

NOVEDADES DE LAS LEYES 39 Y 40/2015 EN MATERIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Autor: **Antonio Luis Faya Barrios**

Profesión: Letrado de la Junta de Andalucía

El presente trabajo pretende analizar la incidencia de las leyes 39 y 40/2015 en materia sancionadora. Los cambios introducidos son de entidad en aspectos como la extensión de los principios de la potestad sancionadora a la potestad disciplinaria, la ampliación al infractor de los posibles beneficios derivados de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables con tal de que la sanción esté aún pendiente de cumplimiento, la previsión como dies a quo para la prescripción de la sanción del día siguiente a aquel en que finaliza el plazo para resolver el recurso de alzada, la suspensión cautelar de la resolución cuando el interesado manifieste su intención de interponer recurso contencioso-administrativo, entre otros.

Palabras clave: sanciones, proporcionalidad, culpabilidad, non bis in idem, retroactividad

The recent changes in Spanish Administrative Law brought about by Ley 39/2015 and Ley 40/2015 have had a deep impact in Administrative sanctions in general and Administrative sanctions procedure in particular. Changes have therefore been significant. Among them, the way in which Administrative sanctions law principles will from now on be applied to those sanctions that may be imposed to public employees. Besides, more favourable regulations will benefit also those who have already been considered responsible for an infraction, as far as he has not fulfilled the sanction. Furthermore, whenever someone declared responsible for an infraction declares his intention of going to court, administrative sanction will be immediately suspended.

Key words: Sanctions, infractions, procedure, liability, retroactivity

NOVEDADES DE LAS LEYES 39 Y 40/2015 EN MATERIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Antonio Luis Faya Barrios

Letrado de la Junta de Andalucía

La Ley 30/92 bajo la rúbrica “ La potestad sancionadora” dedicaba su Título IX a los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador. A dichos preceptos ha de añadirse el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/93 de 4 de agosto (en adelante, el Reglamento).

La nueva regulación supone de un lado disociar lo que antes era objeto de una regulación unitaria dividiendo la materia entre las leyes 39/15 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39 o LPAC) y 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40 o LRJSP) y de otro incorporar a las citadas normas legales el contenido del Reglamento, el cual queda derogado sin paliativos por la Disposición derogatoria única de la Ley 39.

Así, los principios del procedimiento y la mayor parte del contenido incorporado del Reglamento pasan a la Ley 39. En los términos de su Exposición de motivos, lo que antes era un procedimiento especial pasa a integrarse como una especialidad del procedimiento

administrativo común, según se dice para aumentar la seguridad jurídica¹. Correlativamente, los principios de la potestad sancionadora (junto a alguna adición proveniente del Reglamento) pasan a la Ley 40 en la medida en que, aducidamente, *atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales*.

Al menos en este punto, la división es un tanto forzada y artificial: si el criterio determinante es que la LPAC queda para la ordenación de las relaciones ad extra de la Administración con los administrados y la LRJSP para la esfera ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y para las relaciones interadministrativas, es lo cierto que resulta difícil pensar que los principios de la potestad sancionadora puedan tener sentido exclusivamente en la esfera interna de la Administración sin desplegar sus efectos en las relaciones de esta con los ciudadanos. Desde luego si se va a elaborar un reglamento con contenido sancionador habrán de tenerse en cuenta las exigencias del principio de legalidad o el papel limitado y claramente subordinado a la ley que del principio de tipicidad resulta pero otros principios dónde necesariamente habrán de desplegar sus efectos será en concretos procedimientos sancionadores. Piénsese en los principios de culpabilidad o proporcionalidad.

En cuanto al antiguo Reglamento, desde luego la elevación de rango supone una garantía adicional sin duda a la vez que un reconocimiento de lo acertada que en general resulta su regulación (incluso hay extremos como veremos que desbordan el ámbito propio de lo sancionador y pasan a incorporarse al procedimiento administrativo común) pero también plantea algún problema.

Aparte de otros extremos que se quedan sin incorporar que pueden tener menor trascendencia (la posibilidad de compensación de las medidas provisionales con la sanción impuesta del artículo 4.2 o la previsión bien que supeditada a expresa previsión legal de que mediante remisión condicional pueda quedar en suspenso la ejecución de la pena del artículo 4.5) es lo cierto que habiendo sido derogado queda sin efecto el carácter supletorio en materia de procedimiento sancionador que el propio Reglamento se atribuía en su artículo 1.1.

¹ No tiene en cambio problema el legislador en mantener como procedimientos especiales los procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería, Disposición adicional primera L 39

Así, el 1.1 del Reglamento decía que la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento en él mismo establecido en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas. Esto por tanto ya no rige y lo que nos queda es la previsión del 25.1 LRJSP que habla (igual que su precedente, el 127 de la Ley 30/92) de que la potestad sancionadora se ejercerá *con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio*. Por tanto, el procedimiento sancionador se configura como un procedimiento formalizado, que necesariamente ha de estar predeterminado normativamente. Cabe plantearse qué ocurre si no está previsto el procedimiento a seguir en las normas que regulen el régimen sancionador sectorial que corresponda. ¿Debe entonces estarse al procedimiento administrativo común con las especialidades del sancionador que establece la LPAC? Que sepamos tampoco hay una previsión expresa en este sentido.

Antes de entrar en mayores detalles sobre las novedades legales en la reforma cabe anticipar que en general las mismas merecen una valoración de conjunto favorable: no sólo se incorporan algunos pronunciamientos garantistas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sino que se corrige alguna doctrina menos favorable del Tribunal Supremo para el presunto infractor. Con todo, también hay algunas cuestiones menos evidentes en las que la nueva regulación supone un cierto paso atrás respecto a lo anterior.

Lo cual nos lleva a pensar en el llamado principio de no regresión propio del Derecho ambiental, conforme al cual no puede el legislador disminuir los niveles de protección ambiental previamente establecidos ². Hablando de principios, tal vez pudiera tener también sentido introducir este principio de no regresión en este ámbito.

1 PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

En cuanto manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, como es sabido, el Derecho administrativo sancionador ha ido progresivamente acogiendo, bien que con matices, las garantías propias del Derecho penal. Pasamos sin dilación a examinar estos principios y las novedades de mayor relevancia.

