

**REVISTA JURÍDICA
DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

AGOSTO DE 2023



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Agosto de 2023

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- AGOSTO DE 2023 -

Contenido

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS	4
2. DISPOSICIONES ESTATALES.....	4
3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS.....	6
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	8
5. RESOLUCIONES JUDICIALES	8
5.1. Jurisdicción penal.....	8
5.2. Jurisdicción contencioso-administrativa	9
6. OTRAS RESOLUCIONES.....	10
7. COMENTARIOS DOCTRINALES	11
7.1. Estudio sobre la potestad sancionadora (1ª parte) – José Ramón Aparicio de Lázaro (Letrado del Tribunal Supremo) y Carmen Fernández-Montalvo García (Jefa de División de Análisis Jurídico, Colegios Profesionales y Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid)	11
7.2. La cesión de la posición del contratante en los contratos del sector público – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)	47
7.3. La habilitación legal para el ejercicio de la acción penal y civil ex delicto por las Administraciones Públicas: diferencias entre la acusación particular y popular – Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)	61

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS

- *Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual*: como excepción a las reglas sobre determinación de la legislación aplicable contenidas en los arts. 11 a 15 del Reglamento (CE) n.º 883/2004, y teniendo en cuenta la flexibilización y digitalización del mercado de trabajo desde que este fue promulgado, el presente acuerdo marco posibilita, previa solicitud presentada conforme al art. 18 del Reglamento, que las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual se sujeten a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total (**BOE n.º 185, de 4 de agosto de 2023**).

2. DISPOSICIONES ESTATALES

- *Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril; el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio; y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados*: como su título indica, modifica parcialmente las tres disposiciones reglamentarias reseñadas en el mismo mediante otros tantos artículos, completando con ello el desarrollo normativo iniciado con la reforma del TRLA realizada mediante el RDL 4/2023, de 11 de mayo, para adaptarlo a los cambios comprometidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). En particular, el art. 1, que cuenta con nada menos que 228 apartados, modifica numerosos preceptos y anexos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, añadiendo asimismo cuatro nuevos anexos, numerados del VIII al XI, mientras que el art. 2 se ocupa del Reglamento de la Administración Pública del Agua y el art. 3, del RD 9/2005, con modificaciones mucho más puntuales. Aunque no enunciado en su título, también cuenta con un art. 4 que modifica el anexo I de la de la Orden AAA/2056/2014, de 27 de octubre, por la que se aprueban los modelos oficiales de solicitud de autorización y de declaración de vertido. Entre las finalidades perseguidas por dichas modificaciones, de conformidad con la Exposición de Motivos de la norma, se encuentra la reducción de las cargas administrativas –simplificando el régimen de autorización y sometiendo a declaración responsable pequeñas actuaciones en los entornos fluviales, como la corta, poda y retirada de árboles, la retirada de escombros; obras de reparación o mantenimiento ciertas infraestructuras que no supongan cambios en su sección, etc.-, la simplificación de trámites administrativos, la regulación de la gestión de especies invasoras y de plantaciones en el dominio público hidráulico, la digitalización del control de usos del agua, la profundización en la calidad de las aguas –en especial, de las subterráneas- y en el control de la contaminación de las aguas por contaminación difusa, la mejora de la planificación y gestión del riesgo de inundación –mediante informes, planes plurianuales, conservación y mantenimiento de cauces o la creación de un inventario de cauces públicos y lagos, lagunas y embalses superficiales de dominio público hidráulico y su deber de actualización-, la gestión de los vertidos por desbordamiento del sistema de saneamiento en episodios de lluvia en las

ciudades o determinadas novedades en el régimen concesional de la utilización del agua en España, como la introducción de un procedimiento simplificado excepcional de otorgamiento de concesiones para abastecimiento de poblaciones de menos de 20.000 habitantes o la introducción del Registro de Aguas electrónico y el traslado de asientos desde el existente Libro de Registro General de Aprovechamientos de Aguas Públicas, clausurándose este último con fecha 1 de enero de 2025 (**BOE nº 208, de 31 de agosto de 2023**).

- ***Real Decreto 728/2023, de 22 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 502/2022, de 27 de junio, por el que se regula el ejercicio de la pesca en los caladeros nacionales, para incorporar el mecanismo de optimización en la gestión de las posibilidades de pesca, y por el que se regulan ciertos aspectos de la pesquería de patudo (*Thunnus obesus*) en el Océano Atlántico***: introduce un art. 5 bis en el RD 502/2022, que posibilita que las normas reguladoras de los distintos caladeros, *stocks* o modalidades de pesca puedan prever la aplicación de un mecanismo de optimización en la gestión de posibilidades de pesca, a disposición de todos los buques incluidos dentro del ámbito de aplicación de cada norma y en la fecha que se determine en las mismas, una vez hayan agotado las posibilidades de pesca que les hayan sido asignadas y hasta el consumo total de la cuota común. Contiene, además, tres DA que complementan la Orden APA/372/2020, de 24 de abril, en relación con la autorización e inscripción de los buques destinados a la pesca de patudo en el océano Atlántico (**BOE nº 201, de 23 de agosto de 2023**).

- ***Orden DSA/934/2023, de 19 de julio, por la que se modifican los baremos que figuran como Anexos I, II, III, IV, V y VI del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad***: apenas diez meses después de su publicación y cuatro meses después de su entrada en vigor, se modifican los anexos I, II, III, IV, V y VI, al haberse “*puesto de manifiesto la existencia de errores en los baremos contenidos en los anexos que es preciso subsanar*”, según se manifiesta en el preámbulo de la orden (en el que, en ocasiones, se hace referencia erróneamente al RD 888/2002, en lugar de 888/2022). Para ello, se opta por publicar nuevamente el texto íntegro de los referidos anexos rectificado (**BOE nº 185, de 4 de agosto de 2023**).

- ***Orden TES/941/2023, de 1 de agosto, por la que se regula el procedimiento para el reintegro al Fondo de Garantía Salarial, O.A., de las prestaciones pagadas indebidamente***: contiene una regulación específica de determinados aspectos del procedimiento, inexistente hasta el momento, diferenciando entre los procedimientos de oficio –en los casos de rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario- y la revisión de actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios mediante una demanda ante la jurisdicción social (arts. 4 a 6). También se regula la posibilidad de compensación si el deudor fuese a su vez acreedor del FOGASA por tener derecho a nueva prestación (art. 7) y el procedimiento de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda, incluyendo los requisitos, garantías y consecuencias del incumplimiento (arts. 8 a 15) (**BOE nº 186, de 5 de agosto de 2023**).

3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- *Decreto 227/2023, de 30 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece una moratoria hasta el 31 de diciembre de 2023 en la antigüedad máxima de los vehículos que prestan servicios de transporte de viajeros, adscritos a licencias de autotaxi en la Comunidad de Madrid:* debido a los importantes retrasos en el abastecimiento de componentes para la fabricación y entrega de vehículos, se establece una moratoria en el plazo máximo de antigüedad de diez años previsto en el art. 10.1.e) del Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo, aprobado por Decreto 74/2005, de 28 de julio, conforme a la cual podrán continuar adscritos a las licencias de autotaxi vigentes a la entrada en vigor del decreto, hasta el día 31 de diciembre de 2023, (i) los vehículos que, desde el día 1 de enero de 2023, hayan superado la antigüedad máxima de diez años, contada desde su primera matriculación, así como (ii) los vehículos adscritos a licencias de autotaxi cuyos titulares acrediten haber formalizado la adquisición del nuevo vehículo antes del 31 de diciembre de 2022, que podrán seguir adscritos a las licencias de autotaxi hasta que se materialice dicha disposición o, en caso contrario, hasta el 31 de diciembre de 2023. La adquisición del vehículo se acreditará con la presentación de la factura de compra (**BOCM nº 207, de 31 de agosto de 2023**).

- *Orden 1126/2023, de 11 de julio, de la Consejería de Sanidad, por la que se derogan diversas órdenes en materia de requisitos de habilitaciones de transporte sanitario, inscripciones en registros y determinados procedimientos, y se modifica la Orden 1085/1998, de 25 de mayo, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, por la que se regula el reconocimiento de interés sanitario, y/o social, para actos de carácter científico en la Comunidad de Madrid:* da cumplimiento al mandato contenido en la DF 1ª de la Ley 6/2022, de 29 de junio, de Mercado Abierto, mediante la derogación expresa o modificación puntual de diversa normativa que regula requisitos y procedimientos que contravienen las previsiones de aquella o que actualmente carecen de objeto o han quedado obsoletos. Concretamente, (i) se suprimen requisitos de inscripción registral relativos a la formación del personal médico y de enfermería que presta sus servicios en actividades relacionadas con el transporte sanitario mediante la derogación parcial de las órdenes 559/1997, de 17 de marzo, y 1102/2003, de 12 de noviembre, (ii) se deroga expresamente la Orden 560/1997, de 17 de marzo, por la que se establecen los criterios que permitan garantizar los niveles mínimos de formación del personal dedicado al transporte sanitario en ambulancia, que se encontraban tácitamente derogados por el RD 836/2012, de 25 de mayo, de carácter básico, y por la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, (iii) se derogan expresamente determinados artículos de la Orden 1102/2003, de 12 de noviembre, también derogados tácitamente por el RD 836/2012 y la Ley 9/2010, y en los que parte de su contenido quedó sin efecto con la extinción de la Agencia de Formación Investigación y Estudios Sanitarios de la Comunidad de Madrid “Pedro Laín Entralgo”, (iv) se suprime el requisito que exige que las entidades solicitantes tengan su domicilio social o delegación permanente en la región, en el procedimiento relativo al reconocimiento de interés sanitario y/o social para actos de carácter científico en la Comunidad de Madrid, mediante la derogación y modificación parcial de la Orden 1085/1998, de 25 de mayo, adecuando la norma a la Ley 6/2022, de 29 de junio, (v) se elimina el Registro de Profesionales concebido en el seno de la extinta Agencia de Formación Investigación y Estudios Sanitarios de la Comunidad de Madrid “Pedro Laín Entralgo”, mediante la derogación de

la Orden 650/2004, de 17 de junio, y (vi) se deroga la Orden 222/2014, de 13 de marzo, del Consejero de Sanidad, por la que se regula el procedimiento de habilitación del personal de los vehículos destinados a la realización de servicios de transporte sanitario por carretera (**BOCM nº 183, de 3 de agosto de 2023**).

- ***Orden 2743/2023, de 26 de julio, de la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades, por la que se establece la organización y funcionamiento de los equipos de orientación educativa y psicopedagógica en la Comunidad de Madrid:*** se dicta en desarrollo de las previsiones contempladas en los arts. 71 y 157.1.h) de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; 20 a 23 de la Ley 1/2022, de 10 de febrero, Maestra de Libertad de Elección Educativa de la Comunidad de Madrid, y 29 del Decreto 23/2023, de 22 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la atención educativa a las diferencias individuales del alumnado en la Comunidad de Madrid. Consta de 23 artículos que se estructuran en seis capítulos, respectivamente referidos a (i) disposiciones generales –que dispone de un único artículo que define el objeto de la norma-, (ii) organización de la red de EOEP –que constituye un recurso específico de la red de orientación especializada que, con carácter general, desarrolla la función orientadora en los centros públicos que imparten las enseñanzas de educación infantil y primaria, existiendo EOEP generales, responsables de la orientación del alumnado de segundo ciclo de educación infantil y de educación primaria escolarizado en centros públicos, y EOEP específicos, que dirigen su atención a los alumnos que requieren una atención educativa diferente a la ordinaria por presentar discapacidad motora, discapacidad visual, discapacidad auditiva, trastorno del espectro de autismo, altas capacidades, trastorno del lenguaje, trastorno de atención y dificultades de aprendizaje- (iii) actuaciones de los EOEP de atención temprana y generales –diferenciando entre actuaciones dirigidas a los equipos y centros docentes, al alumnado, a las familias y al sector- (iv) actuaciones de los EOEP específicos, (v) frecuencia de la intervención en los centros educativos, y (vi) organización y funcionamiento de los EOEP (**BOCM nº 188, de 9 de agosto de 2023**).

- ***Orden 2808/2023, de 30 de julio, de la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades, por la que se regula la escolarización y la atención educativa a las diferencias individuales del alumnado en centros de educación especial y unidades de educación especial en centros ordinarios, así como la escolarización combinada en la Comunidad de Madrid:*** regula aspectos relativos a la escolarización y la atención educativa a las diferencias individuales del alumnado con necesidades educativas especiales en centros de educación especial, tanto públicos como privados; en unidades de educación especial en centros ordinarios de titularidad pública; así como la escolarización combinada. Consta de 29 artículos estructurados en seis capítulos, respectivamente referidos a (i) objeto y ámbito de aplicación, (ii) escolarización –detallando los supuestos en que procede esta en centros de educación especial, en unidades de educación especial de centros ordinarios de titularidad pública o mediante escolarización combinada entre un centro o unidad de Educación Especial y un centro ordinario, (iii) Educación Básica Obligatoria –ordenada en diez cursos académicos, ordinariamente comprendidos entre los 6 y los 15 años-, (iv) Educación Infantil Especial –ordenada en tres cursos, comprendidos entre los 3 y los 5 años-, (v) Talleres Formativos –etapa dirigida al alumnado que tenga cumplidos 16 años, como programa para la transición a la vida adulta-, y (vi) el centro de educación especial como centro de referencia –con independencia de la modalidad de escolarización

elegida, contando con funciones de asesoramiento, atención y apoyo al profesorado de los centros ordinarios relacionadas con la práctica docente-, así como 7 DA, 1 DD, 2 DF y diez anexos (**BOCM nº 189, de 10 de agosto de 2023**).

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- *Lenguas cooficiales*: la **sentencia nº 85/2023, de 5 de julio, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha estimado la **cuestión de inconstitucionalidad 6002-2021**, planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 6.2 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, al considerar, de acuerdo con su doctrina anterior, que *“no es constitucionalmente admisible desde la perspectiva del art. 3.1 CE, la prescripción de un uso prioritario del euskera que suponga un desequilibrio injustificado y desproporcionado del uso del castellano. Es por ello exigible que se respete la prohibición de establecer formalidades o condiciones que comporten cargas u obligaciones para poder ejercitar el derecho a la libre opción de la redacción en castellano de los documentos mencionados en el art. 6.2 de la Ley de instituciones locales de Euskadi, sea mediante su traducción o el empleo de la forma bilingüe”*, si bien la declaración de inconstitucionalidad se limita al fragmento del precepto que condicionaba la utilización del castellano en las entidades locales que acordasen el uso del euskera en las mismas a que *“se alegase válidamente”* el desconocimiento de esta lengua por algún miembro de la entidad local, lesionando con ello sus derechos lingüísticos. La declaración de inconstitucionalidad se produce a pesar del acuerdo interpretativo alcanzado en relación con el precepto cuestionado por la Comisión Bilateral de Cooperación entre el Estado-Comunidad Autónoma del País Vasco, pues *“la existencia de un acuerdo interpretativo sobre el alcance y significado de un concreto precepto de una ley no puede impedir el pronunciamiento de este tribunal acerca de la vulneración de un precepto constitucional (SSTC 106/2009, de 4 de mayo, FJ 3; 22/2015, de 16 de febrero, FJ 3; 79/2017, de 22 de junio, FJ 10, y 83/2020, de 15 de julio, FJ 6), no en vano, al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 5), sin encontrarse vinculado por lo que puedan afirmar o acordar las partes”* (**BOE nº 184, de 3 de agosto de 2023**).

5. RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. Jurisdicción penal

- *Delito de daños por la realización de grafitis en el suburbano*: la **sentencia nº 628/2023, de 19 de julio, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 4062/2021**, ha casado los pronunciamientos absolutorios dictados en instancias anteriores por un Juzgado de lo Penal y por la Audiencia Provincial de Barcelona, que absolvieron a los acusados de un delito de daños por la realización de pintadas en el Metro de Barcelona, ratificando su actual doctrina conforme a la cual tales conductas son subsumibles en el tipo contenido en el art. 263 CP. Advierte la sentencia que, tras la supresión de las faltas –quedando derogada, entre ellas, la contemplada en el

art. 626 CP, de deslucimiento de bienes- ante la realización de estos grafitis cabría entender que la conducta ha sido despenalizada –pasando a ser una mera infracción administrativa del art. 37.13 de la Ley de Seguridad Ciudadana- o bien reconducirla al delito de daños. Constata asimismo la división existente en la jurisprudencia menor, en la que alguna audiencia ha sostenido que cuando la acción encaminada a restaurar el estado de los bienes sobre los que se realizaron los dibujos o grafitis no sobrepase la mera limpieza, se trataría de un mero deslucimiento, atípico tras la despenalización de la falta específica. Frente a ello, el Alto Tribunal considera que *“En el concepto de daños suelen considerarse la destrucción, la inutilización, el deterioro o el menoscabo de una cosa (...) existen ámbitos en los que, no produciéndose una destrucción o un menoscabo físico del objeto material, se produce, sin embargo, un deterioro, ligado a una alteración relevante de su apariencia externa. La conducta descrita en el factum causó un menoscabo al bien. Su reparación reclamó una actuación para la restitución a su estado anterior, económicamente evaluable y que ha sido cuantificada”*, declarando incardinables tales supuestos en el delito de daños del art. 263.2.4º CP.

5.2. Jurisdicción contencioso-administrativa

- *Derecho electoral – pertinencia de la revisión del escrutinio*: la **sentencia nº 1105/2023, de 25 de agosto, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **procedimiento ordinario 779/2023**, ha desestimado el recurso interpuesto por el Partido Socialista Obrero Español contra el Acuerdo de 8 de agosto de 2023, de la Junta Electoral Provincial de Madrid, por el que se procedió a la proclamación de los 32 diputados electos de la provincia de Madrid para el Congreso de los Diputados en las elecciones a Cortes Generales del año 2023, confirmando dicha resolución por considerarla ajustada al ordenamiento jurídico. Mediante el recurso se pretendía la revisión y nuevo recuento de los 30.000 votos declarados nulos en dicha circunscripción, al haber existido una diferencia de tan solo 1.200 votos para la asignación del último escaño en la misma. La Sala rechaza la revisión con fundamento en el juicio de probabilidad, *“dada la falta de acreditación de la razonable probabilidad de incidencia en el resultado final del escrutinio realizado con todas las garantías, sin que pueda accederse a la revisión ad cautelam o de forma preventiva, por si acaso pudiera apreciarse alguna errónea apreciación del voto nulo favorable a la recurrente”*, al no existir indicios de irregularidades o errores que justifiquen un nuevo recuento. Frente a dicha sentencia se ha anunciado la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la parte actora.

- *Plan Nacional de Energía y Clima 2021-2030*: la **sentencia nº 1079/2023, de 24 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **procedimiento ordinario 162/2021**, ha desestimado el recurso interpuesto por varias asociaciones ecologistas contra el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, al considerar que es ajustado a derecho, no arbitrario y supone integrarse en el compromiso asumido por la Unión Europea en esta materia. Los recurrentes solicitaban que se anulase parcialmente el Plan en cuanto a la revisión de los objetivos para no superar el 1,5º C de incremento de temperatura global, y que en ningún caso la reducción de emisiones, para el mencionado periodo, fuese inferior al 55% en 2030 respecto de 1990 o, subsidiariamente,

la declaración de nulidad de la totalidad del Plan, que establecía alcanzar un nivel de reducción de emisiones del 23% respecto a los niveles de 1990; todo ello, por considerar que se estaría incumpliendo con este Plan el Convenio de París de 2015, al que atribuyen carácter taxativo. Frente a ello, advierte la Sala de *“las evidentes consecuencias que para la economía nacional comportaría un aumento de reducción de emisiones como la pretendida”*, ponderando que *“es cierto que de los documentos traídos al proceso cabe concluir que incrementar las medidas contra el cambio climático es una exigencia fundamental, si se quieren alcanzar los objetivos finales previstos en el Convenio de París, incluso con la importante premisa de que los objetivos ya establecidos para el año 2030 impondrían unos aumentos desmesurados en la etapa posterior para alcanzar dicho objetivo, proponiéndose el aumento actual de dichas medidas. Pero lo que no se contiene en ninguno de dichos documentos ni informes es un examen exhaustivo de los efectos que esas medidas, por encima de las ya previstas y planificadas que los Estados consideran procedentes para dichos fines, supondrían para la economía en el momento actual y las privaciones a que debiera someterse a la ciudadanía; máxime teniendo en cuenta que la lucha contra el cambio climático debe ser una actuación conjunta de todos los Estados que suscribieron el Convenio”*. Añade que España se ha incorporado a los objetivos fijados por la Unión Europea, que son los más exigentes a nivel mundial en la materia y, recordando su doctrina sobre la posibilidad y límites de la revisión judicial de las potestades discrecionales de la Administración, considera que la actuación administrativa en este caso es razonable, proporcionada y no arbitraria.

