

EAPC - Aprofundim en el procediment administratiu i en el funcionament de les administracions públiques



Els anomenats "programes de clemència" en el procediment sancionador (art. 62.4 de la Llei 39/2015)

04-12-2018

1. Antecedents

Els programes de clemència van néixer en l'àmbit de la protecció de la competència i de la lluita contra els càrtels. S'originen en la [política de clemència corporativa](#) dels Estats Units, establerta el 1978 com a eina de la política antimonopoli per la qual s'atorgava immunitat als membres de [càrtels](#) que declaraven en contra d'altres membres, i va ser desenvolupada a partir del [1993](#).

A la Unió Europea, els programes de clemència apareixen també com a instrument per protegir la lliure competència i s'instauen a partir de la [Comunicació de la Comissió relativa a la dispensa del pagament de les multes i la reducció del seu import en casos de càrtel](#) 2006/C 298/11. En tots els casos l'objectiu és evitar les conductes col·lusòries de les empreses i fomentar la delació entre els participants en dites conductes. El programa de clemència s'enuncia en el paràgraf 8 de la Comunicació de la Comissió esmentada:

"La Comissió ha de dispensar del pagament de la multa que d'una altra manera se li hagués imposat a tota empresa que reveli la seva participació en un presumpte càrtel que afecti la Comunitat quan sigui la primera a facilitar informació i elements de prova que, segons el parer de la Comissió, permetin a aquesta: a) efectuar una inspecció oportunament orientada sobre el presumpte càrtel, o b) determinar l'existència d'una infracció a l'article 81 del Tractat CE en relació amb el presumpte càrtel."

La recepció en el dret intern dels programes de clemència es produeix mitjançant la [Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència](#), que va introduir la possibilitat d'exonerar del pagament de la multa les empreses que, havent format part d'un càrtel, en denunciïn l'existència i aportin proves substantives per a la investigació, sempre que cessin en la conducta infractora i no hagin estat els instigadors de la resta de membres de l'acord prohibit. El programa de clemència es desenvolupa en el Reial decret 261/2008, de 22 de febrer, pel qual s'aprova el [Reglament de defensa de la competència](#).

2. La denominació de la figura

La denominació *programa de clemència* és una traducció més o menys literal de l'expressió anglesa *leniency programm*, tot i que la versió original ens parla de *lenitat* -que és la manca de severitat o tendència a exercir la funció punitiva-, mentre que l'expressió que s'ha implantat en el nostre entorn inclou la *clemència*, que té un significat més proper a la benevolència o al perdó. És clar que cap de les dues denominacions resulta satisfactòria per identificar el que és un pagament o una recompensa per una delació o una denúncia, per això, resulta més ajustat a la naturalesa de la cosa parlar de *remissió per inculpació*, d'*exempció incentivada* o de *prima a la delació*.

3. El programa de clemència en la Llei 39/2015

3.1 Exempció i reducció de sancions

La Llei 39/2015 introdueix la clàusula o el procediment de clemència -sense usar aquesta denominació- en l'article 62.4, que es refereix a l'inici del procediment administratiu per denúncia, en els termes següents:

"Quan el denunciant hagi participat en la comissió d'una infracció d'aquesta naturalesa –p. ex., l'article 62.3 de la Llei 39/2015, que provoqui un perjudici en el patrimoni de les administracions públiques- i hi hagi altres infractors, l'òrgan competent per resoldre el procediment ha d'eximir el denunciant del pagament de la multa que li correspondria o un altre tipus de sanció de caràcter no pecuniari, quan sigui el primer a aportar elements de prova que permetin iniciar el procediment o comprovar la infracció, sempre que en el moment que s'aportin no es disposi d'elements suficients per ordenar-la i es repari el perjudici causat. Així mateix, l'òrgan competent per resoldre ha de reduir l'import del pagament de la multa que li correspondria o, si s'escau, la sanció de caràcter no pecuniari, quan, encara que no es compleixi alguna de les condicions anteriors, el denunciant faciliti elements de prova que aportin un valor afegit significatiu respecte d'aquells de què es disposi. En tots dos casos és necessari que el denunciant cessi en la participació de la infracció i no hagi destruït elements de prova relacionats amb l'objecte de la denúncia."

La llei defineix dues vessants de la clàusula de clemència: en una eximeix plenament la persona denunciant de la sanció que li correspondria, i en l'altra la persona denunciant rep una reducció de la sanció. La característica bàsica és l'obligatorietat per a l'Administració: si es donen les condicions, l'Administració ha d'eximir de sanció o reduir-la necessàriament, com resulta dels verbs emprats *ha d'eximir* i *ha de reduir*. Per tant, l'Administració ha d'aplicar de manera reglada la clàusula de clemència quan es donin els pressupòsits legals sense que disposi de cap marge d'apreciació.

3.2 Elements

Analitzem a continuació els elements comuns d'ambdues vessants.

