

# Cargo en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Cese e incompatibilidades. Procedimiento sancionador. Responsabilidad patrimonial

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.-*

## Enunciado

D.<sup>a</sup> Mercedes desempeñó el cargo de Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) desde el 10 de mayo de 2019 hasta el 6 de julio de 2021. La CNMC es el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas. Es un organismo público con personalidad jurídica propia. Es independiente del Gobierno y está sometido al control parlamentario. Entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013.

Una vez que cesó en dicho cargo, y de conformidad con lo previsto en la normativa legal, comunicó a la Oficina de Conflictos de Intereses, mediante escrito de fecha 8 de julio de 2021, que optaba por la compensación económica mensual que le correspondía, de acuerdo con lo previsto en la normativa legal, durante un periodo de dos años, desde el 1 de agosto de 2021 hasta el 31 de julio de 2023.

Con fecha 21 de septiembre de 2021, se recibió en la Oficina de Conflictos de Intereses oficio del secretario general de la CNMC en el que se comunicaba que D.<sup>a</sup> Mercedes podría estar realizando una actividad incompatible con el percibo de la compensación más arriba mencionada, a la vista de la información que la interesada recogía en su blog personal, donde señalaba que prestaba servicios profesionales de forma remunerada, desde agosto de 2021 de forma ininterrumpida, en la empresa Digital XXX, sujeta a supervisión y regulación de la CNMC, de la que, según dicho blog, es cofundadora. Asimismo, en la página web de la mencionada entidad figura que D.<sup>a</sup> Mercedes ostenta el cargo de *general counsel*, que, asimilándolo a la denominación de los cargos existente en España, sería equivalente al cargo de asesor jurídico principal, figurando esa misma denominación en la siguiente página web: XXX. D.<sup>a</sup> Mercedes no comunicó a ningún organismo ni oficina de la Administración la realización de esta actividad. Esta empresa tenía como fin, entre otros, no solo la prestación de servicios financieros (compra, suscripción, tenencia, administración, permuta y venta de valores mobiliarios nacionales y extranjeros), sino también la prestación de servicios de asesoramiento, consultoría y administrativos a empresas sobre la materia.

Con fecha 24 de septiembre de 2021, la Oficina de Conflictos de Intereses, teniendo en cuenta dicha información, se dirigió a la D.<sup>a</sup> Mercedes, notificándole que se iniciaban actuaciones previas al procedimiento sancionador, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y en el artículo correspondiente de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC).

Tras la finalización de las actuaciones previas, el día 1 de febrero de 2022 se decreta la incoación del procedimiento sancionador el día 3 de febrero de 2022 y se lleva a cabo la instrucción del mismo, en el que el Consejo de Ministros dictó el Acuerdo de 1 de abril de 2022, notificada en esa fecha, por la que se le imponen las sanciones de declaración de incumplimiento de la Ley 3/2015, de regulación de los altos cargos de la Administración General del Estado, y su publicación en el Boletín Oficial del Estado, así como de que no podrá ser nombrada para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 1 de la citada ley durante un periodo de cinco años, como responsable de la comisión de una infracción de la Ley 3/2015. El día 15 de abril de 2022 se publicó la sanción impuesta en el BOE.

Las pruebas aportadas en el procedimiento sancionador por la expedientada consistieron en:

- Certificado del director/administrador de Digital XXX, en el que certifica que no ha percibido retribución alguna de la misma ni de sus filiales y que no ha ostentado ningún cargo de los previstos en los estatutos sociales de Digital XXX, ni se le ha otorgado poder alguno para representar a la sociedad, ni ha ejercitado actividad alguna que haya generado derecho de retribución.
- Copias del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los ejercicios fiscales 2020 y 2021 en las que únicamente aparecen retribuciones dinerarias que corresponden a la CNMC y a cursos compatibles con la percepción de la pensión.
- Copias de las actas notariales de constitución de las distintas sociedades que dieron lugar a Digital XXX, en las cuales no aparece D.<sup>a</sup> Mercedes, que acreditarían la no percepción de retribución a cargo de la empresa Digital XXX.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma, la abogada de D.<sup>a</sup> Mercedes expone, en el trámite de contestación a la demanda, que la resolución sancionadora deber ser declarada inválida porque, entre otros vicios:

- Que se había producido la prescripción de la infracción y la caducidad del procedimiento.
- Que se han vulnerado los principios de legalidad y tipicidad en la resolución sancionadora.

- Que el Consejo de Ministros, teniendo por acreditado que ha desarrollado una actividad, presume que la actividad que ha realizado es una actividad legalmente configurada como remunerada, y, por ello, resulta incompatible con la percepción de la pensión que le corresponde tras su renuncia al cargo de consejera de la CNMC.
- Se aduce que no ha realizado ninguna actividad que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 3/2015, sea susceptible de ser comunicada a ningún organismo administrativo tras su renuncia al cargo de consejera de la CNMC.
- Se esgrime también como motivo de impugnación la ausencia de pruebas sobre la tipicidad de la conducta sancionada, pues no se ha probado que desempeñe, verdaderamente, ningún tipo de actividad.
- Se argumenta que no se puede imponer una sanción por infracción muy grave, ya que no existe relación directa entre la actividad presuntamente desempeñada en la empresa Digital XXX (empresa de servicios financieros, y que, por tanto, no está sujeta a la regulación de este sector) con las competencias del cargo que ocupaba en la CNMC, tal y como exige la Ley 3/2015.
- Se aduce que la no declaración de actividades no puede constituir una infracción muy grave, pues, en el caso de que resultare apercibida para ello, sería una infracción grave, lo que determina que deba entenderse que la Administración ha aplicado incorrectamente el tipo infractor, porque la no declaración de actividad no puede ser nunca constitutiva de una infracción muy grave.
- Igualmente, y con carácter subsidiario, se alega que la resolución sancionadora vulnera el principio de proporcionalidad enunciado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, en el artículo 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (LRJSP), teniendo en cuenta que no percibió remuneración alguna y que no concurre ninguna de las circunstancias para ser sancionada, y que la obligación de declaración contenida en la Ley 3/2015 es una obligación de carácter general.
- Que había solicitado información pericial consistente en declaración de especialista sobre la materia con la finalidad de acreditar que, en todo caso, la labor de D.<sup>a</sup> Mercedes en la empresa nada había tenido que ver con su condición de ex-consejera de la CNMC. Sobre esta solicitud nada se dijo y, por tanto, el silencio era estimatorio y no debió dictarse la resolución sancionadora sin realizar dicha prueba, porque este silencio equivalía a una resolución confirmatoria.
- Finalmente, aduce que la publicación de la sanción en el BOE afectaría a los datos personales de D.<sup>a</sup> Mercedes y supondría una vulneración de las garantías reconocidas en los artículos 24.2 y 25 de la Constitución, que debe respetar la administración cuando ejerce la potestad sancionadora. Además, supone, también, la vulneración de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Por otra parte, entendiendo la Asociación Nacional contra la Corrupción del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, debidamente inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, aduciendo que la sanción impuesta es muy baja, en tiempo y forma, igualmente, interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, el día 15 de abril de 2023, D.<sup>a</sup> Mercedes presenta ante el Consejo de Ministros una reclamación, por importe de 40.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial, porque al publicarse la sanción en el BOE, tal y como señala el relato de hechos, en primer lugar, le ha supuesto un desprestigio, toda vez que han tenido conocimiento de ello todas las personas de su entorno y cualquiera podía acceder a dicha información, con lo que ello supone y, en segundo lugar, le ha producido un evidente perjuicio económico porque, otra empresa del sector cree que estaba dispuesta a contratarla y, en su opinión, al tener conocimiento de los hechos desistió de tal contratación. La Administración no admitió su solicitud por extemporánea.

