

# TRABAJO FIN DE GRADO

## MEMÒRIA FINAL

GRADO EN DERECHO

CURSO 2015-2016

Los programas de clemencia en el  
procedimiento administrativo común en la  
Ley 39/2015. Estudio y crítica

Autor/a: Genís Riverola Villafranca

Tutor/a: Laura Salamero Teixidó

Data: 9 de Junio de 2016



*“Cuando los Hombres controlen los gobiernos,  
los Hombres no necesitarán los gobiernos. Hasta  
entonces estamos jodidos”*

*C.B.*

FEDE

## **Resumen**

En los últimos años se ha ido incorporando al ordenamiento jurídico español la figura de los programas de clemencia en diferentes ámbitos, la defensa de la competencia, extranjería, etc. Figura de origen penal que ha sido importada de la Unión Europea, que a su vez la importó de Estados Unidos. A partir de octubre de 2016 entrará en vigor la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en cuyo artículo 62.4 viene expresamente recogido una nueva figura en este ámbito, los programas de clemencia aplicados a los ciudadanos en el derecho administrativo general. El presente trabajo trata sobre los orígenes de esta figura, su aplicación en distintos ámbitos y el estudio y la crítica sobre la misma. Se pretende dar una visión general sobre lo que los programas de clemencia implican y sobre cuál puede ser su aplicación real y sus consecuencias en la sociedad.

## **Palabras Clave**

Programa de clemencia, delación, procedimiento administrativo sancionador, exoneración, perjuicio patrimonial, denunciante, requisitos, infracción administrativa

## **Abstract**

In the last years, the figure of leniency programs in different fields, the competition, immigration matters, etc., have been incorporated into the Spanish legal system. This penal figure has been imported from the European Union which, in turn, was imported from the USA. From October 2016, the Common Administrative Procedure Law 39/2015, from the Public Administrations, will come into force. The article 62.4 of this law expressly states a new figure in this field; the leniency programs applied to citizens in the general administrative law. This project discusses the origins of this figure, its application in various fields and the study and criticism on it. It is intended to give an overview about what the leniency programs involve and about which can be its actual application and its impact on society.

## **Key Words**

Leniency programs, delation, administrative disciplinary procedure, exoneration, financial loss, informer, requirements, administrative offense.

## **Abreviaturas**

**L.D.C.** Ley de Defensa de la Competencia

**L.C.D.** Ley de Competencia Desleal

**C.N.M.C.** Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

**C.P.** Código Penal

**C.J.I.** Concepto/s Jurídico/s Indeterminado/s

**T.F.U.E.** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

## Índice

<b>I-Introducción</b> .....	4
<b>II- Los programas de clemencia: Concepto y su evolución hasta la incorporación en el ordenamiento jurídico administrativo</b> .....	5
1.La figura del perdón como institución jurídica .....	5
2.Origen: La lucha contra el crimen organizado y el programa de clemencia de los Estados Unidos. ....	6
3.La regulación de la clemencia en el derecho penal español .....	8
4.Los programas de clemencia en el derecho de la competencia .....	11
4.1 Los programas de clemencia en el ordenamiento de la Unión Europea: la defensa de la competencia .....	13
4.2 Incorporación en el ordenamiento jurídico administrativo español a través de la Ley de Defensa de la Competencia .....	15
<b>III-Sobre la incorporación de los programas de clemencia en el Procedimiento Administrativo Común en la Ley 39/2015</b> .....	17
1.Introducción.....	17
2.La tramitación parlamentaria del precepto .....	19
3.El dictamen del Consejo de Estado .....	21
4.El diseño de los programas de clemencia del art. 64.2 de la Ley 39/2015 .....	22
4.1Supuestos recogidos en la norma .....	22
4.2Requisitos exigible para la aplicación de la clemencia .....	24
4.2.1La difícil interpretación del concepto de <<daños en el patrimonio de las AP>> .....	26
4.2.2Conjunción del ejercicio reglado de la competencia con un amplio margen de discrecionalidad: crítica .....	27
5.Crítica a la configuración de los programas de clemencia de la Ley 39/2015 .....	31
<b>IV-Conclusiones</b> .....	33
<b>V-Bibliografía</b> .....	35

## I-Introducción

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de Junio, de Defensa de la Competencia, llegó a España una figura importada del ámbito comunitario, los programas de clemencia. Esta institución funcionó con creces en su puesta en práctica tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, ayudando a las autoridades a luchar contra los cárteles. Ha sido de gran ayuda en la mayoría de países desarrollados o en pleno proceso de desarrollo para frenar los problemas y desajustes de mercado que puedan surgir en un mercado capitalista como el actual.

Con el presente trabajo se pretende hacer un estudio sobre el programa de clemencia que recoge la nueva ley de procedimiento Administrativo común (Ley 39/2015). Analizando sus orígenes, sus diferentes ámbitos de aplicación y sus efectos. Actualmente, esta figura, viene regulada en el art. 62.4 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, donde se vislumbra, de una forma no muy detallada, como se aplicará esta institución en casos en que los infractores sean particulares y sus conductas afecten a las arcas del estado.

El objeto del trabajo es llevar a cabo un análisis sobre la figura “del perdón” en un ámbito de aplicación totalmente diferente del que se ha venido aplicando hasta ahora, fuera del mundo de los mercados y de las multinacionales, fuera del ámbito de la defensa de la competencia.

El objetivo es dar a conocer aquello que el precepto dice, o quiere decir, estudiar sus posibles aplicaciones dentro del procedimiento administrativo sancionador y concretar aquellos puntos que *a priori* puedan ser ambiguos. Además se tratarán las posibles consecuencias que puedan derivarse de su entrada en funcionamiento y su repercusión en los distintos estratos sociales.

Para ello, no solo abordaremos el ámbito del derecho administrativo sancionador, analizando las distintas opiniones doctrinales en la materia, también nos adentraremos en el Derecho estadounidense como punto de partida, en el Derecho comunitario como medio integrador para toda la Unión Europea, en el derecho penal como origen de este mecanismo y como no, en el derecho de la Competencia.

No hay que olvidar que esta figura, que hasta ahora se ha utilizado en casos de competencia entre distintas personas jurídicas, nunca antes se había utilizado como

método de absolución para infracciones administrativas de cualquier índole. Con este trabajo también se pretende ofrecer al lector una opinión más allá de la legislación, donde además de analizarse si su aplicación es conforme a derecho se analice si es conforme a la sociedad y al momento actual.

## **II- Los programas de clemencia: Concepto y su evolución hasta la incorporación en el ordenamiento jurídico administrativo**

### **1. La figura del perdón como institución jurídica**

Como ya hemos dicho, el objetivo de este trabajo es el estudio de los llamados pactos de clemencia, que aparecen en la nueva ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común que actualmente se encuentra en periodo de *vacatio legis* pero que comenzará a surtir efectos a partir de octubre de este año 2016.

Pero antes entrar en materia con los programas de clemencia debemos hacer un breve análisis sobre la figura principal de esta institución, la delación. La delación “es aquel acto mediante el cual un particular pone en conocimiento de los poderes públicos la comisión de una infracción del ordenamiento jurídico por una o varias personas”<sup>1</sup>.

Dentro de la delación tenemos tres tipos la autodelación o confesión, la heterodelación, cuando se denuncian a otras personas, y la delación mixta, que es una mezcla entre ambas, es decir, cuando alguien denuncia a un grupo de personas del que forma parte. Este último tipo es el que más nos interesa puesto que es a lo que los programas de clemencia hacen referencia.<sup>2</sup>

Recordemos que en España, en algunos sectores del derecho administrativo como la defensa de la competencia o el urbanismo, la delación es un elemento clave a la hora de surtir de información a la Administración.

Sin embargo a la par que ventajas la delación también tiene sus inconvenientes. Es cierto que la delación en muchos casos contribuye al bienestar social, ayudando a la Administración a llevar a cabo su doble función, la preventiva, poniendo sanciones como herramienta disuasoria<sup>3</sup> para que la sociedad no infrinja y la de restablecimiento de la legalidad, adoptando medidas de orden público para intentar acabar con los comportamientos infractores. Sin embargo la delación, puede también causar costes

---

<sup>1</sup> DOMENECH PASQUAL: “La denuncia en el derecho público”

<sup>2</sup> DOMENECH PASQUAL: “La denuncia en el derecho público”

<sup>3</sup> BECKER (1968)

para a sociedad, con denuncias falsas, agredir los intereses de sujetos acusados infundadamente, producir conflictos en la sociedad, violar los deberes de confidencialidad o simplemente retrasar la función inspectora. Por lo que la delación es un juego al que hay que saber jugar.

En cuanto a los programas de clemencia consisten principalmente en la exención de una sanción ( pecuniaria o no) al denunciante que, siendo responsable de la infracción denunciada por haber participado en su comisión (junto con otros infractores), sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre que en el momento de aportar dicha información la Administración no disponga de elementos de prueba suficientes y se repare el perjuicio causado<sup>4</sup>.

Esto es básicamente lo que dice el artículo 62.4 de la ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Hay que recordar que todo y ser una figura que nos recuerda mucho a la de un ámbito sectorial como es la competencia, en este caso, hablamos del procedimiento administrativo común, para aquellos casos en los que se produzca “un perjuicio” para el patrimonio de las administraciones públicas.