6. OTRAS RESOLUCIONES

- ***Orden 2372/2023, de 25 de julio, de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales, por la que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid***: de acuerdo con el art. 25.2 de la Ley 12/2022, de 21 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, aprueba la Cartera de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid –que es el instrumento vinculado al Catálogo de Prestaciones por el que se regula el contenido y alcance de las prestaciones de servicios sociales de la Comunidad de Madrid-, así como la determinación de los procedimientos de actualización y evaluación de resultados **(BOCM nº 181, de 1 de agosto de 2023)**.

- ***Resolución de 2 de agosto de 2023, de la Viceconsejería de Organización Educativa, por la que se aprueba el Plan Anual de Actuación de la Inspección Educativa para el curso 2023-2024*** **(BOCM nº 189, de 10 de agosto de 2023)**.

- ***Resolución de 7 de junio de 2023, de la Dirección General de Igualdad, por la que se aprueba la Carta de Servicios de la Dirección General de Igualdad de la Comunidad de Madrid***: dicha carta de servicios estará a disposición de los ciudadanos en la sede de la citada unidad y en el Portal de Transparencia de la Comunidad de Madrid **(BOCM nº 198, de 21 de agosto de 2023)**.

7. COMENTARIOS DOCTRINALES

7.1. Estudio sobre la potestad sancionadora (1ª parte) – José Ramón Aparicio de Lázaro (Letrado del Tribunal Supremo)¹ y Carmen Fernández-Montalvo García (Jefa de División de Análisis Jurídico, Colegios Profesionales y Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid)²

I.- Introducción: las potestades. 1. Las potestades en general. 2. Las potestades administrativas. Naturaleza jurídica. II.- La potestad sancionadora. 1. Concepto y origen histórico de la potestad sancionadora. 2. Alcance y extensión de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. 3. Los límites a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. 4. El ejercicio del *ius puniendi* por la Administración. Las infracciones y las sanciones. 4.1. Delimitación de los conceptos de infracción y sanción administrativa. 4.1.1. Concepto de infracción administrativa. 4.1.2. Concepto de sanción administrativa. 4.2. Determinación de si la sanción administrativa tiene carácter penal. Los denominados *criterios Engel*. 4.3. Normativa reguladora. La legislación básica en materia del Derecho Administrativo sancionador.

En este trabajo se lleva a cabo un análisis sistemático de la potestad sancionadora, institución básica del Derecho Administrativo, que, dada la extensión de su estudio, ha sido objeto de división en dos partes. En la primera, se abordan cuestiones generales, tales como el concepto y origen histórico de la potestad sancionadora, alcance y extinción, límites y delimitación de conceptos; mientras que la segunda entrega del artículo se encuentra dedicada enteramente al estudio de los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración.

I.- Introducción: las potestades.

1.- Las potestades en general.

Según el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, el vocablo “potestad”, procedente del latín *potestas*, significa dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo. El concepto de potestad como figura jurídica, así como su

¹ Letrado del Área Contencioso-Administrativo del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Funcionario de carrera del cuerpo de Técnicos Superiores de Administración General (Rama Jurídica) de la Comunidad de Madrid (Ex Subdirector General de Régimen Jurídico; Ex Subdirector General de Calidad de los Servicios). Doctorando en Derecho y Economía, Programa CEINDO-CEU.

² Jefa de División de Análisis Jurídico, Colegios Profesionales y Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. Funcionaria de carrera del cuerpo de Técnicos Superiores de Administración General (Rama Jurídica) de la Comunidad de Madrid y Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Ex Letrada del Área Contencioso-Administrativo del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y ex Abogada del Gabinete Jurídico del profesor D. Juan Alfonso Santamaría Pastor).

proyección al ámbito del Derecho Administrativo, ha sido dogmáticamente elaborado por la escuela italiana y, muy especialmente, por Santi Romano³.

El concepto de potestad se perfila a través de su contraste dialéctico con el derecho subjetivo. Ambas figuras son especies del género poderes jurídicos en sentido amplio, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos⁴. Si el derecho subjetivo se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que es un sujeto obligado, por el contrario, la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos, actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. No recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o directrices genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. A la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una sujeción de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad, pudiendo ser para esos sujetos ventajosa, perjudicial o indiferente, pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento de determinados sujetos a la potestad misma.

Desde esta perspectiva, lo cierto es que el concepto de potestad se aplica a las más diversas áreas del Derecho. Así, el artículo 66.2 de nuestra Constitución de 1978 [«CE»]⁵ establece que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado. Según el artículo 82.2 CE, las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley en materias no susceptibles de ser aprobadas por ley orgánica. Conforme al artículo 106 CE, los Tribunales controlan la potestad reglamentaria, potestad que el artículo 97 CE atribuye al Gobierno junto con la función ejecutiva, que, generalmente, se reconoce como potestad de autotutela o autotutela declarativa⁶ y ejecutiva⁷. El artículo 117 CE prevé que *«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a*

³ Para este eminente jurista transalpino, de acuerdo con la teoría sobre los poderes o potestades jurídicas, formulada en 1926 en su “Corso di Diritto Costituzionale”, potestad, en su más simple consideración, es un poder jurídico para imponer decisiones a otros, para el cumplimiento de un fin. La potestad entraña, así, un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medido para una finalidad predeterminada por la propia norma que la atribuye y susceptible de control por los tribunales de justicia.

⁴ García de Enterría y Fernández Rodríguez (1990, p. 441).

⁵ BOE de 27 de diciembre.

⁶ Conforme la cual todos los actos administrativos, salvo disposición legal en contrario, tienen fuerza ejecutiva, se presumen válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten. *Vid.* artículos 38, 39 y 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre) [«LPAC»].

⁷ En virtud de la cual la administración pública se encuentra facultada para imponer sus decisiones mediante su propia coacción, sin necesidad de recabar el auxilio judicial. *Vid.* artículos 99 y 100 LPAC.

los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Y el artículo 133 CE se refiere a la potestad originaria para establecer los tributos, que la misma Constitución atribuye, en sus términos literales, exclusivamente al Estado y supedita a su articulación mediante ley.

La primera consecuencia que podemos obtener de esta aproximación al texto constitucional es que las potestades se atribuyen a los tres Poderes del Estado, según la distinción clásica de Montesquieu⁸: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En efecto, al primero se le atribuye la función ejecutiva, la potestad reglamentaria y, en determinadas ocasiones, la potestad legislativa. Al segundo la legislativa y, específicamente, la tributaria. Y al tercero, la jurisdiccional. Así mismo, existen supuestos, como es el caso de la potestad organizatoria⁹, que no se atribuyen en bloque (como asunto o competencia propios) a ninguno de los poderes en que se divide, funcional y territorialmente, el poder constituido, pues más bien la materia organizativa se distribuye, primariamente, entre el Legislativo y el Ejecutivo. Ahora bien, debemos recordar que, frente a la interpretación revolucionaria nacida en Francia del principio de división de poderes como una separación formal y rígida¹⁰ de aquéllos¹¹, en lo que se refiere a las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo o Parlamento-Gobierno, en España rige el régimen parlamentario que se ha venido en calificar por los autores franceses clásicos (Duverger, 1970, p. 197) como “separación elástica” o “atenuada” de poderes y que conlleva el ejercicio de potestades por parte de unos poderes que, en principio, cabría entender que corresponden a otro, como, por ejemplo, la posibilidad con que cuenta el presidente del Gobierno de disolver las Cámaras, que se encuentra prevista en el artículo 115 de la Carta Magna, potestad de disolución que, nótese, sirve como medio para contrapesar el control¹² que ejerce el Parlamento respecto del Gobierno, pudiéndole el Congreso exigir la responsabilidad política (artículos 108 y 114.1 CE) y, a lo sumo, su destitución a través de la moción de censura (artículo 113 y 114.2 CE).

Por otra parte, según indicábamos con anterioridad, las potestades como poderes que atribuye el ordenamiento jurídico a los sujetos, no se circunscriben únicamente al Derecho

⁸ Charles Louis de Secondat (1689-1755), Barón de La Brêde y de Montesquieu: “*El Espíritu de las leyes*” (1748). *Vid.* Biblioteca Digital Hispánica (BDH) (bne.es) No obstante, conviene recordar que la teoría de la división de poderes tuvo precursores, cercanos, caso de Bodin, Hobbes y Locke; e incluso, como más remotos, a Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.

⁹ Parejo Alfonso (2009, p. 82).

¹⁰ Como señala González Casanova (1989, p. 112), Montesquieu traza el modelo formal de la estructura del Estado como un sistema equilibrado de poderes políticos, mediante la condición esencial de su regulación por la ley en beneficio de la libertad humana, condición natural del hombre y de los pueblos, a los que han de proteger, eficaz y autorizadamente, los gobernantes.

¹¹ Impulsada por el temor a que los jueces pudieran bloquear los cambios revolucionarios, al igual que en la víspera de la Revolución frenaron las reformas de los ministros fisiócratas y orientada por ello a garantizar a ultranza la intangibilidad pura y simple del Poder Ejecutivo y de la Administración pública, que es su aparato operativo, por el Poder Judicial. Así lo expone Fernández Rodríguez (1994, p. 23).

¹² Molero Alonso (2003, p. 30-31) califica este control como «una de las piezas básicas del edificio teórico y constitucional del parlamentarismo», puesto que «supone la principal función de toda Asamblea Legislativa» y se configura como «la garantía última del sistema parlamentario democrático de gobierno».

público, sino que también rigen en el caso del Derecho privado. Así, resulta ilustrativa la institución de la “patria potestad” como ejemplo paradigmático de potestad en el ámbito del Derecho Civil¹³, en concreto del Derecho de Familia. La patria potestad es así «el conjunto de [los] derechos y deberes que tienen los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados o incapacitados, es decir, como la define Albaladejo, el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos» (O’Callaghan Muñoz y Pedreira Andrade, 1992, p. 1.227).

2. Las potestades administrativas. Naturaleza jurídica.

Desde un punto de vista histórico, en la Monarquía Absoluta las funciones legislativa, ejecutiva y judicial se concentraban en la figura del rey, al ostentar el soberano todos los poderes, que se consideraban atribuidos por voluntad divina y transmitidos por herencia, debiendo recordarse en este punto la expresión de “*L’État, c’est moi*” -El Estado soy yo-, pronunciada por el “Rey Sol”, Luis XIV de Francia (1638-1715)¹⁴. Destaca González Casanova (1989, p. 100) que, en una primera fase, que abarca los siglos XVI a XVIII, el proceso de concentración del poder político reviste la forma de una federalización (de federación; del latín, *foedus* = pacto), de modo que el monarca no solo es rey de su reino, sino señor patrimonial de otros, así como de condados, ciudades, etcétera con lo que la lista de títulos de propiedad política de los reyes europeos podía ser enormemente extensa. Con posterioridad, desde la Constitución francesa de 1791 y la Declaración de Derechos

¹³ Conforme al artículo 154 del Código Civil [«CC»]:

«Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial.

Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».

¹⁴ Tradicionalmente, se suele afirmar que Luis XIV pronunció esta frase, vestido con traje de caza y una fusta en la mano, y dirigiéndose al Primer Ministro, ante el desacuerdo que la corte en París tenía frente a la aprobación de los edictos presentados por el monarca. Sin embargo, el ex Presidente de Ecuador, Rodrigo Borja en su Enciclopedia de la Política [“el Estado soy yo” - Enciclopedia de la Política Rodrigo Borja (enciclopediadelapolitica.org)] señala que historiadores, como, por ejemplo, Jacques Antoine Dulaure en su “*Historia de París*” (1853), cuentan que fue dicha como réplica al comentario de un miembro de la corte acerca de los conceptos Rey y Estado. Si bien André Maurois (1885-1967) sostiene que Luis XIV nunca pronunció esa frase, aunque no duda de su espíritu absolutista. Sea como fuere, la frase pone de manifiesto lo absurdo que veía Luis XIV la discusión, ya que esperaba que todas sus propuestas fuesen aceptadas sin ser cuestionadas.

del Hombre y del Ciudadano de 1798¹⁵, la Administración pública dejó de ser la emanación personificada del rey y la ley la voluntad del monarca soberano. Con el advenimiento del Estado Liberal, encontramos los gérmenes de la actual Administración pública y, con ella, el nacimiento del Derecho Administrativo¹⁶.

Siguiendo a Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz y Ortega Álvarez (1992, p. 383-385), la habilitación, programación y determinación de la acción administrativa en las distintas materias, es decir, en los diferentes sectores o ámbitos de la realidad social, deben tener lugar mediante las correspondientes operaciones legislativas de atribución de las consiguientes potestades materiales, de manera que las potestades administrativas consisten en apoderamientos de actuación dirigidos a la organización administrativa correspondiente. Las potestades son, en último término y simplificada, títulos de actividad administrativa, referidos normalmente a determinadas Administraciones públicas, bien a una sola de ellas, bien a varias al mismo tiempo, de forma que, en el primer caso, se trata de una competencia exclusiva o propia de la correspondiente Administración pública y, en el segundo, de una competencia concurrente (si dos o más pueden realizar, por separado, la misma actividad) o compartida (si dos o más se reparten, de la manera dispuesta legalmente, una misma actividad). Las potestades administrativas se caracterizan, según Entrena Cuesta¹⁷, porque pertenecen al género de las potestades-función, entendiéndose por tales aquellas que se atribuyen no en beneficio de su titular, sino de terceras personas, siendo así que deben ejercitarse en función del interés general, entendiéndose por tal el del conjunto de la sociedad y no el particular de la propia Administración pública. De acuerdo con Santamaría Pastor (2018, Vol. I. p. 292-293), las potestades administrativas se configuran como un poder de imponer a otro una conducta positiva (de hacer) o negativa (de no hacer) caracterizadas - especialmente frente a los derechos subjetivos- por las siguientes notas:

1º) En cuanto a su origen, dicho poder es atribuido y configurado siempre por una **norma jurídica**. Toda potestad tiene, pues, origen legal, no negocial, al no emanar de una relación jurídica concreta, como sucede con el derecho subjetivo. Las potestades administrativas sirven y pueden ser ejercitadas en la medida que cuentan con una cobertura legal previa. Es la legalidad, precisamente, la que atribuye potestades a la Administración pública. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción, confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta, así, como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y constituido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente. Siendo así que la potestad es siempre una derivación de un *status*, por lo cual resulta inexcusable la norma previa que, además de configurarla, la atribuya en concreto¹⁸. Como

¹⁵ Al margen de la Carta Magna inglesa de 1215, otorgada por el Rey Juan I (*John Lankland* o *John the landless* -"Juan sin tierra"-), como primer intento fallido de controlar y limitar el poder absoluto del monarca. Del mismo modo, no debe olvidarse como precedente directo la Constitución de Estados Unidos, de 1787.

¹⁶ García de Enterría y Fernández Rodríguez (1990, p. 23 y ss.).

¹⁷ Citado por Delgado Sancho (2010, p. 18).

¹⁸ García de Enterría y Fernández Rodríguez (1990, p. 440-445).

consecuencia de ese origen legal, Terrero Chacón (2017, p. 49), señala que las potestades presentan los siguientes caracteres generales: **(i)** inalienables, intransmisibles e irrenunciables; **(ii)** imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia; **(iii)** inagotables e idénticas a través de su ejercicio que, más que consumirlas, las confirma; **(iv)** inmodificables por voluntad del titular, ya que solo la ley en que tienen su origen puede alterarlas o extinguirlas.

2º) La potestad posee un **objeto genérico**, consistiendo su contenido en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o colectivo de sujetos, es decir, no se agota en su ejercicio en un caso concreto; frente al derecho subjetivo que cuenta con un objeto específico, concreto y determinado.

3º) La potestad tiene un **carácter fiduciario**, es decir, un poder cuyo beneficiario es una persona distinta a su titular y que se confiere a este para la protección de terceros. Las potestades administrativas deben ejercitarse con sujeción a ciertos límites, en función del interés público que no es el interés propio de la Administración pública, sino el interés general de la comunidad, a la cual la propia Administración sirve con objetividad, con arreglo al artículo 103.1 CE¹⁹. Las potestades no gestionan ni persiguen la consecución de intereses propios (de la Administración), sino que pretende la consecución del interés general, especificado en cada norma de atribución de cada potestad. El ejercicio de cada potestad no puede apartarse del fin que le marca la norma de atribución, conforme al artículo 106.1 CE²⁰. El apartamiento de la finalidad institucional marcada por la norma determina que la actuación administrativa así producida incurra en la desviación de poder (artículo 48.1 LPAC²¹).

4º) Por último, el correlato pasivo de la situación activa de potestad es la **situación pasiva de sujeción** de la que son titulares, en distintos grados, los administrados como destinatarios potenciales o reales del ejercicio de las potestades administrativas.

De este modo, resultan innumerables las potestades administrativas que se atribuyen a las Administraciones públicas por mor, justamente, de las leyes. A modo meramente ejemplificativo podemos hacer alusión a las potestades reglamentaria²², organizadora o de

¹⁹ «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

²⁰ «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

²¹ «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

²² Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015 [(recurso contencioso-administrativo 387/2014, ES:TS:2015:4697); ponente: Cudero Blas].

autoorganización²³, expropiatoria²⁴, de policía o actividad de intervención administrativa²⁵, de deslinde²⁶, de recuperación de oficio de la posesión²⁷, de dirección, interpretación, modificación y resolución en materia de contratación administrativa²⁸. Y, claro está, la sancionadora, incluyendo su modalidad o variante²⁹ de la disciplinaria³⁰, en lo que se refiere al ámbito concreto y específico de los empleados públicos³¹. Ahora bien, advierte Merino Jara (1987, p. 224) que, en puridad, en un Estado de Derecho donde rige el principio de división de poderes, el poder punitivo quedaría encomendado al Poder Judicial dado que el Poder Ejecutivo no podría ostentar ningún tipo de potestad sancionadora, pues la misma quedaría reservada a la Jurisdicción, si bien, es más cierto, que la realidad no se corresponde con ese modelo teórico, pues la citada potestad aparece compartida con el Poder Ejecutivo, cuestión ésta que será objeto de análisis más exhaustivo cuando examinemos los orígenes históricos y el alcance y extensión de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas.

II.- La potestad sancionadora.

1. Concepto y origen histórico de la potestad sancionadora.

²³ Entendida como aquella que corresponde a la Administración para configurar, dentro de los límites de las leyes constitucionales y ordinarias, su propia estructura, creando, modificando y suprimiendo órganos administrativos y atribuyéndole sus respectivas competencias (Terreró Chacón, 2017, p. 40). *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006 [(recurso contencioso administrativo 53/2005, ES:TS:2006:7504); ponente: Baena del Alcázar -D.E.P.-].

²⁴ *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018 [(casación 1950/2016, ES:TS:2018:3280); ponente: Herrero Pina].

²⁵ *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2001 [(casación 4631/1995, ES:TS:2001:2462); ponente: Fernández Montalvo].

²⁶ *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2020 [(casación 1506/2018, ES:TS:2020:2390); ponente: Huerta Garicano].

²⁷ *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 [(casación 2492/2017, ES:TS:2018:1812); ponente: Tolosa Tribiño].

²⁸ *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022 [(casación 311/2019, ES:TS:2022:311); ponente: Herrero Pina].

²⁹ No obstante, Huergo Lora (2007, p. 173-181) considera que la potestad disciplinaria es distinta de la potestad sancionadora ordinaria, señalando que aquella no tiene como fin último, es decir, único, el castigo del infractor, sino el gobierno, el buen orden, la limpieza de la organización, que son medios para contribuir a su buen funcionamiento; razón por la cual se expulsa de la misma a personas que, aunque no hayan incumplido sus deberes hacia ella, hayan llevado a cabo, fuera de la misma, conductas que les acrediten como sujetos inidóneos para su pertenencia a ella. En ese sentido, rechaza que el hecho de que los funcionarios se encuentren sujetos mediante una relación especial respecto de la Administración pública pueda servir de justificación para la existencia de una potestad sancionadora en manos de la Administración, que tiene mucha más razón de ser que la potestad sancionadora administrativa genérica.

