
Capítulo I

Concepto de sanción

1. Introducción.

1.1. Planteamiento de la cuestión.

Dentro del Derecho Sancionador, la teoría de la sanción ha tenido, como ha sucedido en relación con muchas otras cuestiones, un grado de elaboración mucho más limitado que en el Derecho Penal. Como es sabido, el Derecho Penal ha formulado de una forma sistemática los diferentes aspectos que configuran una teoría completa de las consecuencias del delito, tales como la definición de la pena, el fundamento y fines de la misma, o las clases de penas. Asimismo, el Derecho Penal ha elaborado un sistema preciso de criterios para la determinación de la pena tanto en un plano legal como en el orden judicial. En fin, el régimen jurídico de las medidas de seguridad y la responsabilidad civil derivada del delito han sido objeto asimismo de una sistematización clara y precisa. Por su parte, el Derecho Sancionador se encuentra en un estado de estructuración teórica y legal claramente deficiente, ya que no ha desarrollado un verdadero régimen jurídico de las sanciones que, paralelamente, al Derecho Penal distinga entre sanciones en sentido estricto y medidas de seguridad o entre sanciones principales y accesorias. Además, las escasas reglas que existen para la individualización de la sanción carecen asimismo de un desarrollo similar al Derecho Penal¹.

1. Hoy día, el art. 4 del Reglamento del Procedimiento Sancionador -aprobado por R.D. 1398/93, de 4 de agosto-, establece algunos criterios para la determinación de la sanción. Por una parte, el párrafo ter cero de forma un tanto indeterminada señala que cuando las circunstancias lo permitan, podrá imponerse la sanción

En realidad, puede afirmarse que el Derecho Sancionador ha centrado sus esfuerzos en la determinación de los fines de la sanción (retributivo, preventivo, etc...), así como en la definición de los elementos sustantivos que una medida debe reunir para constituir técnicamente una sanción. En efecto, la teoría de la sanción administrativa ha sido objeto de una gran atención en la doctrina, en la medida en que su delimitación conceptual ha constituido el sustrato argumental de dos cuestiones esenciales dentro del Derecho Sancionador: por una parte, la identidad o diferencia entre el orden penal y el administrativo-sancionatorio y por otra parte, dentro del Derecho Administrativo, la distinción entre la sanción y otras medidas administrativas².

De estos dos frentes, entiendo que el examen de la existencia o inexistencia de diferencias entre el fundamento y fin de la pena y de la sanción, puede considerarse una cuestión suficientemente debatida. Y ello por dos motivos. Por una parte por cuanto a pesar de que en la doctrina existen voces disonantes³, puede partirse

en su grado mínimo. Señala textualmente que “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”. En segundo lugar, el citado art. 4, en su párrafo tercero, establece una regla específica para el caso de concurso de infracciones o para el caso de que una infracción sea necesaria para cometer otra, estableciendo para estos supuestos la sanción correspondiente a la mas grave: “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”. La similitud con la regla establecida en el art. 78 del Código Penal -aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre- es evidente. La efectiva aplicación de la sanción para supuestos de concurso de infracciones o para otro tipo de conexiones entre las infracciones, encuentra dificultades adicionales en la realidad sancionadora. Las reglas concursales parecen partir de un único órgano decisorio que tiene en cuenta la totalidad del ordenamiento. En el Derecho Administrativo la competencia decisoria se encuentra sectorializada, por lo que si una misma acción es constitutiva de una infracción en materias, por ejemplo, de aguas y urbanística, serán dos Administraciones diferentes las competentes, lo cual dificulta la aplicación de las reglas de determinación de la sanción en caso de pluralidad de sanciones. La efectiva aplicación de estas reglas exigiría, bien una coordinación de dichas Administraciones -siempre difícil-, o bien un cambio del sistema sancionador de tal manera que se atribuyese a las competencias órganos específicamente sancionadores.

2. SUAY RINCON ha resumido las diferentes tesis doctrinales que han justificado la diferente naturaleza del orden administrativo y penal, en la finalidad específica de la sanción administrativa, que perseguiría la defensa del orden jurídico administrativo y no del orden general social. -Sanciones Administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 74 y sgtes.-. El propio J.SUAY combate esta tesis en la medida que hoy día no cabe “continuar tratando el ordenamiento administrativo como un ordenamiento autónomo y separado del ordenamiento general”. Sanciones..., op. cit., pág. 80. J. SUAY resume su propia tesis al señalar que el fundamento de la sanción administrativa es, al igual que en el Derecho penal “salvaguardar la puntual efectividad del ordenamiento jurídico” Sanciones... op. cit., pag. 84.

3. En efecto, un sector de la doctrina entiende que la sanción administrativa, sea de orden general, o de

razonablemente, de acuerdo con la opinión dominante en la doctrina⁴, y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la existencia de un fundamento común entre la sanción administrativa y la pena⁵.

autoprotección, no tiene un fundamento retributivo sino meramente preventivo de evitación de conductas futuras, en la medida que su fin es la protección del orden jurídico-administrativo. Dentro de esta línea doctrinal, A. NIETO GARCIA entiende que el fundamento de la sanción administrativa es siempre la autoprotección del orden administrativo: "El fin de las sanciones es, en último extremo, el cumplimiento de determinadas normas. Si se multa a los automovilistas imprudentes no es tanto para "retribuirles" su pecado, sino, mucho más simplemente, para que no vuelvan a pecar". Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 1994, pag. 122. Asimismo, A. DE PALMA DEL TESO ha señalado que "el fundamento de la amenaza que la sanción administrativa representa es el deseo de evitar que se lleven a cabo las conductas típicas. Se trata, en definitiva, de que las personas realicen aquello que la norma impone, se abstengan de realizar lo que prohíbe, como medio para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad ha decidido proteger a través del Derecho Sancionador Administrativo". Por el contrario, para A. DE PALMA, no es posible atribuir a la sanción administrativa el fin de reprochar al infractor su errónea acción: "La Administración, tras constatar la comisión de una infracción, no debe dirigir, porque no es su cometido, ningún reproche moral o ético al infractor". Principio de culpabilidad en Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, 1996, pág. 42.

4. Dentro de la doctrina española J. SUAY RINCON ha analizado de forma exhaustiva esta cuestión "Sanciones Administrativas", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 73 y sgtes. En la doctrina italiana E. PALIERO-ALDO TRAVI La Sancione Amministrativa. Profili sistematici, Milano, Dott., A. Giuffrè Editore, 1988, pág. 6 y sgtes.

5. De acuerdo con este planteamiento se deben distinguir, dentro del Derecho Sancionador, dos tipos de sanciones: por una parte, las que persiguen "la protección del orden social general", cuya distinción con la potestad punitiva penal, "es prácticamente imposible en un plano general y de principio", E. GARCIA DE ENTERRIA. Curso de Derecho Administrativo. Vol. II. Civitas. 1986, pág. 152. y por otra parte, las sanciones administrativas de autoprotección, cuya "justificación resulta justamente de la proposición como relevante de la finalidad protectora del orden administrativo, con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento". E. GARCIA DE ENTERRIA, Curso..., Vol II., op. cit. pág. 148. De acuerdo con esta distinción, únicamente el fundamento y fin de la pena retributivo y preventivo, sería aplicable en sentido estricto, a las sanciones de protección del orden general. Este autor, dentro de las sanciones de autoprotección incluye las sanciones disciplinarias, las sanciones de la llamada policía demanial, las rescisorias de actos administrativos favorables, y las sanciones tributarias. Curso... op. cit., pag. 149 y sgtes. Como se puede apreciar dentro del ámbito denominado de autoprotección se incluyen además de las que en sentido estricto constituyen relaciones de sujeción especial, otros ámbitos de diferente alcance. M. LOPEZ BENITEZ ha llevado a cabo un trabajo de deslinde de las situaciones, en sentido estricto, que pueden ser calificadas como relaciones de sujeción especial: funcionarios, militares, estudiantes, reclusos o personas que se integran como beneficiarios de servicios públicos "uti singulis" y que se integran dentro de la organización administrativa, tales como hospitales, residencias de ancianos, etc..., de aquellas otras situaciones que no responden a este concepto estricto de relaciones de sujeción especial. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas, 1994.

No obstante existe un sector de la doctrina que considera que el fundamento retributivo y preventivo, es predicable tanto de las sanciones de orden general, como de las que se imponen en relaciones de sujeción especial F. CASTILLO BLANCO ha criticado la posición tradicional de Beccaria, quien sostenía que la sanción a un funcionario no se justificaba en su fin retributivo sino en la finalidad preventiva de aquella. Función pública y poder disciplinario del Estado. Civitas, Madrid, 1992. El intento de encontrar en un mismo fundamento, tanto las sanciones administrativas de orden general, como de orden disciplinario, se enmarca dentro

Pero además, por cuanto resulta cada vez más claro que dicha perspectiva, la identidad de la sanción y de la pena, ha agotado gran parte de sus posibilidades como fuente de criterios para el Derecho Sancionador pues parece evidente que la aceptación de un común fundamento de la sanción y la pena no significa necesariamente un régimen jurídico común para ambas disciplinas y es ésta precisamente la cuestión que, hoy día, debe preocupar al Derecho Sancionador.

En mi opinión, es en la segunda de las perspectivas citadas, es decir en la delimitación del concepto de sanción frente a otras medidas administrativas, donde se detectan problemas importantes en los constantes intentos de delimitar un concepto sustantivo sobre lo que puede o no considerarse sanción administrativa. En efecto, la formulación de un concepto de sanción dentro del Derecho Sancionador encuentra unas dificultades que, seguramente, resultan ajenas al Derecho Penal, ya que el Derecho Administrativo contempla diferentes medidas cuyo carácter sancionatorio no constituye una cuestión pacífica. Efectivamente, como es sabido, el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración Pública potestades de intervención dentro del ámbito subjetivo de los ciudadanos (multas coercitivas, medidas de control de la legalidad, expropiaciones-sanción, etc...), cuya distinción de la sanción no siempre resulta todo lo clara que sería de desear. La formulación de un concepto de sanción sustantivo o metalegal constituye una aspiración tradicional de la doctrina administrativista, pues la remisión total a un criterio meramente formal o legal crea cierta desconfianza en la doctrina, en la creencia de que una total libertad en la calificación de unas medidas como sanción llevaría a un constante intento del legislador de evitar el mayor rigor que conlleva la calificación de una medida como sanción⁶. No obstante, han sido muchas, como tendremos la

de una línea doctrinal que cuestiona la inaplicación total de los principios penales a las sanciones impuestas en las relaciones de sujeción especial. En este sentido, J. SUAY RINCON había puesto de manifiesto, anteriormente, que "la existencia de una relación especial de sujeción, como fundamento de la atribución a la Administración de poder disciplinario, se está utilizando como pretexto para legitimar todo tipo de desviaciones de los principios generales del Derecho vigente en materia sancionadora". Potestad disciplinaria, Libro homenaje a Villar Palasí. Cívitas, Madrid, 1989, pág. 1326.

6. Considera J. SUAY RINCON que "desde el instante mismo en que la Constitución proclama una serie de principios generales para esta figura en sus arts. 24 y 25, la categoría ha quedado sustraída de la libre disponibilidad del legislador. Es evidente que ésta no puede depender ya de lo que el legislador artificiosa y caprichosamente establezca en cada caso (concepto formal). De ser así y estar necesariamente a lo que el legislador disponga, bastaría para burlar los principios constitucionales antes aludidos (arts. 24 y 25) negar el carácter de sanción o, simplemente, no calificar expresamente como sanciones administrativas los supuestos en que ello le interese". La Expropiación por incumplimiento en la nueva ley del suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas, RDU núm. 123.

ocasión de examinar, las dificultades existentes para formular un concepto claro y preciso. Y quizás las dificultades que se han encontrado en el camino, han podido motivar que dentro de lo que podría denominarse una teoría general de la sanción, la doctrina haya centrado sus esfuerzos en el propio concepto de sanción.

Como punto de partida, puede afirmarse que la doctrina administrativa de forma mayoritaria, y el propio Tribunal Constitucional, aceptan un concepto sustantivo amplio, aunque en el momento de concretar su ámbito surge la falta de acuerdo, como lo demuestra las diferentes opiniones vertidas y la propia normativa existente de carácter contradictorio, sobre medidas tales como la revocación de licencias, la resolución de contratos, la pérdida de las subvenciones por incumplimiento de las condiciones, o la expropiación forzosa como consecuencia del incumplimiento de los deberes de la propiedad. En ocasiones, las dificultades para encontrar unos elementos sustantivos del concepto de sanción, generalizables y uniformes, han llevado a buscar en los fines clásicos de las medidas de carácter punitivo (retributivo y preventivo) el fundamento para distinguir la sanción administrativa de otras medidas. Pero, incluso medidas que en un plano teórico resultan claramente diferenciadas de las sanciones, tienen, tal como se infiere de un análisis más detenido, más conexiones de las que en un principio cabría atribuir.

En definitiva, pretendo poner de manifiesto que el planteamiento tradicional del Derecho Sancionador, en virtud del cual cabe delimitar un concepto de sanción sustantivo y amplísimo, exige, hoy día, un replanteamiento, ya que no resulta posible formular un concepto de tales pretensiones (sustantivo y amplio) que además tenga un cierto grado de coherencia. Por el contrario, creo que el concepto de sanción debe ser objeto de un planteamiento que de forma análoga al concepto de pena, considere que partir de unos determinados requisitos sustantivos, tiene un carácter legal o formal. A tal fin, examinaré desde el punto de vista de los elementos sustantivos de la sanción, las medidas relativas a la revocación de licencias, resolución de los⁷ contratos administrativos, caducidad del de servicio público, reintegro de subvenciones y expropiación forzosa, todas ellas como consecuencia del incumplimiento de los deberes de cada uno de los titulares, beneficiados o propietarios, según los casos y, posteriormente, examinaré el alcance del fundamento y fin de la sanción (retributivo o preventivo) en relación con las medidas de

7. El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, (siglos XVI-XVII-XVIII). Ed. Tecnos, 1969, -pág. 353-.

carácter resarcitorio o coercitivo. No obstante, con anterioridad a todo ello, creo que tiene interés recordar -aunque sea someramente- los aspectos más importantes del concepto de pena, puesto que su referencia permitirá situar posteriormente algunos extremos controvertidos del concepto de sanción.

1.2. Teoría de la pena. Algunas consideraciones sobre la cuestión en el Derecho Penal.

El concepto de pena resulta, en la doctrina penalista, una cuestión pacífica. Desde sus primeras formulaciones, la pena ha aparecido conectada a la idea de un mal impuesto contra la voluntad de aquél que cometió un delito. Así por ejemplo, recordaba F. TOMAS y VALIENTE, que “pena es -se lee en las Partidas- enmienda de pecho o escarmiento que es dado según ley a alguno por los yerros que fizieron...”⁸. Posteriormente, a partir de la Ilustración, el concepto de pena ha sido objeto de constante examen por parte de filósofos y penalistas. El propio F. TOMAS y VALIENTE cita la definición de LARDIZABAL para quien pena es “el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto por el mal que voluntariamente hizo con malicia o por culpa”.

El contenido de la pena, no obstante, ha sido desarrollado posteriormente y objeto de una mayor concreción conceptual. El genérico concepto de “mal” de los filósofos de la Ilustración, hoy día se concreta en una “privación o restricción de bienes jurídicos”; el superior precepto aludido en las definiciones clásicas, actualmente es la Ley, y los “yerros” a los que se refieren las Partidas o “el mal que voluntariamente hizo con malicia o por culpa” de los ilustrados conecta hoy día con la comisión de un delito, es decir con la comisión de una acción típicamente antijurídica a título de dolo o culpa⁹. De esta manera el núcleo esencial de la pena está configurado por dos elementos: por una parte, su contenido de privación o limitación de un derecho y por otra parte, su conexión a la comisión de un delito. La doctrina penalista añade a los elementos citados un tercer requisito de carácter formal o competencial en virtud del cual la privación o limitación de un derecho

8. F. TOMAS Y VALIENTE menciona otras definiciones “¿Qué es pena?” se preguntaba ÁLVAREZ POSADILLA para responderse inmediatamente “pena es el mal que por la pública autoridad se impone al delincuente contra su voluntad”. El Derecho Penal..., -pág. 353-.

9. Así, para J.M. RODRIGUEZ DEVESA “la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito Derecho Penal Español..., op. cit., pág. 878.

debe ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente¹⁰. No obstante, la formulación de un concepto sustantivo de pena no es óbice para que la doctrina penalista considere que la pena tiene en última instancia un carácter legal o formal. Pena es, sí, toda medida que cumple con los requisitos teóricos descritos anteriormente. Pero entre tales medidas, únicamente cabe considerar penas aquéllas que el legislador así las reputa. Es decir, pueden existir privaciones o limitaciones de derechos adoptados por el órgano jurisdiccional competente como consecuencia de la comisión de un delito que no tengan la calificación de pena. De esta manera la pena debe reunir unos elementos sustantivos mínimos (el concepto de mal, su conexión a un delito, un órgano jurisdiccional), pero el Código Penal puede excluir del concepto de pena medidas que cumplen con tales requisitos. La doctrina penalista infiere el carácter formal que en última instancia tiene el concepto de pena de dos manifestaciones del Código Penal:

a) Por un lado, el art. 34 del Código Penal excluye del concepto de pena las medidas cautelares dentro del proceso penal, las multas o correcciones impuestas por la Administración Pública y las cláusulas penales contempladas por las legislaciones civiles o administrativas¹¹. La existencia de una calificación formal normativa sobre las medidas que no tienen la condición de pena constituye para la doctrina penalista un claro argumento sobre el carácter formal de la pena. Pena - señala J.M. RODRIGUEZ DEVESA- es lo que “la ley califica como tal”, pues para este autor, desde un punto de vista sustantivo los efectos de una detención preventiva son similares a los de una pena en sentido técnico, e incluso puede ser una medida más grave que algunas penas, por lo que su exclusión del concepto de pena responde exclusivamente a una decisión del legislador¹².

10. Señala textualmente dicho artículo que “no se reputarán penas: 1º la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal. 2º Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados. 3º Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles o administrativas”

11. J.M. RODRIGUEZ DEVESA en relación con el art. 26 del derogado Código Penal señala que “con esta aclaración, el C.P. pone de relieve que el concepto de pena es puramente formal. Es pena lo que la ley califica como tal. Una detención preventiva puede tener duración mayor que algunas de las penas leves, e incluso que las graves, mas no constituye una pena, como tampoco lo es una multa gubernativa de cuantía incluso mayor que la que pudiera resultar de la aplicación de las leyes penales. La expulsión de un Cuerpo del Estado en virtud de un expediente disciplinario puede surtir los mismos efectos que una pena de inhabilitación, sin pasar de ser una sanción administrativa. El despido por faltas cometidas en el trabajo puede equivaler a una suspensión de profesión u oficio, sin constituir por ello una sanción penal. La pérdida de la patria potestad o la incapacitación por vía civil no son tampoco penas en el sentido jurídico”. Derecho Penal Español, op. cit., pág. 881.

12. Recuerda J. M. RODRIGUEZ DEVESA que “la peligrosidad es distinta de la culpabilidad. La peligro-

b) El carácter formalista del concepto de pena se pone de manifiesto, igualmente, en su distinción con las medidas de seguridad. Desde un punto de vista conceptual no existe diferencia alguna. Ambas figuras constituyen la privación o restricción de un bien jurídico; deben estar previstas en una Ley y además impuestas por un órgano jurisdiccional. En principio, la diferencia, en un plano teórico, entre la pena y las medidas de seguridad, se encuentra en su diferente fundamento. Por una parte, el fundamento de las medidas de seguridad, es la peligrosidad del delincuente, es decir su elevada probabilidad de delinquir en el futuro, y por otra parte, la culpabilidad es el presupuesto y razón de ser de la pena¹³. De esta manera, el fundamento de las medidas de seguridad permite su aplicación en los casos en que concurren determinadas causas de exclusión de la responsabilidad que impiden la imposición de la pena¹⁴. Pero este criterio diferenciador queda en gran parte desvirtuado si se tiene en cuenta que, tal como señala J.M. RODRIGUEZ DEVESA, el tratamiento individual que justifica las medidas de seguridad es asimismo parte integrante de los fines de la pena ya que, según hemos visto, uno de sus fines es la

sidad puede ser muy elevada, siendo la gravedad del delito cometido muy pequeña; y viceversa, puede ser prácticamente nula a pesar de haber cometido el sujeto un delito muy grave". Derecho Penal Español... op. cit., pág. 990 Y más adelante señala que, "ello permite imponer medidas de seguridad a aquellos que a pesar de haber cometido un delito deben ser absueltos por concurrir una causa de exculpación, o bien por resultar imputable. Se trata por tanto de hacer frente a una situación de peligrosidad no culpable, integrando tanto las medidas inocuizadoras como las curativas y educadoras". Derecho Penal Español... , op. cit., pág. 994 y sgtes.- S. MIR PUIG, por su parte, señala que las medidas de seguridad "no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo". Derecho Penal, Parte General, PPU, Barcelona, 1990, pág. 9.

13. El art. 95 del Código Penal -aprobado la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre- señala que las medidas de seguridad se impondrán cuando concurren determinadas causas de exclusión de la responsabilidad y así como las siguientes circunstancias: "1º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2º Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos." Por su parte, el art. 96 clasifica estas medidas en función del carácter privativo o no privativo de la libertad. El vigente Código Penal recoge una clasificación de las medidas de seguridad ya existente en un plano teórico de acuerdo con el anterior Código Penal. Así, señalaba J.M. RODRIGUEZ DEVESA, pueden clasificarse "utilizando los mismos términos que para las penas": a) medidas privativas de libertad entre las se encuentran desde la custodia de seguridad y colonias de trabajo hasta los internamientos con tratamiento curativo; b) restrictivas de derecho "cuando la peligrosidad dimana de circunstancias ambientales" citando entre ellas la obligación o prohibición de residir en un lugar determinado ...prohibición de ejercer determinadas profesiones; y c) pecuniarias". Derecho Penal Español, op. cit., pág. 995.

14. Señala este autor que "el carácter legal que en última instancia distingue la pena de las medidas de seguridad se infiere del tratamiento de los diferentes ordenamientos jurídicos denominándose en unos ordenamientos jurídicos medidas de seguridad a lo que otros llaman penas". Derecho Penal Español, op. cit., pág. 996.

prevención especial, es decir la propia reeducación del delincuente, lo que volatiza cualquier intento de distinción sustantiva con las medidas de seguridad¹⁵.

c) A luz del nuevo Código Penal, cabe añadir algún otro ejemplo que abunda sobre el carácter legal o formal del concepto de pena. Así, el comiso de los efectos del delito que integraba las llamadas penas accesorias en el derogado Código Penal¹⁶, el art. 12 del nuevo Código Penal lo incluye entre las “consecuencias accesorias”¹⁷.

El fundamento y fines de la pena han suscitado dentro del Derecho Penal un debate de mayor enjundia, ya que en el seno del pensamiento penal han surgido diferentes corrientes sobre la mayor o menor relevancia de unos fines de la pena sobre otros. Por una parte, de la conexión entre pena y delito surge, como es sabido, la teoría absoluta de la pena: la pena tiene su presupuesto en el delito y por tanto se considera una retribución de la acción realizada. Por tanto a mayor gravedad del delito, mayor gravedad de la pena¹⁸. Pero junto al carácter retributivo de la pena, ésta tiene un fundamento dinámico o preventivo, en la medida que con ella se pretende evitar en el futuro las conductas que la Ley prohíbe o manda ejecutar. Dos aspectos cabe distinguir dentro de este fundamento dinámico: por un lado, el efecto preventivo general, de intimación de la colectividad, de manera que supon-

15. En concreto, el art. 27 las denominaba “pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”.

16. Dentro de las consecuencias accesorias, el art. 129 CP regula las medidas imponibles sobre las personas jurídicas (clausura de empresa, suspensión de actividades, disolución de sociedades, etc...). Su exclusión del concepto de la pena es coherente con el planteamiento tradicional del Derecho Penal que no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante la inclusión de este tipo de medidas de carácter penal, viene siendo el argumento de un sector de la doctrina penalista para defender la contradicción de la tesis tradicional sobre la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Con carácter general el Código Penal dedica los art. 127 y sgtes. a la regulación de las llamadas “consecuencias accesorias”.