## **2. Origen: La lucha contra el crimen organizado y el programa de clemencia de los Estados Unidos.**

Debe empezarse haciéndose referencia al programa de clemencia estadounidense, por su gran relevancia como fundamento de los posteriores programas que han ido surgiendo.

Estados Unidos fue pionero en llevar a cabo políticas de clemencia, concretamente en el año 1993 cuando el Departamento de Justicia estadounidense adoptó el US Corporate Leniency Program por el que cualquier empresa podría acogerse a la delación<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>ROMERO GÓMEZ, Federico. Revista Aranzadi Doctrinal 11, Diciembre 2015, pp. 51-57 “Reflexiones sobre la ley 39/2015 del 1 de Octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: Hacia una nueva posición de los ciudadanos en el procedimiento”.

<sup>5</sup> BORRELL ARQUÉ: “Redefiniendo los incentivos a la colusión: los programas de clemencia”. Cabe destacar que los primeros pasos en materia de condonación de cargos fueron en Estados Unidos (1973).

En consecuencia el programa comunitario está inspirado en el americano, y el español en el europeo así que directa o indirectamente ha influenciado en los programas de clemencia que se llevan a cabo en España.

Este programa tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio, se aplica tanto a infracciones de índole administrativa como a delitos penales. Esto tiene gran relevancia pues vemos que la exención de la pena en el ámbito penal es la figura que ha servido como punto de partida para el posterior desarrollo de los programas de clemencia.

Cierto es que los primeros casos en que se utilizó un “petito”-un “chivato”- para ayudar a dismantelar organizaciones criminales, fueron en Italia, sin embargo también se empezó a practicar simultáneamente en Estados Unidos. Pero no estaríamos hablando de un programa de clemencia propiamente dicho aunque es el mecanismo que funda sus bases.

Concretamente estamos hablando de la “legge sui pentiti”<sup>6</sup>, es una figura que surgió entre los años 70 y los 80 en Italia, en un intento por luchar contra el control de las mafias. El nombre técnico de esta figura es el de “collaboratori di giustizia” (colaborador de la justicia) y se utilizaba para aquellas personas que habiendo formado parte previamente de organizaciones criminales o terroristas, tras ser arrestadas deciden arrepentirse y colaborar con el sistema judicial para ayudar en la investigación.

Tras el testimonio de uno de los grandes capos de la Mafia siciliana, Tommaso Buscetta, en el que inculpaba a otros miembros de la organización criminal, esta figura se ha pasado a asociar con antiguos miembros de la mafia siciliana que optaron por colaborar con la justicia a partir del llamado “Maxiproceso”.

Volviendo al programa de clemencia estadounidense que es el que nos atañe por su gran relevancia e influencia, cabe decir que los sujetos a los que se les puede aplicar son tanto a la persona jurídica como a los directores y empleados que hayan tenido relación con el cártel.

---

<sup>6</sup> La sección 625 de la Ley Cossiga (1979), así como la sección 304 de la citada Legge sui pentiti (1982), incluían la posibilidad de una reducción considerable de la pena en el caso que los terroristas colaboraran con la policía y las autoridades judiciales. En el programa de clemencia el infractor puede aportar elementos de prueba para ayudar a la administración a resolver ese caso en el cual él es infractor. El pentito se utilizaba más bien como un chivato, su vinculación a la policía es más férrea y no está limitada solamente a la acción ilícita cometida por el petito.

Otro de los rasgos característicos de esta figura es que en Estados Unidos solamente la primera empresa que acuda a la autoridad y cumpla con los requisitos que la ley establece podrá tomar parte en el proceso de delación.

Lo cierto es que desde los inicios de la aplicación de la política de clemencia, el número de denuncias ha aumentado exponencialmente, de los 350 millones de dólares que se recaudaron en 2003 a los 1.140 millones que se recaudaron en el 2012<sup>7</sup>, por lo que podríamos decir que la política de clemencia estadounidense ha funcionado con creces y ese ha sido uno de los principales motivos por lo que la aplicación de esta figura a lo largo del mundo ha crecido exponencialmente en los últimos años.

Un mercado más globalizado, más grande, donde cada vez hay más empresas con gran potencial económico y gran poder dentro del desarrollo de la economía, necesita cada vez más de mecanismos para que este mercado, no termine siendo un agujero negro para la economía y la sociedad.

### **3. La regulación de la clemencia en el derecho penal español**

En el marco penal esta figura no está considerada como un “programa de clemencia” propiamente dicho sino simplemente como un método de colaboración con la autoridad mediante la cual delincuentes y jueces salen beneficiados. Esto no quiere decir que los programas de clemencia no tengan su origen en el derecho penal. Como veremos son bastantes los rasgos que comparte con nuestra figura de estudio. Tanto es así que no cabe duda que es un mecanismo inspirado en el derecho Penal.

Parte desde el mismo punto de partida, Estados Unidos<sup>8</sup>, al igual que pasa con los programas de clemencia, la figura del perdón en el ámbito penal también ha sido importada del continente americano.

Podemos hacer un símil con los programas de clemencia que intentan luchar contra las grandes empresas, en este caso, el juez penal, pide colaboración a los imputados a cambio de una reducción de la pena, para acabar con el crimen organizado. Por otro

---

<sup>7</sup> Parte de la información sobre la política de clemencia de los Estados Unidos ha sido extraída del Trabajo de Fin de Grado (2014-2015) “Los Programas de la competencia en el Derecho de la Competencia” de Germán PUENTE GUERRA. P.14-20

<sup>8</sup> Recordemos como ya hemos dicho, que sus orígenes no solo son estadounidenses, en Italia tubo gran relevancia la Ley Cossiga en el ámbito penal.

parte en el ámbito de la competencia la Administración hace absolutamente lo mismo, ofrecer beneficios a cambio de ayudas para acabar con los cárteles y las prácticas anticompetitivas que resquebrajan el mercado.

Como vemos es una figura muy similar a la clemencia, de hecho consiste prácticamente en lo mismo, su esencia es idéntica y su objetivo muy similar, además se podría aplicar el mismo lema que para referirse a los programas de clemencia en el ámbito de la competencia: “no hay honor entre los ladrones”.<sup>9</sup>

Aunque no hay necesidad de recurrir a leyes de los años 80 para ver la constante introducción y la cada vez más visible impronta del derecho penal en el derecho administrativo sancionador.

Solo hace falta acudir al código penal actual, concretamente al artículo 21.4, el de las circunstancias atenuantes:

«La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».

Vemos como el apartado 4 de dicho artículo recoge la reducción de la pena por el hecho de la confesión, y esto es importante, antes de que el procedimiento judicial se dirija contra el presunto culpable.

Podemos decir que es una figura bastante similar a la clemencia, cuyo objetivo es obtener un beneficio por el hecho de confesar al juez antes de que el procedimiento se dirija contra el delincuente.

La figura de la delación utilizada en el contexto de un infractor que sea persona física con la posibilidad de exención o reducción por colaboración no la habíamos visto. Se ha utilizado con grandes empresas y con delincuentes, pero no con infractores. Y en mi opinión, y sobre todo en cuanto a funcionalidad en la sociedad este programa de clemencia de la 39/2015 se parece más a la delación penal que al programa de la Ley de Defensa de la Competencia (LCD).

---

<sup>9</sup> PORTER (2005, p. 150): <<there is no honor among thieves>> lema que utilizo en su libro para referirse a los programas de clemencia en el ámbito de la competencia.

Estamos hablando por lo tanto de una figura que se ha llevado desde el ámbito penal al administrativo, eso sí, con sus matices, lo cual no significa que no estemos ante otro caso más en el que el derecho penal deja su sello en el ámbito administrativo.

La aplicación del derecho Penal debe hacerse de una forma adaptada, es decir, no siempre y no todos los principios penales son aplicables a los ilícitos administrativos<sup>10</sup>.

Venimos de una continua evolución donde cada vez se reduce más la distancia entre ambos y el resultado final de esta evolución es la tesis consolidada de la aplicación al Derecho Administrativo Sancionador de los principios del Derecho Penal.

Como consecuencia de todo lo anterior, hemos llegado en España a una fase en la que ya no se discute si los principios del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador.

Lo cierto es que existen varias diferencias entre ambos y estas diferencias se proyectan en la estructuración del sistema penal y administrativo sancionador, ya que, se trata de sistemas punitivos que ejercen poderes diferenciados, como son el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo (se ejerce mediante sentencia judicial o mediante acto administrativo), a partir de una calificación diferente de los comportamientos ilícitos (delitos frente a las infracciones administrativas) y con unas consecuencias jurídicas distintas (penas frente a las sanciones)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> ALEJANDRO NIETO “Derecho Administrativo sancionador” Derecho Penal como elemento integrador del Derecho Administrativo Sancionador. p. 131-139

<sup>11</sup> STS de 30 de abril de 2007, recurso núm. 9858/2003: «[...] Tal como significa la jurisprudencia (por todas, Sentencia de fecha 31 de octubre de 2007), la cuestión jurídicamente debatida en este asunto entra de lleno en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, potestad que enlaza directamente con los principios que inspiran el Derecho Penal, dado que ambas potestades son expresión del Ordenamiento Jurídico del Estado, tal y como expresa el propio Texto Constitucional (art. 25) y reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (desde la STC 18/1981, de 8 junio ) y una muy reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (desde las SSTs 29 septiembre y 4 y 10 noviembre 1980 , entre otras), si bien ello no es óbice a que se reconozcan aspectos diferenciadores -una vez advertida la naturaleza, los intereses y los bienes jurídicamente protegidos en el marco propio del ejercicio de ambas potestades jurídicas-, así como límites a su ejercicio, que circunscritas a la potestad sancionadora de la Administración Pública quedaron definidas por Sentencia 77/1983, de 3 octubre, en los siguientes términos, y según cabe desprender del artículo 25 de la Constitución : a) La legalidad que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora con una norma de rango legal; b) La interdicción de las penas de privación de libertad; c) El respeto a los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, y d) La subordinación a la autoridad judicial».

