

# INSTITUCIONES SUSTANTIVAS EN LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO:

## LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA, LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EL NUEVO RÉGIMEN DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS\*

JAVIER GARCÍA LUENGO\*\*

### I. INTRODUCCIÓN. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

El presente trabajo aborda las novedades en la regulación sustantiva de tres instituciones (la potestad sancionadora, la responsabilidad extracontractual y los convenios administrativos) que ha supuesto la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen jurídico del Sector Público. Se trata de tres instituciones heterogéneas cuya incorporación a una Ley principalmente organizativa esconde en buena medida un notable déficit en su regulación que habría merecido un mayor desarrollo por el legislador general.

De hecho, centrándonos ya en la primera de dichas instituciones, la Ley 40/2015 regula únicamente los principios materiales de la potestad sancionadora habiéndose desplazado toda la regulación adjetiva o procedimental a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta nueva sistemática de la Ley aunque supone desgajar la regulación básica de la potestad sancionadora en dos normas es, no obstante, mejor que la que se preveía en el anteproyecto que entremezclaba los principios entre la regulación segmentaria que la Ley 39/2015 hoy hace del procedimiento sanciona-

dor creando todavía más confusión como denunció el Consejo de Estado en su dictamen de 29 de abril de 2015 (expediente 274/2014), aunque la única solución razonable hubiese sido dictar una Ley General sobre la potestad sancionadora que desarrollase adecuadamente una materia tan relevante<sup>1</sup>.

La nueva regulación puede ser considerada continuista en su contenido ya que muchas de las novedades han consistido en asumir soluciones ya propugnadas por la jurisprudencia o que estaban en normas sectoriales. Sin embargo llama la atención la notable ampliación del ámbito de aplicación de los principios del Derecho Administrativo sancionador.

En efecto, mientras el artículo 127.3 de la Ley 30/1992, señalaba que *“las disposiciones de este Título [la regulación de la potestad sancionadora] no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”*. La nueva Ley 40/2015 realiza un cambio bastante importante en sus efectos porque si bien mantiene, en el artículo 25.4, fuera del ámbito de aplicación de los principios del Derecho Administrativo sancionador a las relaciones contractuales (y, como novedad, a las que resulten de la aplicación de la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas), integra plenamente la potestad disciplinaria en dicho ámbito.

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto FC-15 GRUPIN14-039 del Plan Regional de Investigación del Principado de Asturias.

\*\* Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo (acreditado a Catedrático)

<sup>1</sup> Al respecto, es necesario remitirse a las acertadas y brillantes consideraciones de CANO CAMPOS, T., “La potestad sancionadora de la Administración: Una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, *DA*, 2015, núm.2 nueva época, apartado 1 (consultado en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&top=view&path%5B%5D=691>). Ya antes, CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 82 y sigs.



En concreto el nuevo artículo 25.3 dispone que: “Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.”

Las consecuencias de este precepto son muy importantes porque supone, por ejemplo, la imposición del principio de legalidad en todo su alcance en un ámbito donde su imperio no estaba en absoluto asegurado y constituye una vuelta de tuerca más en el fin de la teoría de las relaciones de especial sujeción –algo que, en contra de la opinión del Consejo de Estado, nos parece no sólo plausible sino constitucionalmente obligado y un paso adelante en la línea correcta que debe llevar a la teoría de las relaciones de especial situación a su debido lugar que no es otro que la historia del Derecho<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Es notable que en su país de origen, Alemania, esta teoría haya sido negada en la decisiva Sentencia del Tribunal Constitucional, Bundesverfassungsgericht, de 14 de marzo de 1972 (BVerfGE 33, 1) y desde entonces progresivamente arrinconada a pesar de la resistencia de algún sector doctrinal en un proceso que debe conducir directamente a situar esta doctrina en el pasado. Para una referencia precisa a esta evolución y a la necesidad de superar este planteamiento puede verse MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18ª edic., C.H. Beck, 2011, págs. 135 y sigs. (§ 6.24 y sigs.) y 189 y sigs. (§ 8.27 y sigs.) Esta posición está plenamente justificada sencillamente porque las relaciones especiales al convertir al sujeto a las mismas en una parte de la organización administrativa, cosifican a una persona y nada puede ser más contrario a la esencia misma del Estado del Derecho en el que nadie puede ser considerado un medio para cualesquiera otros fines. Por otra parte, la doctrina es además superflua porque todas las limitaciones a los derechos fundamentales o al principio de legalidad tienen que tener hoy una habilitación constitucional específica que no se puede derivar de una cláusula general. El panorama entre nosotros dista, tanto desde un punto de vista dogmático como jurisprudencial, de ser satisfactorio, puede consultarse la visión de conjunto actualizada que ofrece NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edic., Tecnos, Madrid, págs. 184 y sigs.

La relevancia de esta modificación y su calado se aprecia con sólo reparar en sus efectos sobre la aplicación del principio de legalidad.

En efecto el Estatuto Básico del Empleado Público aunque supuso un avance destacable en el sometimiento de la potestad disciplinaria de los funcionarios públicos a la Ley formal ya que imponía la tipificación legal de las infracciones graves y muy graves, permitía todavía la tipificación por reglamento de infracciones leves ya que para su establecimiento bastaba la “predeterminación normativa”, según el artículo 94.2.a) del EBEP, situación que se aparta aún más de las exigencias del principio de legalidad en lo que respecta al personal laboral en el que basta, según el mismo precepto, que las infracciones se tipifiquen en un simple convenio colectivo<sup>3</sup>.

Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015 será imposible sostener este tipo de tipificaciones por normas o instrumentos infralegales ya que el principio de legalidad como veremos más abajo sólo admite un matiz, desgraciadamente consagrado por una mala jurisprudencia constitucional, con relación a la tipificación por medio de ordenanzas locales.

No obstante, en un alarde de incoherencia pocos días después de la publicación de la Ley 30/2015 se publicó el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba

<sup>3</sup> El citado precepto establecía que: “2. La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios:

a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.”

el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público –TREBEP– y en dicha norma se mantiene el artículo 94.2.a) con su redacción original. Esta situación es todavía más llamativa si se tiene en cuenta que hay al menos una Disposición del TREBEP se contiene normas transitorias para su adaptación a la Ley 40/2015<sup>4</sup> pero nada se dice de qué sucederá con el texto aprobado con posterioridad a la misma cuando ésta última entre en vigor.

Lo razonable es entender que el mandato de refundición no implicaba la modificación de una norma que todavía estaba vigente, y por lo tanto habría que estar a la nueva regulación de la Ley 40/2015, pero no hubiese estado de mas aclarar la cuestión en una Disposición Transitoria y garantiza así mayor seguridad jurídica en una norma que, por su contenido ciertamente revolucionario, puede tener problemas para su pleno desarrollo y que afecta a piezas tan importantes del sistema como el principio de legalidad.

