otros medios de tutela menos invasivos logran efectos preventivos *no significativamente inferiores*, con alusión a que de no ser así se acabarían confundiendo idoneidad y necesidad.

<sup>10</sup> No se utilizan las variables del Derecho Civil, Mercantil y de protección del Consumidor, por los siguientes motivos: a) no son significativas en el ámbito Español y comunitario; b) no forman parte del *ius puniendi* estatal; c) no están pensadas para prevenir delitos sino para reparar lesiones. Cfr. ALLENDESALAZAR, “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 19, donde pone de relieve que “en la mayoría de los Estados miembros la vía aplicación privada directa estaba teóricamente abierta, lo cierto es que, hasta hace unos pocos años, se encontraba en una fase de *total subdesarrollo*”. Sobre el tema de la reparación civil de los consumidores cfr. ALFARO ÁGUILLA-REAL, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret*, Barcelona, 3/2009; y PÉREZ FERNÁNDEZ, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*”, *InDret*, Barcelona, 1/2013.

Haremos una *ponderación* de los costes-beneficios sin *monetarizarlos*, tarea que quedará pendiente de concreción por un experto con conocimientos en Economía o Economía del Derecho.

Las dificultades con las que nos enfrentamos son: a) la escasez de datos disponibles de los expedientes incoados por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia -CNMC- (duración estimada de los expedientes, capacidad resolutoria, tasa de congestión, etc.); b) la inexistencia de un tipo de injusto de carteles de núcleo duro o de carteles en licitaciones en el ordenamiento jurídico-penal español (con lo que los datos estadísticos judiciales que vamos a utilizar se refieren a otros delitos); c) las diferentes magnitudes de los ordenamientos jurídicos que se comparan (penal y administrativo sancionador).

#### ***IV. Variables del ACB***

Para concretar el ACB es imprescindible determinar qué se integra en los costes y qué es parte de los beneficios. En el nivel externo del principio de subsidiariedad del Derecho penal suele computarse como *beneficio* el *grado de éxito en la protección de bienes jurídicos*, mientras que se computan como *costes* los derivados de la *aplicación de la pena*; en todo caso, ampliaremos las variables (que se pueden ver en la siguiente tabla) con el objetivo de evitar que dicho principio se vacíe de contenido y se reduzca a una máxima utilitarista inservible para la resolución del problema al que nos enfrentamos.

***Tabla de Variables del ACB***

<b>Beneficios para la Sociedad en general:</b>	a) Qué sector del ordenamiento es el más efectivo: cifra negra, rapidez en la aplicación, agilidad del proceso, medios materiales, certeza de la sanción, mejor preparación técnica.
	b) Qué sector del ordenamiento es el más eficaz: si la aplicación de la ley logra la protección del bien jurídico, si se cumplen los fines de la norma.
	c) Otros beneficios: aumento de ingresos de la Administración como consecuencia de la imposición de multas, disminución de precios de los productos, mejora de la competitividad, aumento de las inversiones en investigación y desarrollo.
<b>Beneficios para el infractor e indirectamente para la Sociedad en general:</b>	a) Nivel de garantías disponible frente al ejercicio del <i>ius puniendi</i> por el Estado (presunción de inocencia,

	derecho a un proceso justo e imparcial, etc.).
	b) Posibilidad de resolución del conflicto sin acudir a la sanción: principio de oportunidad y programas de clemencia.
<b>Costes para la Sociedad en general:</b>	a) Técnicas de control social preventivas.
	b) Daño provocado por la imposición de sanciones a no infractores.
	c) Coste económico de mantenimiento de cada sistema sancionador, valorando aspectos como la retribución por funcionario, el coste del procedimiento o, en el caso del Derecho penal, el coste por preso.
<b>Costes para la víctima:</b>	a) Victimización sufrida (dilaciones procesales, dificultades de cuantificar los daños individuales, etc.)
<b>Costes para el infractor:</b>	a) Sanción: hay que comprender fundamentalmente el tipo de sanción y su duración, pero también otros costes “colaterales”
	b) Técnicas de investigación: costes para la intimidad –entrada y registro domiciliarios- y para la libertad –detenciones o retenciones, interrogatorios, etc. -.
	c) Técnicas de aseguramiento: medidas cautelares y prisión preventiva; costes patrimoniales, si se incautan o aseguran determinados bienes para asegurar el éxito de las pruebas o para impedir la comisión de infracciones.

#### ***IV.1 Beneficios para la sociedad en general***

¿Cuáles son los beneficios para la sociedad en general si se utiliza el Derecho penal o el Derecho administrativo sancionador en la lucha contra los carteles duros? En una primera aproximación se advierte que los resultados están en gran parte condicionados por el hecho de que en España no se utiliza el Derecho penal en este ámbito, lo que influye en la interpretación de las estadísticas a través de la utilización de un hipotético delito de carteles duros con pena inferior a seis años.

No obstante, nos parece válida la utilización de las estadísticas tan solo a efectos de comparación, pues lo que se busca saber es qué ordenamiento jurídico es más efectivo y eficiente, teniendo en cuenta la configuración que mantienen en la actualidad.

#### ***IV.1.a La efectividad del sistema: cifra negra, rapidez de la aplicación, agilidad del proceso, medios materiales, certeza de la sanción, mejor preparación técnica.***

Para saber si un sistema es *efectivo* hay que verificar si: a) es *ágil* en su aplicación, pues un sistema efectivo actúa con rapidez en la verificación y solución de los casos; b) se aplica al mayor número de casos, y c) si *dispone de medios*.<sup>11</sup>

Aplicando dichos requisitos a los ordenamientos penal y administrativo sancionador encontramos algunas premisas comúnmente aceptadas por los juristas: a) el Derecho administrativo sancionador es más rápido que el Derecho penal; b) la cifra negra del Derecho penal es más alta (no se aplica a todos los casos) y c) el aparato burocrático penal está más congestionado.

De ser así las cosas, sería forzoso concluir que el Derecho administrativo sancionador es el más ventajoso y que deberíamos remitirle el mayor número posible de infracciones, pues aumentaría el efecto disuasorio al imponerse rápidamente una sanción.<sup>12</sup> En todo caso, la forma con que se configura ese Derecho administrativo ofrece mayores riesgos de vulneración de las garantías individuales a cambio de más efectividad; por eso, creemos que merece la pena

---

<sup>11</sup> Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del Derecho penal o una ‘penalización’ del Derecho administrativo sancionador?”, en ARROYO ZAPATERO/BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, Cuenca, 2001, p. 1421, donde señala que “entre las ventajas que se suelen aducir para afirmar la utilización de las sanciones administrativas en el campo económico son la necesidad de una alta capacitación técnica de sus funcionarios, la celeridad en el procedimiento, la movilidad de la materia que requiere sistemas de regulación más flexibles que los penales, características todas ellas que denotan mayor efectividad en la intervención, dando fe del principio de que la prontitud y certeza de la imposición de la sanción garantizan mayor prevención de conductas. Por el contrario, entre sus desventajas deben evocarse la imposibilidad de imponer la sanción de manera pública, con desmedro en el efecto motivador de las conductas”. Añadiríamos las ventajas de que se cuenta con la presunción de veracidad del acta del funcionario público, se lleva a cabo de forma predominantemente escrita, etc.

<sup>12</sup> Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal”, en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN (dirs.) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Madrid, 2008, p. 84, donde pone de relieve que “normalmente las Administraciones públicas se cuelgan 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 o 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”. El autor utiliza erróneamente el término “eficacia”, cuando lo correcto sería “eficiencia”.

hacer un análisis más minucioso y detallado de las premisas arriba mencionadas para verificar hasta qué punto son válidas.

Las dos premisas que se van a poner a prueba son las siguientes: a) proceso penal = lento; y b) proceso administrativo sancionador = rápido. Como hemos visto, de ser verdaderas, sería altamente aconsejable el envío del mayor número posible de infracciones al Derecho administrativo sancionador, pero, como ya se intuye, esta conclusión no es tan pacífica como pueda parecer. Pues bien, para verificar la agilidad de los dos sistemas hay que seleccionar algunos aspectos; de entre ellos, el que nos parece más relevante es el de la *duración estimada* de los asuntos judiciales y de los expedientes administrativos sancionadores.

