

# La determinación de la sanción administrativa

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

Profesor de Derecho  
Administrativo  
Universidad de Córdoba\*

## Sumario:

I. El proceso de concreción de la sanción administrativa procedente. II. La sanción normativa abstracta. 1. Exigencias derivadas del art. 25.1 CE. 2. La determinación de las sanciones posibles. 2.1. Sanciones únicas, alternativas y acumulativas. a) Sanción única. b) Sanción alternativa. c) Sanción acumulativa. 2.2. Las sanciones adicionales. Distinción de las penas accesorias. 3. La forma de expresar la extensión de la sanción. 3.1. Sanciones fijas y proporcionales. 3.2. Sanciones predeterminadas en su *quantum* exacto y sanciones de mínimo-máximo. 4. Establecimiento de la conexión entre las infracciones y las sanciones: una primera aproximación. 4.1. Punto de partida distinto al Derecho Penal. 4.2. Modalidades empleadas por el legislador. a) Determinación individualizada. b) En función del grado de gravedad de la infracción. 4.3. Valor de la regla recogida en el art. 129.1 LAP *in fine*. III. Hacia una concreción normativa de la sanción administrativa. 1. El *iter criminis*. 2. El grado de participación de los sujetos intervinientes. 3. Las modalidades concursales. 3.1. Concursos de normas y de infracciones. Las dificultades especiales en el Derecho Administrativo Sancionador. 3.2. Los concursos de infracciones: real e ideal. Reglas de punibilidad. Los regímenes especiales del concurso medial y de la infracción continuada. IV. En especial, las circunstancias. 1. Fundamento. 2. Clasificación: circunstancias genéricas y específicas. 3. La funcionalidad de las circunstancias: atenuación y agravación en la determinación de la sanción. Inexistencia de criterios generales. 4. Las circunstancias previstas en la LAP. Cuestiones generales. 5. Estudio pormenorizado de las circunstancias del art. 131.3 LAP. 5.1. La reincidencia y la reiteración. a) La reincidencia. b) La reiteración. c) Matizaciones a la aplicación automática de estas circunstancias. El problema de las personas jurídicas.

(\*) Trabajo realizado dentro del Grupo de Investigación SEJ-196 de la Junta de Andalucía y del Proyecto de Investigación PB 97-1503 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica del MEC.

- d) La modulación de estas circunstancias en la legislación sectorial. 5.2. La existencia de intencionalidad. 5.3. La naturaleza de los perjuicios causados. 5.4. El beneficio obtenido. 6. Mutabilidad en el empleo de estos criterios. V. La individualización de la sanción por el órgano competente. 1. Contenido. Potestad esencialmente discrecional.
2. Sometimiento a los Principios Generales del Derecho. Control jurisdiccional.
3. Reflexión final *lege ferenda*.

## I. EL PROCESO DE CONCRECIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA PROCEDENTE

La imposición de una precisa sanción por la comisión de una infracción administrativa requiere un proceso de concreción de la misma. Este procedimiento se compone de diversas fases, comenzando con una determinación normativa y finalizando mediante una resolución del órgano competente. Tal proceso debe aspirar a compaginar las exigencias propias de los principios a los que las Administraciones Públicas están sometidas en nuestro Estado de Derecho (seguridad jurídica, legalidad, igualdad, etc.), con la necesidad de que el órgano administrativo competente, en función de las circunstancias particulares del hecho, pueda individualizar la sanción. La Ley y, en su caso, el reglamento, son el resultado de una labor de abstracción que no puede prever todas las posibles circunstancias concurrentes en un supuesto dado. Sólo la Administración está en una posición que le permite cumplir dicha tarea. La fijación normativa de sanciones de un modo absoluto supondría, en la mayoría de las veces, una conculcación de principios como el de igualdad —que exige tratar desigualmente los casos desiguales— o proporcionalidad.

En la doctrina penalista, es habitual la distinción de las siguientes fases en este procedimiento de concreción: la pena legal abstracta (el *quantum* establecido por el Código Penal para cada delito o falta dirigido al autor de la infracción consumada); la concreción legal (en atención a diversas características generalmente comunes a todas las infracciones penales: *iter criminis*, grado de participación, circunstancias modificativas y concursos); y la individualización judicial<sup>1</sup>.

(1) Vid. M.A. BOLDOVA PASAMAR, "Aplicación y determinación de la pena", en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*, coord. L. GRACIA MARTÍN, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 179-180; S. Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Barcelona, Reppertor, 1998, págs. 748-753, quien también se refiere a la determinación penitenciaria de la pena; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 1999, págs. 920 y ss.

Adviértase, no obstante, que el art. 638 del CP establece que "en la aplicación de las penas de este Libro (el de las faltas) procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada uno, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código". Esto es, para la determinación de las penas de las faltas se declara que no son de aplicación las reglas de concreción legal que sí lo son para los delitos, y se remite directamente al prudente arbitrio del juez, cuyo ejercicio se trata de orientar con dos criterios amplísimos: las circunstancias del caso y del culpable. Se podría estar tentado a querer buscar aquí una justificación a la forma de proceder en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, la justificación que la doctrina penalista ofrece de esta regla especial —la exigua entidad y extensión de las penas reservadas a las faltas (M. GALLEGOS DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penal del Código Penal*, Madrid, ICAI, 1985, pág. 455; M.A. BOLDOVA PASAMAR, "Aplicación y determinación de la pena", en *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 235)— no puede ni mucho menos extenderse hoy en día con carácter general al campo de las sanciones administrativas. Además, la posición constitucional de la Administración y del Poder Judicial es bien distinta.

Sin embargo, en el Derecho Administrativo Sancionador estas fases, en la mayor parte de las ocasiones, se reducen a dos: por un lado, la sanción normativa abstracta<sup>2</sup>, y por otro, la individualización administrativa. Desaparece la fase de concreción normativa.

Esta omisión tiene dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, un forzamiento del alcance del instrumento de la tipificación de las infracciones, pues —como tendremos ocasión de exponer— será a través de esta vía por la que afloren algunos de los elementos que en el Derecho Penal se insertan en esa fase de concreción legal. En segundo lugar, el otorgamiento de un mayor margen de apreciación al órgano administrativo competente para la imposición de la sanción. Además, cuando alguno de estos elementos aparece en la legislación administrativa —especialmente, las circunstancias— no se puede hablar seriamente de una concreción legal, pues sus consecuencias en cuanto a la extensión de la sanción permanecen habitualmente indeterminadas.

## II. LA SANCIÓN NORMATIVA ABSTRACTA

### 1. Exigencias derivadas del artículo 25.1 CE

Sin duda alguna, el art. 25.1 CE pone su mayor énfasis en la predeterminación normativa de las infracciones administrativas, siendo precisamente este aspecto al que se ha prestado siempre una atención normativa y doctrinal particularmente intensa. Sin embargo, como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Constitucional, “el mandato del art. 25.1 determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal”, donde deben quedar “suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (...) y la naturaleza y límite de las sanciones a imponer” (entre otras muchas, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad, ponente: F. García-Mon y González Regueral, FJ 10º). Esto es, el principio de predeterminación normativa también despliega sus efectos con respecto a las sanciones administrativas. En tal ámbito, forma parte del núcleo esencial que la Ley debe regular, la determinación de las sanciones posibles, junto con su extensión.

**LA LEY SANCIONADORA  
HA DE ESTABLECER UNA  
CONEXIÓN ENTRE  
LAS INFRACCIONES Y LAS  
SANCIONES, DE TAL MANERA  
QUE PERMITA A  
LOS CIUDADANOS  
CONOCER CUÁL VA A SER  
EL ALCANCE DE  
SU RESPONSABILIDAD  
ADMINISTRATIVA**

(2) La intervención reglamentaria en este ámbito justifica que utilicemos la expresión “sanción normativa” y no la de “sanción legal” utilizada en el Derecho Penal.

Pero a estos dos aspectos hay que añadir un tercero, que también ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional. Nos referimos a la exigencia de que la Ley sancionadora establezca una conexión entre las infracciones y las sanciones, de tal manera que permita a los ciudadanos conocer cuál va a ser el alcance de su responsabilidad administrativa. Especialmente clarificadora al respecto es la STC 61/1990, de 29 de marzo (recurso de amparo, ponente: C. de la Vega Benayas), cuyo FJ 9º afirma que el art. 25.1 CE “afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación o escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que —como se dice en la STC 219/1989— el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta”. Y ello no se cumple en una norma que “se limita a establecer una enumeración de posibles sanciones (...), sin referencia precisa a las conductas, sino a una formulación vaga de lo dispuesto en la Orden, cuyo incumplimiento “podrá ser sancionado, atendida su gravedad o trascendencia”<sup>3</sup>. Concretando algo más estas formulaciones sobre el grado de definición de la correspondencia entre las infracciones y las sanciones, la STC 207/1990, de 17 de diciembre (recurso de amparo, ponente: F. Rubio Llorente), a propósito del art. 57 del viejo ET, admite que el legislador “puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial y administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella”<sup>4</sup>.

Sobre esta base se puede desarrollar una colaboración reglamentaria, de la que nos ocuparemos al hilo de las concretas instituciones.

## 2. La determinación de las sanciones posibles

### 2.1. Sanciones únicas, alternativas y acumulativas

En otra parte de este monográfico ya se ha analizado los tipos de sanciones administrativas<sup>5</sup>. Lo que nos va a ocupar ahora es la exposición de los diversos modos a través de los

(3) En la misma línea, la STC 116/1993, de 29 de marzo (recurso de amparo, ponente: Gimeno Sendra), anula unas sanciones pues la norma que las regulaba “no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados por no establecer con claridad criterios para la graduación de las infracciones y sanciones”.

Igualmente, como no podía ser de otro modo, todas estas ideas tienen también su fiel reflejo en la jurisprudencia ordinaria. Por citar sólo una de las más recientes, vid. la STS de 11 de julio de 2000, Ar. 6+68, que entiende que “puediese considerarse suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”.

(4) En esta misma línea y a propósito de este mismo precepto ya se había pronunciado la STS de 20 de diciembre de 1989 (Ar. 9640, ponente: V. Conde Martín de Hijas): “la enorme amplitud de márgenes de las sanciones imponibles según el art. 57 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores hace imprevisible en términos de mínima certeza, cuál pueda ser la sanción correspondiente a la conducta infractora (...) ya que no existe ninguna objetiva correlación entre las posibles infracciones y las sanciones a ellas aplicables. (...) El párrafo 3 deja abierta la posibilidad de que las infracciones laborales se sancionen desde un límite mínimo, que por lo demás no fija, hasta un límite máximo de quince millones de pesetas. (...) (Esto) no satisface la necesidad constitucional de que el ciudadano pueda estar informado de cuál es la sanción que, en su caso, pueda corresponder objetivamente a su hipotética infracción. Y, por el contrario, se otorga a la Administración laboral un arbitrio desmedido en la elección de la respuesta punitiva que, sin duda, no se adecua al rigor de la reserva de ley”.

(5) M. REBOLLO PUIG, “El contenido de las sanciones”.

que el legislador recoge la sanción aplicable a una infracción administrativa. A este respecto, nos podemos encontrar con los siguientes supuestos:

### a) Sanción única

Cuando el tipo infractor tiene asignado una singular sanción administrativa.

Art. 33 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, que prevé que las infracciones leves serán sancionadas con "multa de 25.000 a 250.000 pesetas".

### b) Sanción alternativa

Cuando el marco de sanciones posibles para un concreto tipo es dos o más, aunque la Administración sólo puede imponer una de ellas.

Art. 7 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos, dice:

"Las infracciones muy graves, con la revocación de la concesión a los expendedores y de la autorización a los puntos de venta con recargo, o con la cancelación de la licencia a los fabricantes, importadores o distribuidores, o con multa entre 20 y 50 millones de pesetas (...)".

Art. 120 de la Ley 7/1995, sobre normas reguladoras de la caza y pesca fluvial de animales silvestres en la Región de Murcia, señala que las infracciones leves se sancionarán "con multa de 10.000 a 100.000 pesetas o, alternativamente, suspensión de licencia por un período comprendido entre un mes y un año".

En principio, la elección de la sanción correspondiente al caso concreto parece dejarse en manos del órgano competente para sancionar. En cualquier caso, en este proceso de elección habrán de seguirse las reglas y principios que más tarde expondremos a propósito de la individualización por el órgano de la sanción. Hay dos aspectos que merecen una especial atención: en primer lugar, el principio de congruencia, por cuanto, en ocasiones, algunas de las sanciones previstas como alternativas o acumulativas sólo tienen sentido para ciertas infracciones y no para todas las que se predica en abstracto<sup>6</sup>; en segundo lugar, especialmente en aquellos supuestos en los que junto a una sanción pecuniaria se prevé otra limitativa de otros derechos (clausura de instalaciones, inhabilitación, etc.), puede plantearse hasta qué punto no es la sanción pecuniaria de aplicación preferente. A nuestro juicio, nada obliga a esta solución, siempre que se mantenga la debida proporcionalidad.

### c) Sanción acumulativa

Cuando la infracción es castigada con dos o más sanciones de distinta naturaleza que deben imponerse conjunta y necesariamente.

(6) Por ej., la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en los espectáculos taurinos, enumera entre las sanciones correspondientes a las infracciones graves la de "clausura hasta un año de escuelas taurinas", que sólo es congruente con algunos de los tipos previstos.

El artículo 18 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, establece que:

“las infracciones muy graves serán sancionadas conjuntamente con:

1. Retirada de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas o la suspensión de las mismas por un período de entre cinco años y diez años, y
2. Multa de 15.000.001 a 100.000.000 de pesetas”.

En ocasiones, la sanción acumulativa no aparece con esta claridad y ha de rastrearse por otros preceptos de la ley en cuestión.

La Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, después de enumerar las sanciones en el art. 39.1, añade en su párrafo 2 que “las faltas graves y muy graves conllevarán la prohibición de cazar o pescar durante un plazo máximo de diez años y las menos graves hasta un plazo de un año”.

El art. 45.4ª de la Ley 2/1989, de 6 de junio, de regulación de la Caza en el Principado de Asturias, junto a la tipificación del “incumplimiento del régimen cinegético establecido para los terrenos acotados”, añade que “la sanción llevará aparejada la suspensión de lo acotado”.

Por su parte, algunas legislaciones configuran las sanciones posibles simultáneamente como alternativas o acumulativas, mediante fórmulas como la recogida en el art. 143.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres: “Las infracciones leves se sancionarán con apercibimiento y/o multa de hasta 40.000 ptas (...)”; o en el art. 18 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en los espectáculos taurinos: “Por las infracciones graves podrán imponerse alternativa o acumulativamente las siguientes sanciones (...)”. En estos supuestos, el margen de la individualización por el órgano sancionador es mayor, por cuanto la aplicación alternativa o acumulativa —y dentro de ésta, su propia extensión, esto es, las sanciones que se van acumular— queda en sus manos. En cualquier caso, es esta posibilidad de elección la que nos lleva a considerar que aun en el supuesto de una aplicación acumulativa, ésta se aproxima más a la figura que en el siguiente epígrafe denominamos “sanciones adicionales” que a las sanciones acumulativas *stricto sensu*.

Finalmente, debe señalarse que el amplio margen que la técnica de las sanciones alternativas otorga a la Administración a la hora de elegir el tipo de sanción que debe imponerse —en cuanto a la extensión, ya nos ocuparemos más adelante—, puede concretarse por vía reglamentaria en aras a una mayor satisfacción del principio de predeterminación normativa.

A partir del precepto antes recogido de la Ley sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, que establece

que las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con "retirada de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas o la suspensión de las mismas por un período de entre cinco años y diez años"; el art. 66 del RD 865/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba su reglamento de desarrollo, divide estas infracciones en dos grupos, uno que será sancionado "con la suspensión de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas por un período de entre cinco años a siete años y seis meses", y otro "con la retirada de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas o la suspensión de las mismas, por un período de entre siete años y seis meses a diez años".

## 2.2. Las sanciones adicionales. Distinción de las penas accesorias

Aunque próxima a la figura de la sanción acumulativa, hemos de distinguir de ésta el supuesto en el que junto a la sanción única o sanciones acumulativas o alternativas, se prevé la posibilidad de imposición de otra sanción.

Art. 120.8 de la Ley de Puertos:

"En el caso de infracciones muy graves, en lo que se refiere al uso del puerto y sus instalaciones, (...) se podrá declarar (...) la inhabilitación temporal de los infractores por un plazo máximo de tres a cinco años para ser titulares de autorizaciones y concesiones, respectivamente, en el ámbito del puerto correspondiente o para el desempeño de actividades portuarias."

Cuando esta otra sanción se imponga efectivamente el resultado es el mismo que el propio de las sanciones acumulativas. Sin embargo, a nuestro juicio, la diferencia esencial es que en tales supuestos esta posibilidad ha de analizarse en cada caso concreto, mientras que en las sanciones acumulativas puras esta situación viene dada a la Administración por el legislador. Este tipo de sanción carece de un carácter autónomo e independiente, esto es, sólo se puede imponer junto a otra sanción —que, por ello, podemos denominar principal—. Ello sin perjuicio de que un concreto tipo de sanción (por ej., el cierre de establecimiento), en una ley esté configurado como una sanción adicional y en otra como sanción principal (de manera singular, alternativa o acumulativa). No obstante, estas sanciones adicionales carecen de los caracteres propios de las "penas accesorias" en el Derecho Penal, que son aquellas "que se aplican al delito en razón de

**LA PREVISIÓN DE LAS SANCIONES ADICIONALES PODRÍA CONSIDERARSE CONTRARIA AL PRINCIPIO DE PREDETERMINACIÓN NORMATIVA, SI SUPUSIERA DEJAR A LA LIBRE DECISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LA FACULTAD DE IMPONERLAS O NO**

haber impuesto otra principal, que las conlleva<sup>77</sup>. Esto es, las penas accesorias completan a otras penas que las llevan consigo. Por el contrario, en el Derecho Administrativo Sancionador estas sanciones adicionales no se vinculan a una sanción previa que las porte implícitamente<sup>8</sup>, sino directamente a la infracción administrativa; aunque, en principio, presuponen la existencia de otra sanción administrativa a la que se acumulan.

La denominación con la que estas sanciones se recogen en las normas es muy variada: "sanciones complementarias"<sup>9</sup>, "sanciones accesorias"<sup>10</sup> y la mayoría de las veces, sin un apelativo especial, como una sanción específica fuera del cuadro general de sanciones<sup>11</sup>.