### 1º.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La formulación general del principio de legalidad en la nueva normativa se encuentra en el artículo 25.1 de la Ley 40/2015<sup>5</sup> cuya regulación debe ser criticada no por introducir modificación alguna sino por continuista, al mantener la particular versión del principio de legalidad introducida en la reforma de 2003 de la legislación de régimen local y por lo tanto consagrar una anomalía constitucional por más que el Tribunal Constitucional consagrarse, aun antes de dicha reforma, el que se pudiesen fijar sanciones e infracciones por ordenanza local partiendo de unos criterios muy amplios establecidos en la Ley de Bases de Régimen Local a partir de la Ley 17/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del régimen local<sup>6</sup>.

Esta quiebra a la legalidad no tiene justificación dogmática alguna ya que los plenos de los Ayuntamientos tienen una legitimación democrática menor que la que pueda tener cualquier Parlamento autonómico o estatal ya que les falta la debida “distancia” a los intereses<sup>7</sup> (por más que puedan estar elegidos por cientos de miles de personas) ya que las comunidades locales rara vez responden a la pluralidad presente en la sociedad e incluso una gran ciudad puede concentrar en el término municipal un tipo de población determinado (de mayor edad o

poder adquisitivo) mientras que otra parte de la población vive de hecho en otras localidades próximas (población más joven o con menor poder adquisitivo), lo que distorsiona el proceso democrático<sup>8</sup>.

La vertiente “competencial” del principio de legalidad se aborda en el apartado segundo del mismo artículo 25 que señala que “El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.” Este precepto a pesar de su contundencia no evita, como ya ocurría con la Ley 30/1992 desde la reforma operada por la Ley 4/1999, que se pueda delegar la potestad sancionadora o incluso, y esto es una novedad de la Ley 40/2015 se puede delegar la firma cuando se ejerce dicha potestad (el nuevo artículo 12 suprime el apartado 4 de su antecesor el artículo 16 de la Ley 30/1992 que prohibía la delegación de la firma en resoluciones de carácter sancionador). Se alegrará que la delegación o la delegación de firma no suponen transmisión de la potestad sino de su ejercicio, lo que es cierto pero en la práctica el sancionado de hecho por un órgano distinto del fijado por la Ley no reparará en semejante sutileza. ¿En qué queda entonces en la práctica la enfática afirmación de la vertiente competencial del principio de legalidad?

<sup>8</sup> Compartimos por lo tanto la posición crítica que sobre este particular viene manteniendo, entre otros, HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, especialmente, págs.374 y sigs. Para una posición favorable a la evolución normativa y jurisprudencial en esta materia, NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., esp., págs. 303 y sigs.



<sup>4</sup> Así, la disposición transitoria séptima del TREBEP bajo el título “referencia a los Organismos Reguladores” señala que: “Hasta que se produzca la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las previsiones contenidas en la disposición adicional cuarta de esta ley se entenderán referidas a los organismos reguladores de la disposición adicional décima, 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.”

<sup>5</sup> El precepto citado señala que: “La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.”

<sup>6</sup> Para la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la normativa sobre el tema me remito a la excelente exposición de BUENO ARMIGO, A., “El principio de legalidad sancionadora (I): La reserva de Ley”, en la obra colectiva, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIGO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 113 y sigs., en concreto, págs. 139 y sigs.

<sup>7</sup> En tal sentido, SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 101 de la traducción dirigida por el Prof. JAVIER BARNÉS.

## 2º.- PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras está consagrado en el artículo 26.1 de la Ley 40/2015 en los mismos términos que lo hacía el artículo 128.1 de la Ley 30/1992: “Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa”.

Sin embargo, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras en lo favorable encuentra una notable ampliación en el apartado 2 del mismo artículo 26 pues no sólo se extiende más allá del presunto infractor sino al propio infractor –es decir al ya sancionado– y “tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición”.

En parte se acoge así un planteamiento ya acogido por la jurisprudencia porque el Tribunal Supremo ya venía reconociendo<sup>9</sup> que los nuevos plazos de prescripción se aplicaban retroactivamente si eran más beneficiosos (por ejemplo, STS de 15 de octubre de 2009, Rec. 4493/2003), con ello se equipara también el régimen de las sanciones administrativas con el de las penales, ámbito en el que según el artículo 2.2 del Código Penal el efecto retroactivo de lo favorable alcanza a quien, condenado por sentencia firme, está todavía cumpliendo condena.

El problema se plantea aquí a la hora de determinar cómo se va a canalizar el derecho del particular a que se le aplique la norma más favorable ya que la Administración ha dictado un acto administrativo sancionador válido y la ley no establece una obligación de revocar los actos desfavorables para el particular en caso alguno. Dejar la reacción a la solicitud del particular plantea el problema de que la revocación no prevé su ejercicio de oficio ni siquiera en estos casos, aunque estamos convencidos que una solicitud de revocación formulada para que se deje sin efecto una sanción por retroactividad de una norma más favorable debe ser generalmente atendida ya que por más que la revocación de los actos desfavorables sea discrecional aquí dicha discrecionalidad se habría extinguido a partir de la nueva Ley favorable<sup>10</sup>.

Será además muy frecuente que los órganos encargados de la gestión tributaria en las distintas administraciones ejecuten “ciegamente” las sanciones planteadas en estos casos ya que no tendrán normalmente un seguimiento de las reformas y circunstancias propias de la decisión sustantiva que están ejecutando, por lo que será necesario para el particular impugnar los actos de ejecución con el problema, ciertamente grave, de que tampoco habrá generalmente causa de oposición a una providencia de apremio –salvo tal vez la prescripción cuando resulte aplicable por el caso antes referido de una reducción de los plazos de prescripción de la sanción– que encaje en este supuesto.

<sup>9</sup> Vid., CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, cit., pág. 148.

<sup>10</sup> Así lo entiende la doctrina alemana en general para los supuestos de modificaciones normativas que mejoran la situación de quienes están sometidos a potestades de gravamen. Vid., por ejemplo, MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 126 (§ 11.52).

Estas cuestiones son particularmente acuciantes y no encuentran solución alguna en la Ley que debería haber tomado alguna decisión sobre ellas.

## 3º.- PRINCIPIO DE TIPICIDAD

El artículo 27<sup>11</sup> de la Ley 40/2015 recoge, supuestamente, el principio de tipicidad con la misma redacción sustancial que al anterior artículo 129 de la Ley 30/1992, con lo que en realidad sigue nuestra regulación general sin establecer garantías que aseguren la virtualidad del principio de tipicidad en nuestro sistema porque la verdadera esencia del mismo es la prohibición de normas sancionadoras genéricas, que describan las conductas tipificadas o las sanciones con laxitud creando inseguridad jurídica.