De acuerdo con la estadística judicial del año 2015, la duración estimada de los asuntos en los Juzgados de lo Penal es de 10,8 meses<sup>13</sup> (para los delitos que se sustancian por procedimiento abreviado, entre los que podría incluir un hipotético delito de carteles duros). Si le añadimos el tiempo estimado que lleva la instrucción en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (1,5 meses)<sup>14</sup> tenemos un resultado total de 12,3 meses, mientras que si los carteles duros se extienden geográficamente por más de una provincia y producen o pueden producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia (por equiparación a las defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas), la competencia sería de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, con una duración estimada de los asuntos de 1,2 meses, resultando 2,7 meses en total. Hay que poner de relieve que se trata de una media y no es posible verificar en la práctica cuanto tiempo dura un proceso en el que se supone que se trata un tema complejo, con varios imputados; en fin, lo que suele denominarse un “macro-proceso”.

Por otro lado, intentamos hallar datos sobre la duración de los procedimientos relacionados con carteles en la *Memoria 2014* de la CNMC, y, aunque no contiene información sobre la duración de los expedientes, anuncia que se dictaron 4 resoluciones en supuestos de carteles: S/0428/12: Palés (incoación 28/09/2012, Resolución del Consejo 22/09/2014); S/0430/12: Recogida de papel (incoación 17/12/2012, Resolución del Consejo 06/11/2014); S/0445/12: Equipos contra incendio (incoación 21/12/2012, Resolución del Consejo 26/06/2014); y S/0453/12: Rodamientos ferroviarios (incoación 16/05/2013, Resolución del Consejo 04/12/2014), lo que nos ofrece tiempos de resolución que varían entre un año y medio y los dos años.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La Justicia data a dato 2015: estadística judicial*, (file:///C:/Users/isa\_t\_000/Downloads/20160601%20Justicia%20Dato%20a%20Dato%202015%20(1).pdf), p. 92.

<sup>14</sup> Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La Justicia data a dato 2015*, p. 97.

<sup>15</sup> Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC), *Memoria 2014*, ([https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/memorias\\_cnmc/20151221\\_Memoria2014.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/memorias_cnmc/20151221_Memoria2014.pdf)), anexo, p. 220. También se incoaron 19 expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia (en 2013 fueron 22), de los cuáles, 9 tuvieron su origen en una investigación abierta de oficio por la DC, y 10 responden a denuncias formuladas ante la CNMC; 15 de las incoaciones lo fueron por indicios de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y en tres de estos casos por posible infracción

Importa subrayar que cabe recurrir las multas administrativas, lo que alarga el tiempo de solución que, al parecer, no es muy distinto del tiempo de resolución por vía judicial, en la que también cabe recurso.<sup>16</sup>

Los pocos datos empíricos nos muestran que es posible que el Derecho penal esté en condiciones de equiparse con el Derecho administrativo sancionador en términos de agilidad, pues es *poca la diferencia* en comparación con los expedientes incoados por las autoridades administrativas en los supuestos de carteles de núcleo duro, procedimientos en los que, en general, se involucran varias empresas (en uno de ellos se pusieron de acuerdo una treintena de empresas).

Hay que poner de relieve que la tardanza en resolver algunos asuntos puede guardar relación con el número de imputados y con la complejidad, con lo que el Derecho penal se ve obligado a plantearse una solución más rápida para los denominados macro-procesos, como de hecho lograron hacer los países anglosajones; por consiguiente, habría que plantearse la necesidad de incrementar los costes del proceso penal a través de la inversión en formación de personal especializado (expertos, jueces, fiscales, técnicos, etc.).

Con relación al segundo requisito de eficiencia se trata de hacer llegar el control penal o administrativo sancionador al mayor número posible de infracciones o infractores; o sea, de mantener una baja tasa relacionada con la *cifra negra*.<sup>17</sup>

En este punto suele afirmarse que el Derecho penal es inefectivo porque directamente no se aplica en un gran número de casos. Con todo, en los supuestos de carteles de núcleo duro esta ineficiencia no se puede constatar en la práctica por la sencilla razón de que en España las conductas de carteles duros no están criminalizadas y no hay estadísticas en el ámbito de los órganos de defensa de la competencia.<sup>18</sup>

---

del artículo 101 Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE). De las 15 incoaciones por artículo 1 LDC, únicamente tres lo fueron respecto de acuerdos verticales (fundamentalmente referidos a la distribución comercial en el sector del automóvil), mientras que 12 lo fueron por acuerdos horizontales.

<sup>16</sup> A nivel comunitario señala MOTTA, “On cartel Deterrence and Fines in the European Union”, *E.C.L.R.*, núm. 29(4), 2008, pp. 210-212, que la duración estimada de los casos de carteles es de 3 años desde la apertura de la investigación hasta la decisión de la Comisión Europea, derivada de una investigación en el periodo de 1996-2007, en la que se tomó en cuenta desde la fecha de inspección por la autoridad administrativa hasta la fecha de la decisión, dividida por el número de empresas involucradas. Cfr. también HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, 2ª edición, Oxford, p. 303, donde señala que en el caso de recursos, el tiempo final de un procedimiento, hasta la decisión del Tribunal, puede llegar a los diez años. El *Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: Informe sobre la política de competencia 2013*”, COM (2014) 249 final, 6.5.2014, tampoco informa sobre la duración estimada de los procedimientos incoados por infracción al art. 101 TFUE.

<sup>17</sup> Cifra oscura o negra (*dark number*) es la ineficiencia que se observa de la diferencia entre la criminalidad real y la criminalidad registrada. Sobre estadísticas y cifra negra, cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 47; y CID MOLINÉ/LARRAURI PUJAN, *Teorías criminológicas*, Barcelona, 2001, p. 210.

<sup>18</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 410 y 409, donde señala que “la crítica al Derecho penal desde este punto de vista debería venir acompañada de estudios correlativos en el ámbito de la administración, que demostraran un grado menor de incidencia de la cifra negra. Estos datos sencillamente

En el ámbito de la criminalidad económica, tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador se enfrentan con las mismas dificultades a la hora de investigar los carteles de núcleo duro, pero el Derecho penal cuenta con técnicas de investigación más eficientes para este tipo de delincuencia; singularmente, las escuchas telefónicas y los agentes infiltrados.

Como regla, los países que criminalizan los carteles duros prevén en sus programas de clemencia rebajas o exenciones de penas, lo que implica un incentivo a la delación, pues se trata de rebajar o eximir a las personas físicas –en general directivos de empresas- de penas privativas de libertad, lo que aumenta el interés en la adhesión a programas de clemencia.

Además, con la reciente adopción de la responsabilidad penal de la persona jurídica se puede sancionar por la vía penal a las personas físicas y jurídicas, lo que permite alcanzar a un número más amplio de infractores.

La conclusión, aquí, es que la ineficiencia podría equipararse en los dos sistemas en virtud de la clandestinidad de las colusiones y de las dificultades de detección, pero el Derecho penal se muestra mejor equipado para combatir la cifra negra (técnicas de investigación más invasivas, un doble sistema de imputación que permite responsabilizar a personas físicas y jurídicas en un mismo procedimiento y un programa de clemencia más atractivo por combinar la pena de prisión con el sistema de rebajas o exenciones).

Con relación al tercer argumento –la *congestión* de los aparatos sancionadores- no es racional el uso de un sistema en el que el volumen de infracciones a resolver rebasa la capacidad de respuesta, lo que torna inviable el sistema desde el punto de vista de la efectividad.

Se afirma que la falta de recursos humanos y económicos de la Administración de justicia es la verdadera causa de la denunciada congestión; aunque es precisamente la cifra de los asuntos *menos importantes* donde se localizaba el grueso de la carga de trabajo de los jueces penales, lo que cambió drásticamente con la eliminación de todas las faltas del sistema penal. Como se puede ver en la siguiente tabla, una de las más bajas tasas de congestión es la de la jurisdicción penal (1,1), que prácticamente no tiene índices de congestión significativos, siendo asimismo la que tiene muy buena capacidad resolutoria (1,0).