Cuestiones planteadas:

Se solicita informe jurídico razonado sobre el ajuste a derecho o no de la sanción impuesta, y en concreto sobre:

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida?
2. Comente los motivos alegados por la letrada en defensa de D.<sup>a</sup> Mercedes e indique, de forma razonada, si deben ser acogidos o no y si, en suma, la resolución sancionadora fue ajustada a derecho o no, así como las razones de ello.
3. ¿Cómo habrá de resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional contra la Corrupción?
4. Informe, de forma argumentada, de todo lo concerniente a la solicitud, en concepto de responsabilidad patrimonial efectuado por D.<sup>a</sup> Mercedes y la no admisión de la Administración por extemporánea.

## Solución

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida?

El artículo 7.3 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado señala que:

Quienes cesen en los puestos que tengan previstas las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que

se refieren los apartados 1 y 2, tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad, para comunicar a la Oficina de Conflictos de Intereses, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro.

Si se opta por la percepción de las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2, no se podrá ejercer una actividad económico-pública o privada retribuida, aunque se renuncie a su retribución.

La infracción será muy grave, contemplada en el artículo 25.1 a) de la Ley 3/2015, consistente en «el incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley». Se ha de considerar que el desempeño de cargos en Digital XXX constituye una actividad sujeta al régimen de incompatibilidades previsto en la ley, que declara acreditado que la demandante ha incumplido la obligación de presentar una declaración ante la Oficina de Conflictos de Intereses sobre las actividades que fuera a realizar, con carácter previo a su inicio, prevista en la normativa vigente. En este sentido, el artículo 15.1 y 2 de la Ley 3/2015 señala que:

1. Los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado.

La prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario.

2. Quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los dos años siguientes a su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación.

A estos efectos, se entenderán en todo caso incluidos los altos cargos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y el Consejo de Seguridad Nuclear.

Y en el apartado 6 de dicho artículo se señala que:

Quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio.

En este caso, se dice expresamente, en el relato de hechos, que D.<sup>a</sup> Mercedes nada comunicó sobre su trabajo en la empresa a ningún organismo de la Administración, que debió ser la Oficina de Conflicto de Intereses.

2. Comente los motivos alegados por la letrada en defensa de D.<sup>a</sup> Mercedes e indique, de forma razonada, si deben ser acogidos o no y si, en suma, la resolución sancionadora fue ajustada a derecho o no, así como las razones de ello.

#### A) Prescripción de la infracción y caducidad del procedimiento

Respecto a la prescripción de la infracción, el artículo 28.1 de la Ley 3/2015 señala que «el plazo de prescripción de las infracciones previstas en este Título será de cinco años para las infracciones muy graves».

D.<sup>a</sup> Mercedes desempeñó el cargo de consejera de la CNMC desde el 10 de mayo de 2019 hasta el 6 de julio de 2021, y se encontraba prestando servicios en la empresa Digital XXX desde agosto de 2021. De manera que la fecha a tener en cuenta para el cómputo del plazo de la infracción es desde agosto de 2021, en que cesó en dicho cargo. Por lo tanto, no había transcurrido el plazo de cinco años de prescripción de la infracción.

En cuanto a la posible caducidad del procedimiento, la Ley 3/2015 nada dice al respecto, por lo que habrá que estar a lo previsto, con carácter general, en la LPAC. En este sentido el artículo 25 referido a la falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio dispone que:

1. En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

[...]

- b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95.

2. En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

En el relato de hechos se dice que, con fecha 24 de septiembre de 2021, la Oficina de Conflictos de Intereses, teniendo en cuenta dicha información, se dirigió a D.<sup>a</sup> Mercedes, notificándole que se iniciaban actuaciones previas al procedimiento sancionador, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y en el artículo correspondiente de la LPAC, y que, tras la

finalización de las actuaciones previas el día 1 de febrero de 2022, se decreta la incoación del procedimiento sancionador el día 3 de febrero de 2022 y se lleva cabo la instrucción del mismo, en el que el Consejo de Ministros dictó el Acuerdo de 1 de abril de 2022, por la que se le imponen las sanciones.

Las actuaciones previas vienen reguladas en el artículo 55 de la LPAC, donde nos dice:

2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

La STS de 13 de mayo de 2019 (RC 2415/2016), siguiendo la línea de la anterior de 6 de mayo de 2015 (RC 3438/2012), confirma una puntualización a la doctrina jurisprudencial que había declarado que el tiempo que duren las actuaciones previas a la incoación de un procedimiento administrativo no computan en el tiempo que la Administración tiene para resolver y notificar dicha resolución, y, por lo tanto, en el plazo de caducidad.

Estas actuaciones inspectoras previas no requieren necesariamente la audiencia ni la intervención de la persona afectada (STS de 6 de mayo de 2011, RC 5225/2007), sin perjuicio de que se pueda llevar a cabo, y tienen como límite que son previas, informativas, sin que se pueda imponer sanción en el mismo, sino que para ello es necesario incoar un procedimiento sancionador específico (STS 6 de mayo de 2015, RC 3438/2012).