Es obvio que la separación entre la dimensión penal y la sancionadora-administrativa resulta compleja, no ya por su naturaleza común, sino porque se deriva de la proyección que haga el legislador de la política criminal en función de evolución de los valores y principios básicos que la sociedad considera merecedores de una especial protección jurídica por lo que es frecuente la modificación de sus respectivos límites, con lo que determinadas conductas que habían sido consideradas infracciones administrativas pasan a constituir delitos o, a la inversa.

En la práctica suele ser más común los supuestos de criminalización de conductas que de despenalización, lo que pone de manifiesto la tendencia penalizadora de nuestro sistema punitivo, que resulta difícilmente compatible con el principio de intervención mínima o de utilización del Derecho Penal como último recurso para la resolución de conflictos. Se pone así de manifiesto la dureza del poder punitivo de nuestro estado.

#### **4. Los programas de clemencia en el derecho de la competencia**

Centrándonos ya en el ámbito administrativo, el objetivo originario de los programas de clemencia fue regular los problemas entre distintas empresas, concretamente para evitar los cárteles. De ahí que deba comprenderse en primer lugar qué es un cártel<sup>12</sup> y, en segundo lugar, como los programas de clemencia son susceptibles de prevenirlos. Además también haremos un breve análisis de lo que dice tanto el legislador español como el europeo en relación con la competencia.

Tanto el legislador español como el europeo, consideran que las siguientes prácticas son contrarias a la libre competencia en los respectivos mercados: las prácticas colusorias (arts. 1 LDC y 101 del Tratado de Fundación de la Unión Europea (TFUE)), el abuso de posición dominante (arts. 2 LDC y 102 TFUE), y los actos desleales (art. 4 Ley de Competencia Desleal (LCD))<sup>13</sup>.

Entendemos por prácticas colusorias “cualquier acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto,

---

<sup>12</sup> La definición de cártel que contiene la Disposición adicional cuarta de la LDC excluiría muchas conductas que se consideran contrarias tanto al art. 1 de la LDC como al artículo 101 del TFUE. Sin embargo, en la práctica, la CNMC no se ha ceñido a esta definición estricta como se desprende de la resolución en el expediente *S/0089/08 Peluquería profesional*.

<sup>13</sup> Parte de la información de este apartado ha sido extraída del Trabajo de fin de grado (2014-2015) “Los programas de clemencia en el derecho de la competencia” Alumno: Germán Puente Guerra; Tutor: Reyes Palá Laguna. Universidad de Zaragoza

produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”<sup>14</sup>.

Por otro lado, la ley (LDC) define el abuso de posición predominante mediante una enumeración que recoge una serie de conductas que estarían englobadas en este apartado. Estas prácticas son las siguientes:

- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores,
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

Finalmente, los actos desleales o competencia desleal, entendidos como cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Todas estas conductas están prohibidas salvo que se trate de conductas de escasa importancia, ya que en tales casos no se persiguen (Regla de *minimis*, art. 5 LDC). Los programas de clemencia solamente se aplican a la primera de estas prácticas, es decir, a las prácticas colusorias y, en concreto, a la lucha contra los cárteles<sup>15</sup>.

### **¿Qué es un Cartel?**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia NMC (CNMC) define el cártel de la siguiente manera: «actividad que consista en coordinar el comportamiento de una empresa en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, de otras condiciones comerciales o de servicio, de cuotas de producción o de ventas, los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas; el reparto de mercados,

---

<sup>14</sup> La definición ha sido extraída del art. 1 de la LDC.

<sup>15</sup> Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia.

incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o los boicots colectivos, todas ellas comprendidas en el concepto de cártel»<sup>16</sup>.

Este tipo de acuerdos se concretan en determinadas medidas tales como fijar precios, cuotas de producción, descuentos, créditos, reparto de mercados, de contratos públicos o la prohibición de importaciones o exportaciones. Pueden darse en casi todos los sectores, aunque son más propensos aquellos en los que hay pocos competidores o en los que el producto deja poco margen para competir.

Para evitar estas conductas anticompetitivas que impiden una libre competencia en el mercado, la CNMC decidió poner en marcha la figura del perdón en nuestro país, para evitar que se siguieran dando los problemas que lastraban el mercado nacional.

Según los estudios de la CNMC, los programas de clemencia en España en el ámbito de la competencia han sido un éxito absoluto, en el 2015 la cuantía de las sanciones impuestas por la autoridad competente ha sido la más elevada de la historia (549M €)<sup>17</sup>. Pero hay que remarcar que no es exactamente la misma figura la que se va a introducir en la ley 39/2015 que la que recogió en un principio la LDC de 2007.

#### **4.1 Los programas de clemencia en el ordenamiento de la Unión Europea: la defensa de la competencia**

Los programas de clemencia comunitarios, como ya hemos dicho, tienen su origen en los Estados Unidos<sup>18</sup>, de donde la Comisión Europea<sup>19</sup> los importó para su aplicación en el viejo continente. Fueron creados para la detección y desmantelamiento de cárteles. Los detalles y descripción de la política de clemencia, que se ha seguido a lo largo de

---

<sup>16</sup> Definición obtenida del blog de la CNMC. Consultable en: <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/>

<sup>17</sup> Este dato ha sido tomado del “informe de actuaciones sobre competencia 2015 y plan 2016” de la CNMC.

<sup>18</sup> Adoptada por la división antimonopolios del Departamento de justicia (DOJ) en 1978. La figura ha sido modificada en dos ocasiones, en 1993 y 1994. Al respecto ver HAMMOND, S. y BARNETT, B. “Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division’s Leniency Program and Model Leniency Letters (19 de noviembre de 2008)”.

<sup>19</sup> Gran parte de la información que contiene este apartado “origen” ha sido extraída del trabajo/documento “redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia” de Joan Ramón Borrell Arqué, Juan Luis Jiménez González y José Manuel Ordóñez de Haro pertenecientes al Departamento de Política Económica. Universitat de Barcelona. Institut d’Economia Aplicada - Grup de Govern i Mercats y Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center, al Departamento de Análisis Económico Aplicado. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y al Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia. Universidad de Málaga respectivamente.

estos años a nivel comunitario, se han recogido en una serie de comunicaciones realizadas por la Comisión Europea en tres momentos diferentes del tiempo.

El primer programa de clemencia se desarrolla en la “Comunicación de la Comisión Europea relativa a la no imposición de multas o a su reducción en los carteles de 18 de julio de 1996<sup>20</sup>. Este primer sistema de clemencia fue muy criticado y puso en evidencia posibles problemas en su funcionamiento, no obstante, sirvió para establecer el esqueleto sobre el que se sustentará esta figura en el futuro; Algunas de estas líneas básicas son el cese de la participación en el cártel, mantener una colaboración permanente con la comisión o el hecho de establecer una graduación en el beneficio que una empresa podría obtener por adherirse a estos programas. Cabe destacar que la primera vez que este tipo de programas se llevaron a la práctica en la Comunidad Europea fue en 1998.

En 2002, la Comisión Europea publicó una segunda Comunicación que recogía una serie de modificaciones<sup>21</sup> en el procedimiento y en los requisitos exigidos hasta entonces. Concretamente incluyó la inmunidad en el pago de las multas a la primera empresa en aportar pruebas. Este segundo programa de clemencia se aplicó por primera vez en 2005.

Y la última Comunicación de la Comisión está vigente desde diciembre de 2006. Una de las modificaciones más trascendentes que ha traído consigo ha sido que los elementos de prueba a aportar para solicitar la inmunidad deben permitir a la Comisión efectuar una inspección sobre el presunto cártel.

Antes de pasar al ámbito estatal del programa de clemencia cabe mencionar sus características<sup>22</sup> más relevantes en el ámbito comunitario.

En cuanto a los sujetos denunciadores, la Comisión Europea ofrece total inmunidad a cualquiera de los dos tipos de denunciadores que se conciben:

-Por un lado que sea un solicitante que revele su participación en un cártel y sea el primero en aportar la información y las pruebas que permitan a la Comisión llevar a cabo una inspección específica, y

---

<sup>20</sup> OJ C 207, 18-7-1996.

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad en el pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2002/C 45/03).

<sup>22</sup> VARELA GONZÁLEZ, J.A.: «Características y situación actual de la política de clemencia».

-Por otra parte, si la inmunidad no se concede en la situación anterior, la Comisión ofrecerá la inmunidad de forma alternativa al solicitante que primero aporte la información y las pruebas.