La previsión de este tipo de sanciones podría considerarse contraria al principio de pre-determinación normativa, si supusiera dejar a la libre decisión de la Administración la facultad de imponerlas o no en un supuesto concreto. El legislador sectorial enlaza este tipo de sanciones bien a todas la infracciones en abstracto, bien a concretos tipos<sup>12</sup> o a la calificación de éstos, predicándose generalmente de los más graves<sup>13</sup>. Sin embargo, lo verdaderamente importante es en función de qué se haga depender su imposición. Al respecto, se pueden distinguir los siguientes supuestos:

(7) M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, op. cit., pág. 825. Vid., igualmente, el art. 54 CP que establece que "las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo".

(8) Excepcionalmente, alguna legislación sectorial sí parece regular unas sanciones accesorias con las características propias de las penas accesorias. Por ej., el art. 11 de la Ley de 27 de febrero de 1991, del régimen sancionador del Juego en Cataluña, con el título de "Sanciones accesorias", establece que "durante el plazo de suspensión de una autorización o cierre o inhabilitación temporal de un local no podrán concederse nuevas autorizaciones a la empresa sancionada ni puede autorizarse a otras empresas a desarrollar actividades relacionadas con el juego en el local o locales en que se ha producido la infracción. En el caso de revocación de una autorización o de cierre o inhabilitación de un local con carácter definitivo, impuestos como sanción, no podrá concederse, en un plazo de cinco años, contado a partir de la fecha de imposición de la sanción, ninguna autorización para el establecimiento afectado relacionada con la actividad que en él se desarrollaba".

(9) Art. 120.6 de la Ley de Puertos: "Para los supuestos de infracciones muy graves se podrá acordar la retención del buque o impedir su entrada o las operaciones de carga y descarga del mismo como sanción complementaria a la que en cada caso procediera".

(10) Art. 79.3 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo en Canarias establece que "la suspensión temporal de actividades o del ejercicio profesional, se impondrá en los supuestos de infracciones muy graves, como sanción principal o accesorio a la multa".

Por el contrario, en otras ocasiones, se denominan "sanciones accesorias" otro tipo de medidas —de las que nos ocuparemos más adelante— como el comiso de los efectos e instrumentos de la infracción o de las ganancias obtenidas a propósito de éstas. Incluso, se recogen bajo esta denominación lo que no son sino medidas de policía: "La autoridad a que correspondía resolver el expediente podrá acordar, como sanción accesorio el comiso de productos y medicamentos deteriorados, caducados, no autorizados o que puedan entrañar riesgo para la salud" (art. 110.2 de la Ley del Medicamento); "Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del daño" [art. 4.a) Real Decreto-Ley 8/2001, de 6 de abril, por el que se establece el sistema de infracciones y sanciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles].

(11) El art. 34 de la Ley de Industria, tras recoger el cuadro general de sanciones en el párrafo primero, añade en el tercero: "La autoridad sancionadora competente podrá acordar además, en las infracciones graves y muy graves, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y la prohibición para celebrar contratos con las Administraciones Públicas, durante un plazo de hasta dos años en las infracciones graves y hasta cinco años en las muy graves".

(12) El art. 120.9 de la Ley de Puertos establece que "en el caso de autorizaciones de actividades previstas en el artículo 59.1 de la presente Ley, a realizar en la zona de servicio del puerto, las infracciones relativas a su uso o a las actividades que en él se prestan podrán llevar aparejadas además la suspensión temporal de la actividad".

(13) El art. 120.10 de la Ley de Puertos cuando prevé que "en los supuestos de infracciones graves o muy graves contra la seguridad marítima, cometidas por el capitán o el patrón del buque, el práctico de servicio o demás miembros de la dotación, se podrá declarar (...) la suspensión del título profesional". El art. 64.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, establece que "la comisión de una infracción muy grave podrá llevar aparejada la revocación o suspensión de la autorización administrativa (...)".

### a) Se vinculan a la concurrencia de ciertas circunstancias.

El art. 161 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, prevé que "cuando la especial trascendencia o gravedad de los hechos, el número de personas afectadas o la conveniencia de su conocimiento por los ciudadanos lo hagan aconsejable, las autoridades competentes podrán acordar que se haga pública la resolución adoptada en procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves".

Sin embargo, aunque pudiera pensarse lo contrario, la enumeración de unas concretas circunstancias no facilita mucho la labor de motivación, por cuanto éstas acostumbran a coincidir en parte con las que se establecen con carácter general para la clasificación de la infracción por su gravedad o para la determinación de la extensión de la sanción. Por tanto, para evitar la apreciación de la misma circunstancia en dos momentos distintos —lo que vulneraría la prohibición del *non bis in idem*—, no basta su mera alegación en abstracto, sino que la resolución ha de incluir una motivación detallada y sutil al respecto, de gran complejidad, que justifique una especial intensidad en la concurrencia de dicha circunstancia que justifique la imposición de esta sanción adicional.

Más aún, en una línea de reducción de la discrecionalidad, la jurisprudencia ha afirmado que la concurrencia de las circunstancias a las que se vincule una sanción adicional hace imposible a la Administración eludir su imposición y si no lo hace su actuación será ilegal (STS de 31 de mayo de 2000, ponente: Óscar González González, Ar. 4908).

### b) Al regular estas sanciones adicionales no se hace ninguna precisión, de manera que su imposición parece quedar al más absoluto libre arbitrio de la Administración.

Art. 67.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial:

"En el caso de infracciones graves o muy graves podrá imponerse además la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir hasta tres meses."

Conforme a la jurisprudencia constitucional, esto no significa que la Administración tenga una potestad discrecional para su imposición o no, sino que ha de estar a los criterios de graduación que la propia ley establezca con carácter general,<sup>14</sup> aunque éstos deben presentarse con una cualificación tal que la justifiquen. En el mismo sentido se ha

(14) En el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Caza de Extremadura se impugnaba, entre otros, su art. 89.1 según el cual: "Son infracciones leves que serán sancionadas con multas de 5.000 a 50.000 ptas., pudiendo llevar implícita la retirada de la licencia o imposibilidad de obtenerla por un plazo de uno a dos años (...)". Los recurrentes entendían que la expresión "pudiendo" significaba que la Administración, discrecionalmente, estaba facultada para imponer o no esa sanción de retirada de licencia, y que ello vulneraba la certeza de las sanciones que exige el art. 25 CE y, más genéricamente, la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE. La STC 14/1998, de 22 de enero, ponente J. Gabaldón López, en su FJ 10º, afirma que esta habilitación legal "no es, ni mucho menos, discrecional y enteramente libre", sino que ha de integrarse con los criterios para la graduación de las sanciones recogidos en la propia ley. Por tanto, puede deducirse que si no fuera así, que si efectivamente se hubiera configurado una potestad sancionadora de ejercicio discrecional, se habría incurrido en inconstitucionalidad por vulneración del principio de predeterminación legal suficiente de las sanciones.

Además, éste es el planteamiento que algunas leyes han recogido expresamente: el art. 122 de la Ley de Puertos somete expresamente a los mismos criterios la determinación de "la cuantía de las multas y la aplicación de las sanciones accesorias".

pronunciado la jurisprudencia ordinaria<sup>15</sup>. En definitiva, nuevamente la exigencia de un intenso esfuerzo de motivación por parte de la Administración.

A este problema de la predeterminación normativa, se añade otro de menos enjundia teórica pero sí práctica. Si este tipo de sanciones se vincula generalmente con aquellas infracciones más graves en las que concurren ciertas circunstancias que las hacen especialmente reprochables, cabría mantener que con carácter previo a su imposición, la Administración debería agotar el juicio de reprochabilidad imponiendo la sanción "principal" en su grado y extensión máximas. Esto es, que sólo se podría acudir a ellas cuando la sanción principal ya se hubiera agotado, y aún así fuera proporcional con los hechos infringir un castigo mayor. El derecho positivo no ofrece una solución a esta cuestión, aunque la expuesta nos parece la más adecuada con la estructura del procedimiento de determinación de la sanción y con la jurisprudencia constitucional que hemos recogido más atrás.

Finalmente, una mención aparte merecen una serie de medidas —en concreto, el comiso de los efectos e instrumentos de las infracciones administrativas y de las ganancias—, que se acostumbra a prever de forma similar a las sanciones adicionales que estamos analizando, calificándolas habitualmente como sanciones y, más concretamente, como "sanciones accesorias".

Quizás, una de las previsiones más amplias, sea la del art. 14 de la Ley Orgánica 12/1995, de Represión del Contrabando, que extiende lo previsto para los delitos de contrabando a las infracciones administrativas, esto es, el comiso de:

"a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito; b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos; c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito (...); d) Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar; e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito."

El art. 97 de la Ley 7/1995, sobre normas reguladoras de la caza y pesca fluvial de animales silvestres en la Región de Murcia, preceptúa que:

"podrán imponerse sanciones accesorias consistentes en la destrucción u ocupación de los medios utilizados para la ejecución de las infracciones, así como la ocupación de las piezas indebidamente apropiadas".

El art. 21 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas:

(15) Especialmente numerosa es la línea jurisprudencial existente a propósito de la sanción de suspensión del permiso de conducir, que, en la mayoría de los casos, anula dicha sanción por carecer de una motivación de la especial intensidad en la concurrencia de alguna de las circunstancias que enumera la Ley. Vid. las sentencias recogidas, entre otras, en las Crónicas sobre Derecho Administrativo Sancionador, de los números 6, 10 y 11 de Justicia Administrativa. Por sólo citar una de las más recientes, vid. la STSJ de La Rioja de 30 de junio de 2000, Ar. 1557.

"Sin perjuicio de la multa que proceda imponer conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, las infracciones serán sancionadas con el comiso de las sustancias químicas catalogadas y del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción".

En estos supuestos cabe decir que no existe en puridad una sanción adicional, pues, aunque no sea una cuestión pacífica, puede defenderse que estas medidas carecen de un carácter sancionador propiamente dicho<sup>16</sup>. Es precisamente esta naturaleza distinta la que permite que, a diferencia de las verdaderas sanciones adicionales, en estos supuestos no se requiera la concurrencia de determinadas circunstancias, salvo que la ley —aunque no está obligada a ello— así lo haya establecido expresamente.

No obstante, la aplicación de estas medidas supone un sacrificio patrimonial para el sancionado que se suma a la sanción propiamente dicha, por lo que sobre la base indiscutible de que la comisión de la infracción no puede resultar rentable (art. 131.2 LAP), ambos sacrificios —el de la sanción y el de este tipo de medidas— han de ser valorados por la Administración en su juicio de proporcionalidad, especialmente, cuando la propia normativa que prevé la adopción de este tipo de medidas tenga también en cuenta el "beneficio obtenido" bien en la calificación de la infracción por su gravedad o en los criterios para determinar la extensión de la sanción<sup>17</sup>. En esta línea, aunque referido a otro supuesto —bien es cierto que no exento de una cierta relación—, el art. 4.2 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que aprueba el Reglamento del procedimiento para el

**LA CUANTIFICACIÓN DE LOS  
CONCEPTOS JURÍDICOS  
INDETERMINADOS  
EMPLEADOS EN LAS  
MULTAS PROPORCIONALES  
DEBE SER RAZONABLEMENTE  
FACTIBLE EN VIRTUD  
DE CRITERIOS LÓGICOS,  
TÉCNICOS O DE EXPERIENCIA,  
DE TAL MANERA QUE  
PERMITA PREVER CON  
SEGURIDAD EL QUANTUM  
DE LA SANCIÓN**

(16) Una exposición de la evolución de la configuración del comiso en el Código Penal, desde una "sanción accesoria" hasta una "consecuencia accesoria", en J.M. PRATS CAUNT, "Comentario al Título VI CP", en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. G. QUINTERO OLIVARES, Pamplona, Aranzadi, 1996, págs. 609-611. Sobre la diversa fundamentación de cada una de estas medidas, desprovistas de carácter represivo, en el ámbito del Derecho Penal, pero predicable también en buena medida del Derecho Administrativo Sancionador, vid. L. GRACIA MARTÍN, "Las consecuencias accesorias", *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., págs. 439-441.

Esta compleja configuración en el Derecho Penal se ha trasladado al Derecho Administrativo. Así, para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ esta medida no tiene una función sancionadora típica (*Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, T. II, 7ª ed., 2000, pág. 195). Igualmente, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, que se muestra especialmente crítico con el alcance que puede tener la acumulación de estas medidas con otras sanciones verdaderas, las encuadra en la categoría "medidas accesorias" y afirma expresamente que no son sanciones en sí mismas (*Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, 2ª ed., pág. 398). Por su parte, sobre la concepción del comiso como una sanción en el Derecho Administrativo y su distinción de otras medidas administrativas similares, vid. M. REBOLLO PUIG, "Comentario al art. 38", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. por R. BERCOVITZ y J. SALAS, Madrid, Civitas, 1992, págs. 1.021 y ss.

A nuestro juicio, sin perjuicio de zonas de incertidumbre, algunas regulaciones normativas muestran claramente la naturaleza no sancionadora de este tipo de medidas. Por ej., en el último inciso del art. 12.1 de la Ley 1/1991, de 27 de febrero, que aprueba el Régimen Sancionador del Juego en Cataluña: "atendiendo a la naturaleza de la infracción, la autoridad sancionadora podrá ordenar el comiso de las apuestas percibidas y de los beneficios lícitos obtenidos, cuyo importe deberá ingresarse en el Tesoro de la Generalidad; en dicho caso, los particulares perjudicados podrán comparecer ante el órgano incoador del expediente y solicitar que les sea entregada la parte de los beneficios obtenida a su costa (...)".

(17) Por ej., la Ley 3/1996 sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, tras prever en su art. 21 la sanción de "comiso de las sustancias químicas catalogadas y del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción", incluye en su art. 22, entre los criterios de graduación de las sanciones, "el beneficio ilícito obtenido, en su caso, como consecuencia de la infracción".

ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante, RPS), establece que "el cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional o de las disposiciones cautelares que, en su caso, se adopten se compensarán, cuando sea posible, con la sanción impuesta".

### 3. La forma de expresar la extensión de la sanción

#### 3.1. Sanciones fijas y proporcionales

Existen sanciones que por su propia naturaleza son mensurables (la multa, las inhabilitaciones, ...) y otras no (la pérdida de autorizaciones, la publicación de la sanción, ...) Las unidades de medida empleadas en las primeras son generalmente de tiempo y monetarias. En cuanto a las unidades de tiempo, éstas se enuncian habitualmente de manera fija —un determinado plazo—. Por su parte, las unidades monetarias, aunque mayoritariamente se establecen de forma fija —una cuantía cierta—; no es extraño que la ley determine la cuantía de la sanción —de manera exclusiva o junto a una determinación fija<sup>18</sup>— con arreglo a múltiplos, divisores o tantos por ciento que se aplican a diversas magnitudes. Esta última modalidad es la que se conoce en el Derecho Penal como "multa proporcional"<sup>19</sup>.

A pesar de la heterogeneidad de las magnitudes empleadas en los supuestos de multa proporcional, éstas se pueden sintetizar en dos categorías; aquellas que de alguna manera pretenden cuantificar la infracción cometida (beneficio obtenido con la infracción —Ley General de Telecomunicaciones—, cuota tributaria —Ley General Tributaria—, valor de las obras o instalaciones —Ley de Costas—, etc.) y las que se vinculan a ciertos elementos relacionados con la capacidad económica del infractor (importe de sus fondos propios —Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados—; ingresos brutos anuales —Ley General de Telecomunicaciones—, etc.)<sup>20</sup>. Ciertamente, se trata en su mayoría de conceptos jurídicos indeterminados de una compleja cuantificación, lo que remite las dificultades a la fase de prueba en el procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia a propósito de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de las infracciones —con unos razonamientos plenamente trasladables al supuesto ahora analizado—, por sí misma, esta técnica jurídica no vulnera el principio de tipicidad siempre que se respeten, como es el caso, una serie de requisitos<sup>21</sup>. En concreto, que la cuantificación de estos conceptos debe

(18) Art. 36.1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU): "Infracciones muy graves, hasta 100.000.000 de pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción".

(19) L. GRACIA MARTÍN, "La pena de multa", en *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., págs. 166 y ss. Vid. también el trabajo de M. REBOLLO PUIG en este mismo monográfico.

(20) Reiteramos que éstos son elementos relacionados con la capacidad económica del infractor, pero ellos mismos no definen dicha capacidad; pues, por ejemplo, un operador de telecomunicaciones puede haber tenido unos escasos ingresos anuales, pero disponer de generosos recursos propios.

(21) Entre otras muchas, vid. la STS de 20 de octubre de 1998, Ar. 8923, JA 5, que recogiendo la jurisprudencia constitucional al respecto, establece que "el principio de reserva de ley no impide la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de infracciones; pero (...) para que resulte aceptable este criterio desde su perspectiva constitucional la concreción del concepto jurídico indeterminado ha de ser razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (Sentencia del Tribunal Constitucional 305/1993)".

ser —y así ocurre habitualmente— razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera tal que permita prever con suficiente seguridad el *quantum* de la sanción<sup>22</sup>.

### 3.2. Sanciones predeterminadas en su *quantum* exacto y sanciones de mínimo-máximo

a) La extensión de la sanción puede enunciarse a través de una cuantía exacta —sin perjuicio de que ésta sea de carácter proporcional— (dos meses de suspensión, una multa de 100.000 ptas., el duplo del beneficio obtenido, ...). En todos estos supuestos, el *quantum* de la sanción le viene determinado a la Administración con absoluta precisión. Es precisamente este hecho el que hace necesario plantearse si este tipo de determinación de la sanción es compatible con el principio de proporcionalidad, en la formulación que de él hace el art. 131 LAP y que analizaremos más adelante. Como ya se ha dicho, esta técnica no permite adaptación alguna al supuesto concreto por parte del órgano competente a la hora de establecer la sanción, por lo que, a nuestro juicio, si no se quiere vulnerar dicho principio, sólo podrá utilizarse en aquellos supuestos en los que por la naturaleza de la infracción o las características de la fórmula empleada en la tipificación de infracciones y sanciones —incluyendo la cuantía de ésta— el legislador haya podido realizar una cierta labor de individualización con un alcance aceptable.

A este respecto, resulta de gran interés la, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, desafortunada STC 136/1999, de 20 de julio, recurso de amparo (Caso HB), ponente: C. Viver Pi-Sunyer. Concluye esta sentencia en su último fundamento jurídico que el art. 174 bis.a) del Código Penal de 1973 es inconstitucional "únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo".

Sobre la base de este planteamiento, puede considerarse que vulnera el principio de proporcionalidad el establecimiento de una sanción predeterminada exactamente en su extensión por el legislador para una infracción administrativa de carácter muy amplio que puede encuadrar conductas de muy diversa trascendencia en cuanto al bien jurídico protegido<sup>23</sup>.