² Véase *El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español*, Revista Aranzadi de Derecho ambiental, nº 20, 2011

1.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Su virtualidad en el ámbito sancionador puede vincularse al artículo 25.1 de la Constitución conforme al cual “ Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento” .

Puede considerarse un principio matriz en su doble vertiente de principio de legalidad formal que en definitiva supone que con ciertos matices rige en este ámbito la reserva de ley y principio de legalidad material con el que enlazan el principio de irretroactividad que demanda la preexistencia de la previsión legal a la conducta infractora y el principio de tipicidad.

Pasa a estar regulado en el artículo 25 LRJSP el cual establece lo siguiente:

Artículo 25. Principio de legalidad.

1. 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.
 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.
 3. 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.
 4. Las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas.
-

Introduce el precepto novedades de importancia. Hay una primera mejora técnica en el apartado 1. Antes se decía que la potestad sancionadora se ejercería de acuerdo con lo establecido *en este Título*, es decir, en el Título IX. Ahora se pasa a una formulación más general, señalándose que se ejercerá *de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Es una remisión que

tiene sentido porque es claro que ni antes sólo se aplicaba el Título IX al ejercitar la potestad sancionadora ni ahora se va a aplicar exclusivamente lo que en el ámbito sancionador digan las leyes 39 y 40. Cuestiones como la capacidad de obrar, el concepto de interesado, la representación, el uso de medios electrónicos, los derechos de las personas, la obligación de resolver y notificar en plazo, el régimen de la caducidad... todo eso va a ser de plena aplicación a los procedimientos sancionadores.

Lo que queda inalterado es el reconocimiento que tradicionalmente ha existido en nuestro ordenamiento de la posibilidad de las entidades locales de tipificar mediante ordenanza infracciones y sanciones para ordenar relaciones de convivencia de interés local y el uso de sus servicios y equipamientos, de los espacios públicos. En este contexto se introdujo en la LBRL el actual Título XI que pese a su rúbrica “ Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias” lo que contiene aparte de una habilitación genérica para tipificar mediante ordenanza como infracción en defecto de normativa sectorial son criterios para clasificar las infracciones en muy graves, graves y leves y límites a las sanciones que pueden imponerse (3000, 1500 y 750 euros respectivamente) lo cual resulta bastante conforme con la necesaria garantía de la igualdad de derechos de los españoles en todo el territorio nacional, que probablemente se compadezca mal con unas divergencias irrazonables en el importe de las sanciones.

Y esta construcción, que no deja de ser una excepción al principio de legalidad formal, la avala la jurisprudencia. Así, podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo 2015 (RJ 2015\1910) que considera conforme a Derecho la tipificación como sanción de la prohibición de ir desnudo en las playas del término municipal, al considerarlo incluido en ese ámbito vinculado al interés local en el que las ordenanzas tienen esa virtualidad tipificadora a la que antes aludimos.

El apartado tercero supone una de las novedades más relevantes de la nueva regulación en la medida en que, por utilizar sus palabras, hace extensivas las disposiciones del Capítulo ³*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.*

³ Por tanto, a contrario, no le sería de aplicación el contenido sancionador de la Ley 39 ni en pura teoría los antes denominados principios del procedimiento sancionador que la misma incorpora.

Incide en un debate con tradición en nuestro Derecho: la incidencia de los principios y garantías propios del Derecho administrativo sancionador en las relaciones de sujeción especial. Se partía de que si frente al común de los ciudadanos la Administración ostentaba ciertos poderes, frente a ciertas personas tales poderes estaban reforzados porque la relación es más intensa, de manera que cabía apreciar mayores prerrogativas de un lado y menores derechos de otro.

En el caso del Derecho disciplinario se le atribuía un sentido ético, de salvaguarda de la dignidad corporativa y del prestigio de la función desempeñada, garantizando la correcta y normal actuación de los funcionarios. Se consideraba que la potestad sancionadora no es expresión del ius puniendi genérico del Estado sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación.

El Tribunal Constitucional admitía su existencia y también que puedan comportar una modulación de los derechos constitucionales, debiendo en cualquier caso distinguirse porque no todas las relaciones de sujeción especial son iguales o deben recibir un tratamiento homogéneo . Lo decía en STC 8 de junio 2001 (RTC 2001\132) y lo sigue diciendo en su STC 187/2015 de 21 de septiembre.

Llama la atención que sigue partiéndose de estas ideas en la más reciente jurisprudencia: no existe desde luego en ella ningún clamor que postule la aplicación indiferenciada en este ámbito de los principios del Derecho administrativo sancionador. Mencionemos las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 215/2016 de 11 de marzo (JUR 2016\92267) o del de Madrid de 26 de abril de 2016 (JUR 2016\132634). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 989/2015 de 10 noviembre (JUR 2016\29786) señala lo siguiente:

Ciertamente la norma que tipifica la conducta infractora debe contener una descripción de sus elementos esenciales. Es precisa una lex certa que permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción. La suficiencia de la tipificación es una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. Pero debe tenerse presente que la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible, bastando con una descripción suficiente. Este grado de precisión no es determinable a priori, ni siquiera en la formulación de reglas que lo perfilen, pero cuando,

como en el presente caso, se trata de relaciones de sujeción especial, la relatividad del mandato antedicho es evidente e incluso necesario de tal modo que, la remisión a la normas que establecen los deberes y obligaciones del concreto colectivo afectado se considera válida (sent. n° 219/1989 del Tribunal Constitucional de fecha 21 de diciembre de 1989).

Aplicando estas consideraciones al particular supuesto enjuiciado, la tipificación como infracción grave de "la dejación de deberes u obligaciones inherentes al cargo o función policial, cuando se produzcan de forma grave y manifiesta" del art. 7.5 del R.D. 884/1989 (RCL 1989, 1602, 1810 y RCL 1990, 280) no es sino una remisión al catálogo de obligaciones de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía que, como tal, cumple de forma suficiente el principio de tipicidad y donde la realización de tareas absolutamente incompatibles con la lesión que se dice padecer para justificar una baja laboral o que, en el mejor de los casos para el recurrente, dificultarían su recuperación, significa dejar de observar las obligaciones y tareas propias de su condición de funcionario policial en cuanto que ilícitamente elude desempeñar su trabajo o, cuando menos, retrasa su incorporación al mismo.