#### TASAS 2015 - RESUMEN DE JURISDICCIONES - CGPJ

	<b>Resolución</b>	<b>Pendencia</b>	<b>Sentencia</b>	<b>Congestión</b>
<b>Civil</b>	1,0	0,5	0,3	1,5
<b>Penal</b>	1,0	0,2	0,1	1,1
<b>Cont. Adm.</b>	1,0	1,1	0,7	2,0
<b>Social</b>	1,0	0,8	0,5	1,9
<b>Militar</b>	1,0	0,4	0,7	1,4

---

no existen, o al menos no en las áreas más representativas de la potestad sancionadora administrativa: fiscal, laboral y de tráfico automovilístico, por lo que un criterio despenalizador basado en la cifra negra no estaría fundado. En efecto, no sabemos si en la administración hay más o menos cifra negra que en el Derecho penal”.

<b>Salas Esp. T. Sup.</b>	1,0	0,2	0,2	1,2
<b>TOTAL</b>	1,0	0,3	0,2	1,3

Fuente: “La justicia dato a dato: año 2015: estadísticas judiciales”, CGPJ, p. 39.

Las tasas de congestión penal –que nos interesan a efectos de un eventual tipo de injusto de carteles duros-, apuntan la existencia de una *congestión baja a moderada*, teniendo en cuenta que el índice medio de congestión es de 1,3, mientras que la capacidad resolutive gira en torno a un aceptable 1,0.

Desgraciadamente, no se puede realizar una comparación, pues habría que obtener los índices de congestión de la CNMC, lo que todavía no es posible -ni indirectamente-, pues los datos que constan en la *Memoria 2015* no nos permiten una estimación del índice de congestión de este órgano. De todas formas, de los datos obtenidos se puede concluir que el sistema penal puede resultar efectivo en términos de capacidad resolutive y en la actualidad se aprecia una baja tasa de congestión del aparato judicial.

En conclusión, las premisas identificadas al inicio no son totalmente verdaderas y admiten importantes matizaciones. Además, el Derecho administrativo sancionador padece algunos problemas cuando se trata de infracciones concurrenciales, lo que se hace más evidente con la concentración de varios órganos en un único macroregulador, sin dotarlo de medios humanos y materiales proporcionales a la estructura que pasó a tener.<sup>19</sup>

La conclusión es que el ACB es favorable al Derecho administrativo sancionador por más ágil y efectivo; aunque el Derecho penal también pueda ser bastante rápido, dependiendo de cómo se configuren los programas de clemencia y el tipo de injusto de carteles de núcleo duro, sin embargo eso demandaría un coste de inversión en personal especializado. De todos modos, el criterio de eficiencia debe ser complementado por parámetros de la eficacia, como vamos a ver a continuación.

#### ***IV.1.b La eficacia del sistema: si la aplicación de la ley logra la protección del bien jurídico, si se cumplen los fines de la norma.***

Un ordenamiento jurídico *eficaz* implica un beneficio para la sociedad en general, pues supone una mejor protección de los bienes jurídicos. Hay que valorar si, con unas mínimas condiciones, la aplicación contrafáctica de la ley punitiva consigue una eficaz protección de los bienes jurídicos a través del cumplimiento de los objetivos perseguidos con la imposición de la pena o sanción; o sea, si se cumple, o no, con los requisitos de protección de la norma.

---

<sup>19</sup> Cfr. Muñoz, “El Supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UE”, *El País*, edición de 23 de julio de 2015 ([http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895\\_956039.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html)).

La doctrina suele tachar de ineficaz la sanción penal -una amarga necesidad- con la que se logra muy poco al precio de causar mucho daño.<sup>20</sup> Para un sector doctrinal –encabezado por la Escuela de Frankfurt- el Derecho penal es crónicamente ineficaz; principalmente el llamado Derecho penal moderno o del riesgo.<sup>21</sup>

El reproche se centra, básicamente, en que el Derecho penal moderno no cumple con las finalidades de protección; a lo sumo, desplegaría solo efectos simbólicos para la sociedad; o sea, se promulgan leyes penales para calmar el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos y no para que sean eficazmente aplicadas en la práctica a los delincuentes.<sup>22</sup>

A pesar de lo dicho, es exactamente el efecto simbólico de la pena de prisión –paradójicamente, su no aplicación-, lo que haría que se alcanzara el punto óptimo de protección del bien jurídico competencia, como veremos más adelante.<sup>23</sup>

De momento, nos quedamos con que los objetivos o funciones de la pena se pueden analizar desde dos niveles: a) nivel teleológico: ¿qué objetivos queremos conseguir con las sanciones?; b) nivel pragmático: ¿se cumplen dichos objetivos? ¿En qué medida y a qué coste? De momento no vamos a adentrar en el análisis

---

<sup>20</sup> Según consta en el preámbulo del *Proyecto alternativo de código Penal alemán*, de 1966.

<sup>21</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, [et. al.], *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. ampl., Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2011, p. 4, donde cita los varios tomos de LÜDDERSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminlpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, y en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt a.M., 1999.

<sup>22</sup> No podemos enfrentarnos con el tema del Derecho penal moderno en el estrecho ámbito de este estudio; no obstante, remitimos al lector a la argumentación que sigue. Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 422-423: “A estas actitudes frente a un problema esencialmente pragmático se puede oponer las siguientes objeciones: a) la ineficacia del Derecho penal, de ser cierta, se verificaría con carácter general, con lo que la elección de estos supuestos de Derecho penal moderno en los que se centra la crítica supone recortar intencionalmente e ideológicamente la realidad del Derecho penal. Si por razones verdaderamente pragmáticas fuera, habría que despenalizar el tráfico de drogas o los hurtos de baja identidad antes que el abuso de información privilegiada en el mercado de valores o la defraudación a la hacienda tributaria, por ejemplo. Que el Derecho penal no funciona sino en una medida relativamente escasa es algo sobre lo que se viene llamando la atención también en muchos sectores tradicionales del Derecho penal, con lo que renunciar a la tutela penal de los bienes que conforman el Derecho penal moderno no queda justificado con alegar simplemente que el Derecho penal no sirve; b) para los casos en los que se decide llevar las infracciones al ámbito del Derecho administrativo sancionador, creo que se toma, una vez más, la actitud de barrer bajo la alfombra: la doctrina penal no se ocupa de verificar rigurosamente si el Derecho administrativo sancionador va a funcionar mejor que el Derecho penal. En realidad se acude a lugares comunes basados en premisas simbólicas que tienen mucho de axiomáticas: el Derecho administrativo sancionador es ágil, rápido, flexible, eficaz, menos lesivo, etcétera. Ni está comprobado que lo que se predica del Derecho administrativo sancionador sea cierto ni, lo que es peor, interesa en absoluto comprobarlo, porque se trabaja simplemente de puertas adentro para construir un sistema penal orientado por determinadas opciones ideológicas, en esta ocasión creo que camufladas en razonamientos pragmáticos fácilmente refutables”.

<sup>23</sup> En términos de infracciones anticoncurrenciales los programas de clemencia permiten, en ocasiones, la no aplicación de la pena o suculentas rebajas como incentivo a la delación, lo que para algunos autores crearía una función de la pena en la que hasta ahora no se ha profundizado.

teleológico, sino subrayar que las sanciones pecuniarias pueden repercutir en el precio final de los productos y servicios, despliegan pocos efectos disuasorios, en la práctica se constata una alta tasa de reincidencia y una *vida útil* bastante larga de los carteles duros; o sea, que en términos de protección los objetivos están lejos de alcanzarse.

A nuestro juicio, el problema radica básicamente en que las multas administrativas conllevan problemas en términos de eficacia (son eficientes, pero no eficaces) y las de prisión conllevan altos costes, aunque desplieguen efectos preventivos-generales importantes (más eficaces, pero no son eficientes).