17. Señala J.M. RODRIGUEZ DEVESA que “la pena es simplemente la consecuencia primaria del delito. El delito es el presupuesto necesario de la pena. Entre ambos hay una relación puramente lógica. Puede decirse que es una retribución del delito cometido, se descarga a esta palabra de todo significado reivindicativo. Estáticamente considerada, la pena tiene su antecedente en el delito...En este sentido, solamente las llamadas teorías absolutas pueden proporcionar una explicación a la pena, dándole un fundamento”. Derecho Penal, op. cit., pág. 882.

18. S. MIR PUIG señala que la prevención general contiene dos aspectos. El tradicional formulado por Feuerbach para quien “la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal.” Junto a esta vertiente intimidatoria la prevención general actúa como medio de “afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales de la conciencia social de la norma. Derecho Penal, Parte General..., op cit., pág. 56 y 57.

ga un freno a los futuros infractores¹⁹; y por otra parte un efecto preventivo específico sobre el propio delincuente a fin de que no vuelva a delinquir²⁰. Hoy día, prevalecen dentro del Derecho Penal las corrientes eclécticas en virtud de las cuales “se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena”. El mayor o menor peso de una función sobre las otras constituye, aún hoy día, una cuestión de indudable importancia dadas las consecuencias concretas que una u otra posición tiene en la política legislativa.

En fin, aunque de forma breve y concisa creo que estas pautas sobre la teoría de la pena permitirán situar con mayor claridad los criterios propios del Derecho Sancionador que a continuación examinamos. Como veremos, la influencia de la teoría de la pena ha resultado muy intensa pero sus resultados y conclusiones han sido bien diferentes.

2. Teoría de la sanción en el derecho administrativo. Dificultades para su delimitación.

Desde un punto de vista histórico, la elaboración del concepto de sanción se ha encontrado íntimamente unida a la evolución del Derecho Sancionador como cuerpo jurídico dotado de autonomía frente a otras potestades administrativas. En concreto, esta relación se pone de manifiesto en la trayectoria paralela que ha seguido la delimitación, por una parte, del concepto de sanción frente a otras medidas de naturaleza administrativa y del Derecho Sancionador frente a otras potestades de la Administración. En efecto, el proceso de identidad sustantiva del Derecho Sancionador frente al llamado Derecho de Policía²² y su integración en el “*Ius Puniendi*”

19. S. MIR PUIG señala que “a diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya ha delinquido: la pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir”. Derecho Penal, Parte general..., op cit., pág. 58. Por su parte, la prevención especial como fin de la pena tiene hoy día reconocimiento constitucional. El art. 25.2 CE señala que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”

20. S. MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General, pág. 63.

22. Dentro de la doctrina española J. SUAY RINCON ha analizado de forma exhaustiva esta cuestión. Sanciones Administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 73 y sgtes. En la doctrina italiana E. PALIERO-ALDO TRAVI La Sancione Amministrativa. Profili sistematici, Milano, Dott., A. Giuffrè Editore, 1988, pág. 6 y sgtes.

del Estado se ha sostenido en gran parte en la formulación de un concepto de sanción de carácter sustantivo que a su vez ha pretendido servirse de la formulación que el Derecho Penal ha desarrollado sobre el concepto de pena.

Así, una visión retrospectiva permite señalar que el concepto de sanción, dentro de un planteamiento general de la “policía administrativa”, hacía referencia a la policía represiva lo cual no permitía delimitar unos contornos claros ya que constituía un concepto amplio que integraba medidas que hoy día se distinguen, al menos en un plano teórico, del concepto de sanción²³. Así, ya en los años 50, C. GARCIA OVIEDO incluía dentro de la policía represiva medidas de muy diversa naturaleza: “cuando la infracción ha sobrevenido por hacer lo prohibido, la sanción estriba, ya en la reparación del daño causado, ya en la indemnización de perjuicios, en lo que afecta a la cosa perjudicada y en multas o arrestos en lo referente al culpable”²⁴. Hoy día, la admisión de una autonomía del Derecho Sancionador ha llevado a la formulación de un concepto de sanción paralelo a la pena, lo que ha conllevado la exclusión de medidas que se ha entendido carecen de naturaleza punitiva²⁵. Clásica es, dentro del Derecho Administrativo la idea aportada por E. GARCIA. DE ENTERRIA. Sanción, señala este autor, es “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”²⁶.

23. En palabras de C. GARCIA OVIEDO, la policía represiva “sobreviene (esta acción) en aquel instante en que el deber de policía fue quebrantado por el llamado a cumplirlo, actuando entonces la policía en defensa y en la, restauración del orden perturbado”. Tratado de Derecho Administrativo..., op. cit., pág. 119.

24. Derecho Administrativo, E.I.S.A., 1962, 8ª Ed., pág. 599,

25. Como hemos visto anteriormente, esta opinión no es unánime. A. NIETO GARCIA Derecho Sancionador..., op. cit., pág. 86 y L. DE LA MORENA Un problema no resuelto y otro creado por la reciente legislación reformadora de régimen local, REDA núm. 53, mantienen una idea del Derecho administrativo sancionador de doble vínculo. Por una parte conectado, en cuanto “sancionador”, a los principios y garantías de naturaleza punitiva, pero en cuanto “administrativo”, vinculado a la gestión como medio de garantizar el mantenimiento del orden administrativo, y por tanto como un medio coactivo para hacer cumplir sus mandatos, lo cual supone reconocer una parte “policia” de la tradición sancionadora española. De esta manera, la sanción no puede desvincularse de su función de autotutela de la Administración coactiva.

26. Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, op. cit., pág. 147. Esta definición supone una superación de la explicación de la sanción administrativa desde la actividad administrativa de policía. La propia superación de la explicación de los actos de gravamen desde el común Epígrafe de policía lleva necesariamente al replanteamiento del concepto de sanción. La doctrina española parte en su mayoría de la formulación de la “pena administrativa” íntimamente unida a la “pena” y desvinculada del carácter preventivo de las medidas de policía. Actualmente, como he señalado, parece revivirse un cierto acercamiento a la sanción como manifestación de la actividad de policía si bien dentro de un marco jurídico “punitivo”. Ver además de los citados A. NIETO GARCIA y L. DE LA MORENA, el tratamiento de F. GARRIDO FALLA en Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II. Parte General: Conclusión. Décima Edición, Tecnos, pág. 137.

La sanción, de acuerdo con esta definición integra dos elementos de carácter sustantivo: por una parte, el mal impuesto y por otra, la conducta ilegal que sirve de presupuesto; y un elemento formal: el órgano de la Administración al que compete su imposición. J. SUAY ha añadido a este concepto dos elementos: en primer lugar que el mal se imponga "a resultas de un procedimiento administrativo y (en segundo lugar) con una finalidad puramente represora"²⁷. Esta definición, ha aclarado J. SUAY, da lugar a un concepto amplio de sanción administrativa, susceptible, en principio de dar cabida a figuras muy diferentes, tal como tendremos la oportunidad de examinar.

El ordenamiento jurídico recoge, efectivamente, muy variadas medidas en función del contenido del sector de la realidad social que regula. La multa, configura el eje sobre el que gira el sistema sancionador, dentro de un amplio espectro de posibilidades desde multas de 400.000 pts. en materia de transportes por carretera, hasta multas de 100 millones previstas en materia de costas, máquinas recreativas o sanidad, pasando por supuestos intermedios como espectáculos taurinos (hasta 25 millones) o telecomunicaciones (hasta 10 millones)²⁸; pero junto a la multa, cada

27. J. SUAY RINCON desarrolla esta definición distinguiendo cinco elementos de las sanciones administrativas: 1) El carácter administrativo de la autoridad de la que emanan (elemento subjetivo); 2) El efecto aflictivo de la medida en que se exteriorizan (elemento objetivo); 3) La realización de una conducta contraria a Derecho, con carácter previo; 4) La finalidad represora que persigue (elemento teleológico); 5) El carácter administrativo del procedimiento que ha de observarse. Sanciones administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989. -págs. 55 y 56-. De esta manera la sanción estaría configurada por dos tipos de elementos: por una parte dentro de los que podrían calificarse de carácter formal, estaría la autoridad de la que emana y el carácter administrativo del procedimiento que ha de observarse. Y, por otra parte, los elementos sustantivos: el carácter aflictivo del mal impuesto la previa realización de una conducta contraria a Derecho y la finalidad represora que persigue.

28. La multa se encuentra en la casi totalidad de las legislaciones con un sistema sancionador propio: art. 33.1 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (hasta 25 millones); art. 97.1 de la ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas -hasta 100 millones-; art. 109 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas -hasta 75 millones-; art. 9 de la Ley 38/84 de 6 de noviembre sobre Inspección, Control y Régimen Sancionador de Transportes por Carretera, -hasta 400.000 pts- art. 143 de la Ley 16/1987, de Transportes Terrestres, de 30 de julio (hasta 400.000 pts.); art. 5 de la Ley 34/1987 de 18 de diciembre, de Juegos de Azar (hasta 100 millones); art. 64 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar -R.D. 593/1990-; art. 5 del R.D-L 2/1987, de 3 de julio; art. 34 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación del Sector de Telecomunicaciones (hasta 10 millones de pesetas); arts 19 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre Potestades Administrativas en Materia de Espectáculos Taurinos (hasta 25 millones); art. 4 del R.D. 971/1983, de 16 de que desarrolla la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982, sobre infracciones administrativas en materia de contrabando (un porcentaje sobre el valor de los géneros), art. 82.1, del Reglamento de Espectáculos Públicos (1 millón de pesetas); art. 5 del R.D. 1189/1982, de 4 de junio, que regula determinadas actividades contrarias a la moral y buenas costumbres (hasta un millón); art. 28 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (hasta 100 millones);

sector contempla medidas sancionadoras alternativas o conjuntas de muy diversa índole, desde la revocación de las autorizaciones otorgadas hasta el precintado de los aparatos utilizados o inhabilitación para la profesión ejercida²⁹.

art. 36 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (hasta 100 millones pudiendo llegar hasta el quíntuplo del valor del objeto de la infracción); art. 37 de Ley 8/1988, de 7 de abril sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (hasta 15 millones de pesetas); art. 17 de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, de Residuos Tóxicos y Peligrosos, (hasta 100 millones de pesetas) que la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, ha aumentado hasta 200 millones de pesetas -art. 35-; art. 76 de la Ley 13/1985 de 25 de junio, de Patrimonio Histórico (hasta 100 millones de pesetas); art. 69.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, (hasta 100 millones de pesetas); art. 39 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de Espacios Naturales (hasta 50 millones de pesetas); art. 9 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito (el 1% de sus recursos propios o hasta 5 millones de pesetas); art. 102 de la Ley 24/1988, Reguladora del Mercado de Valores (quíntuplo del beneficio obtenido o hasta el 5% de sus recursos propios), art. 17 de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero (hasta 100 millones de pesetas); art. 10 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (hasta 100 millones de pesetas o el decuplo del valor de los productos); art. 36 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hasta 100 millones pudiendo llegar al quíntuplo del valor de los productos); art. 43 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar (hasta 30 unidades); art. 14 Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado -R.D. 33/86, de 10 de enero- (deducción proporcional de retribuciones); art. 67 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial (hasta 100.000 pesetas o 250.000 pesetas según los casos).

29. A título enunciativo cabe citar cuatro grandes grupos:

a) revocación provisional o definitiva de la autorización (art. 9.3 de la Ley 38/84, de 6 de noviembre), art. 82.1 del Reglamento de Espectáculos Públicos (clausura del establecimiento); art. 17 de la Ley 10/1991, de 4 de abril sobre Potestades Administrativas en Materia de Espectáculos Públicos, art. 5 del R.D. 1189/1982, de 4 de junio de 1982, que regula determinadas actividades contrarias a moral y buenas costumbres (cierre del centro de trabajo); art. 37 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Laboral (clausura de las instalaciones); (clausura del recinto deportivo o privación de licencia federativa); art. 4.6 del R.D. 642/84, de 28 de marzo del Reglamento Disciplinario de Deportes (cierre temporal del establecimiento); art. 36 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad, art. 36.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (revocación de la autorización de la entidad bancaria); art. 9 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito, (o revocación de las agencias de valores o sociedades gestoras de carteras), art. 102 de la Ley 24/1988, Reguladora del Mercado de Valores,

b) precintado del vehículo (art. 9.2 de la Ley 34/84, de 6 de noviembre, sobre Inspección, Control y Régimen Sancionador de Transportes por Carretera), incautación de los aparatos, (art. 34.2 de la Ley 31/1987 sobre Maquinas de Azar), comiso de los géneros o efectos utilizados en la comisión, (art. 5 del R.D. 971/1983 de 16 de en materia de infracciones de contrabando).

c) pérdida de ayudas económicas, (art. 45 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

d) suspensión del colegiado, de acuerdo con los Estatutos de los Colegios Profesionales entre los que se encuentran, los aprobados por Orden de 1 de noviembre de 1982 Rep. 2912 (Ingenieros Agrónomos), Orden de 24 de noviembre de 1982, Rep. 3143 (Agentes de Seguros) y Orden de 27 de agosto de 1982, Rep. 2238 (Procuradores de los Tribunales); separación del servicio o suspensión de funciones (R.D. 33/86, de 10 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Pública); inhabilitación para actuar como profesional, (art. 118 y 19 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades

Desde el punto de vista de su tratamiento normativo, la diferencia entre la multa y estas medidas alternativas se encuentra en que mientras la primera es siempre calificada como sanción -con la excepción de la multa coercitiva que luego examinaremos-, las medidas complementarias o alternativas citadas no responden a un criterio normativo unívoco. Así, como más adelante examinaré con mayor detenimiento, una misma medida puede ser calificada como sanción en un sector del ordenamiento y por el contrario ser excluida del orden sancionador en otro sector.

La doctrina, como he señalado anteriormente, considera que la sanción tiene un carácter sustantivo o suprallegal, y en consecuencia la calificación como sanción no es consecuencia de la discrecional opción normativa sino de la concurrencia de los presupuestos o requisitos del concepto de sanción formulado (mal infligido por la Administración como consecuencia de la comisión de una infracción). El problema se plantea en el momento de concretar dicho concepto, pues existen opiniones divergentes sobre lo que puede o no considerarse sanción. Este debate alcanza a medidas tales como las revocaciones de los actos administrativos, la caducidad de concesiones, las resoluciones de contratos por incumplimiento, las expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, o los derechos de retracto que prevé la legislación fiscal³⁰.

Así, la calificación como sanción de las revocaciones de actos administrativos o resoluciones de contratos administrativos ha tenido su máximo defensor en E. GARCIA DE ENTERRIA pues incluye, dentro de un concepto amplio de sanción, las llamadas sanciones rescisorias de actos favorables en virtud de las cuales se produce una "pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja, privación del beneficio que el administrado obtiene de un acto administrativo de cuya virtualidad ha abusado"³¹. No obstante, algún autor, como G. FERNANDEZ

administrativas en materia de espectáculos taurinos), o prohibición de cazar o pescar (art. 39.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales).

30. Se trata del art. 49.5 del Real Decreto-Ley 1/93, de 24 de septiembre, por el que se aprobó el Texto articulado de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y el artículo 19 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones). Asimismo, cita el artículo 17 de la Ley de 10 de marzo de 1941, de Patrimonio Forestal del Estado, para el supuesto de una operación de venta entra particulares que no se ponga en conocimiento de la Administración.

31. Además de las revocaciones-sanciones, incluye, entre otras, la retirada del permiso de conducir. Entre las revocaciones por incumplimiento de las condiciones señala el art. 16.1 RSCL, en materia de licencias muni-

FARRERES, ha cuestionado el carácter sancionatorio de la pérdida de una situación de ventaja, que se produce en materia de subvenciones por incumplimiento de las condiciones de la misma. O.J. SUAY, que cuestiona el carácter sancionatorio de la caducidad del contrato de gestión de servicios³². En fin, tampoco ha existido unanimidad sobre la calificación como sanción de la expropiación forzosa por razones de interés social y los retractos que a favor de la Administración prevé la legislación fiscal. Como tendremos la ocasión de examinar la defensa de J. SUAY sobre el carácter sancionador de estas medidas ha tenido contestación en la propia doctrina.

La ausencia de acuerdo en la doctrina se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como asimismo tendremos la ocasión de examinar, tampoco responde a pautas homogéneas. Por su parte, el Tribunal Constitucional aunque parece ratificar una idea amplia del concepto de sanción, no ha tenido oportunidad de resolver -y seguramente tampoco es su función- los problemas que plantea la eventual delimitación y formulación del concepto.

En todo caso, cabe afirmar que el Derecho Sancionador parte de un concepto de sanción que permite incluir, junto a la multa, medidas de diversa índole. Pero, a diferencia de la multa, la inclusión de estas medidas plantea algunos interrogantes que creo de interés recordar. Como cuestión global cabe preguntarse en qué medida resulta compatible la doble pretensión de formular un concepto sustantivo de sanción de alcance, por tanto, supralegal que, además, tenga un carácter amplísimo que permita incluir las medidas citadas anteriormente. Pretendo describir los límites que en mi opinión tiene la formulación de un concepto sustantivo; en este sentido puede aportar alguna idea de interés, un examen detallado del diferente comportamiento que, frente a la multa económica, tienen las medidas rescisorias y expropiatorias. Para ello, en primer lugar, examinaré el funcionamiento de estas

cipales, art. 34 del Reglamento de instalación, ampliación y traslado de industrias de 22 de julio de 1967, y el art. 36 del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial de 12 de noviembre de 1976. Curso de Derecho Administrativo..., Vol I Civitas, 1987, op. cit., pág. 151.

32. Este autor considera discutible, no obstante, la calificación como sanción de la revocación de autorizaciones y la caducidad de concesiones, así como la resolución por incumplimiento de los contratos administrativos, considerando más apropiada para esta última su calificación como potestad correctiva. Señala J. SUAY RINCON que "debe apuntarse que la antigua doctrina prefiere hablar de potestad correctiva para todos estos supuestos y que la jurisprudencia más reciente parece haber resucitado este concepto, como alternativa al de relaciones especiales de sujeción que tanta polémica ha suscitado". Sanciones administrativas, op. cit., pág. 59.

medidas y su relación con el concepto de sanción. Dentro de las denominadas sanciones rescisorias de actos favorables, me detendré en la revocación de autorizaciones de funcionamiento, reintegro de subvenciones, extinción del contrato de gestión de servicios públicos - y en general resolución del contrato administrativo-; y por último analizaré la expropiación-sanción, ya que todas ellas plantean, según veremos, problemas similares. En un segundo momento, examinaré la efectividad del fundamento y fin de la sanción como criterio diferenciador entre la sanción y otras medidas administrativas. Como veremos con más detalle, algunos autores han señalado el fin u objetivo de la medida -represiva- como el verdadero criterio diferenciador del concepto de sanción frente a otras medidas. Pero el fin represivo como criterio delimitador debe ser objeto de algunas puntualizaciones que pueden explicar asimismo algunas previsiones normativas o situaciones de la realidad, aparentemente contradictorias.

3. Concepto amplio de sanción. Análisis de algunos supuestos.

3.1. Autorizaciones o licencias de funcionamiento.

3.1.1. Introducción. Planteamiento normativo.

Como es sabido, la configuración teórica de las autorizaciones de funcionamiento tiene su punto de partida en el ámbito local con motivo del sometimiento a previa licencia municipal de las actividades de los administrados³³ y en concreto, dentro del sector relativo a las denominadas actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas³⁴. T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, ha señalado que las autorizaciones de funcionamiento son fuente de relaciones de "tracto continuo" y la creación de una relación permanente que crea simples expectativas de continuidad "condicionadas a la permanencia de su compatibilidad con el interés general" excluye que pueda hablarse de verdaderos derechos adquiridos en el ejercicio de la actividad³⁵. De todo ello concluye que las licencias de apertura, en

33. Señala el art. 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales -aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955- que "la intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios:...b) Sometimiento a previa licencia".

34. Art. 29 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas -aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre-.

35. El medio ambiente urbano y las vecindades industriales. Estudios Jurídicos. IEAL. 1973. Pág. 112.

realidad, configuraban verdaderos actos-condiciones, es decir, constituyen un estatuto objetivo que exige su permanente adecuación a la normativa vigente³⁶.

La propia configuración de la licencia de funcionamiento como una sujeción permanente al interés público explica que el art. 16 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas contemple un amplio elenco de supuestos de revocación de estas licencias. Como resume T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ "el precepto transcrito (art. 16 RAMINP) regula hasta cuatro clases de revocación: por incumplimiento de condiciones, por cambio de circunstancias, por cambio de criterios de apreciación y por error en el otorgamiento"³⁷.

Desde el punto de vista de su calificación como sanción, las soluciones normativas no resultan homogéneas. Por una parte nos encontramos con que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, que contempla una regulación general de esta materia, no califica formalmente como sanción ninguno de los cuatro supuestos de revocación de la licencia que contempla. No obstante, la doctrina ha considerado que constituye un caso de revocación-sanción del acto, el supuesto de incumplimiento de las condiciones de la licencia, que el art. 16 RSCL redacta en los siguientes términos: "las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas"³⁸. Por su parte, la normativa sectorial contempla la revocación de la autorización por incumplimiento de forma mayori-

Criterio recogido de forma uniforme por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, STS de 23 de marzo de 1992 (Ar. 3229), y STS de 17 de junio de 1992 (Ar. 4730), entre otras.

36. El Medio Ambiente Urbano..., op. cit. pág. 115. El propio T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ con carácter general ha puntualizado el contenido de los actos-condición: "Son pues títulos jurídicos que colocan al administrado en una situación impersonal y objetiva, definida abstractamente por las normas en cada caso aplicables y libremente modificables por ellas, una situación, en fin, legal y reglamentaria, cuyo contenido, en su doble vertiente, positiva y negativa (derechos y obligaciones) hay que referir en cada momento a la normativa en vigor". Curso de Derecho Administración, Vol. II, pág. 128.

37. Curso de Derecho Administrativo, Vol. I Cuarta, Ed. Civitas, pág. 613. La previsión normativa general se encuentra en el art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Señala textualmente el precitado artículo que "las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación. 2.- Podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultaren otorgadas erróneamente. 3.- La revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación y la anulación por la causas señalada

38. El supuesto recogido en el art. 16.1 del RSCL funciona en palabras del T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ "según el juego propio de las condiciones resolutorias". Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, op.cit., pág. 615.

taria pero no unánime pues algunos sectores del ordenamiento no califican dicha medida como sanción administrativa. Como ejemplo de una norma que califica la revocación como sanción se encuentra la regulación del RAMINP³⁹, ya que regula las medidas de multa y retirada de licencia dentro del Capítulo II dedicado a las "Sanciones", por lo que su calificación formal parece clara. Calificación que ratifica la doctrina y ello tanto en relación con las multas previas a la revocación de la licencia como a la propia retirada de la licencia⁴⁰.

Como ejemplo del supuesto contrario, es decir, de preceptos que prevén la revocación de licencia, pero que no califica la actuación como sanción administrativa se encuentra la normativa en materia de enseñanzas no universitarias⁴¹ que se limita a señalar cuáles son las causas de revocación de la autorización, entre las que cita el incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización, en cuanto sean imputables al titular del centro⁴². Y desde el punto de vista procedimental, el

39. Arts. 36 y sgtes. del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. Así resume T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ el complejo procedimiento: "-Comprobadas las deficiencias hay que requerir al titular para que las corrija en un primer plazo no inferior a un mes ni superior a seis, salvo casos especiales (art. 36). - Transcurrido este primer plazo sin que las deficiencias hayan sido corregidas puede concederse un segundo e improrrogable plazo que no excederá de seis meses (art. 37). - Agotados estos plazos sin que se haya puesto remedio a la situación puede procederse, previa audiencia del interesado a imponer una multa (art. 38)... - Si la primera multa no hace efecto y la situación perjudicial no se corrige hay que repetir la operación otras dos veces y después de impuestas tres multas consecutivas puede procederse a la clausura y cesación de la actividad." *El Medio Ambiente Urbano...*, Estudios Jurídicos, IEAL, 1973, pág. 118.