³⁰ *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 [(recurso contencioso-administrativo 4/2013, ES:TS:2014:895); ponente: Enríquez Sancho].

³¹ *Vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2019 [(casación 1479/2017, ES:TS:2019:3840); ponente: Menéndez Pérez].

Partiendo del concepto etimológico de potestad al que hacíamos referencia al inicio, potestad sancionadora supone el poder de sancionar. Y, en consecuencia, la potestad sancionadora de la Administración consistiría en el poder jurídico de aquella para imponer directamente, es decir, sin necesidad de intervención, auxilio o intermediación judicial, sanciones a los ciudadanos que quebranten el ordenamiento jurídico.

Hacemos nuestras las palabras de Mestre Delgado (1991, 2.493) cuando, ya entonces, mantenía que el análisis de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas sigue siendo, como lo ha sido durante toda la historia del Derecho Administrativo, una cuestión capital en la que, ciertamente, no sobran los esfuerzos por analizar su extensión y límites, siguiendo estando de actualidad muchas de las cuestiones que subyacen en las reflexiones sobre esta materia, esbozadas con detenimiento en nuestra doctrina desde sus orígenes. A este respecto³², la obligatoriedad de las normas jurídicas exige que el ordenamiento establezca mecanismos de reacción firme frente a las conductas que las incumplan. Si se trata de una lesión que afecta meramente a los derechos de personas concretas, la reacción se limita a declarar la invalidez de los actos ilegales, reponer el estado de cosas alterado por esa actuación contraria a derecho y, cuando proceda, a resarcir los daños causados a la persona lesionada, todo lo cual sucede normalmente en el campo del Derecho privado. Sin embargo, cuando las conductas infractoras causan una lesión a intereses colectivos o revisten una especial gravedad, la reacción posee carácter represivo, consistiendo en la imposición de un mal o castigo al infractor. Históricamente, ese poder represivo (*ius puniendi*) se entregaba en exclusiva a los jueces y tribunales, si bien en todos los países de democracia liberal hoy nos encontramos con que las Administraciones Públicas ostentan también, junto a los jueces penales, poderes represivos o de sanción.

Ya hemos visto como, tras la Monarquía Absoluta en la que el soberano ostentaba todos los poderes, con el advenimiento del Estado Liberal, surge la actual Administración pública y, con el ella, el nacimiento del Derecho Administrativo. De esta forma, se va produciendo una expansión continuada y paulatina de las áreas de actuación administrativa de las monarquías limitadas, surgiendo así, entre otras, la potestad sancionadora de la Administración pública³³. Durante el siglo XX, la potestad sancionadora de la Administración se multiplica a medida que se expande la intervención pública en la vida económica y social. Alonso Madrigal expone (1999, p. 129 y ss.) que la doctrina ha denunciado que la actividad sancionadora de la Administración pública se extiende a todos

³² Santamaría Pastor (2018, Vol. II p. 332-333).

³³ Sánchez Morón (2007, p. 653-654) expone que parece existir unanimidad en la tesis de que el origen de la potestad sancionadora de la Administración pública, en el marco del Estado de derecho, se halla en sus poderes de policía, al poder imponer límites vinculantes a la actividad de los particulares e impartirles órdenes para la tutela de la legalidad y del interés general. En consonancia, el Decreto de las Cortes de Cádiz de 23 de junio de 1813 atribuiría al jefe político de las provincias la potestad de imponer y exigir multas a los que le desobedezcan o falten al respecto, y a los que turben el orden y el sosiego político, mientras que la Instrucción de 3 de febrero de 1823 para el gobierno económico-político de las provincias confería también a los ayuntamientos la facultad de imponer multas hasta cierta cuantía en los asuntos correspondientes a sus atribuciones. Ahora bien, quedaba reservada a los tribunales, con las formalidades de la causa penal, la sanción de las culpas y delitos de más gravedad. De este modo, el Derecho Administrativo sancionador se desarrolla al margen del derecho penal, que sigue su propia y más afinada evolución, mientras que aquel, regulado en leyes sectoriales y fundamentalmente en reglamentos, carece de la unidad dogmática de este otro.

los campos del Derecho Administrativo, habiéndose producido en España una potenciación de las facultades administrativas represivas sin paralelo posible en ningún otro ordenamiento jurídico de nuestro entorno³⁴.

2. Alcance y extensión de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas.

Con carácter previo, debemos señalar que, de forma intencionada, hemos incluido la expresión “de las Administraciones públicas” -en plural- y no en singular -de la Administración pública- con el fin de poner de manifiesto que el ejercicio de la potestad sancionadora se encuentra atribuida a cada una de las distintas Administraciones públicas que se integran en los tres niveles en que se estructura la organización territorial derivada de nuestra Constitución de 1978³⁵: estatal, autonómica y local, tal como se desarrollará más adelante. Por añadidura³⁶, desde el punto de vista subjetivo, estos principios son igualmente trasladables a las corporaciones públicas (cámaras oficiales de comercio, industria y navegación y cámaras agrarias) y colegios profesionales, así como a las federaciones deportivas, cuando ejerzan la potestad sancionadora.

A la hora de examinar el alcance y extensión de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, debemos partir de la premisa de que existen dos ámbitos en materia del *ius puniendi* del Estado: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador; siendo así que la potestad sancionadora es aquel poder jurídico de la Administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, entendida la sanción administrativa como aquel mal infringido al ciudadano como consecuencia de una conducta ilícita, con facilidad represora, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, al estar vedada para la Administración pública las sanciones consistentes en privación de libertad³⁷.

³⁴ Así, cita, entre otros, a Martín-Retortillo Baquer, Cano Mata, Suay Rincón o Parada Vázquez afirmando este último que el capítulo represivo al margen del sistema judicial penal se ha convertido en el inquilino habitual de toda la regulación administrativa. Así mismo, señala Alonso Madrigal que otros autores, como Cerezo Mir, Martínez-Buján Pérez o Rodríguez Devesa, han venido en recurrir repetidamente a términos como “hipertrofia”, “inflación”, o incluso “codicia”, para referirse al vertiginoso auge de la potestad sancionadora de la Administración en nuestra Nación. Además, pone de relieve que el vínculo entre el incremento de la intervención y de las potestades sancionadoras fue destacado desde su origen, indicando que Sanz Gandásegui señala cómo García Oviedo puso de manifiesto ya en 1926 que el espíritu de orden que anima a las sociedades modernas es el más vivo y eficaz estimulante de la acción de policía, que se entroniza en los más delicados tejidos de la estructura social por la vía de la reglamentación coercitiva. Por lo que afirma, citando al propio Sanz Gandásegui, que, conforme el modelo de actuación seguido por el Estado Liberal no intervencionista evoluciona hacia el Estado Social de Derecho, la Administración se hace presente en casi todos los campos de la sociedad, defendiendo unos intereses que son comunes a todos los ciudadanos, precisando para ello de una capacidad de corregir las conductas contrarias a aquel.

³⁵ Artículo 137:

«El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses».

³⁶ Parada Vázquez (2019, p. 425).

³⁷ Siguiendo a Parada Vázquez (2019, p. 391-408), la competencia para imponer ese tipo sanciones administrativas, que normalmente consisten en multas, pero que pueden ser también de otra naturaleza

Frente a la solución tradicional respetuosa con la división de poderes y reserva del monopolio represivo atribuido a los jueces y magistrados (caso del Reino Unido y en gran medida de Francia³⁸), la crisis del sistema judicial en algunos países de nuestro entorno, como Alemania³⁹, Italia y Portugal, ha dado lugar a que se atribuya a la Administración un poder sancionador bajo el control de los tribunales civiles o penales, que conocen de la oposición o de los recursos que suscita su ejercicio⁴⁰.

En lo que se refiere a España, la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1808, atribuyó la potestad punitiva a los jueces y tribunales, como consecuencia del principio de división de poderes. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX se fueron dictando sucesivas disposiciones⁴¹ en virtud de las cuales el Poder Legislativo delegó en la Administración

(clausura de establecimientos o actividades, suspensión de funciones, pérdida de la carrera funcional, privación de permisos, publicidad del nombre del infractor, etc.) y que, en ocasiones, se acompaña de la posibilidad de decretar una indemnización de daños y perjuicios a favor de la propia Administración pública o de terceros lesionados en su patrimonio por la acción u omisión del infractor de la legislación administrativa (cuestiones ambas sobre las que se volverá a incidir en otros momentos del presente trabajo), se trata de un formidable poder de naturaleza judicial, siendo así que la Administración pública no solo sanciona, sino que también ejecuta la sanción impuesta. Poder que, por tales motivos, se venía considerando como contrario a la teoría de la división de poderes y al consiguiente monopolio represivo atribuido a los jueces y magistrados.

³⁸ Huergo Lora (2007 p. 88-101) resalta la extraordinaria complejidad que presenta el Derecho Administrativo sancionador galo, toda vez que en Francia encontramos no menos de cuatro clases distintas de sanciones administrativas y cuatro estratos jurídicos diferentes, estando atribuido en unos supuestos la imposición de la sanción administrativa al juez penal, frente a algunos otros casos en los que se atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora a la Administración pública.

³⁹ Huergo Lora (2007 p. 53-87) destaca que las sanciones administrativas alemanas se encuentran mucho más cerca del Derecho Penal que del Administrativo, siendo así que, en su imposición, tanto en la fase administrativa como en la fase de recurso ante los tribunales penales, no se aplica la legislación del procedimiento administrativo (*VwVfG*), sino el procesal penal con las especialidades dispuestas expresamente en la Ley General de Infracciones Administrativas (*OWiG*, de 1968). En ese sentido, la competencia para regular legislativamente las sanciones administrativas corresponde al legislador federal en virtud del título competencial relativo a la legislación penal [artículo 74.1.1 de la Constitución de la República Federal de Alemania o Ley Fundamental para la República Federal Alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* -«GG»-), de 8 de mayo de 1949, conocida también como la “Ley fundamental de Bonn” (al ser promulgada en dicha ciudad de la Alemania Occidental, con carácter provisional, a la espera de la reunificación de Alemania, hecho que no sucedería hasta el 3 de octubre de 1990, tras la caída del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989)], frente a lo que sucede en nuestra Nación, dónde el título competencial para regular mediante ley el régimen general de las sanciones administrativas es el artículo 149.1.18^o CE -tal como se examinará más adelante, en la parte correspondiente al examen de la legislación básica en materia del Derecho Administrativo sancionador del presente trabajo-.

⁴⁰ En esta segunda posición, con ordenamientos sin monopolio represivo de los jueces, ya se encontraban otros países, como Austria y Suiza, que mantuvieron durante el siglo XIX y el pasado la competencia sancionadora de la Administración pública: por la atribución de la potestad de ejecutar las leyes tanto a los tribunales como a la Administración, en el caso del estado federal austriaco; y por la autonomía de los cantones, en el supuesto de la Confederación Helvética.

⁴¹ Cabe hacer mención al Código Penal de 1850, así como al Real Decreto de 18 de mayo de 1853, en el que, estando vigente el Código Penal de 1853, pretendía resolver las dudas y conflictos que ocurrían frecuentemente entre la Administración pública y los tribunales ordinarios al no determinar las leyes con la debida claridad cuándo podían las autoridades administrativas proceder gubernativamente en el castigo de las faltas; y cuándo debían hacerlo sujetándose a las formas de un juicio. De este modo, la potestad punitiva admitía entonces una

pública parte de las funciones propias del Poder Judicial, en lo relativo al ejercicio de la potestad coercitiva o punitiva. Y con la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930), primero, y la II República (1931-1936), después, se produjo un fenómeno de politización y disparado crecimiento del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración pública⁴². En lo que se refiere al régimen de Franco (1936-1975), las autoridades gubernativas heredaron una potestad sancionadora tan intensa que no hubo necesidad de ulteriores desarrollos. No obstante, debe destacarse la aprobación de un procedimiento sancionador por la Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento Administrativo [«LPA»]⁴³, procedimiento que unido a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales, permitió el desarrollo de un sistema de garantías en vía administrativa y judicial muy avanzado que ha llegado a nuestros días, tal como se verá más adelante.

En la actualidad, la Constitución de 1978 ha legitimado, paradójicamente, el poder represivo de la Administración pública, según se explicará a continuación. Morales Plaza (2011, p. 3318-3319) recuerda que la potestad sancionadora de la Administración pública, como inherente a la función de policía en el sentido clásico de la palabra⁴⁴, esto es, de intervención administrativa, ofrece un entorno intrínsecamente penal, tal como así lo ha venido proclamando el Tribunal Supremo desde hace más de 50 años. En una primera fase, la cobertura de esa identificación sustantiva tuvo su razón de ser en el artículo 27⁴⁵ de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado [«LRJAE»]⁴⁶. Así, la sentencia de 9 de febrero de 1972 [antigua Sala Tercera; ponente Mendizábal Allende] aborda, por primera vez en España⁴⁷, la relación entre el Derecho Administrativo sancionador y el

triple dimensión: una, propia de los tribunales penales; y otras dos, en manos de la Administración, por una parte, la ejercitada gubernativamente y, por otra, las sujeta a las formas de un juicio. No obstante, la legislación sectorial administrativa decimonónica solía atribuir al Poder Judicial la aplicación de toda infracción prevista en ella, otorgando a la Administración un mínimo poder sancionador, debiendo remitirse a los jueces las sanciones que excedieran de determinado límite o de mayor castigo.

⁴² En el primer caso, el poder punitivo de la Administración pública se afirma, sin limitaciones, en el Real Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926; y en el Código Penal de 1928 se estableció que las ordenanzas y reglamentos no podrían establecer penas privativas de libertad, directas ni subsidiarias, superiores a las del Libro III del propio Código Penal, pero sin que este límite afectase a las penas pecuniarias. En el segundo, destacan sobremanera la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931, la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 y la Ley Municipal de 1935.

⁴³ BOE de 18 de julio.

⁴⁴ A este respecto, Nieto García recuerda que la potestad sancionadora de la Administración otrora se ha fundamentado por el Tribunal Supremo en la tesis policial, conforme la cual la potestad sancionadora es un corolario natural de la potestad de policía que dispone la Administración, o en el orden público, si bien este último, como causa justificadora de la Administración, puede ser considerado actualmente un anacronismo.

⁴⁵ «Los Reglamentos, Circulares, Instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una ley votada en Cortes».

⁴⁶ Texto Refundido aprobado mediante Decreto de 26 julio de 1957 (BOE de 31 de julio).

⁴⁷ Del mismo modo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, recogiendo dicha tendencia jurisprudencial española, proclamaría en la sentencia de 8 de octubre de 1976 (Caso *Engel y otros contra Países Bajos*, CE:ECHR:1976:0608JUD000510071) que el concepto de infracción penal está dotado de autonomía propia y, por ello, es indiferente la modalidad en que se manifieste, delito o contravención administrativa, fijando tres criterios establecidos desde este pronunciamiento para definir lo que es una “acusación penal” y

Derecho Penal, predicando la identidad ontológica de los ilícitos penal y administrativo⁴⁸, doctrina jurisprudencial que perdura hasta la actualidad. Nuestra Carta Magna de 27 de

que deben considerarse para delimitar lo que es una infracción: 1) atender las indicaciones del propio derecho nacional; 2) atender a la naturaleza del hecho o de la infracción imputada; 3) atender a una naturaleza y el grado de severidad de las sanciones impuesta al sujeto infractor. A tal efecto la STEDH aplica el artículo 6 CEDH, según el cual:

«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

En concreto, el TEDH interpretó dicho precepto en el sentido de que las garantías contenidas en el mismo han de aplicarse en el ámbito militar cuando los procedimientos disciplinarios seguidos en dicho ámbito puedan resultar en la imposición de penas privativas de libertad, forjándose desde entonces el concepto unitario de *ius puniendi*.

Sin perjuicio de lo que se indicará en el epígrafe correspondiente en el que se analizarán de forma exhaustiva tales criterios, dicha sentencia resulta primordial a la hora de examinar la naturaleza jurídica de aquellas medidas restrictivas de derechos que, pese a no ser designadas nominalmente como sanciones, pueda apreciarse que cuentan con tal consideración.

⁴⁸ Esta tesis es criticada ampliamente por Huergo Lora (2007, p. 30-41), quien considera que la falta de criterios de distinción entre los ámbitos sancionador penal y administrativo resulta desmentida radicalmente por el ordenamiento jurídico, que atribuye a los poderes públicos numerosas potestades, algunas con una incidencia extraordinariamente incisiva sobre la esfera de libertad de los ciudadanos cuya utilización se permite solo y exclusivamente para la persecución de los delitos, pero no, en modo alguno para la persecución de simples infracciones administrativas, lo que obedece a un juicio previo sin el cual las infracciones penales tienen una relevancia mucho mayor que las administrativas en términos de antijuridicidad, lo que justifica el empleo, para su persecución, de potestades de mucho mayor alcance. A este respecto, haciendo hincapié en el voto particular formulado a la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de octubre de 1999 (ES:TC:1999:177) en el que se defendía la existencia de diferencias cualitativas entre la infracción administrativa y la penal. Con ello este autor quiere poner de manifiesto que la ausencia de una distinción material entre el campo sancionador penal

diciembre de 1978 vino a acoger ese planteamiento y, así, la potestad sancionadora viene consagrada en su artículo 25.1, a cuyo tenor:

«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».

En su origen cabe destacar, fundamentalmente, una doble circunstancia. En primer lugar, su naturaleza de derecho fundamental, susceptible de protección al más alto nivel, a través del amparo constitucional⁴⁹. Y, en segundo lugar, de forma muy especial, su notable ambigüedad, siendo así que el artículo 25.1 CE se limita a garantizar la legalidad sancionadora, pero no precisa su concreto alcance y contenido⁵⁰. Pues bien, *«[...] precisamente por sus confusos e ilegítimos orígenes en nuestro Derecho, donde se había producido un desarrollo paulatino y silencioso de la represión administrativa en el sentido de que se ha llevado a cabo a través de más de sesenta años, ley a ley, norma a norma, y no como fruto de una operación planificada y racional sobre el sistema penal general, según ocurrió en Alemania e Italia, la potestad sancionadora de la Administración ha tenido por fuerza que ser convalidada por el artículo 25 CE, que al establecer el principio de legalidad en materia punitiva se refiere a la penal y a la administrativa, y por el párrafo tercero del mismo precepto que admite, sensu contrario, sanciones administrativas que no impliquen privación de libertad»* (Parada Vázquez, 2019. p. 412-413)⁵¹.

Por otra parte, debemos llamar la atención en la existencia de otro precepto en nuestra Carta Magna en el que sí se reconoce, de forma taxativa, la existencia de la potestad sancionadora de la Administración pública, cual es el artículo 45.3 de la Norma Fundamental, que previene que:

y el administrativo constituye una importante deficiencia para la recta construcción del ordenamiento jurídico y una laguna para la protección jurídica de los intereses públicos y privados.

⁴⁹ Huergo Lora (2007, p. 33) entiende que, a pesar de ello, la tutela jurídica que se otorga a los sancionados o a los sometidos a un procedimiento administrativo sancionador es significativamente inferior a la que disfrutaban los imputados en un proceso penal.

⁵⁰ Hernández González (2005, p. 170-171).

⁵¹ Sobre esta cuestión es preciso indicar que en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983 (ES:TC:1983:77) se razona lo siguiente:

«No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el [artículo] 25, apartado 3.º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos».

Doctrina que es reproducida, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 [(ES:TS:2009:8298); ponente: Espín Templado].

«Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

La Constitución reconoce en su propia consagración de principios la necesidad social, colectiva, de establecer un sistema de protección del sistema y de los derechos de los ciudadanos; sobre este presupuesto se apoya el *ius puniendi* genérico del Estado, que se articula en dos grandes brazos: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador⁵². Pues bien, Nieto García (2012, p. 97), sostiene que la potestad sancionadora no es exclusiva de una Administración pública concreta, ni siquiera de las Administraciones públicas, sino del titular de la potestad principal o material, cualquiera que sea: Administración pública, tribunales, asambleas parlamentarias, Casa Real... lo que, en consecuencia, significa que se resquebraja la tesis de que la potestad sancionadora de la Administración es una de las dos manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

Prósper Almagro (2020, p. 112) destaca que la potestad sancionadora de la Administración pública “despegó” con la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983 (ES:TC:1983:77), en la que se reconoce tal potestad si bien condicionada al respecto de las más necesarias cautelas que permitieran preservar y garantizar los derechos de los ciudadanos, identificándose como límites los mandatos establecidos en los artículos 24.2 CE y 25.1 CE, que recogen todos aquellos principios que inspiran el orden penal y que, en consonancia, como reconocida manifestación del *ius puniendi* del Estado, resultan igualmente aplicables al Derecho Administrativo sancionador. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional, con anterioridad a dicha sentencia⁵³, ya se había pronunciado respecto de esta misma cuestión y, así, en la sentencia de 8 de junio 1981 (ES:TC:1981:18), a la que cabe identificar como el punto de partida en esta materia, vino a reconocer que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, “con ciertos matices”, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos actúan como manifestaciones del *ius puniendi* del Estado⁵⁴.

⁵² Mestre Delgado (1991, p. 2497).

⁵³ A tal efecto, en opinión de Rodríguez Carbajo [RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: “*El derecho sancionador administrativo en el Mercado de Valores*”. La ley, Actualidad administrativa, número 1.1ª Quincena de enero de 2004], citado por Andrés Pérez (2008, p. 10), cobra vital importancia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que, a diferencia de otros sectores del ordenamiento jurídico en los que la doctrina del Tribunal Constitucional ha relegado a un segundo plano a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sucede así con la materia relativa a las sanciones administrativas, sin duda porque mucho antes de que nuestra “Corte Constitucional” hubiese sido creada, el Tribunal Supremo había establecido los principios básicos del derecho sancionador administrativo, poniendo de relieve al respecto cómo en la sentencia de 27 de marzo de 1986 se declara que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del propio Tribunal venía considerando, desde hacía al menos 15 años atrás, que el funcionamiento de la potestad sancionadora de la Administración pública ha de acomodarse al esquema de nuestro sistema penal.

⁵⁴ Contiene los siguientes razonamientos:

«Dicho de otro modo, se trata de concretar si la Administración, después de la Constitución, puede o no imponer a los ciudadanos sanciones “de plano”, por razones de orden público. Por tanto, no se entrará a examinar esta posibilidad en un momento anterior a la Norma Fundamental, en que el problema estaba ya planteado.

Por otra parte, conviene tener presente que no toda actuación administrativa con un contenido desfavorable para los ciudadanos se configura jurídicamente como una sanción administrativa, siendo innumerables los actos de las Administraciones Públicas dictadas en el ejercicio de la potestad de policía que se caracterizan como actos desfavorables para sus destinatarios sin que tengan la consideración de sanciones⁵⁵. A este respecto, Parejo Alfonso (2003, p. 781) señala que solo es sanción administrativa la que constituya retribución típica de una infracción asimismo legalmente típica. Consecuentemente, es rechazable, por incorrecta, la tendencia doctrinal a extender la noción a toda incidencia administrativa desfavorable en la situación subjetiva del administrado, especialmente la

Delimitada así la cuestión, la solución que se dé a la misma -en términos constitucionales y no de legislación ordinaria- dependerá de la medida en que se entiendan o no aplicables a la Administración, en materia sancionadora, los principios establecidos en el [artículo] 24 [CE].

A tal efecto debe partirse de que el mencionado precepto contempla de forma directa e inmediata, como indica su propio tenor literal, el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y a determinadas garantías de tipo procesal, con especial referencia al orden penal, sin aludir de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración. Por ello es necesario determinar su ámbito, teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental.

Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución ([artículo] 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio [artículo] 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas.

Las consideraciones expuestas en relación [con el] ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el [artículo] 24 [CE] en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el [artículo] 9 [CE]. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional».

Sobre esta cuestión pueden verse, igualmente, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2001 (ES:TC:2001:47), de 13 de abril de 2004 (ES:TC:2004:52) y 9 de febrero de 2009 (ES:TC:2009:32).

⁵⁵ Sobre esta cuestión la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2003 (ES:TC:2003:48) declara que:

«Es preciso recordar aquí que "los postulados del [artículo] 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del ius puniendi del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador" (STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; en el mismo sentido, STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4)».

basada en un título administrativo. En todo caso, como advierte Huergo Lora (2007, p. 196), no cabe incidir sobre los derechos de los ciudadanos con medidas materialmente sancionadoras sin someterse a las garantías fijadas por la Constitución, toda vez que el hecho de que el legislador afirme que una determinada medida no tiene carácter sancionador no es suficiente para descartar la aplicación de los principios del derecho administrativo sancionador, aun en el caso de que el legislador dé a esa medida una calificación jurídica alternativa que resulte lógica y defendible⁵⁶. La labor de determinar cuándo nos encontramos en presencia de un acto meramente desfavorable y cuándo se trata de una verdadera sanción no es tarea fácil, y cuya respuesta responderá a las circunstancias particulares a examinar de cada caso concernido. Se trata por tanto de una cuestión fáctica y casuística, a la que no cabe dar una respuesta única y general, si bien resulta posible hallar algunos criterios para su distinción en la jurisprudencia⁵⁷.

⁵⁶ El Tribunal Constitucional [*vid.* sentencias de 14 de diciembre de 1988 (ES:1988:239), 13 de noviembre de 1995 (ES:TC:1995:164) y 26 de noviembre de 2000 (ES:TC:2000:276)] ha venido declarando que para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo, habrá de atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que, si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificadas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa.

Un supuesto particular es el de las **multas previstas con carácter finalista**, esto es, el de aquellos casos en los que las leyes sectoriales en determinadas materias [*vid.*, por ejemplo, el artículo 25.2 de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid (BOCM de 21 de marzo); y el artículo 234 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (BOCM de 27 de julio)], prevean, de forma expresa, que el importe de lo recaudado en concepto de las sanciones se dirija a un determinado y concreto fin, sin que esa previsión altere su naturaleza jurídica como sanción, al tratarse de una medida de política presupuestaria, en concreto, una excepción a la regla general de no imputación de ingresos o gastos, lo que es lo mismo, al principio general de universalidad de los ingresos y gastos públicos, conforme al cual la totalidad de los ingresos públicos financian la globalidad de gastos públicos.

⁵⁷ En particular, en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 [(casación 477/2003, ES:TS:2006:391); ponente: Yagüe Gil] se declara que la **denegación de entrada en el territorio nacional a un ciudadano extranjero** es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de los requisitos legales (simple control de la legalidad en el ejercicio de la potestad autorizatoria en el marco de una actividad de policía), sin que concurra en ella la función represiva, retributiva o de castigo propia de las sanciones. En estos supuestos, la Administración pública verifica la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, a su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario como consecuencia de un ilícito.

Del mismo modo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2012 [(casación 4119/2010, ES:TS:2012:5879); ponente: de Oro-Pulido López] se concluye que las actuaciones de **reposición de la legalidad urbanística**, como consecuencia de la ejecución de obras realizadas sin licencia o excediéndose de la concedida, carecen de naturaleza sancionadora, siendo así que la sanción *sensu stricto* será la que proceda imponer precisamente por haber llevado a cabo tales obras sin contar con la preceptiva autorización para su ejecución.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2012 [(casación 3637/2011, ES:TS:2012:5110); ponente: Perelló Domenech] declara que la **incautación de la garantía provisional** en materia de contratación administrativa constituye una sanción por la falta de formalización del contrato, señalando que la función de la garantía provisional es semejante a la de las arras penitenciales del Derecho privado [sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1995 (RA 4705/1991), con cita de las Sentencias de 19 de junio de 1980 (RA 35060/1979), y 18 de diciembre de 1981 (RCA 306010/1980)] o de la cláusula penal [sentencia de 21 de mayo de 2002, (RC 946/1997), que, a su vez, se apoya en las sentencias de 14 de mayo de 1988 y 1 de diciembre de 1988]. Ello es así, porque el fracaso del procedimiento de adjudicación por la falta de formalización del contrato

provoca daños a la Administración pública, como los producidos por el examen, aprobación y modificación del proyecto del adjudicatario y los que supone una nueva adjudicación.

Ahora bien, ese carácter de cláusula penal no conlleva que se trate del ejercicio de una potestad sancionadora, siendo así que como se razona en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2018 [(casación 3581/2015, ES:TS:2018:1695); ponente: Requero Ibáñez], respecto de la **incautación de una garantía definitiva**:

«[...] no es invocable el artículo 24.2 [CE] debido a la ausencia de carácter sancionador de la incautación, siendo cosa distinta que sea una medida -como todo el acto impugnado- de gravamen y en particular implique la ejecución de una cláusula penal o una penalidad».

Asimismo, en la sentencia del mismo Tribunal de 29 de julio de 2015 [(casación 1987/2014, ES:TS:2015:4022); ponente: Maurandi Guillén -D.E.P.-] se rechaza la atribución de naturaleza sancionadora a la declaración de **pérdida de la condición de funcionario** derivada de una condena penal de inhabilitación absoluta o especial, dando cumplimiento a la Administración pública a una específica previsión del régimen legal estatutario de la Función Pública.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 [recurso contencioso-administrativo 290/2013 (ES:TS:2015:1158); ponente: Rodríguez-Zapata Pérez] declara que el **cese de los jueces suplentes por falta de aptitud o idoneidad** para el ejercicio del cargo no constituye un expediente de carácter disciplinario, ni el cese en dichos cargos se encuentra calificado legalmente como una sanción, sin que nos encontremos ante un procedimiento de naturaleza sancionadora.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1994 [apelación 495/1992 (ES:TS:1994:19996); ponente: Cáncer Lalanne] donde se señala que la **remoción -cese- de un puesto de trabajo del funcionario nombrado discrecionalmente**, en uso de potestades organizativas y de mando, a la vista de la situación por la que atravesaba el Servicio y la actuación desmedida del funcionario, no constituye desviación de poder, sin que tenga naturaleza sancionadora.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2019 [recurso contencioso-administrativo 318/2018 (ES:TS:2019:3636); ponente: Lucas Murillo de la Cueva] razona que el **cese del personal eventual** adscrito a los cargos de Vicepresidente y Consejeros de la Generalidad de Cataluña se produjo *ope legis* cuando cesaron aquéllos, como consecuencia de la aplicación del artículo 155 CE, al estar previsto así previsto en la ley autonómica para ese personal. Todo el personal eventual cesado no ha sido objeto de ninguna sanción, sin que se haya infringido el artículo 25 CE. El fin de su relación de servicio eventual no es una sanción sino la mera consecuencia legalmente prevista de su condición.

Recordemos que el citado artículo 155 CE previene que:

«1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2003 (ES:TC:2003:48) declara que la medida consistente en la **disolución de partidos políticos** no puede ser calificada como una sanción, en atención a que no tiene carácter punitivo, pues las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones.

Sobre esta cuestión se volverá a hacer mención más adelante, con ocasión del examen del concepto de infracción administrativa, sin perjuicio de indicar⁵⁸ ahora que el mero hecho de que el legislador haya calificado expresamente como no sancionadora una medida de gravamen que, constitucionalmente, deba considerarse como de carácter sancionador no solo no da lugar en todo caso a la inconstitucionalidad de la norma reguladora (al contrario, únicamente en caso de contradicción insalvable con los principios constitucionales de la potestad sancionadora), sino que tampoco es razón suficiente para entender aplicable a dicha actuación administrativa el régimen legal de las sanciones administrativas, es decir, el grupo normativo cuya cabecera está constituido por los artículos de la normativa básica en esta materia, cuestión que será objeto de examen individualizado en el presente trabajo. Estos preceptos sólo serán aplicables a aquellas medidas que el legislador califique expresamente como sanciones y a las que, sin tener una calificación legal expresa, deban considerarse sanciones por encajar en el concepto constitucional.

3. Los límites a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas.

Según Alonso Timón (2010, p. 85), la potestad sancionadora es una de las herramientas más cualificadas, tanto intensa como extensa, con las que pueden ejercer su poder e imponer su criterio las Administraciones públicas, interviniendo en la esfera jurídica y vital de los ciudadanos, por lo que resulta necesario envolverla de todo tipo de garantías para que su ejercicio sea conforme a las finalidades y objetivos de servir al interés general, especialmente, en aquellos ámbitos sensibles donde la relación con el ciudadano es más palpable, asegurando la erradicación de arbitrariedades y abusos. El núcleo de la limitación al ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas se halla en apartado 3 del artículo 25 de la Norma Fundamental, que previene que:

«La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».

A la hora de ejercitar su potestad sancionadora, cabe identificar⁵⁹ los siguientes límites cualitativos impuestos a las Administraciones públicas:

(i) La legalidad o sujeción de la potestad sancionadora al principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan. Esta cuestión es objeto de análisis más detallado en la segunda parte del estudio sobre potestad sancionadora.

(ii) La interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas⁶⁰. No obstante, Parada

⁵⁸ Huergo Lora (2007, p. 197-198).

⁵⁹ Con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia de 3 de octubre de 1983 (ES:TC:1983:77).

⁶⁰ Santamaría Pastor (2018, Vol. II p. 357-358) pone de manifiesto que, por sorprendente que pueda resultar en nuestros días, la historia de los siglos XIX y XX nos muestra que las sanciones administrativas consistentes

Vázquez (2019, p. 414) advierte que en la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981 (ES:TC:1981:21) se matiza que dicho límite no es aplicable al régimen disciplinario militar, pues del artículo 25.3 CE se deriva, *sensu contrario*, que la Administración militar puede imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad.

(iii) El respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 CE⁶¹, que resultan de aplicación a los procedimientos que las Administraciones públicas sigan para la imposición de sanciones⁶².

en arrestos o privaciones de libertad fueron algo no excepcional en nuestro ordenamiento. Estas sanciones eran impuestas bien de modo directo (como preveía, por ejemplo, el artículo 59 de la Ley por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial, de 20 de febrero de 1942 -BOE de 8 de marzo- que establecía como sanción arrestos gubernativos de 5 a 10 días), bien, por lo común, de carácter subsidiario por el impago de multas pecuniarias (como sucedió tradicionalmente con las multas de orden público), tal como ocurre en el ámbito penal.

⁶¹ En ese sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de febrero de 1986 [apelación (ES:TS:1986:585); ponente: González Navarro] resalta que la potestad sancionadora debe ejercitarse garantizando al máximo los derechos fundamentales, exponiendo así que:

«Cuando de ejercitar la potestad sancionadora se trata, el más exquisito cuidado en la observancia de la forma se impone. Porque es la potestad sancionadora de la Administración potestad sumamente grave y temible cuyo ejercicio, como el de la potestad punitiva general del Estado, debe verse rodeada de las máximas cautelas. La Constitución de 1978 ha situado en un mismo plano -con ligeras diferencias de matiz- la potestad sancionadora penal y la administrativa. Y ello es resultado de una corriente doctrinal que ha salido al paso del imparable crecimiento de la potestad sancionadora de la Administración a través de toda nuestra historia constitucional. Ese tratamiento común de lo punitivo penal y de lo punitivo administrativo obliga a subrayar la idea garantizadora que inspira todo el capítulo II del título VI de la [LPA], y el rigor con que debe cumplir la Administración el ritualismo allí consagrado, lo cual no supone rendir culto a la forma en cuanto tal, sino en cuanto sirve de protección y amparo frente a un ejercicio precipitado de tan grave potestad».

⁶² Sobre esta cuestión es preciso señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de febrero de 2009 (ES:TC:2009:32) razona que se han de proyectar sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24.2 CE, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE. Así expone que se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías, pudiendo citarse las siguientes: (i) el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; (ii) el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; (iii) el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; (iv) el derecho a no declarar contra sí mismo [sobre esta última garantía, se debe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene fijada como doctrina que el derecho a no autoinculparse despliega sus efectos en cualquier procedimiento del que pueda derivarse una sanción -*vid.* sentencias de 3 de mayo de 2001 (*JB contra Suiza*) y de 11 de julio de 2006 (*Jalloh contra Alemania*)-]; y, en fin, (v) el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba.

Por el contrario, conviene tener presente que en la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2003 (ES:TC:2003:2) se declara que la garantía de imparcialidad no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales, ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración pública.

(iv) La subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial, que consiste en el control posterior de los actos sancionadores por la jurisdicción contencioso-administrativa y la preferencia de la jurisdicción penal en el enjuiciamiento y determinación de los hechos susceptibles de ser enjuiciados por el orden administrativo y aquella jurisdicción⁶³.

4. El ejercicio del *ius puniendi* por la Administración. Las infracciones y las sanciones.

4.1. Delimitación de los conceptos de infracción y sanción administrativa.

4.1.1. Concepto de infracción administrativa.

Nieto García (2012, p. 426) considera la infracción administrativa como una perturbación del ordenamiento jurídico por causa del incumplimiento de mandatos y prohibiciones de naturaleza administrativa. Así mismo (Cit., p. 27), califica de sarcasmo el hecho de la existencia de una inmensidad de infracciones, poniendo de relieve que el repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, municipales y corporativos ocupa bibliotecas

⁶³ De lo que deben extraerse las siguientes consecuencias:

1º) Resulta necesario el control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso contencioso-administrativo (con el requisito previo de que se haya agotado la vía administrativa, es decir, que el acto ponga fin a la vía administrativa, con arreglo a los artículos 1 y 25 LJCA, en conexión con el artículo 114.1 LPAC).

Vid. sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2003 (ES:TC:2003:2).

2º) La imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito según el Código Penal [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE de 24 de mayo de 1996) -«CP»-] o las leyes penales especiales, hasta que la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.

3º) La necesidad de respetar el principio de cosa juzgada, cabiendo traer a colación, aquí, la famosa definición de Ulpiano: “*Res iudicata pro veritate accipitur*” (La cosa juzgada se tiene por cierta).

Aclarando también el Tribunal Constitucional que la cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica; y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. *Sensu contrario*, si la cuestión queda imprejuizada por la autoridad judicial, por cualquier motivo, la Administración podrá retomar el expediente sancionador e imponer las sanciones que legalmente procedan, debiendo respetar, en todo caso, cuando actúe *a posteriori* el planteamiento fáctico que los tribunales de Justicia hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 CE y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado solo en las condiciones establecidas por dicho precepto.

Por consiguiente, como señala Ribes Ribes [RIBES RIBES, Aurora: “*Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*”. Editorial Iustel, Madrid, 2007], citada por Martínez Muñoz (2013, p. 25), puede ser impuesta una ulterior sanción en un procedimiento penal sin infringir la prohibición *non bis in idem* -que será objeto de especial análisis con ocasión del estudio de los principios de la potestad sancionadora-, porque la jurisdicción penal prevalece sobre la Administración sancionadora. No en vano, Muñoz Clares y Caballero Salinas [MUÑOZ CLARES José y CABALLERO SALINAS, José María: “*Ne bis in idem, hechos, penas, sanciones*”. Thomson Reuters Aranzadi, 2019] realizan un interesante análisis de los antecedentes históricos de este principio, afirmando que, en cuanto derivación del principio de cosa juzgada, ya estaba presente en el Derecho de la Grecia antigua, mencionando dichos autores ya se contenían menciones al mismo en los escritos de Demóstenes.

enteras. No ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer. Dicho lo cual, Parada Vázquez (2019, p. 416) señala que las leyes administrativas precisan de ordinario las sanciones y las cuantías máximas cuando se trata de multas y definen genéricamente como infracción el incumplimiento de los preceptos legales, remitiendo el reglamento de ejecución de la ley la enumeración o tabla de conductas sancionables.

4.1.2. Concepto de sanción administrativa.

Para garantizar el cumplimiento de la legalidad y tutelar los intereses generales que le corresponde gestionar, la Administración pública cuenta con el poder de sancionar las infracciones del orden jurídico-administrativo, incidiendo en la esfera patrimonial de los ciudadanos o en el ejercicio de sus actividades⁶⁴. Huergo Lora (2007, p. 203-204) señala que las leyes la dan por supuesta y enumeran entre las sanciones ciertas medidas de gravamen, a la vez que colocan en una posición híbrida a otras que unas veces califican como sanciones accesorias y otras como sanciones en sentido estricto, mientras que, en algunos otros casos, niegan expresamente la condición de sanción a ciertas clases de actos. Como señala Mestre Delgado (1991), la sanción que el incumplimiento de una norma ha de llevar aparejada no tiene que ser en todo caso de naturaleza punitiva, pues, en muchas ocasiones, sin necesidad de sancionar, la Administración pública puede poner en marcha sus prerrogativas de autotutela ejecutiva a fin de obtener la ejecución forzosa de lo dispuesto en la norma transgredida.