En sentido estricto, desde el acuerdo de inicio del procedimiento (3 de febrero de 2022) hasta la resolución sancionadora (1 de abril de 2022) no habían pasado los tres meses, pero la reciente STS de 13 de mayo de 2019 (RC 2415/2016), a la que hacíamos referencia antes, matiza nuevamente esta doctrina jurisprudencial, tal y como había hecho la STS de 6 de mayo de 2015 (RC 3438/2012), diciendo:

Esta Sala tiene declarado que ese periodo anterior al acuerdo de iniciación «[...] ha de ser forzosamente breve y no encubrir una forma artificiosa de realizar actos de instrucción y enmascarar y reducir la duración del propio expediente posterior» (sentencia de 6 de mayo de 2015, recurso de casación 3438/2012, FJ 2.º).

Por ello debemos de tener en cuenta que, pese a que, con carácter general, el plazo del periodo de actuaciones previas no entre dentro del cómputo del plazo máximo para resolver y notificar la resolución que tiene la Administración dentro de los procedimientos sancionadores y de gravamen para que no se produzca la caducidad de dichos procedimientos,

habrá que tener mucho cuidado con aquellos periodos de actuaciones previas demasiado largos o que supongan un fraude de ley, puesto que en esos casos el Tribunal Supremo apunta que sí se podrá tener en cuenta el mismo para la caducidad.

## B) Presunta vulneración del principio de legalidad y tipicidad

Respeto a la presunta infracción del principio de legalidad, el artículo 25 de la LRJSP señala que:

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.

Debe rechazarse que el Acuerdo del Consejo de Ministros infrinja la garantía *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* del artículo 25 de la Constitución y del artículo 25 de la LRJSP, pues no apreciamos ninguna quiebra del principio de legalidad, ya que el ejercicio de la potestad sancionadora, en este caso, vienen atribuida por la Ley 3/2015; la ejerció quien era competente para ello (el art. 27.3 señala: «Corresponde al Consejo de Ministros la imposición de sanciones por faltas muy graves y, en todo caso, cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o de Secretario de Estado») y, finalmente, se trataba de una exconsejera de la CNMC.

Respecto a la presunta infracción del principio de tipicidad, el artículo 27 de la LRJSP establece que:

1. Solo 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.

## C) No percepción de retribución alguna e inexistencia del tipo

En este sentido, cabe poner de relieve que la obligación de efectuar ante la Oficina de Conflictos de Intereses declaración de las actividades profesionales que se pretende rea-

lizar, a la que se refiere el artículo 7.4 de la Ley 3/2015, es de carácter formal, por lo que resulta irrelevante que la actividad profesional efectivamente desempeñada por cuenta propia o ajena en el sector privado sea esporádica u ocasional o que haya generado o no retribución (aunque a los efectos de apreciar la culpabilidad del infractor haya que ponderar la naturaleza jurídica de la actividad profesional que se pretende realizar y si la prestación de servicios profesionales tiene carácter accidental).

Por ello, entendemos que no resulta convincente el argumento de que no cabe sancionar a la D.<sup>a</sup> Mercedes, porque, según se desprende del régimen de regulación de los altos cargos de la Administración General del Estado, y del Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrollaba la Ley 5/2006, de 10 de abril, solo procede comunicar las actividades a desarrollar cuando se trate de actividades remuneradas.

Cabe señalar que la finalidad intrínseca de esta regulación, que establece limitaciones al ejercicio de actividades privadas en el periodo de cesantía, es garantizar la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas cuando se desempeñan, y prevenir conflictos de intereses que pudieran surgir tras el cese, así como evitar cualquier riesgo de aprovechamiento ilegítimo *ex post* de los conocimientos adquiridos o de las informaciones privilegiadas obtenidas en el ejercicio de la funciones públicas como alto cargo de la Administración pública.

Los artículos 19 y siguientes de la Ley 3/2015 introducen un mecanismo de control previo del ejercicio de cualesquiera actividades o prestación de servicios profesionales que se pretendan desarrollar en el ámbito del sector privado, que se establece para garantizar la efectividad del sistema de incompatibilidades y conflictos de intereses instruido en el citado texto legal, y para salvaguardar los principios de transparencia y buen gobierno de las instituciones públicas, con el objetivo de que, una vez cumplimentado el deber jurídico de información, la Oficina de Conflictos de Intereses dictamine si existe o no incompatibilidad con la percepción de la compensación económica tras el cese en el desempeño del alto cargo, y pueda pronunciarse con fundamento sobre su compatibilidad o incompatibilidad.

D) No realización de actividad que, según la Ley 3/2015, debiera ser comunicada a ningún organismo administrativo

Se aduce que no ha realizado ninguna actividad que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 3/2015, sea susceptible de ser comunicada a ningún organismo administrativo tras su renuncia al cargo de consejera de la CNMC.

Pues bien, recoge el relato de hechos literalmente:

La interesada recogía en su blog personal que prestaba servicios profesionales de forma remunerada, desde agosto de 2021 de forma ininterrumpida, en la empresa Digital XXX, sujeta a supervisión y regulación de la CNMC, de la que, según dicho blog, es cofundadora.

Señala el artículo 7 de la Ley 3/2015:

1. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación de arancel, así como con cualquier retribución que pro venga de una actividad privada, con excepción de las previstas en el artículo 13.2 c).

[...]

3. Quienes cesen en los puestos que tengan previstas las pensiones indemnizato rias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2 tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad, para comunicar a la Oficina de Conflictos de Intereses, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro.

Si se opta por la percepción de las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2, no se podrá ejercer una actividad económico-pública o privada retribuida aunque se renuncie a su retribución.

La opción por el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o por la pensión de jubilación o retiro, que se formalizará por escrito para su adecuada constancia, implica la renuncia a las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese.

Por lo tanto, carece de razón en este argumento.

E) Ausencia de prueba de la actividad realizada en el ámbito privado

Se esgrime también, como motivo de impugnación, la ausencia de pruebas sobre la tipicidad de la conducta sancionada, pues no se ha probado que desempeñe, verdaderamente, ningún tipo de actividad.

Este argumento está desvirtuado por los hechos porque:

- La interesada misma, en su blog personal, reconoce que desarrollaba esa actividad en la empresa Digital XXX.
- La misma defensa, también, lo admite, porque su argumento para combatir la sanción impuesta reside en que la actividad no es remunerada.