Para disfrutar de dicha inmunidad hay que cumplir una serie de condiciones o requisitos que se recogen a continuación:

Cooperar activamente, con prontitud y de manera continuada con la Comisión durante todo el procedimiento; además, debe poner fin a su participación en el supuesto cartel de forma inmediata tras su solicitud.

El solicitante no debe haber destruido, falsificado ni ocultado pruebas del supuesto cartel. Además, el solicitante no debe haber coaccionado a otras empresas para unirse al cártel o para que permanezcan en él.

Si aun así, una empresa no reúne las condiciones para lograr la total inmunidad, aún podría optar a una reducción de las multas con la Comunicación sobre la clemencia si aporta pruebas a la Comisión que representen un importante valor añadido, comparadas con las pruebas que ya posea la Comisión.

Otra característica importante del programa de clemencia comunitario es que solamente se extiende a las personas jurídicas y al ámbito administrativo.

Hay que remarcar que de entre todas las prácticas repartidas entre los mencionados sectores, hay una que destaca por encima de las demás, que es la **formación de cárteles**. Gracias a la implantación de la política de clemencia, se ha logrado que actualmente las decisiones de la Comisión Europa sean, en más de la mitad de los casos, relativas a cárteles lo que significa que se están destapando muchos más que anteriormente y que esto beneficia al mercado comunitario.

#### **4.2 Incorporación en el ordenamiento jurídico administrativo español a través de la Ley de Defensa de la Competencia**

En España, al igual que en el resto de sistemas normativos, la lucha contra los cárteles es una de las prioridades en materia de defensa de la competencia, por ello, las diferentes normativas reguladoras han ido incluyendo prohibiciones de las prácticas

colusorias. Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la LDC no haya habido mecanismos efectivos en la lucha contra los mismos<sup>23</sup>.

En 2007 los programas de clemencia se trasladaron al ámbito nacional, con la Ley de Defensa de la Competencia, de 3 de Junio, de 2007 donde se recoge esta figura en los art. 65 y 66, sin embargo no fue de aplicación efectiva hasta febrero de 2008<sup>24</sup>.

Aunque inspirado en el comunitario, el programa español poseía ciertas características propias, que le confieren mayor seguridad jurídica a las empresas que deciden cooperar con la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Cuando la LDC introdujo por primera vez en España, los programas de clemencia dotó a la autoridad competente, la CNMC, de mayores poderes de inspección y sanción que la autoridad Europea<sup>25</sup>.

Su introducción supuso que la CNMC se uniera a la red de autoridades europeas con programa de clemencia, fortaleciendo el sistema y garantizando una mejor cooperación en la lucha contra los cárteles<sup>26</sup>.

En los artículos 65 y 66 de la LDC los programas de clemencia se presentan como una exoneración o reducción del pago de la multa a la empresa o persona física que, habiendo participado en un cártel, denuncie su existencia y aporte pruebas suficientes y aptas para la investigación pertinente, realizada por la Comisión Nacional de la Competencia.

---

<sup>23</sup> Parte de los datos que aparecen en este epígrafe han sido extraídos del trabajo de VARELA GONZÁLEZ, J.A.: «Características y situación actual de la política de clemencia», Cuadernos europeos de Deusto, ISSN 1130-8354, N° 38, 2008, pp. 203-247.

<sup>24</sup> Fecha en la que entra en vigor el Real Decreto 261/2008 por el que se aprobaba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y que desarrolla lo establecido en la LDC en lo relativo al programa de clemencia en sus artículos 46 a 53. Puede considerarse algo tardía, si se compara con lo acontecido en otros países de nuestro entorno europeo. No obstante, este retraso permitió que el programa español de clemencia se beneficiara de la experiencia adquirida por otras autoridades de la competencia en el desarrollo de sus respectivos programas.

<sup>25</sup> La CNMC surge porque, en 2013, se decide unificar todos los organismos reguladores y de defensa de la competencia con el fin de garantizar la su independencia, incrementar la seguridad jurídica y aumentar su transparencia en beneficio de los consumidores y usuarios para garantizar una competencia dinámica y una regulación eficiente.

<sup>26</sup> La mayor parte de la información del presente epígrafe, el programa de clemencia en España, se extrae del trabajo de GUZMÁN ZAPATER, CLARA: «El “programa de clemencia” en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica», *Working Paper IE Law School*, AJ-8 188, 31 de julio de 2012, pp. 3-24.

El programa de clemencia, sin embargo, no fue aplicable hasta la entrada en vigor del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia<sup>27</sup>.

El programa de la LDC está basado en el sistema comunitario, que a su vez está basado en el programa de clemencia norteamericano. A pesar de que los programas de clemencia europeo y español comparten muchos rasgos en común como las características respecto al procedimiento, requisitos y porcentajes de reducciones, entre otros es preciso hacer referencia a los elementos diferenciadores<sup>28</sup>.

Podemos hablar por ejemplo, del concepto de “cartel”, en la Disposición adicional cuarta de la LDC encontramos un concepto de cártel más restrictivo que el que establece la Comisión Europea para el programa de clemencia europeo. Esto quiere decir que en el ámbito europeo hay mayor número de prácticas que se consideraría cártel y en consecuencia un mayor número de prácticas que podrían acogerse al programa de clemencia.

Otra de estas disidencias entre el programa español de la LDC y el europeo hace referencia a la aplicación del propio programa de clemencia. El programa de clemencia español es de aplicación tanto a personas jurídicas como a determinadas personas físicas que participen en la infracción (art. 63 LDC), en cambio el programa de la Comisión Europea de la Competencia solo va dirigido a empresas, no a sus empleados.

### **III-Sobre la incorporación de los programas de clemencia en el procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015**

#### **1. Introducción**

Tras toda una trayectoria en el ámbito europeo de la competencia, con sus reformas y mejoras y después de hacer el salto al ámbito nacional de la competencia, en 2016, esta figura (el programa de clemencia) abrirá sus puertas a todos aquellos que lleven a cabo

---

<sup>27</sup> Publicado en: «BOE» núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604 (30 págs.)

<sup>28</sup> BORREL ARQUÉ <<Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia>>

perjuicios contra el patrimonio de las Administraciones Públicas en el estado español <sup>29</sup>. Se empezará a aplicar en el procedimiento administrativo común donde cualquier ciudadano que cumpla los requisitos podrá optar al programa.

Hasta la llegada de la nueva 39/2015, los programas de clemencia solo eran conocidos en España por su función en el derecho sectorial como la competencia, y su importancia en el ámbito comunitario.

Ahora, se avecina una figura *a priori* conocida pero cuyos efectos sobre la sociedad desconocemos. La ley 39/2015 trae consigo los programas de clemencia en el procedimiento sancionador, para todos aquellos infractores que quieran eximirse de su sanción colaborando con la Administración.

La ley es muy parecida a su predecesora 30/92, en cuanto a contenido, está dividida en 133 artículos repartidos en seis títulos además de cinco disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una derogatoria y siete disposiciones finales. Una de las grandes novedades que aporta es la Administración electrónica y otra, a pesar de haber tenido un menor eco, son los programas de clemencia.

Concretamente se encuentran recogidos en el Capítulo II que hace referencia a “la iniciación del procedimiento”. Aún más concretamente en su sección segunda, y artículo 62 sobre el “inicio del procedimiento por denuncia”.

Es en este artículo se recogen los distintos tipos de inicio del procedimiento por parte del interesado.

Y dentro del artículo 62, es el apartado 4 el que presenta las características de la clemencia; En primer lugar nos cita los requisitos para que pueda llevarse a cabo la exoneración total de la sanción. El artículo también habla de los presupuestos para aquellos que no cumplan los requisitos y solamente tengan derecho a una reducción parcial de la sanción,

Además también encontramos dos requisitos *sine qua non* para ambos casos, tanto si se cumplen los requisitos generales y se opta a la exoneración total como si no se cumplen y se opta por la exoneración parcial<sup>30</sup>, en ambos casos el denunciante deberá haber

---

<sup>29</sup> Es el enunciado que recoge el artículo 62.4 de la ley 39/2015.

<sup>30</sup> Hay que dejar claro, que el denunciante tiene dos vías, por un lado, si cumple todos los requisitos que la ley exige y que hemos enumerado anteriormente, puede optar a la exoneración de la pena, por otro lado, en caso de no cumplir la totalidad de los requisitos exigidos, pero, si algunos de ellos y aportar información que tenga valor añadido (y esto es importante, porque de no aportar nada que la Administración no conozca, no contará como valor añadido) el denunciante podrá aferrarse a una reducción parcial. En cualquier caso, el denunciante debe haber cesado de su actividad y no haber destruido pruebas.

cesado en la participación de la infracción y no haber destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.

Posteriormente hablaremos del proceso parlamentario, es cierto que dicho proceso no es muy relevante en relación a este trabajo puesto que no se dice casi nada sobre este tema pero qué aun así nos servirá para tener un enfoque de la opinión de la Cámara. Además servirá para ver los problemas que se plantean en la Cámara y sus posibles soluciones.

## **2. La tramitación parlamentaria del precepto<sup>31</sup>**

En el proceso parlamentario hubo algunas intervenciones que hacían referencia al artículo que estudiamos, pero por lo general fueron propuestas con poco contenido y no muy importantes.