La doctrina⁶⁵ suele asumir (al ser el más extendido) el concepto de sanción administrativa acuñado por García de Enterría⁶⁶, según el cual se trata de «*un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal*». Suay Rincón⁶⁷ (citado por Parada Vázquez 2019, p. 423; y por Huergo Lora, 2007 p. 205) define la sanción administrativa como cualquier mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora. Del mismo modo, en palabras del mismo autor, la sanción administrativa es un acto que disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares; bien sea mediante la privación de un derecho (interdicción de una determinada actividad, sanción interactiva), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (condena el pago de una suma de dinero: sanción pecuniaria). Así, además de la multa económica, que resulta ser el supuesto más frecuente de sanción administrativa -prototípica, en palabras de Santamaría Pastor (2018, Vol. II p. 358)-, ésta también puede consistir en la pérdida de derechos del sancionado que el propio ordenamiento jurídico establece y de los que le priva, precisamente, por su infracción: retirada de puntos del

⁶⁴ Sánchez Morón (2007, p. 651-652).

⁶⁵ Así, por ejemplo, CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ Adolfo: “*Derecho Administrativo sancionador*”, EDERSA, Madrid, 1995. VILLAR EZCURRA, José Luis: “*Derecho Administrativo especial*”, Madrid, 1999.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “*El problema jurídico de las sanciones administrativas*”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 10, 1976.

⁶⁷ SUAY RINCÓN, José Juan: “*Sanciones administrativas*”. Bolonia, 1989.

carnet de conducir, privación del propio permiso de conducir, clausura de establecimientos, cierre de actividad, inhabilitación profesional, pérdida de la carrera funcional, etcétera.

Por el contrario, Huergo Lora (2007, p.188-198) señala que la delimitación del concepto de sanción administrativa es una tarea jurisprudencial y no legislativa, tratándose la sanción administrativa de un concepto constitucional, que deberá ser concretado por el Tribunal Constitucional y, así, en la sentencia de 13 de noviembre de 1995 (ES:TC:1995:164) se señala que para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* que le dé la Administración pública o le asigne el legislador. Según la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de junio de 2003 (ES:TC:2003:100), la nota que singulariza a las sanciones administrativas dentro del conjunto de los denominados actos de gravamen es la anudación a la misma de una consecuencia represiva, retributiva o de castigo, de lo que cabe entender que las sanciones administrativas tienen naturaleza punitiva y que son una manifestación más de la potestad punitiva del Estado. A este respecto, Huergo Lora (2007, p. 225-234) destaca la finalidad y contenido punitivos como criterio de distinción de las sanciones respecto de otras medidas de gravamen, señalando que el criterio más claro de distinción entre las sanciones administrativas y otras formas de intervención administrativa con las que suelen confundirse, como las medidas de policía, las de restauración de la legalidad o la revocación de ciertos actos debido al incumplimiento de sus condiciones por los destinatarios de los mismos, es que la sanción castiga o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone, mientras que esas otras medidas tienden a satisfacer intereses públicos, con independencia de que también supongan un perjuicio para el infractor, perjuicio que no está en primer plano y que es irrelevante para la justificación de la medida⁶⁸. Así, el hecho de que la finalidad punitiva de la sanción sea el criterio que le atribuye esta cualidad contribuye también a explicar otra importante característica de las sanciones, y es que su relación con la infracción es puramente arbitraria y no tiene otro fundamento que la norma que anuda la sanción de que se trate a esa concreta infracción.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta lo expuesto previamente en relación con el análisis de cuándo nos encontramos en presencia de un acto meramente desfavorable y cuándo se trata de una verdadera sanción, quedarían al margen del concepto de sanción las medidas preventivas, dirigidas a impedir una infracción o incumplimiento jurídico, así como las medidas resarcitorias, cuya finalidad es el pago de una cantidad en concepto de

⁶⁸ Criterio este que sigue el Tribunal Constitucional, pudiendo hacerse mención a la sentencia de 12 de marzo de 2003 (ES:TC:2003:48) en la que se razona lo siguiente:

«No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente».

una compensación reparadora del daño ocasionado; y las multas coercitivas, que si bien traen causa de un incumplimiento previo de una obligación, tienen por objeto vencer su incumplimiento o, lo que es lo mismo, exigir su cumplimiento, razón por la cual las multas coercitivas resultan independientes de las que puedan imponerse como sanción, propiamente dicha, siendo plenamente compatibles con ella. Por su parte, Santamaría Pastor (2018, Vol II. p. 360-361) hace mención a las medidas accesorias impuestas junto con las sanciones propiamente dichas, caso del decomiso, las inhabilitaciones y el deber de reposición y de resarcimiento.

Un supuesto especial es el de los denominados recargos sustitutos de las sanciones, donde la normativa establece la imposición de una sanción para el caso de incumplimiento de una determinada obligación y, al tiempo, se prevé la posibilidad de que el sujeto incumplidor de esa misma obligación eluda la sanción que le habría de corresponder en el supuesto de que se cumpla de manera extemporánea la misma obligación inicialmente desatendida, abonando un recargo producto de la demora por una cuantía inferior al de la sanción que sería aplicable⁶⁹. La voluntariedad en el pago de este recargo conlleva que no se tramite el procedimiento sancionador, de lo que cabría inferir que carece de naturaleza sancionadora. Siguiendo a Fernández Farreres⁷⁰, el reintegro de las subvenciones no tiene carácter de sanción administrativa, habida cuenta que la devolución de la subvención satisfecha por incumplimiento es consecuencia inmediata de la propia estructura jurídica de la subvención y no una sanción propiamente dicha. En opinión de Parada Vázquez (2019, p. 422), de igual forma, deben excluirse del ámbito de las sanciones administrativas, por tener una justificación más bien reparadora y no estrictamente represora, con el nombre de sanciones o sin él, los casos de privación de determinados derechos, como la llamada

⁶⁹ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 6 del Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid (BOCM 26 de diciembre), donde se dispone que el ingreso en la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid -antiguo IVIMA- de las fianzas obligatorias fuera del plazo de 30 días desde el día siguiente al de la fecha de celebración del contrato de arrendamiento soportará un recargo del 2 por 100 del importe de la misma, salvo que hubiera transcurrido más de un año desde la fecha de celebración del contrato, en cuyo caso se aplicará un recargo del 5 por 100; en conexión con los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 12/1997, de 4 de junio, reguladora de las Actuaciones Inspectoras y de la Potestad Sancionadora en Materia de Depósito de Fianzas de Arrendamiento de la Comunidad de Madrid (BOCM de 11 de junio), que regula como infracción grave el incumplimiento de la obligación de depósito de la fianza, infracción que conllevará la imposición una multa desde el 26 por 100 hasta el 50 por 100 de la cuantía de la fianza no exigida o no depositada, con un tope de 90.151,82 euros.

Sobre este tipo de fianzas debemos hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002 [casación 4755/1996 (ES:TS:2002:5057); ponente: Menéndez Pérez], en la que se señala que la denominada fianza arrendaticia urbana es, ante todo, un instrumento de garantía, establecida con la finalidad de proteger los derechos del arrendador ante eventuales incumplimientos por el arrendatario de las obligaciones que le son propias. No es en sí misma un tributo o una prestación patrimonial de carácter público. Tras ello, depositada la fianza en poder de la Administración, el depósito, una vez preservada aquella finalidad, se destina a la satisfacción de determinadas necesidades y fines de interés público. Las fianzas arrendaticias se aproximan más bien, por su naturaleza jurídica, a una prenda irregular, y que la garantía pignoratícia se satisface en nuestro ordenamiento jurídico poniendo la prenda en posesión bien del acreedor o bien de un tercero.

⁷⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, German: “*La subvención: concepto y régimen jurídico*”; IEF, 1983. Citado por Huergo Lora (2007, p. 231).

expropiación sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad⁷¹, conforme los cuales se justifica que se pague el expropiado un justiprecio menor al ordinario, sin que recoja, por tanto, el valor real del bien; y los retractos en favor de la Administración que prevé la legislación patrimonial⁷² y fiscal⁷³. En lo que hace al concepto de sanción administrativa y su finalidad se trata con mayor detenimiento al desarrollar el límite o garantía material del principio de legalidad, en la segunda parte del Estudio sobre potestad sancionadora.

4.2. Determinación de si la sanción administrativa tiene carácter penal. Los denominados *criterios Engel*.

La proliferación de normas de Derecho Administrativo sancionador de carácter represivo explica que el TEDH haya desarrollado criterios específicos y autónomos para clarificar el concepto de «pena» del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de

⁷¹ Artículos 71 y siguientes de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre expropiación forzosa (BOE de 17 de diciembre de 1954), en especial, artículo 75 apartados b) y c), conforme los cuales se justifica que se pague el expropiado un justiprecio menor al ordinario, sin que recoja, por tanto, el valor real del bien.

Como expone PAREJO ALFONSO (2003, p. 860), hoy se trata de un supuesto en que la *causa expropriandi* es un interés social, concretamente el del cumplimiento por determinados bienes de unas concretas funciones sociales previamente determinadas por las leyes. Por ello, el beneficiario de la expropiación es, en principio, una persona privada, pues con la expropiación de lo que únicamente se trata es de sustituir al titular incumplidor de la correspondiente función social por otro que esté dispuesto a cumplirla.

De la misma opinión es Huergo Lora (2007, p. 305-314), quien, tras señalar que el Tribunal Constitucional, al abordar esta cuestión [sentencias 16 de febrero de 1989 (ES:TC:1989:42) y 27 de octubre de 1993 (ES:TC:1993:319)], ha ignorado la cuestión de su naturaleza jurídica, considera que la expropiación-sanción no es, en sentido estricto, una sanción sino una medida de gravamen dirigida a obtener el cumplimiento de una norma, lo que la asemeja a las medidas de restablecimiento de la legalidad, sin que se encuentre condicionada a elementos puramente subjetivos del propietario, caso de la culpa, dado que, si así fuera, quedaría desatendida la norma que exige que el bien se utilice de una determinada manera. En todo caso, señala que, por el contrario, distintos autores como García de Enterría y Fernández Rodríguez [GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “*Curso de Derecho Administrativo*”; Civitas, 2006], Suay Rincón [SUAY RINCÓN, José Juan: “*La expropiación por incumplimiento en la nueva ley del suelo: su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas*”; RDU, 123, 1991] o Rivero Ysern [RIVERO YSERN, José Luis: “En torno a la expropiación de uso de la tierra por incumplimiento de su función social”; en “*Homenaje a Garrido Falla*”; Civitas, Madrid, 1992] consideran que tiene carácter sancionador; mientras que otros, como los Carretero [vid.], entienden que esta clase de expropiación únicamente constituye una auténtica sanción en el supuesto de que el justiprecio sea inferior al valor real.

⁷² Artículo 38.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE de 29 de junio).

⁷³ Artículo 45.I.B).2) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE de 20 de octubre).

Justamente en el ámbito fiscal, mención especial merece la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2006 (asunto *Jussila contra Finlandia*, CE:ECHR:2006:1123JUD007305301) relativa a la imposición de recargos tributarios, ínsitos en la regulación fiscal finesa, que no los clasificaba como sanciones, sino como parte del régimen fiscal ordinario, en la que concluyó que tales recargos no estaban previstos como una compensación económica por los daños, sino como un castigo para disuadir de volver a delinquir, esto es, cuya finalidad era disuasiva y punitiva.

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)⁷⁴, sobre un proceso equitativo justo. A tal efecto, resultan de aplicación los conocidos como “*criterios Engel*”⁷⁵ [sentencia de 8 de junio de 1976, *Engel y otros c. Países Bajos* (CE:ECHR:1976:0608JUD000510071)]:

1º) Calificación jurídica de la infracción según el Derecho nacional.

Si el ordenamiento interno atribuye directamente a la sanción carácter penal, el TEDH entiende que no cabría suponer lo contrario. Ahora bien, la calificación jurídica de la infracción con arreglo al derecho nacional es considerada por el TEDH sólo como punto de partida para discernir si una sanción tiene «carácter penal». Se trata de un criterio que ofrece solo un parámetro de máximos, pues, aunque los Estados tienen la libertad de definir cuáles son las conductas penalmente sancionables, el TEDH otorga a dicha calificación doméstica un efecto relativo y limitado, reservándose el derecho de ir más allá de las apariencias⁷⁶. Es decir, se trata de una regla no determinante, salvo que el propio derecho nacional catalogue ambas sanciones como penales, en cuyo caso el principio *non bis in idem* se aplica, lógicamente. Si, por el contrario, el ordenamiento interno califica la sanción como administrativa, procederá su análisis a la luz de los otros dos criterios, a resultados de los que se ha de decidir si, pese a todo, aquella tiene «carácter penal» a los efectos del artículo 4⁷⁷ del Protocolo n.º 7⁷⁸ CEDH.

2º) Naturaleza de la infracción.

López Guerra⁷⁹ afirma respecto de este segundo criterio que deberá analizarse si con la tipificación de la infracción se persiguen fines típicamente penales, si son de prevención de conductas contrarias al orden social o si son fines meramente regulatorios tendentes a preservar la funcionalidad del sistema jurídico. En ese sentido, la jurisprudencia del TEDH, para precisar si una infracción fiscal de carácter administrativo es, en realidad, de naturaleza penal, acude a factores como: **(i) los destinatarios de la norma sancionadora,**

⁷⁴ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979).

⁷⁵ A los que ya hicimos alusión, de forma breve, en el epígrafe correspondiente al alcance y extensión de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, en nota a pie de página, y que ahora pasamos a examinar con mayor profundidad.

⁷⁶ Vid. sentencia de 16 de junio de 2009 *Ruotsalainen c. Finlandia*, (CE:ECHR:2009:0616JUD001307903).

⁷⁷ «1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme la ley y el procedimiento penal de ese estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada».

⁷⁸ Hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009), entrando en vigor en España el 1 de diciembre de 2009.

⁷⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis: “«*Ne bis in idem*» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Revista Española de Derecho Europeo, n.º 69, 2019. Citado por Macarro Osuna (2021, p. 499).

de manera que, si va dirigida al público en general, y no a un grupo de destinatarios bien delimitado, tendrá habitualmente «carácter penal»⁸⁰; **(ii) el objetivo de dicha norma**, pues la infracción no poseerá «carácter penal» si la sanción prevista únicamente pretende reparar los daños patrimoniales⁸¹ y lo presentará cuando su tipificación obedezca a finalidades de represión y de prevención⁸²; **(iii) el bien jurídico protegido** por la disposición nacional sancionadora, a la que corresponderá el carácter penal si su objeto es la salvaguarda de bienes jurídicos cuya protección se garantiza normalmente mediante normas de derecho penal⁸³.

3º) Naturaleza y al grado de severidad de la sanción.

Las penas privativas de libertad son, por sí mismas, de carácter penal e igual ocurre con las pecuniarias cuyo incumplimiento se pueda traducir en un arresto sustitutorio o que conlleven una anotación en el registro de antecedentes penales⁸⁴. Así mismo, al aplicar los “*criterios Engel*” a sanciones fiscales acumuladas con sanciones penales, el TEDH ha estimado que las primeras tienen «carácter penal», en el sentido de los artículos 6 y 7 del CEDH y, por extensión, del mencionado artículo 4 de su Protocolo n.º 7⁸⁵.

En particular, debemos señalar que en la sentencia de 16 de junio de 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*, (CE:ECHR:2009:0616JUD001307903)] se otorgó la calificación de penal a una sanción tributaria impuesta a un contribuyente, calificación que se atribuyó por primera vez en la sentencia de 24 de febrero de 1994, *Bendenoun c. Francia* (CE:ECHR:1994:0224JUD001254786). Para llegar a esta conclusión, examina la naturaleza y la severidad de la sanción valorando la posibilidad de su aplicación íntegra, esto es, sin sopesar el montante final producto de posibles reducciones acordadas por la Administración fiscal⁸⁶. En este sentido, ha declarado irrelevante que la primera de las sanciones haya sido descontada de la segunda para atenuar la doble sanción⁸⁷. El TEDH ha entendido que las sanciones cuentan con naturaleza penal, en concreto, en casos de

⁸⁰ Vid. sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Lauko c. Eslovaquia* (CE:ECHR:1998:0902JUD002613895).

⁸¹ Vid. sentencia de 23 de noviembre de 2006, *Jussila c. Finlandia* (CE:ECHR:2006:1123JUD007305301).

⁸² Vid. sentencias de 10 de febrero de 2009, *Sergey Zolotukhin c. Rusia* (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903); y de 25 de junio de 2009, *Maresti c. Croacia* (CE:ECHR:2009:0625JUD005575907).

⁸³ Vid. sentencias de 10 de febrero de 2009, *Sergey Zolotukhin c. Rusia* (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903); y de 25 de junio de 2009, *Maresti c. Croacia* (CE:ECHR:2009:0625JUD005575907).

⁸⁴ Vid. sentencia de 31 de mayo de 2011, *Žugić c. Croacia* (CE:ECHR:2011:0531JUD000369908)].

⁸⁵ Vid., entre otras, las sentencias de 20 de mayo de 2014, *Nykänen c. Finlandia* (CE:ECHR:2014:0520JUD001182811); de 20 de mayo de 2014, *Häkkinen c. Finlandia* (CE:ECHR:2014:0520JUD000075811); de 10 de febrero de 2015, *Kiiveri c. Finlandia* (CE:ECHR:2015:0210JUD005375312); y de 30 de abril de 2015, *Kapetanios y otros c. Grecia* (CE:ECHR:2015:0430JUD000345312).

⁸⁶ Vid. sentencias de 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens y otros c. Italia* (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010); de 11 de septiembre de 2009, *Dubus S.A. c. Francia* (CE:ECHR:2009:0611JUD000524204); y de 30 de abril de 2015, *Kapetanios y otros c. Grecia* (CE:ECHR:2015:0430JUD000345312).

⁸⁷ Vid. sentencia de 18 de octubre de 2011, *Tomasovic c. Croacia* (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509).

sanciones pecuniarias infligidas en procedimientos administrativos a causa del impago de impuestos, aunque su cuantía sea modesta⁸⁸. En concreto, debemos poner de relieve que en la sentencia de 3 de abril de 2012, caso *Nicoleta Gheorghe c. Rumania* (CE:ECHR:2012:0403JUD002347005), considera sanción de naturaleza penal una multa de 17 euros. Así mismo, se ha admitido la extensión de la calificación de sanción penal a los recargos tributarios⁸⁹. Por el contrario, el TEDH ha aseverado que no tienen carácter penal los procedimientos y las medidas fiscales tendentes a recuperar los tributos impagados y a cobrar los intereses de demora, con independencia de su cuantía.

Por otra parte, debemos señalar que los dos últimos criterios son alternativos y no necesariamente acumulativos, pues, cumpliéndose uno de ellos, ya se podría determinar el carácter penal de una sanción⁹⁰; si bien cuando no sea posible discernir este carácter a partir de la observación de uno solo de ellos, el TEDH puede, en función de las peculiaridades del asunto, aplicarlos de forma acumulativa⁹¹. Además, conviene tener presente que, en su sentencia de 15 de noviembre de 2016, n.º. 24130/11 y 29758/11, *A y B c. Noruega* (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011), el TEDH ha reafirmado la utilización exclusiva de los “criterios Engel”, pese a que algunos Estados intervinientes en aquel litigio sugirieron otros adicionales para endurecer su aplicación, más allá de las estrictas fronteras del derecho penal. A este respecto, Iglesias Caridad (2021, p. 466), citando el trabajo de Martínez Cantón y Pérez Cerdón⁹², advierte que el TEDH ha invalidado las reservas realizadas por estados como Austria, Alemania, Francia y Portugal a la hora de ratificar el protocolo n.º 7 CEDH.