- La prueba era muy simple, al consistir la infracción en la falta de comunicación a la Oficina de Conflicto de Intereses, y esta omisión no se desvirtuó por todas las pruebas aportadas por la defensa de la interesada.
- Se recibió en la Oficina de Conflictos de Intereses oficio del secretario general de la CNMC en el que se comunicaba que D.<sup>a</sup> Mercedes podría estar realizando una actividad incompatible con el percibo de la compensación.
- Finalmente, esa comunicación dio lugar a unas diligencias previas, que determinó la presunta infracción cometida y la incoación del procedimiento sancionador, que finalizó mediante resolución sancionadora.

F) No existencia de relación directa entre la actividad desempeñada en la empresa con las competencias del cargo que ocupaba en la CNMC

También debe rechazarse este argumento relativo a que la resolución sancionadora no se ajusta a la legalidad, por cuanto ha demostrado que no ha realizado ninguna actividad susceptible de ser comunicada a la Oficina de Conflictos de Intereses, ya que no existe relación directa entre la actividad presuntamente desarrollada en la empresa Digital XXX (empresa de servicios financieros) y la actividad que se corresponda con las competencias del cargo desempeñado de consejera de la CNMC, tal como exige el artículo la ley.

Esta empresa tenía como fin, entre otros, no solo la prestación de servicios financieros (compra, suscripción, tenencia, administración, permuta y venta de valores mobiliarios nacionales y extranjeros), sino también la prestación de servicios de asesoramiento, consultoría y administrativos a empresas sobre la materia. Además, el relato de hechos señala, expresamente, que estaba sujeta a la supervisión y regulación de la CNMC, lo que determina que apreciemos que se cumple el presupuesto relacional establecido en la citada norma legal.

G) Ausencia de pruebas y la presunta vulneración del principio de presunción de inocencia

El artículo 24.2 de la CE reconoce el derecho a la presunción de inocencia que, además, de aplicarse al ámbito penal se aplica, también, al ámbito de los procesos administrativos sancionadores.

La STS de 6 de junio de 2008 (rec. núm. 146/2004 [NFJ029211]), que recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, señala que:

El principio de presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, y comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no solo los hechos constitutivos de la infracción, la participación en tales hechos y las cir-

cunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de sanción (entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de abril; 14/1997, de 28 de enero; 209/1999, de 29 de noviembre, y 33/2000, de 14 de febrero).

Asimismo, la STS de 10 de julio de 2007 (rec. núm. 306/2002 [NFJ026628]) precisa que ha de ser la Administración la que demuestre la culpabilidad, pues «no es el interesado quien ha de probar la falta de culpabilidad».

La presunción de inocencia, derecho fundamental de la ciudadanía, según el artículo 24.2 de la Constitución y el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, viene recogida expresamente en nuestro ordenamiento para los procedimientos administrativos sancionadores en el artículo 53.2 b) de la LPAC, donde entre los derechos del interesado en el procedimiento administrativo sancionador tendrá el derecho «a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario».

Y es que, como decía la STS de 28 de abril de 2016 (RC 677/2014):

Cabe significar que el derecho a la presunción de inocencia, que rige sin excepción en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 66/2007, de 27 de marzo (NCJ041069), comporta que «no pueda imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita», e implica también el reconocimiento del derecho a un procedimiento administrativo sancionador debido o con todas las garantías, que respete el principio de contradicción y en que el presunto responsable tenga la oportunidad de defender sus propias posiciones, vedando la incoación de expedientes sancionadores cuando resulte apreciable de forma inequívoca o manifiesta la inexistencia de indicios racionales de que se ha cometido una conducta infractora, o en los que esté ausente la antijuridicidad o la culpabilidad.

El Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado no ha conculcado el derecho a la presunción de inocencia.

Las pruebas aportadas en el procedimiento sancionador (certificado del director/administrador de Digital XXX, en el que certifica que no ha percibido retribución alguna de la misma ni de sus filiales hasta cierta fecha y que no ha ostentado ningún cargo de los previstos en los estatutos sociales de Digital XXX, ni se le ha otorgado poder alguno para representar a la sociedad, ni ha ejercitado actividad alguna que haya generado derecho de retribución; copias del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los ejercicios fiscales 2020 y 2021, en las que únicamente aparecen retribuciones dinerarias que corresponden a la CMT y a cursos compatibles con la percepción de la pensión; copias de las actas notariales de constitución de las distintas sociedades que dieron lugar a Digital XXX, en las cuales no aparecen la recurrente), que acreditarían la no percepción de retribución a cargo de la empresa Digital XXX mientras realizaba su labor profesional de *general counsel*, resultan irrelevantes para desestimar la comisión de la conducta imputada, que consiste,

como hemos expuesto, en el incumplimiento del deber jurídico de formalizar ante la Oficina de Conflictos de Intereses una declaración formal de las actividades que pretende realizar de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.6 de la Ley 3/2015, que señala que «quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo deberán efectuar, durante el período de dos años a que se refiere el apartado 1, ante la Oficina de Conflictos de Intereses, declaración sobre las actividades que vayan a realizar, con carácter previo a su inicio».

#### H) Calificación de la conducta como grave

Tampoco tiene razón la tesis formulada respecto de que procedería calificar la conducta de infracción grave. El incumplimiento de la obligación de efectuar declaración de actividades ante la Oficina de Conflictos de Intereses prevista en el artículo 7.4 de la Ley 3/2015 constituye un «incumplimiento de las normas de incompatibilidad a que se refiere este título», que se tipifica como infracción muy grave en el artículo 25.1 a) de la citada ley.

En este sentido, no se puede considerar que la conducta imputada sea subsumible en el tipo infractor del apartado 2 a) de la citada disposición legal («no declaración de actividades de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros tras el apercebimiento para ello»), que se refiere a las obligaciones de los saltos cargos establecidas en los artículos 11 y 12 del citado texto legal.

#### I) Vulneración del principio de proporcionalidad

El motivo de impugnación formulado en segundo término contra el acuerdo fundado en la vulneración del principio de proporcionalidad (que se sustenta en el argumento de que resulta improcedente calificar la conducta de infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1 a) de la Ley 5/2006, en la medida que se le sanciona de igual forma que si se hubiera trabajado para una empresa del sector de los mercados y de la competencia) no puede ser estimado.

Esta sala considera que las sanciones impuestas por el acuerdo del Consejo de Ministros no son desproporcionadas, a la luz de las circunstancias concurrentes.