Concretamente el grupo parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA (enmienda número 115): La Izquierda Plural simplemente propuso una mejor reestructuración del artículo dividiendo el precepto tercero en dos y haciendo que el precepto cuarto pasara a ser el quinto cuya justificación es una mejora técnica<sup>32</sup>.

Por su parte, el grupo parlamentario socialista, también llevo a cabo una modificación del artículo<sup>33</sup> (enmienda número 306), añadiendo al texto original un quinto apartado proponiendo una regulación de la reducción de la sanción para aquellos casos en que no se pueda llevar a cabo la exoneración total. Modificación que no ha sido aplicada.

La postura del partido socialista proponiendo esta modificación se debe a que en su opinión, aunque el procedimiento de clemencia puede llegar a tener una gran utilidad en muchos ámbitos de actuación de las Administraciones públicas, también puede colisionar con lo dispuesto en las leyes sectoriales. Por ello dicen que “se considera necesario modular su extensión en el ámbito del procedimiento administrativo común y se apuesta por su graduación en cada una de las leyes sectoriales”.

---

<sup>31</sup> Toda la información acerca del seguimiento parlamentario ha sido extraída de la página web del Congreso. (en Bibliografía web)

<sup>32</sup> La justificación que aparece en el proceso parlamentario es la siguiente:” Mejora técnica. Se separan, formando un nuevo apartado 4, los párrafos segundo y tercero del apartado 3 del Proyecto, puesto que tratan cuestiones (exención o reducción de multas al denunciante que aporte pruebas) que nada tienen que ver con lo previsto en el primer párrafo del apartado 3. Adicionalmente, el apartado 4 del Proyecto pasa a ser el apartado 5. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-155-2 de 28/07/2015 Pág.: 1 Enmiendas e índice de enmiendas al articulado

<sup>33</sup> El apartado que pretendía añadir el partido socialista decía lo siguiente: “Las leyes sectoriales establecerán la graduación de las reducciones o exenciones previstas en este apartado.” BOCG. Senado Núm. 585\_3954 (Apartado I) de 25/08/2015 Pág.: 195 Enmiendas (Senado)

Tenemos una última enmienda del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) (enmienda número 359), cuyo objeto es la modificación del artículo y al igual que los otros grupos parlamentarios, propone la regulación de la extensión de esta figura en las leyes sectoriales.

Como podemos ver los programas de clemencia no tuvieron mucha trascendencia en la tramitación parlamentaria y poco se desprende de ella.

Como punto final a este apartado cabe añadir las dos propuestas de veto que se dieron en dicha tramitación parlamentaria.

Hemos de hacer especial referencia a las propuestas de veto núm. 1 y núm. 3 llevadas a cabo por el Grupo Parlamentario Mixto (GPMX)<sup>34</sup> y el el Grupo Parlamentario Entesa per Catalunya (GPEPC)<sup>35</sup> que tienen idéntico contenido. En ellas se critican bastantes preceptos de la ley, pero a nosotros en concreto nos interesa lo que se dice en relación al procedimiento sancionador de la 39/15:

«Con respecto al procedimiento administrativo sancionador, las modificaciones que introduce el Proyecto de Ley van en la misma línea de ir desvalorizando las garantías a partir del entendimiento, cada vez más dominante, de que el derecho administrativo sancionador ha de liberarse de las «rémoras» que suponen las «garantías» del proceso penal para hacer una acción administrativa eficaz. Esta es una de las cuestiones determinantes, máxime cuando las sanciones administrativas, aunque económicas, tienen muchas veces una entidad mayor que las sanciones penales y son más que suficientes para destrozarle la vida a mucha gente. Cualquier procedimiento sancionador debe respetar todas las garantías porque es un ejercicio del poder punitivo que hay que controlar y asegurar que no se vulneran derechos de los ciudadanos. No se pueden relativizar la culpabilidad, tipicidad o proporcionalidad en el procedimiento administrativo porque sentaría un precedente muy peligroso.

Por otro lado, el Proyecto de Ley desaprovecha la oportunidad de clarificar que es una denuncia y lo que no, lo que puede activar la acción administrativa y lo que no. En este punto hay una novedad importante trasladada de la ley de defensa de la competencia, con los llamados «programas de clemencia» que se extienden a toda la administración.

---

<sup>34</sup> Propuesta de veto GPMX núm. 1. BOCG. Senado Núm. 585\_3953 (Apartado I) de 25/08/2015 Pág.: 186  
Propuestas de veto (Senado)

<sup>35</sup> Propuesta de veto GPEPC núm. 3 BOCG. Senado Núm. 585\_3953 (Apartado I) de 25/08/2015 Pág.: 186  
Propuestas de veto (Senado)

Es una innovación muy peligrosa e inquisitorial, importada de EE.UU., con enormes riesgos que nuestro Grupo Parlamentario considera imprescindible suprimir. ».

Por lo que parece, no calaron muy hondo las propuestas de algunos Grupos Parlamentarios en la Cámara y el precepto finalmente ha quedado idéntico a como ya estaba en el Proyecto de Ley.

### 3. El dictamen del Consejo de Estado

En cuanto al Dictamen del Consejo de Estado 275/2015 de 29 de Abril de 2015<sup>36</sup> en cuyo texto, publicado en el BOE en su apartado 18 dice que la regulación del mecanismo de clemencia en su aplicación genérica en el procedimiento administrativo común, puede producir conflictos con lo que las leyes sectoriales, que ya venían aplicando este mecanismo de la clemencia, disponen en sus textos.

Y no solo “critica” en cierto modo la actual regulación de esta figura, sino que el dictamen además remarca que la actual regulación impide atender a las peculiaridades que por razón de materia puedan existir en los distintos casos y por ello recomienda mantener una regulación de este procedimiento de clemencia o *leniency* en la legislación sectorial.

« [...] 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».

Así pues vemos que el Consejo de Estado también tuvo ciertos aspectos que puntualizar dentro de este precepto, aspectos que por otra parte no se han modificado y siguen igual que cuando se presentó el Proyecto de Ley.

Por ello deberemos esperar a que llegue la entrada en vigor de la ley 39/2015 para ver qué ocurre con los programas de clemencia del procedimiento administrativo común y los programas de clemencia sectoriales, si colisionan, si por el contrario no lo hacen y se

---

<sup>36</sup>El dictamen 275/2015 de 29 de Abril de 2015 dice exactamente lo siguiente: “Sin desconocer la utilidad del procedimiento de clemencia en muchos de los ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas, es lo cierto que su regulación como mecanismo de aplicación genérica dentro del procedimiento administrativo común puede colisionar con lo dispuesto en las leyes sectoriales en las que se regula tal procedimiento (así, en la legislación sobre protección de datos, en la de defensa de la competencia o en el ámbito tributario).”

adaptan correctamente unos a los otros, si terminan teniendo un buen recibimiento y una buena adaptación en la sociedad o si finalmente acaban siendo un fracaso del legislador y un intento más por ejercer un control excesivo de los ciudadanos.

#### **4. El diseño de los programas de clemencia del art. 64.2 de la Ley 39/2015**

##### **4.1. Supuestos recogidos en la norma**

Profundizando más en materia y centrándonos únicamente en el programa de clemencia que recoge la ley 39/2015 es necesario un estudio exhaustivo del artículo en el que esta institución se encuentra recogida, concretamente el art. 62.4 de dicha ley que dice exactamente lo siguiente:

##### ***Artículo 62 Inicio del procedimiento por denuncia***

*«3. Cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento.*

*4. Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.*

*Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.*

*En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.<sup>37</sup> »*

Por lo tanto aquí tenemos un precepto que suscita prestar cierta atención para poder comprenderlo de una manera completa. En primer lugar, el artículo nos habla del denunciante, sujeto muy importante en esta figura, y de las infracciones que causen un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas.

Nos habla del caso concreto en el que el denunciante sea uno de los sujetos que ha participado en esa infracción de índole patrimonial para la Administración. Pero, añade que no debe ser el único porque otro de los requisitos de los que habla la norma es de que existan otros infractores, por lo que tenemos que un grupo de personas, de las cuales una es el denunciante, el que pone en conocimiento de la Administración los hechos acaecidos.

Ante esta situación el legislador propone el deber de eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería por aquella infracción llevada a cabo en grupo, por el hecho de ser el primero en aportar medios de prueba a la Administración que permitan que ésta pueda iniciar un procedimiento. Además el denunciante, y beneficiario de tal exención también deberá haber reparado el perjuicio causado.

Como último punto del precepto, la norma añade un párrafo más cuyo contenido va dirigido a aquel sujeto que no cumpla los requisitos del párrafo anterior, y propone, no una exención sino una reducción de la pena que le hubiese correspondido por la infracción llevada a cabo siempre y cuando aquellas pruebas que proporcione, aporten un valor añadido respecto de lo que ya tenga la Administración.

Así pues, tenemos una serie de requisitos que son los siguientes: que sea una infracción que cause un perjuicio patrimonial a la Administración, que haya varios sujetos infractores, que uno de ellos sea el denunciante y además sea el primero en aportar

---

<sup>37</sup> Texto extraído del artículo 62 de la ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/559951-1-39-2015-de-1-oct-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/559951-1-39-2015-de-1-oct-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones.html).

elementos de prueba suficientes para iniciar el procedimiento, sin olvidar que debe haber reparado el perjuicio causado.