La revocación de la licencia se plantea como previsión extrema y última en caso de ineficacia de otras de menor alcance. En concreto, el Reglamento de Actividades Clasificadas contempla la revocación de la licencia de funcionamiento y consiguiente clausura de la actividad como una medida imponible ante el previo incumplimiento de un complejo procedimiento administrativo: hasta tres veces la Administración debe el requerir al particular e imponer la consiguiente multa, antes de acordar la clausura. Efectivamente, únicamente el incumplimiento y multa tras el tercer requerimiento permite revocar la licencia y clausurar la actividad.

40. T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, según hemos visto anteriormente, conecta la previsión de la revocación de la licencia con el supuesto de revocación por incumplimiento de las condiciones contemplado en el art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. *El Medio Ambiente Urbano...*, op.cit., pág. 195. En el mismo sentido J. DOMPER FERRANDO señala que "las sanciones aplicables previstas en el art. 38 son: la multa (que se gradúa con los criterios del art. 40), la retirada temporal de la licencia con la consiguiente clausura o cese de la actividad mientras subsista la sanción y la retirada definitiva de la licencia..." *El Medio Ambiente y la Intervención Administrativa en las Actividades Clasificadas*, Vol. II, Civitas, 1992, pág. 174.

41. El Decreto 1855/1974, de 7 de junio, sobre régimen jurídico de las autorizaciones de centros no estatales de enseñanza, dedica los arts. 15 y sgtes. a la regulación de la extinción de la autorización bajo el epígrafe "De la extinción de la autorización". Por su parte, el R.D. 2641/1980, de 7 de noviembre (R. 2725), que regula la modalidad de enseñanza a distancia, impartida por Centros privados, establece las causas de revocación de la autorización dentro del mismo marco ajeno al Derecho Sancionatorio.

42. Establece el 15 del Decreto de 7 junio de 1974 que "son causas de revocación de la autorización, en

art. 16 del Decreto 1855/1974, de 7 de junio, señala que el órgano competente, a la vista de los informes sobre la actuación del centro, “iniciará el expediente de revocación”, que resolverá previa audiencia al interesado de acuerdo con el art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo⁴³.

La normativa sectorial opta, pues, por soluciones diferentes, sin que aparentemente exista una explicación que lo justifique⁴⁴. Por ello, la falta de uniformidad normativa plantea una duda razonable sobre el efectivo carácter sancionador de estas medidas y como trasfondo de esta diversidad de planteamientos normativos late el problema de la efectiva existencia de un concepto sustantivo o legal de sanción.

El carácter contradictorio y la falta de explicación razonable de esta diversidad se proyecta asimismo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues no cabe detectar en sus pronunciamientos una explicación clara sobre la existencia de posiciones contradictorias. Únicamente el Tribunal Constitucional se ha enfrentado con esta cuestión si bien su doctrina sugiere algunos interrogantes. Cuestiones todas ellas que analizo a continuación.

3.1.2. *Planteamiento jurisprudencial.*

El Tribunal Supremo ha adoptado posiciones contradictorias en relación con el

cuanto sean imputables al titular del Centro, las siguientes: ...c) El incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización”; y el art. 15 del Decreto de 1980 que “la revocación expresa por la Administración de la autorización se acordará cuando exista alguna de las causas siguientes: ...b) Cuando al Centro deje de reunir alguna de las condiciones mínimas que sirvieron de base a la autorización”.

43. Establece el precitado artículo, que “la Dirección General competente, a la vista de los informes presentados por el Servicios de Inspección Técnica de Educación, Inspección General de Servicios o cualquier otro órgano competente del Departamento, iniciará el expediente de revocación, cuando se diera alguna de las causas que se relacionan en el apartado 1 del artículo anterior”.

44. Al igual que en materia de actividades clasificadas, la normativa podría haberla calificado como una sanción, incluso se detectan más motivos para entender que dicha medida supone una incidencia en un derecho propiamente dicho ya que la creación de centros docentes se encuentra expresamente amparado dentro de los derechos a los que mayor protección otorga la Constitución pues como es sabido, reconoce “a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”. - art. 27.6 CE-. Nos encontramos, por tanto, ante un verdadero derecho subjetivo. -Veáse en este sentido A. EMBID IRUJO, Las libertades en la enseñanza, Técnos, 1983 y F. GARRIDO FALLA Comentarios a la Constitución, Civitas, 1985, pág. 555-. Derecho subjetivo que debe compaginarse con la propia configuración de la educación como un servicio público fundamental, entendido de acuerdo con su acepción objetiva, tal como expuso en su momento R. GOMEZ FERRER. El Régimen General de los Centros Privados de Enseñanza, RAP núm. 70, lo que justifica la intensa reglamentación y la intervención administrativa en aras de la debida adecuación.

carácter sancionador de esta medida. Así, tanto en relación con la materia de enseñanzas no universitarias, como en materia de actividades clasificadas, se pueden encontrar Sentencias en contra y a favor del carácter sancionador de la revocación de la autorización.

En relación con la materia de centros docentes, el Tribunal Supremo no formula doctrina alguna sobre los motivos que pueden llevar a considerar la medida como sanción o, por el contrario, para afirmar su carácter no sancionatorio. Tanto en unos casos como en los otros da por sentado que tiene o no tiene (según los casos) carácter sancionador. Así, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se detecta un grupo de pronunciamientos en los que el Alto Tribunal examina diversos casos de revocación de la autorización de centros docentes desde una perspectiva ajena al derecho sancionador, limitándose a constatar la efectiva acreditación de los presupuestos que dan lugar a la revocación de la licencia⁴⁵. Pero junto a esta línea jurisprudencial, en otro grupo de pronunciamientos, califica expresamente el acuerdo de revocación como sanción, examinando la cuestión desde los principios que inspiran el Derecho Penal⁴⁶.

45. Así, la Sentencia de 25 de junio de 1992 (Ar. 9319), analiza un supuesto de revocación de autorización por falta de condiciones de los locales de un centro dedicado a la enseñanza general primaria. Se limita a analizar las circunstancias y a concluir señalando que "el hecho posible, de que ello fuera motivado por la alegada dificultad material, por sus discrepancias jurídicas con la arrendadora del inmueble, ello no destruye la situación real del Centro Privado, el cual por las circunstancias que fueran, ajenas todas ellas a sus relaciones con la Administración y con los alumnos, no cumplía con el condicionado jurídico en que la autorización administrativa del centro en orden a sus adecuadas instalaciones en su día se fundó". Por su parte, la Sentencia de 26 de septiembre de 1989 (Ar. 6499), en relación con la revocación de la autorización prevista en el R.D. 2641/1980, de 7 de noviembre, sobre Centros Privados de enseñanza a Distancia, indica que únicamente puede estar justificado por un grave incumplimiento de las condiciones esenciales establecidas previamente por Ley. La Sentencia de 28 de junio de 1990 (Ar. 5191), en relación con una revocación de autorización a un Centro de formación profesional por incumplimiento del art. 15.1.c) del Decreto 1855/1974, señala que "siendo de resaltar que no constando el aludido informe ni otro alguno que demuestre la falta de idoneidad, no es jurídicamente correcta la revocación de la autorización concedida, sin base técnica que demuestre dicho extremo y por consiguiente no se encuentra demostrado que dichos cambios impliquen el incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización, tipificando como causa de revocación de la autorización en el apartado c) del art. 15, del Decreto 1855/1974".

46. Así, la Sentencia de 9 de mayo de 1989 (Ar. 3854). En relación, asimismo, con el incumplimiento del Decreto 1855/1974, de 7 de junio, el Tribunal Supremo acepta los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada que califica como sanción la medida y como infracción el incumplimiento: "son integrantes de un auténtico incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización al citar aspectos referidos a puntos fundamentales que conforme con lo prevenido en el art. 15.1 del Decreto de 7 de junio de 1974, comparten la revocación de la autorización en su día concedida, por lo que aquéllas están debidamente tipificadas y fueron objeto de adecuada calificación y sanción sin quebranto del principio de proporcionalidad, ...". En la Sentencia

Por su parte, la jurisprudencia en materia de actividades clasificadas ha dado pie a un cuadro similar, en el que se conjugan pronunciamientos contrarios y a favor del carácter sancionador. Por un lado, concurre una línea jurisprudencial que confirma el carácter sancionador de la retirada de la licencia por incumplimiento de las condiciones pero dado que en estos casos el carácter sancionatorio tiene un fundamento directo en la calificación normativa, resulta explicable que el Tribunal Supremo no desarrolle ningún argumento adicional⁴⁷. Pero junto a ello el Tribunal Supremo ha negado la naturaleza sancionadora de tales medidas⁴⁸. La posición contraria a la calificación de esta revocación como sanción exige, lógicamente, un “plus” argumental por cuanto se parte de la calificación efectuada por el Reglamento de Actividades como sanción. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha mantenido que tal revocación no tiene la condición de sanción, no aporta fundamento sustantivo alguno pues se limita a inferir tal carácter de la naturaleza del procedimiento que ha seguido la Administración. Así, en relación con un caso de revocación de la licencia para la actividad de bar (que reitera en otras Sentencias sobre materias análogas) considera que “la calificación (de sanción) no es la acertada en atención a los antecedentes obrantes en el expediente

de 28 de febrero de 1989 (Ar. 1462), el Tribunal Supremo analiza una revocación derivada del incumplimiento del mismo Decreto 1855/1974, que había sido tramitado por el órgano administrativo de acuerdo con los arts. 133 al 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir la propia Administración califica los hechos como sanciones. El Tribunal Supremo analiza el problema de la acreditación de los hechos desde el derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24 de la Constitución por cuanto “el derecho administrativo sancionador, habida cuenta de su paralelismo en lo esencial con el derecho penal, permite que el primero se encuentre informado de los principios sustanciales de este último, de obligada observancia en la actividad procesal punitiva de la jurisprudencia penal....”. En el mismo sentido la Sentencia de 26 de septiembre de 1989 (Ar. 6499).

47. Así, en un supuesto de revocación de licencia para actividad de obrador de panadería de horno de gasoil, el Tribunal Supremo, tras recordar el principio de tipicidad del Derecho Sancionador, anula el acuerdo administrativo por cuanto la clausura se había llevado a cabo sin las tres multas que de forma consecutiva debe preceder a la clausura de acuerdo con el art. 40 RAMINP. (Sentencia de 12 de febrero de 1994 Ar. 2259). En otras, como la Sentencia de 25 de noviembre de 1991 (Ar. 9183), a pesar de no declararlo expresamente se infiere implícitamente.

48. De esta manera, con motivo de diferentes acuerdos de revocación de licencia de apertura de actividades café-bar y café-concierto, el Tribunal Supremo, en el procedimiento seguido de especial protección de los derechos fundamentales, excluyó esta medida del orden sancionador, considerándola mera consecuencia de la actuación administrativa de determinada actividad. SSTs de 7 de marzo de 1987 (Ar. 1522), 11 de marzo de 1987 (Ar. 1472), y 2 de marzo de 1987 (Ar. 1439). Por supuesto todo ello sin perjuicio de aquellas medidas derivadas de actividades clandestinas, excluidas, como en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, del carácter sancionador. Así, Sentencias de 1 de octubre de 1992 (Ar. 7743), y 5 de octubre de 1993 (Ar. 7440).

administrativo y demás actuaciones jurisdiccionales, toda vez que el acuerdo del Ayuntamiento... no se aplica como resultado de un expediente sancionador sino que es consecuencia de la actuación administrativa de carácter reglado que conduce a la Corporación a cancelar o revocar una licencia administrativa para el ejercicio de determinada actividad lo que no es dable confundir con una sanción, pues una y otra materia tienen notables diferencias que las distinguen substantivamente, y al realizarse tal clausura en el ejercicio de la facultad reglamentaria de la que está investida la Administración, es evidente que tal faceta administrativa escapa del cauce impugnatorio de este proceso especial y sumario..."⁴⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece, pues, todas las posiciones posibles a favor y en contra del carácter sancionatorio de esta medida y a favor y en contra del criterio formal que establece la norma en cada supuesto. La ausencia de un criterio homogéneo es además acompañada por una falta de justificación de sus diversas posiciones. Por tanto, no cabe extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo conclusión alguna al respecto, pues ni tiene un criterio homogéneo sobre el efectivo carácter sancionatorio de la revocación de las autorizaciones de funcionamiento, ni una argumentación clara que permitiera analizar sus pronunciamientos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el carácter sancionador de estas medidas con motivo del examen de diversos supuestos de revocación de autorizaciones de actividad, sobre los que, además, llegó a conclusiones diferentes sobre su carácter sancionatorio. Así, tanto en diversos supuestos de revocación de licencias de bares⁵⁰, como en un supuesto de revocación de una autorización para el ejercicio de la actividad de detective⁵¹, consideró que se trataban de medidas sancionatorias). Pero por el contrario, en un caso de revocación de autorización para la instalación de un vídeo club comunitario, entendió que no tenía naturaleza sancionatoria⁵².

49. Sentencia de 11 de marzo de 1987 (Ar. 1471).

50. AATC 907/1987, de 15 de julio y 1.110/1987, de 13 de octubre.

51. STC 61/90, de 29 de marzo. El Tribunal Constitucional examina el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 1987, que confirmaba las resoluciones de la Dirección General de la Policía y de la Subsecretaría del Ministerio del Interior por las que, en aplicación de la Orden de 20 de enero de 1981, se revocaba la licencia de detective.

52. STC 181/1990, de 15 de noviembre, en la que examinó el recurso interpuesto contra el Decreto del Alcalde de Callosa del Segura, de 25 de junio de 1987, por el que anulaba la licencia concedida para la instala-

Se trata de una jurisprudencia de la que no cabe extraer tampoco una doctrina clara al respecto ya que a pesar de que parece intentar establecer unos criterios sustantivos al respecto, los argumentos utilizados ni son homogéneos ni resultan realmente convincentes desde el punto de vista de la existencia de un concepto sustantivo de sanción. De los pronunciamientos citados analizaremos únicamente los correspondientes a la revocación de la autorización del detective -STC 61/90, de 29 de marzo- y a la revocación de la licencia de vídeo comunitario-. STC 181/1990, de 15 de noviembre- ya que los pronunciamientos relativos a la revocación de bares no desarrollan ningún argumento que justifique dicha opción ya que da por sentado que se trata de medidas de naturaleza sancionadora.

El Tribunal Constitucional en la STC 61/1990, de 29 de marzo explica el fundamento de la naturaleza sancionadora de esta medida, con motivo de la argumentación del Abogado del Estado, que a su vez recogía la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida, contraria a su naturaleza sancionatoria. En esencia, señalaba el Tribunal Supremo que "si la Administración tiene facultades para conceder la licencia y regular las condiciones para su ejercicio debe tenerlas también para adoptar las medidas de suspensión o revocación de la misma cuando se incumplan los requisitos o condiciones establecidos". El Tribunal Constitucional rechaza el argumento por dos motivos: a) por una parte considera que su condición de sanción deriva de la expresa calificación de la Orden Ministerial que regula la actividad de Detectives, como sanción y b) por otra parte hace suya la opinión doctrinal administrativa "que ha calificado de sancionadora la revocación de licencias cuando se deba al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica originada por la concesión"⁵³. Parece, pues, conjugar los dos as-

ción de una actividad de vídeo club comunitario, clausurando el local desde el que se ejercía la actividad y ordenando el precintado de los aparatos usados.

53. La argumentación del Tribunal Constitucional señala literalmente lo siguiente: "Pero no cabe duda que -sin perjuicio de lo que después se dirá al respecto- no puede excluirse que en el ámbito de las relaciones de sujeción general o especial, determinadas medidas sean sancionadas o tengan naturaleza sancionadora (así lo hace ver el voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada) y así evidentemente se desprende, por lo demás, del texto de la Orden cuestionada (arts. 3 y 12) según antes se ha visto, al hablar paladinamente de sanción (podrá ser sancionado), conclusión, por otra parte, no ajena a la doctrina administrativa que ha calificado de sancionadora la revocación de licencias cuando se deba al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica originada por la concesión (revocación -sanción y en este sentido también el ATC antes citado 907/1987. -STC 61/90, -FJ 6-". Esta segunda parte del argumento recuerda la tesis mantenida por E. GARCIA DE ENTERRIA Y T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, anteriormente descrita.

pectos, sustantivo, en cuanto se trata de la pérdida de una situación de ventaja, y legal pues así lo califica la norma. Admite el concepto amplio, pero también parece supeditarlo a la expresa calificación de la norma. Pero a continuación el Tribunal Constitucional resume su tesis en términos un tanto confusos al señalar lo siguiente: “dicho de otra forma, (es sanción) en la medida en que las decisiones administrativas impugnadas limitan derechos y se han basado en la apreciación de la conducta de personas con una sanción, tal como señalara este Tribunal en su STC 13/1982”. En mi opinión, este resumen de su doctrina en absoluto aclara lo expuesto anteriormente. Por una parte, no resulta en modo alguno aclaratoria la definición de sanción, ya que según el Tribunal Constitucional las sanciones son las decisiones administrativas que limitan derechos con una sanción, lo que supone introducir dentro de la definición el concepto que se pretende definir. Por otra parte, la alusión a la Sentencia 13/1982, de 1 de abril, a la que se remite como antecedente jurisprudencial del resumen del concepto de sanción, constituye una aportación poco afortunada, pues la mencionada Sentencia nada aporta al respecto ya que de su contenido únicamente cabe extraer una visión extensiva del derecho a la presunción de inocencia, más allá de lo estrictamente penal y sancionatorio, a la jurisdicción civil⁵⁴. La remisión, pues, no puede resultar menos aclaratoria. No obstante, como he señalado anteriormente, una lectura global de la Sentencia permite concluir que el Tribunal Constitucional opta por un concepto amplio de sanción dentro del que incluye la revocación-sanción de las autorizaciones.

En la segunda de las Sentencias citadas -STC 181/1990, de 15 de noviembre-, el Tribunal Constitucional considera que el acuerdo de revocación de la licencia otorgada bajo condición “no tiene naturaleza sancionadora” -FJ 4-. En un plano teórico, el Tribunal Constitucional parte de la idea de que la revocación de una licencia “constituye una actuación administrativa que en ocasiones tiene una dimensión sancionadora y otras no” -FJ 4- y fundamenta esta distinción en un planteamiento sustantivo: no será sanción cuando la revocación “se base en el incumplimiento de

54. En concreto, entiende que este derecho resulta de aplicación a toda resolución, administrativa o jurisdiccional, que “se basa en la condición o conducta de las personas” y se derive no solo una pena o sanción sino asimismo a toda decisión de la que se derive un resultado limitativo de sus derechos. Por tanto, de la Sentencia no resulta aproximación alguna al concepto de sanción. Antes al contrario, de lo expuesto parece inferirse la innecesariedad de un concepto de sanción técnico para la aplicación de algunos derechos fundamentales previstos principalmente para el orden punitivo. Más que un concepto de sanción lo que se infiere es la posible extensión de algunos derechos más allá de lo estrictamente sancionador.

los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo pretendido" y constituirá una medida sancionadora cuando la revocación responda "a un más amplio margen de apreciación en manos de la Administración que se ve posibilitada para valorar determinadas conductas como contrarias al ordenamiento" -FJ 4-. De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional concluye, en relación con el caso examinado, que no constituye una sanción por cuanto se trataba de una revocación fundamentada en el incumplimiento de las condiciones establecidas en la licencia (en este caso, pago de las tasas y aportación de determinados planos). En un plano teórico, la distinción que apunta resulta interesante, pero no tanto como un criterio sustantivo para distinguir lo que constituye o no sanción, sino como una manifestación de la doble explicación que en un plano teórico tiene el supuesto de revocación de la licencia. El propio Tribunal Constitucional es consciente de este problema al señalar que "ciertamente, trazar una línea divisoria entre ambas medidas, con la pretensión de validez general, resulta poco menos que imposible..." -FJ 4-. Pero, además, a todo ello cabe añadir que la resolución del caso no necesitaba de una distinción tan compleja ya que si el particular nunca había llegado a cumplir las dos condiciones establecidas en la licencia (pago de las tasas y aportación de los planos solicitados) podía haberse explicado el carácter no sancionador en la inexistencia misma de una revocación en sentido estricto ya que al no haberse llegado a cumplir en ningún momento las condiciones de la licencia se podía considerar que tal licencia no había llegado a desplegar sus efectos.

En cualquier caso, de la comparación de las dos Sentencias comentadas no deja de ser significativo que el Tribunal Constitucional, en el caso de la revocación de la autorización del detective cuya normativa calificaba esta medida como sancionadora, opte por un concepto amplio de sanción, y en el segundo supuesto de revocación-anulación de una licencia de actividad de vídeo cuya normativa nada decía al respecto, opte por un concepto más restrictivo de sanción a fin de excluirla. En mi opinión, ambas argumentaciones pueden resultar razonables, pero ello precisamente pone de manifiesto que, como a continuación veremos, el derecho positivo tiene sobre esta cuestión un amplio campo de elección que termina incidiendo en el propio criterio jurisprudencial.

3.1.3. El incumplimiento de las condiciones como causa de la ineficacia de la autorización.

En mi opinión, la falta de homogeneidad normativa sobre la calificación de esta medida como sanción y la inexistencia de una doctrina que, en un plano teórico, explique de una forma sólida en qué medida su calificación como sanción res-

ponde a un concepto sustantivo de sanción o, por el contrario, hasta que punto su calificación como sanción depende de la opción de la norma, constituye una situación perfectamente explicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, la contradicción que caracteriza la calificación de estas medidas revocatorias por incumplimiento de las condiciones de la licencia resulta razonable dada la doble perspectiva jurídica desde la que es posible explicar esta medida: por una parte cabe entenderla, en cuanto pérdida de una situación de ventaja, como sanción administrativa, pero además la revocación puede encontrar una explicación autónoma y coherente, al margen del orden sancionador. De hecho, la propia doctrina no acude al orden sancionador para explicar la naturaleza de las condiciones a que pueden sujetarse las licencias urbanísticas, sino que encuentra su explicación en la propia estructura interna de la relación a que da lugar la licencia. En concreto, E. GARCIA DE ENTERRIA y L. PAREJO, al analizar la compatibilidad del carácter reglado de la licencia urbanística y su posible condicionamiento de acuerdo con el art. 16 RSCL, se refieren al incumplimiento de las condiciones como “como causa de pérdida de la eficacia de éstas”. Es decir, se plantean la revocación de la licencia prevista en el art. 16 RSCL como un supuesto de pérdida de eficacia de la autorización, pero ninguna alusión se realiza a su naturaleza sancionatoria⁵⁵. En concreto, fundamentan dicha compatibilidad, en la función que tienen tales condiciones de meras concreciones objetivas de prescripciones reglamentarias generales en el acto de otorgamiento de licencia. Se trata, por tanto, de una acepción del término “condición” que parte de la diferencia entre condición como elemento accesorio y la llamada “conditio iuris”; mientras aquélla tiene su origen siempre y sólo en la libre voluntad del que la instituye, la “conditio iuris” es, en realidad, una concreción de las exigencias del ordenamiento jurídico, de cuyo cumplimiento depende la eficacia del elemento principal del acto⁵⁶. A su vez, el planteamiento

55. Seguidamente, matizan el alcance de esta figura ya que no tiene el carácter de condición en sentido estricto, es decir de elemento accesorio, externo, y voluntario de la eficacia del acto administrativo. En concreto, señalan estos autores “y por ello, (el art. 16 RS) parece admitir la posibilidad del condicionamiento de las autorizaciones municipales. No es así, sin embargo, porque -en realidad- el indicado precepto está haciendo referencia más bien a las que se conoce con las expresiones de “cláusulas legítimas” o “condiciones legítimas” de las licencias, pero en modo alguno a auténticas cláusulas continentales de condiciones estricto sentido como elementos accesorios y discrecionalmente fijados de los actos autorizatorios. Y las aludidas cláusulas legítimas no son otra cosa que “conditio iuris”; figura ésta radicalmente distinta de la condición propiamente dicha”. Lecciones de Derecho Urbanístico, Civitas, Madrid, 1981, pág. 665.