(22) En contra, J.A. SANTAMARÍA PASTOR mantiene que "dicha técnica atenta de modo frontal al principio de tipificación, por cuanto la fijación del importe de la multa depende de una valoración que ha de realizar la propia Administración sancionadora con criterios que inevitablemente son de una gran laxitud" (*Principios...*, II, op. cit., pág. 397).

(23) Bien es cierto que, en estos supuestos, las posibilidades de interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional son más reducidas que en el ámbito penal por la propia naturaleza de las sanciones administrativas —que no pueden suponer privación de libertad y, por tanto, no afectan a dicho derecho fundamental—, pues la propia jurisprudencia constitucional tiene establecido que "el principio de proporcionalidad no puede invocarse ante este Tribunal de forma autónoma y aislada, para analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. La desproporción aducida ha de afectar a derechos fundamentales y, eventualmente, a otros preceptos constitucionales" (STC 55/1996).

Vid., la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de mayo de 2000, ponente J. J. Suárez Tejera, que a propósito del art. 56 de la Ley 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial en Canarias, que establece una sanción del 10 por ciento del valor de la obra ejecutada, mantiene que "no se ha producido vulneración del principio de proporcionalidad, cuando la sanción impuesta viene de forma expresa recogida en un precepto legal, sin que pueda ponderarse dicha sanción en virtud de causas atenuantes o agravantes".

b) Por el contrario, en otras ocasiones la norma se limita a establecer unos márgenes mínimos y máximos entre los que el órgano sancionador debe encuadrar la concreta extensión de la sanción que imponga (ej., inhabilitación para obtener la licencia de caza de 1 a 3 años, multa de 100.000 a un millón de pesetas o de hasta el duplo de la cuantía del daño ocasionado). Por sí misma, esta forma de proceder no conculca el principio de tipicidad que se encuadra dentro del de legalidad penal (art. 25.1 CE). Sin embargo, este principio no sólo se vulnera cuando las sanciones están indeterminadas, sino también cuando éstas se recogen en la norma con unos márgenes excesivamente amplios que impidan conocer con certeza el reproche que merece la realización del comportamiento prohibido, a la que ya vimos que se refería la jurisprudencia constitucional a propósito del art. 25.1 CE<sup>24</sup>. Ello sin perjuicio de que en estos supuestos pueda mantenerse además la desproporcionalidad de las sanciones posibles, elemento cuya proscripción se entiende que vulnera también el principio de legalidad penal (STC 136/1999, Caso HB). Por tanto, conculcan este principio aquellas leyes que aunque establecen unos márgenes en la extensión de la sanción, éstos son excesivamente amplios —ya en su recorrido ya en los criterios de correlación que se marcan a la Administración—, su cuantía máxima es desorbitada<sup>25</sup> o ni siquiera se establece ésta<sup>26</sup>.

En este sentido, tampoco parecen muy afortunadas aquellas leyes que sólo establecen la extensión máxima de la sanción para cada grado, pero no la mínima.

Art. 67.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: "Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 15.000 pesetas, las graves con multa de hasta 50.000 pesetas y las muy graves con multa de hasta 100.000 pesetas".

Esta forma de proceder permite con carácter general algo que sólo puede tener justificación en supuestos muy cualificados previstos expresamente por el legislador, esto es, que

(24) En el mismo sentido, D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Salamanca, 1997, págs. 136-137; T. CANO CAMPOS, *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 641.

(25) Por ello, no son de recibo previsiones como la contenida en el art. 120 de la Ley de Puertos que establece que en las infracciones muy graves por contaminación del medio marino, la sanción será "multa de hasta 500.000.000 de pesetas". Esto es, el margen posible puede ir desde una peseta hasta quinientos millones, y ello dependerá de una decisión administrativa que sólo aparece vinculada a una serie de criterios de graduación de cuya virtualidad real nos ocuparemos más adelante. Lo mismo ocurre en la Ley 54/1997, de Regulación del Sector Eléctrico, que prevé que las infracciones muy graves sean sancionadas "con multa de hasta 500.000.000 de pesetas". En ocasiones, el margen es menor, pero aún así parece excesivo si no se acompaña de una verdadera fase de concreción normativa de la sanción: el art. 3 del Real Decreto-Ley 8/2001, de 6 de abril, por el que se establece el sistema de infracciones y sanciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles, señala que a las infracciones muy graves se le aplicará una multa de 60.001 a 1.200.000 euros (esto es, de unos 10 a 200 millones de pesetas).

Además, la imposición de la sanción correspondiente en su cuantía máxima —o incluso mínima— puede llegar a tener un efecto confiscatorio prohibido por la Constitución (vid., E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., II, pág. 195; J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios...*, II, op. cit., pág. 396). Así, no muchos expendedores de tabaco podrán asumir una multa entre 20 y 50 millones de pesetas, que es una de las sanciones previstas para las infracciones muy graves por la Ley de Ordenación del Mercado de Tabacos. En cualquier caso, no deja de resultar paradójico el otorgamiento a la Administración de poderes sancionatorios en algunos supuestos más extensos (piénsese en la cuantía de las multas administrativas) que los que corresponden a los jueces penales.

(26) Este supuesto se ha planteado fundamentalmente a propósito de normas preconstitucionales. Así, el Reglamento del Estatuto del Vino de 1972 prevé multas en cuantía "superior a 1.000.000 de pesetas", sin establecer un tope máximo. Vid. STS de 11 de febrero de 2000, Ar. 791, JA 9.

una infracción formalmente calificada con un grado de gravedad pueda ser sancionada con una cuantía igual o inferior a la correspondiente a grados inferiores<sup>27</sup>.

Finalmente, debe señalarse que, una vez establecidos por el legislador los límites máximos y mínimos de la sanción posible en una extensión adecuada para cada grado de gravedad, la determinación dentro de esos límites de las sanciones puede realizarse mediante una norma de carácter reglamentario, siempre que la ley lo prevea expresamente y establezca, explícita o implícitamente, los criterios conforme a los que se hará esta concreción<sup>28</sup>.

Como vimos, el art. 18 de la Ley sobre medidas de control de sustancias susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas atribuía a las infracciones muy graves, entre otras, la sanción de multa de 15 a 100 millones de pesetas. Sobre esta base, su reglamento de desarrollo ha establecido dos escalones —de 15.000.001 a 57.500.000 y de 57.500.001 a 100.000.000, respectivamente—, dentro de los que ha encuadrado las distintas infracciones.

#### **4. Establecimiento de la conexión entre las infracciones y las sanciones: una primera aproximación**

El establecimiento de una conexión entre las infracciones y las sanciones es un proceso complejo que no sólo abarca la atribución a una concreta infracción o grupo de infracciones de una sanción en abstracto, sino que se extiende también al establecimiento de una serie de reglas y criterios que aquilatan dicha conexión, perfilando la respuesta punitiva por parte de la Administración. Ahora sólo nos ocuparemos de esa primera conexión, dejando el resto para epígrafes posteriores.

##### **4.1. Punto de partida distinto al Derecho Penal**

Una vez expuesta la forma conforme a la que pueden recogerse las hipotéticas sanciones de una infracción administrativa, nos ocuparemos de cómo se produce esa vinculación necesaria entre una concreta infracción y su sanción legal abstracta. En el Derecho Administrativo Sancionador esta conexión se

**EN EL ÁMBITO  
ADMINISTRATIVO  
LA CALIFICACIÓN DEL  
GRADO DE GRAVEDAD  
DE LA INFRACCIÓN NO SE  
HACE DEPENDER DE  
LA SANCIÓN QUE LLEVA  
PAREJA, SINO DEL  
CAPRICHOSO Y  
VOLUNTARISTA CRITERIO  
DEL LEGISLADOR**

(27) Además, en el supuesto de las infracciones leves, el objetivo que se pretende alcanzar con la no previsión de grado mínimo podría obtenerse con el establecimiento de otro tipo de sanciones como la de amonestación.

(28) Vid. Dictamen del Consejo de Estado 44.523, de 15 de octubre de 1982, a propósito del Proyecto de Real Decreto por el que se regula el ejercicio de las actividades de las agencias de viaje.

establece a través de un proceso que genera un absurdo casuismo y que parte de un planteamiento casi inverso al existente en el orden penal, de mucha mayor racionalidad.

Generalmente, el Código Penal atribuye las sanciones de forma individualizada a cada delito o falta. En este sentido, lo que define a los delitos graves, los menos graves y las faltas es el castigo que llevan parejo. Por tanto, la clasificación que deviene verdaderamente importante es la que el propio Código Penal hace de las penas en función de su naturaleza y duración (art. 33 CP)<sup>29</sup>. Esta clasificación constituye un marco prácticamente cerrado en el que el legislador debe seleccionar la pena que considere adecuada para una concreta infracción penal, definiendo de esta manera el grado de gravedad de aquélla.

Bien distinto es el panorama en el Derecho Administrativo Sancionador. Éste carece de un cuadro general de las sanciones, que clasifique a éstas en distintos niveles de gravedad en función de su naturaleza y extensión. Ciertamente, el casuismo en la tipología de las sanciones administrativas hace que éste sea un trabajo hartamente difícil. Sin embargo, esto no justifica que al menos para las sanciones administrativas más habituales —verbigracia, la multa— no se pudiera establecer un sistema de estas características, que previera igualmente algún mecanismo que tuviera en cuenta la depreciación de la unidad monetaria a lo largo del tiempo. En el ámbito administrativo, la calificación del grado de gravedad de la infracción no se hace depender de la sanción que lleva pareja, sino del caprichoso y voluntarista criterio del legislador, aunque éste se acompañe de criterios tales como el daño ocasionado, la existencia de dolo, etc. Nada justifica que la calificación de una infracción como grave o leve tenga que hacerse depender de concretas circunstancias del sector del ordenamiento que se trate (si es la legislación sanitaria, del riesgo o daño ocasionado sobre la salud; si es la legislación de contrabando, del valor de los bienes; si es la legislación laboral, de la entidad del derecho afectado, etc.) El único elemento que puede calificar externamente la gravedad de una infracción es su penalidad; sin perjuicio de que todos esos criterios sean los que deba tener en cuenta el legislador a la hora de encuadrar las concretas conductas en las clasificaciones preestablecidas<sup>30</sup>.

#### 4.2. Modalidades empleadas por el legislador

Las fórmulas positivas empleadas para establecer la relación entre la infracción y la sanción son muy variadas<sup>31</sup>. Expongamos un cuadro general<sup>32</sup>:

(29) Por ej., la privación del derecho a la tenencia y porte de armas es una pena grave si es superior a seis años; es menos grave, si es entre un año y un día y seis años; y leve, si es de tres meses a un año.

(30) En esta misma línea, vid. I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, Barcelona, Cedecs, 2000, págs. 157-160, quien utiliza esta hipotética clasificación como un criterio que ayudaría a determinar el alcance lícito de la colaboración reglamentaria a la hora de la determinación de los tipos e incluso llega a proponer como límite máximo de las sanciones leves la cuantía de 50.000 ptas.

(31) Quedan fuera aquellos supuestos en los que no se aprecia un mínimo esfuerzo por parte del legislador de efectuar esta relación entre la infracción y la sanción. Un buen ejemplo de ello es la Ley de Protección Civil, donde la tipificación de la multa como sanción y su cuantía máxima —la mínima ni siquiera es posible— ha de deducirse de la atribución de competencias sancionadoras a distintos órganos, remitiendo al reglamento no sólo la clasificación de las infracciones por su gravedad sino también la determinación de la sanción que a cada grado corresponde. Todo ello en una clara conculcación del principio de reserva de ley.

(32) Otras sistematizaciones, J. TORNOS, «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», REDA, núm. 7, 1975, octubre-diciembre, págs. 607 y ss.; I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema...*, op. cit., págs. 144-ss.

**a) Determinación individualizada**

Las sanciones se establecen de forma individualizada para cada infracción. Como acabamos de señalar, éste es el sistema general empleado en el Código Penal y la excepción en el Derecho Administrativo Sancionador<sup>33</sup>.

Posiblemente, una de las manifestaciones más puras de este sistema se encuentra en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, que en el apartado 1 de su art. 76 enumera las infracciones administrativas sin clasificación alguna y en los siguientes apartados enumera la sanción aplicable a cada uno de los tipos.

**b) En función del grado de gravedad de la infracción**

Se establece una clasificación de las infracciones por su gravedad, previéndose las sanciones y su extensión para cada uno de los grados. Éste es el sistema más generalizado, especialmente, desde el momento en el que la LAP establece en su art. 129.1 que "las infracciones administrativas se clasificarán por la ley en leves, graves y muy graves".

Entre otros muchos, vid. los arts. 26, 27 y 28 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada; arts. 35 y 36 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; o el artículo de la Ley 4/1998, de 3 de marzo, sobre régimen sancionador previsto en el Reglamento CE 3093/1994, del Consejo, de 15 de diciembre, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

A pesar de lo establecido por la LAP, nos podemos encontrar con otras situaciones, sobre cuya licitud nos pronunciaremos más adelante:

— En primer lugar, aquellas leyes, generalmente anteriores a la LAP, que no establecen clasificación alguna —en concreto, las que siguen el sistema expuesto en el apartado precedente—.

— En segundo lugar, aquellas leyes que o bien añaden un cuarto escalón —así, la Ley de Aguas y la de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre distinguen entre infracciones leves, menos graves, graves y muy graves— o bien sólo prevén infracciones para alguno o algunos de los grados propuestos por la LAP.

Entre leyes anteriores a la LAP, la Ley de Costas clasifica las infracciones sólo en leves y graves. Con posterioridad a la LAP, el Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes de servicios o telecomunicaciones en edificios, sólo tipifica una infracción muy grave y otra leve; o la Ley 27/1998, de 13 de julio, de sanciones aplicables a las infracciones de las normas establecidas en el Reglamento CE 2271/96, relativo a la protección frente a la aplicación extraterritorial de la legislación de un país tercero, que sólo prevé infracciones graves y leves.

— Finalmente, aquellos supuestos en los que la Ley establece una clasificación de las sanciones en función del grado de gravedad de las infracciones, pero no clasifica simultáneamente

(33) La causa de que esto sea así ha de buscarse en la propia extensión cuantitativa de las infracciones administrativas y en la dificultad añadida que suponen las tipificaciones por remisión (vid. A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., 1994, Madrid, Tecnos, págs. 310-311).

amente las infracciones por su gravedad —o se limita a hacerlo formalmente—, sino que, tras su enumeración, habilita expresamente a la potestad reglamentaria de la Administración para que realice esta clasificación o utiliza una fórmula tan amplia que deja incluso abierta la posibilidad de que esta clasificación se realice por el órgano competente para sancionar en cada supuesto concreto<sup>34</sup>. Lo que sí establece la Ley es una serie de criterios genéricos a partir de los que el reglamento debe realizar esa calificación, aunque bien es cierto que no se especifica cuál sea la trascendencia agravatoria de tales criterios y, en ocasiones, se mezclen verdaderos criterios de calificación con otros más propios de la individualización de la sanción (por ej., el beneficio obtenido)<sup>35</sup>.

b) En función del grado de gravedad de la infracción

Art. 35 LGDCU:

"Las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia."

La Ley de Aguas, tras enumerar en su art. 108 las infracciones administrativas, añade en su art. 109 que:

"las citadas infracciones se calificarán reglamentariamente de leves, menos graves, graves y muy graves, atendiendo a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso (...)"

Esta forma de proceder no sólo tiene su punto de partida en un planteamiento erróneo, cual es que "todas las infracciones abstractamente consideradas son igualmente reprochables y que sólo ciertas circunstancias no incorporadas a los tipos permiten diferenciarlas a estos efectos"<sup>36</sup>; sino que además puede vulnerar diversos principios constitucionales como el de igualdad<sup>37</sup>, proporcionalidad o predeterminación normativa. En concreto, la jurisprudencia ha entendido que esta forma de proceder vulnera el art. 25.1 CE, "con arreglo al cual no sólo debe figurar en la Ley la definición de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas". Y para esa correspondencia, ciertamente, la calificación de la gravedad de cada tipo es un elemento esencial. Entre otras, vid. la STS de 9 de noviembre de 1993 (Ar. 8954) que declara nula la imposición de una sanción porque se trata de "una infracción no clasificada".

(34) El art. 154 del Reglamento de VPO de 1968, tras una tipificación, añade como infracción "el incumplimiento por acción u omisión de las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de VPO se considerará como infracción, aunque no esté comprendida en el artículo anterior. Su calificación como leve, grave o muy grave se hará por el órgano que resuelva el expediente, teniendo en cuenta la trascendencia de los hechos y el grado de malicia del infractor".

(35) I. PEMÁN GAVÍN, *El sistema...*, op. cit., pág. 146.

(36) M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, págs. 717 y ss.

(37) M. REBOLLO PUIG, *ibidem*, págs. 727-729.

da por la Ley en leve, menos grave, grave o muy grave (...), de donde resulta que la calificación como grave de la infracción no se ha hecho por Ley, sino por Reglamento, en clara vulneración del artículo 25.1 de la Constitución"; o la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 12 de marzo de 1999 (Ar. 688, JA 6) en la que, al analizar una ley autonómica que remite al reglamento la calificación de las infracciones por su gravedad, se considera que "la predeterminación legal de las sanciones que correspondan a las infracciones tipificadas en la Ley está, ciertamente, en entredicho, pues la calificación de la infracción, que se remite al Reglamento, determina la sanción que corresponderá a la misma. La indicación de criterios, que deberá seguir el Reglamento en la calificación de las infracciones, no es suficiente a los efectos de cumplir con el contenido esencial de la reserva de ley en materia sancionadora".

En definitiva, el establecimiento por parte de la ley de una serie de criterios en virtud de los que el reglamento proceda a clasificar las infracciones por su gravedad no respeta el principio de legalidad, pues éste exige que la calificación de los tipos por su gravedad se contenga expresamente en la ley. Lo que sí podría hacer la Ley es utilizar estos mismos criterios para definir un concreto grado de gravedad, dejando así abierta la posibilidad a una colaboración reglamentaria que podrá encuadrar concretos tipos en dichas calificaciones.

El art. 35.C) LGS califica como infracciones muy graves "las que se realicen de forma consciente y deliberada, siempre que se produzca un daño grave".

Muy próximos a esta forma de proceder —planteando, por tanto, problemas similares— se encuentran aquellos supuestos en los que el legislador, una vez enumerados los tipos, destaca de éstos sólo los más graves —aunque, a veces, ni siquiera de forma agotadora<sup>38</sup>—; o bien se limita a recoger las infracciones más graves, remitiendo el resto al desarrollo reglamentario.