En realidad de todo el contenido del artículo 27, que se limita realmente a reiterar el contenido del principio de legalidad, sólo la prohibición de analogía es plenamente coherente con las exigencias del principio de tipicidad y no es que estos tiempos sean especialmente propicios para la adecuada tipicidad de las infracciones administrativas. Se pueden encontrar normas recientes que parecen convertir toda contravención de un sector completo del sistema en un tipo sancionador sin molestarse en identificar concretamente a qué conductas se está refiriendo.

Así, por citar sólo dos ejemplos, para la letra f) del artículo 192.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas constituye una infracción leve “[c]ualquier otro incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley” y para el artículo 11.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social Infracciones leves, son infracciones leves, “[l]as que supongan incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores”.

Se podrá alegar que frente a la proliferación de estas normas sancionadoras completamente abiertas y de dudosa constitucional poco se puede hacer desde una Ley general, pero al menos se podría dar más desarrollo al principio de tipicidad empezando por fijar una definición legal del mismo y de las exigencias de seguridad jurídica que debe tener presente el legislador sectorial al fijar los tipos y las sanciones.

<sup>11</sup> “1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.”

#### 4º.- PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El artículo 28 de la Ley 40/2015, que regula el principio de responsabilidad introduce importantes novedades sobre su predecesor el artículo 130 de la Ley 30/1992.

En primer lugar amplía, con carácter general, el ámbito subjetivo de la responsabilidad ya que incluye no sólo a las personas físicas y jurídicas sino también, “cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, [a] los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos”.

Como ya ha destacado el Profesor PIZARRO NEVADO esta novedad en la norma general<sup>12</sup> puede entrañar peligros ya que supone una distinción artificiosa entre la persona responsable y el patrimonio que ha de responder<sup>13</sup>. Efectivamente la extensión subjetiva de la responsabilidad facilita tanto el procedimiento sancionador que no tendrá que entenderse con una pluralidad de sujetos sino con el representante de la unión o entidad<sup>14</sup>, como el cobro de la sanción al comprometer el patrimonio común y los de los partícipes, pero casa mal con las propias garantías materiales y procedimentales del derecho sancionador administrativo, y, lo que es más grave, evita que se puedan medir con precisión y delimitar las responsabilidades individuales y por lo tanto frustra el propio fin de la sanción que es prevenir y no simplemente cobrar la multa impuesta<sup>15</sup>.

Un aspecto especialmente relevante de la reforma en materia de culpabilidad es que acaba con la referencia a que las infracciones son sancionables “a título de mera inobservancia” y exige claramente la concurrencia de dolo o culpa.

La reforma es positiva en cuanto aclara la necesidad de contar como mínimo con una conducta culposa para que sea posible la sanción si bien es necesario destacar que en buen aparte de las sanciones administrativas el mero desconocimiento de la obligación infringida es suficiente<sup>16</sup> para entender que concurre un comportamiento negligente y por lo tanto culpa<sup>17</sup>. Esto es especialmente importante en sectores como el tráfico en el que el mero desconocimiento de las normas de circulación debe conllevar la sanción ya que se trata de normas que todo ciudadano debe conocer y respetar.

<sup>12</sup> En la normativa sectorial esta extensión de la responsabilidad a entes sin personalidad ya estaba presente en la normativa sobre infracciones y sanciones en el orden social, en el ámbito tributario y en la Ley General de Subvenciones. Al respecto, REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M., “El régimen de infracciones y sanciones”, en la obra colectiva dirigida por FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005, páginas 596 y sigs., en concreto, pág. 618 y 619.

<sup>13</sup> Vid., PIZARRO NEVADO, R., “disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público” en la obra colectiva dirigida por GONSÁLEZ PEQUEÑO, H., *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El Consultor, 2016, págs. 15 y sigs., en concreto, pág. 90.

<sup>14</sup> Sobre este aspecto, REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M., “El régimen de infracciones y sanciones”, cit., pág. 619.

<sup>15</sup> Al respecto, HUERGO LORA, A., *Las sanciones...*, cit., págs. 398 y 399.

<sup>16</sup> Seguimos aquí a HUERGO LORA, A., *Las sanciones...*, cit., págs. 388 y sigs. y a CANO CAMPOS, T., *Las sanciones de tráfico*, 2ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 184 y 185.

<sup>17</sup> Entendemos que esta forma de entender la culpa en el ámbito sancionador hace que se pueda superar el reproche a la reforma que hace, no sin cierto fundamento, CASINO RUBIO, M., “La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida”, *DA*, 2015, núm. 2, apartado IV, consultado en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path%5B%5D=691>.

Evidentemente ello no supone que el nivel de diligencia exigible a todo ciudadano implique la necesidad de conocer todo el entramado de normas sancionadoras que fijan tipos que presuponen, con frecuencia, para su propia comprensión conceptos técnicos complejos y por ello el papel de la diligencia exigible en el conocimiento de la norma para considerar una conducta que la contraviene como culposa es importante y debe ser aplaudida la nueva regulación legal.

Si en algo peca la norma en este tema concreto es seguramente por su parquedad ya que inexplicablemente no contiene referencias a las circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad<sup>18</sup> algo que es difícilmente explicable en una Ley que pretende fijar las reglas generales del derecho sancionador administrativo y que exige una aplicación analógica del Código Penal que no siempre se ajustará bien a las características del ámbito administrativo.

Entre las numerosas omisiones de la Ley destaca igualmente, por su importancia práctica, la falta de referencia alguna a la edad mínima para ser responsable de una infracción administrativa, algo igualmente largamente demandado por la doctrina<sup>19</sup>.

En cuanto a la responsabilidad solidaria de quienes deben cumplir conjuntamente una obligación la Ley sigue imponiéndola en lo que no deja de ser una extensión al ámbito sancionador de una institución del Derecho de obligaciones que se cohonestaba mal con el principio de culpabilidad<sup>20</sup>, pero matiza que cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable, creando un híbrido de compleja gestión.

Igualmente problemática es la nueva regulación de la responsabilidad subsidiaria que contiene el apartado 4 del artículo 28 de la Ley 40/2015:

*“Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas”.*

El carácter igualmente discutible de este precepto reside en que autoriza la imposición de la obligación de pago más allá de lo cubierto por la *culpa in vigilando* a quienes tienen personas dependientes o incluso vinculadas. Se echa en falta cuando menos mayor precisión en este precepto, pues la figura del garante no debe excluir el juego del principio de culpabilidad y aunque no se trate de extender aquí el reproche sancionador sino sólo

<sup>18</sup> La importancia de esta cuestión ya fue destacada, antes de la reforma, por HUERGO LORA, A., *Las sanciones...*, cit., págs. 393 y 394. Destaca la ausencia de una regulación de estas circunstancias en la nueva regulación, CANO CAMPOS, T., “La potestad sancionadora de la Administración: Una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa”, cit., apartado 4.