- El primer element és la coparticipació en la comissió de la infracció. La persona denunciant ha d'haver participat en la comissió de la infracció juntament amb altres infractors. Aquest plural exclou que, a més de la persona denunciant, pugui haver-hi només una altra persona infractora perquè es doni el supòsit de fet que estem examinant? En aquest cas una interpretació literalista sembla molt arriscada, ja que el nombre d'infractors addicionals no es pot considerar materialment rellevant per aplicar els beneficis que estem analitzant.

- El segon element és la naturalesa de la infracció que ha de ser denunciada: que provoqui un perjudici en el patrimoni de les administracions públiques. La Llei 39/2015 no indica què s'ha d'entendre per això, de manera que hem d'acudir a la [Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques](#), la qual ens indica en l'article 3.1 que el patrimoni de les administracions públiques està constituït pel conjunt dels seus béns i drets, qualsevol que sigui la seva naturalesa i el títol de la seva adquisició o aquell en virtut del qual els hagin estat atribuïts, i resten exclosos d'aquest concepte segons l'article 3.2 els diners, els valors, els crèdits i els altres recursos financers de la seva hisenda i, en el cas de les entitats públiques empresarials i entitats anàlogues dependents de les comunitats autònomes o corporacions locals, els recursos que constitueixen la seva tresoreria.

Si aquesta remissió normativa és vàlida, queda fora del supòsit de fet analitzat com a conseqüència de l'exclusió indicada una part molt important de l'erari, de manera que els incentius establerts no poden ser aplicats a la lluita contra les infraccions que suposin un menyscament dels béns relacionats.

- El tercer element és la sanció dispensada o minorada. La llei especifica que es pot tractar d'una sanció pecuniària (multa) o d'una sanció no pecuniària. Per tant, es pot aplicar a qualsevol modalitat de sanció que es pugui imposar per haver comès la infracció.

- El quart i últim element són les condicions que s'estableixen respecte de la conducta de la persona denunciant: que cessi -o, millor, *que hagi cessat*- en la participació de la infracció i que no hagi destruït elements de prova relacionats amb l'objecte de la denúncia, exigències que són coherents i necessàries perquè pugui haver una col·laboració perfecta amb l'Administració. Sobre la destrucció de proves s'ha pronunciat l'Audiència Nacional en la Sentència de [29 de març de 2017](#), en la qual es considera irrellevant a l'efecte d'aplicar el programa de clemència la destrucció de documentació de l'empresa sol·licitant de clemència, sempre que sigui prèvia a la presentació de la sol·licitud, que es refereixi a una investigació diferent i que no perjudiqui la investigació que és objecte de la sol·licitud de clemència.

Quant als elements diferenciadors, per a l'exempció de la sanció cal, en primer lloc, que la persona denunciant sigui la primera a aportar elements de prova que permetin iniciar el procediment o comprovar la infracció. Sobre aquesta qüestió s'ha pronunciat en nombroses ocasions el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, i en la Sentència de [25 d'octubre de 2005](#), assumpte Groupe Danone/Comisión, T-38/02, en la qual s'indica que:

"[...] cuando la cooperación de una empresa se limita a confirmar, de manera menos precisa y explícita, parte de la información ya facilitada por la colaboración de otra empresa, el grado de cooperación prestado por esa empresa, pese a que pueda no carecer de una determinada utilidad para la Comisión, no puede considerarse comparable al prestado por la primera empresa que le facilitó dicha información. Una declaración que se limita a corroborar, en cierta medida, una declaración de la que la Comisión ya disponía no facilita, en efecto, la labor de la Comisión de manera significativa ni por tanto suficiente para justificar una reducción por cooperación del importe de la multa."

Doctrina reiterada en les sentències de [25 de gener de 2007](#), assumpte C-411/04 P, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, Rec. p. II-2223, i de [17 de maig de 2011](#), assumpte Elf Aquitaine SA contra la Comissió Europea.

En segon lloc, la llei exigeix que en el moment que s'aportin les proves no es disposi d'elements suficients per ordenar la iniciació del procediment. Sobre el valor de la prova aportada s'ha pronunciat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la Sentència de [30 de novembre de 2011](#), assumpte T-208/06, Quinn Barlo Ltd i altres contra la Comissió Europea:

"[...] las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables. Sin embargo, no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no es respaldada por otros elementos probatorios.

Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas [...], el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas. [...]

La circunstancia de que una declaración se presente en una fase muy avanzada del procedimiento, concretamente en la respuesta al pliego de cargos, no permite, como tal, negar cualquier valor probatorio a esa declaración, que debe examinarse a la luz de todas las circunstancias pertinentes del asunto. Sin embargo, dicha declaración tiene un valor probatorio menor que si se hubiera realizado espontáneamente, con independencia de una declaración aportada por otra empresa."

Finalment, s'exigeix que es repari el perjudici causat.