En todos estos supuestos, generalmente, se establecen una o varias sanciones, acumulativas o alternativas, que, en principio, pueden ser impuestas a cualquier tipo de los encuadrados en el grado de gravedad de que se trate. En ocasiones, la Ley señala las sanciones correlativas al grado de gravedad de las infracciones, aunque, al mismo tiempo, dentro de cada grado también se prevén sanciones concretas en función del tipo.

(38) Por ej., los arts. 90 y 91 de la Ley de Costas; o el art. 39 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, que, tras establecer los criterios en función de los que se calificarán las infracciones en leves, menos graves, graves y muy graves, añade que "en todo caso, atendiendo al valor natural y a la importancia del bien jurídico protegido, se calificarán como muy graves las infracciones comprendidas en los números 1, 6 y 7 del artículo anterior".

**EL ESTABLECIMIENTO  
POR PARTE DE LA LEY DE  
UNA SERIE DE CRITERIOS  
EN VIRTUD DE LOS QUE  
EL REGLAMENTO PROCEDA  
A CLASIFICAR  
LAS INFRACCIONES  
POR SU GRAVEDAD  
NO RESPETA EL PRINCIPIO  
DE LEGALIDAD**

Esto es, no todas las infracciones muy graves, graves o leves previstas por la legislación de que se trate van a tener el mismo marco punitivo abstracto, y para algunas de ellas jugaría una determinación individualizada.

El art. 97.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, establece que: "para las infracciones graves, la sanción será:

- a) En los supuestos de los apartados a), d), f), g) e i) del artículo 91.2, multa de hasta 50 millones de pesetas.
- b) En los supuestos de los apartados b), e) y h) del citado artículo, multa de 50 por ciento del valor de las obras e instalaciones cuando estén en dominio público o en la zona de servidumbre de tránsito, y del 25 por ciento en el resto de la zona de servidumbre de protección.
- c) En los supuestos del apartado c), multa equivalente al 100 por ciento del valor de los materiales extraídos o hasta 50 millones de pesetas en caso de incumplimiento de las limitaciones a la propiedad".

#### 4.3. Valor de la regla recogida en el artículo 129.1 LAP in fine

Como se ha dicho, el art. 129.1 LAP establece que "las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves". Si se reflexiona sobre los datos que acaban de exponerse, se puede concluir que la utilidad de esta previsión es más que discutible, pues al no establecer una tipología y extensión en la que el legislador sectorial deba moverse a la hora de establecer las sanciones correspondientes a cada grado, origina que, por ejemplo, la misma sanción pecuniaria para una ley sea leve, para otra grave y para otra muy grave (así, un millón de pesetas es una sanción para infracciones leves de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-riesgo; para infracciones graves de la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en los espectáculos taurinos; o para ciertas infracciones muy graves de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada). Esto no sólo suprime cualquier lógica y racionalidad al sistema, sino que, al mismo tiempo, origina que la única consecuencia que la LAP deriva de esta clasificación —establecimiento de unos plazos supletorios de prescripción para las infracciones y sanciones— devenga arbitraria<sup>39</sup>. Más aun, cuando, en ocasiones, una misma sanción y con la misma extensión puede ser incluso impuesta para infracciones de distinto grado tipificadas por la misma Ley.

En la Ley de Seguridad Privada, una sanción de cinco millones de pesetas es la correspondiente a una infracción grave cometida por una empresa de seguridad o a una infracción muy grave cometida por el personal de seguridad<sup>40</sup>.

(39) Vid. M. REBOLLO PUIG, "Comentario al art. 64", en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, dir. R. BERCOVITZ y J. LEGUINA, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 930.

(40) En este concreto supuesto, parece que hay un intento de introducir en la pena legal abstracta un elemento que en ocasiones se recoge expresamente para ser tenido en cuenta por el órgano competente en la individualización de la sanción: la capacidad económica del infractor.

Aquellas leyes que sólo establecen la extensión máxima de la sanción y omiten la mínima. Por ej., el art. 39 de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-riesgo y de sus sociedades rectoras, prevé para las infracciones graves una "multa por importe no superior a 25 millones de pesetas" y para las leves "multa de hasta un millón de pesetas".

En sí mismo, el mandato que el art. 129.1 *in fine* de la LAP dirige al legislador estatal y autonómico es un formalismo estéril que no puede considerarse básico a los efectos de lo previsto en el art. 149.1.18 de la CE, pues —como se ha expuesto— ni siquiera es capaz de garantizar a los administrados un tratamiento común. A lo sumo, tal protección pudiera encontrarse en la vinculación que la LAP establece entre estas clasificaciones y el establecimiento de unos plazos de prescripción de carácter meramente supletorio para todas las infracciones y sanciones<sup>41</sup>. En este sentido, no se puede defender seriamente que aquellas leyes que mantienen una calificación distinta o carecen de ésta, pero señalan expresamente el plazo de prescripción para las infracciones y sanciones correspondientes, vulneran lo establecido en la LAP<sup>42</sup>. No obstante, bien es cierto que una racionalización y simplificación en la actuación administrativa no hace vano este intento de normalización en las calificaciones utilizadas, aunque para que fuera un instrumento verdaderamente útil —e incluso desempeñara un papel vertebrador— sería necesario que se avanzara en la línea de una clasificación general de los tipos de sanciones y extensión, donde el legislador debiera moverse a la hora de calificar las infracciones y establecer las sanciones correspondientes a cada grado.

### III. HACIA UNA CONCRECIÓN NORMATIVA DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Ya se advirtió que, con carácter general, el Derecho Administrativo Sancionador carece de una fase en la que el propio legislador, sin descartar una colaboración reglamentaria, avance un paso más en la concreción de la sanción en atención a diversos elementos generalmente comunes a todas las infracciones administrativas. *Lege ferenda*, sería muy oportuna una ley básica estatal sobre el ejercicio de la potestad sancionadora por las Administraciones Públicas, como elemento integrante del régimen jurídico de éstas<sup>43</sup>, que regulara, entre otras cuestiones, estos aspectos, pues, por ejemplo, no tiene mucho sentido que cada ley configure la reincidencia o la reiteración de manera diversa<sup>44</sup>. Si atendemos a los elementos que se tienen en cuenta en el Derecho Penal para esta concreción legal, destacaríamos: el *iter criminis*, el grado de participación de los sujetos inter-

(41) Por tanto, las objeciones que se podrían hacer a la calificación ya mencionada de la Ley de Aguas y a la de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre no residen en que añadan un cuarto grado, sino en el dato de que ninguna de ellas establece un plazo para la prescripción de las sanciones, con la consiguiente dificultad en la aplicación de los plazos supletorios establecidos por la LAP.

(42) Por su parte, J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO consideran que este precepto tiene un valor meramente orientativo en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Civitas, Tomo II, 2ª ed., 1999, pág. 2.585.

(43) Vid. J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., págs. 29-32.

(44) Al respecto, el contenido de la Ley del País Vasco 2/1998, de 20 de febrero, de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, sería más propio de esa legislación básica estatal que de una ley autonómica.

vinientes, las denominadas circunstancias y los concursos<sup>45</sup>. Veamos el papel que cada una de estas figuras puede jugar en el ámbito que nos ocupa, dejando, por su propia extensión, para el siguiente epígrafe el estudio de las circunstancias.

### 1. El iter criminis

Lo tradicional en el Derecho Administrativo Sancionador es la exclusiva punibilidad de las infracciones consumadas, quedando impune el grado de tentativa. Precisamente, ésta ha sido la regla plasmada por el RPS en su artículo 4.1: "Sólo se podrán sancionar infracciones consumadas (...)".

No obstante, ha de advertirse que la trascendencia práctica de esta regla es menor de lo que en un primer momento llegara a pensarse, pues no es infrecuente que una conducta que pudiera ser considerada como tentativa de una infracción realice todos los elementos de otra infracción consumada y, como tal, sancionable<sup>46</sup>.

El art. 316.c) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en la redacción dada por el Real Decreto 419/1993, de 26 de marzo, que tipifica "la derivación de aguas de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa, así como la realización de trabajos o mantenimiento de cualquier medio que hagan presumir la continuación de la captación abusiva de las mismas (...)".

El art. 117 de la Ley 7/1995, sobre normas reguladoras de la caza y pesa fluvial de animales silvestres en la Región de Murcia, que califica como infracción leve, "la tenencia en las proximidades del río de redes o artefactos de uso prohibido, cuando no se justifique razonablemente su aplicación a menesteres distintos de la pesca", en relación con la infracción muy grave de "pescar haciendo uso de aparatos accionados por electricidad o con luces artificiales (...), de aparatos electrocutantes o paralizantes (...)".

### 2. El grado de participación de los sujetos intervinientes

No corresponde ahora un estudio de los sujetos responsables en el Derecho Administrativo Sancionador<sup>47</sup>, sino sólo precisar si en una infracción administrativa cabe

(45) Bien entendido que las reglas relativas al iter criminis y al grado de participación no son normas de modificación de la pena, sino "la utilización, por parte del legislador, de una técnica abreviada para la determinación del marco penal abstracto en tales supuestos, paralela a la técnica abreviada que utiliza para declarar su punibilidad" (M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, op. cit., pág. 923).

(46) M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la Inspección de Consumo. Con especial referencia a la inspección local*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1998, pág. 75.

(47) En concreto, sobre los sujetos responsables de las infracciones de consumo, vid. M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, "Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final", *Estudios sobre Consumo*, núm. 56, 2001, págs. 69 a 98.

distinguir distintos sujetos responsables y cuál sea la trascendencia de este dato sobre la determinación de la sanción para cada uno de ellos.

El art. 27 del Código Penal establece que "son responsables penalmente de los delitos y las faltas los autores y los cómplices". Y el art. 28 añade que son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento; los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo; y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

El Derecho Administrativo carece de una regulación general de carácter similar, sin perjuicio de que algunas leyes contengan precisiones al respecto.

El art. 90 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero) establece que "incurrirán en responsabilidad no sólo los autores de una falta, sino también los jefes que la toleren y los funcionarios que la encubran, así como los que induzcan a su comisión".

El art. 75 de la Ley del Patrimonio Histórico Español que, en relación con la infracción de exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico, establece la responsabilidad de "cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieren facilitado o hecho posible". En la misma línea, según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, "incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes" (art. 47.1).

Si no existen estas previsiones específicas, los principios de legalidad y tipicidad obligan a concluir que sólo son responsables los que puedan considerarse autores en sentido estricto, esto es, los que hayan realizado propiamente la acción típica y no los cómplices, encubridores, inductores o cooperadores necesarios de conductas ajenas<sup>48</sup>. Quizás esta solución no sea desafortunada si se tiene en cuenta la ya de por sí considerable extensión de las infracciones administrativas.

(48) M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual...*, op. cit., pág. 112. Algo de esto hay, aunque no se mencione en los razonamientos, en las SSTSJ de Extremadura de 19 de febrero y 5 de marzo de 1998 (Ar. 287 y 781) y 25 de marzo de 1999 (Ar. 674), en las que se anula las sanciones impuestas al constructor de un pozo, pues éste no es sino un partícipe en una infracción ajena del propietario del terreno: "el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa" [art. 108.b) de la Ley de Aguas].

**LO TRADICIONAL EN EL  
DERECHO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR ES  
LA EXCLUSIVA PUNIBILIDAD  
DE LAS INFRACCIONES  
CONSUMADAS, QUEDANDO  
IMPUNE EL GRADO DE  
TENTATIVA. NO OBSTANTE,  
NO ES INFRECUENTE QUE  
UNA CONDUCTA  
QUE PUDIERA SER  
CONSIDERADA COMO  
TENTATIVA REÚNA TODOS  
LOS ELEMENTOS DE OTRA  
INFRACCIÓN CONSUMADA  
Y, COMO TAL,  
SANCIONABLE**

Cosa distinta es que, al igual que se ha advertido en el apartado anterior, la extensión cuantitativa de las tipificaciones administrativas lleve a que, en ocasiones, conductas de participación en una infracción ajena estén cometiendo todos los elementos de otra infracción.

Una figura próxima a la inducción puede encontrarse en el art. 27.5.a) de la Ley catalana 9/1995, de 27 de julio, reguladora del acceso motorizado al medio natural, cuando tipifica como infracción muy grave el "realizar anuncios publicitarios en cualquier medio de difusión que inciten a no respetar la legislación vigente en materia de circulación motorizada en el medio natural o contrarios a los principios que la inspiran".

El art. 2.3.2 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, tipifica la "promoción o venta para uso alimentario o la utilización o tenencia de aditivos o sustancias extrañas cuyo uso no esté autorizado (...)". Esto es, se tipifican autónomamente conductas que pudieran considerarse como inducción (la promoción), participación en una ajena (el que vende un aditivo no autorizado a un empresario para su uso), o incluso de grado de ejecución de la infracción (mera tenencia del aditivo no autorizado).

En otros casos, puede ser la propia amplitud material del tipo, la que integre en su ámbito no sólo al autor en sentido estricto, sino también a otros partícipes en la acción.

El art. 2.1.i) del RD 1649/1998, de 24 de julio, que desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, sobre represión del contrabando, estatuye que incurren en infracción administrativa de contrabando los que "alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español (...)".

En cuanto al proceso para determinar la sanción de estas conductas, ni siquiera aquellas leyes que las prevén expresamente como tales, salvo excepciones<sup>49</sup>, establecen criterios propios que no sean los generales de cualquier infracción. Esto es, se sancionan como infracciones autónomas, sin dependencia alguna de la sanción que pudiera corresponder al autor de la acción —llamemos— "principal". No obstante, el principio de proporcionalidad obliga, como regla general, a que aquélla no pueda ser superior a ésta. A este resultado debe llevar bien el propio marco normativo abstracto o la aplicación del criterio "grado de participación", que se acostumbra a enumerar entre los criterios para la graduación de la sanción.

Finalmente, debe advertirse que vulneraría el principio de tipicidad y su exigencia de *lex certa*, la consideración de que la mera mención al "grado de participación" entre los criterios de graduación de la sanción, sin la concurrencia de alguna de las circunstancias a

(49) El art. 69.6 de la Ley del Deporte, tras señalar que de las infracciones serán administrativamente responsables sus autores y quienes colaboren con ellos como cómplices o encubridores, añade que "en estos dos últimos casos, las sanciones económicas que correspondan se reducirán en un 15 y un 25 por ciento, respectivamente".

las que nos hemos referido, supone base suficiente para la punibilidad de las conductas de participación<sup>50</sup>.

### 3. Las modalidades concursales

#### 3.1. Concursos de normas y de infracciones. Las dificultades especiales en el Derecho Administrativo sancionador

No es la intención de este trabajo un estudio en profundidad de las diferentes modalidades concursales entre delitos e infracciones administrativas o sólo entre estas últimas<sup>51</sup>, sino, más modestamente, la exposición de la trascendencia que estas situaciones tienen para la determinación de la sanción y su extensión.

Como es bien sabido, se pueden distinguir dos clases de concursos, con fundamento y consecuencias distintas. Por un lado, el concurso de normas sancionadoras, que existe cuando "un determinado supuesto de hecho es lógicamente subsumible en varios preceptos, uno de los cuales, sin embargo, desplaza a los restantes"<sup>52</sup>; y por otro, el concurso de infracciones, que se origina "cuando un mismo sujeto ha violado varias veces la Ley penal y, por ello, debe responder de varios delitos"<sup>53</sup> (entiéndase infracciones). En el primer supuesto, el principio *non bis in idem* obliga a imponer una sola de las sanciones (en el caso de concurso entre una norma penal y otra administrativa, la primera). Por tanto, sólo indirectamente se trata de un problema de determinación de la sanción y su extensión, pues en puridad es algo previo: la resolución de la norma aplicable. Esto justifica su exclusión de nuestro examen<sup>54</sup>. En el segundo supuesto, ninguna de las dos normas tipificadoras capta en su totalidad el contenido disvalioso del hecho, por lo que, se imponga una sola sanción o varias —no se vulneraría el *non bis in idem*—, habrá de tenerse en cuenta a la hora de su determinación todo el disvalor de las diversas conductas. Por tanto, en este tipo de concursos, el proceso de determinación de la sanción y su extensión adquiere una particular relevancia de la que nos ocuparemos seguidamente.

(50) Así, sobre la discutible base de la inclusión de este criterio en el art. 109 de la Ley de Aguas, el art. 318.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RD 849/1986, de 11 de abril) concreta que "los cómplices y encubridores podrán ser sancionados con multas que oscilarán entre el tercio y los dos tercios de las que correspondan a los autores de la infracción".

(51) Un análisis sectorial de esta cuestión puede encontrarse en M. IZQUIERDO CARRASCO, "Las infracciones administrativas y penales en el ámbito de la metrología: conductas tipificadas", Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje E. Casas Barquero, coord. J.J. GONZÁLEZ RUS, Córdoba, 1996, págs. 358 y ss.

(52) M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, op. cit., pág. 173.

(53) M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, op. cit., pág. 763.

(54) Una exposición de los criterios para la resolución del concurso de leyes en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, añadiendo a los tradicionales del Derecho Penal (especialidad, subsidiaridad y alternatividad, —no se menciona la consunción—), otros específicos del Derecho Administrativo (la voluntad de la Administración y la cronología), en A. NIETO, *Derecho...*, op. cit., págs. 442-444. Vid. también M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 885 y ss.; "Comentario art. 33", en *Comentarios...*, op. cit., págs. 890-891.

A pesar de la aparente claridad teórica en la distinción de estas dos formas concursales —y a veces ni siquiera eso<sup>55</sup>—, su separación no resulta tan evidente en la práctica y menos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, por diversos motivos sustantivos y formales. Entre los sustantivos, la generalmente deficiente tipificación de las infracciones administrativas, que dificulta la determinación de la acción típica, del sujeto activo, de los responsables, etc.; y la propia extensión del Derecho Administrativo Sancionador con infinidad de normas que se superponen sobre la misma realidad, con fundamentos jurídicos que en muchos supuestos no son fácilmente discernibles. Entre los formales, la diversidad de órganos competentes para la imposición de las sanciones administrativas, que dificulta la aplicación práctica de reglas concursales<sup>56</sup>. Todo ello constituye una base poco firme, sobre la que se asienta una jurisprudencia vacilante y de criterios poco precisos y seguros.

### 3.2. Los concursos de infracciones: real e ideal. Reglas de punibilidad. Los regímenes especiales del concurso medial y de la infracción continuada

A nuestro juicio, la teoría del concurso de infracciones no es sino otra manifestación del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Punitivo en general. En principio, el problema es idéntico al que se plantea en el Derecho Penal, por lo que ante la inexistencia de reglas generales en el Derecho Administrativo Sancionador, los criterios y soluciones que en aquel otro Derecho se han formado debieran servir como referentes, a salvo de las soluciones específicas establecidas por alguna legislación sectorial. Así, incluso, lo ha reconocido alguna jurisprudencia:

La STS de 9 de junio de 1999, Ar. 6394, afirma que:

“en ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar como norma subsidiaria de segundo grado (...) para la determinación de la sanción la norma del art. 77 del Código Penal (...)” (concurso ideal).