56. Y continúa señalando que “como se ve, la “conditio iuris” no rompe en ningún momento el esquema en el que pacíficamente se inscribe la institución de la licencia, pues forma parte del bloque de legalidad

descrito sobre el contenido de las llamadas “*conditio iuris*” y las consecuencias que su incumplimiento conlleva para la eficacia de la autorización, constituye una extrapolación del orden civil, donde la “*conditio iuris*” se diferencia, de la condición como elemento accesorio del negocio jurídico, precisamente, en cuanto que aquella es el presupuesto legal de la eficacia del negocio jurídico⁵⁷.

En consecuencia, parece claro que la revocación de la licencia por incumplimiento de las condiciones de la licencia encuentra, de acuerdo con lo expuesto, una explicación teórica desde la propia estructura interna de la autorización en cuanto causa de ineficacia de la misma, lo cual pone de manifiesto lo razonable de la doble explicación. Como sanción, aunque lógicamente desde un concepto amplio de sanción, es decir no tanto como una privación de un derecho en sentido estricto sino como la pérdida de una situación de ventaja⁵⁸, dentro de la estructura

previo y vigente al otorgamiento de ésta, cuya observancia constituye precisamente el objeto de la misma. Su peculiaridad reside únicamente en que opera la explicación de esa legalidad en cada autorización concreta, en calidad de parte integrante de ésta y, por tanto, como elemento propio del acto administrativo. Pero esta peculiaridad en modo alguno le priva de expresar, no determinaciones accesorias de la voluntad, sino objetivas prescripciones generales reglamentarias.” Lecciones de Derecho Urbanístico..., op cit., pág. 665. El planteamiento jurisprudencial resulta similar. Resume todo ello la Sentencia de 2 de julio de 1991 (Ar. 5727), al señalar que “esta Sala tiene declarado -Sentencias de 7 de febrero de 1987 (Ar. 2750) y 27 de octubre de 1988 (Ar. 8291)-, que dado el carácter rigurosamente reglado de las licencias, no pueden establecerse condiciones a su otorgamiento si las mismas no derivan de la ordenación urbanística, que el Ayuntamiento no es libre de establecer por simples acuerdos municipales. Además, la jurisprudencia -así, Sentencias de 2 de y 8 de julio de 1989 (Ar. 800 y 5592)-, solo admite la posibilidad de otorgar las licencias introduciendo en ellas condiciones cuando éstas integran “*condiciones iuris*”, es decir, cláusulas que eviten la denegación mediante la incorporación a la licencia de exigencias derivadas del ordenamiento vigente y que sin embargo no aparecían en la petición formulada por el administrado. Estas “*conditio iuris*” se deben distinguir de la exigencia que el carácter de acto condición de estas autorizaciones conlleva en relación a la exigencia de nuevas condiciones futuras.

57. La doctrina civilista, ha distinguido dentro de la condición como elemento accesorio y externo al negocio, de carácter voluntario, la “*conditio iuris*”, atribuyendo a ésta la subordinación de la eficacia del negocio jurídico, por disposición de la ley, al cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto de manera que es un presupuesto legal de eficacia del negocio. Como señalan L. DIEZ PICAZO y A. GUILLÓN se inserta en el esquema formal previsto por la ley para determinados tipos de negocios” y por tanto no tiene como la condición, “un carácter extraño o exterior al negocio jurídico”. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Tecnos, pág. 144.

58. Como ha señalado T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, el esquema reglado y el papel de los derechos adquiridos no pueden ser entonces los mismos. En un caso se trata de derechos ya devengados, en el otro de situaciones en curso, de situaciones hacia el futuro, simples expectativas de continuidad esencialmente condicionadas a la permanencia de su compatibilidad con el interés general. El Medio Ambiente Urbano..., op. cit. pág. 112. Ello explica que el carácter sancionador de esta medida se haya fundamentado en “la pérdida de una situación de ventaja” que la revocación conlleva. E. GARCIA DE ENTERRIA, en Curso de Derecho Administrativo. Vol. II Civitas. Pág. 150.

del acto administrativo y, asimismo, como consecuencia de la ineficacia sobrevenida de la autorización. Todo lo cual justifica y dota de cierta razonabilidad a las diferentes posiciones normativas y jurisprudenciales sobre el carácter sancionador de estas medidas.

Esta doble explicación pone de manifiesto, en todo caso, que su calificación como sanción tiene en última instancia un carácter formal o legal, ya que la existencia de varios fundamentos permite otorgar a la norma la posibilidad de optar. Carácter legal o formal que, por otra parte, lo diferencia de la sanción de multa pues ésta únicamente encuentra explicación en cuanto sanción y por tanto la opción legal resulta necesariamente predeterminada desde un punto de vista sustantivo.

3.2. La privación de la subvención concedida por incumplimiento de las obligaciones de beneficencia.

El acto de otorgamiento de la subvención origina, de acuerdo con el planteamiento de G. FERNANDEZ FARRERES, un verdadero derecho subjetivo - en concreto al crédito correspondiente- si bien condicionado al cumplimiento de la carga jurídica por parte del beneficiario⁵⁹. Un acto unilateral, pues, origina una obligación por parte de la Administración y un derecho subjetivo a favor del administrado, si bien sometido a una carga jurídica⁶⁰. El incumplimiento de tal carga conlleva la pérdida del beneficio, debiendo, en su caso restituir las cantidades ocasionalmente percibidas. El incumplimiento, pues, de las condiciones conlleva a semejanza de los supuestos examinados, "la pérdida de una situación de ventaja". G. FERNANDEZ FARRERES, frente al concepto amplio de sanción, rechaza la natu-

59. En concreto el citado autor señala que "el acto de otorgamiento de la subvención se muestra, por tanto, como un acto verdaderamente singular, ya que determinando el nacimiento de una obligación jurídica para la Administración supedita su eficacia, no obstante, al hecho de que el titular del derecho de crédito correspondiente -beneficiario de la subvención- cumpla la carga jurídica en que se resume el carácter afectado de toda subvención". La Subvención: concepto y régimen jurídico, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 442.

60. La jurisprudencia si bien se aleja asimismo de planteamientos sinalagmáticos viene calificando el acto de otorgamiento como donación, si bien modal. Así, las Sentencias de 9 de junio de 1988 (Ar. 5324) y 1 de octubre de 1992 (Ar. 7742). En concreto, señala la primera sentencia de las citadas que "se trata pues como hemos anticipado de una donación modal ob causam futuram que, aunque no identificable con la condición, supedita la efectividad de la subvención al cumplimiento por el subvencionado de los fines por los cuales justificó su petición...."

raleza sancionadora de la privación del beneficio como consecuencia del incumplimiento de la carga del beneficiario. En concreto, señala que "la devolución de la subvención satisfecha por incumplimiento es consecuencia inmediata de la propia estructura jurídica de la subvención y no -reitera- una sanción administrativa propiamente dicha"⁶¹.

El Tribunal Supremo ha seguido esta última línea doctrinal y plantea la medida desde una perspectiva no sancionadora y en concreto entendiendo que la privación de los derechos del subvencionado por incumplimiento de las condiciones de la subvención constituye una causa de ineficacia por causa imputable al subvencionado. Así, por ejemplo, la Sentencia de 9 de junio de 1988, (Ar. 5324), con motivo del examen de un acuerdo del INEM que había, en primer lugar, concedido determinados beneficios por la contratación de seis trabajadores y posteriormente había revocado dicha percepción por incumplimiento del objetivo fijado, señala que dicho acuerdo constituye únicamente la "constatación o declaración de que por fallo de su presupuesto causal se ha dejado sin efecto"⁶².

Por su parte, la normativa ha sufrido un cambio de planteamientos a lo largo del tiempo. En un primer momento tal como G. FERNANDEZ FARRERES comenta y critica, la normativa atribuyó carácter sancionatorio a esta medida⁶³, si bien

61. "Todo ello -continúa- sin perjuicio, como veremos más adelante, de que en algunas ocasiones, "además" de la devolución o reintegro de lo indebidamente percibido se añada la imposición de una sanción administrativa o, incluso, se incoen las correspondientes diligencias judiciales a fin de determinar la posible existencia de responsabilidad penal en el beneficiario de la subvención". La Subvención..., op.cit., pág. 429.

62. En parecido sentido, la Sentencia de 2 de octubre de 1992 (Ar. 7744). Con menor rigor pero en igual sentido, la Sentencia de 26 de septiembre de 1989 (Ar. 6498), al señalar que habiéndose acreditado el incumplimiento de la finalidad, éstas "determinan su revocación, sin que se vea comprometida por ello la doctrina de los actos propios, cuya vulneración supone su condicionamiento escrupulosamente cumplido que despoja de motivación cualquier cambio por disminución o pérdida del beneficio, pero en ningún caso cuando esta actitud obedece a haberse alterado la situación inicial, erigida por causa imputable al beneficiario".

63. Así, el Decreto 2853/64, de 8 de septiembre, de desarrollo de la Ley 152/1963, de 2 de diciembre, sobre Industrias de Interés Preferente (Rep. 2069) estableció un régimen jurídico sobre subvenciones que configuró una referencia ineludible en esta materia. El art. 23 del Decreto señala que el expediente por incumplimiento de las condiciones "se tramitará de acuerdo con las normas contenidas en los arts. 133 a 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo". La remisión, pues, al procedimiento sancionador supone una calificación indirecta de las medidas previstas. En el mismo sentido, la Orden de 3 de marzo de 1980 convocando concurso para la concesión de becas y ayudas para la promoción de las artes plásticas y la investigación de nuevas formas expresivas en el año 1980, que asimismo critica G. FERNANDEZ FARRERES. El art. 10-2 de la citada Orden señala que "cuando la Comisión calificadora considere que algún becario ha incumplido sus obligaciones podrá proponer al Director General del Patrimonio Artístico y Museos, la sanción del becario, pudiendo llegar ésta hasta la revocación de la beca concedida, la devolución de las cantidades ya percibidas por las vía

dicho planteamiento sufrió un cambio radical a partir de la vigente Ley General Presupuestaria, que vino a establecer, con carácter general, un régimen jurídico de las subvenciones⁶⁴. Efectivamente, del marco normativo sustantivo y procedimental en materia presupuestaria, se infiere una clara distinción entre el tratamiento del reintegro de las cantidades percibidas y las sanciones administrativas, al excluir aquellas de las medidas de carácter sancionador. Por una parte, el art. 81.9 del TRLGP regula el reintegro de las cantidades en los siguientes términos: “procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la subvención y en la cuantía fijada en el art. 36 de esta Ley, en los siguientes casos:...c) Incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida”. Por su parte, el art. 82 TRLGP regula el régimen sancionador y entre las sanciones previstas se refiere a las multas pecuniarias así como a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y a la prohibición de celebrar contratos con el Estado u otros Entes Públicos, pero no incluye el reintegro de las cantidades percibidas⁶⁵. La citada Ley contempla, pues, la privación de las cantidades percibidas como una medida independiente de la sanción que pueda resultar imponible en caso de que los hechos constituyan una infracción, o incluso de la pena en el caso de que, además, constituyera un delito.

Se trata, por tanto, de una medida que, al igual que el supuesto de la revocación de la autorización, encuentra explicación teórica desde un doble prisma que

administrativas oportunas y la exclusión para recibir prestaciones de este género por el tiempo que se considere necesario”.

64. Arts. 81 y sgtes. del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988 de 23 de septiembre. Este régimen se completa con el Reglamento de procedimiento para concesión de las subvenciones públicas aprobado por R.D. 2225/1993, de 17 de diciembre, Rep. Leg. 3579. De forma expresa el preámbulo del citado Real Decreto conecta el procedimiento con el régimen sustantivo de la Ley General Presupuestaria: “Probablemente la principal novedad de este procedimiento venga determinada por su propia existencia, ya que supone la regulación en una única norma del procedimiento para la concesión de dichas ayudas y subvenciones, sin perjuicio de la normación sustantiva contenida en sus disposiciones especiales y en la sección 4ª del capítulo 1º del Título II del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria...”.

65. En todo caso, el propio art. 82.3 señala que “la multa pecuniaria será independiente de la obligación de reintegro contemplada en el artículo anterior...” Este diferente tratamiento se refleja asimismo en el procedimiento administrativo. Así, el art. 8.2 del R.D. 2225/1993, de 17 de diciembre dedicado al control de las subvenciones, establece un procedimiento de reintegro de la subvención que en ningún momento califica de sancionador. La diferencia parece confirmarla el párrafo 3 al señalar que “si el procedimiento de reintegro se hubiera iniciado como consecuencia de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa, se pondrá en conocimiento del órgano competente para la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador”.

ha tenido un reflejo sucesivo en el tiempo: primero en cuanto sanción administrativa, y en un segundo momento como consecuencia de la ineficacia de la subvención concedida. Pero, además, de la comparación del régimen jurídico de las subvenciones y el correspondiente a la licencia descrito en el apartado anterior, se constatan claramente las dificultades para formular un concepto intersectorial y homogéneo de sanción administrativa. En el caso del supuesto de la revocación de la licencia, ha prevalecido la tesis favorable a su carácter sancionador y en el caso del régimen de subvenciones, la norma ha optado claramente por la tesis contraria a su carácter sancionador. Dos supuestos, pues, que resultan igualmente explicables en cuanto sanción -pérdida de una situación de ventaja- y desde la estructura interna de la relación que origina el acto administrativo. Pero también, dos supuestos sobre los que, finalmente, han prevalecido soluciones diferentes. Esta doble posibilidad pone de manifiesto la versatilidad que, desde un punto de vista teórico, encuentran estas medidas, lo cual acentúa el carácter legal del concepto de sanción.

3.3. Extinción del contrato de servicio público.

Tanto el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales como la normativa en materia de contratos de la Administraciones Públicas prevén la caducidad de la concesión del servicio para los supuestos de grave incumplimiento de las obligaciones del concesionario. Dicha medida de caducidad puede ir precedida de un previo período de intervención o secuestro del servicio destinado a corregir la situación de incumplimiento y a asegurar la continuidad del servicio y determina el cese del contratista en la gestión del servicio y la incautación por la Administración de los bienes afectos al mismo, previo abono de su importe, que ha de fijarse en función del estado en que se encuentran y del tiempo que reste para la reversión.

El carácter sancionador de esta medida tampoco ha resultado una cuestión pacífica. Desde un punto de vista normativo, cabe examinar esta cuestión desde una perspectiva general y sectorial. Desde una perspectiva general ni la legislación estatal ni la local, califican expresamente los casos de resolución y caducidad del contrato como sanción⁶⁶. No obstante, cabría pensar que el Reglamento de Servi-

66. El art. 115 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece el contenido mínimo del contrato, recogiendo en su número 12 las sanciones por incumplimiento de la concesión y en el 14 los casos

cios de las Corporaciones Locales atribuye implícitamente naturaleza sancionadora a la caducidad de la concesión pues conecta la posibilidad de la declaración de la caducidad a la previa comisión de una infracción grave, de la misma manera que conecta las multas con la regulación de la infracción de carácter leve⁶⁷. Las normas de carácter sectorial han optado tanto por una solución como por otra, aunque puede afirmarse que tienen un mayor peso cuantitativo las legislaciones que optan por atribuir un carácter independiente de las sanciones administrativas. Así, la legislación en materia de transportes terrestres, transportes por carretera, o la normativa que regula el servicio público de radiodifusión, entre otros supuestos, dotan a la caducidad de la concesión de un carácter independiente de las sanciones previstas⁶⁸. Constituye un ejemplo del sistema contrario, la normativa reguladora de la venta y suministro de carburantes y combustibles líquidos objeto del monopolio de petróleo, que preveía la extinción de la concesión dentro de las sanciones previstas⁶⁹.

de resolución y caducidad. El art. 228 del Reglamento de Contratos del Estado señala que "si el empresario incumpliese alguna de las cláusulas previstas en el contrato sin dar lugar a la resolución, no obstante la advertencia previa de la Administración instándole a que cumple el compromiso, dará derecho a ésta a imponer las sanciones que se hubiesen previsto en el contrato". Las sanciones parecen, pues, una consecuencia independiente de la propia caducidad.

67. El art. 132 RSCL señala que "si el concesionario incurriese en infracción de carácter grave que pusiera en peligro la buena prestación del servicio público, incluida la desobediencia a órdenes de modificación, la Administración podrá declarar el secuestro la concesión, con el fin de asegurar aquél provisionalmente".

68. Dispone el art. 143.5 de la Ley 16/1987, de Transportes Terrestres, que "con independencia de las sanciones que correspondan de conformidad con esta Ley, el incumplimiento reiterado o de manifiesta gravedad de las condiciones esenciales de las concesiones o autorizaciones administrativas podrá dar lugar a la caducidad de la concesión, o a la revocación de la autorización en ambos casos con pérdida de la fianza". En similar sentido, el art. 9.4 de la Ley 38/1984, de 6 de noviembre, sobre Inspección, Control y Régimen Sancionador de Transportes por Carretera: "las sanciones reguladas en la presente Ley han de entenderse, en todo caso, compatibles con la posibilidad de que la administración acuerde la caducidad de las concesiones de servicios regulares y del régimen sancionador de los Transportes mecánicos por carretera". Por último, el R.D. 1433/1979, de 8 de junio por el que se aprueba el Plan Técnico transitorio del servicio público de la sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia; su art. 7.3 señala que la falta de cumplimiento de estos requisitos podrá originar la propuesta de caducidad de la concesión por la Dirección General de Radiodifusión y Televisión.

69. Señala el art. 98 del Reglamento para el suministro y venta de carburantes de 10 de abril de 1980 lo siguiente: "las faltas leves se sancionarán con multa de hasta 25.000 ptas; las faltas graves lo serán con multa comprendida entre 25.001 ptas. y 250.000 ptas., sin exceder de 2.500.000 ptas., y cuando las circunstancias que concurren lo aconsejasen, además de la multa podrá acordarse la caducidad de la concesión que llevará consigo la inmediata reversión al Estado de las instalaciones...". No obstante, la extinción del servicio era objeto de una regulación independiente ya que el título VI de la citada Orden Ministerial trata de la extinción de las concesiones de estaciones de servicio.

La ausencia de un criterio normativo seguro tiene también en este caso su reflejo en la doctrina, pues como he señalado anteriormente, el carácter o naturaleza de esta medida tampoco, han incluido la resolución de los contratos administrativos entre las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables⁷⁰. Por una parte, J. SUAY, pone en duda la naturaleza sancionadora de esta medida. En su opinión, "es discutible, sin embargo, si podría tener entrada en la categoría la revocación de autorizaciones y la caducidad de concesiones, siempre y cuando, naturalmente, éstas se deban a un incumplimiento previo y obedezcan a una finalidad puramente represora"⁷¹. No obstante la posición con mayor peso dentro de la doctrina corresponde a la tesis favorable a su naturaleza sancionadora. Desde una perspectiva específica de la extinción de la concesión de servicio público, J. MESTRE ha defendido la naturaleza sancionadora de dicha medida mediante una argumentación más elaborada. Para este autor, el carácter sancionador deriva de su finalidad. Considera, en concreto, que esta finalidad sancionadora de la extinción del servicio mediante la caducidad concurre en la medida en que su fin no es tanto conminar al cumplimiento del contrato como proteger el buen funcionamiento del servicio⁷². Sanción, es pues, en cuanto garantía de la continuidad del servicio ya que ante su irregular funcionamiento la Administración puede garantizar el mismo asumiendo su gestión⁷³. Este autor encuentra apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo ha examinado esta cuestión en unos términos que J. MESTRE, califica de incongruentes, pues

70. E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, en relación con la caducidad de concesiones o resoluciones de contratos por incumplimiento, señalan que "estamos de nuevo en presencia de una decisión que se produce en el seno de una típica relación de supremacía especial y, por tanto, la construcción de esta potestad sancionatoria se aproxima al modelo de la potestad disciplinaria". *Curso de Derecho Administrativo...*, op.cit., Vol. II, pág. 151.

71. *Sanciones Administrativas...*, op.cit., pág. 58.

72. Este autor sigue el criterio de ALBI al señalar que: Lo que identifica su régimen jurídico propio es que "no requieren la existencia de daño, o por lo menos no precisa la prueba del mismo" y "no tienen como finalidad básica -como ocurre en la indemnización civil de carácter contractual- la función compensadora que les corresponde en aquella -es decir, un cumplimiento anormal y puramente pecuniario que sustituye al que normalmente no se llegó a producir- sino que, fundándose en la ley de continuidad que ya hemos expuesto, se orientan a asegurar la marcha del servicio, ya coaccionando al concesionario para que lo realice por sí mismo, o logrando su prestación material a costa de aquél". J. F. MESTRE DELGADO. *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, 1992, pág. 202.

73. "Su finalidad -señala J. MESTRE DELGADO- no es, pues, conminar al cumplimiento del contrato o corregir un incumplimiento contractual... "En este mismo sentido J. MESTRE DELGADO señala que las sanciones que puede imponer la Administración concedente "sólo atienden a corregir infracciones del concesionario para velar por el cumplimiento del régimen del servicio concedido". *La extinción...*, op.cit., pág. 202.

dentro de un mismo pronunciamiento y de una forma más o menos explícita, afirma y niega el carácter sancionador de esta medida. En concreto, este Tribunal con motivo de una concesión prevista al amparo del Reglamento para el Suministro y Venta de carburantes y combustibles líquidos objeto del monopolio de petróleo -STS 30 de enero de 1988, (Ar. 178)-, rechaza el carácter sancionador de la caducidad por considerarla una manifestación de la potestad "correctiva"; pero posteriormente concluye que la previsión normativa está protegida por el art. 25 de la Constitución. Esta contradicción pone de manifiesto, en opinión de J. MESTRE, un reconocimiento implícito del carácter sancionador de esta medida ya que enmarca la caducidad, en último término, dentro del art. 25 CE⁷⁴.

A esta misma conclusión llegó el Tribunal Constitucional en la STC 119/1991, de 3 de junio, que calificó la extinción de la concesión administrativa por incumplimiento de las obligaciones del concesionario como sanción administrativa⁷⁵. El Tribunal Constitucional consideró que el supuesto concreto de cierre de la actividad examinado, no constituía una sanción administrativa, pues la actividad cuya clausura se impugnaba se había iniciado sin la concesión legalmente exigida. El Alto Tribunal, a estos efectos, distingue entre medidas impuestas con motivo de actividades desarrolladas sin la preceptiva autorización o concesión y las medidas impuestas en relación con actividades iniciadas al amparo de la correspondiente autorización o concesión administrativa. Únicamente estas últimas medidas tienen, en su opinión, naturaleza sancionatoria. En concreto, el Tribunal Constitucional, con fundamento en la STC 61/90, de 18 de marzo -FJ 6º-, relativa a la revocación de una autorización para el ejercicio de la profesión de detective, señala que el "carácter (de sanción) que sería predicable de aquella medida (clausura de la estación de radio) si hubiera obedecido al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica originada por la concesión administrativa"⁷⁶. Por tanto, el Tribu-

74. En efecto, el Tribunal Supremo rechaza el carácter sancionador de la extinción del servicio de suministro y venta de carburantes de acuerdo con el R.D. de 1980 por el carácter contractual y no normativo de su previsión. A pesar de ello, anula la sanción por un vacío normativo en el momento en que se sanciona, con expresa mención y aplicación del art. 25 de la Constitución, lo que, como pone de manifiesto J. MESTRE DELGADO, en definitiva supone un reconocimiento implícito de su carácter sancionador. Este autor defiende que esta potestad correctiva no es meramente contractual ya que se encuentra prevista y regulada por una norma al margen de la voluntad de las partes.