D'altra banda, per reduir la sanció, n'hi ha prou que la persona denunciant faciliti elements de prova que aportin un valor afegit significatiu respecte d'aquells de què es disposi, encara que no es compleixi alguna de les establertes per a l'exempció. Aquesta exigència ha estat objecte de nombrosos pronunciaments judicials en el marc de la defensa de la competència, que ens poden servir per aclarir el contingut de l'expressió "valor afegit significatiu". L'Audiència Nacional, en la Sentència de [9 de març de 2017](#), destaca que la informació aportada:

- Ha de ser novadora i essencial per determinar els elements imprescindibles del tipus infractor. - No n'hi ha prou amb una informació que pugui ser útil i interessant en la investigació. - Ha d'aportar indicis o mitjans de prova que permetin determinar quines van ser les conductes realitzades, el període temporal, les empreses participants i els mitjans i les formes de contacte establertes entre si en relació amb les conductes investigades. - Ha d'aportar elements de judici que representin una evidència directa de la il·legalitat denunciada o una informació que no necessita ser corroborada o sustentada en fonts addicionals. - Ha de permetre a l'autoritat reforçar la imputació inicial o incrementar de manera substancial les seves possibilitats de comprovar la infracció investigada.

3.3 L'entrada al domicili com a conseqüència de les delacions incentivades

Un aspecte relacionat amb els programes de clemència que ha estat objecte d'anàlisi jurisprudencial és el grau de concreció de la informació que han de contenir les sol·licituds d'autorització d'entrada al domicili o a la seu social d'una empresa, quan han estat formulades en

el marc d'una investigació resultant de la informació obtinguda en aplicació del programa de clemència, atès que les dades disponibles poden ser inconcretes o poc fiables. Sobre aquesta qüestió, el Tribunal Suprem ha assenyalat en la Sentència de [31 d'octubre de 2017](#) que:

"[...] en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aun no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE."

3.4 L'extensió de la clàusula de clemència

La no fixació d'un àmbit objectiu a l'aplicació dels programes de clemència, deixa oberta la via perquè en qualsevol dels àmbits de l'actuació de l'Administració es pugui aplicar el que hem anomenat la *prima a la delació*. Parem esment en el fet que els programes de clemència s'han instaurat fins ara en l'àmbit de la protecció de la competència i de la lluita antimonopoli, com hem vist, i també en l'àmbit tributari i en el de la protecció de dades. Fer extensiu sense més límits que els materials -que la infracció provoqui un perjudici en el patrimoni de les administracions públiques- que alguna de les persones participants en la comissió d'una infracció es pugui acollir a la clàusula de clemència en qualsevol dels àmbits sancionadors, pot resultar inoportú i perillós.

Pensem, per exemple, en les persones participants en una infracció com és la perforació d'un pou sense la preceptiva autorització prèvia quan aquesta sigui exigible. En el supòsit més habitual, hi haurà la persona propietària de la finca i l'industrial que es dedica professionalment a la investigació d'aigües subterrànies. De vegades, al costat de la persona propietària hi ha una persona promotora de l'actuació, i al costat de l'industrial, una persona directora d'obra. Imaginem que s'inicia la perforació del pou sense l'obtenció de l'autorització prèvia -amb coneixement o sense de la persona propietària. En aquests casos, l'expedient sancionador sol finalitzar amb la imposició d'una sanció solidària al promotor i a l'executor del pou i, si s'escau, a la persona promotora i a la que exerceix la direcció de l'obra.

El més normal és que l'industrial conegui perfectament el règim jurídic de la investigació de les aigües subterrànies i, per tant, la irregularitat de la conducta a executar o executada i les seves conseqüències, coneixement que difícilment es pot presumir en la persona propietària o promotora del pou. Amb aquesta desigualtat de les parts, és raonable que l'industrial es pugui alliberar de qualsevol responsabilitat sancionadora denunciant el seu client? Almenys li tornarà els diners de l'encàrrec?

Traslladem aquest esquema participatiu a qualsevol altre àmbit de l'actuació administrativa on tingui encaix i veurem que la clàusula de clemència aplicada extensivament pot arribar a produir uns efectes alliberadors de responsabilitats que no semblen raonables.

De quelcom similar ens parla el Consell d'Estat en el Dictamen [275/2015](#) sobre l'Avantprojecte de llei del que resultaria la Llei 39/2015, quan recomana que sigui la legislació sectorial, atenent a les peculiaritats de cada branca de l'actuació administrativa, la que recepcioni, si escau, els programes de clemència. Ens diu el Consell d'Estat que:

"Se trata de un mecanismo eficaz para incentivar la denuncia de infracciones y, con ello, facilitar su detección y sanción. Sin embargo, su extensión, de forma global y generalizada, a todos los procedimientos sancionadores, impide atender a las peculiaridades que por razón de la materia puedan existir en cada caso, lo que hace preferible mantener la regulación de este procedimiento en la legislación sectorial. Se recomienda por ello valorar la conveniencia de introducir una regla de este tipo en la ley reguladora del procedimiento administrativo común."

Restem en espera del que ens oferirà la pràctica administrativa d'aquesta figura, sobretot en els àmbits en què és nova.



Pablo Herráez Vilas

Director d'Assessoria Jurídica de l'Agència Catalana de l'Aigua, doctor en dret i llicenciat en filosofia