Siguiendo a COBO DEL ROSAL<sup>57</sup>, existe concurso real cuando el autor realiza varios hechos que constituyen infracciones independientes, pero existiendo una conexidad material entre los diversos hechos, que permite su real o posible enjuiciamiento unitario. Por su parte, el concurso ideal precisa la consideración combinada de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario. Sintéticamente, concurso real

(55) Piénsese en los supuestos conocidos como “actos previo y posterior impunes”, sobre los que la doctrina penalista discute si se produce un concurso de leyes o de delitos (vid. M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, op. cit., págs. 178-179). Se trata de actos que, considerados aisladamente, constituyen infracciones independientes, pero que, cuando aparecen unidos a otro hecho, resultan ya penados con el castigo de éste. Si se configura este supuesto como concurso de leyes, como ha destacado REBOLLO PUIG (*Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 889-890), la regla de la consunción puede ser útil para impedir que, como consecuencia de la defectuosa tipificación, una conducta unitaria dirigida a un único resultado lesivo se descomponga en múltiples hechos ilícitos con diversas sanciones. Sin embargo, resulta muy revelador el hecho que la sentencia que este autor cita como ejemplo de ello (STS de 13 de julio de 1986, Ar. 3607, sobre unas infracciones consistentes en parcelación ilegal y realización de obras sin licencia), sea recogida por A. NIETO (*Derecho...*, op. cit., pág. 451) y por J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO (*Comentarios...*, op. cit., II, págs. 2667-2668) dentro del concurso medial de infracciones.

(56) Sobre este problema, vid. M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 898-899 y A. NIETO, *Derecho...*, op. cit., pág. 448.

(57) *Derecho Penal*, op. cit., págs. 769 y ss.

(varios hechos, varias infracciones); concurso ideal (un hecho, varias infracciones). Por tanto, en estos supuestos, la mayor dificultad de delimitación se encuentra en discernir si existe o no identidad de hecho en la acción imputada. Sin embargo, ése es un problema previo que escapa a nuestro objeto de estudio que no es otro que las reglas de punibilidad de estos concursos<sup>58</sup>.

a) En cuanto al concurso real su regla de punibilidad en el Derecho Penal es la simple acumulación de sanciones. Esa misma debe ser la solución en el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, esta regla cuenta con dos modulaciones, el concurso medial y la infracción continuada. Estos tipos de concurso real sí gozan de una regulación general en nuestro ámbito que, a pesar de contenerse en una norma de carácter meramente reglamentario con una ámbito determinado, recoge reglas lógicas que la trascienden:

El art. 4 RPS:

"4. En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida (...)

6. No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

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

El apartado 4º se refiere a lo que se conoce como concurso medial y que, en palabras de la STS de 20 de mayo de 1999, Ar. 4158, JA 6, exige "una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás y viceversa, por lo que es indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras". La

**LA ACUMULACIÓN DE  
SANCIONES ES LA REGLA  
DE PUNIBILIDAD QUE RIGE  
EN EL CONCURSO REAL  
DE INFRACCIONES, QUE EN  
EL ÁMBITO DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO CUENTA  
CON DOS MODULACIONES:  
EL CONCURSO MEDIAL  
Y LA INFRACCIÓN  
CONTINUADA**

(58) Sobre esta cuestión, vid. A. NIETO, págs. 448-450, donde se inclina por el criterio normativo típico y no por el natural; M. REBOLLO PUIG, "Comentario al art. 33", *Comentarios...*, op. cit., págs. 887-889.

regla de punibilidad que se establece es la de la imposición de la sanción correspondiente a la infracción más grave. La redacción del precepto, aunque loable en su intención, genera algunas disfunciones:

– En primer lugar, se habla de la sanción correspondiente a la infracción más grave, lo que, como expusimos más arriba, no significa que aquella que aparezca calificada como infracción más grave haya de tener necesariamente atribuida una sanción superior a la otra que se califica como menos grave. Como se dijo, esta situación es impensable en el Código Penal, por lo que la regla concursal lógica en el Derecho Administrativo Sancionador sería referirse no a la gravedad de la infracción sino directamente a la de la sanción.

– En segundo lugar, la regla que se ha previsto consiste en la simple absorción de sanciones y no, como en el Código Penal, de una absorción con agravación. Esto es, en principio la Administración una vez determinada la infracción más grave, puede sancionar ésta en toda su amplitud y no, como señala el Código Penal, en su mitad superior. Sin embargo, en nuestra opinión, el juicio de reprochabilidad obliga a ello, por lo que la Administración ha de apreciar necesariamente que una infracción va a quedar impune como un elemento para la agravación de la sanción, sin necesidad de que “la concurrencia con otras infracciones” se recoja expresamente entre los criterios para graduación de la pena.

Por su parte, el apartado 6º se refiere a lo que se conoce como infracción continuada, aunque en algún momento parece que se está refiriendo más bien a la infracción permanente<sup>59</sup>, pero no para establecer cuál es su punibilidad sino para regular ciertos aspectos procedimentales. En cualquier caso, lo que sí puede deducirse del segundo párrafo es que se impondrá una sanción unitaria, “apreciando las circunstancias de gravedad que concurren en el caso” (STS de 12 de marzo de 1999, Ar. 3729, JA 6).

b) La regla prevista por el Código Penal para el concurso ideal es la aplicación de una sola pena, la prevista para la infracción más grave en su mitad superior. Esto es, una absorción con agravación. La regla de la simple absorción ha sido recogida expresamente por alguna legislación sectorial –aunque el juicio de reprochabilidad conllevará generalmente la mencionada agravación–.

Art. 94.2 Ley de Costas: “Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción”.

Algo de esto también puede verse en aquellas leyes que entre los criterios para la determinación de la sanción incluyen, a modo de agravante, la lesión de otro interés público, que generalmente tendrá su propia tipificación.

(59) STS de 24 de octubre de 1998, Ar. 8849, JA 4, establece que “son, pues, requisitos o condiciones de la infracción, para que pueda calificarse de continuada (...) a saber: la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito, y su tipificación en idéntico precepto, que tampoco cabe confundir con la infracción (...) permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos”.

El art. 112 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de los Hidrocarburos, incluye entre las circunstancias de graduación “el peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente”.

En defecto de una previsión específica, como ya adelantamos, la jurisprudencia ha aplicado como norma subsidiaria de segundo grado la determinación de la sanción prevista en el art. 77 CP.

Finalmente, sólo resta decir que, en ocasiones, como es habitual en el Derecho Administrativo Sancionador, las situaciones concurrenciales tienen su respuesta en la tipificación de infracciones.

Art. 36 de la LGS que considera infracciones graves “las que sean concurrentes con otras infracciones sanitarias leves, o hayan servido para facilitarlas o encubrir las”<sup>60</sup>.

### IV. EN ESPECIAL, LAS CIRCUNSTANCIAS

#### 1. Fundamento

Se podría trasladar al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador la polémica existente en la doctrina penalista sobre el ámbito propio de estas circunstancias. En primer lugar, podría discutirse si se trata de elementos modificativos de la infracción administrativa y, por tanto, su ámbito sería el de la teoría de la infracción administrativa; o, por el contrario, simples mandatos formales de agravar o atenuar la sanción y, por tanto, dentro de la teoría de la sanción administrativa. Sin embargo, no creemos que éste sea el lugar apropiado para una exposición de los argumentos que pueden llevar a una u otra solución y que dependen de la concepción dogmática adoptada<sup>61</sup>. La posición, hoy por hoy, dominante en la doctrina penalista es la reconducción sistemática de las circunstancias a la estructura del delito —entiéndase infracción administrativa—.

No obstante, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, donde el número de “circunstancias” recogidas por el legislador es considerablemente superior a las previstas en el Código Penal, no es fácil ni inequívoca la determinación del elemento de la infracción administrativa —fundamentalmente, antijuridicidad y culpabilidad— que se considere modificado por una concreta circunstancia; ni siquiera, si todas pueden reconducirse a uno de estos dos elementos (piénsese en la “reparación por el infractor del daño causado”, que sólo se puede justificar en razones pragmáticas de una más eficaz protección de los intereses públicos; o en la “capacidad económica del infractor” que, más bien, se relaciona con el fin de la pena). Esto podría hacer oportuno la distinción entre aquellas que se pueden reconducir a la estructura del delito (la intencionalidad, la importancia del daño causado, etc.) y aquellas que son simples mandatos de agravar o atenuar la san-

(60) Sobre este precepto, vid. M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 895 y ss.

(61) Una amplia exposición de las diversas posturas mantenidas por la doctrina penalista, en función de las distintas concepciones dogmáticas de cada autor, en M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid, Vol. II, 1981, págs. 382-432. Vid. también M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, op. cit., pág. 879.

ción. O más aún, de la reconducción de todas ellas al segundo grupo —por tanto, a la teoría de la sanción administrativa—, lo que quizás incluso sea más acorde con la propia voluntad del legislador que acostumbra a enumerarlas no a propósito de las infracciones administrativas —en el Código Penal se incluyen dentro del Título I, “De la infracción penal”—; sino tras la enumeración de las sanciones y con el título “criterios de graduación de las sanciones”.

## 2. Clasificación: circunstancias genéricas y específicas

En función de cómo se recojan estas circunstancias, hemos de distinguir dos supuestos:

a) Aquellas circunstancias que, en principio, se predicen con carácter general de cualquier infracción administrativa o grupo de éstas. Esto es, las recogidas en el art. 131.3 LAP o aquellas previstas específicamente por cada legislación sectorial<sup>62</sup>. En ambos casos, estas circunstancias, en abstracto, son susceptibles de ser tenidas en cuenta en todas las infracciones administrativas o en todas aquellas tipificadas en una concreta ley. Se trata de circunstancias que no forman parte constitutiva del tipo, por lo que la infracción existe concurran o no. Son un elemento accidental que entra en juego una vez precisada la infracción administrativa y, en su caso, la gravedad de ésta. Su función es la de determinar no sólo cuál vaya a ser la extensión de la sanción que se imponga, sino, incluso, cuál sea dicha sanción<sup>63</sup>. Esto es, afectan a la cualidad y quantum de la sanción. Son las que se conocen en el Derecho Penal como circunstancias genéricas o comunes<sup>64</sup>. Precisamente, es ese ámbito de aplicación indiscriminado el que genera importantes problemas en cuanto a su propia trascendencia y eficacia. En cualquier caso, deberá ser la Administración la que pruebe en el expediente la concurrencia de alguna de estas circunstancias, o su propia intensidad, para poder tenerlas en cuenta (vid. STS de 7 de julio de 1998, ponente: A. Martí García, Ar. 5899, FJ 6º; STSJ Andalucía (Granada), de 20 de julio de 1998, Ar. 2491).

b) Aquellas circunstancias que se incluyen en el propio enunciado del tipo. En ocasiones, el legislador decide que concretas circunstancias transmuten su naturaleza de elementos accidentales a elementos constitutivos de un determinado tipo infractor. En estos supuestos, la infracción administrativa sólo existe cuando concurre dicha circunstancia. Se trata de tipos especialmente cualificados. Son las denominadas por la doctrina penalista como circunstancias específicas o especiales<sup>65</sup>.

(62) Así, el art. 122.1 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante establece que “la cuantía de las multas y la aplicación de las sanciones accesorias se determinará en función del beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la relevancia externa de la conducta infractora, la negligencia o intencionalidad del sujeto infractor, el daño causado, el número de infracciones cometidas, así como por cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el grado de reprochabilidad de la infracción, en un sentido atenuante o agravante”.

(63) La Ley de Costas establece que “en caso de reincidencia en infracciones graves se podrá declarar la inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones por un plazo de uno a tres años” (art. 94.4).

(64) M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., págs. 874-875.

(65) M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, *ibidem*.

El art. 40 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, tipifica como infracción grave "el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los asegurados o al público en general (...)". Ese mismo hecho se tipifica como infracción muy grave cuando "por el número de afectados o por la importancia de la información, tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante". Esto es, el número de afectados y la importancia de la información son dos elementos constitutivos del tipo.

En ocasiones, se hace un uso poco razonable de este último supuesto. En concreto, se utilizan ciertos criterios relativos a la cualidad del sujeto (por ej., la reincidencia) para definir un tipo más grave, cuando la acción sigue siendo la misma.

Entre otras muchas, el art. 40.3. p) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, tipifica como infracción muy grave "las infracciones graves, cuando durante los cinco años anteriores a su comisión hubiera sido impuesta a la entidad aseguradora sanción firme por infracción grave tipificada en la misma letra del número 4 del presente artículo". Y el art. 40.4.p) califica como infracción grave "las infracciones leves, cuando durante los dos años anteriores a su comisión hubiera sido impuesta a la entidad aseguradora sanción firme por cualquier infracción leve".

El art. 70 de la Ley Vasca de Ordenación del Turismo que, con una fórmula poco afortunada en el verbo elegido, establece que "en caso de reincidencia, la infracción podrá clasificarse como correspondiente a la categoría de infracciones inmediatamente superior".

Sin duda alguna, esta forma de proceder se utiliza para obtener una mayor sanción y subsanar así, en parte, la propia deficiencia en la regulación del alcance de las circunstancias modificativas de la responsabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. Sin embargo, en principio, no parece de un excesivo rigor técnico la inclusión en los tipos de elementos que tienen su encaje más propio en la fase posterior de determinación de la extensión de la sanción. Además, su aplicación puede originar, en algunas ocasiones, situaciones injustas<sup>66</sup>.

**LA REGLA GENERAL  
ES QUE LA FUNCIÓN  
DE DETERMINACIÓN DE  
LA EXTENSIÓN DE LA  
SANCIÓN QUE TIENEN  
LAS ATENUANTES O  
AGRAVANTES SE  
DESARROLLA DENTRO  
DE LOS MÁRGENES QUE SE  
ESTABLEZCAN PARA CADA  
UNO DE LOS GRADOS DE  
GRAVEDAD DE  
LAS INFRACCIONES**

(66) Una exposición de algunas de estas situaciones con relación a las infracciones alimentarias, en M. REBOLLO PUIG, *Potencial sancionadora...*, op. cit., págs. 727-729.

Puesto que el objeto de nuestro estudio es el proceso de determinación de la sanción, es únicamente el primer tipo de circunstancias el que nos interesa.

### 3. La funcionalidad de las circunstancias: atenuación y agravación en la determinación de la sanción. Inexistencia de criterios generales

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, estas circunstancias "atemperan o modulan la excesiva rigidez que podría derivarse de una aplicación mecánica de las fórmulas sancionadoras sin atender a la personalización de las sanciones" (STC 76/1990, de 26 de abril). Y como esa misma Sentencia añade, esta atemperación, dentro de los límites máximos y mínimos establecidos para la sanción de que se trate, se puede producir tanto en un sentido atenuante como agravante.

La regla general es que las leyes se limitan a enumerar, habitualmente en términos vagos, una serie de circunstancias, sin especificar si tienen una trascendencia atenuante o agravatoria, ni mucho menos el *quantum* de ésta. Esto tiene como consecuencia que una misma circunstancia (el daño causado, la posición en el mercado del infractor, etc.), según los elementos que concurran en un supuesto dado, pueda tener una u otra virtualidad. A esto hay que añadir las, generalmente, amplias enumeraciones legislativas<sup>67</sup>, con abundantes criterios de consecuencias contrapuestas y que entran en juego simultáneamente sin reglas preestablecidas. Todo ello origina que, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal, no se pueda deducir, en principio, que la mención de estas circunstancias sea una fase de concreción legal de la sanción abstracta; pues su eventual existencia no conlleva en sí misma una concreción legal del margen punitivo atribuido al órgano sancionador. En definitiva, la mayoría de las veces esta enumeración legislativa no reduce lo más mínimo el arbitrio administrativo para determinar la extensión de la sanción<sup>68</sup>. A pesar de ello, la jurisprudencia ha considerado que aquellas normas que no señalan criterio alguno de graduación para la sanción que establecen vulneran el principio de tipicidad<sup>69</sup>. No obstante, a nuestro juicio, esta jurisprudencia debe atemperarse desde el momento que la LAP establece una serie de criterios que deben ser aplicados directamente por el órgano sancionador, con independencia del silencio del legislador sectorial.

En estos supuestos, una vez advertidas las diferencias con el Derecho Penal donde las circunstancias son bastante más tasadas, pueden ser orientadoras para los órganos sancionadores las reglas contenidas en el art. 66 del CP, como concreción positiva del principio de proporcionalidad. Además, aunque sin mencionarlas expresamente, son

(67) J. TORNOS justificaba este hecho en la imposibilidad material de tipificar todas las infracciones, con sus circunstancias objetivas y subjetivas ("Infracción y sanción administrativa...", *op. cit.*, págs. 607 y ss).

(68) En la misma línea, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios...*, II, *op. cit.*, pág. 392.

(69) Vid. SSTs de 15 y 17 de noviembre de 1999, Ar. 8694 y 8267, JA 8.

precisamente algunas de estas reglas las que la jurisprudencia aplica a la hora de enjuiciar la extensión de la sanción administrativa<sup>70</sup>.

No obstante, en ocasiones, a semejanza de lo que ocurre en el Código Penal, las leyes o sus reglamentos de desarrollo

Art. 43.3 de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados:

"A efectos de graduación de las sanciones se dividirán éstas en tres períodos iguales de tiempo o tramos iguales de la cuantía pecuniaria que comprenda la sanción impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos o tramos. Sobre esta base se observarán, para la imposición de las sanciones, según concurren o no las circunstancias determinantes de la aplicación de criterios de atenuación o agravación, las reglas siguientes:

a) Cuando en las infracciones muy graves concurrieren más de dos circunstancias de agravación y, al menos, dos de ellas fueran muy cualificadas, se impondrá la sanción prevista en el artículo 41.1.a) y, en su caso, 42.3.a). Para la graduación en esta última se atenderá, con arreglo a los criterios de las letras c) y siguientes, a la concurrencia de otras circunstancias distintas a las dos de agravación muy cualificadas determinantes de la imposición de esta sanción.

b) Cuando en las infracciones muy graves y graves concurrieren circunstancias de agravación y, al menos, una de ellas fuera muy cualificada, se impondrán las sanciones previstas en el artículo 41.1.b) o 41.2.a), y, en su caso, las del artículo 42.3.b), o 42.4.a), respectivamente, siempre que en las infracciones muy graves no concurren las circunstancias determinantes de la aplicación de lo dispuesto en la letra a) anterior. Además, para la graduación de la sanción se atenderá, en todos los casos y con arreglo a los criterios de las letras subsiguientes, a la concurrencia de otras circunstancias distintas a la de agravación muy cualificada determinante de la imposición de estas sanciones." [Y así hasta la letra g)]. (Vid., RD 1649/1998, que desarrolla la Ley Orgánica sobre represión del contrabando, en lo relativo a las infracciones administrativas de contrabando) regulan expresamente el alcance atenuante o agravatorio de estas circunstancias.