Por tanto, la cuestión más que de existencia de los principios es de aplicación o modulación de los mismos en este ámbito. Porque el hecho es que el 94.2 TR EBEP sí establece un catálogo de principios que resultan coincidentes con los que nos ocupan:

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.

b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.

c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.

d) Principio de culpabilidad.

e) Principio de presunción de inocencia.

Por consiguiente, los principios ya están aquí menos el non bis in ídem, en línea con la tradicional concepción, que debe entenderse subsistente, de su no aplicabilidad a priori en el ámbito de la potestad disciplinaria, al entenderse compatible la sanción administrativa o penal que corresponda y la disciplinaria al existir un fundamento diferente.

Por lo demás, si acaso como singularidad, puede decirse que los principios de legalidad y tipicidad se hacen compatibles con la posibilidad de la tipificación de faltas y sanciones para los laborales en convenio colectivo. Pero no olvidemos la singular naturaleza

del convenio colectivo y que incluso en el ámbito sancionador tampoco siempre se acude a ley formal (ordenanzas, colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones...).

La pregunta que cabría hacerse es si por tanto el hecho de que se extiendan los principios de la potestad sancionadora (no los del procedimiento sancionador, como hemos dicho) va a suponer un cambio radical. Creo que no, que seguirán en general aplicándose con modulaciones, como hasta ahora.

Plantea en cualquier caso la regulación positiva algunas dudas: habla de que deben aplicar estos principios las Administraciones Públicas al ejercitar la potestad disciplinaria. Parece que debe acudirse al concepto del artículo 2.3 LRJSP y por tanto son Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las mismas. Por tanto, parece que excluye en principio al personal laboral de una sociedad mercantil o fundación del sector público. Esto en pura teoría porque habría de conjugarse con las exigencias del principio de igualdad.

Habla de personal al servicio de estas Administraciones, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo. Podría pensarse que sigue el concepto de empleado público que incluye funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual pero no parece que sea así: coincide con el ámbito subjetivo de la potestad disciplinaria que del 94 en relación con el 93 del EBEP alcanza a funcionarios y laborales, excluyendo por tanto al personal eventual . En cuanto a los altos cargos, también estarían excluidos en principio.

Desde el punto de vista objetivo, también quedarían excluidos otros procedimientos no disciplinarios, como el procedimiento de responsabilidad patrimonial al que se refieren el 176 de la Ley General Presupuestaria y concordantes, compatible con la responsabilidad penal y disciplinaria que pudiera proceder.

Por último, siguen al margen de estos principios la potestad sancionadora (sic, dice el artículo 25.4 aún cuando técnicamente parezca discutible denominarla así) de la

Administración sobre quienes están vinculados a ella por relaciones reguladas por la legislación de contratos públicos o la legislación patrimonial. Sigue lo que constituye opinión común. Realmente en tales supuestos no se está ejercitando una potestad sancionadora sino que las penalidades son consecuencias inherentes a la propia relación contractual, presidida por el principio de riesgo y ventura y en la que voluntariamente entró el contratista, concesionario o titular de la autorización.

En este sentido, la Sentencia de 21 abril 2016. RJ 2016\1816

Se alega doctrina del TC sobre el carácter sancionador de determinados actos, pero en este caso, sin perjuicio de que la medida efectivamente tiene un alcance penalizador, puesto que se impone como consecuencia de un incumplimiento, se enmarca en una relación específica, asumida por el recurrente en este caso, no solo para el interés general del suministro eléctrico, sino para su propio beneficio. La demanda realiza una serie de alegaciones sobre la naturaleza de las sanciones, la normativa del Código Civil (LEG 1889, 27) sobre cláusula penal, y resarcimiento de daños y perjuicios, y las penalidades contractuales en contraposición con sanciones administrativas. A pesar del interés del tema suscitado, la conclusión sobre la naturaleza jurídica de la medida no puede ser la de "sanción" que se pretende, sino de consecuencia de un incumplimiento en el marco de un contrato, que tiene una naturaleza especial, pero al que se acoge la parte actora en su momento, por su propio interés, asumiendo la totalidad de la normativa de aplicación.

Sentada esta idea general, no cabe aplicar ninguno de los principios que rigen en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ni por tanto puede entenderse vulnerando el principio de culpabilidad, ni de proporcionalidad. La medida se configura como penalización por incumplimiento de una condición aceptada y asumida, y la parte actora asume que incumplió la orden concreta, si bien alega motivos en su caso determinado, pero la consecuencia no es una sanción, ni se impone dentro del ámbito de la potestad sancionadora de la Administración.

1.2 PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

Pasa a regularse en el artículo 26, conforme al cual:

Artículo 26. Irretroactividad.

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.
 2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, 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.
-

El apartado 1 no varía en nada. Sí que cambia el apartado 2. En primer lugar, amplía el ámbito subjetivo: antes se hablaba del presunto infractor, lo que parece sugerir que todavía no había adquirido firmeza la resolución administrativa de imposición de la sanción y ahora añade al infractor, que también se beneficiaría de la retroactividad favorable. Enseguida surge la duda de hasta qué momento puede entenderse que se es acreedor a estos beneficios.

El inciso final resuelve la cuestión : señala que opera esta retroactividad *incluso de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición*. Con lo cual la vincula a la no ejecución de la sanción. Quizá no sea la mejor solución desde el punto de vista de la seguridad jurídica: aún teniendo sanciones firmes en vía administrativa o incluso con la sanción confirmada por los tribunales, con tal de que no se haya cumplido sigue siendo indefinidamente susceptible de revisión si cambian las normas reguladoras. Pero incluso plantea problemas a la hora de encajarlo en las potestades de revisión: sería una suerte de revocación obligada cuando la revocación si por algo se caracteriza es por la existencia de un margen de discrecionalidad significativo. Por último hace de peor condición a quien haya sido diligente en el pago, incluso si opta por pagar y después recurrir o hace depender la retroactividad de que la Administración haya sido más o menos diligente en la ejecución forzosa de la sanción.