<sup>19</sup> Al respecto, nuevamente, CANO CAMPOS, T., “La potestad sancionadora de la Administración...”, cit., apart. 4.

<sup>20</sup> Vid., HUERGO LORA, A., *Las sanciones...*, cit., págs. 395 y sigs. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 15ª edic., 2015, pág. 183 razonando ya sobre la Ley 40/2015 califican esta regulación de la responsabilidad solidaria como “de constitucionalidad dudosa”.



la obligación de pago es criticable el afán recaudatorio que está detrás de esta norma ajeno completamente al fin de las sanciones. No es de recibo que se considere la sanción un crédito transmisible a terceros al margen de los principios de la culpabilidad, ya que no es razonable transmitir una obligación cuyo pago sólo tiene sentido como castigo personal vulnerándose en el fondo el principio de personalidad de la pena con una notablemente artificiosa distinción entre la sanción y la obligación del pago de la misma. Nuevamente el legislador demuestra una preocupación fiscal evidente en la regulación de las sanciones administrativas.

El artículo 28.2 de la Ley 40/2015 regula en términos similares a su predecesor la compatibilidad de la sanción con la obligación de reparación del daño causado en los siguientes términos: “Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

De esta regulación hemos de destacar que aclara y precisa la competencia del órgano sancionador para imponer la obligación de reparar, aunque como impone el artículo 90.4 de la Ley

39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, se trata de dos procedimientos complementarios pero autónomos.

Esta última norma establece también que los daños que la Administración puede declarar aquí son los que se han producido a la misma y no los que se ocasionen a terceros cuya exigencia habrá de hacerse en la Jurisdicción ordinaria.

Debe valorarse positivamente la referencia a que de no satisfacerse la indemnización se procederá por la vía de apremio [artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas] ya que la anterior normativa era en este punto particularmente ambigua porque parecía negar aquí a la Administración sus potestades de autotutela de forma incomprensible<sup>21</sup>.

### 5º.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Las novedades que afectan a este principio se sitúan en los apartados 3 a 6 del artículo 29 de la Ley 40/2015. El resto del artículo no supone innovación alguna ya que la superflua mención a que las sanciones administrativas no pueden implicar directa o indirectamente privación de libertad (dado el claro mandato constitucional al respecto) o a que al establecer sanciones pecuniarias se debe hacer de forma que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, ya estaban en esos mismos términos en el artículo 131 de la Ley 30/1992.

Con carácter general sigue siendo, en mi opinión, criticable que no se haga depender la cuantía de las sanciones pecuniarias de la capacidad económica del sancionado, como hace nuestro Derecho Penal desde 1995 con el concepto de días multa<sup>22</sup>.

Los criterios de graduación de las sanciones se reformulan (aunque sin alteraciones sustanciales), siendo ahora los siguientes:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

La referencia a la firmeza en vía administrativa de la sanción para fijar la reincidencia supone asumir una jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2000, recurso 4553/1996) que viene sosteniendo que si una sanción ya se impuso en vía administrativa definitivamente, la impugnación contencioso-administrativa de la misma no evita

<sup>21</sup> Sobre la problemática interpretación de la normativa anterior, PARADA, R., *Derecho Administrativo*, II, 22ª edic., Open, Madrid, 2015, págs. 404 y 405.

<sup>22</sup> Al respecto, me remito a mi trabajo, “La adaptación de las sanciones pecuniarias administrativas a la capacidad económica del infractor y los problemas de tipicidad de las medidas sancionadoras”, *RGDA*, 2015, 38, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

que la comisión por el infractor de otra infracción en el plazo de un año sea considerada reincidencia.

El concepto de firmeza en vía administrativa es, no obstante, un concepto dogmáticamente reprobable, un acto es firme sólo cuando no cabe ya que sea impugnado con los recursos ordinarios por haber transcurrido el plazo para los mismos o por haber sido confirmados por una sentencia que, a su vez es firme<sup>23</sup>, y sumamente impreciso ya que la Ley no fija cuándo se da esa firmeza en vía administrativa estando el acto impugnado en vía contenciosa. En concreto cabe preguntarse si dicha firmeza en vía administrativa se produce en el momento del recurso o cuando haya pasado el tiempo para impugnar como ocurriría si el acto no hubiese sido impugnado para no hacer de peor condición a quien ha impugnado a efectos de aplicar la norma sancionadora. Siendo esta segunda opción la más aceptable.

Por otra parte, el apartado 4 del mismo artículo 29 de la Ley 40/2015 permite, en otra norma procedente del desarrollo reglamentario de la Ley 30/1992<sup>24</sup>, que se relaciona con el principio de proporcionalidad, imponer la sanción en el grado inferior cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes. Esta posibilidad, más allá de que deja un margen de apreciación muy amplio, demasiado, al aplicador, puede dar lugar a problemas de tipicidad ya que no hay una obligación general de fijar grados consecutivos de sanciones, como sí que la hay de fijarlos para las infracciones<sup>25</sup> y la Ley, a diferencia del reglamento precedente, habla de grado inferior y no de grado mínimo. Deberá, en este sentido, interpretarse, cuando la Ley sectorial no haya establecido una graduación clara de las sanciones, que el grado inferior de las sanciones estará constituido por las sanciones previstas para las infracciones de grado inferior.

El apartado 5 del artículo 29 constituye una novedad, al menos con carácter general, ya que procede del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora<sup>26</sup>, que resulta favorable a los infractores ya que, abordando el problema del concurso de infracciones (en su manifestación de concurso medial<sup>27</sup>), dispone que cuando de la comisión de una

infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. El problema puede surgir cuando una misma acción da lugar a infracciones distintas cuya persecución corresponde a distintos órganos, incluso de distintas administraciones ya que la Ley desconoce esta posibilidad y no fija criterio alguno para determinar cómo conseguir la adecuada coordinación en estos casos. Por otra parte, el criterio de la infracción más grave tiene un recorrido muy corto si más de una infracción está calificada en el mismo nivel de gravedad, lo que será muy frecuente en la práctica. Lo razonable es estar a la sanción que tiene prevista la pena más alta, pero aun así se plantearán problemas en los casos en los que las penas no sean pecuniarias (en los que la gravedad de las sanciones no será fácilmente comparable).

## 6º.- PRINCIPIO DE PRESCRIPCIÓN

En este ámbito se mantiene, como regla residual y a falta de regulación especial, la norma tradicional según la cual las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; mientras las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.



<sup>23</sup> Vid., BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª edic., Civitas, Madrid, 2012, pág. 65.

<sup>24</sup> Concretamente, del artículo 4.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora: "En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo."

<sup>25</sup> El artículo 27.1 *in fine* de la propia Ley 40/2015 establece que: "Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves."