La regla general es que la función de determinación de la extensión de la sanción que tienen estas circunstancias se desarrolla dentro de los márgenes que se establezca para cada uno de los grados de gravedad de las infracciones. Excepcionalmente, alguna legislación ha previsto una alteración en los límites de la sanción de que se trate.

Art. 45 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal:

"5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancio-

(70) Entre otras muchas, vid. la STS de 13 de enero de 1992, Ar. 530, ponente: J.M. Reyes Monterreal, que reduce la sanción a su grado medio, pues no aprecia ninguna circunstancia ni agravante ni atenuante. O la STSJ de Murcia de 5 de febrero de 1999, Ar. 350, JA 5, que tras rechazar la agravante que la Administración argüía, concluye que "por lo que no estando suficientemente motivada la imposición de multa en su grado máximo, procede reducirla al escalón más bajo del grado mínimo".

nador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquélla en que se integra la considerada en el caso de que se trate.

6. En ningún caso podrá imponerse una sanción más grave que la fijada en la Ley para la clase de infracción en la que se integre la que se pretenda sancionar."

Art. 42.3 de la Ley General Penitenciaria: "En los casos de repetición de la infracción, las sanciones podrán incrementarse en la mitad de su máximo".

Esto es lo que el art. 4.3 del RPS parece que ha querido recoger con un alcance general, aunque con una redacción muy desafortunada<sup>71</sup>.

"En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo."

#### 4. Las circunstancias previstas en la LAP. Cuestiones generales

Con carácter general, el art. 131.3 de la LAP recoge una serie de circunstancias que deben ser tenidas en cuenta cualquiera que sea el ámbito material de la infracción, a salvo de lo que después se dirá sobre la reiteración:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Es difícil dilucidar cuáles son las razones que han llevado al legislador a enumerar, atribuyéndole este alcance general, estas concretas circunstancias y no otras. Posiblemente, se haya hecho un esfuerzo en recoger aquellas que, en principio, son susceptibles de predicarse de cualquier infracción administrativa, dejando fuera aquéllas otras que sólo tienen sentido para tipos de infracciones que presentan determinadas características (por ejemplo, la circunstancia de las ganancias obtenidas o la de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa sólo procede en infracciones que puedan generar una ganancia económica o que sean susceptibles de subsanación) o que responden a las especificidades propias de un concreto ámbito material (así, la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establece que en el caso de insuficiencia del margen de solvencia, fondo de garantía y provisiones técnicas, se tendrá en

(71) M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual...*, op. cit., págs. 82-83.

cuenta "las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido").

La literalidad del precepto ("considerándose especialmente") podría hacer pensar en una especial cualificación de estas circunstancias frente a otras posibles. Sin embargo, a nuestro juicio, lo que con tal expresión se ha querido poner de manifiesto es únicamente el carácter no exhaustivo de las circunstancias que allí se mencionan. Por tanto, nada impide —y de hecho es lo normal— que el legislador sectorial añada nuevas circunstancias, con carácter atenuante o agravante, a las previstas en la LAP, que son de aplicación necesaria en todo caso. En este sentido, no puede pasarse por alto el punto de partida de dicho precepto:

"se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada".

Se trata de una proclamación positiva del principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador, dirigida no sólo al legislador sectorial a la hora de establecer la sanción legal abstracta, sino también al órgano administrativo competente para imponer la concreta sanción. A pesar de contener este inciso dicho mandato al órgano sancionador, es discutible si tal dato es base suficiente para que, más allá de las circunstancias recogidas por la LAP o por el legislador sectorial, el órgano sancionador pueda apreciar cualesquiera otras no previstas expresamente. En una primera aproximación, parece que no procede que el órgano sancionador, sobre la base del principio de proporcionalidad, interfiera la aplicación de unos criterios que han sido establecidos por el legislador inspirado por el mismo principio. Sin embargo, ningún problema plantea tal carácter abierto en aquellos sectores donde el legislador no ha previsto criterio alguno para la determinación de la extensión de la sanción (Ley General de Sanidad, LGDCU, ...) o para apreciar circunstancias con consecuencias atenuantes<sup>72</sup>, mas el supuesto de las agravantes merece mayor atención.

En el Derecho Penal, las circunstancias agravantes son un catálogo cerrado, en el que no cabe la aplicación analógica. Sin embargo, el juego de las circunstancias en ambos derechos punitivos es bien distinto: mientras que en el Derecho Penal, éstas actúan todavía en la fase de determinación legal de la pena a través de un proceso en buena medida reglado; en el Derecho Administrativo Sancionador, son criterios que deben

**LA MAYORÍA DE LAS VECES  
LA ENUMERACIÓN DE  
UNAS CIRCUNSTANCIAS  
POR EL LEGISLADOR NO  
REDUCE LO MÁS MÍNIMO  
EL ARBITRIO ADMINISTRATIVO  
PARA DETERMINAR LA  
EXTENSIÓN DE  
LA SANCIÓN**

(72) Entre otras, la STS de 18 de enero de 2000, Ar. 555, JA 9, que aplica como atenuante el arrepentimiento espontáneo como manifestación del principio de proporcionalidad; o la STS de Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 1999, Ar. 556, JA 6.

ser tenidos en cuenta por el órgano sancionador a la hora de individualizar la sanción en un proceso, generalmente, con una amplia discrecionalidad que debe respetar el principio de proporcionalidad. Esto haría posible, a nuestro juicio, un distinto alcance del principio de legalidad en ambos campos punitivos, que permitiría una mayor flexibilidad en esta cuestión<sup>73</sup> y ampararía en parte la frecuente utilización de criterios poco taxativos (la relevancia externa de la conducta infractora<sup>74</sup>, la repercusión de la conducta en los administrados<sup>75</sup>,...), su aplicación extensiva y, en cualquier caso, el empleo de circunstancias agravantes no tipificadas como elemento adicional no aisladamente determinante a la hora de la formación de la voluntad administrativa que se manifiesta mediante la resolución sancionadora<sup>76</sup>.

A pesar de la literalidad de este inciso, que sólo se refiere a la "gravedad del hecho", ha de interpretarse como "gravedad de la infracción", teniendo en cuenta no sólo el elemento objetivo de ésta, sino también los elementos subjetivos. Que ésta era la intención del legislador se confirma con sólo leer algunos de los criterios que en ese mismo párrafo se enumeran (por ej., la existencia de intencionalidad).

Lo que sí que no tiene cabida en este precepto es tener en cuenta para la determinación de la sanción ciertas circunstancias ajenas a la infracción en sí misma y relacionadas con el propio fin de la pena (v.gr., la capacidad económica del infractor). A nuestro juicio, que esto sea así, no impide que estas otras circunstancias se puedan apreciar cuando el legislador sectorial las prevea expresamente.

Todas estas ideas tienen un más correcto reflejo en el art. 11 de la Ley vasca sobre potestad sancionadora de las Administraciones públicas:

"Las normas configuradoras de los distintos regímenes sancionadores fijarán las sanciones que correspondan a cada infracción o categoría de infracciones, en atención al principio de proporcionalidad, considerando tanto la gravedad y naturaleza de las infracciones como las peculiaridades y finalidad de la regulación material sectorial de que se trate (...)"

(73) Incluso, alguna ley sectorial ha recogido expresamente este carácter abierto. Por ej., el art. 122 de la Ley de Puertos, tras enumerar una serie de circunstancias para la determinación de la cuantía de las multas, añade: "así como por cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el grado de reprochabilidad de la infracción, en un sentido atenuante o agravante". O el art. 16 de la Ley 5/1993, de 29 de marzo, sobre régimen de inspección y procedimiento en materia de disciplina turística en Aragón: "Para graduar la cuantía y modalidad de las sanciones aplicables se tendrán en cuenta las circunstancias concurrentes, y específicamente las siguientes".

(74) Art. 122 de la Ley de Puertos.

(75) Art. 13.2 de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

(76) Un planteamiento más estricto puede encontrarse en la STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2000, Ar. 587, que reduce la sanción impuesta por no presentación de un conductor de los discos del tacógrafo, pues "no consta (en el expediente) la concurrencia de ninguna circunstancia de las tipificadas en orden a la graduación de la sanción que motive la ampliación de la multa prevista para la infracción cometida en su grado máximo" y que "la circunstancia del número de discos (que se encontró a faltar) no figura tipificada como alguna de las que deben tenerse en cuenta para la graduación de la cuantía de la sanción".

## 5. ESTUDIO PORMENORIZADO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 131.3 LAP

### 5.1. La reincidencia y la reiteración

No se entiende bien la doble mención, por una parte a la reiteración y por otra a la reincidencia, que se hace en la LAP. En primer lugar, por su extraña disposición sistemática: la reiteración, en la letra a) junto a la intencionalidad, con la que no se alcanza a comprender qué vinculación tiene, salvo el argumento —común también a la reincidencia— de que se defiende que su fundamento descansa en la mayor culpabilidad del sujeto; y la reincidencia, en la letra c) de manera autónoma. En segundo lugar, porque si bien dicho precepto define lo que deba entenderse por reincidencia, no hace lo propio de la reiteración. Y finalmente, porque en la fecha de aprobación de la LAP, la reiteración había sido suprimida como agravante en el Código Penal y se había integrado en una figura unitaria de reincidencia. Más aun, hoy en día, la reiteración ha desaparecido del Código Penal, que sólo recoge una noción estricta de reincidencia<sup>77</sup>, que además sólo es predicable de los delitos, con exclusión de las faltas. Dato este último que no debiera pasar desapercibido como criterio orientador. Veamos detenidamente cada una de estas figuras.

#### a) La reincidencia

El art. 131 de la LAP define la reincidencia como la “comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”. Por tanto, lo que caracteriza en esencia esta figura y, como veremos, la diferencia de la reiteración, es el dato de que las infracciones sean de la misma naturaleza<sup>78</sup>. Sin embargo, las dificultades surgen inmediatamente cuando se intenta determinar los supuestos en que concurre esa identidad de naturaleza. En principio, tal identidad existe cuando se trata de infracciones que protegen el mismo bien jurídico<sup>79</sup>. Por tanto, el hecho de estar las conductas tipificadas en un mismo texto normativo no basta para concluir que hay identidad de naturaleza, pues no es infrecuente que las tipificaciones incluidas en un misma ley protejan bienes jurídicos diversos. En sentido contrario, tampoco se puede afirmar que el dato de recogerse los tipos en leyes distintas implica una diversidad de bienes jurídicos (piénsese, por ej., en la identidad de bienes jurídicos existente entre algunos tipos de la Ley General de Sanidad y de la LGDCU). En conse-

(77) Art. 22.8º: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”.

(78) Entendemos que ha de tratarse en todo caso de infracciones administrativas, no pudiendo apreciarse a estos efectos los delitos o faltas penales, pues la literalidad del precepto no ampara tal interpretación sin forzar en un extremo prohibido en el ámbito del Derecho sancionador sus propios términos. Ello salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. En esta línea, aunque como una infracción autónoma, el art. 14.7 de la Ley sobre medidas de control de sustancias susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, tipifica como infracciones muy graves “Las tipificadas como graves cuando durante los cinco años anteriores el sujeto infractor hubiera sido condenado en sentencia firme por un delito contra el tráfico ilícito de drogas, tipificado en los artículos 368, 369, 370 y 371 del Código Penal (...)”. En otro sentido, M. REBOLLO PUÍG, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 738.

(79) A esto, J. GONZÁLEZ PÉREZ y E. GONZÁLEZ NAVARRO añaden que estas infracciones han de castigar una forma de ataque semejante: “dolosa en ambos casos, o culposa en uno y otro; pero no dolosa en un caso, y culposa en otro” (*Comentarios...*, op. cit., II, pág. 2.662). Sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina penalista a la hora de añadir o no este requisito. Así, RODRÍGUEZ MOURULLO afirma que “no podrán (...) computarse delitos dolosos e imprudentes contra el mismo bien jurídico, porque, aun dándose la identidad de éste, no concurre semejante forma de ataque” (*AAVV, Comentarios al Código Penal*, dir. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, Civitas, Madrid, 1997, pág. 152). Por el contrario, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (*Derecho Penal*, op. cit., pág. 903) mantienen que “cabrá apreciar reincidencia entre delito doloso y culposo cuando esta última forma esté prevista para el delito de que se trate”.

cuencia, habrá de analizarse en cada supuesto cuál sea el bien jurídico protegido con independencia de la norma aplicada.

En lo relativo a las cuestiones formales, este precepto establece las siguientes condiciones:

- Que la primera infracción haya sido declarada por resolución firme, esto es, que la resolución sancionadora haya ganado firmeza.
- Que ambas infracciones se hayan cometido en el término de un año.

El primer requisito plantea fundamentalmente dos dificultades interpretativas: por un lado, lo que deba entenderse por resolución firme; y por otro, la determinación del momento en el que deba haberse ganado dicha firmeza.

En cuanto a la primera cuestión, en nuestro derecho no se define con carácter general lo que sea un acto administrativo firme. La propia significación del adjetivo "firme" hace pensar que se trata de aquél contra el que no quepa ya interponer recurso ordinario alguno, administrativo o judicial, que pueda alterar la situación creada por el acto<sup>80</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, a los efectos del fundamento de la reincidencia<sup>81</sup> sería suficiente con que la firmeza de la resolución sancionadora fuera sólo en vía administrativa<sup>82</sup>, esto es, que contra ella no cupiera recurso administrativo ordinario alguno —sí el recurso extraordinario de revisión—, incluidos aquellos supuestos en los que haya transcurrido el plazo sin interponer el recurso correspondiente. Además, esta postura sería más congruente con lo previsto en el art. 138.3 LAP que, aunque con una desafortunada redacción, establece la ejecutividad de las resoluciones sancionadoras cuando éstas sean firmes en vía administrativa. Por tanto, si la sanción es ejecutiva desde ese momento, mucha menos dificultad plantea su consideración a los solos efectos de apreciar la reincidencia. Más aún, no es extraño que las leyes sectoriales al regular su régimen sancionador (fundamentalmente, ejecución de las sanciones y reincidencia) se refieran expresamente a la firmeza "en vía administrativa" (vid. arts. 38.1 y 39 de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana; art. 35.1 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes; art. 43.2 de la Ley madrileña de ordenación del turismo; art. 99.1 de la

(80) En este sentido, M. REBOLLO PUIG, *Comentarios a la Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, op. cit., pág. 1.027.

(81) No procede reproducir aquí la disparidad de criterios manifestados por la doctrina penalista a propósito del fundamento de la agravación de la pena en la reincidencia (mayor culpabilidad, insuficiencia de la pena anterior, mayor peligrosidad, mayor probabilidad de cometer otra infracción en el futuro, etc.), ni la polémica sobre la conveniencia de su supresión (sobre todo ello, vid., entre otros, J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, Dykinson, 1986, págs. 745 y ss.; M. ALONSO ÁLAMO, *El sistema de circunstancias...*, op. cit., págs. 669-674). Posiblemente, este fundamento haya de buscarse en la concurrencia de varios factores, entre los que destacaríamos el fracaso en el efecto preventivo de la primera sanción y una mayor culpabilidad por el desprecio cualificado hacia los bienes jurídicos protegidos por el Derecho sancionador y manifestado en la comisión de una nueva infracción después de haber sufrido una sanción. A este respecto, la STSJ de La Rioja de 11 de mayo de 1998, Ar. 1439, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, encuentra la justificación de esta institución "en la refractaria actitud del autor frente al efecto intimidatorio de las sanciones; de ahí deriva, además, que el dolo del infractor haya de abarcar la conciencia de esas sanciones previas".

(82) En esta línea, J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios...*, op. cit., II, pág. 2.662; P. GARCÍA MANZANO, *Comentario sistemático...*, op. cit., pág. 375.

Ley murciana de la Fauna Silvestre, caza y pesca fluvial, art. 30.1 de la Ley vasca de protección de animales y plantas, etc.)

Por su parte, la jurisprudencia, aunque con algunas destacadas excepciones<sup>83</sup>, no sólo mantiene expresamente que "no procede aplicar la agravante de reincidencia cuando las sanciones anteriores han sido objeto de un recurso contencioso-administrativo aún no resuelto" (STS de 7 de abril de 1999, Ar. 3066, JA 6); sino que también existe una línea jurisprudencial bastante numerosa donde se afirma que la sanción no alcanza la firmeza hasta tanto no se resuelvan, en su caso, los correspondientes recursos contencioso-administrativos<sup>84</sup>.

En definitiva, sin perjuicio de que consideremos que no iría contra el fundamento de esta institución el hecho de que la ley estableciera expresamente que se trata de sanciones contra las que no cabe recurso administrativo alguno, el carácter restrictivo que debe presidir las interpretaciones en el Derecho sancionador, a falta de un reconocimiento explícito de que esta firmeza es en vía administrativa, es un argumento a favor de la primera postura ofrecida. Bien es cierto que de esta manera, con la regulación actual, es prácticamente imposible la apreciación de este criterio de graduación a la hora de sancionar una infracción administrativa.

En cuanto al momento en el que deba haberse ganado dicha firmeza, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal, la redacción del precepto no permite afirmar terminantemente cuál sea éste. Esto es, si dicha firmeza debe ser previa a la comisión de la siguiente infracción, o basta que sea previa a la iniciación del segundo procedimiento sancionador o, incluso, a la segunda resolución sancionadora. Si partimos de que la firmeza es en vía administrativa, el propio fundamento de la reincidencia lleva a que consideremos que ésta ha de concurrir con anterioridad a la comisión de la segunda infracción, para que el elemento culpabilístico abarque la conciencia de la sanción previa<sup>85</sup>. Si esta posición se traslada a una noción de firme que abarcara también

**CON LA REGULACIÓN  
ACTUAL, ES PRÁCTICAMENTE  
IMPOSIBLE LA APRECIACIÓN  
DE LA REITERACIÓN COMO  
CRITERIO DE GRADUACIÓN**

(83) La STS de 13 de julio de 1992 (ponente: E. Lecumberri Martí; Ar. 5835) afirma que el concepto jurídico de la reincidencia "es más que la mera repetición de una actividad ilícita por parte de un mismo sujeto por cuanto se refiere a la pluralidad de infracciones mediando entre ellas una resolución sancionatoria firme en vía administrativa y por tanto ejecutiva". Debe reseñarse necesariamente la muy interesante STS de 24 de octubre de 2000 (ponente: J.A. Xiol Ríos, Ar. 9375, JA 12).