En segundo lugar, en línea con lo que hemos dicho de un cierto carácter ambivalente de la nueva regulación que junto a avances evidentes auna ciertos retrocesos, el hecho de que antes la retroactividad se extendía a cuantos extremos de la nueva regulación resultaran ser más favorables para el infractor. Y ahora se pasa a lo que creo que es un *numerus clausus* más o menos encubierto porque la retroactividad se limita a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción.

Por último, plantea este precepto la cuestión de si ha de entenderse aplicable a la previsión que se hace respecto el dies a quo de la prescripción en los supuestos en que la sanción se ha recurrido en alzada (artículo 30.3 in fine LRJSP). Volveremos más adelante a esta cuestión.

1.3 PRINCIPIO DE TIPICIDAD

El nuevo artículo 27 LRJSP es un trasunto literal del antiguo 129 de la L 30/92. Ya comentamos el papel de las ordenanzas municipales en materia sancionadora y continúa admitiéndose el papel colaborador del Reglamento siempre que se trate de una regulación claramente subordinada a la ley.

1.4 PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad o responsabilidad pasa a regularse en el artículo 28 LRSP:

Artículo 28. Responsabilidad.

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.
 2. 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.
 3. Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.
 4. 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 artículo 28 presenta varias novedades dignas de mención. En primer lugar, señala con toda claridad que la sanción presupone que el sujeto haya incurrido en dolo o culpa, frente a la dicción anterior en la que bastaba la responsabilidad *a título de simple inobservancia*. Mucho se ha escrito sobre este inciso. Se descartó desde luego que pueda dar lugar a un sistema de responsabilidad objetiva o que permita excluir el elemento culpabilístico. Algún autor (De Palma del Teso) lo hace equivalente a culpa levísima.

Lo que sí parecía poner de manifiesto son algunas singularidades de la culpabilidad en esta rama del Derecho: que la infracción suele consistir en el incumplimiento de una norma, que a menudo la culpabilidad se traduce en una vulneración del deber general de cuidado que impone el respeto de las normas a todos sus destinatarios, que es irrelevante el desconocimiento de las normas o que no es exigible el dolo. Ahora, se va a una homogeneización de términos, pero estas singularidades mencionadas entiendo que no cambian.

En segundo lugar, el 28.1 opera una ampliación limitada y lógica del ámbito subjetivo de posibles responsables: podrán ser sancionados los grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica y patrimonios independientes y autónomos cuando una ley les reconozca capacidad de obrar. Se está pensando en herencias yacentes, comunidades de bienes, uniones temporales de empresas, comunidades de propietarios .En el ámbito tributario la Ley General Tributaria prevé en su artículo 35 que tendrán la consideración de obligados tributarios estas figuras cuando así lo prevea la ley propia de cada tributo.

El artículo 28.2 por su parte se refiere como el 130.2 a dos modalidades de responsabilidad añadidas a la propiamente administrativa que se dilucida en el procedimiento sancionador: el deber de reposición de la situación alterada al momento anterior a la comisión de la infracción y además el de indemnizar por los daños y perjuicios causados. Pero también introduce algún cambio de interés:

Antes hablaba de la compatibilidad de estas modalidades de responsabilidad con la administrativa que se derive del procedimiento sancionador. De hecho, existía una vinculación con dicho procedimiento en la medida en que en el mismo se dilucidaban no sólo la existencia de infracción sino también, en su caso, el deber de reposición y la indemnización de daños y perjuicios. La existencia de infracción parecía presupuesto de lo demás. En esta

línea parece inscribirse el artículo 22 del Reglamento que parecía pensar en procedimiento autónomo sólo si no se determinaron las cantidades en el procedimiento sancionador principal.

Ahora deja de hablarse de procedimiento sancionador y eso puede tener su trascendencia. Tal vez puede interpretarse que deber de reposición e indemnización de daños y perjuicios podrían sustanciarse de manera autónoma, en un procedimiento ad hoc, sin necesidad de que se instruya procedimiento sancionador. Piénsese en que la infracción haya prescrito pero no lo haya hecho el deber de restituir. A esto, aparte de a una aclaración competencial de agradecer, puede deberse la previsión también nueva de que la indemnización será determinada y exigida por el órgano competente para imponer la sanción.

En segundo lugar, el 130.2 hacía una oscura mención final a que quedaba expedita la vía judicial correspondiente, que no concretaba, en el supuesto en que el infractor no cumpliera en el plazo que se determine. Si ya la naturaleza de esta responsabilidad hacía dudar sobre si procedía la autotutela de la Administración y sobre la jurisdicción competente, esta indefinición acrecentaba las dudas sobre si resultaba ser la competente la jurisdicción civil o lo era la jurisdicción contencioso-administrativa. El 28.2 in fine al invocar el 101 de la LPAC y permitir por tanto el apremio sobre el patrimonio indirectamente avala que el procedimiento de determinación es un procedimiento administrativo, que culmina en un acto administrativo. Podemos concluir que estamos ante un ingreso de derecho público y que la jurisdicción competente es efectivamente la contencioso-administrativa.

El 28.3 continúa hablando de la responsabilidad solidaria cuando el cumplimiento de una obligación corresponda a varias personas conjuntamente pero ahora se añade que si la sanción es pecuniaria se individualizará en la resolución si es posible en función del grado de participación de cada responsable. Como gestores, creo que será necesario recordar la necesidad de introducir una adecuada motivación cuando esta individualización no sea posible.

El 28.4 parece decantarse por la responsabilidad autónoma de quienes incumplen su obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por sus dependientes o vinculados si es que tal conducta está tipificada como infracción. Antes, se les podía considerar responsables solidarios o subsidiarios por la infracción que cometía el tercero.

En cualquier caso, necesariamente ha de concurrir culpa en la conducta de quien tiene ese deber de prevenir, no puede convertirse en una responsabilidad objetiva. Entiendo además que podría invocarse a modo de excusa absolutoria la conformación por la persona jurídica de un programa de compliance o cumplimiento normativo en los términos del 31 bis apartado 2 del Código Penal: si enerva la responsabilidad penal de la persona jurídica, no veo razones para no ser tenido en cuenta en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

1.5 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, por otra parte presente en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra en el ámbito sancionador en el artículo 29:

Artículo 29. Principio de proporcionalidad.

1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.
 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.
 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:
 - 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.
 4. 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 el grado inferior.
-

5. 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.