Como ha señalado *Prittwitz*, “no se puede dejar que se desafíe la afilada espada de la pena empleándola en cualquier ocasión insignificante; si se utiliza para cortar madera, fallará cuando el golpe sea realmente necesario”.<sup>24</sup> En países con monopolio judicial penal, los efectos integradores no se ven más comprometidos que en los países europeos que más han incidido en los procesos despenalizadores. Lo cierto es que no existe razón alguna para que el Derecho penal pierda su seriedad –es decir, su eficacia preventiva- si desciende a tutelar otros intereses con otras sanciones, sea a través del Derecho penal de segunda velocidad o del Derecho penal de la intervención.<sup>25</sup>

Como el sistema penal es el único que puede aplicar sanciones privativas de libertad por decisión constitucional, la conclusión es de que el ACB es positivo para el Derecho penal en términos de *eficacia* -el Derecho administrativo sancionador es más eficiente y el Derecho penal es más eficaz-; por eso, a continuación veremos otras variables del ACB.

#### ***IV.1.c Otros beneficios sociales: aumento de ingresos de la Administración, disminución de los precios, mejora de la competitividad, aumento de las inversiones en I+D***

Desde luego no es un objetivo del Derecho punitivo el aumento de ingresos de la Administración como consecuencia de la imposición de multas, pero puede computarse como un beneficio para la sociedad nada despreciable en virtud de las multas millonarias impuestas por las autoridades de competencia.<sup>26</sup> En el período

---

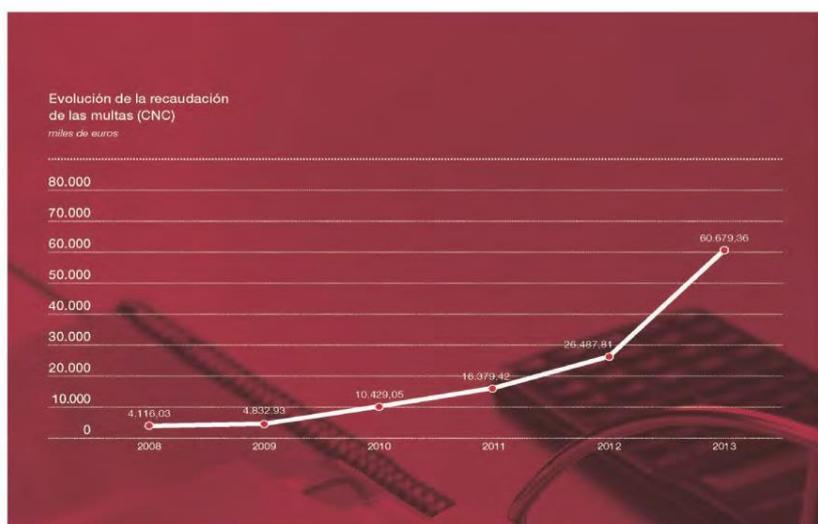
<sup>24</sup> Cfr. PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*?”, en ROMEO CASABONA, *La insostenible situación*, p. 443. Cfr. ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2012, p. 285: “... la criminalización de infracciones administrativas mina la estigmatización, que es precisamente la característica de la responsabilidad penal que estas criminalizaciones pretenden fomentar”.

<sup>25</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 428.

<sup>26</sup> De todas formas, esta reflexión no se puede llevar más allá de ciertos límites prudenciales, pues en caso contrario acabaría primando el fin recaudatorio por encima de la finalidad del sistema punitivo. Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 430, nota a pie de página n. 119: “En España, la sospecha de anteponer intereses puramente recaudatorios con el derecho administrativo sancionador se revela especialmente en la política sancionadora urbanística de los entes locales, si tenemos en cuenta la escasa cuantía de demoliciones practicadas por infracción de la legalidad urbanística en comparación con la práctica común de consumarla tras la imposición de una sustanciosa multa administrativa”. Véase Res. CNC Expte.

2012-2013 la CNMC impuso multas por valor de 454 millones de euros, lo que supone un aumento del 88% con respecto a las sanciones del periodo anterior.<sup>27</sup>

## EVOLUCIÓN DE LA RECAUDACIÓN DE MULTAS ADMINISTRATIVAS – 2008/2013



Fuente: CNC – Memoria de Actividades 2012-2013, p. 113.

Hay que subrayar que dichos beneficios sociales pueden verse en cierta medida anulados en la hipótesis de que las empresas repercutan el coste de las multas a los clientes/consumidores como hicieron, por ejemplo, las empresas del sector eléctrico en España.<sup>28</sup> Por eso, no se puede afirmar apriorísticamente que el ACB es positivo para el Derecho administrativo sancionador. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el Derecho penal, hipotéticamente, tiene la capacidad de imponer multas muy altas y debería imponérselas, por coherencia sistemática, en un nivel más elevado que el administrativo-sancionador.

Con relación a otros beneficios sociales tales como la mejora en la competitividad, evitar los pactos de precios a la alza y la mejora de inversión en investigación y desarrollo para que los productos sean más competitivos, se trata de ineficiencias generadas a partir de la colusión y que se pueden combatir con la utilización de los dos sistemas, administrativo sancionador y penal.

En realidad, los beneficios más bien se relacionan con evitar los perniciosos efectos de los carteles: a) bloqueo al funcionamiento de los equilibrios de mercado; b) pérdida de eficacia productiva y distributiva; c) disminución de las economías de escala (mala relación calidad-precio); d) reducción de la disponibilidad de un producto necesario y aumento de los precios; e) concentración de la riqueza (pocos

---

S/0380/11 Coches de Alquiler, de 30 de julio de 2013, donde la CNC multó con 35 millones a 17 empresas de alquiler de vehículos por pactar precios.

<sup>27</sup> Cfr. CNMC, *Memoria de Actividades - 2012-2013*; y “Competencia eleva las multas en un 88% durante el último año con 454 millones”, *El País*, Economía, edición de 4 de octubre de 2013.

<sup>28</sup> Cfr. CNC, “La CNC multa a las cinco principales compañías eléctricas del país”, *Nota de Prensa*, 13 de mayo de 2011; cfr. también ÉVOLE, “Oligopoly: El juego de la energía”, *Salvados*, La Sexta, 18 de noviembre de 2012 ([www.lasexta.com/videos/salvados/2012-noviembre-18-2012111600028.html](http://www.lasexta.com/videos/salvados/2012-noviembre-18-2012111600028.html)).

oferentes controlan un amplio segmento del mercado), f) fijar barreras para que los consumidores accedan a la información sobre los precios de bienes o servicios (limitación de la publicidad), g) reducción o falta de estímulo a la incorporación de nuevas tecnologías (diferenciación en servicios y no en precio); h) obstrucción a la participación de otras empresas; i) uso de acciones ajenas al precio para diferenciar los productos de cada empresa (para no ser detectado); j) eliminación de los incentivos para la mejora de la calidad de los productos o servicios, etc.

En un mercado donde operan carteles duros las empresas independientes tratan de comportarse como un monopolio colectivo produciendo menos y con peor calidad de lo que producirían en competencia sin restricciones, siendo el efecto global el de empujar el precio hacia arriba en beneficio de todo el grupo.

La utilización del ordenamiento penal o del ordenamiento administrativo sancionador tiene como objetivo impedir la cartelización y, por consiguiente, dichos efectos, por lo que un sistema que sea más eficiente (más agilidad y con menos impunidad) y eficaz (que cumpla con los fines de prevención) supondría la obtención de beneficios para la sociedad. Así que habría que concluir, al fin y al cabo, que para el ACB resulta más positivo el uso del Derecho administrativo sancionador, con la observación de que es altamente recomendable impedir la posibilidad de reversión de las multas a los consumidores.

#### ***IV.2 Beneficios para el infractor e indirectamente para la sociedad en general***

##### ***IV.2.a Las garantías penales como beneficio y no como coste para el infractor***

En el ACB de las conductas colusorias habría que buscar lo más racional en términos pragmáticos: una solución que optimice la eficacia o una solución que satisfaga las garantías penales del infractor. La decisión de remitir el castigo de una conducta infractora al orden penal o al orden administrativo sancionador tiene que lograr la más óptima combinación entre eficacia y garantías.