Por añadidura, el TEDH ha declarado que cuentan con naturaleza penal las infracciones y sanciones administrativas derivadas de operaciones despenalizadoras o discriminatorias (en virtud de las cuales se califican sanciones penales como sanciones administrativas), a los efectos de la obligada observancia de las garantías procesales consignadas en el CEDH, en lo que se refiere a la asistencia gratuita de intérprete, audiencia equitativa, pública y en un plazo razonable, defensa de oficio en caso de pobreza, derecho a proponer y practicar pruebas, derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial y a una sentencia pública⁹³.

⁸⁸ Vid. sentencias de 23 de noviembre de 2006, *Jussila c. Finlandia* (CE:ECHR:2006:1123JUD007305301); de 20 de mayo de 2014, *Nykänen c. Finlandia* (CE:ECHR:2014:0520JUD001182811); y de 10 de febrero de 2015, *Kiiveri c. Finlandia* (CE:ECHR:2015:0210JUD005375312).

⁸⁹ Vid. sentencias de 21 de mayo de 2003, *Janosevic c. Suecia* (CE:ECHR:2002:0723JUD003461997) y 18 de mayo de 2017, *Johannesson y otros c. Islandia* (CE:ECHR:2017:0518JUD002200711)]. Por el contrario, en la sentencia de 18 de octubre de 2001, *Finkelberg c. Letonia* (CE:ECHR:2001:1018DEC005509100).

⁹⁰ Vid. sentencia de 16 de junio de 2009 *Ruotsalainen c. Finlandia*, (CE:ECHR:2009:0616JUD001307903).

⁹¹ Vid. sentencias de 9 de junio de 2016, *Sismanidis y Sitaridis c. Grecia* (CE:ECHR:2016:0609JUD006660209); y de 23 de noviembre de 2006, *Jussila c. Finlandia* (CE:ECHR:2006:1123JUD007305301).

⁹² MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia; y PÉREZ CORDÓN, Rubén: “La identidad de procedimientos en el principio non bis in idem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”; en Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 52, octubre 2020.

⁹³ Vid. sentencia de 21 de febrero de 1984, caso *Öztürk contra Alemania* (CE:ECHR:1984:0221JUD000854479).

4.3. Normativa reguladora. La legislación básica en materia del Derecho Administrativo sancionador.

Al margen de que la ordenación del Derecho Penal se atribuye al Estado con arreglo al artículo 149.1.6 CE, debiendo aprobarse mediante ley orgánica en virtud del artículo 81⁹⁴ CE, habida cuenta de la índole de las penas privativas de libertad -cuestión sobre la que se hará más hincapié más adelante-, la normativa reguladora en materia del ejercicio del Derecho Administrativo sancionador tiene la consideración de carácter básico, *ex* artículo 149.1.18^a CE, toda vez que este precepto constitucional atribuye, como parte de las competencias exclusivas del Estado, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, dentro del cual se incluye el procedimiento sancionador. De este modo, la regulación en materia de sanciones administrativas, *prima facie*, se encuentra contenida en la LPAC, como norma de cabecera del sistema. Respecto de dicha Ley, es preciso realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la LPAC deroga el hasta entonces vigente Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto⁹⁵, y se elevan a rango de ley sus disposiciones. En segundo lugar, el procedimiento sancionador pierde el carácter de “procedimiento especial” que antes contaba en la LRJPAC enmarcándose en el seno del procedimiento administrativo común, si bien con ciertas especialidades (artículos 63, 64, 85, 89 y 90 LPAC). En tercer lugar, se desdobra la regulación de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas en dos leyes: la propia LPAC y la LRJSP⁹⁶. La primera, destinada a las relaciones *ad extra* de las Administraciones públicas, regula las especialidades del procedimiento sancionador. Por el contrario, en la segunda, destinada a las relaciones *ad intra* e interadministrativas, las disposiciones relativas a la potestad sancionadora se encuentran sistematizadas en el Capítulo III del Título Preliminar, bajo el epígrafe: “Principios de la potestad sancionadora”, y en el que se regulan los siete principios de esta potestad: legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y *non bis in ídem*. Conviene recordar que el desglose de la regulación sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas en dos leyes fue ampliamente

⁹⁴ «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

⁹⁵ BOE de 9 de agosto.

⁹⁶ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público [«LRJSP»].

criticado por el Consejo de Estado en los dictámenes 274/2015⁹⁷ y 275/2015⁹⁸, de 29 de abril. En cuarto lugar, no existe una completa uniformidad normativa en la materia, toda

⁹⁷ BOE.es - CE-D-2015-274

En lo que aquí interesa, se señala que:

«La distinción entre "organización administrativa" y "procedimiento administrativo" que inspira a los anteproyectos ha llevado a que algunas instituciones fundamentales del derecho administrativo, al no encajar con exactitud en ninguno de los términos de dicha alternativa, reciban en los anteproyectos un tratamiento que no es acorde con su naturaleza jurídica: tal sucede [...] con la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas [...].

La responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora eran reguladas como instituciones en la [LRJAE] y recibieron esa misma consideración en la vigente [LRJPAC]. La supuesta pureza sistemática a que aspiran los anteproyectos ha llevado, en cambio, a que la regulación institucional de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sea ahora ubicada dentro del procedimiento administrativo común. Dado que se pretende una neta separación entre organización administrativa y procedimiento administrativo y que las instituciones de la responsabilidad patrimonial y de la potestad sancionadora no pueden tener perfecta cabida en ninguna de ambas materias, el anteproyecto de [LPAC] ha optado por convertirlas en simples procedimientos o, más exactamente, en "especialidades del procedimiento administrativo común". Esta cuestión se analiza con detalle en el dictamen nº 275/2015 relativo a dicho anteproyecto».

⁹⁸ BOE.es - CE-D-2015-275

En lo que aquí atañe se expone lo siguiente:

«[...] el enfoque que inspira la reforma proyectada, articulada en torno a los dos anteproyectos de ley de referencia, no entronca con la tradición jurídico-administrativa de nuestro ordenamiento; antes bien, supone una quiebra del esquema hasta ahora seguido en el derecho administrativo positivo español, generando una fractura del tratamiento sistemático que tradicionalmente han recibido el régimen de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas y la regulación del procedimiento administrativo. Tal ruptura, lejos de servir al fin de clarificación y simplificación que pretende alcanzarse, introduce una notable confusión en el ordenamiento, planteando una serie de inconvenientes que evidencian la rigidez del esquema seguido y su insuficiencia para lograr una adecuada regulación de tales materias.

Tales defectos son apreciables en ambos anteproyectos; el análisis de los que afectan al de la [LRJSP] se realiza en el dictamen 274/2015, debiendo abordarse ahora los que, por los motivos expuestos, presenta el Anteproyecto de [LPAC]. En todo caso, al tener todos ellos origen común en el particular enfoque que inspira a ambas normas, el tratamiento separado de los que afectan a una y a otra presenta en ocasiones inevitables puntos de coincidencia.

B) Sistemática del anteproyecto de [LPAC].

La lectura del anteproyecto de [LPAC] demuestra que su contenido no se ajusta por entero al enfoque adoptado por los departamentos ministeriales proponentes ni atiende debidamente a la finalidad que con él pretende alcanzarse. Pues, en efecto, aun cuando su objeto principal es regular el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas -quedando fuera de esta norma, en cambio, aquellas disposiciones orientadas a definir la organización y el funcionamiento internos de las distintas Administraciones y a regular las relaciones de unas y otras entre sí y con el resto de las instituciones del Estado, que pretenden compilarse en el anteproyecto de [LRJSP]-, se incluyen en él preceptos relativos a materias que no encajan estrictamente en la regulación propia y específica de aquél, bien por tratarse de cuestiones típicamente organizativas (1), bien por afectar a instituciones -en particular, la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial- que no se ajustan con exactitud a las nociones de "organización" y "procedimiento" que se emplean como criterio para delimitar el contenido de cada uno de los anteproyectos y que, no obstante, han quedado finalmente incluidas en el del procedimiento administrativo común, por considerarse meras especialidades de éste (2).

[...] *Las disfunciones derivadas del enfoque adoptado se manifiestan también en el tratamiento dispensado a la potestad sancionadora y a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones.*

En efecto, una de las principales novedades del anteproyecto consiste, y así lo pone de manifiesto la exposición de motivos, en integrar "los anteriores procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial, que la [LRJPAC] regulaba en títulos separados (...) como especialidades del procedimiento administrativo común dentro del nuevo título IV", planteamiento éste que obedece "a uno de los objetivos que persigue esta Ley, la simplificación de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica".

Llama la atención que la propia exposición de motivos del anteproyecto conceptúe como "procedimientos especiales" lo que en nuestro Derecho administrativo son auténticas instituciones y como tales han sido reguladas. En efecto, la [LRJPAC], siguiendo la línea marcada por [LRJAE], no establece en su título IX ("de la potestad sancionadora") simples normas procedimentales para el ejercicio de la potestad sancionadora, como tampoco se limita en su título X ("de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio") a regular un procedimiento especial en materia de responsabilidad patrimonial; antes bien, estos títulos contienen la disciplina fundamental de ambas instituciones tanto en sus aspectos sustantivos como en los procedimentales.

El anteproyecto consultado, aun cuando igualmente regula ambos aspectos, se aparta del criterio hasta ahora seguido por el legislador al abordar la regulación de estas materias, reduciéndolas a meras particularidades del procedimiento administrativo único y comúnmente aplicable a todas las Administraciones Públicas que en él se regulan. En relación con ello, procede hacer notar, además, que la norma en proyecto incorpora a la regulación del procedimiento administrativo común no sólo las reglas especiales de los procedimientos administrativos sancionadores y de responsabilidad patrimonial, sino también los requisitos sustantivos aplicables a una y otra institución. De este modo, los presupuestos materiales del ejercicio de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas pasan a convertirse en simples reglas del procedimiento administrativo común, diluyéndose con ello la configuración jurídica de ambas instituciones.

A la vista todo ello, es preciso insistir en que los criterios de orden sistemático, cualesquiera que sean éstos, no pueden en modo alguno condicionar la correcta regulación de las instituciones jurídicas, máxime si éstas gozan -como sucede en el presente caso con la potestad sancionadora y con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas- de un expreso reconocimiento constitucional. La conversión de las referidas instituciones en meros procedimientos administrativos -o, como dice el anteproyecto de [LPAC], en "especialidades del procedimiento administrativo común"- supone desconocer la verdadera naturaleza de aquéllas y despojarlas de su particular identidad.

A esta objeción de fondo ha de sumarse una de tipo formal, como es la relativa a la rúbrica del capítulo en que se engloban los aspectos sustantivos del régimen aplicable a la potestad sancionadora y a la responsabilidad patrimonial, capítulo que, bajo el rótulo "garantías del procedimiento", los regula en dos secciones distintas como "principios de la potestad sancionadora" y "principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio": la técnica del anteproyecto no es en este punto acertada, pues ni tales aspectos sustantivos pueden enunciarse como meros principios, ni pueden tampoco configurarse como garantías del procedimiento administrativo. La denominación bajo la cual se regula en él esta materia revela nuevamente que el enfoque conceptual que lo inspira no resulta adecuado.

Dentro del rígido esquema regulatorio subyacente a los anteproyectos sometidos a consulta, que se basa en la separación entre las materias de "organización administrativa" y "procedimiento administrativo" en dos cuerpos legales distintos y exclusivos para cada una de ellas, la regulación de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no puede tener -a juicio del Consejo de Estado- una respuesta adecuada a su naturaleza jurídica, dado que en estas instituciones, como en toda institución jurídico-administrativa, se entremezclan aspectos orgánicos, sustantivos y procedimentales, lo cual impide encuadrarlas en uno u otro de tales anteproyectos.

Estas consideraciones conducen necesariamente a la siguiente alternativa: o se altera el criterio sistemático seguido por los anteproyectos en la forma indicada en el dictamen 274/2015, de tal modo que los anteproyectos procedan, de forma separada, a la reforma o sustitución de la [LRJPAC], en un caso, y de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [BOE de 15 de abril], y, en parte, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno [BOE de 28 de noviembre], en otro -lo cual permitiría la regulación íntegra y ordenada del régimen jurídico de la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en su dimensión institucional constitucionalmente garantizada, tal y como actualmente sucede en la [LRJPAC]-; o, en caso de que se mantenga el enfoque actual, se remita la disciplina de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a leyes singulares y distintas de los anteproyectos en cuestión, en el bien entendido de que, en tanto estas leyes no se aprueben, las referidas materias no podrán quedar desprovistas de una ordenación auténticamente institucional.

En todo caso, la regulación de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial deberá siempre realizarse de forma íntegra, contemplando de forma unitaria los requisitos sustantivos y los principios procedimentales de aplicación en ambas materias, dado que unos y otros constituyen aspectos esenciales de su ordenación y, por ello, tienen un indudable sentido institucional.

Por lo demás, no puede dejar de apuntarse que el tratamiento que en el anteproyecto reciben ambas instituciones perjudica, en última instancia, la calidad técnica de la norma y su coherencia interna. Y ello porque, al intercalar en la regulación del procedimiento administrativo común las llamadas "especialidades" aplicables en materia sancionadora y de responsabilidad, se dificulta la comprensión general de la Ley y se oscurece el conocimiento completo y unitario del régimen jurídico aplicable a tales materias. De este modo, el objetivo de clarificación y simplificación que la regulación proyectada se propone alcanzar queda frustrado, lográndose precisamente el efecto contrario: aumentar la confusión y complejidad de la norma al regular en ella de forma dispersa las reglas propias y específicamente aplicables a los procedimientos a través de los cuales se ejerce la potestad sancionadora o se encauza el régimen de la responsabilidad patrimonial, rompiendo además con ello la continuidad en la ordenación de lo que ha de ser, en sentido estricto, el procedimiento administrativo común.

Esta circunstancia se agrava como consecuencia de la inserción en el texto legal proyectado de numerosos preceptos procedentes de los Reales Decretos 429/1993, de 26 de marzo [BOE de 4 de mayo], y 1398/1993, de 4 de agosto -antes mencionado-, por los que se aprueban los Reglamentos de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial y para el ejercicio de la potestad sancionadora, respectivamente; inserción que, una vez más, responde al declarado espíritu compilador del anteproyecto, que aspira a convertirse en la norma que, de forma total y única, regule el procedimiento administrativo común. Ello determina que el texto proyectado presente un contenido excesivamente detallado, que desborda lo que en sentido propio debe ser objeto de regulación por una norma de rango legal que, de este modo, ve alterada su vocación de norma general, auténticamente vertebradora del ordenamiento jurídico administrativo común a todas las Administraciones Públicas.

[...] El anteproyecto de la [LPAC] y el de la [LRJSP] se conciben como las piezas esenciales sobre las que pretende edificarse el nuevo ordenamiento jurídico administrativo, sometiéndolo a una profunda revisión en lo que a la sistemática se refiere. En este punto, el contenido que cada anteproyecto incorpora es tributario del enfoque que inspira esa "reforma integral" cuyo fin es, según señala la exposición de motivos ya citada, "ordenar y clarificar cómo se organizan y relacionan las Administraciones". Tal enfoque se basa en una separación entre las materias de "organización administrativa" y "procedimiento administrativo" que no responde al criterio tradicional del ordenamiento jurídico-administrativo español y que no resulta el más adecuado para alcanzar esa finalidad clarificadora perseguida por la reforma.

Prueba de ello es, según ha quedado explicado, el tratamiento que el anteproyecto objeto de este dictamen dispensa a dos instituciones fundamentales del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como son la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial; ninguna de ellas responde exactamente a lo que se entiende por "organización administrativa" y, por tanto, a lo que se considera materia propia del anteproyecto de [LRJSP], pero tampoco encajan en el concepto de "procedimiento administrativo" y, sin embargo, han quedado ubicadas en el anteproyecto sometido a consulta y reguladas como meras

vez que la regulación de ambas leyes se reduce a fijar los principios fundamentales, sustantivos y procedimentales del Derecho Administrativo sancionador, resultando necesario acudir a la normativa sectorial en cada materia para abarcar la totalidad del régimen sancionador⁹⁹. En quinto lugar, tanto una como otra ley establecen determinadas salvedades expresas en cuanto su ámbito de aplicación. El artículo 25 LRJSP excluye de la regulación de la potestad disciplinaria del personal al servicio de las Administraciones Públicas el ejercicio 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. Y el apartado 2.c) de la citada Disposición adicional primera LPAC previene que las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera¹⁰⁰, en el orden social¹⁰¹, en materia de tráfico y seguridad vial¹⁰² y en materia de extranjería¹⁰³ se regularán por su normativa específica¹⁰⁴. Por su parte, Casino Rubio¹⁰⁵ critica que la LRJSP no haya ofrecido una referencia conceptual única que subraye la propia identidad y autonomía del Derecho Administrativo sancionador frente al Derecho Penal.

Bibliografía

ALONSO MADRIGAL, Francisco Javier: *“Legalidad de la infracción tributaria. (Reserva de ley y tipicidad en el derecho tributario sancionador)”*. Universidad Pontificia de Comillas. ICADE-ICAI, Madrid. Editorial Dykinson. Madrid, 1999.

ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús: *“Algunas reflexiones breves acerca de la potestad sancionadora de la administración en tres ámbitos sensibles: urbanismo, tributario y seguridad vial”*. Anuario jurídico y económico escurialense, XLIII (2010). Real Centro Universitario Escorial-María Cristina. San Lorenzo de El Escorial (Madrid).

especialidades del procedimiento administrativo común que constituye su objeto, en perjuicio del debido tratamiento institucional que ambas merecen».

⁹⁹ En ese sentido, el apartado primero de la Disposición adicional primera LPAC prevé que: *«Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales».*

¹⁰⁰ Capítulo Primero del Título IV LGT, que es objeto de examen singular más adelante.

¹⁰¹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 8 de agosto).

¹⁰² Título V del TRLSV.

¹⁰³ Título III de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero).

¹⁰⁴ Sin perjuicio, claro está, de la completa aplicación a estos sectores excluidos por ambas leyes de los principios esenciales dictados por la doctrina constitucional y jurisprudencial que, no en vano, constituyen el sustrato común de cualquier modalidad de ejercicio de la potestad sancionadora, tal como se pondrá de relieve más adelante.

¹⁰⁵ CASINO RUBIO, Miguel: Cit. Citado por Fernández Burgueño (2017, p. 7).

ANDRÉS PÉREZ, María del Rocío: “*El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*”. Editorial Bosch. Barcelona, 2008.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: “Principios Generales del Derecho. Principio de proporcionalidad. Sanciones administrativas”; en “*Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*”. Coordinadores: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y Luciano Parejo Alonso. Iustel. Madrid, 2016.

BORJA CEVALLOS, Rodrigo (de): “*El Estado soy yo*”; en Enciclopedia de la Política: www.encyclopediadelapolitica.org

CAAMAÑO ANIDO, Miguel Ángel: “*El derecho tributario sancionador desde la perspectiva del ordenamiento comunitario*”. (I y II). Revista de Estudios Financieros números 237 y 238. 78/2002 y 3/2003.

DELGADO SANCHO, Carlos David:

- “*Principios de Derecho Tributario Sancionador*”. El Derecho. Madrid, 2010.

- “*Infracciones y Sanciones Tributarias. Paso a paso*”. Colex, La Coruña. 2020.

DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos: “El Decreto-Ley”; en “*Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*”. Coordinadores: Mercedes Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Inieta. Directores: María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fundación Wolters Kluwer España. Madrid, 2008.

DUVERGER Maurice: “*Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*”. Colección Demos. Ediciones Ariel. 5ª Edición española (dirigida por Jorge Solé-Turá). Barcelona, 1970.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Borja: “*El principio de Responsabilidad en la potestad sancionadora de la Administración Pública bajo la Ley 40/2015*”. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 186. Julio-septiembre de 2017.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “*De la arbitrariedad de la Administración*”. Monografías Civitas. Madrid, 1994.

GARCÍA CARACUEL, María: “Protección multinivel de los derechos fundamentales en el derecho tributario”; en “*La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario*”. Coordinadores: Antonio Vázquez del Rey Villanueva e Irune Suberbiola Garbizu. Director: Isaac Merino Jara. Wolters Kluwer España, 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “*Curso de Derecho Administrativo*”. Vol. I, 5ª edición, Editorial Civitas. Madrid, 1990.