75. La Sentencia 119/1991, de 3 de junio examinó el recurso de amparo interpuesto contra las resoluciones de la Generalidad Valenciana por las que se acordó la interrupción de emisiones y precintado de los equipos de "Radio Costa Blanca núm. 1 Europea S.A.".

76. STC 119/1991, de 3 de junio, FJ 3.

nal Constitucional parece explicar el carácter sancionador de la medida de forma análoga al caso de la revocación de la autorización en el ejercicio profesional de detective y, en consecuencia, pérdida de una situación favorable frente a la Administración.

Del panorama doctrinal y jurisprudencial se infiere, pues, que la explicación fundamental sobre la que gira la tesis que defiende el carácter sancionador de la medida, deriva de la pérdida que supone de una situación de ventaja frente a la Administración⁷⁷.

Pero, además de su explicación como medida sancionatoria, la resolución de un contrato de una concesión administrativa, puede encontrar así mismo una explicación razonable dentro de las reglas de funcionamiento interno de los contratos. En efecto, como es sabido, el régimen jurídico civil de las relaciones contractuales tienen su fundamento teórico en el carácter sinalagmático del contrato. Dicho planteamiento es aplicable al contrato administrativo, pues la doctrina administrativista admite el carácter recíproco o sinalagmático de las relaciones a que dan lugar los diferentes contratos administrativos, a pesar de las matizaciones a que deben someterse dadas las peculiaridades de régimen contractual administrativo⁷⁸.

El sustento teórico del contrato administrativo en el régimen jurídico civil conlleva, por lo que ahora interesa, que la extinción por incumplimiento de una de las partes tenga en el art. 1124 del CC una evidente referencia normativa, en virtud del cual "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe"⁷⁹.

77. La finalidad, como explicación general del carácter sancionador de una medida, resulta, según creo, ciertamente resbaladiza. En concreto, la explicación de su carácter sancionador por su función garante del buen funcionamiento del servicio y no por su carácter conminatorio al cumplimiento del contrato entraña especiales dificultades ya que una y otra, en mi opinión, resultan en gran parte imprescindibles. Pero en este caso, al igual que ocurría con la revocación de la licencia por incumplimiento de las condiciones, la naturaleza jurídica de la caducidad de la concesión del servicio público tiene una doble explicación teórica. Efectivamente, la explicación de la extinción del contrato al margen del derecho sancionador, es decir, la justificación de la previsión de la caducidad o resolución del contrato desde la propia estructura interna de las relaciones que nacen a partir de la concesión, resulta plenamente congruente.

78. Los contratos administrativos se configuran como verdaderos contratos, si bien caracterizados por unas modulaciones derivadas de las "peculiaridades de la Administración como organización pública y de su giro o tráfico peculiar y propio". E. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo...*, op. cit., pág. 633.

79. Como señala E. GARCIA DE ENTERRIA, "el incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contra-

Por tanto, como señala L. DIEZ PICAZO, el carácter recíproco o sinalagmático de las relaciones explica de esta manera que "la inicial inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejado como consecuencia el que el otro deber de prestación carezca de sentido"⁸⁰. En fin, parece, pues claro que la resolución derivada del incumplimiento encuentra un claro fundamento en la propia estructura interna contractual⁸¹.

A mayor abundamiento, la doctrina administrativa, dentro del régimen jurídico de los contratos administrativos viene distinguiendo, de forma paralela al contrato civil, entre las medidas de carácter penal cuya finalidad es forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante la imposición de sanciones, y la resolución con pérdida de la fianza prestada, a la que se le atribuye un carácter independiente. Efectivamente, la legislación administrativa en materia de contratos contempla, por una parte, las sanciones pecuniarias que conlleva el retraso parcial o total en el cumplimiento, y por otra parte regula con independencia de ello, los motivos de resolución del contrato⁸². Se trata en cualquier caso de una distinción análoga a la

to es causa de resolución del mismo. Sin embargo, es preciso notar que el mecanismo resolutorio del art. 1.124 CC. no juega en toda su pureza en la contratación administrativa". Curso..., Vol. I, op. cit., pág. 699.

80. Este autor considera que "las relaciones obligatorias son sinalagmáticas cuando determinan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Cada una de las partes tiene frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación de carácter correlativo o recíproco. Los dos recíprocos deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia... Este nexo que existe entre las obligaciones recíprocas se denomina técnicamente sinalagma y opera en dos terrenos diversos, por lo que la doctrina distingue, respectivamente, un sinalagma genético y un sinalagma funcional. El sinalagma genético significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga a realizar su propia prestación. La inicial inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejado como consecuencia el que el otro deber de prestación aislado carezca de sentido". En esta idea tiene su fundamento el fenómeno de la resolución (por imposibilidad y por incumplimiento) que más adelante estudiaremos. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. Tecnos. 1985. pág. 225.

81. Para J.L. LACRUZ BERDEJO, la condición como elemento accidental del contrato funciona como verdadero requisito de eficacia del contrato. Elementos de Derecho Civil, II, Vol. Primero. Parte General 2ª Ed. 1985. pág. 164. Pero otro sector -L.M. DIEZ PICAZO- considera que a pesar de la terminología del precepto y de su colocación en el Código -el art. 1124 se encuentra dentro de la sección dedicada a las obligaciones condicionales-, no hay en él una verdadera condición. Para L.M. DIEZ PICAZO, "el incumplimiento no es técnicamente un evento condicionante, porque el cumplimiento es un acto debido y las consecuencias del incumplimiento son siempre sanciones y no efectos del juego de una relación". No obstante, este carácter sancionador global lo matiza al distinguir entre la resolución por incumplimiento voluntario y la resolución por imposibilidad sobrevenida. En el caso de que exista una actitud voluntariamente rebelde por parte del incumplidor, L. M. DIEZ PICAZO considera que es una medida de sanción por incumplimiento y en el segundo caso, en que el motivo no sea una voluntad rebelde sino una imposibilidad sobrevenida, el fundamento está en la idea "misma del sinalagma y en el hecho de que cada obligación es causa de la obligación recíproca". Sistema de Derecho Civil..., op. cit., pág. 332.

82. Señala E. GARCIA DE ENTERRIA que "así, el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula

prevista en el régimen jurídico civil, pues el Código Civil regula las llamadas cláusulas penales -art. 1152 y sgtes-. como una medida intimidatoria de carácter independiente de la resolución del contrato⁸³.

En definitiva, puede afirmarse que la caducidad del contrato de servicio, o más genéricamente la resolución del contrato administrativo por incumplimiento de las obligaciones del contratista, encuentra igualmente explicación desde el orden sancionador, en cuanto pérdida de una situación de ventaja y desde la estructura de la relación contractual. La resolución del contrato como medida impuesta al concesionario o con carácter general al contratista, tiene en esta última explicación fundamentada en el carácter recíproco de las relaciones contractuales mayor solidez y tradición que la explicación extrasancionadora- por así llamarla- de la medida propia del régimen de subvenciones relativa a la restitución de lo abonado en concepto de subvención, que hemos examinado anteriormente. Por ello, si se tiene en cuenta que el planteamiento que ha prevalecido en materia de subvenciones es precisamente su carácter no sancionador, resulta difícil calificar como incongruentes las soluciones legislativas que otorgan a la resolución de la concesión administrativa un carácter independiente de la sanción.

3.4. Expropiación-Sanción.

3.4.1. Planteamiento mayoritario de la doctrina y del Tribunal Constitucional.

Con el término expropiación-sanción se viene designando el supuesto de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social previsto con carácter general en el Capítulo II del Título III de la Ley de Expropiación Forzosa y con

contenida en el contrato no aboca sin más a la resolución que se traduce en una facultad de opción de la Administración en orden a forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante la imposición de sanciones o a acordar la resolución con pérdida de la fianza prestada por el contratista -art. 159 RCE-, opción que la Administración puede ejercitar libremente en función de las circunstancias de cada caso.". Curso de Derecho Administrativo..., op. cit., pág. 699.

83. Como señala J. L. LACRUZ BERDEJO, "el Código Civil recoge también la previsión de la llamada pena convencional pactada como accesorio para el supuesto de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente la obligación principal. Dentro de la cláusula penal caben distintas modalidades, si bien únicamente guarda relación con lo verdaderamente sancionatorio la pena acumulativa. Las funciones también ponen de manifiesto la ambivalencia de la pena convencional, ya que incluyen tanto la coercitiva y la sustitutiva de la indemnización, como la punitiva." Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Vol. Primero. Segunda Ed. Librería Bosch. pág. 367-

carácter específico en la legislación que regula el régimen jurídico de la propiedad agraria⁸⁴ e inmobiliaria⁸⁵, respectivamente. A pesar de que ni la Ley de Expropiación Forzosa, ni las legislaciones sectoriales califican expresamente el supuesto como sanción, un sector importante de la doctrina viene entendiendo que se trata de una verdadera sanción administrativa. En concreto E. GARCIA DE ENTERRIA ha señalado que se trata de una auténtica sanción que opera "a partir de la previa imposición legal de un deber concreto, es decir, en aquél caso en que la Ley fija al propietario una directiva concreta y le conmina con la expropiación para el supuesto de que la incumpla"⁸⁶. En su opinión tanto la expropiación-sanción como la sanción (penal o administrativa) "añaden a la obligación que resultaba inicialmente para el destinatario obligaciones nuevas, la de cumplir la privación de bienes en que la sanción consiste, en el caso del acto punitivo, la de perder su propiedad, en el supuesto de la expropiación sanción"⁸⁷. Por su parte, J. SUAY ha examinado con mayor extensión los motivos que justifican el carácter sancionador de la expropiación forzosa en el supuesto concreto del incumplimiento de los deberes urbanísticos⁸⁸. Este autor contrasta los presupuestos de la expropiación con los elementos esenciales de la sanción y concluye que efectivamente reúne las características propias de la sanción. Desde un punto de vista sustantivo, señala tres argumentos en favor de su tesis⁸⁹:

a) Se trata de una medida aflictiva "por cuya virtud el particular afectado va a experimentar una reducción (Mínus) de su esfera jurídica". Reducción que considera se produce por la disminución que el incumplimiento de los plazos legales para adquirir el derecho eslabonado al aprovechamiento urbanístico conlleva en el propio derecho del propietario.

84. Decreto Legislativo 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el Texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Y sobre todo la Ley 34/1979, de 16 de noviembre sobre Fincas Manifiestamente Mejorables, cuyo art. 7.2 prevé la posibilidad de expropiación de la propiedad.

85. Artículo 34 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

86. Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, op. cit., pág. 301.

87. Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, op. cit., pág. 715.

88. La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas, RDU núm. 123, pág. 71 y sgtes.

89. Señala dos argumentos más de carácter formal, que ahora no interesa examinar: a) la legislación atribuye la competencia para su adopción a una autoridad administrativa, y b) dentro de un procedimiento administrativo donde se garantiza la audiencia al interesado.

b) Por otra parte dicho “mal” se encuentra conectado a la previa comisión de un ilícito -infracción de los deberes y cargas urbanísticas-.

c) Desde el punto de vista de las funciones de la pena, considera que la expropiación tiene un evidente carácter represivo que se manifiesta tanto por su función de intimidación en la conciencia de la colectividad (prevención general) como en la propia del propietario del terreno (prevención especial).

De acuerdo con la explicación de J. SUAY, el fundamento de la naturaleza sancionatoria de la expropiación tendría en el supuesto urbanístico un argumento añadido frente al supuesto general de expropiación. Este “plus” argumental deriva de la minusvaloración o reducción del valor de su terreno, como consecuencia del incumplimiento de los deberes urbanísticos. El carácter sancionatorio del supuesto general de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad ha encontrado contestación tanto en la doctrina como en el Tribunal Constitucional. Pero creo que también la tesis expuesta por J. SUAY en relación con la naturaleza sancionadora de la expropiación urbanística encuentra las suficientes dificultades teóricas para admitir sin más su naturaleza sancionadora. A continuación expongo tanto las objeciones que han sido formuladas con carácter general a la naturaleza sancionadora de la expropiación forzosa, como las relativas a los argumentos específicos del supuesto urbanístico.

3.4.2. Puntualizaciones sobre el carácter sancionador.

De acuerdo con lo expuesto en el supuesto general de expropiación por incumplimiento de los deberes como propietario, el contenido del “mal” que debe integrar toda medida de carácter sancionador se refiere al sacrificio que supone desprenderse de un bien propio. Pero, evidentemente, dicho “mal”, no conlleva una privación -en cuanto negación- de un derecho o disminución de un derecho en sentido estricto. Tal como la doctrina y el Tribunal Constitucional han aclarado, la expropiación no supone “la pérdida del contenido económico de la situación sacrificada”, sino que simplemente, el bien de que se trata es sustituido por un equivalente dinerario o, en palabras del Tribunal Constitucional, “cede para convertirse en un equivalente económico”⁹⁰. La calificación como sanción del supuesto gene-

90. STC 111/1983, de 2 de diciembre. Se trata, pues, más que de una privación en sentido estricto de una sustitución o conversión en otro bien -el económico-. Lo indemnizable y lo sancionador parecen por tanto

ral de expropiación por incumplimiento de los deberes del propietario supone un cierto vaciamiento del concepto de “mal”, ya que no se trata tanto de una privación de un derecho como de su sustitución en metálico, por lo que el contenido de “mal” se refiere al sacrificio que conlleva prescindir con carácter obligatorio de un bien.

La inclusión de la expropiación forzosa por incumplimiento de las obligaciones del propietario dentro de la figura de sanción ha sido contestado por algún sector de la doctrina, con fundamento precisamente en la indemnización que sustituye al bien expropiado. La necesidad de establecer un límite al concepto de sanción ha llevado a A. CARRETERO a señalar que esta medida de privación de un bien jurídico debe reconducirse a aquella “medida del poder público superior a la expropiación forzosa: un acto de privación singular de bienes jurídicos, no indemnizable como consecuencia de la infracción de una norma”⁹¹. J. SUAY parece hacerse eco de dicha dificultad ya que fundamenta el carácter sancionador de la expropiación urbanística, no solamente en el sacrificio que supone prescindir de un bien, sino en la propia minusvaloración del justiprecio ya que, en estos casos, resulta inferior al valor real de lo expropiado. Pero lo cierto es que las dificultades para conectar este supuesto con el concepto tradicional de “mal” tampoco desaparecen dentro del sistema legal eslabonado de adquisición del derecho de propiedad, en cuyo contexto planteó J. SUAY su argumentación. De acuerdo con este sistema, a medida que el particular ejecuta o materializa un determinado deber dentro del proceso urbanístico, adquiere el derecho a ejecutar o materializar la siguiente fase o eslabón hasta llegar a patrimonializar lo edificado. Así, el art. 23 del TRLS de 1992 señalaba que “el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos: 1. A

conceptos excluyentes. Es evidente que supondría un grave vaciamiento del concepto de pena si dentro del mismo se incluyera una previsión de privación de libertad previa indemnización de su equivalente económico o la inhabilitación para un cargo público previa, asimismo, la correspondiente indemnización. Así, es evidente que de todos los supuestos de revocación de una autorización de funcionamiento de una actividad, únicamente se defiende el carácter sancionatorio de aquellos que no dan lugar a la correspondiente indemnización. Parece lógico entender que si al incumplimiento de unas condiciones impuestas como consecuencia de nuevas exigencias del interés público se acompañara la revocación de la licencia y la correspondiente indemnización, su carácter sancionatorio resultaría desvirtuado. Podría, también en este caso, señalarse que el sacrificio que conlleva el cierre de una actividad comercial o industrial es suficiente motivo para ser calificado de sanción, lo cual resulta escasamente convincente.

91. A. CARRETERO PEREZ y A. CARRETERO SANCHEZ. *Derecho Administrativo Sancionador*, EDESA, Madrid, 1992, pág. 10.

urbanizar...2. A el aprovechamiento urbanístico 3. A edificar...4. A la edificación...". De esta manera, los sucesivos derechos surgían con el cumplimiento del anterior y se extinguían en caso de incumplimiento del siguiente. Por ello el incumplimiento de un determinado deber urbanístico, no conllevaba de acuerdo con este sistema, tanto la pérdida de un derecho adquirido como la no adquisición del derecho previsto en el eslabón siguiente. Si el cumplimiento de los deberes urbanísticos constituyen un "prius" para tal adquisición de un derecho, su incumplimiento aparece como un impedimento para su adquisición, no un vaciamiento del derecho adquirido. Por tanto, podría argumentarse, la minusvaloración lo es respecto de un estatuto objetivo del terreno que el particular no ha patrimonializado con lo que, en realidad, su esfera subjetiva no queda afectada con dicha minusvaloración⁹².

En todo caso, tanto el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, como el de 1992 optaron por la exclusión de esta medida del orden sancionador, aunque de este segundo Texto Refundido se infería con mayor claridad. Así, esta conclusión se deduce de dos aspectos del régimen jurídico: a) por una parte de su ausencia dentro de las medidas previstas dentro del orden sancionador, b) y por otra parte se infiere de su inclusión entre las medidas de control de la legalidad que, como luego veremos, se viene excluyendo del ámbito sancionador⁹³.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, aunque en alguna ocasión y "obiter

92. Una de las innovaciones más importantes de la Ley 8/90, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, consistió, como es sabido, en la configuración del derecho de propiedad inmobiliario como un elenco de facultades que se adquieren gradualmente con el cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticas, que el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 20 de marzo de 1997, declaró que integraban las condiciones básicas del derecho de propiedad y por tanto constituía su regulación competencia estatal -FJ 17-. De acuerdo con este sistema, la Ley regulaba los criterios de valoración del suelo en función del grado de adquisición de dichas facultades urbanísticas. Dentro del Capítulo II, los arts. 51 y sgtes. establecían las diferentes valoraciones del suelo en función del grado de adquisición, que el Tribunal Constitucional declaró asimismo ajustados a la Constitución.

93. Aunque declarado inconstitucional, y posteriormente derogada partedel propio Texto Refundido, interesa recordar, por lo que aquí interesa, el contenido del art. 249.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por R.D.L. 1/92, de 26 de junio que señalaba lo siguiente: "Si se hubiere concluido una edificación contraviniendo las condiciones señaladas en la licencia u orden de ejecución, el Ayuntamiento, dentro del plazo de cuatro años, previa la tramitación del oportuno expediente, requerirá al interesado para que ajuste la edificación a la licencia u orden de ejecución o en caso de ser conforme con la legislación urbanística aplicable, solicite la oportuna licencia en el plazo que establezca la legislación aplicable o, en su defecto, en el de dos meses. Desatendido el requerimiento, se dispondrá la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno correspondiente y las obras realizadas, de conformidad con la licencia u orden de ejecución que puedan mantenerse, deduciéndose del justiprecio los costes de las demoliciones precisas". Se trata, por tanto, de una medida integrada dentro de las correspondientes a la restitución de la realidad física y jurídica alterada.

dicta" ha calificado la expropiación por incumplimiento del deber social de la propiedad de medida de carácter sancionador⁹⁴, lo cierto es que cuando el carácter sancionador de la expropiación debía ser determinante para el contenido del fallo ("ratio decidendi"), ha optado por su exclusión del orden sancionador, adoptando un criterio contrario a la opinión dominante. Así, la Sentencia 42/1989, de 16 de febrero⁹⁵ en un supuesto de expropiación al amparo de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, de Fincas Manifiestamente Mejorables, considera que la expropiación-sanción, por incumplimiento de la función social de la propiedad no constituye una sanción por cuanto se trata de una consecuencia objetiva derivada del estado de explotación insuficiente o nula de una finca. Por tanto en opinión del Tribunal Constitucional no se trata de "una decisión con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras de inexcusable observancia, imputable a la "culpabilidad" del infractor"⁹⁶. Esta doctrina se encuentra reiterada en su Sentencia 319/1993, de 25 de octubre⁹⁷, en el que examinó la Ley andaluza 8/84, de Fincas Manifiestamente Mejorables que a diferencia del caso anterior, calificaba expresamente -art. 20- esta medida expropiatoria como sanción⁹⁸, y en la Sentencia 61/

94. STC 111/1983, 2 de diciembre, dictada con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de , sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componían el Grupo Rumasa S.A. El Tribunal Constitucional, con motivo de la singularidad de la expropiación llevada a cabo en relación al supuesto general de expropiación por incumplimiento de la función social, alude al carácter sancionador del modelo general por dos veces. En el FJ 9, señala que "La expropiación que estamos considerando es, sin duda, un caso singular, no responde a esquemas generales y tampoco puede llevarse sin hacer quebrar la institución, a modelos expropiatorios de signo sancionatorio, pero atiende a una situación de extraordinaria grave incidencia en el interés de la comunidad, comprometido por el riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses, que reclamaron, junto a una acción inmediata que no podría posponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios, la actuación global a través de la técnica expropiatoria. El supuesto no es el de la expropiación privativa de bienes con destino posterior a un fin al que se afectan esos bienes, ni tampoco una operación destinada a reservar al sector público recursos o servicios, o, por último, una operación con motivación y justificación sancionadora".

95. Examinó el recurso de amparo interpuesto contra el Decreto por el que se expropiaba como finca manifiestamente mejorable, a los efectos de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre y contra la resolución de la Junta de Extremadura iniciando el expediente expropiatorio. El Tribunal Constitucional examina el carácter sancionador de la llamada expropiación-sanción con motivo de la alegación del recurrente referente la infracción del principio de presunción de inocencia, para terminar rechazando su naturaleza sancionadora.

96. STC 42/1989, de 16 de , FJ 4.

97. Dicha Sentencia examinó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Territorial de Sevilla en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto de la Junta de Andalucía por el que se declaraban manifiestamente mejorables determinadas fincas al amparo de la Ley andaluza 8/1984, de Fincas Manifiestamente Mejorables.

98. El Tribunal Constitucional adopta un criterio sustantivo o metalegal en virtud del cual considera que

1997, de 20 de marzo, que examinó el supuesto de expropiación recogido por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992⁹⁹.

Aunque la conclusión me parece razonable, creo no obstante que la argumentación del Tribunal Constitucional en que fundamenta su criterio -el carácter objetivo de la expropiación forzosa y por tanto la ausencia del elemento culpable-, permite realizar alguna puntualización. En efecto, dentro del Derecho Sancionador cabe, como tendremos la oportunidad de analizar, la responsabilidad sancionadora objetiva en algunos ámbitos del ordenamiento administrativo. Por ello, para que tal elemento tuviese la relevancia que el Tribunal Constitucional preten-

su calificación como sanción no prejuzga su contenido. Dado que el supuesto de expropiación era en esencia el mismo que el de la Ley 34/1979, considera íntegramente aplicable la doctrina sentada en la STC 42/1989. Señala el Tribunal Constitucional que "la denominada expropiación-sanción que prevé y ordena en parte la ley andaluza no presenta, en otras palabras, naturaleza distinta de la que corresponde al mismo instituto regulado en la legislación del Estado, de modo que es obligado predicar de ella lo que ya se expresó por el Tribunal en el pasaje transcrito de la STC 42/1989; no estamos ante "sanciones", sino ante un instrumento de acción pública en pro del cumplimiento de la función social de la propiedad (art. 33.2), instrumento que se incardina a todos los efectos (incluido, claro está, el indemnizatorio) en el instituto típico aunque de plasmaciones plurales que es la expropiación forzosa por causa de utilidad pública -o como aquí ocurre- de interés social (art. 33.3 de la Norma fundamental)" -FJ 3-.