Apreciamos que la resolución sancionadora respeta el marco regulatorio de las sanciones establecido en el artículo 26 de la Ley 3/2015, que prevé como sanción a imponer a las personas responsables de la comisión de infracciones muy graves la sanción de declaración de incumplimiento de la ley y su publicación en el BOE, y la de no poder ser nombrado para ninguno de los altos cargos durante el periodo de entre 5 y 10 años, al observarse que se ha impuesto en el grado mínimo.

Se le imponen las sanciones de declaración de incumplimiento de la Ley 3/2015, y su publicación en el BOE (sanciones que son preceptivas si aprecia, como es el caso, infracción muy grave, en virtud del art. 26.1 de la Ley 3/2015), así como de que no podrá ser nombrado para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 1 de la citada ley durante un

periodo de 5 años (es el mínimo de la sanción según el art. 26.4) como responsable de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 25.1 a) del citado texto legal mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

Por ello, el hecho de que no percibiera retribución de la empresa contratante durante el periodo de cesantía no implica la revisión de la calificación efectuada por el Consejo de Ministros, ni se proyecta en la apreciación de una menor reprochabilidad de la conducta sancionada, que determine la atenuación de la sanción impuesta.

J) No manifestación sobre prueba pericial propuesta, lo que equivale a silencio positivo

Afirma la letrada que había solicitado información pericial consistente en declaración de especialista sobre la materia con la finalidad de acreditar que, en todo caso, la labor de D.<sup>a</sup> Mercedes en la empresa nada había tenido que ver con su condición de exconsejera de la CNMC. Sobre esta solicitud nada se dijo y, por tanto, el silencio era estimatorio y no debió dictarse la resolución sancionadora sin realizar dicha prueba, porque este silencio equivaldría a una resolución confirmatoria.

Es cierto que el artículo 77.3 de la LPAC señala que «el instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada», de donde se deduce, *a sensu contrario*, que el instructor debió manifestarse sobre la prueba propuesta, admitiéndola o rechazándola si la consideraba manifiestamente improcedente o innecesaria y, al no hacerlo así, podría deducirse algún tipo de responsabilidad disciplinaria.

Ahora bien, en primer lugar, la figura del silencio positivo o estimatorio que ha interpretado la letrada no tienen razón de ser. El silencio administrativo es un mecanismo que protege a los ciudadanos frente a los incumplimientos de la Administración pública en la resolución de sus procedimientos administrativos. A tenor del artículo 21.1 de la LPAC, se dice que la Administración «está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación». E, igualmente, señala el precepto:

Las Administraciones Públicas deben publicar y mantener actualizadas en el portal web, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos de su competencia, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Dicha mención se incluirá en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en la comunicación que se dirigirá al efecto al interesado dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud iniciadora del procedimiento en el registro electrónico de la Administración u Organismo.

mo competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

Por tanto, con carácter general, no es aplicable la figura del silencio administrativo respecto a los actos de trámite, salvo que la norma lo establezca expresamente o se trate de actos de trámite cualificados que supongan la finalización del procedimiento.

En segundo lugar, esta actuación del instructor no tiene por qué generar obligatoriamente una indefensión real y efectiva a D.<sup>a</sup> Mercedes, porque ello dependerá de la prueba pedida y de la consecuencia que su no realización producirá sobre la expedientada, y de si resulta imposible alegar en un posterior recurso su omisión y trascendencia de la no realización.

En este caso, se solicitó información pericial consistente en declaración de especialista sobre la materia con la finalidad de acreditar que, en todo caso, la labor de D.<sup>a</sup> Mercedes en la empresa nada había tenido que ver con su condición de exconsejera de la CNMC. Pues bien, nada tiene que ver con la infracción cometida, que es no haber comunicado previamente a la Oficina de Conflicto de Intereses que iba a realizar ese trabajo en la empresa. Por tanto, aunque así fuera, no cambiaría el sentido de la resolución sancionadora. Por otra parte, si cree que resultó perjudicada por la no realización de la prueba, siempre dispondrá de los recursos posteriores contra dicha resolución para reiterar la prueba si considera que le ha producido un perjuicio real y efectivo.

K) La publicación en el BOE de la sanción vulnera la Ley de protección de datos

La STC 23/2022, Sala 2.<sup>a</sup>, de 21 de febrero, recurso de amparo núm. 6420/2019, BOE de 25 de marzo de 2022 (NCJ065990), se ha referido a esta cuestión, aunque referido a otro caso e infracción de otra ley.

De la misma deducimos que la publicación en el BOE de la resolución por la que se impuso al recurrente una multa por la comisión de una infracción muy grave de la Ley 3/2015 y que dispone, en su artículo 26.1 su publicación una vez fuera firme en vía administrativa, no vulnera las garantías de los artículos 24.2 y 25 de la CE que debe respetar la Administración cuando ejerce la potestad sancionadora. La publicación de la sanción en el BOE, conforme dispone el artículo 26.1, no constituye una sanción *per se*, sino que se trata de una consecuencia accesoria a la imposición de las sanciones muy graves prevista por la propia ley, cuya finalidad primordial es advertir a terceros de una actuación que puede afectar al buen funcionamiento del mercado financiero –en particular el abuso del mercado y el uso de información privilegiada–, y garantizar la transparencia y eficacia en la labor de supervisión que lleva a cabo la CNMC; no la de infligir al infractor un perjuicio. Por consiguiente, a la resolución por la que se dispone simplemente la publicación dispuesta por el artículo 26.1 no le son directa y autónomamente aplicables las garantías de los artículos 24.2 y 25 de la CE que debe respetar la Administración cuando ejerce la potestad sancionadora.

En segundo lugar, tal publicación no ha vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos personales. La comunicación a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de la resolución sancionadora emitida por la CNMC para su publicación y la publicación misma de esa resolución en el diario oficial constituyen supuestos de tratamiento de datos personales necesarios para el cumplimiento de una obligación legal, aplicable tanto a la CNMC como a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, por lo que no requieren el consentimiento del interesado. Existe, pues, una base jurídica que legitima el tratamiento de datos, tanto de la comunicación de la resolución sancionadora al organismo editor del BOE como de su ulterior publicación en este diario oficial. Una publicación que, por lo demás, no infringe, en principio, por sí mismo, los principios de proporcionalidad y temporalidad que rigen en materia de protección de datos de carácter personal. La CNMC actuó en ejercicio de las funciones, respondiendo a la finalidad legítima de garantizar la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, que está vinculada a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y con el deber de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio. No puede apreciarse que la medida dispuesta por el legislador en el artículo 26.1 de la Ley 3/2015 y su aplicación por la CNMC sea desproporcionada para la consecución de dicha finalidad. Tampoco se aprecia que se haya vulnerado el principio de temporalidad en el tratamiento de los datos personales que figuran en la resolución sancionadora finalmente publicada en el BOE, en tanto en cuanto su titular podrá ejercer en su momento el derecho de supresión y olvido.