GÓMEZ-MORUELO CASTEDO, Caridad: “*El nuevo régimen sancionador tributario comentado*”. La Ley. Madrid, 2005.

GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio: *“Teoría del Estado y Derecho Constitucional”*. Editorial Vicens-Vives, S.A. 1989.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo: *“La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Revista de Administración Pública, núm. 166. Madrid, enero-abril (2005), págs. 169-199.

HUERGO LORA, Alejandro: *“Las sanciones administrativas”*. Editorial Iustel. Madrid, 2007.

HUERTA TOCILDO, Susana: “El Derecho a la legalidad penal”; en *“Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario”*. Coordinadores: Mercedes Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniesta. Directores: María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fundación Wolters Kluwer España. Madrid, 2008.

IGLESIAS CARIDAD, Marcos: “Requisitos del principio «non bis in idem» tributario: identidad subjetiva e identidad objetiva”; en *“La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario”*. Coordinadores: Antonio Vázquez del Rey Villanueva e Irune Suberbiola Garbizu. Director: Isaac Merino Jara. Wolters Kluwer España, 2021.

MACARRO OSUNA, José Manuel: “Eficacia y límites del Principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia internacional y en el ordenamiento tributario español”; en *“La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario”*. Coordinadores: Antonio Vázquez del Rey Villanueva e Irune Suberbiola Garbizu. Director: Isaac Merino Jara. Wolters Kluwer España, 2021.

MARÍN CASTÁN, María Luisa: *“La polémica cuestión de la determinación del «plazo razonable» en la administración de justicia (comentario de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 1983)”*. Revista Española de Derecho Constitucional, año nº 4, nº 10, 1984. Dialnet.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda: *“La interpretación del principio non bis in idem en el Derecho de la Unión. Algunas reflexiones a propósito de la STJUE de 26 de febrero de 2013”*. Crónica tributaria: Boletín de actualidad nº 4, Instituto de Estudios Fiscales, 2013.

MERINO JARA, Isaac: *“Algunas reflexiones sobre la potestad sancionadora de la Administración tributaria”*. Revista Impuestos, nº 12. Edilex. Madrid, 1987.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco: “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la administración pública”; en *“Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría”*. Tomo III: quinta parte: Del Gobierno y de la Administración Pública. 1991.

MOLERO ALONSO, Diego: *“Las interpelaciones parlamentarias”*. Monografías: nº 56. Congreso de los Diputados, 2003.

MORALES PLAZA, Antonio: “La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas”; en *“Las instituciones del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia”*. Tomo IV. Capítulo 12. Coordinador: Pascual Sala Atienza. Directores: Pascual Sala Sánchez, Juan Antonio Xiol Ríos y Rafael Fernández Montalvo. Editorial Bosch. Barcelona, 2011.

MULEIRO PARADA, Luis Miguel: “Los principios de legalidad y de proporcionalidad en el derecho penal tributario y en el derecho tributario sancionador”; en *“La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario”*. Coordinadores: Antonio Vázquez del Rey Villanueva e Irune Suberbiola Garbizu. Director: Isaac Merino Jara. Wolters Kluwer España, 2021.

NIETO GARCÍA, Alejandro: *“Derecho Administrativo Sancionador”*. 5ª Edición. Tecnos. Madrid, 2012. Reimpresión, 2018.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y PEDREIRA ANDRADE, Antonio: *“Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial”*. Vol. I y II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1992.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *“Derecho Administrativo. Vol II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa”*. 24ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid, 2019.

PAREJO ALFONSO, Luciano:

-*“Derecho Administrativo. Instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control”*. Ariel Derecho. Barcelona, 2003.

-*“Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico funcional Gobierno y Administración”*. Iustel. Madrid, 2009.

-*“Régimen local. Competencias, servicios y potestades municipales”*; en *“Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa”*. Coordinadores: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y Luciano Parejo Alonso. Iustel. Madrid, 2016.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio; y ORTEGA ÁLVAREZ, Luís: *“Manual de Derecho Administrativo”*. (2ª Edición). Ariel Derecho. Barcelona, 1992.

PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel: *“Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”*. 2000. Dialnet.

PRÓSPER ALMAGRO, Ana Belén: *“La responsabilidad tributaria por participación en ilícitos tributarios”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

RODRÍGUEZ LOSADA, Soraya: “El derecho a un proceso en un plazo razonable”; en *“La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario”*. Coordinadores:

Antonio Vázquez del Rey Villanueva e Irune Suberbiola Garbizu. Director: Isaac Merino Jara. Wolters Kluwer España, 2021.

SÁNCHEZ GERVILLA, Antonio: “*Principios del derecho sancionador tributario*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel:

-“El artículo 103 de la Constitución” en “*Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*”. Coordinadores: Mercedes Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniеста. Directores: María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fundación Wolters Kluwer España. Madrid, 2008.

-“*Derecho Administrativo. Parte general*” Tecnos. Tercera edición, 2007. Madrid

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “*Principios de Derecho Administrativo general. Volúmenes I y II*”. 5ª Edición. Iustel. Madrid, 2018.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Coordinador); LOZANO CUTANDA, Blanca; QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro; y CASTILLO BADAL, Ramón: “*1.700 preguntas sobre Contencioso-Administrativo*”. Francis Lefevre. Editorial Lefevre-El Derecho, S.A. Madrid, 2017.

TERRERO CHACÓN, José Luis: “Módulo I. Parte general del Derecho Administrativo. Parte primera”; en “*Derecho contencioso-administrativo avanzado (2016) de Formación a Distancia 5*”. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). Director: Rafael Fernández Montalvo. Madrid, 2017.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel: “*Los límites materiales del Decreto-Ley en la Constitución*”. Editorial Milladoiro, Santiago de Compostela (La Coruña), 1988.

URIOL EGIDO, Carmen: “*La discrecionalidad en el derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general*”. Instituto de Estudios Fiscales. Nº 29. Madrid, 2002.

VALENCIA MARTÍN, Germán: “El Derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo”; en “*Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*”. Coordinadores: Mercedes Pérez Manzano e Ignacio Borrajo Iniеста. Directores: María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fundación Wolters Kluwer España. Madrid, 2008.

7.2. La cesión de la posición del contratante en los contratos del sector público – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)¹⁰⁶

1.- Introducción.

Como regla general, los contratos administrativos son susceptibles de ser cedidos por parte de un adjudicatario en favor de otro, con el solo límite de que, excepcionalmente a esa norma general, pueda configurarse en determinados casos una relación contractual *intuitu personae*, impidiendo, por esencia, la cesión del contrato.

Prueba de la existencia de dicha regla general es la previsión en el propio ordenamiento jurídico de la figura de la cesión del contrato administrativo, pues no tendría sentido dicha regulación si, por naturaleza, del mismo derivaran prestaciones personalísimas¹⁰⁷.

En efecto, ya desde la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, se recogía esta posibilidad en la Base VIII con el siguiente tenor literal:

“La cesión de contrata y el subcontrato requerirán autorización administrativa previa y se sujetarán a los requisitos que se establezcan en orden a garantizar el cumplimiento del contrato y los intereses de la Administración”.

Esta previsión ha sido recogida en todos los textos legales posteriores, comenzando por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, cuyo artículo 58, primer apartado, señalaba que *“los derechos dimanantes de un contrato de un contrato de obras podrán ser cedidos a tercero siempre que las cualidades personales o técnicas del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”.*

Posteriormente, desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el legislador ha extendido esta posibilidad a todo tipo de contrato, no solo al de obras, de tal forma que aquel que hubiera sido seleccionado para ejecutar un contrato del sector público pudiese ceder dicha posición a otro, siempre que se cumplieran los requisitos legalmente establecidos¹⁰⁸. Estas especificaciones pretenden

¹⁰⁶ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

¹⁰⁷ En este sentido, el Informe 39/1978, de 22 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, afirma que *“la cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la obra que le ha sido adjudicada. (...) Quiere ello decir que la cesión está concebida como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita, en casos excepcionales y siempre que las características del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación, la sustitución del elemento subjetivo del contrato”.*

¹⁰⁸ Así, el artículo 115 de dicha ley permitía la cesión en los siguientes términos:

evitar una posible distorsión del mercado, permitiendo que, después de la adjudicación del contrato, la empresa adjudicataria pueda cederlo a otra, incumpliendo las más elementales normas de selección de contratistas. De forma terminante, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha afirmado que *“es lógico que las posibilidades que el artículo 58 [de la Ley de 1965] abre no pueden ser utilizadas de forma tal que la autorización de la cesión comporte una defraudación de los principios que regulan la selección del contratista”*¹⁰⁹.

Producida la cesión con arreglo a Derecho se impone, como lógica consecuencia, la introducción de un tercero –cesionario- en la relación jurídica con la Administración, quedando, por tanto, obligado a la ejecución de la prestación en los mismos términos inicialmente pactados con el cedente.

De manera relativamente reciente, se ha planteado la viabilidad jurídica de ceder la posición de la parte contratante; es decir, ceder determinados contratos licitados por un poder adjudicador del sector público en favor de otro, permaneciendo inalterado el adjudicatario seleccionado a través del procedimiento oportuno.

2.- Normativa aplicable.

Como indicamos *ut supra*, desde 1963, las sucesivas leyes sobre contratos administrativos se han preocupado de regular la cesión de los contratos en la posición jurídica del contratista o adjudicatario.

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) se ocupa de dicha cesión de la parte contratista en su artículo 214, con el siguiente tenor literal:

“1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración de conformidad con los artículos 15 a 20 y que esté debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar”.

¹⁰⁹ Informe 39/1978, de 22 de noviembre, citado.

“1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.

A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.

No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e

inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente”.

Nada dice la LCSP, sin embargo, sobre la posibilidad de cesión en la posición de la parte contratante, como tampoco ningún texto legislativo anterior se ha preocupado de regular esta eventualidad.

Ante dicha omisión, no cabe sino plantearse la aplicabilidad del derecho privado, en virtud de la técnica de la supletoriedad, que debe operar cuando una ley especial regula deficientemente o no regula una determinada materia, generando una laguna normativa. El derecho supletorio es, así, el conjunto normativo que rige en defecto del previsto inicialmente cuando este último no contemple o regule un aspecto concreto de la materia correspondiente.

El artículo 4.3 de nuestro Código civil consagra su carácter de derecho común, al prever que *“las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”*; es, pues, supletorio respecto a otras normas jurídicas, si bien sólo en el supuesto de que la norma que carece de regulación no establezca como supletoria otra norma distinta, y siempre que estemos ante un auténtico caso de insuficiencia normativa.

En este punto, la propia LCSP, en su artículo 34.1, señala que *“en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*. A su vez, el 25.2 del mismo cuerpo legal, prevé que los contratos administrativos se rijan por dicha Ley y demás disposiciones de carácter administrativo, y *“en su defecto, por las normas de derecho privado”*.

Dado que no existe norma jurídica que trate el tema de la cesión de un contrato del sector público por parte de un poder adjudicador a otro, es dable concluir la existencia de una insuficiencia normativa causante de una laguna jurídica que debe ser integrada con el Código Civil.

Esta aplicación supletoria del derecho civil común es la conclusión alcanzada con carácter general en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 86/2011, de 26 de marzo, 352/2012, de 12 de julio, 761/2013, de 31 de octubre, y 107/2015, de 9 de abril, los cuales, refiriéndose a la interpretación de los contratos administrativos, señalan lo siguiente:

“Ante la manifestación de un disenso sobre el significado de las cláusulas contractuales, es necesario indagar el sentido que ha de atribuírseles y contemplar, desde una perspectiva global, sistemática o integradora, el régimen jurídico del contrato, en el que, como punto de partida, no pueden presumirse las contradicciones o antinomias.

En esa tarea hermenéutica, a falta de disposiciones expresas en la normativa administrativa, constituyen un elemento primordial los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, aplicables también respecto de los contratos administrativos, tal y como resulta del orden de fuentes del artículo 7 del TRLCAP.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha precisado que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar -con carácter supletorio- los principios establecidos en el Código Civil. Tal es la doctrina asumida explícita o implícitamente por numerosas sentencias, que aplican dichos criterios en el ámbito de la contratación administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril y 18 de julio de 1988, 16 de mayo y 6 de julio de 1990, 15 de febrero de 1991, 14 de diciembre de 1995, 11 de marzo de 1996, 8 de marzo de 1999, 12 de julio de 2005, 6 de abril de 2006 y 19 de junio de 2007, entre otras)” (el subrayado es nuestro).

En definitiva, conforme a la doctrina y jurisprudencia expuesta, es procedente aplicar el Código Civil con carácter supletorio para llenar una laguna existente en la legislación administrativa contractual, como es el caso de la cesión de la posición jurídica de contratante en los contratos del sector público.

3.- La cesión de los contratos.

En términos generales, la cesión constituye un supuesto de novación subjetiva del contrato, en tanto implica la desaparición de una de las partes en la relación jurídica contractual y su sustitución por el cesionario, que quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente.

No comporta, por tanto, la extinción del contrato, sino que el contrato cedido es el mismo que el contrato base con la única variación que comporta la modificación subjetiva del mismo.

No existe precepto alguno en el Código Civil que contemple expresamente la cesión de contrato, aunque es admitida por la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina civil, al amparo, precisamente, de su artículo 1255.

Para la doctrina, la licitud de la figura de la cesión de contrato, concebida de modo unitario, puede ser admitida en base al principio de la autonomía de la voluntad que, dentro de ciertos límites, consagra el artículo 1255 del Código Civil (“*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”).

Los autores coinciden doctrinalmente en sostener que, en virtud de la cesión de contrato, uno de los contratantes puede transmitir su posición contractual como una unidad, como un todo, superando la escisión que necesariamente tiene lugar si se ha de proceder a la cesión de crédito por un lado, y a la asunción de deuda por el otro.

Para Cristóbal Montes¹¹⁰, si no hay sustitución íntegra en la posición de parte contractual, existirá más que una genuina sucesión en el contrato, la accesión o adhesión de un tercero a un contrato que permanece centrado todavía en los sujetos que inicialmente lo concluyeron.

Lo que constituye la esencia de la cesión del contrato es, por tanto, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual. Es hacer entrar a un extraño en el rango de parte contratante en lugar de uno de los contratantes originarios.

En este sentido, García-Trevijano¹¹¹ ha defendido la admisibilidad de la cesión de un contrato administrativo, remarcando sus diferencias con la novación subjetiva extintiva regulada en el artículo 1204 del Código Civil¹¹². En opinión del autor citado, difícilmente podría admitirse una novación subjetiva extintiva en el ámbito de los contratos públicos, partiendo del necesario respeto a los principios que rigen toda contratación de este carácter.

En efecto, adjudicado el contrato, la novación subjetiva del mismo –ya sea en la parte del contratante o del adjudicatario–, supondría lisa y llanamente una quiebra de los principios de la licitación pública que imperan en este ámbito, por cuanto se estaría extinguiendo el contrato originario suscrito con la Administración para sustituirlo por otro (aunque sea de contenido coincidente) del que pasará a formar parte el nuevo poder adjudicador, más allá de un mero mantenimiento del mismo contrato sin solución de continuidad, introduciendo únicamente la modificación consistente en sustituir a un poder público por otro, y todo ello sin someterlo a procedimiento alguno.

¹¹⁰ CRISTOBAL MONTES, A. “*La cesión de contrato*”. Anuario de Derecho Civil - ADC. Edición 1968. Pág. 851 y 862.

¹¹¹ GARCÍA-TREVIJANO GARCINICA, E. “*La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines*”. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo. Año 2009, págs. 64-65.

¹¹² A tenor de este precepto, “*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”.

Opina el autor citado que este problema se soluciona admitiendo la viabilidad de la figura de la cesión del contrato, distinta de la novación extintiva, ya que subsistirá el mismo contrato, si bien con un cambio subjetivo (la subrogación del cesionario en la posición del contratista cedente). En definitiva, no habrá un nuevo contrato que adjudicar.

A nivel jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 la describe como la *“figura jurídica no contemplada especialmente en el Código Civil pero que la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado que procede, al amparo del art. 1255 del Código Civil”*.

Por su parte, la sentencia del mismo Tribunal de 29 junio 2006 precisa:

“La cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, admitida en el ordenamiento a través de la doctrina jurisprudencial (sentencia de 7 de noviembre de 1998), que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes (sentencia de 4 de abril de 1990) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos (sentencia de 4 de febrero de 1993). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual (vid. también las sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998)”.

En el ámbito concreto de la contratación administrativa, la cesión de un contrato vigente entre organismos del sector público ha sido expresamente admitida en varios informes, entre ellos, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares de 30 de abril de 1999, el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña de 27 de febrero de 2014, o el de la Diputación de Valencia de 3 de diciembre de 2015.

El primero de ellos dice expresamente que *“la LCAP sólo prevé la cesión de los contratos por parte de los adjudicatarios y cumpliendo una serie de requisitos recogidos en el art. 115, contemplándose también, en el art. 102, las modificaciones del contrato, pero como una prerrogativa o facultad unilateral de la Administración, imponiendo límites y garantizando los derechos del contratista, pero en ningún caso se ocupa ni de las modificaciones por mutuo acuerdo entre las partes ni de la novación contractual por subrogación de un tercero en el lugar de la Administración, por lo que, no estando sin embargo prohibido, se debe acudir, a tenor del art. 7 de la LCAP, a las normas de derecho privado, en este caso al Código Civil, (...) sin olvidar que por aplicación del artículo 4 de la LCAP y art. 1255 del Código Civil, la Administración tiene libertad de pactos sin más límites que los contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”*.

Mucho más descriptivo, el Informe de la Junta Consultiva de Cataluña de 2014, citado *ut supra*, dispone lo siguiente:

“Respecto a esta cuestión, hay que señalar, en primer término, que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), únicamente prevé y regula las modificaciones subjetivas en los contratos del sector público y en sus procedimientos de adjudicación, en relación con las personas físicas o jurídicas licitadoras o contratistas.

(...)

II. No obstante, la no previsión ni regulación en la normativa de contratación pública de la modificación del órgano de contratación en los contratos del sector público, ésta se puede producir -y, de hecho, se produce- tanto durante los procedimientos de licitación de los contratos públicos como con posterioridad a su firma, en los casos en que se produzca alguna de las circunstancias siguientes: la extinción o la modificación de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal; la modificación competencial o de funciones de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal o reglamentaria; o la existencia de cualquier negocio o relación jurídica que comporte un cambio competencial, ya sea de titularidad o de ejercicio, tal como se plantea en el supuesto que origina la consulta.

Es más, a veces, la subrogación de una entidad del sector público en la posición jurídica de otra entidad del sector público se prevé en los pliegos de cláusulas que rigen los procedimientos de licitación.

III. Una vez constatada la posibilidad de modificación subjetiva de la parte pública –órgano de contratación- en los contratos del sector público, y la consiguiente subrogación que de ésta se deriva, hay que analizar la regulación jurídica de esta institución, con la finalidad de determinar los requisitos que, en su caso, tengan que concurrir, así como los efectos que produzca. A falta de regulación específica sobre esta materia en el TRLCSP y en otras normas de derecho administrativo hay que acudir, de acuerdo con lo que dispone el artículo 19 del propio TRLCSP, a las normas de derecho privado.

(...)

En todo caso, la jurisprudencia ha delimitado estas figuras, que se pueden dar en casos de obligaciones de prestaciones únicas, y las ha distinguido de los supuestos en las cuales las prestaciones son recíprocas, por tratarse de un contrato. En estos casos, la jurisprudencia habla de "cesión de los contratos", figura jurídica que no se encuentra expresamente regulada en el Código Civil.

Literalmente, el Tribunal Supremo ha afirmado que "la cesión del contrato es una figura jurídica, admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural, y que no aparece regulada en nuestro derecho normativo (...). Esta cesión del contrato, creación jurisprudencial y doctrinal, ante la ausencia se vuelve a repetir de normas concretas y directas que la regulen, tiene su base en el

artículo 1255 CC que proclama el principio de la libertad contractual que, al mismo tiempo, permite la modificación por la sola voluntad de las partes de la regulación normativa de todo tipo de contrato".

(...)

El Tribunal Supremo insiste en el carácter unitario de la cesión de los contratos al indicar que "supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos y pasivos derivados del contrato; objeto, por lo tanto, del negocio de cesión es el conjunto de efectos contractuales considerados como un totum" (STS de 8 de febrero de 2005) y, en otros términos, que "implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presumiendo la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes" (STS de 19 de septiembre de 2002).