99. En esta ocasión señala el Tribunal Constitucional que "por lo demás, la denominada "expropiación-sanción" es una calificación doctrinal de la que no se sigue que se trate de una decisión con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras de inexcusable observancia". -FJ 17 f)-. Y continúa posteriormente: "no son asimilables las sanciones administrativas y las expropiaciones dirigidas al obrar la función social de la propiedad, sustituyendo al propietario incumplidor por la Administración expropiante o el particular subrogado como beneficiario de la operación expropiatoria, asimilación negada por la STC 42/1989 y el ATC 657/1987. Del concepto doctrinal de "expropiación-sanción", no cabe inferir "que se trate de una decisión con finalidad punitiva imputable a la culpabilidad del infractor, sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria finalidad".-STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 17 f)-.

Dentro de las medidas que, en alguna ocasión, la doctrina ha reclamado su carácter sancionador, se encuentran los derechos de tanteo y retracto. Los motivos para su exclusión del derecho sancionador se intensifican en este caso. En todo caso, el Tribunal Supremo no parece dudar del carácter no sancionador de este tipo de medidas. Así, la Sentencia de 14 de febrero de 1994 (Ar. 1175), en relación con el derecho previsto en la Ley del Patrimonio Forestal del Estado, señala que "la tesis de la demanda de que el derecho ejercitado por la Comunidad Autónoma Andaluza es una sanción por incumplir la obligación de comunicar la transmisión, carece de todo apoyo jurídico, pues por su naturaleza no se puede considerar sanción una facultad discrecional utilizada por la Administración en defensa de la riqueza forestal, ni por su contenido, como dice el Ministerio Fiscal, es una reacción frente a un acto ilícito, con objeto de proteger el orden general, ya que se trata de ejercitar un derecho de adquisición preferente, de bienes inmuebles cuyo ejercicio proponen los propios recurrentes, y que se desenvuelve más que en el ámbito del Derecho Público sancionador, en el campo del Derecho privado de los derechos de adquisición reconocidos a otros titulares con anterioridad a la transmisión de bienes, aunque en este caso el beneficiario de la adquisición sea una entidad pública..."

de atribuirle, la naturaleza objetiva de la expropiación habría que entenderla, no tanto en el sentido de falta del elemento culpable del titular, sino en el del carácter real de la medida: se valora la situación de un terreno no la acción de una persona. La medida no atiende a las circunstancias -objetivas o subjetivas- de la persona sino al bien inmueble. Por otra parte, llama la atención que el Tribunal Constitucional aluda como criterio diferenciador al carácter objetivo y, por el contrario, no aluda a la existencia de una indemnización en metálico, pues, como he señalado anteriormente, la compensación indemnizatoria debería constituir un elemento que en cualquier caso excluyera la naturaleza sancionatoria de una medida.

En conclusión cabe afirmar que la explicación de estos supuestos como sanción administrativa únicamente es posible desde una posición muy amplia del concepto de mal que se impone, ya que el pago del justiprecio volatiza su alcance como medida privativa o limitativa de un derecho. Se trata de llevar lo sancionatorio hasta sus confines conceptuales. Pero su inclusión dentro del Derecho Punitivo plantearía problemas para la configuración del concepto de sanción, ya que la ampliación del concepto de "mal" a supuestos o medidas que se limitan a convertir un derecho en su equivalente económico dificulta cualquier pretensión de definir un concepto de sanción claro y coherente. Y por otra parte, la consideración de la expropiación por incumplimiento de las funciones sociales de la propiedad, como sanción, no aportaría garantías adicionales al ciudadano frente a la Administración Pública, por lo que tampoco esta perspectiva permite forzar una interpretación amplia del concepto de sanción, extendiéndola a estos supuestos de expropiación. Es cierto que la configuración de la expropiación por incumplimiento de los deberes del propietario, no encaja plenamente en el planteamiento general de la expropiación forzosa, -y en este sentido el calificativo de expropiación-sanción permite resaltar su especificidad dentro del instituto expropiatorio-, pero ello no posibilita ni aconseja incluir obligatoriamente ninguna modalidad de expropiación forzosa dentro del concepto de sanción y por tanto del Derecho Sancionador.

4. La finalidad represora de la sanción como criterio delimitador del concepto. Puntualizaciones sobre su alcance.

4.1. La finalidad como criterio de distinción de la medida de reposición de la realidad afectada.

El carácter no sancionador de las medidas de reposición o restitución de la

realidad física o jurídica vulnerada -como pueden ser los cierres de actividad, la demolición o reconstrucción de lo indebidamente realizado- resulta una cuestión pacífica tanto en el orden jurisprudencial como doctrinal¹⁰⁰. Incluso, hoy día, el ordenamiento jurídico, salvo contadas excepciones, declara la expresa exclusión del carácter sancionador de las medidas de cierre, de actividades sujetas a previa autorización o concesión, en caso de ausencia de ésta¹⁰¹.

De esta manera, las actividades clandestinas, es decir las actividades que carecen de la preceptiva autorización o concesión, constituyen un presupuesto de hecho que habilita a la Administración para adoptar las medidas necesarias a fin de impedir la continuación o prosecución del uso o actividad. Así, la ausencia o existencia de licencia o autorización, la falta o concurrencia de título de una actividad, configura un criterio para calificar una misma medida como sanción o como control de la legalidad.

Pero aunque la exclusión de estas medidas no plantea ningún problema hoy

100. La tendencia doctrinal sobre el carácter no sancionador de esta medida se encuentra también en la doctrina italiana. Así E. PALIERO y A. TRAVI distinguen entre "misura ripristinatoria" y "sancione amministrativa" con fundamento en que aquella "non son finalizzate a punire il responsabile di un illecito, ma a restaurare direttamente un bene o un interesse leso". La sanzione amministrativa. Profili sistematici, Dott. A. Giuffrè editore, 1988, pág. 43.

101. Entre los preceptos que expresamente señalan su carácter no sancionador pueden citarse, entre otros muchos, los siguientes: art. 13.6 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre Potestades Administrativas en materia de Espectáculos Taurinos que señala lo siguiente: "No tendrá carácter de sanción la clausura de plazas de toros o de escuelas taurinas o de recintos de entretenimientos con reses bravas que no cuenten con las preceptivas autorizaciones; el art. 37 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad señala que "no tendrán carácter de sanción, la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad; el art. 251 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 señalaba que "lo dispuesto en los tres artículos anteriores (medidas de control de la legalidad) se entenderá sin perjuicio de la imposición de las sanciones que procedan y de las facultades que correspondan a las autoridades competentes, en virtud del régimen específico de autorización o concesión a que están sometidos determinados actos de edificación; -en parecido sentido el art. 225 del Texto Refundido de 1976-; el art. 115 del Reglamento General de Carreteras y Caminos -aprobado por R.D. 1812/1994, de 2 de septiembre - señala que "sin perjuicio de la sanción administrativa, ...vendrán obligados a restituir las cosas a su primitivo estado, y a la indemnización de los daños irreparables...". El art. 95 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas establece que "sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente"; o, en fin, en análogo sentido, el art. 110 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Como ejemplo del supuesto contrario se encuentra el Reglamento de Espectáculos Públicos de 1982 pues su art. 82.1 establece entre las sanciones posibles "el cierre de locales carentes de licencias o autorizaciones".

día, un examen de la argumentación que ha servido para justificar esta exclusión permite ahondar en las dificultades que tiene formular un concepto de sanción sustantivo que sea coherente. Desde un punto de vista teórico los argumentos desarrollados para justificar esta exclusión han sido aportados desde el Tribunal Constitucional y la doctrina: el primero ha puesto el acento en la ausencia de un derecho subjetivo en las situaciones de falta de título y la doctrina, en la diferente finalidad de unas medidas y otras. Veamos con mayor detenimiento ambos argumentos¹⁰².

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 144/1987, de 23 de septiembre¹⁰³, excluyó el carácter sancionador de la clausura de una emisora de radio por carecer de la preceptiva autorización administrativa "pues no puede decirse que sea cul-

102. Cabe excluir del examen la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al no haber realizado ninguna aportación de interés, en la medida que se ha limitado a señalar que la ausencia de autorización o licencia habilita para la adopción de medidas de restitución del orden físico y jurídico vulnerado, es decir, de "medidas de vigilancia sobre las necesarias y previas autorizaciones administrativas", que se distinguen de las medidas sancionadoras en cuanto que éstas restringen derechos y persiguen el reproche del infractor. Así, la Sentencia de 25 de abril de 1991 (Ar. 3083), señala que "en el Reglamento como en otras reglamentaciones administrativas, coexisten dos órdenes de reglas o medidas en manos de la Administración con potestad interventora en el sector regulado por aquellas, siquiera a veces no aparezcan en las normas reglamentarias suficientemente deslindadas, cuales son a) las sanciones propiamente tales de signo pecuniario (multas) o de otro contenido restrictivo de derechos o intereses de los administrados, dirigidas a reprochar los ilícitos administrativos que aquellas normas tipifican con la adecuada cobertura legal y b) las medidas de policía que no son sanciones, encaminadas a la vigilancia sobre las necesarias y previas autorizaciones administrativas, que pueden desembocar, si no existen aquéllas o se han quebrantado las condiciones impuestas en las mismas al cierre de los locales, dirigido a impedir el funcionamiento de una actividad surgida sin la autorización previa y preceptiva o contraviñendo la de alguna forma". Como se ve, equipara este supuesto al de incumplimiento de condiciones de la licencia que en otra línea jurisprudencial considera como sanción tal como hemos visto anteriormente.

Con referencia exclusivamente a la actividad clandestina, es decir, carente de título administrativo, señala la Sentencia de 22 de mayo de 1990 (Ar. 4008), que "la ausencia de dicha preceptiva y previa licencia habilita a las autoridades con competencia en la materia para adoptar medidas de policía de carácter general o particular en relación con las distintas actividades recreativas y establecimientos públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el presente reglamento o en los Reglamentos específicos de tales actividades o establecimientos, según prescribe el art. 74.2 del Reglamento en examen en la redacción que se deja transcrita contenida en su apartado letra a). Entre tales medidas de alcance particular o singular se encuentra, sin duda, por un sentido lógico y por expresa disposición del art. 82.1 del reglamento la del cierre de locales carentes de licencias o autorizaciones, medida esta que fue la impuesta por la Administración gubernativa en los acuerdos fiscalizados...al no tratarse de una verdadera sanción". En el mismo sentido la Sentencia de 24 de abril de 1991 (Ar. 3082).

103. Examina el recurso de amparo interpuesto contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Benidorm, de 8 de mayo de 1986, por el que se concedió la autorización para la entrada en la emisora Radio Canfali por parte de funcionarios de la Generalitat Valenciana a fin de proceder a la interrupción de emisiones y precintado de los equipos de la emisora por carecer de la preceptiva autorización administrativa.

pable aquél, que por no haber cumplido los requisitos reglamentariamente establecidos para el desarrollo de determinada actividad, no ha adquirido el derecho a llevarla a cabo”¹⁰⁴.

En principio el argumento resulta razonable y nada cabe que oponer. Pero, más allá de esta medida, desde el punto de vista de la construcción de un concepto genérico de sanción, la comparación de la justificación empleada en este caso con argumentos empleados en relación con otras medidas, pone de manifiesto la dificultad para elaborar un concepto homogéneo de “mal” que explique de forma coherente todas las medidas de carácter sancionador. Así, la inclusión entre las sanciones, según hemos visto, de supuestos como la resolución del contrato o caducidad del servicio público exige acudir a un concepto amplio del “mal” impuesto, de tal manera que su carácter sancionador, no deriva tanto de la privación de un derecho, como de la pérdida de una situación de ventaja frente a la Administración. Por el contrario, la exclusión de las medidas de control de la legalidad, tales como cierres de establecimientos, demoliciones de obras...etc, exige acudir a un concepto más estricto de lo que se entiende por “mal” impuesto, en cuanto que al no constituir un verdadero derecho subjetivo no puede implicar una privación limitación de un derecho. En unos casos, pues, la sanción exige una privación o limitación de un verdadero derecho subjetivo y en otros parece conformarse con la mera pérdida de una situación de ventaja.

Posiblemente, la existencia de estas dificultades para detectar un núcleo claro

104. En el mismo sentido, la STC 119/1991, de 3 de junio, que conoció del recurso de amparo interpuesto contra los acuerdos administrativos de interrupción de emisiones y precintado de los equipos de “Radio Costa Blanca Europea S.A.”. Clausura que había sido acordada en cumplimiento de lo prevenido en los apartados 1 y 2 del art. 3 del R.D. 1433/1979, de 8 de junio, por el que se establece el Plan Técnico transitorio del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, que preveía el cierre de la emisora para el caso de emisiones clandestinas. Dicha Sentencia recuerda los términos de la dictada por el Tribunal Supremo: “Así lo entendió la Sala quinta del Tribunal Supremo en el fundamento jurídico 5º de su sentencia (La concesión es un prius y sin la misma no cabe hablar de derecho, ni en este caso de sanción, puesto que la Administración, a través del acto impugnado, se ha limitado a restablecer la legalidad conculcada...”

El Tribunal Constitucional, tras constatar que la previsión normativa existía, señala que ninguna vulneración del art. 25 CE podía derivarse desde el momento en que lo acordado no era una sanción sino una medida de control de la legalidad: “Pero es que, a mayor abundamiento, no puede reconocerse que la medida adoptada en este caso tuviera, en rigor, carácter de sanción. Carácter que sería predicable si hubiera obedecido al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica originada por la concesión administrativa para emitir; concesión, sin embargo, de la que en el presente supuesto carecía la demandante de amparo” (STC 61/1990, fundamento jurídico 6º).

que fundamente el concepto de sanción, puede explicar que la doctrina haya acudido, en alguna ocasión al fundamento y fin de la sanción, como criterio de distinción entre estas medidas de restitución de la realidad vulnerada y las medidas estrictamente sancionadoras. Así, E. GARCIA DE ENTERRIA, en relación con el ámbito urbanístico, señala que la sanción persigue la retribución "abstracta de la conducta ilícita" y, por su parte, las medidas de control de la legalidad constituyen una manifestación de las potestades de autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración¹⁰⁵. En consecuencia, la sanción enlaza con la infracción en cuanto acción típicamente antijurídica y la medida de control conecta con el más amplio concepto de transgresión del ordenamiento jurídico¹⁰⁶. Pero, en mi opinión, tampoco el fundamento o fin de la sanción (retributivo o preventivo) permite distinguir con nitidez unas medidas de otras.

Por una parte, el carácter retributivo, como hemos visto anteriormente, explica la pena como una consecuencia del delito (el delincuente "paga" por el delito cometido), del que se infiere la necesaria proporción entre la pena y el delito cometido. Por tanto, la aplicación del fin retributivo como criterio delimitador del concepto de sanción, conduciría a afirmar que el reproche, el pago por lo realizado, existiría cuando el cierre del establecimiento -pongo por ejemplo- fuese consecuencia del incumplimiento de las condiciones de la concesión o autorización, pero en cambio no existiría tal reproche cuando la misma medida -cierre del establecimiento- fuese consecuencia de la iniciación de una actividad sin dicha concesión o autorización, es decir cuando de una actividad clandestina se tratase.

Por otra parte, las consecuencias de proporcionalidad que derivan de la teoría absoluta de la pena no siempre resultan patrimonio exclusivo de las medidas de carácter sancionador. Efectivamente, la imposición de las medidas de cierre de un establecimiento o la demolición en los casos de inexistencia de título, no puede decirse que respondan de una forma absoluta a un criterio de automaticidad ni que, por tanto, pueda afirmarse que exista una total desvinculación entre hechos y medidas. Es sabido, por ejemplo, que en materia urbanística, el Tribunal Supremo

105. Lecciones de Derecho Urbanístico..., op. cit, pág. 792.

106. La doctrina ha criticado el planteamiento legislativo por confuso. La remisión a la infracción urbanística como causa común de la sanción y de las medidas de control de la legalidad, introduce un elemento de confusión en la distinta naturaleza de una medida y otra dando lugar a una común apariencia sancionadora. Lecciones de Derecho Administrativo..., op. cit pág. 792 y M. BASSOLS COMA, El control de la legalidad urbanística en la nueva Ley del Suelo, REDA núm. 6, pág. 303 y sgtes.

viene exigiendo que la aplicación de las medidas de restitución de la realidad física alterada o vulnerada se lleve a cabo de acuerdo con un criterio de proporcionalidad entre la medida y la gravedad de los hechos cometidos¹⁰⁷.

Las dificultades del fundamento retributivo como criterio determinante del carácter sancionatorio de una medida son predicables respecto del fin intimidatorio -preventivo de carácter general- de las sanciones frente a las medidas de control de la legalidad. Efectivamente, en mi opinión, resulta también muy difícil negar a estas medidas un carácter intimidatorio sobre la conciencia de la colectividad. La eventual clausura de un establecimiento en caso de inexistencia de previo título, o la demolición de una obra en caso de actuación contraria al ordenamiento, pueden conllevar perfectamente un efecto represor de futuras actuaciones de la población. Pero además, existen distintas medidas previstas en caso de concurrencia de previo título que no siempre tienen carácter sancionador y en las que resulta difícil, si no imposible establecer una correspondencia entre naturaleza sancionadora y carácter retributivo. Así, por ejemplo, el incumplimiento de las condiciones de una licencia de actividad puede dar lugar a la revocación de la autorización y, por consiguiente, al cierre del establecimiento, que puede tener naturaleza sancionadora. Pero cuando el incumplimiento de las condiciones de la licencia se refiere a una licencia de obras, la medida consistente en la suspensión de las obras, y en su caso, posterior demolición carece de carácter sancionador. En mi opinión resulta difícil, si no imposible, atribuir a la medida de revocación y cierre, en caso de la licencia de actividad, un carácter retributivo y, por el contrario, negarlo de la medida de suspensión y demolición de las obras no ajustadas a la licencia de obras.

Las dificultades del fin retributivo de las sanciones como criterio determinante del carácter sancionador de una medida, son predicables asimismo respecto del fin intimatorio -prevención general-, pues, en mi opinión, este fin resulta tan atribuible, siguiendo el ejemplo anterior, a la eventual clausura de un establecimiento por incumplimiento de las condiciones de la licencia de actividad, como en caso de inexistencia de licencia, o en el de demolición de una obra si existe una actuación

107. El principio de proporcionalidad, consecuencia inmediata del carácter retributivo de la pena, tampoco es ajeno a estas medidas. En relación con la demolición, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1993 (Ar. 2603), que "tiende a evitar esta consecuencia cuando la medida de demoler sea desproporcionada o excesiva respecto a la índole de la infracción legal cometida o a la repercusión o efecto urbanístico de tal infracción".

contraria al ordenamiento, pues tanto una medida como las otras, pueden conllevar un carácter intimidatorio sobre la conciencia de la colectividad y tener por tanto un efecto represor de futuras actuaciones de la población en ese mismo sentido.

Lo expuesto permite relativizar el alcance del fin o fundamento de la sanción e impide dotar al carácter retributivo o preventivo un carácter autónomo e independiente como criterio diferenciador. Si realmente se pretende construir un concepto sustantivo de sanción, el "mal" impuesto y su conexión con la infracción cometida deberá constituir una referencia ineludible. El problema se encuentra en las dificultades que existen para establecer un concepto de sanción claro y seguro, pues parece variar, según hemos visto, de una situación a otra y posiblemente la falta de un concepto seguro de sanción puede explicar que la doctrina acuda al criterio finalista que por sí mismo, como asimismo hemos visto, no constituye un criterio determinante.

4.2. La finalidad como criterio de distinción de las medidas indemnizatorias por daños.

Como es sabido, de la infracción administrativa puede derivar, además de la responsabilidad sancionadora, la obligación de reparar los daños y perjuicios causados que, a su vez, puede materializarse, bien mediante la reparación "in natura", bien mediante la sustitución en metálico.

En principio, la diferencia entre sanción y responsabilidad por daños y perjuicios, de acuerdo con la tradición civil y penal estriba en que la sanción constituye la consecuencia abstracta y lógica de la infracción, y la restitución o indemnización configura, por su parte, la consecuencia del daño efectivo¹⁰⁸. De acuerdo con ello, la pena conecta con el delito y la indemnización con el daño¹⁰⁹. No obstante, la

108. La indemnización constituye una forma de resarcimiento de carácter subsidiario para el caso de que la reparación no sea posible. J. L. LACRUZ BERDEJO entiende que "la forma más adecuada de reparar el daño es, sin duda, la de reponer al perjudicado en una situación igual a la que existía antes de la causación del perjuicio (resarcimiento en forma específica). Pero eso solo puede ocurrir cuando el "statu quo ante" sea reiterable (componer una avería o deterioro; suministrar un objeto idéntico al destruido)...Elementos ..., Vol. Primero, pág. 553.

109. La indemnización no está en relación directa con la gravedad de la acción, ya que pueden existir acciones tipificadas como faltas que den lugar a indemnizaciones muy altas.

diferencia entre lo sancionador y lo resarcitorio resulta menos clara dentro del orden sancionador y, en concreto, dentro de la llamada policía demanial. Efectivamente, en el ámbito de la policía demanial, el sustrato material de la responsabilidad por daños y perjuicios y la sanción administrativa tienden a coincidir ya que gran parte de las infracciones tipifican como ilícito, precisamente, la causación de daños al dominio público. Dicha confusión se intensifica especialmente cuando la responsabilidad por daños y perjuicios consiste en una indemnización en metálico, al consistir la sanción y la medida resarcitoria en cantidades dinerarias.

Esta situación específica del Derecho Sancionador ha sido señalada por la doctrina en diversas ocasiones. Así, J. SUAY ha puesto de manifiesto esta confusión de fines y, en concreto, ha señalado que la finalidad resarcitoria del Derecho Sancionador en esta materia se infiere del “elevado importe, en determinados sectores, (que) pueden llegar a alcanzar las multas”¹¹⁰ y de los criterios de graduación de las sanciones en función del perjuicio producido¹¹¹. El propio J. SUAY ha criticado este

110. Sanciones administrativas, op. cit., pág. 72.

111. J. SUAY RINCON incluye como criterio la cantidad dineraria destinada a absorber el beneficio ilícito dentro de las medidas de carácter indemnizatorio. Esta misma opinión la mantienen dentro de la doctrina italiana E. PALIERO-A. TRAVI que entienden que la “misura pecuniaria”, destinada a “evitare che il privato consolidi un vantaggio patrimoniale acquisto non iure” es una medida “l’alternativa alla misura ripristinatoria” es decir a la medida de reposición de lo indebidamente realizado. “La sanzione amministrativa...”, op. cit., pág. 43. No obstante, en mi opinión, el objetivo de esta medida tendente a anular cualquier beneficio ilícito extralimita su carácter restitutorio. En ocasiones la existencia de un beneficio ilícito está conectado a la permanencia de lo realizado de forma ilícita. Pero también puede ocurrir que el beneficio ilícito carezca de conexión alguna con las medidas de restitución -como en el caso de comercialización de productos vulnerando los requisitos legales, o en el supuesto de actividad productora sin ajustarse a las medidas correctivas medio ambientales- o incluso puede ocurrir que a pesar de la reposición del orden físico subsista un beneficio económico. Esta mayor versatilidad ha llevado a otro sector de la doctrina a otorgar a esta medida un papel similar al decomiso de los efectos e instrumentos de delito, y por tanto, como una sanción accesoria – E. GARCIA DE ENTERRIA Y L. PAREJO ; Lecciones de Derecho Urbanístico..., op cit., pág. 878.- En mi opinión, la naturaleza de esta medida resulta de difícil calificación. El nuevo Código Penal ha excluido esta medida de las penas accesorias para calificarla como “consecuencia accesoria” -art. 127 C.P.- Se trata de una medida que no tiene un carácter estrictamente retributivo, por lo que su exclusión de las penas accesorias tiene fundamento, ya que se encuentra vinculada asimismo a la restitución de los daños, bien “in natura”, bien mediante la cuantificación indemnizatoria. De esta manera, señala el art. 127 C.P., que los bienes decomisados “se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado...” Esta misma idea se infiere del art. 128 C.P., que permite, no obstante, que el juez no decrete el decomiso “cuando se haya satisfecho completamente las responsabilidades civiles”.