El problema en este caso es que la sanción debería ser firme y no lo era, pues la sanción se impuso el día 1 de abril de 2022 y notificó en dicha fecha, y se publicó en el BOE el día 15 de abril. Contra la misma cabía, potestativamente, recurso de reposición en un mes desde la notificación (arts. 124 y 125), y luego, o directamente, recurso contencioso-administrativo, en dos meses (art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa –LJCA–), ante la Sala 3.<sup>a</sup> o de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 12 LJCA).

De manera que, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del causante, procede, de inmediato, la retirada del BOE de esa publicación y la consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración, por un funcionamiento anormal de los servicios públicos, si acredita los requisitos de los artículos 32 y siguientes de la LRJSP.

### 3. ¿Cómo habrá de resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional contra la Corrupción?

Hemos de partir de la viabilidad jurídica de que las asociaciones tienen legitimación para interponer un contencioso-administrativo en defensa de los derechos e intereses de la colectividad a la que representa.

En este sentido, hemos de acudir al artículo 19 de la LJCA, que señala al respecto:

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

Se infiere del meritado precepto, por tanto, la necesaria concurrencia de un derecho o interés legítimo, que se constará, *a priori*, analizando los estatutos de la entidad y el acto administrativo objeto de impugnación.

Pero podemos plantearnos estas cuestiones:

1. ¿En qué consiste el derecho o interés legítimo?

Nos ilustran al respecto las SSTC 252/2000, de 30 de octubre (NFJ010099), 173/2004, de 18 de octubre (NSJ015874) y 73/2006, de 13 de marzo (NSJ020072); con relación a un sindicato, al señalar:

Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.

Sin embargo, no es suficiente con acreditar la concurrencia de un derecho o interés legítimo, sino que, además, el recurrente tiene que probar la afección personal a los intereses del recurrente.

2. Necesidad de afección a intereses concretos

Será importante justificar que no se actúa en defensa de la legalidad en abstracto, sino en defensa de los intereses concretos de los asociados.

En este sentido, nos ilustra la STSJ de Madrid, Sección 8.<sup>a</sup>, de 29 de junio de 2018, en el procedimiento ordinario 569/2017 C- 01, que expone:

Será preciso que demuestre que el acto que se impugna le afecta a su esfera jurídica de intereses de un modo efectivo y acreditado, y no meramente hipotético, potencial y futuro, sin que dicho interés legítimo ampare el puro interés por la legalidad, ni comprenda un interés frente a agravios potenciales o futuros.

Pues bien, las asociaciones y los sindicatos legalmente constituidos tienen legitimación activa para defender en juicio sus propios intereses, y los de sus asociados, frente a actos y resoluciones administrativas que pudieran perjudicar sus legítimos intereses y derechos. Pero es necesario, en todo caso, que haya un mínimo de relación entre el contenido del acto o norma impugnado y la situación jurídica de aquellos, relación en cuya virtud sean al menos previsibles consecuencias desfavorables para quienes intentan recurrir.

En el mismo sentido y dirección, STS, de la Sala 3.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2009 (rec. núm. 188/2007), en torno a la legitimación de los sindicatos para accionar en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, doctrina que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, según sentencias adjuntas, hacen extensible cuando quien recurre es una asociación de funcionarios o trabajadores:

Para considerar procesalmente legitimado a un Sindicato, o Asociación, no basta con que este acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de la denominada «función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores», sino que debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho Sindicato o Asociación y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2003 cuando afirma que « los recurrentes evidencian que no les mueve un interés que afecte a la esfera individual de sus propios intereses, que en definitiva no resultaron lesionados con el iter procedimental seguido, sino que les mueve una suerte de interés por la legalidad que, como dice sensatamente la Sentencia recurrida, se traduce en el presente caso en el ejercicio de una acción popular inexistente en nuestro ordenamiento».

Asimismo, STSJ de Madrid, Sección 7.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2018 (apelación 867/2017), que reitera la extensión de la legitimación de los sindicatos a las asociaciones:

Pues bien, a diferencia de lo que sostiene la Abogacía del Estado, consideramos que la Asociación hoy recurrente sí ostenta, o dispone si se prefiere, de legitimación para recurrir en el presente proceso, habida consideración de lo que en el mismo se cuestiona y pretende, pues como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2006, en un supuesto de una convocatoria para la provisión de una plaza por libre designación, existe conexión entre los fines y la actividad del Sindicato, Asociación en el caso que nos ocupa, (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores asociados) y el objeto del pleito, centrado en actividades relacionadas con la organización administrativa, añadiendo que el hecho de que un acto sea manifestación de la potestad organizativa de la Administración poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 6º [NCJ051751]) en cada caso.

### 3. Conclusiones

- A) En primer lugar, es preciso analizar los estatutos de la entidad y analizar el vínculo o relación con el acto administrativo que se pretende impugnar.

- B) Debe hacerse expresa mención en la definición de ese interés legítimo a que el acto recurrido ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de la asociación y sus asociados. No queda amparado el puro interés por la legalidad.
- C) Además, debe recordarse que las causas de inadmisión, en cuanto vienen a excluir el contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, han de interpretarse en sentido restrictivo, porque en este caso el principio antiformalista y el principio *pro actione* inspiran la apreciación del cumplimiento de los requisitos legales expresados para propiciar un juicio de fondo que alcance lo más plenamente posible la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución.
- D) En definitiva, para que no se trate de una mera acción ejercitada en defensa de la legalidad, para la que no se reconocería legitimación al recurrente, habrá de justificarse bien la existencia de un interés legítimo concretado en que la estimación del recurso le reportaría algún beneficio o ventaja (o perjuicio evidente), en relación con su finalidad estatutaria, en su dimensión no general y abstracta, sino en referencia concreta al núcleo básico de sus intereses como tal asociación o en relación con sus propios asociados en cuanto miembros de dicha asociación.