<sup>26</sup> Concretamente del artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora: "En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida."

<sup>27</sup> Para un tratamiento general de la figura del concurso de infracciones, ver NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 480 y sigs. También ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem", en la obra colectiva, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 359 y sigs.

La novedad aquí está en cómo se computa el plazo de prescripción ya que se introduce, con carácter general<sup>28</sup>, el concepto de infracción continuada. Así el artículo 30.2 dispone que:

“El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora”.

Estando el concepto dicho precisado en el artículo 29.6 en los siguientes términos:

“Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

En cuanto a la interrupción de la prescripción no hay novedad y la misma se produce cuando se produzca la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

Tampoco hay novedad en el plazo de prescripción de las sanciones que comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla y se interrumpirá la prescripción con la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

Pero sí es novedosa la regla que impone (artículo 30.2. *in fine*) que en el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso. Se trata de una norma plausible ya que en otro caso se pone en peor condición al sancionado al que no se le ha contestado el recurso que aquél al que se le haya confirmado expresamente la sanción. La norma corrige así una jurisprudencia que entendía que en caso de que el recurso no se contestase expresamente no corría tampoco el plazo de prescripción (STS de 22 de noviembre de 2008, recurso en interés de la Ley 69/2005).

### 7º.- NORMAS SOBRE CONCURRENCIA DE SANCIONES. PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM*

El artículo 31 de la Ley 40/2015 mantiene, como no podía ser de otra forma dado el rango constitucional de la regla, la misma regulación básica del principio de *non bis in idem* que contenía el artículo 133 de la Ley 30/1992 al señalar que: “No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

<sup>28</sup> Hasta la Ley 40/2015 esta cuestión estaba regulada en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

No obstante el legislador incluye ahora como novedad una previsión de difícil justificación en el apartado 2 del mismo artículo 31: “Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, y siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción”.

El antecedente inmediato de esta norma parece ser el párrafo segundo del artículo 5.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora que disponía que: “Si se hubiera impuesto sanción por los Órganos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción”.

La nueva norma es de difícil interpretación pero habrá que entender que si se dan las tres identidades (hechos, sujeto y fundamento) no podrán las autoridades españolas imponer la sanción y sólo si el sujeto y el fundamento son distintos podrá imponer la sanción por esos mismos hechos pero graduándola, lo que no tiene mucho sentido porque supone que un tercero se beneficie, con una modulación de su propia sanción, de la impuesta a otra persona. En todo caso es una norma confusa, fruto posiblemente de un error de redacción en el texto del proyecto que distorsiona el significado<sup>29</sup>. Se quiso probablemente salvar los supuestos de *non bis in idem* y se creó un engendro de difícil justificación.

## II. NOVEDADES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En primer lugar, debemos destacar que la Ley 40/2015 mantiene en sus características esenciales el régimen general en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Ni se acaba con la responsabilidad por funcionamiento anormal optando por un sistema subjetivo como se ha reclamado desde un importante sector doctrinal<sup>30</sup>, ni se ha producido finalmente la transformación del plazo de prescripción de un año en un plazo de caducidad como pretendió el anteproyecto y denunció el Consejo de Estado en su dictamen de 29 de abril de 2015 (ref. 275/2015) con éxito. No hay, insistimos un cambio radical en el régimen de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, aunque sí hay novedades que merecen nuestra atención sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por actos del legislador que últimamente ha tenido un extraordinario desarrollo.

Antes de abordar dichas novedades es importante destacar que en un principio la regulación se hacía en el Anteproyecto de

<sup>29</sup> El anteproyecto de la Ley de Procedimiento Administrativo Común señalaba en su artículo 74.2 que: “Cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.”

<sup>30</sup> Transformación propugnada con brillantez por MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, esp., págs. 196 y sigs.

la Ley de Procedimiento Administrativo Común al hilo de las especialidades en el procedimiento y fue el Consejo de Estado, en el citado dictamen de 29 de abril de 2015, el que recomendó un tratamiento autónomo de la responsabilidad y no entremezclado en las especialidades de un procedimiento administrativo común. Esta recomendación fue razonable ya que todavía hoy, sin este contenido sustantivo, el resultado de la nueva regulación del procedimiento resulta confuso por la obsesión del legislador de eliminar los procedimientos especiales, manteniendo las especialidades.

Las novedades se centran, por lo tanto, en la regulación de la responsabilidad del Estado legislador y en la extensión del régimen de responsabilidad pública a las entidades privadas a través de las cuales actuó la Administración.

Vamos a detenernos, por lo tanto, en estas dos cuestiones.

### 1. La responsabilidad del Estado Legislador

La regulación de la responsabilidad del Estado Legislador en la Ley 40/2015 parte de reconocer tres causas por las que la Administración debería asumir la responsabilidad por hechos del Poder Legislativo. Una primera, ya presente en la Ley 30/1992, se produce cuando la propia Ley establece un régimen de indemnización por los daños que causa en cuyo caso la norma se remite al régimen que las propias normas establecen y no como se quiso hacer en el anteproyecto a las reglas generales de la responsabilidad administrativa, lo que nuevamente fue censurado, con razón, por el Consejo de Estado.

Los otros dos supuestos se producirán por el resarcimiento de los daños derivados de la aplicación de normas con rango de Ley inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea. Ninguno constituye una novedad ya que ambos estaban bien asentados en la jurisprudencia, a pesar de su más que dudosa fundamentación jurídica, pero no tenían una regulación legal que hoy se incorpora sobre todo para reducir su virtualidad práctica que estaba causando grave lesión a las arcas públicas.

Vamos a comenzar nuestra exposición por la **responsabilidad derivada de la aprobación de Leyes inconstitucionales**.

El origen de esta problemática está en una línea jurisprudencial derivada de la STS de 29 de febrero de 2000<sup>31</sup> que abordó las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad, por retroactividad auténtica no justificada, del gravamen complementario sobre la tasa que grava los juegos de suerte, envite o azar, concretamente sobre las máquinas de juegos de azar realizada por la STC 173/1996, de 31 de octubre<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Para una buena exposición del origen y desarrollo de esta jurisprudencia hasta nuestros días, puede verse RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la Ley contraria al Derecho Comunitario y de la Ley inconstitucional", *REDE*, 2011, 38, págs. 141 y sigs. Más recientemente, también, GONZÁLEZ ALONSO, P., "La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución: Un análisis comparativo" *REDC*, 2016, 106, págs. 381 y sigs.