En el Derecho Sancionador la medida se encuentra asimismo a mitad camino entre lo sancionatorio y lo restitutorio es decir conectada a la reposición del orden físico modificado, aunque se acentúa como objetivo la anulación de la posible rentabilidad económica de la infracción. En cualquier caso, ni su calificación como medida restitutoria ni como sanción accesoria resulta del todo clara, pues integra elementos de ambas figuras,

planteamiento, ya que “una misma figura no puede cumplir dos finalidades diferentes -por un lado, reparar el daño causado, por otro, reprimir al transgresor del orden- cuyos principios no sólo varían sino que pueden, incluso, llegar a ser contradictorios”¹¹². La explicación de esta situación puede encontrarse, según ha señalado T. FONT I LLOVET, en la conexión histórica entre el origen del Derecho Sancionador -y del propio sistema administrativo- y la protección del dominio público. Por lo que aquí interesa, señala este autor que el común origen histórico de sanción y protección del dominio público explica que la legislación administrativa de protección del dominio público no persiga “únicamente la represión ni siquiera primordialmente sino que se pretende antes que nada obtener la reparación de los daños causados a los bienes públicos”¹¹³. La diferencia entre el planteamiento inicial y el actual puede derivar, según creo, de la inversión de papeles que lo sancionador y lo resarcitorio encuentran dentro de la protección del dominio público. En sus orígenes, la sanción tenía un carácter complementario y hoy día ha pasado a tener un papel principal, dado que la previsión de las multas normalmente superan normalmente los daños que se puedan producir¹¹⁴.

lo cual me permite excluirla de su estudio en este apartado. En un plano teórico, la tipificación de este tipo de acciones no es una característica exclusiva del orden administrativo, ya que tradicionalmente el Código Penal ha tipificado delitos o faltas de lesiones al patrimonio y en ellas, la relación entre gravedad de la acción y gravedad del daño, lógicamente tienen una mayor conexión. Así el art. 558 del anterior Código Penal señalaba que “serán castigados con la pena de prisión menor los que causaren daño cuyo importe excediere de 250.000 pts. si concurriera alguna de las circunstancias siguientes: En puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público o comunal”. Y el art. 559 CP señalaba lo siguiente: “El que con alguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior causare daño cuyo importe exceda de 30.000 pts. pero no pase de 250.000 será castigado con la pena de arresto mayor”. Por su parte el vigente art. 264 C.P., establece que “será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el artículo anterior, si concurriera alguno de los supuestos siguientes:...3º que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal”.

112. Sanciones Administrativas..., op. cit., pág. 71.

113. Esta finalidad conjunta se pone de manifiesto en diferentes momentos históricos. T. FONT I LLOVET recoge las Ordenanzas de Fernando VI, de 7 de diciembre de 1748 que establecía lo siguiente: “pena de proceder a reponerlas a su antiguo ser y estado...y de diez ducados por cada fanega con un procedimiento y competencia”. En materia de caminos y puentes recoge la Ordenanza de Intendentes y Corregidores de 1749. En ella se dispone que dichos agentes velarán para que los órganos inferiores procuren tener compuestos y comerciales los caminos públicos y sus puentes y para que procedan contra los que ocuparen alguna parte de ellos con penas y multas correspondientes a su exceso a más de obligarles a la recomposición a su costa. La legislación del siglo XIX continua dentro de esta línea resaltando la finalidad resarcitorio de las medidas. Así Ordenanzas Generales de Montes de 22 de diciembre de 1833. “La protección del dominio público en la formación del Derecho Administrativo: Potestad Sancionadora y resarcimiento de daños, RAP núm 123, 1990.

114. La Ordenanza General de Montes de 22 de diciembre de 1933 establecía que el resarcimiento por los daños producidos no podría ser menor que la multa que se impusiere.

Parece lógico, pues, dudar sobre el fundamento verdadero -resarcitorio o retributivo- que sustenta la gravedad de las multas pecuniarias en materia de protección del dominio público¹¹⁵, pues resulta difícil saber qué otros criterios han llevado al legislador a establecer en materia de transportes por carretera, una multa máxima de 400.000 pesetas, o en la de telecomunicaciones, una sanción de 10 millones de pesetas, y por el contrario, en materia relacionadas con la protección del dominio público, como la legislación en materia de costas, un multa máxima de 100 millones de pesetas, o en materia de aguas, de 75 millones de pesetas, o, en fin, en materia de protección de carreteras, 25 millones de pesetas, pues "a priori" la actuación sin licencia de transportes por carretera no parece de menor gravedad que una actuación de ocupación del dominio público en materia de carreteras.

Las dificultades para distinguir las medidas de carácter sancionador de las de carácter restitutorio se detectan incluso en los casos en que las medidas resarcitorias consisten en la reposición "in natura". tal como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo que examinó el acuerdo del Ayuntamiento de Elche por el que había impuesto a un particular que había procedido a talar palmeras sin previa autorización, la reposición de cinco palmeras por cada una de las taladas sin autorización, tal como establecía el Plan Especial de Ordenación de Palmerales de Elche¹¹⁶. El Tribunal Supremo considera errónea la calificación de la medida

115. Así, por ejemplo, el art. 97.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas prevé una multa del 50% del valor de las obras e instalaciones cuando estén en dominio público o en la zona de servidumbre de tránsito y del 25% en el resto de la zona de servidumbre de protección. La Ley 25/1988, de 29 de julio, prevé para las infracciones muy graves multas de hasta 25 millones de pesetas (art. 33.1). El art. 109.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, contempla multas de hasta 50 millones de pesetas (en el mismo sentido, el artículo 318 del R.D. 849/86, de 11 de abril, de dominio público hidráulico). Un sistema porcentual lo recoge también el art. 410 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 en los siguientes términos: "El que sin autorización competente ocupare, rompiere o roturare todo o parte de un monte o variare su cultivo incurrirá en una multa del tanto al triplo del valor de los daños y perjuicios ocasionados. Sistema que en todo caso trasciende la regulación del dominio público". En este mismo sentido el art. 76.2, de la Ley 13/1985, de 25 de junio, de regulación del Patrimonio Histórico, establece lo siguiente: "Cuando la lesión al patrimonio histórico español, ocasionada por las infracciones a que se refiere el apartado anterior sea valorable económicamente, la infracción será sancionada con multa de tanto al cuádruplo del valor del daño causado".

116. Se trata de la Sentencia de 7 de enero de 1991 (Ar. 532). Analiza un caso en el que un Ayuntamiento, como consecuencia de una tala de palmeras sin autorización, impuso además de la multa correspondiente la obligación complementaria de plantar doscientas palmeras en el huerto de su propiedad. El Tribunal Supremo considera que determinan "las Ordenanzas no sólo la reposición de las palmeras arrancadas para dejar las cosas al estado anterior a la infracción, sino el quíntuplo de ellas, de lo que se deduce una clara finalidad sancionadora y no de simple reposición".

como de "reposición" por cuanto imponía no solamente la replantación de las cuarenta palmeras arrancadas sino el quíntuplo, es decir doscientas, lo que configuraba un "plus" sobre el contenido normal de una medida de reposición cuyo contenido, tal como hemos visto, debe tener un alcance equivalente al objeto dañado. El Tribunal recoge, pues, con claridad, la distinción entre una y otra medida pero dicho planteamiento le lleva a calificar como sanción la medida de reposición en su totalidad, lo cual supone, en mi opinión, una reproducción de la confusión entre el contenido de lo que constituye reposición y lo que tiene naturaleza sancionatoria, pero trasladada a su calificación total como sanción. Efectivamente, de seguir el planteamiento hasta sus últimas consecuencias hubiese procedido distinguir entre la parte que, dentro de una misma medida, tiene carácter sancionador y la que tiene un carácter de reposición. Y en este caso, de las cinco palmeras que el particular debía replantar por cada palmera talada, una palmera configuraría mera reposición de la talada indebidamente, y el resto, es decir cuatro, tendrían la naturaleza de sanción, en cuanto solo estas cuatro palmeras configuran un "plus" sobre el daño causado. En fin, creo que el ejemplo pone de manifiesto que las dificultades para distinguir entre medida de reposición del daño físico y sanción aparecen incluso en los casos en que el supuesto permite su distinción con facilidad.

En definitiva, resulta razonable dudar sobre cuál es el fundamento último de las medidas sancionatorias en materia de protección del dominio público. Pero, como señalaba anteriormente, la existencia o no de esta doble función, sancionatoria y resarcitoria constituye en última instancia un criterio legal o formal pues no existen criterios sustantivos que permitan distinguir con claridad entre estas dos medidas. Por una parte, la política sancionadora del legislador, a diferencia de lo que ocurre en el orden penal, no responde a unos criterios claros¹¹⁷. Y, por otra parte, la proporcionalidad de las sanciones como límite del legislador, si bien existe, no resulta fácil de determinar, ya que el legislador tiene una amplia discrecionalidad en este terreno¹¹⁸. Pero además, el legislador puede despejar estas posibles dudas

117. Situación que permite recordar el comentario que F. TOMAS Y VALIENTE hace sobre el mundo penal medieval: "¿Pero obedecía el legislador de cada período al criterio dominante entre los pensadores? ¿O más bien atendía a problemas de oportunidad, a cuestiones prácticas de gobierno, midiendo la pena no en proporción a la gravedad del pecado o al daño social producido por el delito, sino, por ejemplo, a su frecuencia o a su sentido político? He aquí el problema." *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, (Siglos XVI-XVII-XVIII). Tecnos, Madrid, 1969.

118. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en SSTC 65/86, de 21 de mayo y 89/90, de 22 de mayo.

sobre la función de la sanción mediante la previsión expresa de la exigencia de responsabilidad de los daños y perjuicios producidos como una medida independiente de la sanción económica.

Por ello, el fundamento resarcitorio que podría intuirse de la elevada cuantía de las multas en materia de protección del dominio público¹¹⁹ pierde parte de su peso cuando la norma contempla una medida específica en ese mismo sentido indemnizatorio. Nuevamente el criterio formal o legal aparece como el único elemento diferenciador entre una medida sancionadora y otra de diferente índole ya que, en principio, debe admitirse que la multa tiene una finalidad exclusivamente sancionadora y no resarcitoria si la norma prevé tanto la multa como el resarcimiento de los daños y perjuicios. Basta con que la norma prevea el carácter independiente de la indemnización por daños y perjuicios para excluir que el legislador haya pretendido atribuir a la multa un carácter resarcitorio¹²⁰. Por ello, más allá de este planteamiento legal resulta difícil conocer si la multa prevista extralimita el contenido sancionador y alcanza un contenido resarcitorio.

119. Parece lógico entender que las multas de 100 millones tienen por objeto actividades de gran importancia económica, por lo que resulta posible pensar que el legislador pretende implícitamente anular el posible beneficio económico. No obstante, si tuviese efectivamente este carácter como decomiso del beneficio ilícito, parecería más oportuno que la norma previese las dos medidas de forma independiente pues obligaría al aplicador de la norma a un mayor ejercicio de precisión. El ejemplo urbanístico permite entender que tal esfuerzo normativo no resulta desproporcionado -art. 272 TRLS aprobado por RDL 1/1992, de 26 de junio-.

120. Muchas normas sancionadoras aclaran el carácter independiente entre ambas figuras o medidas. A título de ejemplo pueden citarse las siguientes. El art. 49.9 del Decreto 506/71, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 4 de abril de 1970, de Caza, establece que la propuesta de resolución del expediente sancionatorio debe recoger: "d) determinación y tasación de daños y perjuicios, especificando las personas o Entidades que los hubieren sufrido." El Art. 59 de la Ley de 20 de febrero de 1942, de Pesca Fluvial, -Dicc Leg. 14807- establece que "sin perjuicio de las responsabilidades ya consignadas, los infractores deberán satisfacer el importe de los daños y perjuicios ocasionados". El art. 95.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, establece asimismo que "sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables, y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente". En el mismo sentido el art. 34.2 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras establece que "la imposición de la sanción que corresponda será independiente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, cuyo importe será fijado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo". Y el Art. 81 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Montes, dentro del Capítulo Único del Título VI establece que "la Administración forestal podrá decomisar por sí los productos forestales fraudulentamente obtenidos y los medios utilizados para realizarlo, como exigir las responsabilidades que procedan por los daños y perjuicios causados e imponer las multas que correspondan en relación con los mismos".

4.3. La finalidad disuasoria: Multas coercitivas y recargos en materia tributaria.

A) Multas coercitivas.

El criterio finalista o funcional ha resultado decisivo en la distinción entre multas coercitivas y sanciones administrativas. Como ha señalado la doctrina, conceptualmente ambas medidas configuran una obligación nueva, un “plus” sobre el ámbito subjetivo (el importe de la multa) del particular y ambas figuras se encuentran vinculadas a un previo incumplimiento de las obligaciones de los particulares. Por ello, únicamente en la finalidad perseguida cabe encontrar la diferencia entre las multas de carácter sancionador y las de carácter coercitivo.

Como ha tenido la oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional, la multa coercitiva es una modalidad de ejecución forzosa de los actos declarativos dirigida a quebrantar la resistencia del particular opuesta al cumplimiento de una orden o requerimiento de la Administración¹²¹ y es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas. De esta manera, cuando las multas coercitivas se contemplan dentro de las medidas de restitución o reposición, su finalidad consiste en la cesación de la acción prohibida o la remo-

121. En la Sentencia 239/1988, de 14 de diciembre, el Tribunal Constitucional analizó la multa coercitiva impuesta por la Dirección General de Arquitectura y Vivienda del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña. El recurrente imputaba naturaleza sancionadora y por ende el respeto a determinadas garantías derivadas del principio de legalidad. El Tribunal Constitucional apunta que la multa impuesta no tiene un carácter sancionador y en concreto señala que “en dicha clase de multas, cuya independencia de la sanción queda reflejada en el párrafo 2 del indicado art. 107 de la LPA, no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita, cuya adecuada previsión normativa desde las exigencias constitucionales del derecho a la legalidad en materia sancionadora pueda cuestionarse, sino que consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben, por tanto, estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración, previstas en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general en el art. 102 de la LPA...” -FJ 2-.

El art. 96 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, -LRJAP y PAC-incluye dentro de los medios de ejecución forzosa las multas coercitivas. El art. 99 de la citada Ley regula las multas coercitivas en los siguientes términos: “Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

- a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.
- b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.
- c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona”.

ción de los efectos de la infracción¹²². Por su parte, la multa de carácter sancionador carece de dicha función pues su finalidad es más bien una retribución por una conducta ilícita ya consumada¹²³. Esta diferencia entre una y otra medida hace posible que la multa coercitiva se pueda reiterar transcurrido un lapso de tiempo y por el contrario la sanción económica tenga un carácter único.

El criterio descrito permite distinguir entre la multa-sanción y la multa coercitiva en gran parte de los supuestos. No obstante, algunos casos o incluso algunas previsiones normativas, resultan de difícil calificación, pues el Tribunal Supremo y, en otras ocasiones, la propia norma, califican como multas sancionadoras supuestos que podrían constituir, en mi opinión, multas coercitivas.

En relación con el Tribunal Supremo, puede citarse un supuesto examinado por este Alto Tribunal en relación con un vertido a aguas públicas como consecuencia de mal funcionamiento de una compuerta¹²⁴. La Administración tras el correspondiente expediente sancionador impuso, en un primer momento, la multa de 10.000 pesetas y la obligación de construir en el plazo de quince días un muro delante de la compuerta. El particular construyó un muro de sacos pero resultó insuficiente para obstaculizar el vertido, por lo que la Administración impuso una nueva multa de 10.000 pesetas y la advertencia de que si no ejecutaba las obras ordenadas en la anterior resolución podría implicar la ejecución subsidiaria. El Tribunal Supremo califica ambas multas de sanciones administrativas al señalar que "como declara la sentencia impugnada esas medidas demostraban la falta de intención alguna de poner fin a la situación planteada, lo que justifica el expediente sancionador por incumplimiento de la orden dada aprovechando la ocasión para

122. Así lo resume con acierto el art. 11 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, sobre normas de la Defensa de la Competencia, Rep. 1591: "El Tribunal, independientemente de las multas sancionadoras, podrá imponer multas coercitivas de...reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado con el fin de obligarlas a la cesación de una acción prohibida o a la remoción de los efectos de una infracción".

123. Tal como ha señalado E. GARCIA DE ENTERRIA la multa coercitiva, si bien constituye una obligación nueva al igual que la sanción, su finalidad "se dirige a quebrantar la resistencia opuesta al cumplimiento, determinando el cumplimiento por el propio deudor". Por su parte, la sanción constituye "una retribución por una conducta ilícita ya consumada" Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, pág. 725 y sgtes. En el mismo sentido, J. SUAY RINCON Sanciones Administrativas..., op. cit., pág. 62 y sgtes., que apoya su tesis en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la Sentencia 239/88, de 14 de diciembre, señala que la medida coercitiva es tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa.

124. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1990 (Ar. 7965).

terminar con cualquier tipo de imprecisión y de ahí que las medidas en orden a la ejecución sean totalmente correctas”.

La finalidad, pues, de la sanción consiste en poner “fin a la situación planteada”, por “incumplimiento de la orden dada”. En definitiva, se trataba de acomodar el comportamiento del particular a la orden de reposición, lo que constituye en principio una finalidad exclusiva de la multa coercitiva. Pero, por otra parte, lo cierto es que mediante la segunda multa la Administración “reprochaba” el vertido realizado con posterioridad a la primera multa. En fin, fuese cual fuese la intención de la Administración, el Tribunal Supremo, no sin cierta razón, identifica una finalidad propiamente coercitiva con el orden sancionador.

Estas multas, en cierto modo ambivalentes, se encuentran en algunos casos expresamente previstas por la normativa. Dos de ellas bien conocidas. Por un lado, se encuentra el régimen sancionador previsto en el art. 40 del RAMINP. El precitado Reglamento ante la constatación de deficiencias en el funcionamiento de la actividad contempla un procedimiento complejo de carácter sancionador: en el supuesto de que la Administración compruebe que una actividad incumple las condiciones de la licencia, requerirá para que el titular adecue la actividad a las medidas impuestas y en caso de incumplimiento le impondrá la correspondiente multa. El acuerdo que imponga la multa establecerá un nuevo plazo para que adecue la actividad y, en caso de incumplimiento, procederá a una nueva multa. Por tercera y última ocasión establecerá un nuevo plazo para su adecuación cuyo incumplimiento conllevará una nueva multa y únicamente tras la imposición de las tres multas consecutivas cabe proceder a la clausura de la actividad¹²⁵. En principio, el Reglamento califica cada una de dichas multas como sanciones administrativas pero no resulta claro el fundamento de su imposición. ¿Se trata de un reproche por el incumplimiento de una orden o de un intento de acomodar el comportamiento optativo? ¿O de las dos cosas?. En mi opinión cualquiera de las dos posiciones pueden resultar razonables.

Esta misma situación concurre en la sanción prevista en el art. 10.3 del Regla-

125. Señala, en concreto, el art. 40 RAMINP lo siguiente: “En el mismo escrito en que efectúe la notificación de las multas se concederá un nuevo plazo a los sancionados para que corrijan las deficiencias que motivaron la imposición de aquéllas, al final del cual se girará visita de comprobación en la forma determinada en el art. 37, pudiendo retirarse la licencia y procediéndose, por tanto a la clausura y cesación de la actividad después de impuestas tres multas consecutivas por reiteración en las faltas mencionadas”.

mento de Disciplina Urbanística¹²⁶, por el incumplimiento de la orden de realización de obras para mantener los edificios en condiciones de seguridad y salubridad, como una infracción sujeta a la correspondiente sanción. Con la sanción administrativa se otorgará un nuevo plazo para la realización de las obras requeridas sujeto en este caso a la ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento¹²⁷. El Reglamento, en el primer incumplimiento de la orden prevé una multa que califica como sanción administrativa y en caso del segundo incumplimiento contempla la vía de la ejecución subsidiaria, es decir la Administración llevará a cabo las obras “por sí o a través de las personas que determinan, a costa del obligado” -art. 98 de la LRJAP y PAC-.

En los tres ejemplos expuestos, la sanción aparece como consecuencia de un previo acto declarativo de la Administración -requerimiento de cesación, orden de ejecución- y da lugar a un procedimiento complejo de multas, y ejecución subsidiaria. En principio, parecería lógico entender que dichas previsiones se ajustan a la finalidad propia de las multas coercitivas. ¿Se trata por tanto de un simple error de la norma o del Tribunal Supremo al calificarlas como sanción? O por el contrario ¿se trata de un campo común donde la medida cumple un doble cometido retributivo y de acomodación de la conducta?. Esta última alternativa, es decir, la existencia de un campo común, permite dotar de una cierta explicación a la cuestión. Efectivamente, no parece aventurado pensar que la sanción puede incorporar además del fin retributivo, un fin preventivo no solo general sobre la conciencia de la colectividad para evitar futuras infracciones sino específico y especial sobre la actuación futura del infractor.

Este objetivo recuerda, “mutatis mutandi”, la prevención especial como fin de la pena en virtud de la cual la pena actúa sobre el culpable para que no vuelva a incurrir en el delito, corrigiendo la actitud antisocial del delincuente¹²⁸. Por ello,

126. Aprobado por R.D. 2187/1978, de 23 de junio.

127. Señala el art. 10.3 del Reglamento de Disciplina Urbanística que “a tal fin, el organismo que ordene la ejecución de tales obras concederá a los propietarios o a sus administradores un plazo, que estará en razón a la magnitud de las mismas, para que proceda al cumplimiento de lo acordado; transcurrido el cual sin haberlas ejecutado, se procederá a la incoación del expediente sancionador, con imposición de multa, en cuya resolución, además, se requerirá al propietario, propietarios o a sus administradoras a la ejecución de la orden efectuada, que, de no cumplirla, se llevará a cabo por el Organismo requeriente, con cargo al obligado, a través del procedimiento de ejecución subsidiarias previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo.”

128. Esta misma función caracteriza a las medidas de seguridad, entre las que el Código Penal contempla las de carácter pecuniario como la caución de conducta o las multas con fines disuasorios. Todas aquellas

desde un punto de vista teórico, la función preventiva de carácter especial sobre el infractor a fin de ajustar su comportamiento futuro al ordenamiento jurídico, no resulta totalmente ajena a la sanción¹²⁹, por lo que puede concluirse que la finalidad consistente en acomodar la conducta futura del infractor al ordenamiento jurídico, es el fin principal de la multa coercitiva y, en este sentido, resulta un punto de partida que permite su distinción. Pero dicho fin no es exclusivo, ya que la sanción puede asumir funciones similares en casos concretos. En estos supuestos, la distinción tiene, pues, en última instancia un carácter formal o legal.

B) Recargos en materia tributaria.

Por último, dentro de la materia tributaria, existe un supuesto en el que se pone de manifiesto con especial claridad las dificultades para diferenciar determinadas medidas de naturaleza sancionadora, de otras que no lo son. En concreto, la legislación tributaria ha regulado, además de las medidas de carácter sancionador y de carácter resarcitorio -los intereses de demora-, un supuesto tercer género -el recargo para determinados casos- que la propia legislación se encarga de declarar que no tiene naturaleza sancionadora. Me refiero en concreto al contenido del art. 61.2 de la Ley General Tributaria que en versión de la reforma establecida por la Ley 46/1985, de 27 de diciembre señala que en caso de que el contribuyente realice el pago de las liquidaciones tributarias fuera de plazo, debe abonar un recargo del 10 por ciento "con exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles".

medidas de carácter inculcador o educador integran estas medidas. Se trata de evitar que vuelva a delinquir en la medida en que es presumible que pueda hacerlo de nuevo.