A la vista de todo ello, en el caso que analizamos no queda acreditada la legitimación de dicha asociación para recurrir una resolución que ha sido sancionadora y que se ajusta a la legalidad, como hemos tenido la ocasión de comprobar. El fin de la asociación es la lucha contra la corrupción del personal al servicio de la Administración. Pues bien, esa finalidad y el interés de aquella ya ha sido satisfecho con la resolución sancionadora ajusta a derecho (otra cosa es que no hubiera sido así porque finalizara sin sanción o con una inferior contraria al ordenamiento jurídico). Por tanto, podemos afirmar que su «interés legítimo» ya ha sido satisfecho.

Por lo tanto, a mi modo de ver, el recurso se debe resolver no admitiéndose por parte del Tribunal Supremo, por falta de legitimación de la recurrente. Lo puede hacer, según el artículo 51.1 b), por auto («El Juzgado o Sala, tras el examen del expediente administrativo, declarará no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto: [...] b) La falta de legitimación del recurrente») o en la sentencia que dicte, al amparo de la causa del artículo 69 b) (persona no legitimada).

4. Informe, de forma argumentada, de todo lo concerniente a la solicitud, en concepto de responsabilidad patrimonial y la no admisión de la Administración por extemporánea

Competencia para resolver

El artículo 92 de la LPAC señala que «en el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro res-

pectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga». Ahora bien, lo que debe de hacer el Consejo de Ministros es remitir el escrito al ministro competente por razón de la materia, que parece el ministro de Hacienda y Función Pública.

De cualquier forma, el Consejo de Ministros debe remitir el escrito de recurso al ministro competente en virtud de, entre otros, el artículo 116 a) de la LPAC, relativo a los recursos administrativos, que señala que si es incompetente el órgano administrativo, cuando el competente perteneciera a otra Administración pública, el recurso deberá remitirse al órgano competente.

### Legitimación

La tiene, al amparo del artículo 4.1 a) de la LPAC, al promover el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales.

### Plazo

Conforme al artículo 67 de la LPAC, referido al procedimiento de responsabilidad patrimonial, el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización.

Respecto al inicio del cómputo ha de estarse a la fecha en que se produjo el hecho que fundamente la solicitud de responsabilidad, en este caso no es la del día 1 de abril del 2022, que fue la fecha de la sentencia, sino que fue la del 15 de abril de 2022 en que, de forma indebida, porque la resolución sancionadora no era firme, se publica la sanción en el BOE, y es cuando, hipotéticamente, se produjo el daño que reclama D.<sup>a</sup> Mercedes. De manera que la acción prescribía el día 15 de abril de 2023, por lo que la reclamación presentada el día 15 de abril del 2023 estaba en plazo, siendo el último día, salvo que fuera inhábil, en cuyo caso pasaría al primer día hábil siguiente.

### Requisitos para la existencia de responsabilidad patrimonial

Entiendo que son dos las opciones en virtud de las cuales podría exigirse a la Administración una indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial, dado que es evidente el «funcionamiento anormal de los servicios públicos» consistente en publicar en el BOE la sanción impuesta sin esperar a que la resolución sancionadora fuera firme. Son:

#### A) *Por presunto daño moral*

El concepto de daño moral hace referencia al menoscabo de los bienes y derechos de la personalidad, al mismo tiempo que afecta a la esfera psicofísica. Es decir, encuentra su fundamento en los sentimientos, sufrimiento, angustia o reputación de la persona.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de octubre de 2015, ponente José Antonio Seijas Quintana, haciendo mención a otras sentencias de la Sala de 27 de julio 2006, 23 de octubre y 28 de febrero de 2008, 12 de mayo 2009 y 30 de abril 2010, considera que deben ser calificados como daños morales cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, « aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no solo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica».

Vemos, por tanto, como el acento se pone en la naturaleza extrapatrimonial del daño, en el hecho de tratarse de una cuestión intangible, no susceptible de materializar, siendo este hecho de donde radica la dificultad probatoria de la propia existencia del daño, y asimismo y a continuación de lo primero de su cuantificación.

La Audiencia Provincial de Barcelona nos ofrece, en su sentencia de 8 de febrero de 2006, del concepto de daño moral: «Es el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico». En la misma línea, señala la doctrina que podemos considerar incluido en esta categoría «todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados».

Es evidente que los daños morales revisten una intrínseca dificultad probatoria. A diferencia de los daños materiales, que acostumbran a ser evidentes para el ojo humano común y medibles por el ojo humano experto (el del perito correspondiente), los daños morales no se pueden ver ni tocar, generándose además la paradoja de que, cuando se hacen evidentes, es porque pasan a ser materiales. Un ejemplo: si esa zozobra a la que nos referíamos anteriormente deviene tan intensa que se convierte en una afección psíquica, de modo que un perito médico pueda dictaminar su existencia y explicar sus consecuencias, lo que había nacido como un daño moral (una inquietud, una incomodidad, un sufrimiento) se ha convertido finalmente en un daño material (una enfermedad, una secuela, un impedimento). Por lo tanto, los daños morales podrán ser más fácilmente probados cuando se conviertan en materiales, lo cual no nos resuelve el problema inicial sobre su dificultad probatoria.

Y si resulta difícil probar su existencia, resulta mucho más difícil todavía cuantificar la indemnización que, en su caso, le corresponde percibir a la víctima. En sede de daños materiales, existen pocas dudas al respecto: el importe a indemnizar por la rotura de un cristal, por ejemplo, es el que corresponda a su sustitución, según la factura correspondiente. Algo plenamente medible y fácilmente acreditable, algo generalmente objetivo. En el caso de los daños morales, sin embargo, es mucho más difícil –por no decir casi imposible– cuantificar qué valor tiene haber ocasionado un perjuicio en los sentimientos o en los afectos de una persona.

Fuera del ámbito de los accidentes de circulación, no existen reglas ni baremos a la hora de cuantificar el daño moral, lo cual tiene su parte negativa (la falta de seguridad jurídica) y

su parte positiva (la mayor capacidad de analizar cada caso concreto según sus propias circunstancias). Con todo, es evidente lo difícil que resulta convertir en números un concepto al que la doctrina llama el «precio del dolor». Tan difícil que, seguramente, deviene imposible. Sobre todo, porque no existe posibilidad de reparación pura. A diferencia del cristal al que antes nos referíamos, que se ve sustituido por otro de idénticas características, el dolor sufrido no puede eliminarse. Puede cesar la fuente que lo provoca, puede desaparecer de cara al futuro, pero lo sufrido, sufrido está. De ahí que deba ser indemnizado en forma de compensación aquello que no puede ser reparado *in natura*.