(84) Esta serie jurisprudencial ha tenido su origen en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, que establece que "la nueva normativa será de aplicación a las infracciones tributarias tipificadas en esta Ley cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que su aplicación resulte más favorable para la de sujeto infractor y la sanción impuesta no haya adquirido firmeza". Por sólo citar una de las más recientes, vid. STS de 25 de mayo de 2000, ponente: E. Pujalte Clariana, Ar. 4868.

(85) En esta línea, la STSJ de La Rioja de 11 de mayo de 1998, Ar. 1439.

los recursos contencioso-administrativos, la aplicación de la reincidencia como agravante pasaría de ser prácticamente imposible a materialmente imposible. Y ello, a causa del segundo requisito formal, esto es, que las dos infracciones se hayan cometido en el término de un año. Por tanto, han de ser las infracciones sancionadas —y no las resoluciones sancionatorias— las que hayan ocurrido en dicho período anual.

La conjunción de todos estos requisitos formales tiene como consecuencia que no baste que se hayan cometido dos infracciones en ese plazo anual, si la sanción de la primera no ha alcanzado su firmeza antes de la comisión de la segunda; y tampoco procede apreciar la reincidencia si son la resolución sancionadora firme previa y la comisión de la segunda infracción las que concurren en dicho período, si la primera infracción se cometió antes del mismo.

En definitiva, este plazo de un año puede ser, en algunos supuestos, insuficiente para obtener una resolución sancionadora contra la que no quepa recurso administrativo, aunque resulta verdaderamente quimérico si se incluye también el posible proceso contencioso. *Lege ferenda*, quizás fuera oportuno sustituir este plazo, por el de prescripción de las propias infracciones, como hace alguna legislación sectorial<sup>86</sup>.

### b) La reiteración

Como ya se ha dicho, la LAP no ofrece una noción de esta institución. Por tanto, aunque resulte harto paradójico, parece necesario acudir a la que fuera su significación en el Código Penal antes de su reforma. Allí se exigía que el culpable hubiera sido condenado por otro delito al que la Ley penal señalara igual o mayor pena o por dos o más a los que señalara pena menor. Esto es, la esencia de la distinción con la reincidencia residía en que mientras para ésta se exigía que los delitos fueran de la misma o semejante especie, para apreciar la reiteración se admitían los delitos de distinta índole. Por tanto, si partimos de ese paralelismo con el Derecho Penal, habría reiteración cuando al cometer una infracción el sujeto hubiese sido castigado por otra infracción a la que la ley señale una sanción igual o mayor, o por dos o más infracciones a las que aquélla imponga una sanción menor<sup>87</sup>.

Generalmente, las leyes se limitan a enumerar la reincidencia y reiteración como criterios de graduación de las sanciones sin mayor concreción. Sin embargo, en ocasiones, el legislador precisa algo más el alcance de estos conceptos. En esos supuestos, no ha sido extraño que al ocuparse de la reiteración, junto a ese elemento de la distinción entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas infracciones cometidas, el legislador haya añadido otro de carácter temporal, ampliando el plazo de un año previsto en la LAP para

(86) El art. 91.2.) de la Ley de Costas califica como infracción grave "la reincidencia en faltas leves antes del plazo establecido para su prescripción". En parecidos términos el art. 115 de la Ley de Puertos.

(87) En esta línea, el art. 25.1 de la Ley Foral de Navarra de 13 de marzo de 1989, reguladora de los espectáculos públicos y actividades recreativas, establece que "existe reiteración cuando, al cometer la infracción, se hubiere sido sancionado por otra de mayor gravedad o por dos de gravedad igual o inferior".

la reincidencia<sup>88</sup>. En esta línea, se ha manifestado incluso alguna jurisprudencia, como la STSJ de Baleares de 11 de junio de 1999, Ar. 1621, JA 7, que mantiene con carácter general que "en el marco del Derecho Administrativo sancionador, la reiteración se distingue de la reincidencia, únicamente en que aquélla comprende a infracciones cometidas incluso con una diferencia temporal superior a un año y es también independiente de que dichas infracciones participen o no de la naturaleza de la considerada en la que se quieren hacer valer los efectos agravatorios". Finalmente, éste ha sido también el criterio seguido por alguna doctrina<sup>89</sup>.

Aún admitiendo lo anterior, las dificultades que plantea este criterio de graduación no hacen sino comenzar: ¿cuál es el plazo temporal válido para apreciar esta reiteración?, ¿cuáles son las infracciones administrativas previas que han de tenerse en cuenta para agravar una posterior?, ¿todas?, ¿resulta lógico y admisible que una sanción por aparcamiento en doble fila sea tenida en cuenta como elemento agravante de una sanción tributaria? Como ya se ha dicho, el art. 131 LPA establece que los criterios que en él se recogen habrán de ser considerados en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas. No obstante, a nuestro juicio, el grado de indeterminación de este criterio no permite a los ciudadanos conocer con la certeza que exigen los principios de legalidad y tipicidad cuál vaya a ser el alcance de su responsabilidad administrativa, por lo que, a pesar de la literalidad del precepto, los órganos sancionadores no podrán apreciar este criterio de agravación hasta tanto para cada ámbito sancionador el legislador sectorial lo prevea expresamente y regule sus condiciones con mayor precisión (establezca el tipo de infracciones a tener en cuenta, los requisitos formales, etc.)<sup>90</sup>. En concreto, parece que estos aspectos son contenido propio de una Ley, no siendo suficiente que ésta previera la figura y remitiera su regulación a una norma reglamentaria. No obstante, en línea con la mayor flexibilidad a la hora de apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes, quizás el órgano sancionador pudiera tener en cuenta en alguna medida, a la hora de determinar la extensión de la sanción, ciertas conductas infractoras previas del sujeto activo cuando la legislación sectorial no haya concretado la figura de la reiteración<sup>91</sup>.

Más aun, a nuestro juicio, la propia amplitud material del Derecho Administrativo Sancionador, donde ciertas conductas infractoras forman parte cotidiana de la vida del ciudadano medio, resta a esta figura prácticamente de cualquier fundamentación razonable que explique su existencia o, incluso, su propia distinción de una figura unitaria de reincidencia, desde el momento en el que las consecuencias agravatorias que se vinculan a ambas son generalmente las mismas. Ciertamente, argumentar una mayor culpabilidad, que justifique la agravación que la reiteración supone, en el propietario de una carnicería que comete una infracción sanitaria porque cuatro años antes fue san-

(88) Por ej., el art. 43.1.h) de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados prevé, como elemento de graduación, "la conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y supervisión que le afecten, atendiendo ya a la reiteración en la comisión de infracciones durante los últimos cinco años, ya a la reincidencia por comisión de más de una infracción de la misma naturaleza en el término de un año cuando, en uno y otro caso, hayan sido declaradas por resolución firme".

(89) P. GARCÍA MANZANO, *Comentario sistemático...*, op. cit., pág. 375.

(90) En el mismo sentido, M. REBOLLO PUIG, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, op. cit., pág. 1.025.

(91) M. REBOLLO PUIG, *ibidem*.

cionado por realizar obras menores en su vivienda sin licencia, parece inadmisibles. A lo sumo, podría encontrarse alguna justificación si este criterio se reservara para las infracciones de carácter más grave. Además, sin matización alguna, su propia aplicación práctica sería irreal, puesto que, hoy en día, no existe algo parecido a un "Registro Unificado de Infracciones Administrativas" —sí existen numerosos registros sectoriales para hacer efectiva la aplicación de estas agravantes en sus respectivos campos—, con el historial infractor de cada persona física y jurídica. En cualquier caso, del conjunto de normas analizadas da la impresión de que el legislador al recoger este criterio no ha tenido la voluntad de referirse a otras infracciones que no fueran las contenidas en la ley de que se tratara.

### c) Matizaciones a la aplicación automática de estas circunstancias. El problema de las personas jurídicas

Hay supuestos en los que, aunque aparentemente pudieran concurrir todos los requisitos para la apreciación de la reincidencia, falta posiblemente el más importante: su fundamento. Esto es, no se aprecia una conducta en el infractor que merezca un mayor reproche. Esta situación puede darse con relativa frecuencia en los supuestos de las personas jurídicas. Piénsese, por ej., lo fácilmente que podrá cometer varias infracciones administrativas en materia de etiquetado una persona jurídica con grandes centros comerciales en toda España. No parece lógico, ni adecuado al caso y, por tanto, desproporcionado, la aplicación automática a estos supuestos de la agravante de reincidencia o reiteración<sup>92</sup>. Por consiguiente, *lege ferenda*, sería conveniente la introducción de ciertos elementos de matización a una aplicación supuestamente automática de estas circunstancias de agravación. En cualquier caso, mientras esa modificación no se produzca, ningún inconveniente hay —y a ello obliga el principio de proporcionalidad— a que el órgano sancionador a la hora de individualizar la sanción tenga en cuenta esta particular realidad.

### d) La modulación de estas circunstancias en la legislación sectorial

Una vez expuesto el régimen establecido por la LAP, queda por resolver la relación entre éste y otros regímenes similares previstos en la legislación sectorial. Es habitual que estas otras leyes contengan regulaciones específicas, distintas de la expuesta y diversas entre sí, de criterios de agravación con el mismo fundamento que la reincidencia o reiteración. Así, hay leyes que se refieren a este fenómeno de manera unitaria y utilizando su propia terminología<sup>93</sup>; algunas, sólo mencionan una de las figuras<sup>94</sup>; otras, al referirse a la rein-

(92) M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 738, nota 442.

(93) El art. 82.1.a) de la LGT se refiere a la "comisión repetida de infracciones tributarias"; el art. 69.1 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial donde se establece que las sanciones se graduarán, entre otros, en atención "a los antecedentes del infractor"; o el art. 122 de la Ley de Puertos que se refiere al "número de infracciones cometidas".

(94) Así se refieren sólo a la reincidencia, entre otras, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995; y sólo a la reiteración, el art. 5.7 de la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, reguladora de la potestad sancionadora de la Administración pública en materia de juegos de envite, suerte o azar; art. 15 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1995, de 2 de marzo, que prohíbe la venta y publicidad de bebidas alcohólicas a menores.

cidencia establecen sus propios requisitos<sup>95</sup>; e incluso hay algunas que junto a la reincidencia y reiteración añaden otros supuestos particulares<sup>96</sup>, que pueden interpretarse como el régimen jurídico de la reiteración.

Este panorama no nos parece ni razonable ni deseable, aunque posiblemente a él ha contribuido la deficiente regulación de estas figuras en la LAP. Sin embargo, no creemos que se pueda efectuar ninguna objeción jurídica a esta situación, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Cualquiera que sea la regulación sectorial, la agravante de reincidencia en los términos definidos por la LAP es apreciable por el órgano sancionador.
- Todas las diversas regulaciones sectoriales con este mismo fundamento han de ser reconducidas a la figura de la reiteración, con independencia de la denominación que reciban. Con esta interpretación se podría intentar salvar la conculcación de la legislación básica que supone que una ley sectorial –incluso estatal– ofrezca una definición distinta de “reincidencia”.
- Sólo caben estas regulaciones sectoriales por ley y no por reglamento.

### 5.2. La existencia de intencionalidad

La redacción de este criterio no podía ser más desafortunada, desde el momento en que puede interpretarse como un replanteamiento de la cuestión de la culpabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y la distinción entre infracciones a título de responsabilidad objetiva e infracciones voluntarias o intencionales. Para evitar estas interpretaciones hubiera sido mucho más oportuno hablar de la “existencia de dolo”<sup>97</sup>, que es lo que consideramos que se quiere decir. Por tanto, en aquellos supuestos en los que el dolo no se haya integrado en el propio tipo, la concurrencia de éste será

**EN EL MARCO DEL  
DERECHO ADMINISTRATIVO  
LA REITERACIÓN SE  
DISTINGUE DE  
LA REINCIDENCIA EN QUE  
AQUÉLLA COMPRENDE  
INFRACCIONES COMETIDAS  
INCLUSO CON UNA  
DIFERENCIA TEMPORAL  
SUPERIOR A UN AÑO E  
INDEPENDIEMENTE DE  
QUE PARTICIPEN DE  
LA NATURALEZA DE LA  
INFRACCIÓN EN LA QUE SE  
QUIEREN HACER VALER  
LOS EFECTOS  
AGRAVATORIOS**

(95) Art. 50 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: “Existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el término de un año desde la comisión de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza”.

(96) Art. 22 de la Ley 3/1996, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, que tras remitirse a los criterios establecidos en la LAP añade como algo distinto “las sanciones firmes por infracciones graves o muy graves de las previstas en esta ley impuestas al sujeto obligado en los últimos cinco años”.

(97) Así lo ha hecho alguna legislación sectorial: el art. 16 de la Ley 5/1993, de 29 de marzo, sobre régimen de inspección y procedimiento en materia de disciplina turística en Aragón, se refiere expresamente para graduar la cuantía y modalidad de las sanciones “el dolo, la culpa”.

una circunstancia agravante; debiéndose aplicar, por contra, la sanción en su grado medio o mínimo –siempre que no concurren otras circunstancias– cuando concorra culpa, sea ésta grave o simple negligencia.

### 5.3. La naturaleza de los perjuicios causados

Se refiere, esencialmente, a las consecuencias lesivas que haya tenido la conducta sancionada para el bien jurídico protegido por la infracción. Entendemos que este “perjuicio causado”, a pesar de lo que pudiera hacer pensar su literalidad, no ha de consistir necesariamente en un daño efectivo a ese bien jurídico, sino que incluye también las situaciones de riesgo o peligro abstracto que se puedan generar.

Habitualmente, el legislador sectorial, al enumerar sus propios criterios de graduación, introduce ciertos elementos que vienen a concretar este otro más genérico.

El art. 15 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1995, que prohíbe la venta y publicidad de bebidas alcohólicas a menores, cuando se refiere a “a) La edad de los afectados; b) El número de personas afectadas; c) La graduación de las bebidas alcohólicas”.

El art. 112 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, cuando menciona “a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente; c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro a usuarios”.

El art. 30, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, que habla de la trascendencia de la infracción “para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana”.

El art. 45.4 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, al incluir “la naturaleza de los derechos personales afectados” o los “perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas”.

Esta circunstancia puede actuar tanto con un efecto agravante como atenuante<sup>98</sup>.

### 5.4. El beneficio obtenido<sup>99</sup>

Aunque este criterio no aparece expresamente enunciado en el art. 131.3 LAP, entendemos que la LAP también lo recoge desde el momento en que el párrafo segundo de este mismo precepto prevé que “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infrac-

(98) Piénsese en el incumplimiento tipificado de una reglamentación sanitaria que establezca la obligación para ciertos locales de tener las paredes cubiertas con azulejos, y que, en un concreto local se hayan desprendido uno o dos azulejos. Ciertamente, el perjuicio causado para el bien jurídico protegido (la salud) es mínimo y así debe ser también la extensión de la sanción.

(99) Unas interesantes reflexiones sobre este criterio en la determinación de la sanción, en J. SUAY, Sanciones..., op. cit., pág. 72.

tor que el cumplimiento de las normas infringidas<sup>100</sup>. Ciertamente, la redacción de este precepto hace pensar más en un mandato al legislador que en un criterio que deba ser tenido en cuenta por el órgano sancionador. Sin embargo, nada hay en él que impida esa interpretación y, además, a ello obliga el principio de proporcionalidad<sup>101</sup>. La consecuencia inmediata de este planteamiento es que el órgano sancionador podrá utilizar este criterio con un alcance agravatorio, a pesar de que la legislación sectorial no lo haya recogido expresamente.

Este beneficio incluye aquel que se obtenga exclusivamente como resultado de la infracción y no del conjunto de la actuación en la que ésta se inserte, pero incluyendo también el ahorro en costes que tal infracción conlleve.

En cualquier caso, el alcance de este criterio no puede ir más allá del marco punitivo establecido por la norma para la sanción de que se trate, aunque el beneficio obtenido haya sido mayor, lo que remitiría a un problema de proporcionalidad en la propia norma sancionadora.

### 6. Mutabilidad en el empleo de estos criterios

Finalmente, ha de advertirse que estos mismos criterios de los que hemos dado cuenta, en ocasiones se incluyen en el tipo para cualificar a éste<sup>102</sup>; en otras, se utilizan para la calificación de las infracciones según su gravedad (art. 34 LGS o art. 35 LGDCU); y en otras, más que graduar la extensión de la sanción aplicable, determinan cuál vaya a ser ésta<sup>103</sup>.

Más arriba ya nos hemos referido a los inconvenientes que presenta la utilización de estos criterios en el tipo o para calificar la gravedad de la infracción. Baste ahora añadir que a pesar de lo que pudiera deducirse de la literalidad de alguna legislación, la toma de consideración de uno de estos criterios en cualquiera de estos momentos impide una nueva aplicación del mismo en una fase posterior. Esto significa que si, por ejemplo, el dolo se

(100) Para hacer efectiva esta regla, como vía alternativa, quizás hubiera sido oportuno que la LAP previera con alcance general la posibilidad de decomiso del beneficio obtenido ilícitamente en una infracción administrativa.

(101) C. CHINCHILLA, "Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas", en *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, págs. 768-769.

(102) El art. 31.1 de la Ley de Industria que establece que "son infracciones muy graves las tipificadas en el punto siguiente como infracciones graves, cuando de las mismas resulte un daño muy grave (...) para las personas, la flora, la fauna, las cosas o el medio ambiente" (naturaleza de los perjuicios causados); o el art. 31.2.c) de la misma ley que califica como infracción grave "La ocultación o alteración dolosa de los datos a que se refieren los artículos 22 y 23 de esta Ley (...)" (existencia de intencionalidad). O el art. 40.4 de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados, que califica como infracción grave: "h) El incumplimiento por la entidad aseguradora de las normas imperativas contenidas en los artículos 3, 5, 8, 10, 12, 15, 18, 19, 20, 22, 76, 88, 94, 95, 96, 97 y 99 de la Ley de Contrato de Seguro, cuando tal conducta tenga un carácter repetitivo. A estos efectos se entiende que la conducta tiene carácter repetitivo cuando durante los dos años anteriores a su comisión se hubieran desatendido diez o más requerimientos a los que hace referencia la letra b) del número 5 subsiguiente del presente artículo".