6. 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 las novedades de este precepto, hay algunos cambios en cuanto a los criterios de graduación de la sanción. Junto al dolo se añade como criterio a tener en cuenta el grado de culpabilidad. Desparece por otra parte la reiteración.

En cuanto al apartado 4 trae causa del antiguo artículo 4.3 del Reglamento si bien con algún cambio: en primer lugar, se aplica con carácter general no sólo como decía el 4.3 en *defecto de regulación específica*. En segundo lugar, el 29.4 habla de posibilidad de imponer la sanción en el grado inferior, en tanto que el Reglamento permitía imponerla en su grado mínimo. El 29.5 reproduce también con un carácter general que el Reglamento no tenía lo establecido en el artículo 4.4 de éste en relación con el llamado concurso medial y el 29.6 define la infracción continuada reproduciendo a su vez el 4.6 segundo párrafo del Reglamento.

1.6 PRESCRIPCIÓN

Pasa a regularse en el artículo 30, conforme al cual:

Artículo 30. Prescripción.

1. Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; 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.

2. 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.

Interrumpirá la prescripción 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.

3. El plazo de prescripción de las sanciones 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.

Interrumpirá la prescripción 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.

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.

En cuanto a las novedades de este precepto, parece útil la previsión que introduce el 30.2 respecto al dies a quo en los supuestos de infracciones continuadas o permanentes, aunque es cierto que en muchas ocasiones, por ejemplo en materia de Costas, tal previsión resulta del propio régimen sancionador establecido en la legislación sectorial.

También constituye la corrección de una cierta ambigüedad previa del legislador en la Ley 30/92 el 30.2, el cual prevé los casos en que se paraliza el expediente sancionador estableciendo que se reinicie el plazo de prescripción. El 132.2 señalaba que se reanudaba (sic) el plazo y ello dio lugar a dudas, sobre si efectivamente había que reiniciar el plazo como sin duda corresponde hacer ante cualquier supuesto de cómputo de un plazo de prescripción o se seguía el cómputo interrumpido al iniciarse el procedimiento sancionador como si en lugar de plazo de prescripción fuera un plazo de caducidad. Pese a la cierta imprecisión del legislador, estaba claro que había que reiniciar el plazo. Ahora esas dudas se aclaran definitivamente.

En cuanto al 30.3 se refiere al dies a quo del plazo de prescripción de las sanciones y en lugar de vincularlo a la firmeza de la resolución lo hace a su carácter ejecutable. Puede ser positivo este cambio, porque es cierto que una resolución sancionadora puede ser firme en vía administrativa y estar suspendida y si la Administración no puede ejecutarla, no debieran correr los plazos de prescripción que por definición responde al efecto combinado del paso del tiempo y de la inactividad de quien está obligado a hacer.

Es del mayor interés y una de las principales novedades en materia sancionadora la previsión del párrafo final del 30.3 para los supuestos de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la sanción : el plazo de prescripción de la sanción comienza a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para resolver el recurso.

En este punto, se va más allá de la doctrina de los tribunales al respecto . En este sentido, la STS 22 septiembre 2008 recaída en el recurso 69/2005 establecía como doctrina legal (casación en interés de ley) que no podía tenerse por iniciado el plazo de prescripción hasta que la Administración resolviera el recurso de alzada de manera expresa: la sanción no ganaba firmeza ni se convertía en ejecutiva de manera que no podía iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción.. El Tribunal Constitucional viene a asumir dicha doctrina en su STC 37/2012 de 19 de marzo indicando que no hay incertidumbre en cuanto a la fijación del dies a quo y que ante el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar el interesado puede optar por acudir a la vía judicial contra la desestimación presunta o esperar a la resolución. Subyacía también la distinción que se hacía entre potestad sancionadora que culminaba con la resolución que imponía la sanción y potestades de revisión que se ejercitaban a través del recurso.

Como hemos dicho ahí hay un cambio radical, claramente garantista y que sin duda también responde al deseo del legislador de que efectivamente, también en vía de recurso, se resuelva y notifique en el plazo establecido. Con todo, se suscita una cuestión muy trascendente : qué ocurre con los recursos de alzada interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40. ¿Puede entenderse que el 30.3 constituye norma sancionadora favorable que se les ha de aplicar retroactivamente y por tanto, que empezó a correr el plazo de prescripción transcurridos los tres meses establecidos para resolver y notificar?

Es controvertido. Hay una tesis que aduce que el 26.2 LRJSP es de aplicación en este supuesto y propicia que se aplique retroactivamente el 30.3 en la medida en que es disposición sancionadora más favorable y que ahora actúa respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento, como es el caso en la medida en que no resuelto el recurso no ha ganado ejecutividad. Este es el criterio que se ha sostenido por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en el informe HPPI00135/16 de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

Otra tesis entiende que no cabría aplicar el 26.2 al 30.3 por diversas razones:

En primer lugar, porque el 26.2 habla de disposiciones sancionadoras y al hacerlo piensa, creo, en normas que establecen un régimen sancionador específico para un sector del ordenamiento tipificando infracciones y sanciones y el artículo 30.2 de la LRJSP no es una disposición sancionadora en ese sentido sino que constituye norma de normas en materia sancionadora.

En segundo lugar, porque el 26.2 establece un *numerus clausus* de extremos susceptibles de aplicación retroactiva: lo son los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones, pero no habla del *dies a quo* de la prescripción. El artículo 4.2 del Código Civil señala que las normas excepcionales no se aplicarán a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

En tercer lugar, porque el 26.2 es un precepto de la ley no es una Disposición transitoria que pretenda regular problemas de Derecho transitorio de la ley de la que forma parte. Parece ciertamente irregular que un precepto de la ley, que por definición intenta ordenar jurídicamente la realidad, se aplique a sí misma, a otro precepto de su articulado.

En cuarto lugar, porque si bien no hay un régimen transitorio propio de la Ley 40, la Disposición transitoria tercera letra e) de la Ley 39 establece que *a falta de previsiones expresas establecidas en las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias, las cuestiones de Derecho transitorio que se susciten en materia de procedimiento administrativo se resolverán de acuerdo con lo establecido en los principios anteriores*.