Si todo esto se cumple, el sujeto infractor y denunciante podrá beneficiarse del programa de clemencia, por el contrario, la norma nos dice que si alguno de estos requisitos no se cumple, el resultado será la reducción de la sanción para el denunciante que aporte elementos de prueba que contengan un valor añadido.

A modo de resumen, puesto que en materia de requisitos profundizaremos en el siguiente apartado, podemos decir que el precepto se compone de dos supuestos, que se cumplan los requisitos, y se opte a la exoneración total, o que no se cumplan y se opte a la reducción únicamente.

#### **4.2. Requisitos exigible para la aplicación de la clemencia**

Dicho todo esto a modo de marco jurídico introductorio sobre esta figura sería conveniente hablar de con más profundidad de los requisitos<sup>38</sup> que componen los programas de clemencia y de aquellos rasgos que los definen.

Estos requisitos<sup>39</sup> que recoge la ley 39/2015 son menos concretos o menos excluyentes que los que recogen la LDC.

En primer lugar como ya hemos avanzado, se exige que el denunciante sea infractor y que dicha infracción produzca un perjuicio patrimonial a la administración, expresión que será objeto de estudio en el siguiente apartado del trabajo.

Además debe haber, evidentemente, otros infractores. El denunciante debe ser el primero que aporte pruebas en el procedimiento sancionador, esto es importante porque de no ser el primero, la 39/2015 no dice que pasa, si tiene derecho a exonerar la culpa o no, entendemos que ser el primero es uno de los requisitos para poder acogerse a la exoneración total y por lo tanto no serlo podría conllevar la reducción de su sanción. Todo esto sin obviar que los otros dos requisitos que se piden son que la Autoridad

---

<sup>38</sup> Los requisitos del programa de clemencia español han sido extraídas del trabajo de VIDAL MARTÍNEZ, P. (Uría y Menéndez): «Programas español y comunitario de clemencia», en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN. A., (dir) *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 323-356.

<sup>39</sup> La información referente a los comentarios sobre los requisitos que el artículo 64.2 exige ha sido extraída de una ponencia que dio Miguel CASINO RUBIO, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid y ex letrado del Tribunal Constitucional. Ponencia que tuvo lugar en el ISEL de Málaga.

competente en el momento de aportar las pruebas no tuviera elementos suficientes para iniciar el procedimiento y que además se haya reparado el daño causado.

En caso de que alguno de estos requisitos no se cumpla es cuando entra en juego ese “segundo nivel de clemencia”<sup>40</sup> mediante el cual no se producirá la exención total pero si la reducción de la sanción cuando el denunciante aporte un “valor añadido significativo”<sup>41</sup>, cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.

Esto es curioso porque vemos que no hay una ponderación de las circunstancias, *a priori* no es para nada una potestad discrecional donde el juez o la Administración pueden entrar a valorar el caso en concreto y sacar una conclusión. Más bien todo lo contrario, el legislador deja muy claro que es una potestad reglada y que cuando se cumplan los requisitos, el juez o la Administración “deberán” eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción.

Pero esto debe ser matizado puesto que el texto de la ley nos deja una serie de elementos que pueden dar lugar a la libre interpretación de la autoridad competente y que de esta forma entre en juego la capacidad para apreciar ciertos elementos por la Administración.

Podríamos decir que algunos de estos requisitos no son del todo claros, y ya no solo algunos requisitos, sino también las consecuencias de los mismos. Podríamos plantearnos el caso en el que un sujeto acude a la Autoridad para aportar sobre una infracción cometida, evidentemente se delata (autodelata), y la Administración considera que las pruebas q ha aportado no son relevantes. ¿Ha sido una “confesión” en vano? ¿Qué pasará con el sujeto ahora, ¿se iniciará un procedimiento contra el sin haber obtenido ningún beneficio?.

Es cierto que el artículo dice expresamente que no se aceptaran aquellas pruebas que no sean claras o que no aporten una información relevante a la hora de denunciar. Pero es probable que los ciudadanos no sepan que pruebas o que elementos posee la Administración, y en consecuencia no sepan si su aportación es útil para el caso o no.

Estos requisitos producen ambigüedad en el procedimiento, e inseguridad a la hora de participar en él. El precepto deja claro, que si se cumplen los requisitos la Autoridad

---

<sup>40</sup> Expresión utilizada por Miguel, CASINO RUBIO, “*La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida*”. DA, no 2, enero-diciembre 2015, ISSN: 1989-8983

<sup>41</sup> Aquí estamos probablemente ante otra de las incógnitas que nos presenta la redacción de este precepto, ¿Cuándo se considerará que tiene ese valor añadido y cuando no? ¿Estamos ante un concepto jurídico indeterminado?.

competente “deberá” eximir total o parcialmente dependiendo del caso. Pero el problema real en mi opinión radica en ese valor que las aportaciones deben tener puesto que si los elementos o pruebas que el infractor aporta no son suficientes que obtiene a cambio, ¿tiene algún derecho?

Viendo esto podemos afirmar que probablemente la potestad más discrecional y de mayor importancia que aquí tiene la Administración es la de interpretar y entrar a valorar el valor de las aportaciones de los ciudadanos ya que esto se convierte en un requisito *sine qua non* para que puedan entrar en juego los demás requisitos.

#### **4.2.1. La difícil interpretación del concepto de <<daños en el patrimonio de las AP>>**

Este apartado como ya hemos avanzado antes es uno de los que más dudas ha suscitado tanto entre la doctrina como en el procedimiento parlamentario. Es el artículo 62.3 (apartado anterior al que es objeto de estudio) el que recoge uno de los requisitos principales del precepto, que el perjuicio provocado sea al patrimonio de las Administraciones Públicas. Se vuelve relevante cuando en el apartado siguiente el legislador usa la expresión “una infracción de esta naturaleza”<sup>42</sup>.

Esto puede generar ciertas dudas respecto al ámbito de aplicación del procedimiento de clemencia, en el sentido de si alcanza a todo tipo de infracciones o solo a las que causen perjuicios en el patrimonio de las Administraciones públicas, previstas en el apartado 3.

Esta duda, ya fue planteada en el Dictamen 275/2015 al que ya hemos hecho referencia anteriormente y en el trámite parlamentario de manera que no es descartable que el legislador haya optado por restringir esta posibilidad a las infracciones que afecten al patrimonio de las Administraciones públicas.

De hecho, haciendo una interpretación literal del precepto, podemos presumir que probablemente se aplique solamente a las infracciones que afecten al patrimonio de la Administración. De cualquier forma la duda allí está y habremos de esperar a que esta ley entre en vigor para ver su real aplicación.

---

<sup>42</sup> La información referente a este párrafo y a los siguientes, se ha obtenido del documento “Principales novedades introducidas por las Leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las Administraciones públicas” Actualidad Jurídica Uría Méndez / 41-2015/ Pág. 88.

Aquí adquire fuerza el concepto de perjuicio patrimonial. El perjuicio patrimonial pasa necesariamente por la lesión de un derecho, que no deja de existir por la mera circunstancia de que se produzca un aumento o ganancia correlativa en otra posición del patrimonio<sup>43</sup>.

Es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente), o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima.

Por lo tanto, podemos entender que este programa de clemencia entrará en juego siempre y cuando el grupo de infractores lleve a cabo una conducta que

-o bien, menoscabe el patrimonio de la Administración Pública ya sea mediante la destrucción material (como sería la de mobiliario urbano) o haciendo que la Administración tenga que desplegar medios propios para salvaguardar una situación sobrevenida y provocada y eso le cueste un perjuicio patrimonial;

-o bien, no menoscabe el patrimonio de la Administración, pero evite que ciertas ganancias que iba a percibir no se den, como sería el caso de infracciones administrativas de carácter tributario que conllevan esa “privación patrimonial “para la Administración.

Sin embargo, en mi opinión, el legislador debería haber especificado un poco más para qué tipo de infracciones previó estos programas de clemencia.

#### **4.2.2. Conjunción del ejercicio reglado de la competencia con un amplio margen de discrecionalidad: crítica**

Una de las cosas que quedan claras en este artículo es que por muchos requisitos que el legislador requiera para poder optar al programa de clemencia, en la práctica podemos ver que es un precepto plagado de conceptos jurídicos indeterminados, que pueden ser

---

<sup>43</sup> Luis EMILIO ROJAS <<perjuicio patrimonial e imputación objetiva>> Universidad Alberto Hurtado

ambiguos tanto para la Administración como para el ciudadano a la hora de ser interpretados.

El primer punto importante recogido en este precepto cuarto del artículo 62 es ese “*deberá eximir al denunciante*”. Ya lo hemos comentado anteriormente, pero este punto me parece de gran relevancia puesto que el legislador deja muy claras sus intenciones. Parece que estemos hablando de un procedimiento automático en el que la apreciación de la Administración a la hora de aplicar la potestad clemente se ve reducida a la interpretación de ciertos aspectos.

4. *“Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento **deberá eximir al denunciante** del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado<sup>44</sup>.”*

El artículo nos dice que cuando ese infractor que es el primer denunciante en aportar pruebas cumpla el resto de requisitos (tomando como primer requisito lo de ser el primer denunciante) la Administración deberá exonerar de cualquier tipo de sanción al sujeto infractor.