<sup>32</sup> Sobre esta Sentencia, que se enmarca en la asunción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre retroactividad de su homólogo español a pesar de las críticas que la misma suscita en Alemania y de la

existencia de una regla concreta en nuestra constitución (el artículo 9.3) cuya interpretación se deja abiertamente de lado, puede verse nuestro comentario en *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 95 y sigs.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo viene a exigir que incluso los ingresos públicos obtenidos por la ley inconstitucional que ya sean firmes se devuelvan bien por la vía de la declaración de su nulidad de pleno derecho o por la vía de la responsabilidad del estado legislador ya que: "no puede imponerse a los perjudicados por los actos de aplicación de tales normas la carga de impugnarlos y de agotar todas las instancias." Y ello porque "la ley goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo", sin que pueda por ello trasladarse a los particulares la carga de "recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que es inconstitucional" (STS de 13 de junio de 2000). En definitiva, cuando la responsabilidad se impute a actos dictados en aplicación de normas con rango legal declaradas inconstitucionales, el Tribunal Supremo ha entendido que no puede negarse tal responsabilidad invocando únicamente la falta de despliegue por parte de los perjudicados de la correspondiente actividad impugnatoria.

No podemos analizar aquí las numerosas reacciones doctrinales que esta doctrina ha suscitado, ni entrar a exponer las condiciones para el reconocimiento de esta responsabilidad de estricta construcción jurisprudencial, que ha generado la oposición justificada de un importante sector doctrinal<sup>33</sup>.

Ahora la Ley 40/2015, al tiempo que reconoce la posibilidad misma de la responsabilidad del Estado Legislador por los daños causados por una Ley inconstitucional la cercena considerablemente haciendo muy difícil su aplicación en la práctica, ya que es necesario para el reconocimiento de una indemnización por los daños causados por la aplicación de una ley inconstitucional que se den dos circunstancias (artículo 32.3 de la Ley 40/2015):

1º.- Una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que causó el daño.

2º.- Que en el proceso se haya denunciado la inconstitucionalidad de la Ley aplicada.

Además, según el párrafo segundo del artículo 34 de la Ley establece que la indemnización se limita a los cinco años anteriores a la fecha en la que se haya publicado la Sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad, salvo que la propia Sentencia establezca otra cosa (el Consejo de Estado advirtió en su citado dictamen de 29 de abril de 2015 sobre lo inexplicable de este plazo pero su queja no ha tenido virtualidad alguna).

La nueva regulación viene, por lo tanto, a negar que la responsabilidad se resarza en todo caso y exige que el afectado haya

existencia de una regla concreta en nuestra constitución (el artículo 9.3) cuya interpretación se deja abiertamente de lado, puede verse nuestro comentario en *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 95 y sigs.

<sup>33</sup> Entre quienes sostienen una posición crítica contra esta jurisprudencia que se desarrolló en vulneración de la competencia de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que supone una quiebra importante de la posición del Legislador y de la seguridad jurídica. Vid., especialmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 2005, esp. Págs. 223 y sigs. También, DOMÉNECH PASQUAL, G., "Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una Ley inconstitucional" *REDA*, 2001, 110, págs. 275 y sigs.



acertado a identificar la ilegalidad y la haya denunciado hasta la última instancia judicial posible. Pero sigue manteniendo la propia esencia de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado Legislador por leyes inconstitucionales la posibilidad de que incluso mediando una sentencia firme que ha negado la razón del daño –la inconstitucionalidad–, se pueda resarcir dicho daño a través de una concepción de la responsabilidad que lleva casi al extremo la concepción objetiva que caracteriza a nuestro sistema.

**En el caso de la responsabilidad por daños causados de la aplicación de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea** la extensión de la responsabilidad del Estado legislador a este ámbito, incluso cuando los actos que habían causado el daño eran firmes, es fruto del principio de equivalencia que obliga a tratar las vulneraciones del derecho de la Unión Europea como a las del derecho interno<sup>34</sup>. Si en España el Tribunal Supremo reconoce la responsabilidad del Estado por Leyes inconstitucionales entonces tiene necesariamente que extender dicha responsabilidad a los daños derivados de Leyes que vulneraron no ya la Constitución española sino el Derecho de la Unión Europea. Algo que, por cierto, se da con mayor frecuencia dada la complejidad del Derecho europeo y el elevado nivel de ignorancia del mismo de nuestros legisladores.

<sup>34</sup> La importancia del principio de equivalencia en el desarrollo de esta jurisprudencia fue vital como ha destacado COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2015, esp., págs. 173 y sigs.

Desde un punto de vista jurisprudencial esta extensión de la doctrina sobre la responsabilidad del Estado Legislador, tras una importante resistencia en la doctrina inicial del Tribunal Supremo<sup>35</sup>, fue impuesta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L., y Administración del Estado) que dio lugar, a su vez, a la STS de 17 de septiembre de 2010 que, haciéndose eco del criterio establecido por el TJUE, reconoció que: “la doctrina de este Tribunal Supremo (...) sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expresó, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y judiciales para el ejercicio de la acción de responsabilidad”. En consecuencia, el Tribunal Supremo entendió que la falta de impugnación de los actos lesivos “no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial”.

Partiendo de estos antecedentes el legislador de la Ley 40/2015 trata de minimizar el daño que esta doctrina está causando en las arcas públicas. Mientras que el daño causado por Leyes inconstitucionales es relativamente infrecuente, la infracción del Derecho de la Unión Europea es mucho más frecuente –dado lo amplio de este Derecho y la labor de desarrollo del mismo que hace el Tribunal de Luxemburgo– y tiene un potencial expansivo importante. Baste pensar que recientemente el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de enero de 2016 ha estimado los primeros ocho pleitos-testigos de los cuatro mil recursos planteados por los perjuicios causados por el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, regulado en el art. 9 de la Ley 24/2001, el llamado “céntimo sanitario”, que fue declarado contrario al Derecho de la Unión Europea por la STJUE de 27 de febrero de 2014. Por lo tanto en los próximos meses el Estado perderá, con toda probabilidad, la mayor parte de los citados cuatro mil pleitos (algunos pueden ser desestimados por otras cuestiones como la falta de prueba del daño) en los que trabaja una sección del alto Tribunal creada *ad hoc*, con un perjuicio económico muy significativo para la Hacienda Pública.

El legislador de la Ley 40/2015 interviene en esta coyuntura y exige ahora –artículo 32 de la Ley 40/2015– para reconocer la responsabilidad por daños causados por Leyes contrarias al Derecho de la Unión no sólo que se cumplan los requisitos del reconocimiento de la responsabilidad propios del Derecho de la propia Unión: que la norma tenga por objeto reconocer un derecho a los particulares, que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado –equivalente, con matices, a una conculcación manifiesta o grave– y que exista relación de causalidad

<sup>35</sup> Representada por las Sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 cuya superación reconoce el propio Tribunal Supremo.



entre la lesión y el incumplimiento de la obligación impuesta por el derecho de la UE a la Administración responsable, sino que aplica los mismos límites que ya vimos ha creado para la responsabilidad derivada de la Ley Inconstitucional (salvando así las exigencias del principio de equivalencia).