Pero ha de reconocerse la alta probabilidad de que los tribunales se decanten por la primera opción y consideren retroactivamente aplicable el 30.3 a los recursos de alzada interpuestos con anterioridad aún pendientes de resolución.

1.7 CONCURRENCIA DE SANCIONES, NON BIS IN IDEM

Artículo 31. Concurrencia de sanciones.

1. 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.

2. 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 actual artículo 31.2 en buena medida trae causa de la regulación del artículo 5.2 del Reglamento, que también preveía la posibilidad de suspender el procedimiento nacional si se acreditara que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos antes los órganos europeos. Esta previsión si se quiere preventiva del non bis in ídem se incorpora con carácter general como causa de suspensión del procedimiento no sólo sancionador en el artículo 22.1 c) LPAC.

2. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Respecto a la Ley 30/92 la Ley 39 supone que los antes proclamados como principios del procedimiento sancionador pasan a perder esa regulación autónoma y se difuminan, junto con contenidos procedentes del Reglamento , en el procedimiento administrativo común del que el procedimiento sancionador pasa a ser especialidad . Hasta cierto punto ha de considerarse una devaluación.

Pasamos a analizar las novedades principales en materia de procedimiento sancionador, incluyendo aquellos preceptos que no constituyendo especialidad para los sancionadores suponen cambios de importancia o incorporan, con una virtualidad y alcance general para el procedimiento administrativo común, aspectos del Reglamento.

2.1 GARANTIAS DEL PROCEDIMIENTO

La materia pasa a estar recogida en los artículos 53.1 e) y 53.2 y 63 LPAC. No existen cambios sustanciales en la medida en que se incorporan las tradicionales garantías de separación entre la fase instructora y sancionadora, defensa y contradicción y presunción de inocencia. Sí parece de interés el segundo párrafo del 63.2 que señala que *se considerará que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo*.

Esta necesaria predeterminación normativa del órgano competente no para resolver sino para iniciar sin que en principio exista un criterio para solventar posibles lagunas puede plantear problemas. El artículo 10.2 del Reglamento efectivamente partía de que era órgano competente para la iniciación el expresamente previsto en las normas sancionadoras y en su defecto el que resultara de las normas de la Ley 30/92 relativas a principios generales y competencia. Aunque mencionara el Reglamento la totalidad del Capítulo I del Título II realmente la cita podía haberse restringido al artículo 12.3 conforme al cual

3. Si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.

Aún daba el Reglamento un criterio para el caso de que ni de esta manera pudiera solventarse el problema: si de esas reglas no queda especificado el órgano competente para iniciar el procedimiento se entenderá que la competencia corresponderá al órgano que la tenga para resolver.

Como he dicho esto falta y caben opciones diversas. A mi juicio habrá que estar al artículo 8.3 de la Ley 40 que es reproducción del 12.3 antes transcrito. Pero de nuevo se ha creado un problema interpretativo donde no lo había.

2.2 LAS FIGURAS DEL DENUNCIANTE Y EL ARREPENTIDO

El Reglamento en su artículo 11 tras reafirmar el principio de que el procedimiento sancionador se iniciaba siempre de oficio admite como una de las formas de iniciación la

denuncia en cuya virtud cualquier persona pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un hecho que pudiera constituir infracción administrativa. Por razones quizá culturales se trata de una figura que siempre se ha contemplado con cierta desconfianza. No tiene desde luego derecho a que se sancione al presunto infractor ni el haber denunciado le atribuye de por sí la condición de interesado en el procedimiento y se tendía a negarle legitimación para recurrir el archivo de actuaciones. El Reglamento preveía, eso sí, en su artículo 11.2 que debería comunicarse al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia fuera acompañada de una solicitud de iniciación.

Pero últimamente la jurisprudencia parecía matizar algo esta posición jurídica del denunciante, como queda de manifiesto en la STS 18 mayo 2015 (RJ 2015\3115)

En nuestra sentencia de 9 de junio de 2014 (RJ 2014, 3100) (recurso 5215[sic]/2011), distinguíamos entre resoluciones de la AEPD que acuerdan el archivo "a limine" de la denuncia, sin llevar a cabo ninguna actividad tendente a la comprobación de los hechos denunciados, de aquellas otras en las que la AEPD había realizado actuaciones dirigidas a la averiguación de los hechos objeto de denuncia, de suerte que la decisión de archivo del expediente fue adoptada por la AEPD tras esa actividad investigadora y de comprobación de los hechos y como consecuencia de la misma.

En dicha sentencia estimamos aplicable la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se indicaban, recaídas en relación con expedientes sancionadores del Consejo General del Poder Judicial, que también ha sido aplicada en el ámbito que nos ocupa del ejercicio de las potestades sancionadoras de la AEPD, por la sentencia de este Tribunal de 24 de enero de 2013 (RJ 2013, 1915) (recurso 5172010[sic]), que "reconoce legitimación al denunciante para demandar el desarrollo de la actividad investigadora que resulte conveniente para la debida averiguación de los hechos que hayan sido denunciados, pero no para que esa actividad necesariamente finalice en una resolución sancionadora: y esto último, porque la imposición de una sanción a la persona denunciada, al no producir efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni eliminar carga o gravamen de clase alguna en dicha esfera, no encarna el interés real que resulta necesario para que pueda ser apreciada la legitimación que, como inexcusable presupuesto del proceso contencioso administrativo, exige el artículo 19 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741) ".

Pues bien, en este punto la LPAC supone una involución en el tratamiento del denunciante. Si antes en todo caso se le comunicaba la iniciación o no del procedimiento ahora ex artículo 64.1 la incoación se le comunicará al denunciante *cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean*. Como excepción, si la denuncia invoca un perjuicio al patrimonio ⁴ de las Administraciones Públicas no sólo debe notificarse a los denunciantes si se ha iniciado o no el procedimiento sino que la no iniciación debe ser motivada (62.3 LPAC)

Junto a este paso atrás, el 62.4 introduce una figura que aún calificándose como denunciante está más cercana a la del arrepentido. Enlaza con el Derecho europeo en el que es conocida la llamada política de clemencia que exonera de responsabilidad para incentivar la formulación de denuncias que permitan por ejemplo descubrir la existencia de carteles, donde la dificultad probatoria de prácticas concertadas resulta difícil. Ya se plasmó en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia y ahora se generaliza. En tal sentido, señala lo siguiente:

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.