En el ámbito de las garantías, es saludable mantener tendencialmente los planteamientos garantistas del Derecho penal; no obstante, no se deberían observar iguales garantías en el Derecho administrativo sancionador, lo que desequilibraría la balanza hacia el lado de éstas, en detrimento de la eficacia. Para que convivan con armonía Derecho penal y Derecho administrativo sancionador hay que asumir que el segundo debe configurarse necesariamente a partir de un estándar de garantías de cuño penalista, pero *menos exigente*. Cuantitativamente, el Derecho administrativo sancionador *derivaría hacia un ordenamiento punitivo bagatelar* y el equilibrio entre eficacia y garantías sería expresado de la siguiente manera:

Derecho administrativo = Menos garantías / Infracciones de bagatela o menor gravedad / más agilidad

Derecho penal = Más garantías / Infracciones de mayor gravedad/menos agilidad

Con el criterio cuantitativo se mezclan otros argumentos de orden cualitativo, resultando un criterio mixto o cuantitativo-cualitativo; no obstante, en términos cuantitativos el mencionado equilibrio no se ve reflejado en los supuestos de carteles de núcleo duro.

En efecto, se sanciona más severamente -con penas privativas de libertad- la competencia desleal, la publicidad engañosa, la corrupción privada, etc., mientras que las conductas anticompetitivas de los carteles de núcleo duro, que son las más lesivas de la competencia, son sancionadas por la vía administrativa. La conclusión a que se llega es que hay una perversión de la idea de subsidiariedad en un auténtico *fraude de etiquetas*. Por consiguiente, la fórmula anterior se expresaría de la siguiente manera:

Derecho administrativo sancionador = Menos garantías / Infracciones más graves contra la competencia

Derecho penal = Más garantías / Infracciones menos graves contra la competencia

Por otro lado, se da a entender que el Derecho administrativo sancionador es más beneficioso en términos de garantías para los infractores, cuando en realidad habría que ver si procede, o no, tal afirmación.

A nuestro juicio, en muchos casos es precisamente el Derecho penal el que resulta más beneficioso para el infractor, pues exige la observancia de todas las garantías, lo que comporta más dificultades para la persecución de las infracciones contra la competencia –y para todas las infracciones en general-, pues exige un estándar probatorio más alto y que se observen principios como la presunción de inocencia, el derecho a no declararse culpable, etc.<sup>29</sup> Dicho de otra manera, las garantías penales no son solo formalmente beneficiosas para los infractores, sino que se materializan en dificultades a la hora de investigar y enjuiciar los carteles de núcleo duro, lo que resulta, en términos económicos, mejor para el infractor.

Las garantías penales están pensadas para los supuestos en los que la gravedad de la sanción que amenaza con imponerse implica la afectación de algún derecho fundamental. Por este motivo, no está autorizada la entrada y el registro en el domicilio para averiguar la verdadera situación tributaria del investigado.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal de los carteles horizontales de núcleo duro: propuesta político-criminal para el Derecho español y de la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ TERUELO, GONZÁLEZ TASCÓN, VILLA SIEIRO, (dirs.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, p. 87, donde señala que uno de los argumentos en contra de la criminalización de los carteles se centra en que “la necesidad de respetar determinadas *garantías* en el ámbito penal va a dificultar la persecución de los carteles. Así, el derecho de defensa, el derecho a no declararse culpable o la existencia de estrictos criterios de prueba pueden motivar que no se llegue finalmente a una condena. De esta manera, la sanción penal se va a mostrar claramente ineficaz para la evitación de la formación de carteles”.

<sup>30</sup> Cfr. BORNSTEIN, “Los inspectores de Hacienda no pueden entrar sin permiso en las oficinas de las empresas”, 27 de marzo de 2012 (<http://www.cuartopoder.es/luzdecruce/los-inspectores-de-hacienda-no-pueden-entrar-sin-permiso-en-las-oficinas-de-las-empresas/3166>). En este artículo el autor comenta la STS de 25 de enero de 2012 que menciona la jurisprudencia constitucional según la cual: “el ámbito de intimidad que protege la Constitución blindando el domicilio –mi casa es mi castillo- trasciende el domicilio particular de las personas, alargando sus tentáculos a la esfera mercantil de sus negocios, por lo que debe darse igualmente el nombre de domicilio a los locales de la empresa cerrados al acceso del público. Quedan fuera de la protección constitucional los almacenes de mercancías o los establecimientos comerciales abiertos a los clientes y proveedores de la empresa, por ejemplo”, y concluye que “la entrada en las oficinas exigirá necesariamente la obtención del consentimiento del empresario o, en su defecto, del oportuno mandamiento judicial”.

Sorprendentemente, en los ilícitos contra la competencia la entrada y registro en empresas y en el domicilio están permitidas, aunque condicionadas a la obtención de la autorización judicial. Se suele decir que, en este ámbito, el Derecho administrativo sancionador es *cuasi-penal* por la gravedad de las sanciones y por lo invasivo que resulta. Se argumenta que la sanción de multa llega a ser más aflictiva que las penas, ya que puede llevar a la insolvencia y quiebra de la empresa.

De todo ello, resulta evidente el inconveniente del planteamiento de que el Derecho administrativo sancionador puede contemplar infracciones graves y al mismo tiempo mantener un estándar más bajo de garantías, lo que deviene especialmente peligroso por prestar cobertura a operaciones del Estado eventualmente encaminadas a vaciar de garantías el sistema punitivo, mediante el traslado al Derecho administrativo sancionador de un progresivo mayor número de comportamientos, incluso graves, con una inversión de los postulados del principio de subsidiariedad.<sup>31</sup>

La inobservancia de determinadas garantías en el ámbito administrativo sancionador es, en un elevado número de casos, fundamentalmente un beneficio para el infractor. La traslación sin matices de las garantías penales al ámbito administrativo sancionador puede resultar más perjudicial para los derechos e intereses del afectado que otras vías más flexibles. Por eso, “dándole la vuelta al planteamiento usual sobre la tensión eficacia y garantías, creo que cabe integrar como beneficio la posibilidad que brinda el Derecho administrativo sancionador de convertirse en medida menos aflictiva para el ciudadano, no tanto por la relativa levedad de las sanciones –presupuesto que se pone en entredicho–, sino sobre todo por evitarle verse molestado por niveles de garantías innecesarios que, además de tiempo y dinero, podrían provocarle gravosos costes en términos de derechos.

No hay que olvidar que las tradicionales garantías penales están fundadas en la aflictividad que lleva aparejada toda intervención del poder judicial en la esfera de derechos del ciudadano, y de hecho no tienen sentido sin ella. Creo que la evocación de algunas medidas cautelares penales es ya suficiente para imaginar algunos de estos costes”.<sup>32</sup> En todo caso, lo que hay que hacer es reconducir las infracciones a su sitio adecuado tomando en consideración estas variables.

---

<sup>31</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 439, donde propone la solución a través de la siguiente cláusula de cierre: “Es cierto que la observancia de garantías penales en el Derecho administrativo sancionador puede producir en ocasiones una ineficiencia de costes indeseable, pero, en el extremo contrario, ¿cómo evitar que esta afirmación resulte manipulada precisamente en aquellos casos en los que las garantías o un cierto número de ellas son procedentes? Esto se resuelve en otros países mediante lo que se podría llamar de *garantía de cierre de un sistema de ‘renuncia voluntaria’ de derechos*, cuya virtud fundamental radica en la posibilidad de que el ciudadano sea quien elija qué garantías quiere. Se trata de la solución adoptada, entre otros, por el derecho alemán, portugués y anglosajón, que brindan al ciudadano la posibilidad de interponer en cualquier momento un recurso suspensivo frente a la actuación de la autoridad administrativa con remisión –en todos los casos– a los tribunales penales”.

<sup>32</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 436 y 442, donde señala algunas garantías penales que tienen sentido en el ámbito del Derecho administrativo sancionador: “la presunción de inocencia –por más que con requisitos de imputación más laxos–, el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de disconformidad con la resolución administrativa sancionadora, el derecho a alegar en el expediente los medios de defensa oportunos, el efecto suspensivo de las resoluciones administrativo-sancionadoras en caso de recurso de cualquier tipo, etcétera”.