Así, en estos casos, es necesario para el reconocimiento de una indemnización por los daños causados por la aplicación de una ley contraria al Derecho de la Unión Europea que se den dos circunstancias (32.3):

1º.- Una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que causó el daño.

2º.- Que en el proceso se haya denunciado la vulneración del Derecho de la Unión Europea por la Ley aplicada.

Además la indemnización se limita a los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declare la vulneración del Derecho de la Unión por la norma española, salvo que la Sentencia disponga otra cosa (artículo 34.1 párrafo 2º de la Ley 40/2016), lo que seguramente dará lugar a más de un conflicto interpretativo.

En principio la nueva regulación revela una preocupación del legislador por evitar las consecuencias para el erario de la exten-

sión de la responsabilidad al Estado Legislador sin incurrir en la vulneración de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de equivalencia, lo que obliga a un tratamiento paralelo de las vulneraciones por Leyes inconstitucionales y por Leyes contrarias al Derecho de la Unión.

No obstante, el Legislador puede haber incurrido en una infracción de este principio al exigir que la vulneración del Derecho de la Unión cumpla los requisitos propios de la responsabilidad que como mínimo exige el propio Derecho de la Unión sin tener en cuenta que el estándar español es mayor. En particular es inadmisibles que se exija que la violación se produzca de una norma que tiene por objeto la protección de los particulares o que la vulneración esté suficientemente caracterizada, ya que la gravedad de la infracción es generalmente irrelevante para el Derecho interno y lo que busca el Tribunal de Justicia no es la reproducción de su doctrina sobre la responsabilidad sino el tratamiento equivalente al que se dispensa para la vulneración del Derecho constitucional interno<sup>36</sup>.

## 2. La responsabilidad por la actuación de Derecho privado de las Administraciones y de sus entes instrumentales

Al margen de la problemática de la responsabilidad del Estado Legislador es importante reparar también en la extensión del ámbito de la responsabilidad extracontractual de Derecho Público que supone el nuevo artículo 35 de la Ley 40/2015:

*“Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.*

Para comprender la innovación muy relevante que supone esta norma es necesario traer a colación la norma por ella sustituida, el artículo 144 de la Ley 30/1992 que señalaba que:

*“Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.*

En definitiva se extiende el ámbito propio de la responsabilidad extracontractual de Derecho público a las actuaciones de la Administración sometidas al Derecho privado no sólo cuando la Administración actúa directamente sino también, y aquí reside la novedad, cuando actúa a través de personifica-

<sup>36</sup> Al respecto, brillantemente, COBREROS MENDAZONA, E., “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea”, *RAP*, 2015, 196, págs. 11 y sigs., especialmente, págs. 50 y 51. También con carácter general, GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador”, *DA*, 2015, núm. 2 disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&top=view&path%5B%5D=691>

ciones de Derecho Privado. La determinación de las entidades de Derecho Privado a que este precepto se refiere es problemática ya que su redacción es amplia, pero entendemos que deja intacto el régimen de la responsabilidad de los contratistas y concesionarios de la Administración –al que se refiere incidentalmente el artículo 32.9 de la propia Ley 40/2015- y su ámbito propio será el de la gestión directa de los servicios públicos a través de entes instrumentales de derecho privado, como las sociedades o fundaciones que sean medios propios de la Administración o se hayan creado para la gestión de un servicio público.

Estos entes responderán ahora conforme al régimen de la responsabilidad administrativa, pero el precepto plantea problemas en su parquedad sobre el procedimiento y la competencia para determinar esta responsabilidad y, en último término, sobre la Jurisdicción que conocerá de los conflictos que se produzcan. Teniendo en cuenta que el Legislador parece haber establecido una suerte de levantamiento del velo sometiendo al régimen de responsabilidad administrativa toda la actividad que materialmente está realizada por la Administración aunque formalmente la realicen sus personificaciones privadas, lo razonable es no quebrar el principio de unidad de fuero en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa logrado con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, si bien la parquedad y falta de desarrollo de estas cuestiones es absolutamente desconcertante.

### III. EL RÉGIMEN DE LOS CONVENIOS

La regulación de los convenios administrativos que hace la Ley 40/2015 se caracteriza por su extensión, muy superior a la existente en la Ley 30/1992 y en un cierto sesgo contrario a la figura que se somete a limitaciones y controles importantes.

El tipo de convenios que quedan sometidos a las normas previstas en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015 queda delimitado por las siguientes notas:

- En primer lugar debe tratarse de un acuerdo con efectos jurídicos vinculantes por lo que se excluyen los meros Protocolos Generales de Actuación u otros instrumentos si no contienen compromisos jurídicos concretos y exigibles.
- El elemento subjetivo no es importante para su delimitación ya que lo mismo se incluyen los acuerdos con otras Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas, que los que se alcancen con sujetos de derecho privado para un fin común.
- Desde un punto de vista objetivo, el contenido no puede coincidir con el de los contratos del Sector Público regulados en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo que supone la principal limitación material a la figura y que excluye, según ha destacado la doctrina, de su ámbito los contratos onerosos de forma que los convenios no tendrán por causa la mera prestación de una cosa o servicio por la otra parte sino la con-

secución de un fin común a las partes que debe coincidir con el interés público<sup>37</sup>. En puridad en los convenios que reúnen las características generales del artículo 47 de la Ley 40/2015 se incluyen tanto los contratos con particulares cuyo objeto sea la misma actividad administrativa<sup>38</sup>, los actos y las potestades públicas<sup>39</sup>, como los convenios que se celebran entre Administraciones Públicas para la coordinación en el ejercicio de sus competencias<sup>40</sup>.

Quedan no obstante fuera del régimen de estos artículos:

- Las encomiendas de gestión (cuyo régimen está hoy en el artículo 11 de la propia Ley 40/2015 y que igualmente no pueden tener hoy un contenido coincidente con el de los contratos del sector público).
- Los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos (a los que se refiere hoy el artículo 86 de la Ley 39/2015).
- Los acuerdos de colaboración entre Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía.

Sin embargo, el mero hecho de que el convenio canalice una subvención no significa que al convenio no le resulte de aplicación la Ley 40/2015 sino que además de las previsiones de esta nueva norma habrá de cumplir las de la Ley General de Subvenciones que no obstante se deberán aplicar preferentemente conforme al criterio de especialidad<sup>41</sup>.

Partiendo de estas premisas la propia Ley fija en su artículo 47.2 la tipología de los convenios:

- a) Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.
- b) Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.

<sup>37</sup> Al respecto, siguiendo al Tribunal de Cuentas, PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones Generales...”, cit., pág. 138.

<sup>38</sup> Para un estudio y tipología de estos contratos sobre actos y potestades es esencial remitirnos a HUERGO LORA, A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998, esp., págs. 27 y sigs.