En todo caso, es importante que el daño moral –cuando exista y revista trascendencia– no quede apartado del proceso por su dificultad probatoria y, especialmente, por las dudas sobre su cuantificación. La dificultad probatoria, como ya hemos advertido, es una barrera a menudo insalvable y que el litigante prudente no querrá traspasar, para evitar así una posible condena en costas. Sin embargo, las dificultades para determinar el *quantum* indemnizatorio son mucho más salvables. Solo requieren un esfuerzo discursivo generativo por parte del actor que sea, en su momento, debidamente complementado por un esfuerzo valorativo interpretativo por parte del juzgador. Y todo ello para permitir que, como destaca Gómez Pomar, se lance un determinado mensaje a la sociedad: «La indemnización esperada deberá así coincidir con el daño socialmente esperado para que el mensaje –las señales– que el sistema jurídico envía a los agentes sociales les incentive a adoptar las precauciones socialmente óptimas». Por tanto, hay que vencer las reticencias y las dudas a base de esfuerzo y razonamiento, de modo que una parte de los daños sufridos –tan real en el fondo como los materiales– no quede huérfana de la debida reparación.

Dicho lo cual, estos son algunos de los elementos que se tienen en cuenta para la valoración del daño moral:

- El nivel económico previo de la persona que sufre el daño moral.
- La valoración del bien jurídico perjudicado y origen del daño moral.
- El restablecimiento de la actividad normal y convivencia de la víctima del daño moral, en términos cronológicos, y
- La capacidad intrínseca de cada persona para superar el perjuicio acaecido.

En el presente caso, habría que examinar de forma detallada la incidencia, si es que existe, del anormal funcionamiento de la Administración en esos bienes jurídicamente protegidos por el daño moral, toda vez que no hay duda de que, en principio, al menos, un descrédito o desprestigio en la persona de D.<sup>a</sup> Mercedes se ha podido producir sin perjuicio de otras consecuencias negativas, que habrán de acreditarse debidamente, especialmente a través de informes de especialistas (psicólogo, psiquiatra, etc.).

Y del *quantum* de la afección dependerá la cuantía de la indemnización.

*B) Lucro cesante. Expectativas de trabajo*

A la hora de plantear un procedimiento de responsabilidad patrimonial, hemos de cerciorarnos de que el daño o perjuicio que se invoca trae causa en un derecho adquirido, perfeccionado, patrimonializado, y no en una mera expectativa, habida cuenta que estas últimas no resultan ser indemnizables por medio del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Como botón de muestra de dicha realidad, y a efectos meramente ilustrativos, traigo seguidamente una pequeña muestra de varias resoluciones del Alto Tribunal:

STS, Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>, de 1 de julio de 2013, rec. núm. 548/2012, en cuyo FD 4.<sup>o</sup>, *in fine*, se indica:

Así, pues, no hay duda de que el Sr. XXX vio frustradas sus expectativas por la combinación de la actuación del Consejo General del Poder Judicial y de la ulterior modificación legislativa y, en este sentido, el acuerdo recurrido reconoce que ha padecido el perjuicio consiguiente. Ahora bien, la frustración de expectativas no es reconducible al daño indemnizable al que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia que lo ha interpretado (Sentencias de 31 de mayo de 2011 [casación 944/2007] y 5 de noviembre de 2010 [casación 1767/2006] y las que en ellas se citan). El resarcimiento previsto en ese texto legal y en las normas reglamentarias que lo desarrollan requiere daño efectivo, concepto distinto al de la expectativa, que es susceptible de producirse o no y, por esa razón, inhábil a los fines pretendidos por el Sr. XXX.

Asimismo, en la misma dirección a la expuesta, STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2002, rec. núm. 182/1999:

TERCERO. Decíamos también en aquellas sentencias que las sentencias del Tribunal Constitucional números 108/1986, de 29 jun.; 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 abril, que examinaron la constitucionalidad de los preceptos de las leyes que anticipaban la edad de jubilación de jueces y magistrados, funcionarios públicos y profesores de E.G.B., después de negar que los mismos vulneren los artículos 9, 33-3 y 35 de la Constitución, afirmando que no hay privación de derechos, sino alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible, dice a continuación que «esto no impide añadir que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación», siendo de señalar a este respecto que, de una parte, el modo verbal empleado no supone el reconocimiento de un derecho a ser indemnizados por dicho motivo, como alega el recurrente, ya que más bien parece una reflexión dirigida al propio legislador; de otra, que las Leyes de Presupuestos para los años 1985 y 1989 ya establecieron un sistema de indemnización para los funcionarios jubilados anticipadamente.

A mayor abundancia jurisprudencial, STS, Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>, de 22 de febrero de 2006, rec. núm. 1761/2002, FD 3.<sup>a</sup>, párrafo tercero:

Como ha reconocido hasta la saciedad la jurisprudencia de esta Sala, la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas.

En el caso que analizamos no parece que exista lucro cesante, porque se basa en expectativas; los hechos señalan que «según creía le iba a contratar la empresa» y que «según creía el conocimiento de la sanción impuesta le hizo desistir». Por tanto, no hay determinación ni fijeza alguna en el presunto perjuicio económico por la falta de contratación. Otra cosa hubiera sido, en primer lugar, la prueba cierta de que la empresa le iba a contratar y, en segundo lugar, que desistió de contratarla por la sanción impuesta. Sus argumentos se basan en presunciones, creencias y expectativas que no han quedado acreditadas y que, por lo tanto, no son indemnizables en el concepto que analizamos.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 24 y 25.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 12, 19 y 46.
- Ley 3/2015 (reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado), arts. 7, 11, 12, 15, 19, 25.1, 26 y 28.1.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4.1, 21.1, 25, 53.2, 55, 67, 77, 92 y 116.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 25, 27 y 32.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, art. 6.2.
- SSTS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 14 de noviembre de 2002, de 22 de febrero de 2006, de 3 de junio de 2008, de 28 de enero de 2009, de 1 de julio de 2013 y de 23 de octubre de 2015.
- SSTC 73/2006, de 13 de marzo; 173/2004, de 18 de octubre; 252/2000, de 30 de octubre, y 23/2022.
- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de marzo de 2018.