En resumen, las garantías cumplen un doble papel en términos de beneficios para el infractor e indirectamente para la sociedad en general: por un lado, si se considera la agilidad y la menor gravedad de las infracciones administrativas está claro que hay que tener menores garantías y que eso no es un coste para el infractor, sino que es un beneficio por la carga de tiempo y dinero que se le ahorra (por ejemplo: ante la imposición de una multa por aparcamiento en doble fila el afectado no tiene que prestar declaración, no hay que leerle sus derechos, no es necesaria la asistencia letrada, etc.); y, por otro lado, mantenerlas tiene sentido solo para contrarrestar las intromisiones técnicas de averiguación de los hechos y de la culpabilidad del afectado que tienen lugar en un procedimiento penal, o las gravosas medidas cautelares que habrá de soportar.

En buena medida, esto debería hacer decantar la opción por el uso del Derecho penal -lo que tiene fundamento en la necesidad de compensar la vulneración de derechos que produce no ya la pena, sino el procedimiento de verificación del delito y las medidas cautelares anudadas a su comisión-, así que en el ACB de las conductas de carteles de núcleo duro hay que computar las garantías penales como un beneficio –y no como coste- al infractor.

Es irracional en términos pragmáticos subir el nivel de garantías del Derecho administrativo sancionador. De la conjunción entre las variables eficacia y garantías extraemos la conclusión de que habría que acudir al sector más eficaz, salvo que la necesidad de garantías requiera la intervención del Derecho penal.

De ahí que en los supuestos de carteles de núcleo duro resultaría racional utilizar el Derecho administrativo sancionador por ser más eficaz; al menos este sector del ordenamiento jurídico debe quedarse con las infracciones menos lesivas de la competencia (abusos de posición de dominio, concentraciones económicas, algunos supuestos de competencia desleal, etc.), y reservar al Derecho penal las infracciones más graves del bien jurídico competencia (carteles de núcleo duro).

#### ***IV.2.b El principio de oportunidad y los programas de clemencia***

El principio de oportunidad que posibilita renunciar -en cierta medida y con determinados requisitos-, a la imposición de la sanción, tiene valiosas repercusiones para toda la sociedad en términos del ACB y representa ante todo un beneficio para el infractor.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 68, afirma que “lo que es tanto como decir que oportunidad equivale a discrecionalidad, no a arbitrariedad. Y hay que recordar aquí que la discrecionalidad es controlable en vía jurisdiccional. Dentro de qué límites ha de moverse esa discrecionalidad es cuestión que ha de resolver la jurisprudencia, pero como principios liminares puede aceptarse, con Nieto, que la regla general es la obligación de la Administración de justificar sus razones para perseguir en un contexto de tolerancia, ya que de otro modo quedaría en entredicho la igualdad jurídica de los ciudadanos. Precisamente esta misma consideración nos obliga también a rechazar la tolerancia en favorecimiento, así como la no persecución cuando haya interesados en la misma que así lo soliciten”; Cfr. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Madrid, 2012, p. 132, lo exterioriza de la siguiente manera: “o lo que es lo mismo: la administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo”.

Hay que tener en cuenta que el principio de oportunidad funciona de forma muy diferente en un sector y otro del ordenamiento. Dicho principio opera cuando existe la posibilidad real de intervenir; o sea, cuando se ha descubierto la infracción y estando en condiciones de reaccionar el Derecho penal o el Derecho administrativo sancionador. De lo contrario, implicaría confundir principio de oportunidad y cifra negra.<sup>34</sup>

Con relación al principio de oportunidad en el ámbito administrativo sancionador, se advierte un fenómeno relacionado con las autoridades de competencia que se denomina *captura* consistente en que, pasado algún tiempo, los órganos reguladores de la competencia se convierten en los principales defensores de los monopolios; por eso se dice que son *capturados*, pues acaban por defender a los monopolios frente a los consumidores. Este fenómeno no es tan común con relación a los carteles secretos, pero hay que mencionarlo pues se trata de un factor a tener en cuenta en el ACB.<sup>35</sup>

Otro factor importante que deber ser tenido en cuenta en el ACB de los carteles es la inestabilidad institucional de los órganos de competencia que se genera a partir de las presiones políticas que se pueden ejercer a los miembros que los componen. Un ejemplo conocido fue la sonora advertencia que la, en su momento, Vicepresidenta de la Comisión Europea *Neelie Kroes* dirigió al Ministro de Industria español con relación a una posible falta de independencia del nuevo órgano que se creó en España, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia,

---

<sup>34</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 450: “Hay que advertir frente a la suplantación del principio de oportunidad por la mera dejadez administrativa o la imposibilidad de tramitar las infracciones, con la eventual intervención aleatoria y por ello injusta que suele provocar. En este sentido, me parece que se confunde el fundamento del principio de oportunidad cuando, como creo que hace Nieto García, se utiliza para prestar resignada cobertura a una realidad incontestable: en efecto, no existe posibilidad real de hacer frente a todas las infracciones que se identifican y por eso hay que seleccionar unas pocas –el uno por mil– en las que centrarse”.

<sup>35</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, *La competencia*, Madrid, 2000, pp. 34-35, opina que “no es muy complicado entender esto. Simplemente basta pensar que los miembros de estas comisiones son seres humanos que están preocupados por su carrera profesional, que normalmente, deberán desarrollar después de acabar sus mandatos. Y poca carrera tiene si se preocupan de los consumidores. La ‘captura’ por supuesto no es vivida por estos individuos como algo tan burdo y crematístico. Aunque entre los reguladores puede haber –y los hay– corruptos, la mayoría de las veces la identificación con el interés de los monopolistas se produce de forma espontánea, surge del contacto diario, de un sentimiento tan legítimo y natural como no querer llevarse mal con nadie, especialmente con los que está tratando uno todos los días. Por eso quizá sería más correcto hablar de la ‘seducción’ del regulador que de la ‘captura’, que sugiere una violencia que en la vida real no se produce. El mundo de los defensores del interés general no es tampoco pacífico. Nada más común que las peleas burocráticas por quedarse con los asuntos relacionados con la competencia entre los ministerios, los órganos generales de competencia y los reguladores sectoriales, por no hablar de las peleas entre los distintos niveles de gobierno, como en Europa entre las autoridades comunitarias y las locales. A veces esto genera una rivalidad positiva entre administraciones que produce nuevas ideas, pero la mayor parte de las veces estas disputas son utilizadas por los monopolistas para escoger (fórum shopping) aquella administración que les trate mejor”. Cfr. también MAHIQUES, *Cuestiones de política criminal y Derecho penal: modelos, tendencias y prospectivas en el derecho comparado*, Argentina, 2002, p. 66, donde manifiesta que “de acuerdo con la experiencia de una buena parte de los países de Europa, es lícito dudar de la eficiencia e imparcialidad de la Administración pública, o al menos de algunos de sus estamentos”.

que fusionó varios organismos reguladores, entre ellos la Comisión Nacional de Competencia –CNC-.<sup>36</sup> De ahí se concluye que el Derecho administrativo sancionador se ve condicionado por influencias internas y externas que pueden comprometer el buen uso del principio de oportunidad, lo que podría suponer un coste social en el caso de que no actuara.<sup>37</sup>

El principio de oportunidad se enlaza con los programas de clemencia en los que el infractor que denuncia el cartel puede obtener desde una reducción de pena hasta la exención total de la responsabilidad –incluso penal-, sin que ello se traduzca en costes adicionales para la sociedad, pues el infractor se obliga a suministrar informaciones y pruebas sobre el cartel, además de tener que ayudar en la investigación y persecución del mismo.

El ACB es favorable al Derecho administrativo sancionador donde se puede utilizar el principio de oportunidad sin generar costes adicionales a la sociedad, siempre que se confiera un cierto nivel de autonomía a los órganos administrativos para que puedan ejercer bien sus funciones.<sup>38</sup>

### ***IV.3 Los costes del sistema punitivo para la sociedad en general, para las víctimas y los infractores***

#### ***IV.3.a Los costes para la sociedad en general: sistemas de vigilancia, el castigo de inocentes y el coste económico de mantenimiento del sistema punitivo***

Respecto a los costes para la sociedad, hay que analizar tres factores principales: a) los costes de los sistemas de vigilancia; b) el coste para la sociedad cuando se castigan inocentes y c) el coste de mantenimiento del sistema punitivo penal o administrativo sancionador.