(103) Art. 94.4 de la Ley de Costas: "En caso de reincidencia en infracciones graves se podrá declarar la inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones por un plazo de uno a tres años". Art. 79.4 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo en Canarias: "La clausura o la retirada de la autorización previa al ejercicio de actividades turísticas reglamentadas, procederá en el caso de infracciones muy graves cuando el responsable haya sido sancionado dos o más veces por ese tipo de infracciones en el transcurso de tres años consecutivos (...)".

incluye en el tipo, éste criterio no puede ser tenido en cuenta nuevamente a la hora de la determinación de la extensión de la sanción, aunque la ley lo recoja expresamente entre los criterios para tener presentes a tal fin. Lo contrario sería una duplicación inadmisibles de efectos que vulneraría el *non bis in idem*<sup>104</sup>. Además, precisamente esta situación está expresamente prohibida en el Derecho Penal por el art. 67 del CP, así como por alguna legislación sectorial en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

Art. 49.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995:

“Los criterios de graduación recogidos en el número anterior no podrán atenuar o agravar la calificación de la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora.”

Al respecto, ha sido tajante la jurisprudencia contencioso-administrativa:

“una misma circunstancia fáctica o normativa no puede integrar, a la vez, un elemento constitutivo del tipo infraccional y una circunstancia de agravación” (STSJ de Galicia, de 27 de febrero de 1998, Ar. 476, JA 2; también, la STS de 17 de abril de 1998, Ar. 4399, JA 3; o la STSJ de Murcia de 5 de febrero de 1999, Ar. 350, JA 5).

## V. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN POR EL ÓRGANO COMPETENTE

### 1. Contenido. Potestad esencialmente discrecional

Esta última fase consiste en la imposición de una sanción absolutamente concreta o definitiva, sin margen alguno. Sólo en este momento se puede hablar propiamente de una individualización de la sanción. Esta tarea se encomienda al órgano que tenga atribuida la competencia para sancionar. Éste, partiendo del marco sancionador establecido por la norma (esto es, de la sanción normativa abstracta y de los elementos de concreción normativa), debe individualizar perfectamente la sanción, “valorando desde el punto de vista de lo injusto, de la culpabilidad y de los fines de la pena, todas las demás circunstancias del hecho y del sujeto que todavía no han encontrado plasmación en pena”<sup>105</sup>. Por tanto, el órgano no sólo realiza una labor más o menos compleja de concreción de los elementos normativos (apreciar si existe reincidencia, tasar el daño producido, considerar la intensidad de la culpabilidad, etc.), sino que también puede tener en cuenta cualesquiera otras circunstancias del hecho y del sujeto que todavía no hayan sido valoradas en otras fases de determinación de la sanción.

Podemos sintetizar la situación más típica –y en algunos aspectos la única constitucionalmente admisible– con la que se va a encontrar el órgano sancionador cuando se

(104) Vid. A. NIETO, *Derecho...*, op. cit., págs. 314-315.

(105) M.A. BOLDOVA PASAMAR, “Aplicación y determinación de la pena”, en *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 180.

enfrenta a la necesidad de imponer una sanción al caso concreto en los siguientes términos: por un lado, habrá encuadrado la conducta en un determinado tipo al que la ley atribuirá un abanico sancionador; por otro, se encontrará con una serie de elementos variados (*iter criminis*, participación y, muy especialmente, circunstancias) con los que moverse dentro de ese abanico, generalmente sin unas pautas concretas fijadas por la ley. Sobre esta base, la única conclusión real y posible es el reconocimiento de la potestad esencialmente discrecional, sin perjuicio de algunos elementos reglados, que tiene la Administración a la hora de individualizar la sanción<sup>106</sup>.

Que esto es así, lo ha reconocido incluso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas ocasiones. Al respecto, es especialmente esclarecedora, la ya citada STC 207/1990, de 17 de diciembre, que admite que el legislador "puede dejar márgenes más o menos amplios a la *discrecionalidad* judicial y administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella". En la misma línea, la también citada STC 61/1990, de 29 de marzo, afirma: "se permitiría al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una debida especificación normativa". Esto es, se admite la existencia de un arbitrio administrativo —o sea, la facultad que tiene la Administración de tomar una resolución con preferencia a otra—, siempre que éste sea prudente y razonable —o sea, siempre que no se convierta en arbitrariedad—. En la misma línea, se ha manifestado una abundante jurisprudencia ordinaria.

Entre las más recientes, vid. la STS de 28 de febrero de 2000, Ar. 2655:

"a) Si bien, la Administración puede usar de una cierta *discrecionalidad* en la graduación de la sanción para acomodarla al conjunto de circunstancias concurrentes en la infracción, no es menos cierto que como afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987 (Ar. 8240) y 23 de octubre de 1989 (Ar. 7199), el principio de proporcionalidad de la sanción no escapa al control jurisdiccional; b) Tal y como ya ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de mayo (Ar. 4905), 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990 (Ar. 7558), la *discrecionalidad* que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circuns-

**EL ÓRGANO COMPETENTE  
PARA SANCIONAR,  
PARTIENDO DEL MARCO  
SANCIONADOR ESTABLECIDO  
POR LA NORMA, DEBE  
INDIVIDUALIZAR LA  
SANCIÓN TRAS VALORAR  
TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS  
DEL HECHO Y DEL SUJETO  
QUE TODAVÍA NO HAYAN  
ENCONTRADO SU  
PLASMACIÓN EN PENA**

(106) Así se califica también la facultad de los Tribunales penales a la hora de individualizar la sanción.

tancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, (...)”.

No obstante, existe otra línea jurisprudencial que aboga por el carácter reglado de la potestad sancionadora.

Entre las más recientes, la STSJ de Murcia de 14 de enero de 2000, Ar. 31, argumenta que “el Tribunal Supremo al estudiar el principio de proporcionalidad de las sanciones ha considerado que el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, indiferentes jurídicamente (SSTS de 23 de enero de 1989, Ar. 421 y 3 de abril de 1990, Ar. 3578)”, y sobre esta premisa, señala que “la Administración a través de un proceso reglado, que puede ser controlado por estos últimos (los tribunales) debe averiguar cuál es la sanción de multa que debe imponer en cada caso”.

A nuestro juicio, en esta última jurisprudencia, posiblemente, lo que late es el deseo de dejar bien patente el control jurisdiccional de la potestad sancionadora, aunque para ello no sería preciso acudir a su calificación como potestad reglada.

Finalmente, la doctrina administrativista, con unas u otras expresiones y matizaciones, también parece reconocer mayoritariamente el carácter discrecional de esta potestad<sup>107</sup>.

## 2. Sometimiento a los Principios Generales del Derecho. Control jurisdiccional

Una vez calificada esta potestad como esencialmente discrecional, han de destacarse dos de las condiciones más importantes que han de tenerse en cuenta a la hora de su puesta en práctica:

– En primer lugar, el hecho de que su ejercicio no sólo queda sometido al marco normativo punitivo, sino también, como cualquier potestad administrativa –aunque en las discrecionales alcanza especial trascendencia–, a los Principios Generales del Derecho. Sin embargo, esto no la convierte en reglada. En este sentido, es el principio de proporcionalidad el que se va a constituir en el instrumento más efectivo para el control del ejercicio de esta potestad por parte de los órganos sancionadores<sup>108</sup>. Por ello, se puede concluir que, como hemos tenido ocasión de ir destacando en otras fases, prácticamente todo el proceso de concreción de la sanción no busca sino una adecuada proporcionalidad entre el tipo y *quantum* de ésta y la gravedad de la infracción o, más aún, el propio fin

(107) “La existencia de un cierto margen de apreciación es difícilmente controvertible” (J. SUAY RINCÓN, *Sanciones administrativas*, op. cit., págs. 104-105). A. NIETO habla de un “indiscutible” (pág. 312) o “imprescindible” (pág. 313) margen de actuación de la Administración a la hora de individualizar la sanción (*Derecho...*, op. cit.) Califican esta potestad expresamente como discrecional, M. REBOLLO PUIG (*Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 744), T. CANO CAMPOS (*El régimen jurídico...*, op. cit., pág. 699). Por su parte, el pionero trabajo de J. TORNOS MAS (“Infracción y sanción...”, op. cit., págs. 607 y ss.), en un momento histórico en el que había que profundizar en el sometimiento de la Administración al control jurisdiccional, califica esta potestad como reglada.

(108) Aunque no el único. Por ej., puede verse un cierto juego del principio de igualdad, en la STSJ de La Rioja de 26 de junio de 1998, Ar. 1945, JA 3, que reduce la sanción impuesta por la Administración por constar al Tribunal que las sanciones impuestas por la Administración por iguales fechas y por hechos idénticos eran notablemente inferiores.

de la pena<sup>109</sup>. Esto es, el principio de proporcionalidad ha de estar presente en todo este procedimiento, aunque con una particular intensidad en esta última fase (recuérdese el art. 131.3 LPA).

— En segundo lugar, la necesidad de motivación. Esto es, la fundamentación en la resolución sancionadora del proceso lógico que ha conducido a una concreta sanción<sup>110</sup>.

Pues bien, son precisamente estas dos condiciones, en muchas ocasiones íntimamente relacionadas —así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia—, los instrumentos básicos del control jurisdiccional sobre la individualización de las sanciones.

En cuanto al juego del principio de proporcionalidad en fase de control jurisdiccional, la jurisprudencia ha destacado que éste no tiene el alcance de sustituir la discrecionalidad administrativa en el ámbito sancionador, sino sólo de actuar como elemento corrector del exceso legal en que incurra la Administración al aplicar aquella (STS de 10 de julio de 1985, Ar. 3890)<sup>111</sup>. Esto es, este principio sólo excluye negativamente las soluciones desproporcionadas, pero no indica, al mismo tiempo, positivamente cuál sea la solución más adecuada posible<sup>112</sup>, por lo que si el Tribunal considera desproporcionada la sanción debe anularla, pero no sustituirla por otra. El control judicial de la discrecionalidad administrativa no puede suponer su sustitución por la de los Tribunales<sup>113</sup>. No obstante, basta con echar un vistazo a los repertorios de jurisprudencia o a las crónicas sobre Derecho Administrativo Sancionador publicadas en esta Revista (por ej., JA 2), para ver que la realidad es bien distinta.

Para intentar comprender esta actuación judicial sobre la base del principio de proporcionalidad, no está de más señalar que se puede entender como una consecuencia del principio de proporcionalidad que a la Administración le sea exigible, como requisito de

(109) La finalidad de la sanción no sólo justifica que en la individualización se pueda tener en cuenta la capacidad económica del infractor, sino también, por ejemplo, con la debida cautela —pues las dificultades dogmáticas no son pocas— y allí donde esté justificado (por ej., quizás supuestos donde la posibilidad de detección son muy reducidas), la imposición de sanciones en una determinada extensión no justificable desde el prisma de la gravedad del injusto, pero sí desde la finalidad disuasoria o intimidatoria de la sanción. A propósito de esto último, en ocasiones, la propia legislación ha establecido criterios en esta línea (el art. 36 LGDCU recoge entre los criterios para la calificación de las infracciones el de "generalización de la infracción"). Sobre los problemas dogmáticos que plantea esta posibilidad pueden verse las interesantes reflexiones de T. AGUADO CORREA, que afirma "el principio de proporcionalidad en sentido estricto se encuentra especialmente amenazado en un sistema penal que persigue objetivos preventivos y que está interesado en alcanzar consecuencias beneficiosas ejerciendo presión y a través de golpes de efecto, no sólo entre los afectados, sino también ante la opinión pública conformada por los medios y en el que cada vez más el fin parece justificar los medios" en *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, EDESA, 1999, págs. 301-303.

(110) Sobre la necesidad de motivación como elemento de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario, vid. T.R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1994, págs. 82 y ss., donde se insiste en una idea de la que nosotros hemos dado cuenta más atrás: "a mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión".

(111) Aunque esta sentencia sólo se refiera a los hechos determinantes, los motivos que pueden llevar a este exceso de la Administración, como ha destacado M. REBOLLO PUIG (*Potestad sancionadora*, ..., op. cit., págs. 747 y ss.), son muy variados y todos ellos pueden ser controlados jurisdiccionalmente.

(112) M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, págs. 252-253.

(113) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, Tomo 1, 7ª ed., 1995, pág. 463; T. CANO CAMPOS, *El régimen jurídico*, ..., op. cit., págs. 700-701. En esta línea, E. PUJALTE CLARIANA, concluye que los distintos elementos "de contraste del acto discrecional deben ser aplicados con suma prudencia y profunda reflexión, sin que merced a ellos deba llegarse a la anulación del acto discrecional en casos que no sean de flagrante injusticia" ("El control judicial de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en materia de sanciones tributarias", *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Junta de Andalucía y Civitas, Madrid, 1996.)

la legalidad de su actuación, "que el contenido de la actuación administrativa sea adecuado a los fines que la justifican"<sup>114</sup>. Posiblemente, éste sea el nudo gordiano del alcance del control jurisdiccional sobre la individualización de las sanciones administrativas: ¿cuál es la finalidad de esta potestad discrecional?

Como respuesta a este interrogante resulta especialmente interesante el análisis efectuado por J. SUAY RINCÓN<sup>115</sup>. Este autor, tras afirmar que "la discrecionalidad administrativa se justifica exclusivamente en la necesidad de satisfacer un interés público específico, que no puede ser determinado ni cuantificado *a priori*", recuerda que en la potestad sancionadora no se actúa un interés público de este tipo, pues "cuando la Administración impone una sanción por la infracción de un regla de Derecho, no actúa ningún género de interés público, simplemente aplica el Derecho positivo al objeto de restablecer la paz jurídica quebrantada (...): se actúa, por consiguiente, para salvaguardar la puntual efectividad del ordenamiento jurídico". Todo este planteamiento, le lleva a concluir que se trata de una "discrecionalidad jurisdiccional", con una única solución justa. Aunque la conclusión final no la compartimos, en estas ideas puede estar la justificación de un distinto alcance del control jurisdiccional sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, frente al control sobre el ejercicio de cualquier otra potestad discrecional. Y ello, sobre la base de que cuando se está imponiendo una sanción no se está actuando ningún interés público<sup>116</sup>, sino que se está haciendo Justicia<sup>117</sup>.

### 3. Reflexión final *lege ferenda*

A la vista de la jurisprudencia y forma de actuar de los Tribunales en su control de la extensión de las sanciones impuestas, donde se pone de manifiesto que la previsión por parte de la norma sancionadora de amplios márgenes para el órgano sancionador es un arma de doble filo que, en ocasiones, obliga a la Administración a una motivación excesivamente compleja, cuando no imposible, cabría plantearse hasta qué punto no sería más adecuada una mayor predeterminación normativa. Sin embargo, no se trataría de una cuestión de mera oportunidad. La suma de todos los instrumentos de un sistema jurídico debe ofrecer un resultado de equilibrio entre los intereses afectados. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, da la impresión de que si bien, formalmente, la jurisprudencia se muestra generosa en la admisión de predeterminaciones normativas excesivamente vagas —de las que se ha dado cuenta en este trabajo—; materialmente,

(114) J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, "El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo", Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, monográfico *El principio de proporcionalidad*, pág. 155.

(115) Sanciones..., op. cit., págs. 84-85 y 103.

(116) Bien es verdad que, conforme a la legislación vigente, no es completamente cierto que con la potestad sancionadora no se traten de ejecutar diversos intereses públicos. Por ejemplo, basta con recordar aquellas leyes que prevén condonaciones parciales e incluso totales de la sanción, si el infractor repara el daño ocasionado voluntariamente y en un determinado plazo.

(117) Así, la STSJ de Murcia de 15 de marzo de 2000, Ar. 611, afirma que "la Administración (...) debe (...) buscar la sanción justa y proporcionada a la infracción cometida". En la misma línea, J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO señalan que "por último, el operador jurídico toma de la clase con la que hay que operar la sanción que considera adecuada (o para ser exacto: justa) y la adjudica al infractor" (Comentarios..., op. cit., II, pág. 2.589), y T. CANO CAMPOS (El régimen jurídico..., op. cit., pág. 701) se refiere al "afán de hacer justicia".

a la hora de analizar la sanción impuesta en un caso concreto, las exigencias se refuerzan sobremanera. Posiblemente, fuera conveniente un reequilibrio de los instrumentos, donde una mayor predeterminación normativa de las sanciones fuera acompañada de un control jurisdiccional menos generoso del principio de proporcionalidad. Esta mayor predeterminación no sólo facilitaría la labor de individualización por parte del órgano sancionador, sino que sería más acorde con los principios constitucionales y otorgaría una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos.

## Sumario:

- I. Introducción.
- II. La competencia de la CE para establecer sanciones administrativas.
- III. La estructura jurídica de las sanciones administrativas. IV. Los principios del derecho sancionador administrativo comunitario. 1. Principio de legalidad. 2. Principio de culpabilidad. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas. 4. Principio de sus efectos.
- V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Las sanciones administrativas son parte integrante del ordenamiento comunitario desde sus orígenes. El TCECA, el texto más antiguo de trabajo, dispone un conjunto de sanciones económicas a favor de la intervención de la Comisión en el mercado del carbón y del acero (arts. 47, 54, 58, 59, 64, 65, 68, 6) e igualmente el TCEE prevé sanciones (art. 83) que pueden imponerse a las personas o empresas que violen las obligaciones sobre control de seguridad. El TCE, aunque no establece directamente sanciones administrativas, autoriza de modo expreso en su art. 63 (antiguo art. 83) al Consejo a establecer en el futuro sanciones dentro de la a cargo de las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de posición dominante. Esta previsión se plasmó por primera vez en el Reglamento 17/1962 del Consejo de 21 de febrero de 1962, al que le han sucedido otros reglamentos que actúan en ámbitos concretos del Derecho de la competencia. A este conjunto de disposiciones debe añadirse el art. 116.3 introducido por el Tratado de Amsterdam, mediante el que se autoriza al Banco Central Europeo (BCE) a imponer multas y pagos periódicos de penalización a las empresas que no cumplan con sus obligaciones respecto de los reglamentos y decisiones del mismo. El conjunto de sanciones que acaba de describirse, y que de ahora en adelante denominare "primer modelo sancionador", tiene una serie de rasgos esenciales: a) la existencia de sanciones o la competencia para crearlas se establece de modo expreso en los tratados; b) son impuestas por órganos comunitarios —la Comisión o el

(1) Reglamento 17/1962 sobre la aplicación de las reglas de la competencia en materia de sanciones por infracción comunitaria y Decisión 89/269 del Consejo sobre el modo de dar fe de los arts. 41 y 49. Véase también el artículo 116.3 del Tratado de Amsterdam y Regl. com. 4044/1989 del Consejo que regula la competencia en materia de sanciones.