Este carácter unitario de la cesión de los contratos hace referencia a la transmisión globalizada de una determinada posición jurídica -es decir, del conjunto de efectos contractuales que de la misma derivan-, sin necesidad de descomponerla en tantos negocios transmisivos como créditos y obligaciones origine, y superando, por lo tanto, la escisión que necesariamente tiene lugar si se debe proceder a la cesión del crédito, por un lado, y a la asunción de la deuda, por el otro. (...) Asimismo, la cesión comprende, además de los derechos y las obligaciones, todos los otros efectos jurídicos del contrato -tales como las facultades de modificación o de resolución del contrato, por ejemplo".

Por lo tanto, a la vista de los referidos dictámenes, debe entenderse viable jurídicamente la cesión de un contrato del lado del ente público contratante, es decir, de un poder adjudicador a otro, en el bien entendido de que la misma no afecta sustancialmente a los principios que rigen la contratación del sector público, por cuanto la transmisión de la relación jurídica se produce "en bloque", de tal forma que, con independencia de ser distinto desde ese momento el ente público adjudicador del contrato, la posición del licitador resulta exactamente igual a la que ostentaba con anterioridad.

4.- Requisitos de la cesión de contratos.

Sentado lo anterior, es preciso analizar los requisitos a los que debe someterse toda cesión de contrato.

El Tribunal Supremo, en las sentencias citadas, ha señalado que "*es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales*" (STS de 29 de junio de 2006), añadiendo la de 6 de noviembre de 2006 que "*para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor (sentencias de 9 diciembre 1997, 9 diciembre 1999, 21 diciembre 2000 y 19 septiembre 2002). Sin el consentimiento de éste, no existe cesión, o como afirma*

la sentencia de 9 diciembre 1997, "la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual".

De modo más concreto para el ámbito contractual administrativo, el Informe de la Junta Consultiva de Cataluña de 2014 dispone lo siguiente:

"En todo caso, según reiterada jurisprudencia, como requisito determinante de la eficacia de la cesión contractual, debe concurrir, además del consentimiento del cedente y del cesionario, el del contratante cedido.

(...)

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Balear, en el Informe 4/1999, de 30 de abril, después de constatar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entonces vigente, "no se ocupa (...) de la novación contractual por subrogación de un tercero en el lugar de la Administración" y afirmar que esta modificación no está prohibida y que hay que sujetarse a lo que disponen las normas del Código Civil reguladoras de las modificaciones subjetivas de las obligaciones y sus efectos, señala la necesidad "de obtener el consentimiento del contratista al tratarse de un contrato sinalagmático con prestaciones por ambas partes".

Ello no obstante, lo cierto es que, como adelantamos, la cesión de contratos de entidades del sector público puede obedecer a diversas causas, dependiendo de las cuales, los requisitos pueden verse alterados.

En efecto, ya el Informe de Baleares de 1999 señaló, después de admitir la aplicación supletoria del Código Civil para permitir la cesión, que *"otra cosa es la causa o justificación que la Administración tenga para proceder al cambio subjetivo, que siempre debe darse en el ejercicio de competencias propias"*.

El Informe de la Junta de Cataluña de 2014 señala, sobre esta cuestión, que *"no obstante, la no previsión ni regulación en la normativa de contratación pública de la modificación del órgano de contratación en los contratos del sector público, ésta se puede producir -y, de hecho, se produce- tanto durante los procedimientos de licitación de los contratos públicos como con posterioridad a su firma, en los casos en que se produzca alguna de las circunstancias siguientes: la extinción o la modificación de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal; la modificación competencial o de funciones de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal o reglamentaria; o la existencia de cualquier negocio o relación jurídica que comporte un cambio competencial, ya sea de titularidad o de ejercicio, tal como se plantea en el supuesto que origina la consulta.*

Es más, a veces, la subrogación de una entidad del sector público en la posición jurídica de otra entidad del sector público se prevé en los pliegos de cláusulas que rigen los procedimientos de licitación".

Añade, a continuación que *“los requisitos para que se produzca la subrogación de un ente, organismo o entidad en la posición jurídica de órgano de contratación en un contrato del sector público variarán en función de si dicha subrogación se produce por previsión normativa, con ocasión de la extinción o la modificación de entes, organismos o entidades del sector público, o de sus competencias o funciones, o bien como consecuencia de un negocio o relación jurídica entre las entidades que intervienen en la subrogación”*.

Por tanto, los requisitos de la cesión dependerán de la causa que dé origen a la misma.

Así, la cesión del contrato del sector público puede traer causa, en primer lugar, de una previsión normativa de la subrogación de un ente, organismo o entidad del sector público en la posición jurídica de órgano de contratación de otro ente, organismo o entidad del sector público, en cuyo caso, esta subrogación se produce por disposición de la norma respectiva, no por voluntad de las partes.

Como ejemplo de la cesión impuesta por una ley, cabe citar la Ley 4/2011, de 28 de julio, de Extinción de MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte), cuyo artículo único, apartado 2, dispuso que *“el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones resultantes de la extinción de MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte) se integra en la Dirección General de Infraestructuras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, que prestará las funciones que correspondían a dicha entidad”*, quedando la Consejería subrogada por tanto en los contratos vigentes suscritos por aquella.

En estos casos, señala el Informe de 2014 que *“se da una identidad entre el ente, organismo o entidad que se subroga y la subrogada y, por lo tanto, se podría entender que no se produce propiamente una cesión de contrato en los términos de la figura delimitada por la jurisprudencia civil y, en consecuencia, que no sería exigible la audiencia y el consentimiento de la empresa o empresas contratistas al cambio de órgano de contratación”*.

En segundo lugar, si lo que se produce es una modificación competencial o de funciones de entes, organismos o entidades del sector público por una disposición legal o reglamentaria, que establezca también la subrogación de otros entes, organismos o entidades en la posición jurídica de aquéllos con respecto a los derechos y obligaciones o a los contratos derivados de estas competencias o funciones, entiende el informe citado que *“si bien la subrogación se producirá también derivada de la norma que la prevé, se puede considerar necesaria la concurrencia del requisito de audiencia en la empresa contratista, dado que en estos casos sí que se produce un cambio de personalidad jurídica del órgano de contratación en sentido estricto. Así, en estos supuestos, se produciría una modificación subjetiva de la entidad contratante de un contrato del sector público, por subrogación por previsión normativa, sin perjuicio de las actuaciones que la empresa o empresas contratistas pudieran llevar a cabo con respecto al cambio de órgano de contratación”*.

En tercer término, si la subrogación se produce como consecuencia, propiamente, de la cesión de un contrato, sin identidad entre la entidad que se debe subrogar y la entidad que se pretende que se subroge, ni previsión normativa, deben aplicarse los requisitos generales para la cesión de contratos previstos con anterioridad; por tanto, la audiencia y el consentimiento de la empresa contratista cedida. Lo mismo cabe señalar si la cesión deriva de la existencia de cualquier negocio o relación jurídica que comporte un cambio competencial.

A modo de ejemplo, puede traerse a colación el convenio interadministrativo suscrito el 26 de diciembre de 2017 entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y la Entidad Pública Empresarial Red.es, para la extensión del acceso a la banda ancha ultrarrápida de los centros docentes españoles, cuya cláusula tercera.3.g) impone a la Junta de Castilla y León la obligación de *“aceptar la cesión de los contratos que Red.es firme con los proveedores de servicios de telecomunicaciones para dotar de conectividad a los centros docentes, de manera que una vez concluidas todas las actuaciones necesarias para dotar a todos los centros de acceso a servicios de conectividad ultrarrápida a Internet, la Administración General de la Comunidad de Castilla y León asuma el gasto recurrente asociado a la provisión de dicho servicio por parte de los proveedores, en los términos establecidos en las licitaciones incoadas por Red.es”*.

Finalmente, habrá que tener en cuenta que si es el propio clausulado del contrato el que prevé la cesión, no será necesaria la audiencia mencionada, ni el consentimiento de la empresa contratista, por estar prevista en los pliegos que rigen la licitación, cuya aceptación incondicionada es consecuencia de la presentación de sus proposiciones, *ex art. 139 LCSP*.

En definitiva, centrándonos en la cesión de contratos de origen convencional, y siguiendo el criterio del Informe de la Junta de Cataluña de 2014, cabe entender que estos cambios se podrán dar con los requisitos y los efectos siguientes:

- Concurrencia del acuerdo de voluntades entre el órgano de contratación originario -parte cedente del contrato- y el nuevo órgano de contratación que se subroga en la posición de aquél -parte cesionaria del contrato-.
- Necesidad de dar audiencia a la empresa contratista -parte cedida- y que ésta dé su consentimiento a la cesión, tácito o expreso, como requisito determinante de su eficacia.
- Transmisión global de la posición jurídica contractual, incluidos, además de los derechos y las obligaciones que dimanen del contrato, todos los otros efectos jurídicos de éste.
- Extinción de la relación jurídica entre la empresa contratista y el órgano de contratación originario -parte cedida y parte cedente-, ya que éste traspassa al nuevo órgano de contratación -parte cesionaria- sus deberes y sus obligaciones que dimanen del contrato, si bien mantiene las obligaciones con respecto a la existencia, la validez y la virtualidad del contrato cedido.

5.- A modo de conclusión.

A pesar de la falta de regulación por parte del legislador del supuesto planteado, cabe llevar a cabo la cesión de la posición jurídica de contratante de un poder adjudicador en favor de otro, de la misma o distinta Administración, atendiendo siempre a la razón de la que trae causa.

Dicha razón será la que determine, en algunos casos, la obligatoriedad de tal cesión –como ocurre ante un cambio legislativo u organizativo- o la posibilidad de acudir voluntariamente a la misma, en base al principio de autonomía de la voluntad consagrado por el artículo 1255 CC, siempre con pleno respeto a los principios que rigen la contratación administrativa.

Bibliografía

- CRISTOBAL MONTES, A. “*La cesión de contrato*”. Anuario de Derecho Civil - ADC. Edición 1968. Pág. 851 y 862.
- VILLAR, J.L. (2017). “*La verdadera naturaleza jurídica de los contratos del sector público y su alteración arbitraria*”. Ariño y Villar Abogados. Recuperado de <http://www.arinoyvillar.com>.
- AGUILERA SILVÁN, J. A. (2010). “*La cesión del contrato en la doctrina civil*”. Noticias Jurídicas. Recuperado de <http://www.noticiasjuridicas.com/conocimiento>.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. “*La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines*”. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo. Año 2009, págs. 53-68.

Dictámenes

- Dictamen 39/1978, de 22 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.
- Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 86/2011, de 26 de marzo, 352/2012, de 12 de julio, 761/2013, de 31 de octubre, y 107/2015, de 9 de abril.
- Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares de 30 de abril de 1999.
- Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña de 27 de febrero de 2014.
- Dictamen de la Diputación de Valencia de 3 de diciembre de 2015.



Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 junio 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006.

7.3. La habilitación legal para el ejercicio de la acción penal y civil *ex delicto* por las Administraciones Públicas: diferencias entre la acusación particular y popular – *Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)*¹¹³

La personación en un proceso penal desde una posición activa, esto es, en el ejercicio de una acción penal derivada del delito, puede ser realizada desde dos tipos diversos de acusación.

La **acusación particular** es la que corresponde a aquella parte que acredita, de forma plena, su condición de perjudicada directa por los hechos objeto de investigación judicial. Así, resulta imprescindible, al efecto de realizar esta personación, fundamentar de modo fehaciente que se ha producido un daño en un bien jurídico propio y exclusivo de quien interesa la personación como consecuencia de la materialización del delito. Así se expresa la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.), para la que las condiciones de perjudicado y de acusador particular se hallan imbricadas (artículo 110 LECrim.). Existe un plazo para interesar la personación, que ha de producirse antes del trámite de calificación del delito, sin perjuicio de la existencia de excepciones que permiten la personación en el propio juicio oral. Si el daño resulta evidente para el Juzgado, éste mismo realizará un ofrecimiento de acciones al perjudicado, invitándole a personarse en la causa. En otras ocasiones, corresponde al propio perjudicado acreditar esta condición ante el Juzgado, pues no siempre se realiza en la práctica este ofrecimiento de acciones. El perjudicado, además, puede optar por ejercitar de forma conjunta la acción penal y la acción civil derivada del delito (para exigir una indemnización por los hechos), o bien ejercitar únicamente la acción civil *ex delicto*, denominándose **actor civil** a la parte perjudicada que ejercita sólo esta acción indemnizatoria. El ejercicio de la acción penal, esto es, la personación como acusación particular, por lo tanto, implica *ex lege* la posibilidad de ejercitar también la precitada acción civil, sin necesidad de que tal extremo sea específicamente vuelto a disponer en una ley especial, pues la ley rituarial ya lo reconoce, permitiendo exigir una indemnización, reparación o restitución al acusado tanto por el daño que éste haya ocasionado a los bienes jurídicos propios de la víctima, como de sus familiares e incluso de terceros a los que se haga extensivo el efecto perjudicial de su conducta (artículo 113 LECrim.).

La **acusación popular** se diferencia de la anterior en que la razón de su personación en el procedimiento no obedece a un daño que se le cause directamente, sino que viene a representar un interés, susceptible de amparo jurisdiccional, pero siempre difuso, es decir, no posible de ser circunscrito a una sola persona, sino a bienes jurídicos o principios de alcance supraindividual o de interés general. La ley procesal habilita el ejercicio de este tipo de personación acusatoria al disponer que la acción penal es pública (artículo 101 LECrim.). Ha sido y es objeto de discusión si la acusación popular se encuentra en una situación de plena igualdad procesal respecto de la acusación particular, a los efectos del ejercicio de la acción penal, y si la acusación se puede mantener sólo en presencia de la acusación popular y en defecto de otros acusadores, obrando ejemplos de que sí existe

¹¹³ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Departamento de Derecho Civil y Penal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

dicha equiparación o suficiencia de la acusación popular para ejercitar frente a un acusado, sin el respaldo de otras partes, la acción penal y mantener con ello viva la acusación.

No obstante, existen reticencias a admitir personaciones como acusación popular de una forma modelizada, consolidada o indiscriminada. De este modo, se exige tanto una motivación por quien interesa su personación como acusación popular en un procedimiento penal como el pago de una fianza, todo ello con el fin de garantizar el que su entrada y actividad en el procedimiento no suponga, en verdad, un elemento perturbador para la investigación, dado que el interés que suscita dicha personación es indefinido, y *a priori* puede incluso contar con una escasa conexión objetiva con la naturaleza jurídica y fines propios o estatutarios de aquellos que interesan personarse en la referida condición.

De hecho, se ha establecido por la jurisprudencia que las Administraciones Públicas no pueden personarse como acusación popular por el mero supuesto de ostentar competencias en la materia sobre la que versa el hecho objeto de un proceso penal, sino que han de contar para ello con una ley que, de modo expreso, disponga la capacidad de la Administración para personarse, previniendo de un modo literal la posibilidad de ejercitar por su parte la acción popular.

A la vista de tales conceptos jurídicos, cuyos matices y diferencias son relevantes, no siendo posible aplicar *mutatis mutandis* las características, requisitos legales y efectos de la personación en calidad de acusación popular a la particular, al tratarse de cuestiones técnicamente diferentes, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, la normativa prevé dos supuestos de habilitación legal para que la Administración regional madrileña pueda solicitar su entrada en el procedimiento en calidad de acusación, por ende de forma activa, no siendo la directa perjudicada o víctima de los hechos objeto de investigación y posterior enjuiciamiento:

- 1) En calidad de acusación popular, la Comunidad de Madrid puede interesar, previos los trámites administrativos correspondientes, su personación en los procesos penales seguidos en materia de violencia de género, en los casos con resultado de muerte, lesiones muy graves o mutilación genital. Así lo dispone el artículo 29 de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género: “*La Comunidad de Madrid ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por causa de muerte, lesiones graves o mutilación genital de la víctima, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal*”. A su vez, el artículo 30 de la misma norma jurídica, referente a la personación de la Comunidad de Madrid en los procedimientos penales iniciados por causas de violencia de género, establece que “*1. En los casos en que proceda, la Comunidad de Madrid se personará en los procedimientos penales instados por tales causas, en calidad de parte perjudicada civilmente, conforme a lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2. La representación y defensa en juicio corresponderá a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de que las mencionadas funciones de representación y defensa en juicio puedan ser encomendadas, a uno o más abogados colegiados en ejercicio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”. La exclusión legal para las Administraciones Públicas del pago de fianza, prevista en la legislación estatal y

autonómica, determina que, a los efectos de acordar judicialmente la personación de la Comunidad de Madrid como acusación popular en los casos mencionados, previstos en la ley, exista un cierto automatismo procesal o garantía de entrada en tal condición, puesto que no existen otros predisponentes legales que puedan condicionar la viabilidad de la personación como acusación popular. Esto es: con invocación del título legal habilitante, junto con la exclusión del pago de la fianza, la Comunidad de Madrid reunirá todos los requisitos para que su personación sea acordada.

- 2) No obstante, también se prevé en la legislación autonómica una habilitación expresa para que la Comunidad de Madrid pueda personarse en un procedimiento penal, aun no siendo víctima o perjudicada por el hecho objeto de investigación, pero como acusación particular. Así, en aquellos supuestos de emergencia, en los que la Comunidad de Madrid haya intervenido con la prestación de sus servicios, la Ley 5/2023, de 22 de marzo, de creación del Sistema Integrado de Protección Civil y Emergencias de la Comunidad de Madrid, cuenta con una disposición adicional primera con el siguiente tenor literal: *“Personación en procedimientos judiciales: La Comunidad de Madrid podrá personarse como acusación particular en los procedimientos judiciales derivados de emergencias acaecidas en la Comunidad de Madrid cuyos hechos sean constitutivos de ilícito penal, tal y como se regula en Título IV del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así mismo, podrá ejercer las acciones civiles, derivadas o no de las anteriores, para resarcirse de los gastos asumidos por los servicios de emergencias, en aplicación de la misma norma procesal.”* La terminología empleada en la ley, que en esta habilitación expresa lo es para el ejercicio de la acusación particular, que no popular, si bien resulta loable desde un punto de vista de apoyo y acompañamiento a los perjudicados directos, víctimas del hecho objeto del procedimiento (quienes ostentan la legitimación directa), desde la perspectiva procesal no es equiparable al supuesto de la acusación popular, y el anteriormente referido automatismo judicial en la admisión de la personación que sí se produce en este último caso, no es el propio de una habilitación como acusación particular, de modo que, en este supuesto, habrá de cumplirse con posterioridad a que la Administración interese su personación un requisito legal no dependiente de su voluntad, sino de la aquiescencia de las víctimas, que habrán de manifestar su conformidad con que dicha personación como acusación particular al lado de ellas sea acordada por el Juzgado. El artículo 109 bis 3 así lo establece: *“La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.”*

Por otra parte, la referencia en ambos casos, de modo expreso, al perjuicio civil o acción civil, así como en el supuesto del ejercicio de la acción popular sí resulta necesaria, toda vez que la acción popular es de naturaleza estrictamente penal, en el caso del ejercicio de la acusación particular, la propia LECrim. ya establece *per se* la viabilidad del ejercicio conjunto de ambas acciones, ya sea la civil *ex delicto* en reclamación de un resarcimiento propio o incluso de terceros, en los términos antes mencionados.



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



En conclusión: existiendo dos habilitaciones expresas para el ejercicio de la acción penal sin que la Comunidad de Madrid sea directamente perjudicada, así como la habilitación para el ejercicio de la acción popular –establecida para los casos más graves de violencia de género- supone el cumplimiento directo e instantáneo de los requisitos para su viabilidad, en el caso de la habilitación para el ejercicio de la acción penal como acusación particular –dispuesta para los supuestos de emergencia-, el que ésta sea judicialmente acordada dependerá del cumplimiento de un requisito legal posterior absolutamente ajeno a la Comunidad de Madrid: el que las víctimas de los delitos autoricen dicha personación, que así lo quieran; lo que determina que esta segunda modalidad de habilitación legal para el ejercicio de la acción penal carezca de la inmediatez de la primera y por lo tanto de la garantía para su favorable proveído judicial que aquélla sí ostenta de forma apriorística.