---

<sup>36</sup> Véase “Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores”, *El País*, Economía, edición de 24 de febrero de 2013: “Junto con la Comisión, los expertos afirman también que a cambio del dudoso ahorro procedente de la fusión, el proyecto dejará como herencia un modelo que no existe en ningún otro país y que abre interrogantes en lo tocante al problema de captura del regulador: una influencia sospechosa de los grandes operadores, y por lo tanto problemas de falta de independencia que Kroes quiere cortar de raíz” ([http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846\\_167142.html](http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html)).

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, los votos discrepantes contrarios a la presidencia de la CNMC. Véase NOCEDA, “Grietas en la CNMC. El abuso de los votos particulares discrepantes de algunos de los consejeros abren una vía de agua en el funcionamiento del organismo regulador al año y medio de su creación”, *El País*, Economía, edición de 13 de febrero de 2015 ([http://economia.elpais.com/economia/2015/02/13/actualidad/1423848416\\_325644.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/02/13/actualidad/1423848416_325644.html)).

<sup>38</sup> Cfr. HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels*, p. 304, donde señala que la Comisión aplica el principio de prioridad aprobado en la *Automec II*, de 1992, para no tener que investigar todos los casos que llegan a su conocimiento, incluso si hay *prima facie* indicios de una infracción. En todo caso, advierten los autores que la utilización indebida de la selectividad implica reducir el potencial disuasorio de la sanción. Eso es una señal de que el procedimiento administrativo sancionador está judicializándose, pues deja de ser un modelo consensual y negociado, adoptando un procedimiento más riguroso y con más garantías, basado en el sistema contradictorio.

En cuanto a los sistemas de vigilancia, el asunto no tiene mucha trascendencia práctica, pues lo característico de los carteles de núcleo duro es la clandestinidad y el secreto. Además, los *costes globales preventivos* (videocámaras, registros en los aeropuertos, etc.) reflejan un modelo de seguridad ciudadana que no diferencia entre las instancias punitivas penal o administrativa sancionadora –ni lo pretende–, así que los costes se distribuyen igualmente entre ellos.

En la detección de los carteles se suelen utilizar encuestas espontáneas e investigaciones de la Comisión, descubrimiento a partir del conocimiento de otros carteles (*follow-on*), denuncias de clientes o competidores, adhesión a programas de clemencia y el sistema de notificaciones compulsorias (que ya no se utiliza en la actualidad). Así que no hay básicamente un coste de implementación de un sistema de vigilancia, sino costes relativos a la investigación.

Con relación al castigo a los inocentes, es empíricamente difícil de comprobar y de medir. En el ámbito de la protección de la competencia podemos analizar lo que se denomina *falso positivo*. En lo que se refiere a los carteles de núcleo duro, el falso positivo tiene muy escasa probabilidad, pues el riesgo es obviamente menor cuando estamos ante prácticas que son inequívocamente restrictivas de la competencia, las prácticas ilícitas *per se*, que cuando se trata de conductas “que pueden tener tanto efectos pro-competitivos como anti-competitivos (caso, por ejemplo, de la mayoría de las restricciones verticales o de las prácticas unilaterales), las cuales únicamente estarán prohibidas cuando, a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, la autoridad de competencia concluya que prevalecen los efectos anti-competitivos”.<sup>39</sup>

El error, en los supuestos de carteles de núcleo duro, solo puede afectar a la concurrencia de los hechos; por lo tanto, se trata de la apreciación de las pruebas relacionadas con los hechos y no sobre la ilicitud de la conducta o su calificación como restrictiva de la competencia. Básicamente, la conclusión a que se llega es que hay una equiparación de los costes del castigo de inocentes en ambos subconjuntos, aunque hay una pequeña diferencia en lo que se refiere al subconjunto del Derecho administrativo sancionador que tiene correlación con el nivel más bajo de garantías, pero que en el ámbito de la protección de la competencia no suele ser significativo.

El que tiene más importancia con relación al ACB es el coste económico de mantenimiento del sistema punitivo. La diferencia más notable es que la mayor parte de las sanciones administrativas aportan dinero al Estado, mientras que las penas privativas de libertad cuestan demasiado. Para el cálculo de los costes económicos habría que tener en cuenta muchas variables; entre ellas, las diferencias de la remuneración de los funcionarios administrativos en comparación con los funcionarios que trabajan en el Poder Judicial y Fiscalía, qué cantidad de medios humanos y materiales necesita habitualmente cada sector del ordenamiento sancionador para la investigación y persecución de las infracciones, etc.

No se trata, en los estrictos límites de este trabajo, de traducir en valores monetarios estos costes; con base en los datos sobre el coste por preso ya se llega

---

<sup>39</sup> Cfr. ALLENDESALAZAR, “Posibles reacciones”, pp. 31-32.

fácilmente a la conclusión de que el Derecho administrativo sancionador es más ventajoso por ser menos costoso que el Derecho penal de la prisión.<sup>40</sup> Si no se utiliza la pena de prisión, entonces muchos de los costes para la sociedad serían iguales o muy próximos en ambos ordenamientos jurídicos.

El ACB, por lo tanto, es positivo para la utilización del Derecho administrativo sancionador con relación a los costes que la sociedad en general tiene que soportar derivados del sistema punitivo penal.

#### ***IV.3.b Los costes para la víctima o perjudicado de la infracción***

El tema de la victimización no es trascendental en el ACB de los carteles de núcleo duro, pues se trata de un tipo de delincuencia en la que la víctima difícilmente se puede enterar de lo que le está pasando.

Tampoco es común en este tipo de delincuencia la llamada *pena de banquillo* en la que la víctima es llamada a declarar y eso se traduce en costes aflictivos, como por ejemplo la confrontación con el agresor, una publicidad no deseada del delito sufrido, etc.

Singularmente, no se observan los efectos de la victimización –tanto primaria como secundaria- en las víctimas de este tipo de delincuencia, pues como se trata de un delito que se comete en contra de un número indeterminado y difuminado de personas –los consumidores- y con escasa posibilidad de consciencia del daño económico que están sufriendo, no hay como computar costes de victimización en el ACB de los carteles.<sup>41</sup>

#### ***IV.3.c Los costes para el infractor: el daño infligido por la sanción, por las técnicas de investigación y por las medidas de aseguramiento***

Los costes para el infractor vienen dados por tres variables: a) la sanción: el tipo y su duración, pero también otros costes colaterales, como el grado de

---

<sup>40</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 455-456: “Para ello voy a tener en cuenta el coste por preso. Si atendemos a esta magnitud, se deduce que dicho coste muestra una tendencia a aumentar progresivamente, ya que tanto los últimos estudios publicados, como las estadísticas de la Dirección general de instituciones penitenciarias, demuestran un aumento significativo de población reclusa. De los últimos estudios disponibles se desprenden, con datos de 2004, un coste anual por recluso de 13765 euros. Si tenemos en cuenta que en ese año la población reclusa ascendía en España a 58.655, el coste del sistema penitenciario, atendiendo solo a los reclusos, superó los ochocientos millones de euros. Se trata sin duda de un coste excesivo. Ello no supone por lo demás un dato favorable a la intervención del Derecho administrativo sancionador, o al menos no tiene por qué serlo de forma directa; no obstante, como mínimo debería servir para plantearse la pertinencia de optar por en Derecho penal menos carcelario. Sin duda, el Derecho penal de la prisión sale muy caro en España”.

<sup>41</sup> Tampoco se pueden trasladar estos costes a la víctima como posibilidad de autoprotección (como en algunos supuestos de competencia desleal, por ejemplo). Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, *RDPC*, 2ª época, núm. 11, 2003,” p. 127.

estigmatización producida antes (pena de banquillo), durante y/o después de la imposición de la sanción (dificultades de reinserción social); b) las técnicas de investigación: costes para la intimidad y para la libertad; c) las medidas de aseguramiento: daño causado a la libertad o al patrimonio por las medidas cautelares.