⁴ Ex artículo 3 Ley Patrimonio de las Administraciones Públicas . *El patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos.*

2. No se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería.

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.

La primera duda es si cuando habla de infracción “ de esta naturaleza” se refiere exclusivamente a infracción que suponga perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas. Sea cual sea la finalidad del legislador, esta sería la interpretación más apegada al texto del precepto.

No se concibe la exención o reducción de la sanción como decisión discrecional de la Administración sino como actuación obligada si se dan las circunstancias señaladas. Por tanto, si no se exime o reduce deberá también hacerse un esfuerzo de motivación. La exención o reducción alcanza a la sanción administrativa pero no exime no sólo del deber de indemnizar posibles daños y perjuicios sino también del deber de restituir la situación a su estado anterior.

Cabría preguntarse cómo cohonestar esta previsión con lo establecido respecto a la responsabilidad solidaria y necesidad de individualizar la sanción pecuniaria si ello es posible. En estos casos no creo que la parte que no paga el denunciante arrepentido deba acrecer a la de los demás, podría ser contrario al principio de culpabilidad . Debería primero calcularse el importe de la sanción que le correspondería y luego aplicarse la exención o reducción.

También surgen dudas sobre los supuestos en que para obtener material probatorio sigue asistiendo a reuniones, graba conversaciones, quizá incluso inducir a otros a nuevos actos ilícitos... habría que considerar la necesidad de que la prueba no se haya obtenido con violación de derechos fundamentales. Lo contrario, aparte de las hipotéticas consecuencias (o mejor, ausencia de ellas) en un posible proceso, justificaría a nuestro juicio que no se eximiera de la sanción al denunciante.

2.3 EL DEBER LEGAL DE COLABORAR EN LA INVESTIGACIÓN DE HECHOS POSIBLEMENTE SANCIONABLES

En la Ley 30/92 el artículo 39 preveía que los ciudadanos estaban obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos

previstos por la ley. El artículo 18 supone un cambio significativo a estos efectos. Dice en tal sentido en su apartado 1:

1. Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias, salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas.

Por tanto, se colaborará en los términos que la ley establezca, lo cual es coherente con el 31.3 de la Constitución que dice que sólo podrán establecerse prestaciones personales de carácter público con arreglo a la ley. Pero si nada establece existe el deber genérico de facilitar a la Administración informes, inspecciones e investigaciones, con ciertas excepciones. Es como si se hubiera creado un equivalente al derecho de acceso a la información que ahora resulta de las leyes de transparencia. Surgen algunas dudas:

No parece que obligue al presunto infractor a facilitar esta documentación. Entiendo que són de plena aplicación los principios del 24.2 de la Constitución que reconocen el derecho de las personas a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables.

Parece claro que se trata de información ya elaborada sin que la Administración pueda obligar a que se elaboren por el particular

En las excepciones, se habla de servicios de diagnóstico, asesoramiento o defensa. Pues bien, es dudoso que pueda entenderse incluida la actividad de auditoría.⁵ que va más allá de diagnóstico o asesoramiento.

2.4 ACTUACIONES PREVIAS

⁵ Ex artículo 1.2 Ley 22/2015 de 20 de julio la auditoría de cuentas *la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales , así como de otros estados financieros o documentos contables , elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación , siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros .*

El artículo 12 del Reglamento prevía la posibilidad de que con anterioridad a la iniciación del procedimiento se realizaran actuaciones previas que permitan determinar con carácter preliminar la procedencia o no de dicha iniciación. Pasa al 55.2 LPAC, con carácter general por tanto para cualquier procedimiento, sin cambios

2.5 INICIACION DEL PROCEDIMIENTO Y MEDIDAS PROVISIONALES

Los artículos 63 y 64 no suponen grandes modificaciones respecto a lo anteriormente establecido en 134 de la Ley 30/92 y en el Reglamento salvo lo ya comentado respecto a la necesidad de determinación normativa del órgano competente para iniciar y los cambios respecto a la notificación del acuerdo de incoación al denunciante . La previsión del 63.3 sobre la imposibilidad de iniciar nuevos procedimientos sancionadores en los supuestos de infracción continuada hasta que no recaiga y adquiera carácter ejecutivo la primera resolución sancionadora trae causa del 4.6 del Reglamento. En cuanto al 64 coincide con el artículo 13 del Reglamento salvo en su apartado 3 conforme al cual

3. Excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados.

No tiene que hayamos encontrado precedente ni en la Ley 30/92 ni en el Reglamento,

Sí hay que detenerse algo más en las medidas provisionales, que pasan a estar reguladas en el artículo 56 LPAC, que a su vez incorpora el antiguo 72 y con matices el 15 del Reglamento. En cuanto a las novedades:

- a) En el apartado 1 señala que en la adopción de las medidas se estará a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad. En alguna ocasión nos hemos referido a la devaluación conceptual que en nuestro Derecho viene sufriendo la noción de principio: cualquier cosa lo es. Pero no parece justificado hablar del principio de efectividad pudiendo hablar de otros principios como el de eficacia, constitucionalmente reconocido, aunque es verdad que antes en el precepto lo ha citado o en todo caso el de eficiencia.

- b) El órgano competente para acordar medidas provisionales antes del inicio se especifica que es el que lo sea para iniciar o instruir el procedimiento
- c) En cuanto a las medidas provisionales el 15.2 del Reglamento mencionaba algunas a las que podía añadirse las demás previstas en las normas específicas. En el 56.3 de un lado se amplía el catálogo de medidas provisionales y de otro desaparece la remisión a las normas específicas, de manera que esto unido a la literalidad del precepto (*podrán acordarse las siguientes medidas provisionales*) nos llevaría a pensar que estamos ante un *numerus clausus*, de no ser porque la letra i) está redactada en términos suficientemente amplios: aquellas otras que prevean expresamente las leyes o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.
- d) Por otra parte se remite el 56.3 a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cabe preguntarse cual es el alcance de esta remisión. De entrada, las medidas provisionales que la LEC enuncia son las referidas a los procesos de nulidad, separación y divorcio así que ha de entenderse que no es ahí donde debe entenderse hecha la remisión sino a la regulación de las medidas cautelares en los artículos 721 y siguientes. ¿Cual sería su alcance? ¿Es meramente procedimental, de manera que debe abrirse un procedimiento incidental del principal con audiencia de los interesados siendo excepcional la adopción de medidas inaudita parte o también sustantiva debiendo el órgano manejar los criterios de *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y exigencia de contracautela si se adoptan no de oficio sino a instancia de parte? Más probable lo segundo.