<sup>39</sup> Si bien con la importante excepción de los acuerdos de terminación convencional.

<sup>40</sup> Para cuyo estudio es imprescindible igualmente remitirnos a la obra de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>41</sup> En tal sentido, con plena razón, PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones Generales...”, cit., pág. 141.

- c) Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado.
- d) Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

De esta tipología y de la exclusión de los principales contratos sobre potestades administrativas con particulares (los acuerdos que ponen fin a un procedimiento) se deduce que el modelo en el que está pensando el legislador es más bien el de la cooperación institucional entre diversos entes para la consecución de fines públicos, por más que alguno pueda tener personificación privada.

La Ley 40/2015 regula con cierto detalle en los artículos 48 y siguientes el régimen jurídico común de estos convenios con especial preocupación por someterlos a un mayor control presupuestario y a aumentar su control por el Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización autonómico a los que se deben enviar todos los convenios que tengan compromisos presupuestarios de más de 600.000 euros, así como las modificaciones y vicisitudes que afecten a dichos convenios según el artículo 53 de la Ley.

En este mismo sentido de incidencia en el control, además de la lógica aplicación a los convenios de la legislación presupuestaria, se exige que las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no sean superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio (artículo 48.6 Ley 40/2015). En esta misma idea de rigor presupuestario, al menos a favor de la Hacienda del Estado, insiste el artículo 50.2.d) cuando establece que: “Cuando los convenios plurianuales suscritos entre Administraciones Públicas incluyan aportaciones de fondos por parte del Estado para financiar actuaciones a ejecutar exclusivamente por parte de otra Administración Pública y el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros, la aportación del Estado de anualidades futuras estará condicionada a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos.” Norma que revela el afán de la Hacienda estatal<sup>42</sup> de limitar la eficacia de los compromisos adquiridos en los convenios y que con seguridad será, con razón, pasto de la doctrina del enriquecimiento injusto.

El contenido de los convenios se regula con mucho mayor detalle que lo hacía el artículo 6.2 de la Ley 30/1992 en el nuevo artículo 49 que fija el siguiente elenco de materias que debe ser objeto de tratamiento en los convenios:

- a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.
- b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las

entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.

c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.

d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.

e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.

f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.

g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes.

h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

Esta última limitación temporal debe ser entendida como una limitación que afecta a la forma en la que se deciden las prórrogas –siempre por un máximo de cuatro años– pero no al número de prórrogas ya que de otro modo no se podrían celebrar convenios para atender necesidades destinadas a permanecer como el sostenimiento de un museo o de un centro de investigación.

Antes de la suscripción del convenio el artículo 50.1 de la Ley 40/2015 requiere que en el procedimiento se incluya una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en la propia Ley 40/2015. En el caso de los convenios que suscribe la Administración del Estado o sus entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas se exige además que se emita informe por su servicio jurídico y que se cuente con autorización previa del Ministerio de Administraciones Públicas y Hacienda sin que se exprese si esta autorización se requiere por motivos competenciales, presupuestarios o ambos con lo que en caso de división del Ministerio se suscitará la duda sobre el sentido de la autorización.

<sup>42</sup> E s significativo que no se mencione una facultad similar para las demás Administraciones como denuncia PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones Generales..”, cit., pág. 146.

Por otra parte, como ya ocurría en la normativa anterior, los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes. En el caso de los convenios interadministrativos firmados por el Estado o los entes públicos de él dependientes o vinculados se exige para su eficacia la inscripción en el Registro Electrónico Estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del Sector Público Estatal y su publicación en el BOE.



La nueva regulación destaca también por la detallada regulación de las causas de extinción de los convenios (artículo 51) y de sus consecuencias (artículo 52).

Según esta regulación, los convenios se extinguen por su cumplimiento o por las siguientes causas de extinción:

- a) El transcurso del plazo de vigencia del convenio sin haberse acordado la prórroga del mismo.
- b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.
- c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto, con lo que hemos de subrayar la importancia de que en la elaboración del convenio se tenga en cuenta la necesidad de fijar dicha indemnización ya que en otro caso, no surgiría automáticamente el derecho a resarcirse a favor de la parte cumplidora en lo que supone una vulneración de un principio básico del Derecho de obligaciones reflejado en el artículo 1124 del Código Civil.

- d) Por decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio.
- e) Por cualquier otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio o en otras leyes.

En cuanto a los efectos de la resolución de los convenios, tanto el cumplimiento como la resolución de los convenios dará

lugar a la liquidación de los mismos con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes y la Ley regula con detalle el cumplimiento de los convenios de los que deriven compromisos financieros. En tal caso se entenderán cumplidos cuando su objeto se haya realizado en los términos y a satisfacción de ambas partes, de acuerdo con sus respectivas competencias, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- a) Si de la liquidación resultara que el importe de las actuaciones ejecutadas por alguna de las partes fuera inferior a los fondos que la misma hubiera recibido del resto de partes del convenio para financiar dicha ejecución, aquella deberá reintegrar a estas el exceso que corresponda a cada una, en el plazo máximo de un mes desde que se hubiera aprobado la liquidación.

Trascurrido ese plazo máximo de un mes, sin que se haya producido el reintegro, se deberá abonar por la parte que recibió el exceso a las otras partes, también en el plazo de un mes a contar desde ese momento, el interés de demora aplicable al citado reintegro, que será en todo caso el que resulte de las disposiciones de carácter general reguladoras del gasto público y de la actividad económico-financiera del sector público. La Ley no aclara desde cuándo se fija dicho interés de demora pero parece razonable fijarlo en el día en el que se cumplió el plazo para el reintegro voluntario y no en el de entrega de los fondos como concluye, sin embargo, el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de esta Ley.

- b) Si fuera superior, el resto de partes del convenio, en el plazo de un mes desde la aprobación de la liquidación, deberá abonar a la parte de que se trate la diferencia que corresponda a cada una de ellas, con el límite máximo de las cantidades que cada una de ellas se hubiera comprometido a aportar en virtud del convenio. En ningún caso las partes del convenio tendrán derecho a exigir al resto cuantía alguna que supere los citados límites máximos.

Por otra parte, si cuando concurra cualquiera de las causas de resolución del convenio existen actuaciones en curso de ejecución, las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o, en su defecto, del responsable del mecanismo de seguimiento del convenio, podrán acordar la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, estableciendo un plazo improrrogable para su finalización, transcurrido el cual deberá realizarse la liquidación. Se trata nuevamente de una regla muy rígida que no tiene en cuenta que en la realidad las circunstancias que, por ejemplo, pueden surgir en una obra no permiten siempre una planificación temporal exacta sin que tenga sentido abandonar por un hecho fortuito o una fuerza mayor un proyecto que satisface el interés público. ❖