En cuanto al tipo de sanción o duración, pocas dudas hay de que el Derecho penal, por ser el sector más aflictivo al emplear la pena privativa de libertad, conlleva mayores costos al infractor, principalmente si se toma en consideración que la criminalidad de los carteles de núcleo duro tiene como sujetos activos a altos directivos de empresas para quienes la pena de prisión puede ser especialmente potente por los efectos estigmatizantes.<sup>42</sup>

En todo caso, son las sanciones pecuniarias las que más se aplican cuando de la protección de la competencia se trata. Por lo que respecta a las multas, el Derecho administrativo sancionador es, *a priori*, más aflictivo que el Derecho penal; las sanciones administrativas son más elevadas que la mayoría de las multas penales –calculadas con base en días-multa-, aunque básicamente no se aplican a las personas físicas.

Por otro lado, nada impide que las multas penales se apliquen en los mismos estándares que las administrativas; por ejemplo, si se impone la sanción de multa del triple del beneficio estimado. Con relación a las sanciones privativas de derechos, ambos sectores punitivos se igualan, pese a que solamente en el sistema penal se cuenta con la pena de inhabilitación absoluta. Ambos ordenamientos pueden utilizar la pena de inhabilitación especial, pero el Derecho penal sigue siendo más aflictivo por los costes que suponen las técnicas de investigación y el procedimiento de imposición de las sanciones.

Como hemos visto más arriba, el Derecho penal y las garantías penales son un beneficio para el infractor. En términos de sanciones pecuniarias aplicadas penalmente, hay que subrayar que en caso de impago las penas se convierten en sanciones privativas de libertad, lo que sin duda se computa como un coste para el infractor. Hay que poner de relieve que “pese a la seriedad que presta la amenaza de una conversión de multa penal en pena de prisión en caso de impago, en ocasiones la considerablemente menor cuantía de las sanciones penales respecto a las administrativas haga preferible –paradójicamente, aunque no tanto en

---

<sup>42</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 95, donde señala que: ““Es difícil cuantificar en dinero el tiempo que una persona pasa privada de libertad o el estigma asociado al ingreso en prisión o a la condena penal. En el caso de los hombres de negocios de alto nivel, la amenaza de la pena de prisión es probable que sea especialmente potente. Es cierto que no existe ningún estudio empírico acerca del grado de intimidación de dicha apena para los ejecutivos de las empresas. Sin embargo, no se puede decir que sea este un motivo concluyente para excluir la imposición de dicha pena, porque tampoco existen tales estudios respecto de otros delitos. Desde luego que lo ideal es que existan estadísticas sobre el tema, pero el hecho de que no las haya no significa que se tengan que despenalizar todos los delitos en los que ello ocurre. Como venimos diciendo, la amplia experiencia de los Estados Unidos ha dejado claro que los ejecutivos evitan en todo momento acuerdos anticompetitivos que puedan ser objeto de persecución penal en aquel país, una prueba bastante importante del efecto disuasorio que tiene la sanción penal”.

determinados ámbitos de delincuencia socioeconómica- el recurso al Derecho penal, antes que enfrentarse a las draconianas multas administrativas”.<sup>43</sup>

En la actualidad se observa una tendencia de búsqueda de elementos estigmatizantes por el Derecho administrativo sancionador, como se evidencia, por ejemplo, con las listas de *antecedentes administrativos* en materia de tráfico automovilístico o infracciones contra el medio ambiente; pese a ello, los efectos estigmatizantes del Derecho penal siguen siendo más potentes y más obvios. Con todo ello, la conclusión a que se llega es que el daño infligido por la sanción penal es un coste para el infractor, incluso cuando se aplican sanciones pecuniarias.

Con relación a las técnicas de investigación, suponen un importante coste para el infractor en términos de intromisiones en derechos fundamentales tales como la intimidad y el secreto de las comunicaciones (entrada y registro en inmuebles, intervenciones de las comunicaciones) y la libertad (detenciones o retenciones, interrogatorios, etc.). Otra vez, el sistema penal es, sin lugar a dudas, más invasivo y por eso conlleva más costes para el infractor.<sup>44</sup>

No obstante, se constata un aumento de la capacidad invasiva de la Administración. Así ocurre, por ejemplo, con las denominadas ‘retenciones administrativas’ a que están facultados los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, aunque la técnica de aseguramiento que representa mayor coste para el infractor sigue siendo la prisión preventiva del Derecho penal.

El único supuesto en el que la Administración utiliza la privación de libertad es en la inmigración irregular, donde está facultada para privar cautelarmente de libertad a ciudadanos extranjeros para asegurar el procedimiento de su expulsión;<sup>45</sup> aunque no se puede imaginar un supuesto de carteles de núcleo duro donde quepa tal tipo de privación de libertad por la Administración. Al margen de la privación cautelar de libertad en vía administrativa a determinados ciudadanos extranjeros, en cuanto a las medidas cautelares no hay muchas diferencias entre los dos subconjuntos, que emplean el comiso como medida cautelar.

## V. Conclusiones

---

<sup>43</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 459.

<sup>44</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 462, donde señala que: “El Derecho administrativo sancionador no funciona con técnicas de una naturaleza tan intromisiva en derechos fundamentales como el Derecho penal. De hecho, el único recurso con el que cuenta en el ámbito de la investigación de los hechos infractores es la coactiva técnica punitiva de las ‘sanciones por falta de colaboración’. Es decir, los funcionarios de la administración, al margen de ciertas actividades de inspección –por ejemplo, en centros de trabajo para verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo-, no cuentan con la posibilidad de autorizar escuchas telefónicas, ni tampoco de registrar un domicilio a la búsqueda de ciertas infracciones, sino que todo lo más procede a solicitar la colaboración del presunto infractor, negada la cual se impondrá una sanción. Se trata de una técnica que el Derecho penal también emplea allí donde no está dispuesto a utilizar técnicas de averiguación de los hechos especialmente aflictivas para los derechos fundamentales; así, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad del tráfico, ante la negativa al sometimiento de una prueba de alcoholemia, no se procede a la práctica forzosa de la prueba –atentado a la dignidad humana- sino que prefiere imponerse una sanción simplemente por la ‘falta de colaboración’”.

<sup>45</sup> La privación cautelar de libertad está prevista como sanción sustitutiva en el art. 57 de la Ley 4/2000.

Es altamente recomendable la utilización del Derecho penal con relación a las infracciones contra la competencia, en especial con relación a los más graves atentados contra ese bien jurídico: los carteles económicos de núcleo duro.

El Análisis Coste-beneficio que hemos desarrollado tuvo en consideración variables relacionadas con los beneficios (ventajas) y costes (desventajas) para la sociedad en general, para las víctimas e infractores.

La aplicación de la pena de prisión (que es el gran diferencial del Derecho penal), que se puede evitar en cierta medida a través del diseño de un programa de clemencia que introduzca en el sistema rebajas o eximentes que, a la vez, aumente los efectos disuasorios y los índices de delación, se configura en la mejor relación coste-beneficio cuando se trata de infracciones anti-concurrenciales.

El aparato judicial no presenta índices significativos de congestión y ostenta una buena tasa de resolución; sin embargo, como se trata, en general, de mega-procesos, haría falta una inversión inicial en personal y la especialización de jueces y fiscales.

Por otro lado, en términos de eficacia, la pena de prisión es indudablemente la más temida por los infractores, en general directivos de empresas. La posibilidad de aplicación de sanciones a las personas físicas y jurídicas en un mismo procedimiento también es una ventaja.

El Derecho administrativo sancionador es más ágil y eficiente, pero la fusión de varios órganos en un macrorregulador, sin la correspondiente inversión material y humana, los importantes déficits de disuasión de la pena pecuniaria aplicada solamente a las personas físicas y que pueden repercutir en el coste de los productos y servicios implicando en que al final se sancione al consumidor, resultan desventajas para la sociedad y para las víctimas que no son nada despreciables en términos de costes suportados por la Economía y los consumidores, derivados de las ineficiencias generadas a partir de ahí (poca inversión en I+D, menor competitividad de las empresas, altos costes de producción, etc.).