Vemos como este precepto tiene un fuerte carácter reglado, el legislador establece una serie de requisitos que si se cumplen todos tienen una consecuencia concreta, la exoneración de la sanción.

La importancia de la Administración vemos que radica en la interpretación de los requisitos, ser el primero, que los elementos de prueba aportados por el denunciante permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, que se repare el perjuicio causado y que no se tenga elementos de prueba suficientes en ese momento. En caso de que alguno de estos se considere no cumplido se pasará al segundo nivel de clemencia.

Una vez queda descartado este primer nivel de clemencia, entra en juego el segundo nivel, el de la exoneración. Aquí el legislador solamente establece un requisito para el

---

<sup>44</sup> Precepto extraído del artículo 62.4 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

caso de que no se cumpliera ninguno de los primeros. Se pide que el denunciante aporte pruebas o elementos con “un valor añadido”.

*“Asimismo, el órgano competente para resolver **deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.**”*

Este caso lo hemos comentado anteriormente, aquí la Administración tiene una gran responsabilidad a la hora de decidir si esa información realmente tiene ese valor añadido o no. Una responsabilidad que es incluso aun mayor que en el primer párrafo del precepto puesto que si el infractor no cumple los primeros requisitos, puede optar a ese “segundo nivel”, pero si en este segundo nivel no cumple el requisito del valor añadido, no le queda nada más a lo que acogerse.

Otro aspecto que comentar es el caso de optar a la reducción parcial de la sanción. El legislador no da ninguna pista ni deja entre ver qué cantidad de la sanción se deberá reducir. Recordemos que en el ámbito de la competencia, la LDC recoge el porcentaje de reducción<sup>45</sup> de la multa para aquellos que no siendo los primeros en aportar pruebas relevantes aporten a la Administración igualmente algo nuevo.

A este asunto ya hizo referencia el Consejo de Estado y además fue debatido en el proceso parlamentario. Tanto en el Consejo como en el Parlamento se propuso la opción de que en este caso en concreto, la Administración se sirviera de la normativa sectorial (como la LDC) para completar los vacíos. Opción que coincide con la que parte de la doctrina ha propuesto como solución a este problema.

Esto puede volverse un poco confuso, porque si la ley no dice cuanto reducir una sanción, y finalmente no se aplica la normativa sectorial para completar, se entiende que se deja en manos de la Administración esa cuantificación de la exoneración,

---

<sup>45</sup> La Ley de Defensa de la Competencia recoge en su artículo 66 apartado segundo lo siguiente: “ El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla: **a)** La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento. **b)** La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento. **c)** Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa.”

entendiendo que será la propia Administración la que con su criterio y juicio deberá tomar una decisión respecto a esta incógnita que la ley nos presenta. Evidentemente, esto puede producir arbitrariedad, conflictos entre perjudicados y como no un perjuicio para la seguridad jurídica.

Cabe decir, que probablemente esta institución en la práctica tendrá una aplicación más reducida y a la vez menos efectiva que en el ámbito de la competencia ya que por lo general las infracciones administrativas no suelen tener un componente colectivo sino más bien individual o personal.<sup>46</sup>

Está claro que no es lo mismo la defensa de la competencia que la sanción de infracciones, por mucho que formen parte del gran mundo que representa el derecho administrativo, en la práctica, no se parecen en exceso como para utilizar los mismos mecanismos para luchar contra las infracciones.

Una cosa es las herramientas que pueda llegar a utilizar la Comisión Nacional de la Competencia en su lucha por un mercado justo, contra las grandes empresas y multinacionales, que recordemos que tienen gran cantidad de recursos y de medios para intentar que su negocio sea lo más rentable posible (estamos hablando de herramientas que puedan “romper” esa libre competencia, como serían por ejemplo los pactos colusorios). Pero otra muy diferente, según CASINO RUBIO, es <<este mecanismo, que trasladado sin ningún tipo de matices a cualquier infracción<sup>47</sup>, no tiene mucho sentido>>, y lo cierto es que parece que nadie se haya planteado una aplicación realista de este mecanismo en el ámbito del derecho administrativo común.

Como último punto que dejar patente hablaremos de las dificultades que pueden causar los requisitos que este artículo contiene. La ley pide ser el primero en denunciar la infracción, y además tiene que aportar elementos de prueba de los cuales no disponga la Administración, si no se cumple este requisito, podría plantearse la reducción en vez de la exoneración, pero también se exige en este caso, que se aporten unas pruebas que tengan un valor añadido, de las que ya disponga la administración.

---

<sup>46</sup> La información ha sido extraída de FETEIA-OLTRA – JUR.-F-01/16, “Comentario sobre la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

<sup>47</sup> Miguel CASINO RUBIO: Jornadas sobre “ el nuevo Procedimiento Administrativo Común” que tuvieron lugar en el Instituto Superior de Economía Local (ISEL), entidad de formación para la Administración Pública perteneciente al Área de Economía de la Diputación de Málaga, que tuvo lugar el 18 de febrero de 2016.

Podríamos decir que estamos <<ante una lluvia de conceptos jurídicos indeterminados [...] que configuran una figura de la delación que confiesa la incapacidad del propio sistema sancionador del poder público<sup>48</sup>>>.

## **5. Crítica a la configuración de los programas de clemencia de la Ley 39/2015**

Este precepto, añadido como nuevo en la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común, se ha acuñado bajo el amparo de una Cámara con mayoría absoluta, donde parece que “deprisa y corriendo” se ha elaborado un programa para permitir que la Administración pueda sancionar más a los ciudadanos y en ningún momento ha rendido cuentas ni ha habido el mínimo esfuerzo por matizar un poco este precepto que permitiera una mejor interpretación y más acorde con la sociedad y el ámbito en el que se pretende aplicar.

Si repasamos un poco todos aquellos elementos que pueden inducir a error vemos que en primer lugar, y corresponde al apartado del 62.3, es el concepto y contexto de “perjuicio patrimonial de la administración”. Como ya hemos dicho entendemos que es perjuicio en sentido amplio, tanto directo como indirecto, tanto un coste como un lucro cesante.

En cierto modo me sorprende, que siendo una figura que puede tener una repercusión social bastante notoria, haya tenido un tratamiento tan pobre por la doctrina administrativista, que en gran parte se ha dedicado a comentar otros aspectos de la Ley 39/2015 que parecen ser más novedosos e impactantes como la administración electrónica entre otros.

Como se ha explicado anteriormente, tanto algunos Grupos Parlamentarios como el Consejo de Estado propuso modificaciones y especificaciones para el precepto pidiendo entre otras cosas una mejor redacción del mismo, más ordenado y mejor estructurado, añadir un apartado más proponiendo alguna forma de complementar el artículo para que no hubiese tantos vacíos o llamar a la legislación sectorial como forma de complementar.

Pero todo esto se quedó en el olvido, la poca parte de la doctrina que ha hablado y comentado este precepto también ha propuesto el uso de la normativa sectorial por ejemplo para solucionar el problema de las cantidades de reducción de multa en caso de

---

<sup>48</sup> (vid. Supra)

no cumplir los requisitos que la nueva Ley de Procedimiento Administrativo no recoge. Aun así tenemos una figura que necesita un retoque y no sabemos cómo funcionara en el ámbito que se va a aplicar.

Esta lluvia de conceptos jurídicos indeterminados nos dejan entrever que evidentemente la administración va a tener cierto margen de discrecionalidad en cuanto a ciertos aspectos y que quizás va a tener más que decir de lo que se cree.

Teniendo en cuenta el hecho de ser el primero como un requisito, podemos entender que el segundo, tercero y sucesivos que denuncien no cumplen este requisito de ser el primero pero quizás los otros (requisitos) sí. Por lo tanto se puede entender que podrían obtener la reducción de la sanción, que no sabemos cuál es pero que supongo, acabará siendo complementada por la normativa sectorial, como la LDC.

Otro aspecto que me gustaría comentar es la infracción en sí. ¿Estamos hablando de infracciones que ya han sido realizadas, o por otra parte deben ser infracciones que todavía se estén cometiendo? (como ocurriría con los carteles). Esta es una cuestión que no se resuelve en el precepto y que da gran margen a la hora de interpretar lo que el propio artículo establece.

En definitiva, esta figura, es solo un peldaño más en la creciente penalización del derecho administrativo que como ya hemos dicho, esconde las carencias de la Administrador para ejercer un control eficaz de la sociedad. Promoviendo las denuncias entre conocidos, las denuncias falsas que no benefician a nadie o los intercambios de información poco contrastados para conseguir beneficios procesales y patrimoniales. Además de rencillas dentro de la sociedad, fomentar la desconfianza. Y todo esto a cambio de una administración más encima de la gente, con un mayor control y capacidad para sancionar.

En parte, es un complemento perfecto a la Ley de Seguridad Ciudadana, la llamada “Ley Mordaza” y su enumeración de infracciones, algunas de las cuales procedentes del ámbito penal, que ahora, no solo ya no son delitos, sino que son infracciones que la administración incentiva a que sean delatadas. Tal como dice CASINO RUBIO, <<se va a acabar utilizando la denuncia como un arma arrojadiza>><sup>49</sup>.