2.6 INSTRUCCIÓN Y PRUEBA

En materia probatoria, ha de estarse al artículo 77 en cuyo apartado 1 destaca que pasa a referirse de manera expresa a la valoración de la prueba en el ámbito administrativo, cuestión no regulada en el precedente artículo 80 ni, que sepamos, en ningún otro precepto de la Ley 30/92 . En tal sentido, la remisión a la LEC ha de entenderse hecha a la valoración conjunta de las pruebas según las reglas de la sana crítica y considerando las que tengan por ley un

alcance tasado. No hay una declaración genérica en este sentido como pone de manifiesto la doctrina procesalista pero cabe inferirla de las previsiones legales en torno a la valoración de concretas pruebas como la confesión de parte o los documentos privados impugnados.

Incorpora también contenidos del artículo 17 del Reglamento. El apartado 6 recoge la previsión de que si la prueba consiste en la emisión de un informe de un órgano administrativo el mismo ha de entenderse que tiene carácter preceptivo. El Reglamento añadía que podría entenderse que tiene carácter determinante pero desaparece esta mención en línea con la desaparición de la categoría del informe determinante.

La trascendencia del carácter preceptivo que se atribuye al informe puede cifrarse en la obligatoriedad de su petición y emisión, el plazo de diez días para evacuarlo, la actuación a seguir si no se emite en el plazo de diez días: al ser preceptivo podrá suspenderse el plazo para resolver y notificar ex 22.1 d)

2.7 TERMINACION

Resulta de interés el artículo 85 LPAC que regula las especialidades de la terminación en los procedimientos sancionadores en los siguientes términos:

Artículo 85. Terminación en los procedimientos sancionadores.

1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.

El artículo 8 del Reglamento ya regulaba el reconocimiento de responsabilidad y el pago voluntario como formas de terminación del procedimiento. En el caso del pago voluntario, dejaba a salvo la posibilidad de interponer los recursos procedentes . Preveía también la posibilidad de que las normas especiales contemplaran reducciones sobre el importe de la sanción en estos supuestos en que se producía el pago voluntario (no en los casos de reconocimiento de responsabilidad).

El artículo 85 supone cambios sustanciales. Respecto al pago voluntario se deja a salvo, con buen criterio, a imagen de lo que sucedía con la exoneración del denunciante, el deber de reposición o de indemnizar los daños y perjuicios causados. En cuanto a la reducción, procede en ambos casos una reducción al menos de un veinte por ciento tanto si se reconoce la responsabilidad como si se paga voluntariamente debiendo además acumularse , no depende de una expresa previsión legal y se condicionan al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Esto último puede ser más problemático. De entrada, mal puede hablarse de desistimiento de acción o recurso en la medida en que por definición tanto el reconocimiento como el pago voluntario preceden a la resolución y por tanto a cualquier acción o recurso. En cuanto a la renuncia, cabe recordar los límites a la renuncia de nuestro ordenamiento: interés u orden público, perjuicio de terceros. Pero la propia literalidad parece permitir recurso contencioso-administrativo como si el pago pusiera fin a la vía administrativa.

El artículo 89 en relación a la propuesta de resolución recoge en lo sustancial lo establecido en los artículos 18 y 19 del Reglamento. Como novedad de interés, el artículo 18 preveía la formulación de propuesta de resolución incluso para proponer la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad. El 89.1 permite al instructor resolver la finalización del procedimiento con archivo de actuaciones y sin que sea necesario formular propuesta en las circunstancias que menciona:

1. El órgano instructor resolverá la finalización del procedimiento, con archivo de las actuaciones, sin que sea necesaria la formulación de la propuesta de resolución, cuando en la instrucción procedimiento se ponga de manifiesto que concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción.
- b) Cuando los hechos no resulten acreditados.
- c) Cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa.

- d) Cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentos de responsabilidad.
- e) Cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción.

Puede ser favorable para el presunto infractor al anticipar su exoneración de responsabilidad pero también quiebra de alguna manera la neta distinción entre las funciones de instrucción y las de enjuiciamiento, resultando admisible, entiendo, en la medida en que no comporta merma de garantías para el interesado.

Entrando ya en la resolución hay que indicar que el 87 LPAC recoge con carácter general para todos los procedimientos la posibilidad contemplada en el artículo 20.1 del Reglamento del órgano competente para resolver de acordar la realización de actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento.

En cuanto a la resolución, se regula en el artículo 90 que incorpora el contenido de los artículos 20,21 y 22 del Reglamento .Resulta con todo una muy importante novedad del segundo párrafo de su apartado 3 conforme al cual:

Cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. Dicha suspensión cautelar finalizará cuando:

- a) Haya transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el interesado haya interpuesto recurso contencioso administrativo.
- b) Habiendo el interesado interpuesto recurso contencioso-administrativo:
 - 1.º No se haya solicitado en el mismo trámite la suspensión cautelar de la resolución impugnada.
 - 2.º El órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión cautelar solicitada, en los términos previstos en ella.

Debe entenderse desafortunado el uso del “ podrá” en tanto que estamos ante una auténtica obligación de suspensión en vía administrativa que por otra parte resultaba ya de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre los que podemos citar la STC 66/1984 y la más reciente STC 78/1996 de 20 de mayo que indica que el derecho a la tutela judicial efectiva se garantiza en estos casos facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal , por lo que la Administración habría de esperar en la medida en que no puede frustrar la eficacia de la futura decisión judicial a través de la ejecución del acto.

Bibliografía

LOZANO CUTANDA, BLANCA. *La nueva legislación básica de las sanciones administrativas: visión general y tabla de concordancias y novedades*. Diariolaley, nº 8661, Sección Documento on line, 9 de diciembre de 2015, Editorial la Ley