129. La conexión, dentro del orden sancionador, entre infracción administrativa susceptible de sanción e incumplimientos de las órdenes administrativas, concurre en el ordenamiento jurídico con un carácter más amplio que en estos ejemplos donde la reiteración o complejidad del procedimiento llaman verdaderamente la atención. Efectivamente, algunas normas sancionadoras prevén como infracción, el incumplimiento de las órdenes administrativas, o la resistencia a la inspección administrativa. Así, el art. 81.38 del Reglamento de Espectáculos señala que son infracciones de este Reglamento "la desobediencia a las decisiones reglamentarias de la Autoridad gubernativa o de la municipal, sobre medidas a adoptar en relación con los locales o con el desarrollo de los espectáculos. O incluso podría recordarse el art. 33 d) de la Ley 31/1987, de 18 de octubre, de Ordenación del Sector de Telecomunicaciones, que entiende que es infracción muy grave "la negativa a ser inspeccionado o la obstrucción y resistencia a la inspección administrativa." En este caso la diferencia consiste en la falta de una reiteración de las multas. Pero aún así, resulta posible afirmar que el fundamento, al menos en parte, de estas infracciones, es permitir a la Administración que acomode la voluntad del infractor a la orden administrativa.

Las dificultades para detectar el carácter sancionador de una medida más allá de la propia declaración legal, se ponen de manifiesto en los esfuerzos argumentales que ha realizado el Tribunal Constitucional, -fundamentalmente en la STC 164/1995, 13 de noviembre-, para justificar la postura del legislador desde argumentos sustantivos, así como en la falta de acuerdo que sobre su calificación concurre en el seno del Tribunal Constitucional tal como se constata en el Voto particular emitido.

La argumentación del Tribunal Constitucional, además de aludir a la importante diferencia cuantitativa que existe entre el importe de este recargo y el de las sanciones, gira fundamental alrededor de dos aspectos:

-Por una parte, señala el diferente fin que tiene este recargo del 10% de la deuda tributaria, respecto de las sanciones. De acuerdo con esta diferente naturaleza, el recargo tiene un doble carácter resarcitorio (en cuanto que uno de sus ingredientes es precisamente el importe de los intereses de mora) y “disuasorio” de un determinado comportamiento y, en concreto, de la tardanza en el pago, o estímulo al puntual cobro al modo de las cláusulas penales de las relaciones contractuales; por su parte las sanciones tienen, además de un fin disuasorio, un fin represivo o retributivo, de castigo por la conducta realizada. Además, el fin disuasorio del recargo se diferencia del mismo fin disuasorio de las sanciones, en la existencia de un estímulo positivo y no solo negativo (amenaza de un aumento de la deuda en caso de impago en plazo) en cuanto que dicho porcentaje o recargo resulta inferior a la sanción que sería imponible por el mismo hecho y que temporalmente excluye.

-Y por otra parte, señala el Tribunal Constitucional el carácter razonable y proporcional que existe entre la medida adoptada y la importancia de los daños que pretende evitar - en concreto se refiere a los daños en caso de un retraso masivo en el cumplimiento de los plazos, en la tesorería de la Hacienda Pública-, todo ello de acuerdo con la doctrina que el propio del Tribunal Constitucional había señalado en su STC 76/90, de 26 de abril, sobre el incremento del 25 % sobre el interés legal del dinero a que se refiere el art. 58.2 de la Ley General Tributaria.

A este planteamiento se opone el Voto particular formulado por el Magistrado R. DE MENDIZÁBAL a la Sentencia 164/1995, de 13 de noviembre, y posteriormente a la Sentencia 141/1996, de 16 de septiembre, pues considera que dicha medida tiene un claro contenido sancionador, en cuanto que su contenido extralimita lo estrictamente resarcitorio. En concreto, compara el contenido de este precepto con la excusa absolutoria establecida para el delito e infracción fiscales por la

Ley Orgánica 6/1995, 29 de junio, para los casos de pago fuera de plazo, pero con anterioridad a la investigación inspectora o actuación judicial. La consecuencia que conlleva esta diferente conclusión es esencial para la resolución del recurso, dado que según señala el propio Voto particular, el precepto regula dicho recargo con carácter objetivo y automático, como una sanción de plano que nuestra Constitución prohíbe.

Del contenido del precepto que se analiza y de los diferentes argumentos que se formulan en pro y en contra de su carácter sancionador se infiere unas dificultades indudables para calificar desde posiciones metalegales determinadas medidas como sanciones o como medidas de otra naturaleza. No obstante, seguramente esta medida configura una de las que más difícilmente puede sustraerse de la calificación como sanción económica, en versión atenuada como consecuencia de la circunstancia de arrepentimiento espontáneo. Y en mi opinión, no cabe calificar esta medida como un género específico frente a las medidas resarcitorias, sancionadoras o cualquier otra medida de las que hemos analizado. Estos recargos, como otras medidas, pueden responder a una diversidad de funciones pero no hasta el punto de configurar una medida de naturaleza específica, ya que al menos hasta la fecha, no existe una configuración doctrinal clara de estos recargos como medidas independientes, ni de las pautas que da el Tribunal Constitucional se infiere su existencia. En este sentido, cabe insistir que dentro del Derecho Administrativo las diferentes medidas, y de ello hemos dado cuenta en los apartados anteriores, responden a una diversidad de funciones que en parte comparten con medidas de otra naturaleza. Lo resarcitorio, lo sancionatorio, lo disuasorio, lo preventivo de carácter general o especial constituyen fines que resultan claros en determinados supuestos, pero que pierden parte de su nitidez en otros. Pero ello no puede impedir que unas mínimas exigencias de claridad y seguridad jurídica exijan, en última instancia, que a cada medida se le atribuya una calificación a efectos de determinar su régimen jurídico. En mi opinión, esta calificación, debería realizarse en función de dos criterios: uno de carácter sustantivo, en función de la mayor proximidad a una u otra categoría, y cuando una medida pueda responder igualmente a varias categorías, en función del mayor respeto a las garantías del ciudadano; el segundo de carácter formal, en virtud del cual, cuando puedan responder a varias categorías y a través de las dos quepa garantizar igualmente los derechos mínimos del ciudadano, la elección sea en última instancia competencia del legislador. Y este supuesto constituye uno de los pocos casos que resulta posible calificar desde posiciones sustantivas como sanción, por cuanto cumple con todos los requisitos pro-

píos de la sanción¹³⁰ y por cuanto aún cuando se tratase de una medida de doble naturaleza por participar de una mutiplicidad de funciones y elementos, las sustantivas diferencias que existen en cuanto a las garantías del ciudadano deberían llevar asimismo a su calificación como sanción. En todo caso, creo que nuevamente no deja de resultar significativo el esfuerzo argumental del Tribunal Constitucional para intentar construir a través de su jurisprudencia un concepto sustantivo que, en última instancia, en todos los casos sirve para justificar la opción del legislador.

5. Algunas consecuencias del carácter legal de la sanción.

A lo largo de este capítulo hemos examinado distintos supuestos de medidas que, o bien se han incluido tradicionalmente en el concepto de sanción, o bien su inclusión o exclusión no ha resultado pacífica, tales como la revocación-sanción de la licencia de actividad, el reintegro de las cantidades abonadas en materia de subvenciones, la extinción de un contrato de servicio público, la expropiación-sanción, las medidas resarcitorias, las multas coercitivas y específicos recargos en materia tributaria. A través de estas figuras hemos comprobado que la calificación de algunos supuestos como sanción se ha pretendido establecer a partir de la existencia de unos elementos sustantivos del concepto de sanción -mal impuesto como consecuencia de la realización de una infracción administrativa-. Pero del examen de tales medidas, hemos podido comprobar que encuentran, desde un punto de vista teórico, una doble explicación conceptual, tanto como sanciones, como al margen del orden sancionador y ambas igualmente válidas. Así, la revocación de

130. Los argumentos del Voto particular resultan, en mi opinión, mucho más claros y convincentes. Por una parte, parece claro que en esta ocasión el esfuerzo por asemejar esta medida a las de carácter resarcitorio resulta poco conveniente: De un lado el argumento en virtud del cual parte del 10% del recargo constituyen los intereses de demora, deja sin explicar el resto de la cuantía; en segundo lugar, la equiparación con la justificación doctrinal del incremento en 25 % sobre el interés legal del dinero a que se refiere el art. 58 LGT, no resulta convincente y la conveniencia de equiparar los intereses de demora con el interés de mercado del dinero a efectos de evitar un retraso masivo de los contribuyentes, o la proporcionalidad entre la medida y el fin perseguido, no resultan automáticamente trasladables a este recargo, dado que existe una diferencia cuantitativa importante. Pero junto a las dificultades para justificar su carácter no sancionatorio, se encuentra que en este caso la explicación de esta medida como sanción no ofrece dudas, pues reúne todos los requisitos conceptuales de la sanción económica. En este sentido, la diferencia que la Sentencia encuentra con la sanción en el sentido de que esta medida persigue evitar al contribuyente un mal mayor consistente en la sanción, propiamente resulta explicable asimismo en términos sancionatorios y en concreto, como señala el Voto particular a la sentencia, en cuanto sanción atenuada en caso de pago previo a la recaudación administrativa.

licencia, la pérdida y reintegro de la subvención, la resolución de contrato -en concreto la caducidad del contrato de gestión de servicio público- y la expropiación encuentran una explicación doble: como sanción desde un concepto amplio, y a veces amplísimo del mismo, a la vez que también dentro de la propia estructura interna encuentran una explicación coherente, ya que su propia configuración establece un sistema de relaciones que determina las causas de la privación, desaparición, extinción o ineficacia de sus efectos derivada de determinados comportamientos.

También he intentado poner de manifiesto cómo la calificación de otros supuestos deriva de los fines propios de la sanción, retributivo y preventivo. Las dificultades para distinguir en determinados supuestos unas medidas de otras, e incluso la más que dudosa exclusión del recargo tributario del concepto de sanción en función de su fin específico, ponen de manifiesto la insuficiencia de estos criterios de distinción. De alguna manera, el panorama descrito permite dudar del planteamiento tradicional que ha regido en el Derecho Sancionador es decir la pretendida existencia de un concepto sustantivo de sanción que permite determinar más allá del criterio legal lo que es o no sanción. Planteamiento, que en la doctrina ha tenido además un carácter amplísimo, pues a través de esta perspectiva sustantiva se ha pretendido calificar como sanción medidas de muy diferente alcance.

Pero un repaso conjunto de las diferentes soluciones adoptadas en las medidas examinadas pone de manifiesto las dificultades para, a partir de este planteamiento sustantivo, establecer unas consecuencias generales de forma homogénea y pacífica. Así, para la doctrina, la revocación-sanción o la resolución de un contrato -y en concreto la caducidad del de servicio público- constituyen o pueden constituir una sanción pero en cambio para el Tribunal Constitucional, no lo son las cláusulas penales de la contratación ni el recargo tributario del 10%, cuando como hemos visto la explicación como sanción resulta más clara en relación con estas últimas que en relación con las primeras. Por su parte, para un sector doctrinal, sanción es la expropiación forzosa en caso de incumplimiento de determinados deberes, pero no lo es la demolición de lo ilegalmente realizado. La doctrina se ha esforzado en aportar criterios para defender la inclusión del primer supuesto y la exclusión del segundo caso de intervención. Pero un concepto de sanción que pretenda recoger ambas conclusiones encontrará dificultades para reflejar un criterio unívoco, ya que, la exclusión de un caso (medida de demolición) e inclusión de otro (expropiación/sanción), desde una perspectiva supuestamente sustantiva, exige unos crite-

rios que puedan extenderse y replegarse en función de cada caso. En fin, la ausencia de un planteamiento coherente se constata en la propia situación normativa, pues según hemos visto, distintos sectores del ordenamiento han adoptado sobre una misma medida soluciones diferentes o, incluso, un mismo sector del ordenamiento ha variado su calificación sobre una misma medida a lo largo del tiempo.

Posiblemente, tras la actitud de la doctrina, expresiva de un concepto amplio y sustantivo de sanción, se encuentre una actitud extensiva de las garantías de los derechos fundamentales, en la medida que la potestad sancionadora encuentra en el art. 25 CE unos límites claros, por lo que, podría inferirse que cuanto mayor sea el número de medidas que se consideren sanciones, mayores serán las garantías constitucionales. Pero esta justificación puede resultar, en ocasiones, más aparente que real, pues aunque es cierto que la calificación como sanción de algunas medidas posibilita el acceso a las vías especiales de protección de los derechos fundamentales, tras esta protección formal no ha existido siempre una verdadera intensificación de las garantías constitucionales.

Pero al margen de cual pueda ser la justificación o explicación de esta situación, la pregunta que surge necesariamente es cuál es la posible solución a esta heterogénea y en ocasiones contradictoria situación. En mi opinión, el concepto de sanción exige un replanteamiento en virtud del cual la existencia de un concepto sustantivo de sanción administrativa ("mal" o "plus" obligacional impuesto por el órgano sancionador correspondiente como consecuencia de la previa comisión de una infracción administrativa de acuerdo con los fines de carácter retributivo y preventivo) resulte compatible con el carácter legal que tiene en determinados supuestos. En efecto, en principio, los elementos sustantivos de sanción constituyen un punto de partida válido para diferenciar las sanciones de determinadas medidas de carácter resarcitorio, o de restitución de la realidad alterada, o de medidas de carácter coercitivo. No obstante, hemos comprobado que existen medidas que pueden encontrar una explicación válida que les permite adquirir entidad al margen de la explicación sancionadora, sin merma alguna de las garantías fundamentales del ciudadano (expropiación forzosa, revocación-sanción, resolución de la relación contractual y, en especial, la caducidad del contrato de servicio público) y otras encuentran únicamente explicación desde el orden sancionador -entre ellas, y de forma fundamental, la multa económica, con la excepción de la multa coercitiva-, por lo que en algunos supuestos la voluntad del legislador puede resultar determinante, y en otros, por el contrario el legislador debe sujetarse a la naturaleza de la medida. Ello explica, desde el punto de vista normativo, que el régimen

sancionador deba aparecer necesariamente cuando pretendan establecerse sanciones económicas, y por el contrario las posibilidades sean diversas en los otros casos -vr. gr. revocación de la autorización-. A su vez, este último bloque permite una segunda distinción pues, según hemos tenido la oportunidad de examinar, no todas las medidas de carácter ambivalente se acomodan con el mismo rigor al orden sancionador. Efectivamente, algunas de las medidas analizadas, como la expropiación forzosa, la caducidad de la concesión del contrato de servicio público o, en general, la resolución de los contratos administrativos, tienen un fundamento sólido fuera del ámbito sancionador y su estructura jurídica ofrece suficientes garantías para el administrado. Otras medidas, como la retirada de licencias o permisos, permiten con mayor claridad su integración dentro de lo sancionatorio.

Por ello, la calificación podría realizarse, como he señalado anteriormente, en función de dos criterios: el primero de carácter sustantivo en función de la mayor proximidad a una u otra categoría, y cuando una medida pueda responder igualmente a varias categorías, en función del mayor respeto a las garantías del ciudadano; el segundo de carácter formal, en virtud del cual, cuando puedan responder a varias categorías y a través de las dos quepa garantizar igualmente los derechos mínimos del ciudadano, la elección sea en última instancia competencia del legislador.

En definitiva, el reconocimiento de que el concepto de sanción tiene en última instancia un carácter formal, encuentra en el Derecho Penal un paralelismo claro, pues según hemos comprobado, el Código Penal define a partir de unos requisitos sustantivos mínimos que debe cumplir la pena, las medidas que considera pena de las que no -art. 34-, por lo que el concepto de pena no excluye el carácter formal que en última instancia lo configura.

En cualquier caso, entiendo que lo que sí parece exigible es que el ordenamiento intente adoptar un criterio sobre lo que es o no sanción con carácter general, congruente y uniforme. Aunque, desde una perspectiva general, dicha tarea parece inabarcable dentro del Derecho Sancionador, dada la variedad de situaciones que coexisten dentro del mismo, no cabe duda de que la existencia en el Código Penal, cuyo ámbito no es menos extenso, de una clasificación sobre las posibles penas imponibles, permite pensar que constituye una meta factible.

Como es sabido, el Código Penal lleva a cabo una clasificación de las diferentes medidas que pueden imponerse en función de los diferentes efectos o consecuencias que derivan del delito o la falta. La larga tradición y laboriosa tarea doctrinal

que ha caracterizado al Derecho Penal, ha permitido trazar un entramado lógico y coherente entre el delito (acción típicamente antijurídica a título de culpa), los diferentes efectos que conlleva (penas daños y perjuicios) y las diferentes medidas imponibles de carácter retributivo (pena), preventivas (medidas de seguridad) y de restitución del perjuicio (decomiso)¹³¹.

Esta clasificación de medidas de carácter punitivo se fundamenta en el distinto objetivo de cada pena o medida y conecta directamente con el concepto de delito en cuanto acción típica antijurídica y culpable. La concurrencia parcial de estos elementos -ausencia por ejemplo del elemento culpable- conllevará la imposibilidad de aplicar algunas medidas -la pena- y por el contrario la posibilidad de aplicar otras -las medidas de seguridad-.

Aunque, como veremos más adelante, estos elementos se encuentran en parte desdibujados en el orden sancionador, resulta plenamente asumible la distinta aplicación de unas medidas u otras en función de la existencia de los diferentes elementos de la acción tipificada como infracción.

Por otro lado, la referencia del Derecho Penal permite otorgar una mayor versatilidad jurídica a determinadas medidas de tal manera que, al igual que en el Derecho Penal, puedan ser clasificadas como sanciones como medidas de seguridad (o de control de la legalidad pues en definitiva cumplen el mismo cometido den los caso de acciones antijuridicas pero no culpables). De esta manera de igual forma que en el Código Penal la privación del permiso de conducir puede ser impuesta como pena en caso de que la acción sea antijurídica y culpable, y como medida de seguridad en el caso de que únicamente la acción sea antijurídica, en el

131. En concreto, el Código Penal recoge una pormenorizada clasificación de las diferentes medidas de carácter punitivo que estructura en cuatro grandes grupos:

a) penas, que a su vez se clasifican en penas privativas de libertad -arts. 35 y sgtes: prisión-, privativas de derechos -art. 39: inhabilitación absoluta, especial, privación del derecho a conducir, del derecho a la tenencia y porte de armas-, multa -art. 50- y penas accesorias -art. 50-: las de inhabilitación-,

b) medidas de seguridad -arts. 95 y sgtes.-, entre las que distingue las privativas de libertad -fundamentalmente internamientos en centros de tratamiento- y las que no conllevan dicha privación -privación de permiso de conducir o de licencia de armas, inhabilitación profesional, etc...)

c) responsabilidad civil y

d) consecuencias accesorias, entre las que distingue el decomiso -art. 127- y medidas relativas a las empresas (clausuras de la actividad o intervención) y sociedades (suspensión de actividades, disolución) -art. 129-, así como cuantas medidas afectan a la pervivencia de las personas jurídicas).

Derecho Sancionador cabe atribuir a determinadas medidas (retirada de determinadas autorizaciones) el mismo carácter.

La versatilidad que puede tener una misma medida dentro del Derecho Penal puede seguramente aclarar la hasta ahora, en mi opinión, errónea necesidad del Derecho Sancionador de incluir cada una de las medidas en categorías inamovibles.

No obstante una posible clasificación en el orden administrativo tiene que tener en cuenta las diferencias que existen entre el concepto de “pena” y de “sanción” ya que según hemos podido comprobar el propio concepto privación o limitación “derechos” tiene una acepción parcialmente diferente en el Derecho Sancionador. De esta manera, medidas que en el Derecho Penal tienen un evidente carácter punitivo como pueden ser los cierres de una actividad, únicamente tienen dicho carácter o naturaleza en el Derecho Sancionador si se cometan a la previa existencia de licencia. Si no hay autorización se pierde el carácter sancionador para convertirse en una medida de control de la legalidad, ya que la ausencia de autorización o licencia excluye la existencia de un derecho frente a la Administración.

Esta diferente percepción de lo que se entiende por privación de derechos, ha permitido la calificación como sanción -aunque algunas de ellas no han tenido eco en la doctrina jurisprudencial-, de medidas que difícilmente entroncarían con el concepto de pena (expropiación, caducidad de una concesión); y ha permitido excluir del orden sancionador medidas tales como el cierre de los establecimientos o el cese de actividades cuando no exista habilitación por las correspondientes concesiones o autorizaciones¹³².

A la vista de estas puntualizaciones podría, pues, apuntarse a título enunciativo, la siguiente clasificación de las medidas que pueden imponerse como consecuencia de la realización de una infracción administrativa:

A) Sanciones propiamente dichas: multas, revocaciones de licencias y cierres o

132. Esta diferencia no deja de ser reveladora, ya que la pretensión de incluir dentro del concepto de sanción medidas como la revocación de licencia y de excluir el cierre de la actividad sin licencia resta, en mi opinión, solidez a la visión más neutral y objetiva de la potestad sancionadora, y apoya, por el contrario, la concepción de la potestad sancionadora como garantía de la competencia gestora de la Administración. No puede entenderse de otra manera el hecho de que constituya sanción la medida dentro de una previa relación -más o menos intensa- con la Administración y por el contrario su ausencia prive del carácter sancionador a la misma medida.

clausuras derivadas de tales revocaciones, inhabilitaciones o prohibiciones para realizar una actividad, expulsión del territorio nacional...etc.¹³³.

B) Medidas de seguridad: precintado de vehículos o de todo tipo de aparatos y en general medidas de restitución de la legalidad de actividades carentes de la necesaria licencia o autorización y algunas comunes a las sanciones como las propias revocaciones de licencias, inhabilitaciones o prohibiciones de realizar una actividad, para el caso de que no concurriendo culpa convenga prevenir acciones futuras.

C) Consecuencias accesorias tal como el decomiso de efectos e instrumentos utilizados en la comisión de la infracción.

D) Responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados.

Como puede apreciarse, la clasificación apuntada obedecería, en parte, a necesidades propias del orden sancionador. Así, la revocación de las licencias o autorizaciones podría tener la doble condición de sanción o medida de seguridad (o control de la legalidad), dado que bien cabría atribuirles un carácter retributivo, es decir, como justo reproche a una determinada acción, y también preventivo, es decir, como medida tendente a evitar que una determinada actividad continúe en el futuro, dadas sus deficientes condiciones de funcionamiento. Una segunda diferencia surge en relación con los cierres de actividades o empresas, o con medidas relativas a las sociedades. Dentro del Derecho Penal, están previstas como una medida complementaria de carácter preventivo -art. 129 CP-, pero en el orden administrativo, la responsabilidad de las personas jurídicas posibilita que estas medidas -como la propia revocación de la licencia o autorización- tengan la condición de sanción en sentido estricto y, en concreto, permite que constituyan el máximo reproche que puede realizarse a una empresa. Ello, sin perjuicio asimismo de su configuración como medida de seguridad (o de control de la legalidad o del orden físico alterado).

En fin, con independencia del carácter indicativo de esta clasificación, me inte-

133. Junto a esta clasificación de medidas que pueden imponerse como consecuencia de la comisión de una infracción, cabría también definir desde una perspectiva negativa, al igual que el art. 34 del Código Penal, las medidas que no se consideran en ningún caso sanción administrativa. Entre ellas lógicamente las medidas de carácter cautelar, (suspensión provisional en materia de funcionarios, suspensión de la realización de obras... etc), intereses de demora -aunque ya he expuesto mi opinión sobre el carácter sancionador de los recargos en materia tributaria-, multas coercitivas, expropiación forzosa...etc.

resa finalizar señalando que el necesario replanteamiento del Derecho Sancionador debería realizarse a partir del reconocimiento de que los elementos sustantivos del concepto de sanción y los fines de la misma constituyen un punto de partida como criterio de delimitación del ámbito sancionador, pero que a partir de ello se debe reconocer que en última instancia el legislador tiene un amplio margen para optar por soluciones diferentes. En esta ocasión, el Derecho Sancionador, y quizás no sólo en esta ocasión, ha querido llegar más lejos que el propio Derecho Penal que le sirve de referencia.