En mi opinión no son negativos los programas de clemencia, ni mucho menos, vemos cómo funcionan en el ámbito de la competencia, ayudando a la CNMC y a la Comisión europea en su lucha contra las prácticas anticompetitivas que debilitan los mercados

---

<sup>49</sup> CASINO RUBIO.(2015) “La potestad Sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida

(más si cabe) y afectan muy negativamente a la economía de los estados que se refleja posteriormente en la sociedad.

También vemos como la confesión, en el ámbito penal funciona, pero aquí no estamos ni “combatiendo” a las grandes multinacionales, ni persiguiendo delitos, estamos hablando de infracciones administrativas como podría ser, por poner un ejemplo, dañar algún elemento público colectivamente.

Y mediante mecanismos como este, vemos como la sociedad poco a poco se va convirtiendo en una sociedad más controlada, con más tipos de infracciones, sanciones más duras, en la que pasas por un procedimiento administrativo por lo que antes pasabas por uno penal, con toda la reducción de garantías que eso supone<sup>50</sup>.

Veremos cómo se llevan a cabo estos programas de clemencia, si su aplicación es posible en el contexto que se pretende, como afectarán a la sociedad, como decidirá finalmente el legislador llenar las lagunas y vacíos que ha dejado en la ley 39/2015, mediante legislación sectorial tal como ha propuesto la doctrina, el Consejo de Estado y algunos Grupos Parlamentarios, solución que me parece acertada para el caso en cuestión. O por el contrario se concederá a la Administración cierto margen de discrecionalidad para poder interpretar todo aquello que dé lugar a dudas sobre el precepto. En cualquier caso, hasta su entrada en vigor en Octubre de 2016 no lo sabremos.

#### **IV-Conclusiones**

Como ya hemos dicho anteriormente, los programas de clemencia giran en torno al principio de que no existe honor entre los ladrones. Esta figura tiene su origen en el derecho penal aunque es muy similar a los programas de clemencia que contiene los arts. 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y que desarrollaron luego los arts. 46 a 53 de su Reglamento (aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero). Lo cierto es que son sectores donde ha funcionado correctamente y se han obtenido resultados muy positivos tras su aplicación.

Sin embargo aquí surgen ciertos inconvenientes. En primer lugar, el llamado programa de clemencia de la LDC a diferencia del que recoge la 39/2015 tiene un ámbito de

---

<sup>50</sup> La STS de 21 de febrero de 2006(Ar. 792): “los procedimiento administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requiere”.

actuación más reducido y concreto, la lucha contra los cárteles, y está pensado para descubrir aquellas prácticas que en principio son difíciles de dismantelar<sup>51</sup>. Esto ha sido una de las claves a la hora de su aplicación y de obtener buenos resultados. Por el contrario la figura que recoge la 39/2015 no tiene ningún matiz, ni un ámbito claro de aplicación (más allá de infracciones administrativas que conlleven un perjuicio a la Administración) ni un objetivo concreto.

Cierto es que su pretensión es interesante, “el descubrimiento y el castigo de todos los ilícitos administrativos que diariamente se comenten”<sup>52</sup> a la par que difícil de alcanzar. Principalmente porque entra en conflicto con el principio de oportunidad, característico del derecho Administrativo Sancionador. En el derecho sancionador no existe esa obligación de perseguir todos los ilícitos administrativos como si de delitos se trataran.

Esto conlleva algo de lo que ya hemos hablado durante el trabajo, una continua penalización del derecho administrativo sancionador. Significa que cada vez más se van incorporando al ordenamiento del derecho sancionador, figuras y características del marco penal que van convirtiendo la potestad sancionadora en una potestad única, donde parece que el derecho administrativo sancionador sea “el hermano pequeño” del derecho penal para aquellas infracciones menos graves, consiguiendo así una continua consolidación de un *ius puniendi* único.

En consecuencia esta continua “penalización” del derecho administrativo Sancionador conlleva una pérdida de garantías para el ciudadano. Pongamos como ejemplo el caso de “antiguas faltas” del derecho penal que con la entrada en vigor de la Ley 4/2015 de seguridad ciudadana (ley mordaza) han pasado a ser infracciones administrativas. En este caso, el ciudadano en primera instancia ya no tiene opción de un juicio, ahora debe conformarse con una resolución de la Administración y posteriormente ya acudir a un juicio contencioso-administrativo.

Además la cuantía de las sanciones no son inferiores por ser infracciones, en concreto, el hecho de que sean infracciones y no faltas conlleva que a la hora de calcular la

---

<sup>51</sup> A. RAMOS GÓMEZ y E. CABRERA MAQUEDA, “El programa español de clemencia, análisis y cuestiones prácticas”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2, 2008, pp. 5 y ss.;

<sup>52</sup> CASINO RUBIO.(2015) “La potestad Sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida”;

cuantía, a diferencia de en el procedimiento penal, no se tenga en cuenta la capacidad económica del infractor.

Podemos decir también que estos “programas de clemencia” que pretenden aplicarse en el procedimiento administrativo común, pueden fomentar rencillas entre ciudadanos, el abuso de la denuncia como forma de solucionar los problemas ante ciertas situaciones además del fomento de la traición entre ciudadanos. En mi opinión es una herramienta un tanto inmoral.

Lo cierto es que no estamos ante delincuentes que deban confesar sus crímenes ni ante grandes multinacionales que arrasan la economía a lomos de un capitalismo feroz. Estamos hablando de ciudadanos que en algún momento han infringido el ordenamiento administrativo. Y el legislador debería haber acotado el marco de actuación de esta figura, puesto que así sin ningún límite parece un mecanismo fruto de un proceso de “endurecimiento” del ordenamiento jurídico.

Con el paso de los años, vemos como cada vez hay más conductas que son sancionables independientemente de a que ámbito se traten, cuyas sanciones a su vez han aumentado en relación a las que tenían años atrás por la misma conducta. Más conductas sancionables, sanciones mayores, mecanismos que ayuden al Estado a poder sancionar, menos garantías en los procedimientos, y en consecuencia un mayor control social.

En mi opinión, los programas de clemencia de la 39/2015 son un claro ejemplo de la incapacidad del Estado para controlar la situación social sin utilizar conductas que lo conviertan en un estado excesivamente punitivo, utilizando a los ciudadanos “como aliados delatores” para poder sancionar el máximo número posible de conductas.

## **V-Bibliografía**

### **Bibliografía Especializada**

REBOLLO PUIG, Manuel; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio M<sup>a</sup> (2010) “ Derecho Administrativo Sancionador”.

ALEJANDRO NIETO (2012): “Derecho Administrativo Sancionador” quinta edición

MARTÍN REBOLLO, Luís (2015): (comentario) “Régimen Jurídico del Sector Público Y procedimiento Administrativo Común”. *Civitas*

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia (2007): “El procedimiento Administrativo Sancionador y los derechos fundamentales” *Civitas*

RIVEIRA ORTEGO, Ricardo; CALVO SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Dolores; FERNANDO PABLO, Marcos (2016): “Instituciones del procedimiento administrativo común”.

### **Revistas Jurídicas**

Revista Aranzadi Doctrinal 11, Diciembre 2015, pp. 51-57 “Reflexiones sobre la ley 39/2015 del 1 de Octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: Hacia una nueva posición de los ciudadanos en el procedimiento”. Federico ROMERO GÓMEZ.

Carta Tributaria, Revista de opinión, Noviembre 2015 nº 8, pp. 110-115 “Las claves de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE 2 de octubre de 2015). Fuente: Redacción Wolters Kluwer.

### **Trabajos**

BORRELL ARQUÉ (2014): “Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia”.

CASINO RUBIO, Miguel (2015):” La Potestad Sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida”.

VARELA GONZÁLEZ, J.A. :(2008) “Características y situación actual de la política de clemencia”, Cuadernos europeos de Deusto, ISSN 1130-8354, Nº 38, 2008, pp. 203-247.

URÍA MENÉNDEZ (2015): “Principales novedades en introducidas por las leyes 39/2015 y 40/2015 en materia de procedimiento administrativo común y régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. pp. 85-95

PUENTE GUERRA, Germán (2014-2015): Trabajo de Fin de Grado “Los Programas de la competencia en el Derecho de la Competencia” p.14-20

GUZMÁN ZAPATER, Clara (2012): «El “programa de clemencia” en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica», *Working Paper IE Law School*, AJ-8 188, 31 de julio de 2012, pp. 3-24.

VIDAL MARTÍNEZ, P. (Uría y Menéndez)(2009): «Programas español y comunitario de clemencia», en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN. A., (dir) *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 323-356.

ROJAS, Emilio (2014): “perjuicio patrimonial e imputación objetiva” Universidad Alberto Hurtado, Chile.

FETEIA-OLTRA – JUR.-F-01/16 (2016), “Comentario sobre la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

VIDA HERNANDEZ, José: “Las sanciones administrativas (1): concepto y elementos”

### **Bibliografía Web**

PáginaWebCongreso:[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=%28121%2F000155\\*.NDOC.%29](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=%28121%2F000155*.NDOC.%29)

Página web del blog CNMC: <https://blog.cnmc.es/2016/02/19/que-es-un-cartel/>

Noticias Jurídicas: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/559951-1-39-2015-de-1-oct-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/559951-1-39-2015-de-1-oct-procedimiento-administrativo-comun-de-las-administraciones.html)